



LA ALIANZA DEL PACÍFICO: ¿UN BLOQUE COMERCIAL ATRACTIVO PARA LA  
INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA? ANÁLISIS DEL CAPÍTULO DE  
INVERSIONES DEL PROTOCOLO ADICIONAL AL ACUERDO MARCO.

ADRIANA MARIA SARRIA MENA

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
FACULTAD DE DERECHO  
PEGRADO EN DERECHO  
MEDELLIN  
2016

LA ALIANZA DEL PACÍFICO: ¿UN BLOQUE COMERCIAL ATRACTIVO PARA LA  
INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA? ANÁLISIS DEL CAPÍTULO DE  
INVERSIONES DEL PROTOCOLO ADICIONAL AL ACUERDO MARCO.

ADRIANA MARIA SARRIA MENA

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
FACULTAD DE DERECHO  
PEGRADO EN DERECHO  
MEDELLIN  
2016

LA ALIANZA DEL PACÍFICO: ¿UN BLOQUE COMERCIAL ATRACTIVO PARA LA  
INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA? ANÁLISIS DEL CAPÍTULO DE  
INVERSIONES DEL PROTOCOLO ADICIONAL AL ACUERDO MARCO.

ADRIANA MARIA SARRIA MENA

Trabajo de grado para optar al título de Abogada

Asesor:

JUAN ANTONIO GAVIRIA GIL

S.J.D. in Law

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
FACULTAD DE DERECHO  
PEGRADO EN DERECHO  
MEDELLIN

2016

19 de febrero de 2016,

Adriana María Sarria Mena

Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art 82 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma

---

A la memoria de mi abuelita, Ana Dolores H.,  
por su amor y entrega incondicional

## **AGRADECIMIENTOS**

Infinitas gracias a ti Dios mío por iluminar mi camino y derramar tantas bendiciones sobre mi vida. Tu presencia me transforma y me impulsa a materializar todos mis sueños. Todo lo puedo en ti que me fortaleces.

Las palabras se quedan cortas para agradecerte, Madre, por la confianza depositada en mí. Eres mi modelo a seguir, mi heroína, la persona que más admiro; tu amor, tenacidad e infinitas enseñanzas me han posibilitado, definitivamente, ser quien soy. Infinita gracias Dios por cruzar nuestros caminos.

A mis hermanas, por ser mi sostén y una parte esencial de mi vida. Gracias por siempre estar conmigo y apoyarme incondicionalmente. La vida no hubiera sido la misma sin ustedes. Les debo cada uno de mis logros.

Quiero expresar mi más profundo agradecimiento al Dr. Juan Antonio Gaviria, por aceptar ser mi tutor y creer en mi propuesta. Su experiencia y conocimiento han posibilitado la culminación exitosa de mi formación profesional. Debo resaltar su paciencia y disponibilidad para la elaboración de este trabajo. Para mí sus valiosas calidades humanas y profesionales son ejemplo a seguir.

Extiendo un agradecimiento infinito a la Dra. Carolina Vásquez Arango por su apoyo incondicional. Tu compromiso profesional fue la clave para sembrar en mí la pasión por la investigación y el derecho internacional. Conocerla ha dejado una marca trascendental en mi evolución profesional y personal. Gracias por creer en mí, por darme tantas oportunidades, por tus consejos, y sobre todo por tu invaluable amistad.

Con la Universidad Pontificia Bolivariana, estoy completamente agradecida, especialmente con mis Profesores de la Facultad de Derecho, a los cuales les debo porque me han abierto las puertas hacia un mundo de oportunidades donde a través del ejercicio crítico y el conocimiento

se pueden construir bases transformadoras para una sociedad que necesita profesionales comprometidos con la realidad social del país

Agradezco a mis amigos, y a todos aquellos que han aportado un granito de arena a mi formación humana. Tuve la dicha de conocer personas absolutamente valiosas, gracias por su apoyo sincero.

## TABLA DE CONTENIDO

|                                                                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. INTRODUCCIÓN.....                                                                                                     | 14 |
| 2. CONTEXTUALIZACIÓN AL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES .....                                            | 17 |
| 3. LA ALIANZA DEL PACÍFICO: NUEVO MODELO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN AMÉRICA LATINA.....                                 | 25 |
| 3.1. Otros proyectos de integración económica en la región. ....                                                         | 25 |
| 3.1.1. Comunidad Andina –CAN-.....                                                                                       | 26 |
| 3.1.2. Mercado Común del Sur –MERCOSUR-.....                                                                             | 27 |
| 3.2. La AP: ¿es el modelo latinoamericano de integración de última generación? .....                                     | 28 |
| 4. ANÁLISIS MACROECONÓMICO EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO.....                                                               | 32 |
| 4.1. Datos macroeconómicos generales de la AP .....                                                                      | 32 |
| 4.2. La Alianza del Pacífico en los índices de apertura económica, competitividad y calidad de clima inversor. ....      | 33 |
| 4.2.1. 2015 Index of Economic Freedom .....                                                                              | 33 |
| 4.2.2. World Economic Forum Competitiveness Report 2015-2016.....                                                        | 34 |
| 4.2.3. Ease of Doing Business Index Report 2016.....                                                                     | 37 |
| 5. ANÁLISIS DEL CAPÍTULO DIEZ SOBRE INVERSIONES DEL PROTOCOLO ADICIONAL AL ACUERDO MARCO DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO..... | 40 |
| 5.1. Estructura general del Protocolo Adicional de la AP .....                                                           | 41 |
| 5.2. Capítulo X de Inversiones.....                                                                                      | 42 |
| 5.2.1. Anatomía jurídica del Capítulo X de inversiones .....                                                             | 43 |
| 5.2.1.1. Sección A: Régimen de Protección .....                                                                          | 44 |
| 5.2.1.1.1. Definición de Inversión .....                                                                                 | 44 |
| 5.2.1.1.2. Definición de Inversionista.....                                                                              | 49 |
| 5.2.1.1.3. Ámbito de Aplicación.....                                                                                     | 52 |
| 5.2.1.1.4. Trato Nacional .....                                                                                          | 57 |
| 5.2.1.1.5. Trato de Nación Más Favorecida –NMF-.....                                                                     | 61 |
| 5.2.1.1.6. Nivel Mínimo de Trato .....                                                                                   | 67 |
| 5.2.1.1.7. Transferencias.....                                                                                           | 69 |
| 5.2.1.1.8. Expropiación e Indemnización .....                                                                            | 73 |



|            |                                                                                                                             |     |
|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.3.1.1.   | Sección B. Mecanismo de Solución de Diferencias .....                                                                       | 84  |
| 5.3.1.1.1. | Consultas y negociación .....                                                                                               | 84  |
| 5.3.1.1.2. | Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje .....                                                                           | 86  |
| 5.3.1.1.3. | Consentimiento de cada Parte al Arbitraje .....                                                                             | 88  |
| 5.3.1.1.4. | Selección de Árbitros.....                                                                                                  | 93  |
| 5.3.1.1.5. | Realización del Arbitraje .....                                                                                             | 94  |
| 5.3.1.1.6. | Transparencia en los procedimientos arbitrales.....                                                                         | 105 |
| 5.3.1.1.7. | Derecho Aplicable .....                                                                                                     | 109 |
| 6.         | RETOS DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO ANTE EL PANORAMA ECONOMICO MUNDIAL.....                                                    | 112 |
| 7.         | CONCLUSIONES.....                                                                                                           | 116 |
| 8.         | BIBLIOGRAFÍA .....                                                                                                          | 117 |
| 9.         | ANEXOS .....                                                                                                                | 136 |
| 9.1.       | Anexo 1:.....                                                                                                               | 136 |
|            | Lista de Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos entre los miembros de la Alianza del Pacífico y con terceros. .... | 136 |
| 9.3.       | Anexo 2:.....                                                                                                               | 143 |
|            | Lista de casos de ISDS donde miembros de la Alianza del Pacífico han sido demandados                                        | 143 |
| 9.4.       | Anexo 3:.....                                                                                                               | 150 |
|            | Capítulo de Inversiones del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. ....                           | 150 |

## **LISTA DE TABLAS**

**Tabla 1.** Índice de Libertad Económica (2016)- Alianza Del Pacífico

**Tabla 2.** Reporte de Competitividad (2015-2016) – Alianza Del Pacífico

**Tabla 3.** Clasificación de la Economías de la Alianza del Pacífico en el *Doing Business Report*

**Tabla 4.** Tratados Bilaterales de Inversión de Chile

**Tabla 5.** Otros Acuerdos Internacionales de Inversión de Chile

**Tabla 6.** Tratados Bilaterales de Inversión de Colombia

**Tabla 7.** Otros Acuerdos Internacionales de Inversión de Colombia

**Tabla 8.** Tratados Bilaterales de Inversión de México

**Tabla 9.** Otros Acuerdos Internacionales de Inversión de México

**Tabla 10.** Tratados Bilaterales de Inversión de Perú

**Tabla 11.** Otros Acuerdos Internacionales de Inversión de Perú

## **ABREVIACIONES**

**AII** Acuerdo Internacional de Inversiones

**AP** Alianza del Pacífico

**CAN** Comunidad Andina

**CCI** Cámara de Comercio Internacional

**CEPAL** Comisión Económica para América Latina y el Caribe

**CIADI** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

**Convenio CIADI** Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

**CIJ** Corte Internacional de Justicia

**FMI** Fondo Monetario Internacional

**GATT** General Agreement on Tariffs and Trade (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio)

**ISDS** Investor-State Dispute Settlement (Sistema de Solución de Diferencias Inversionista-Estado)

**IADB** Inter-American Development Bank (Banco Interamericano de Desarrollo)

**IED** Inversión Extranjera Directa

**MERCOSUR** Mercado Común del Sur

**NAFTA** North American Free Trade Agreement (Tratado de Libre Comercio de América del Norte)

**OCDE** Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

**OMC** Organización Mundial del Comercio

**ONU** Organización de las Naciones Unidas

**PROTOCOLO ADICIONAL** Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico

**UE** Unión Europea

**UNCITRAL** The United Nations Commission on International Trade Law (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional)

**UNCTAD** United Nations Conference on Trade and Development (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)

**TBI** Tratado Bilateral de Inversión

**TLC** Tratado de Libre Comercio

**TPP** TransPacific Partnership (Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica)

**TTIP** Transatlantic Trade and Investment Partnership (Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión)

## **RESUMEN**

La competencia por la atracción de la IED ha desatado la celebración de Acuerdos Internacionales de Inversión como garantía de protección. El objetivo de convertirse en el principal destino de IED en la región, implicó que la Alianza del Pacífico adoptara en su Protocolo Comercial, un régimen de inversiones con cláusulas estrictas, que aunque carentes de innovación jurídica, por lo menos no dejan en desventaja al bloque frente a sus competidores en la conquista por mayores flujos de inversión. El logro de este cometido requerirá el acompañamiento de decisiones políticas comprometidas, una reforma institucional fuerte y un proyecto económico común de largo plazo.

**PALABRAS CLAVES:** Alianza del Pacífico, Derecho Internacional de Inversiones, Integración Económica Latinoamericana, Capítulo de Inversiones, Inversión Extranjera Directa.

## 1. INTRODUCCIÓN

El aumento exponencial en la celebración de Acuerdos Internacionales de Inversión –AII– en las últimas dos décadas como política de atracción de IED, evidencia una competencia “feroz” entre los países receptores, que en su mayoría son países en desarrollo, por ofrecer un marco jurídico altamente proteccionista, con cláusulas que otorgan una gran amalgama de derechos a los inversionistas y someten con rigidez al Estado para que no distorsione las condiciones una vez la IED es establecida.

La Alianza del Pacífico como modelo de integración económica de “última generación” en América Latina, no se quedó atrás, y en efecto, incluyó en el Protocolo Adicional de su Acuerdo Marco un capítulo de inversiones con el cual pretende aumentar los flujos de inversión hacia el bloque. Sin embargo, dado el crecimiento acelerado del sistema de derecho internacional de inversiones, la inclusión del régimen de inversión estándar no bastaría para incentivar la IED, puesto que, al igual que este bloque, la mayoría de los otros AIIs lo tienen, así que innovar y presentar una propuesta jurídica alternativa podría constituirse en una ambición para los países receptores de IED, en aras de aumentar la inversión o evitar la desviación de la misma.

No obstante, si bien dicha competencia ha tenido mayor calado en el mundo en desarrollo, no han sido estos países los arquitectos de las disposiciones jurídicas consagradas en la mayoría de los AIIs. Por el contrario, se han aceptado, o incluso, se han copiado los modelos utilizados por los países exportadores de capital, que en su mayoría son desarrollados.

Dicho escenario genera inquietud respecto a si los nuevos AIIs como el capítulo de inversiones de la Alianza del Pacífico, cuyo objetivo es atraer mayor IED, si ofrece un régimen más atractivo, innovando respecto a las cláusulas que componen el régimen estándar. De allí la necesidad de llevar a cabo un estudio que intente abordar estos aspectos, y además, ofrezca una renovación temática en los estudios de derecho internacional en la región, la cual se ha quedado rezagada en la discusión de uno de los temas más controversiales en la década reciente, por lo menos en Colombia, los trabajos al respecto son casi nulos. En el caso de México por pertenecer al NAFTA, se evidencia una mayor preocupación por parte de los académicos en abordar estos temas tan fundamentales para la comprensión de la realidad jurídica, política y económica internacional actual.

En ese orden de ideas, este trabajo se interroga respecto a si hay innovación jurídica en el Capítulo X de Inversiones del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico en relación al sistema de derecho internacional de inversiones, o si por el contrario, se siguen los cánones establecidos en el régimen estándar. De ahí que el objetivo general radique en determinar las razones que desde el punto de vista jurídico podrían hacer que la Alianza del Pacífico sea un bloque de integración regional para fomentar las inversiones hacia la Alianza y entre cada uno de sus miembros, además de contribuir, decididamente, a la incipiente literatura que actualmente existe sobre el derecho internacional de inversiones en Colombia.

En principio se apunta a que el dinamismo de la economía global impulsado por el Asia-Pacífico ha posibilitado la configuración de la Alianza del Pacífico, la cual debe preservar la acción colectiva y el compromiso a largo plazo por el proyecto conjunto. La atracción de IED se ha convertido en un aspecto fundamental y estructurante para la consolidación del bloque, ello se evidencia en un régimen jurídico estable y protector de las inversiones, el cual no ofrece innovación jurídica sino que adopta el régimen estándar imperante en el sistema de derecho internacional de inversiones.

La investigación se desarrolló mediante la aplicación de una metodología de análisis cualitativo, enfocada en el estudio del capítulo X de Inversiones del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

Este trabajo se estructuró en cinco capítulos a través de los cuales se pretende desarrollar el anterior planteamiento. En el primero, denominado *Contextualización al sistema de Derecho Internacional de Inversiones* se pretende ofrecer una aproximación para la comprensión del actual escenario de dicho sistema, así como ofrecer un estado del arte sobre la materia. El segundo, titulado *La Alianza Del Pacífico: Nuevo Modelo de Integración Económica en América Latina* es un capítulo en donde se analiza el fenómeno del integracionismo latinoamericano, sus avances, contradicciones y el papel que viene a jugar la AP para renovar la acción colectiva en la región. El tercero, *Análisis Macroeconómico de la Alianza del Pacífico* pretende dar cuenta de la dinámica del flujo de IED en el bloque, así como los factores que la determinan, para ello se estudian los principales indicadores como competitividad, la facilidad para hacer negocios y la libertad económica. El cuarto, denominado *Análisis del Capítulo Diez sobre Inversiones del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del*

*Pacífico* es la parte núcleo de este trabajo puesto que se aborda el análisis jurídico del capítulo de inversiones. Dada la inmensidad de cláusulas que fueron consagradas y la diversidad de temas que estas desarrollan, la investigación se limitó al análisis de las disposiciones más importantes, especialmente, las que conforman el denominado estándar de protección de inversiones. El quinto y último capítulo, *Retos de la Alianza del Pacífico ante el panorama económico mundial* es un aporte de carácter político-económico que analiza a la AP en función de los cambios que se están dando en la arena internacional, especialmente, los propiciados por el TPP y el TTIP.

Finalmente, se incorporan unas conclusiones muy sintetizadas respecto a los hallazgos de esta investigación. También se complementa con la inclusión de tres anexos, el primero incluye 8 tablas que recogen los TBIs y los AIIs que han celebrado hasta la fecha Chile, Colombia, México y Perú; mientras que el segundo consagra tres tablas que resumen las disputas inversionista-Estado en las que han estado involucrados los miembros de la AP. El último anexo es una copia del Capítulo X de inversiones del Protocolo Adicional, que podría facilitar al lector la comprensión de este trabajo.



## 2. CONTEXTUALIZACIÓN AL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Desde una perspectiva histórica, la inversión extranjera directa –IED– ha detentado un rol activo, y casi que prominente, en el desempeño de la economía mundial. No obstante sus aparentes beneficios, su impacto en la promoción del desarrollo económico del país receptor de la inversión ha sido ambiguo.

Innumerables estudios<sup>1</sup> se han llevado a cabo para determinar la relación de causa-efecto una vez la IED es colocada, pero la multiplicidad de posturas han perpetuado el debate. Partiendo de la hipótesis de que la IED si tiene efectos positivos, están quienes (Asiedu & Gyimah-Brempong, 2008) sugieren a los receptores de inversión, que en su mayoría son países en desarrollo, sobre la necesidad de adoptar políticas de incentivo para que los inversores extranjeros asienten sus operaciones allí. Otros por el contrario, consideran que la liberalización de la economía es suficiente para lograr dicha atracción. Y una posición un poco más rígida, propone que los países receptores deben seguir esforzándose por mejorar sus políticas de desarrollo de acuerdo a sus intereses nacionales, pero teniendo en cuenta que la atracción de la IED debe darse mediante la exigencia de transferencia de tecnología, producción y participación de los locales.

Al respecto, un estudio llevado cabo por el Instituto para la Economía Internacional (Moran, Graham, & Blomström, 2005) advierte que tales posturas no tienen suficientes soportes y pueden ser perjudiciales al ser tomadas en cuenta por parte de los responsables de adoptar las políticas. El estudio concluye que la IED puede ocasionar impactos dramáticamente diferentes dependiendo del país receptor. Además agregan que “cuando los incrementos de IED en un país receptor coinciden con los incrementos en comercio, la economía del país receptor se expande<sup>2</sup>”, mientras que “la IED orientada hacia mercados domésticos protegidos, y

---

<sup>1</sup>Véase, Alfaro, L. et al (2010). Does Foreign Direct Investment promote growth? Exploring the role of Financial Markets on Linkages. *Journal of Development Economics*, 91 (2), 242-256; Carkovic, M. & Levine, Ross. (2002). Does foreign direct investment accelerate economic growth? *University of Minnesota Department of Finance Working Paper*; Moran, T. (Ed.). (1998). *Foreign Direct Investment and Development: The new policy agenda for developing countries and economics in transition*. Washington D.C.: Peterson Institute; Velde, D.W, te. (2006). Foreign Direct Investment and Development An historical perspective. *Overseas Development Institute*; De Mello Jr, L.R. (1997). Foreign direct investment in developing countries and growth: A selective survey. *The Journal of Development Studies*, 34(1), 1-34.

<sup>2</sup> Véase, también, Markusen, J. (1997). Trade versus Investment Liberalization. *NBER Working Paper No. 6231*.

obstaculizada por los *joint venture* y los requisitos de contenido local no es beneficiosa”. En todo caso, la divergencia estará mediada por las diferencias que existen en cuanto al recurso humano, la sofisticación del sector privado, la competencia, y en general, las políticas que tenga el país receptor hacia el comercio y la inversión.

Otra investigación (Velde, 2006) plantea que la importancia de la IED ha fluctuado a través del tiempo, así como los factores que determinan su colocación. Durante los 70’, la IED se percibía como un factor negativo para el desarrollo, mientras que para los 90’ la apertura del comercio aparejó la liberalización del régimen de inversiones y agudizó la competencia entre los países en desarrollo por atraer mayor flujo de inversión. Pero este trabajo se asienta en la misma línea que los otros, al reconocer que los beneficios de la IED, se pueden percibir siempre que exista recurso humano y capacidades tecnológicas para capturar las externalidades de productividad.

Con todo, la controversia sobre la IED no termina allí. El espectro de discusión es mucho más amplio, y actualmente se encuentra anclado al fenómeno de la creciente proliferación de los Acuerdos Internacionales de Inversión –AIIs-, los cuales tienen como finalidad constituirse en un régimen de protección y promoción de la inversión extranjera. Vandeveldt los denomina “instrumentos de globalización” por su capacidad para remover las barreras de las inversiones y el comercio (2005, p. 183). Hasta el momento, de acuerdo a las cifras de la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* –UNCTAD, por sus siglas en inglés- se han celebrado más 3.400 AIIs, materializados en diferentes instrumentos jurídicos como los Tratados Bilaterales de Inversión<sup>3</sup> –TBIs-, los Acuerdos Comerciales Preferenciales y de Inversiones –PTIAs, por sus siglas en inglés-, los Acuerdos Comerciales Regionales<sup>4</sup> –ACRs-, los Tratados sobre Doble Tributación –DTTs, por sus siglas en inglés-, los Acuerdos de Integración Económica –AIEs-, los Contratos Individuales de Inversión, entre otras formas jurídicas poco convencionales.

---

<sup>3</sup>El seguimiento realizado por la UNCTAD a través de su “Investment Policy Hub” tiene reportado 2.923 TBIs, con un total de 2.280 que ya están en vigencia.

<sup>4</sup>De acuerdo a cifras de la página web de la Organización Mundial del Comercio –OMC- al 1 de enero de 2016 se le habían notificado unos 625 ACR, de los cuales 419 ya están en vigor. “De estas notificaciones, 431 se habían presentado en virtud del artículo XXIV del GATT de 1947 o el GATT de 1994, 41 en virtud de la Cláusula de Habilitación y 153 en virtud del artículo V del AGCS. Los acuerdos de libre comercio (ALC) y los acuerdos de alcance parcial representan más del 90% de estos ACR y las uniones aduaneras el 10%” Base de Datos de la OMC, 2016.

Los teóricos más destacados sobre la materia (Salacuse, Sauvant, Álvarez, Schill, Baldwin, Sullivan, Zhan, Yackee, entre otros) coinciden en señalar que si bien no existe un Acuerdo Multilateral de Inversiones<sup>5</sup> o un organismo como la Organización Mundial del Comercio – OMC-, que sea fruto del consenso de los actores involucrados, encargada de regir a nivel mundial todo los aspectos concernientes a la promoción y la protección de las inversiones, si se ha construido un emergente –aunque complejo- sistema de derecho Internacional de Inversiones, a partir de la celebración de diferentes tipos de AIIs, los cuales desde los años 90’ se han multiplicado vertiginosamente alrededor del mundo.

Esta coyuntura ha suscitado interrogantes adicionales, relativos a si estos AIIs si logran atraer IED hacia los países contratantes, especialmente a los que están en vía de desarrollo, o mejor, si en realidad, se constituyen en un factor determinante para lograr dicho propósito. Ante todo, es fundamental señalar que la mayoría de la doctrina ha convergido en subrayar en que no existe evidencia “concluyente”, relativa a que la firma de AIIs ayude al incremento de la IED en los países receptores. Un estudio de la UNCTAD publicado en 2009 reconoce que “... no hay y nunca puede haber un enlace mono-causal entre la conclusión de un AII y los flujos de IED. La existencia de un AII está lejos de ser el único factor determinante que decide sobre si la IED se lleva a cabo o no”. Por el contrario, agregan que otros factores, tales como “el atractivo económico de un país de acogida, su tamaño de mercado, su fuerza de trabajo o su dotación de recursos naturales pueden ser mucho más importantes” (p. 6).

Hallward-Driemeier afirmó que después de analizar 20 años de flujos bilaterales de IED desde los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE- hacia los países en desarrollo “encuentra poca evidencia de que los TBIs han estimulado inversión adicional. Los países con instituciones nacionales débiles, incluida la protección de la propiedad, no han conseguido beneficios adicionales importantes”, y puntualiza que “un TBI no ha actuado como un sustituto de una reforma interna más amplia” (2003, p. 22).

---

<sup>5</sup>Desde 1995 hasta 1998 se estuvo negociando el Acuerdo Multilateral de Inversiones, promovido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-, con el cual se buscaba crear un marco estándar internacional sobre inversiones. Sin embargo su excesiva intención de proteger a los inversionistas y sus inversiones provocó su hundimiento, además de las reacciones que generó su negociación “prácticamente” en privado, sin la participación de otros actores de interés público. Véase Tieleman, K. (2000). *The failure of the Multilateral Agreement on Investment (MAI) and the absence of global public policy network. Case Study for the UN Vision on Global Policy Networks*; Drábek, Z. (1998). *A Multilateral Agreement on Investment: Convincing the Sceptics*. Staff Working Paper ERAD-98-05, World Trade Organization.

Entonces, teniendo en cuenta que no se ha logrado demostrar un rol determinante de los AII's en la atracción de IED, se pone de manifiesto una aparente contradicción, que parece ser mucho más inquietante, la cual radica en determinar por qué, pese a dichos hallazgos, o “incluso en ausencia de pruebas concluyentes en cuanto a los efectos de TBIs... en los flujos de IED” (Sauvant & Sachs, 2009), la celebración de AII's se ha convertido en la política “preferida” por los gobiernos para atraer la IED. Al respecto, y como era de esperarse, han surgido numerosos trabajos –incluso con gran rigurosidad académica-, que intentan esbozar algunas respuestas aproximadas.

Por mencionar, en un estudio reciente Neumayer, Nunnenkamp & Roy (2014) se formulan una pregunta, todavía más compleja, y razonan que “¿Por qué los países en desarrollo están de acuerdo con las reglas de inversión vinculantes en el plano bilateral y plurilateral que no parecen serviles bien, mientras que hasta ahora se han resistido a la inclusión de dichas normas a nivel multilateral?” Agregan que incluso es mucho más engorroso tratar de entender el hecho de que “... los países en desarrollo han sido testigos de una ola de litigios, y sin embargo, cada vez más aceptan estrictas disposiciones sobre IED en los AII's, en particular con respecto al Mecanismo de Solución de Controversias Inversionista-Estado -ISDS, por sus siglas en inglés- y al establecimiento previo del Tratamiento Nacional (TN) a los inversionistas extranjeros”. Ellos creen que esto podría ser explicado a través de la “Teoría del Dominó”<sup>6</sup>.

Esta teoría aplicada a los AII's, implicaría que “un acuerdo concluido entre un par de países receptor y exportador de IED incrementa el incentivo de otro país receptor para adherirse a las negociaciones de ese acuerdo para evitar la desviación de IED”. Además, aducen que “la misma tentación que indujo a algunos países en desarrollo a firmar acuerdos de inversión con disposiciones débiles al inicio para apoderarse del impacto del *firstmover advantage*, los atrajo, o a otros, hacia la firma de acuerdos con disposiciones más fuertes, lo cual, en alguna medida, llegó a ser el tipo dominante de disposiciones sobre inversión”.

Otra propuesta, que no contradice la anterior, sino que por el contrario, podría complementarla es la expuesta por Poulsen (2011) en su tesis doctoral. Según él, la explicación más plausible

---

<sup>6</sup> Esta teoría fue expuesta por Richard Baldwin (1993) consiste en que “El equilibrio político, por el cual se balancean las fuerzas pro y anti membresía, determina las posturas de los gobiernos sobre la liberalización regional. Los exportadores domésticos hacia los bloques regionales son un poderoso electorado en favor de la membresía. Un evento que desencadena una mayor integración dentro de un bloque existente perjudica las ganancias de los exportadores no miembros, estimulándolos de este modo a aumentar su actividad política en pro de la adhesión. La actividad extra altera el equilibrio político, llevando a algunos países a unirse”.

a la popularidad de los AII viene dada por la teoría de la “difusión internacional de las políticas”<sup>7</sup>, en el entendimiento de que los gobiernos actúan bajo una “racionalidad limitada”<sup>8</sup>; en otras palabras, cuando los gobiernos optan por la firma de AII como política de atracción de IED, lo hacen porque ésta ya ha sido adoptada en otros países, y no tienen información suficiente respecto a los verdaderos riesgos y costos que podrían implicar las obligaciones adquiridas en estos acuerdos internacionales para el ejercicio de su soberanía<sup>9</sup>, la cual parecen estar arriesgando al azar. Esta postura, obviamente, ha sido objeto de críticas, que menosprecian tal tipo de ingenuidad en los negociadores de los países receptores. Sin embargo, Poulsen reconoce que la explicación más sencilla e imperante ha radicado en comprender que para los países en desarrollo “los TBIs son vistos como compromisos creíbles para convencer a las multinacionales de que sus inversiones estarán seguras de un riesgo adverso después de haberse establecido” (p. 23).

Salacuse & Sullivan (2005) más que respuestas, terminan poniendo en la palestra más interrogantes. Según ellos, habiendo tantas maneras para atraer la IED “¿por qué los países en desarrollo constreñirían su soberanía mediante la celebración de tratados que específicamente limitan su habilidad para tomar acciones legislativas y administrativas necesarias para avanzar en la protección de sus intereses nacionales? (p. 77). Además apuntan que, por qué si los países ya han decidido optar por ese camino, por qué adoptar los modelos de AII de los países desarrollados que contienen disposiciones con un lenguaje vago y oscuro, en donde los árbitros privados quedan facultados de una gran flexibilidad para regular su autonomía?<sup>10</sup>.

No obstante estos cuestionamientos, se podría decir que en términos pragmáticos, los AII sí han contribuido decididamente a la protección de las inversiones. Vandeveld (2005, p. 184) afirma que su éxito puede ser medido no solo en la cantidad de sentencias favorables a las

---

<sup>7</sup>The *International Policy Diffusion*, por sus siglas en inglés, es una propuesta teórica, según la cual “las decisiones políticas del gobierno de un país determinado están condicionadas sistemáticamente por las decisiones políticas previas realizadas en otros países” (Simmons et al, 2007, citado por Poulsen, 2011, p. 17)

<sup>8</sup> Poulsen, citando a Kurt Weyland explica la “Racionalidad Limitada” como un fenómeno en el cual los agentes sociales o las personas toman las decisiones en coexistencia con una limitada información disponible, una limitación cognoscitiva de la mente y con un tiempo limitado.

<sup>9</sup> Según Peter Muchlinski “Los países que firmaron TBIs parecen no haber entendido el poder actual que los tribunales internacional para resolver disputas inversionista-Estado, frente al cual ellos dieron su consentimiento” (2008, p. 684)

<sup>10</sup> Véase, también, Neumayer, E., Nunnenkamp, P. & Roy, M. (2014). Are Stricter Investment Rules Contagious? Host Country Competition for Foreign Direct Investment through International Agreements. *WTO Working Paper, Economic Research and Statistics Division*.

reclamaciones<sup>11</sup> de los inversionistas a través del ISDS<sup>12</sup>, sino el margen de negociación que las cláusulas de los AII le ofrece a los inversionistas para proteger sus intereses en el país receptor<sup>13</sup>. Situación que no solo beneficia a los inversionistas de los países desarrollados, sino también a los flujos de capital, que con mayor frecuencia, están siendo exportados entre los países en vía de desarrollo (UNCTAD, 2009, p. 2).

El dilema de las inversiones en territorio extranjero y la necesidad de configurar mecanismos para su protección obedece, en parte, a la exposición a un riesgo mayor por las asimetrías de poder frente a las autoridades locales, las dificultades para demandar al Estado anfitrión de la inversión por el incumplimiento de sus obligaciones y la restricción de derechos. También se menciona la incertidumbre frente a los riesgos políticos emergentes, la inestabilidad jurídica, la crisis económica y los conflictos civiles internos (Kundmüller & Rubio, 2006).

Los patrones jurídicos que se evidencian en la mayoría de los acuerdos sobre inversiones son a. la ausencia de definición detallada de lo que debe entenderse por inversión extranjera; se ha optado por crear una lista de los supuestos que se consideraran como una actividad con carácter de inversión, generando un extenso ámbito de aplicación del término. b. se reivindican un conjunto de principios fundamentales que buscan determinar el trato a la inversión y lograr una situación más justa de libre competencia y comercio, a saber trato nacional, trato de nación más favorecida y nivel mínimo de trato. c. existen un conjunto de prohibiciones y restricciones

---

<sup>11</sup> Las demandas realizadas por los inversionistas a través del ISDS pueden abarcar desde “medidas gubernamentales, incluidas las relacionadas con la revocación de licencias, violaciones de contratos de inversión, irregularidades en las licitaciones públicas, cambios en los marcos reglamentarios nacionales, la retirada de las subvenciones concedidas anteriormente, la expropiación directa de las inversiones, medidas fiscales, entre otras” (UNCTAD, 2013).

<sup>12</sup> La UNCTAD advertía que “aunque el número de casos presentados por los inversores de países en desarrollo ha aumentado, la mayoría de los nuevos casos (63%) siguen siendo originario de los países desarrollados” (2013). De acuerdo al último reporte del *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* –ICSID, por sus siglas en inglés-, al 31 de diciembre de 2015 se habían registrado 549 casos bajo su Convención y Reglamento. De los cuales, el 89.6% corresponden a Arbitraje, mientras que el 1,3% fueron conciliaciones. Y complementado con la última actualización del Investment Policy Hub de la UNCTAD, el número total de casos, incluyendo los llevados a cabo por fuera de la jurisdicción del ICSID ha llegado 696, siendo Argentina uno de los países receptores de IED más demandado. 442 de esos casos ya están concluidos, 243 están pendientes y respecto a 11 de ellos no se sabe su estado, puesto que pueden ser llevados “close-door”.

<sup>13</sup> Para Sullivan & Salacuse “la importancia de los AII también se hace evidente cuando se compara el nivel de protección en los tratados durante la era pre-IIA. Antes de la conclusión de AII, los inversores extranjeros que buscaban la protección del derecho internacional de inversiones “encontraron una estructura efímera que consistía en una gran cantidad de disposiciones dispersas en los tratados, algunas costumbres cuestionables, y controvertidos principios generales del derecho” (2005: 69-70). Así mismo, Hallward-Driemeier considera que “Los derechos dados a los inversionistas extranjeros no solo exceden aquellos disfrutados por los inversionistas domésticos, sino que expone a los gobernantes a una potencialmente gran escala de obligaciones y reducen la viabilidad de las diferentes opciones de reforma” (2003).

a los Estados, entre los que figura la prohibición de requisitos de desempeño, expropiación a menos que sea por interés público y con indemnización, exigencias frente a la conformación de las juntas directivas o los consejos de administración, y obstáculos a la transferencia de recursos. No obstante, el dispositivo más importante en materia de ingeniería legal sobre inversiones lo constituye el ISDS, el cual posibilita que los inversionistas puedan hacer valer sus derechos y reclamar indemnización en efectivo por los daños y perjuicios mediante ejecución privada ante tribunales arbitrales internacionales (Reinisch, 2008).

Este régimen estándar de protección de inversiones ha sido incluido en la mayoría de los AII, especialmente, los que fueron negociados después de la entrada en vigencia del NAFTA – North-American Free Trade Agreement-, el cual, de por sí, evidencia una gran rigidez y un alto nivel de protección para la IED; lo que ha implicado que las posteriores negociaciones de los AII no pudieran concluirse por debajo de este mínimo. Y más que imperativa, tal decisión ha sido “potestativa” en el afán de los países no-miembros de evitar la desviación de IED o por la “esperanza” de lograr mayor atracción.

La protección y seguridad jurídica para la atracción de los flujos de IED ha sido prioridad en América Latina, dado el papel determinante que esta ha desempeñado en el crecimiento y desarrollo económico de la región. Para Colombia, México, Chile y Perú la Alianza del Pacífico es la plataforma ideal para estimular sus economías a través de la recepción y la exportación de IED intra-alianza y proyectarse como un mercado atractivo para el Asia-Pacífico. En esa medida la construcción de un régimen legal de protección de inversiones dentro de su Acuerdo Marco era trascendental para el logro de dichos propósitos. Sin embargo la apuesta no era sencilla, máxime en un contexto internacional convulso y que exige cambios dentro del sistema.

La acelerada evolución del Sistema de Derecho Internacional de Inversiones deja al descubierto profundas fricciones, que ante la ausencia de una gobernanza de global sobre inversiones, ha forjado un régimen asimétrico e impredecible, con manifestaciones neo-colonialistas<sup>14</sup>, preponderante a la protección de los inversionistas y exiguo con el país receptor. Entre dichas fricciones están las relativas a la ausencia de mecanismos de control político por parte de los Estados (Yackee, 2012), la creciente deslegitimación desde los países

---

<sup>14</sup> Un ejemplo de ello lo presentan Wagner & Cafiero (2013) cuando analizan la relación entre China y Nigeria en cuanto a sus relaciones comerciales.

en desarrollo hacia el ISDS, especialmente el arbitraje realizado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –ICSID, por sus siglas en inglés- (Vicentelli, 2010)<sup>15</sup> (Brower & Schill, 2009), la privatización del derecho internacional público a través del arbitraje inversionista-Estado (Frank, 2005) ,

Así mismo, la ausencia de un órgano permanente de apelaciones con autoridad para revisar las sentencias (Karl, 2015), la inconsistencia e incoherencia entre los laudos arbitrales (Ten Cate, 2012), la incertidumbre ante la aparente falta de transparencia por parte de algunas firmas de abogados y el “secretismo” que envuelve el proceso arbitral (Eberhardt & Olivet, 2012), y la misma politización del ISDS (Titi, 2015), por mencionar algunas. Para enfrentar estos desafíos “se requiere la gestión prudente y liderazgo flexibles en el futuro” (Salacuse, 2010, p. 472).

Finalmente, y como lo expresa Salacuse “debe tenerse en cuenta que no es asunto fácil para un Estado retirarse por completo del régimen de tratados de inversión sin consecuencias negativas” (2010, p. 471), puesto que las dinámicas propias de la globalización han construido una compleja interdependencia, que hace “casi imposible” la posibilidad forjar el desarrollo por fuera de dichas esferas.

---

<sup>15</sup> En ese sentido, son cada vez más sonantes propuestas desde la academia y los gobiernos de los países en desarrollo por crear un sistema de solución de diferencia inversionista-estado paralelo al existente, especialmente, al del CIADI. Véase Rondón de Sansó, H. (2014). Proposed changes to the Investment Dispute-Resolution System: a South-American perspective. *Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development*; Fach, K. (2010). Latin America and ICSID: David versus Goliath? *Law and Business Review of the Americas*, 501-549.



### **3. LA ALIANZA DEL PACÍFICO: NUEVO MODELO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN AMÉRICA LATINA**

Los esfuerzos de América Latina por convertirse en un actor decisivo con un proyecto regional común en la configuración de la agenda global han sido poco exitosos. A lo largo de las últimas cinco décadas, los intentos por avanzar hacia una integración política, social, cultural, y especialmente, económica sólida evidencian la ausencia de un proceso progresivo y estratégicamente definido, que logre articular congruentemente las diferencias y las necesidades de los países de la región (Sau, 201, p. 2).

Los antecedentes del integracionismo latinoamericano se remontan a la preocupación que surgió entre los gobiernos locales por participar en condiciones simétricas en la economía mundial (Quitral, 2009, p. 33). Tras la reorganización de la sociedad internacional como efecto de la Segunda Guerra Mundial, se adoptaron políticas industriales y comerciales mancomunadas, que apuntaban a disminuir su dependencia de las importaciones de las economías del primer mundo.

Así, bajo la coordinación de la CEPAL, se aplicó con gran entusiasmo el modelo de Industrialización por Sustitución de Importaciones –ISI-, el cual si bien, en principio, produjo réditos positivos, debido a grandes dificultades como los altos índices inflacionarios y el desequilibrio externo, terminó siendo asfixiante para el desarrollo de las economías locales (Furtado, 2001, p. 144-160). Consecuentemente, para afrontar éste desafío, se propuso la creación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio –ALALC-, primer organismo de integración económica regional, que posteriormente estimularía la concreción de otras propuestas de articulación subregionales como la CAN (1969), el SELA (1975), la ALADI (1980), el MERCOSUR (1991), el SICA (1993), el ALBA (2004), la CELAC (2010), entre otras.

Proyectos de integración, que a la luz de los análisis más recientes, no han logrado consolidar la anhelada unión latinoamericana; por el contrario, han abierto el debate sobre la viabilidad de los modelos existentes y la necesidad de reformulación y adaptación a una nueva visión de cara a los retos que impone la economía mundial.

#### **3.1. Otros proyectos de integración económica en la región.**

Las experiencias de la CAN y el MERCOSUR, por ser, quizá, los dos procesos de integración económica que más dinamismo han tenido a lo largo de su historia, nos dan luces sobre los lineamientos que hasta ahora han caracterizado al integracionismo latinoamericano.

### **3.1.1. Comunidad Andina –CAN–**

La inoperancia del proceso de acción colectiva determinado por la falta de coordinación y el conflicto de intereses ha estancado la consolidación de la CAN como bloque comercial. El comportamiento unilateral y nacionalista de sus miembros Bolivia, Perú, Colombia y Ecuador ha conducido a este proyecto de integración, que lleva más de 40 años, a “escenarios caracterizados por resultados irracionales” (Casas & Correa, 2007, p. 601) y “a iniciativas que terminaron por flexibilizar el alcance de los acuerdos y por desvirtuar la apuesta de largo plazo hacia una integración profunda y entre países colindantes” (Ramírez, 2007, p. 32).

La CAN ha conseguido mantenerse en el tiempo con resultados ambiguos, porque a la vez que ha acumulado ciertos rendimientos y resultados positivos como un mayor crecimiento de los flujos comerciales intrazona respecto de sus inicios, una normativa supranacional, un conjunto de resoluciones y medidas sancionatorias, y la instauración de una estructura institucional y organizacional, también ha dilatado la consecución de los objetivos plasmados en el Acuerdo de Cartagena.

Al respecto, por un lado, no ha podido llegar a consolidarse como una unión aduanera perfecta, sino parcial y perforada (González, 2008, p. 184), y por el otro, el Sistema Andino de Integración –SAI–, el cual si bien es “tal vez uno de los más estructurados y completos de las experiencias integracionistas latinoamericanas” (Casas & Correa, 2007, p. 598); incluso, un modelo de inspiración para otras propuestas regionales, no ha logrado que el Parlamento y el Tribunal Andino, como órganos supranacionales, realicen un ejercicio efectivo y vinculante más allá del papel.

Además, los regímenes especiales otorgados a Bolivia y Ecuador, y los plazos ampliados a Perú conllevaron a que en su momento, Colombia y Venezuela, por su dinamismo económico, soportaran todo el peso del bloque (Cardona, 2002, p. 20), y en consecuencia, aquellos se volvieron propensos al incumplimiento de los acuerdos; situación que complejizaría la

consumación de las diferentes etapas comerciales. Sin embargo, el punto de inflexión para las relaciones dentro de la CAN, llegaría con la firma de los Tratados de Libre Comercio –TLC– por parte de Colombia y Perú con los Estados Unidos, y la subsecuente denuncia de la CAN por parte de Venezuela como respuesta de inconformidad ante estos acuerdos y como estrategia de irreprochabilidad por su solicitud de adhesión al Mercosur (Ramírez, 2007, p. 31-32).

En medio de éste largo camino de logros y fracasos, la controversia entre la liquidación o la reingeniería de la CAN como pronósticos de corto plazo continúa. No obstante, se puede afirmar, que su vigencia como proyecto coherente de integración regional dependerá del compromiso profundo de las Partes por reanimar su capacidad de acción colectiva para lograr formas positivas de inserción internacional y de negociación frente a terceros; posibilidad remota ante las nuevas alternativas de integración disponibles.

### **3.1.2. Mercado Común del Sur –MERCOSUR–**

El gran número de expectativas que suscitó la creación del Mercosur, hace 22 años, como la posibilidad más tangible de que los diversos pueblos de América Latina constituyeran un bloque unido, contrastan con la supeditación de la agenda común a las pretensiones de liderazgo económico y político regional de forma autónoma. Esta agrupación que componen Brasil, Uruguay, Argentina, Paraguay –el cual después de su suspensión en 2012, ha decidido no retornar temporalmente –, Venezuela y Bolivia –estos dos últimos, recientemente, adheridos– no se vislumbra a sí misma como una instancia de articulación económica, sino como un espacio estratégico, en donde cada Estado miembro puede obtener réditos para la complacencia de sus interés nacionales.

Ahora bien, es cierto que los distintos grados de desarrollo integracionista han arrojado resultados innegables, dinamizando el comercio al interior del grupo, que pasó de US\$5.000 al comienzo del proceso a US\$ 60.000 en 2012, alcanzando un PIB superior a los US\$3 trillones en un mercado que engloba 270 millones de personas; cifras que ubican al Mercosur como la quinta economía del mundo (El País, 2013). Sin embargo, la realidad evidencia que la dinámica colectiva imperante sólo ha posibilitado la creación de una zona de libre comercio incompleta, en vez de un mercado común en la región. “Los intercambios entre los miembros

del Mercosur pasaron de representar el 25% del total del comercio del bloque en 2008 al 15,2% en 2011, y en 2012 cayeron un 7%” (Ramírez, 2013a).

Así mismo, la meta de desgravación arancelaria ha estado condicionada a la imposición de barreras comerciales y prácticas proteccionistas por parte de Argentina y Brasil. También conviene subrayar que las divergencias en la adopción de los acuerdos sectoriales y en la solución a las disputas sobre el doble cobro del arancel externo común y a la distribución de la renta aduanera (García de la Cruz, 2010, p. 18-25) han desembocado en un elevado número de conflictos y de choque de intereses comerciales entre las partes. Esta ausencia de consenso colectivo también se evidencia en la incapacidad de armonización de las políticas macroeconómicas entre los Estados miembros del Mercosur (García de la Cruz, 2010, p. 57) y en el estancamiento en las negociaciones con otros bloques, como la Unión Europea, con quienes llevan negociando un acuerdo de libre comercio por más de 15 años.

La pérdida de relevancia de ésta propuesta integracionista también encuentra asidero, por un lado, en el ineficaz proceso de incorporación de normas del acervo común a los ordenamientos jurídicos nacionales y a la disfuncionalidad del sistema de solución de controversias vigente, que se caracteriza por su tinte arbitral mixto con funciones revisoras, y consultivas (Deluca, 2013, p. 11), y por el otro, en el hecho de que la coyuntura siga definiendo el accionar de los socios, hipótesis que se constata con el ingreso de Venezuela, quien aparte del petróleo, tiene poco que ofrecer al bloque sudamericano, dado que sus industrias no pueden competir con las empresas de la región (Hernández, 2012, p. 4); lo que implica que el Mercosur solo le representa un alto potencial desde la perspectiva geopolítica.

Bien, pareciera por todo lo anterior que este proyecto de integración económica exhibe las obvias limitaciones que lo han empujado a un estadio agónico. En ese sentido, para que el Mercosur llegue a ser una agrupación suramericana dedicada al comercio debe empezar por respetar sus propios instrumentos y reglas de juego, creer en la apertura comercial y en la necesidad de formular una agenda internacional que proyecte sus potencialidades, y les permita insertarse positivamente en las dinámicas económicas globales, sin la interposición imperante de cada proyecto nacional.

### **3.2. La AP: ¿es el modelo latinoamericano de integración de última generación?**

Los fracasados intentos de integración económica en Latinoamérica, en su etapa embrionaria, se vislumbraron como proyectos ambiciosos, al igual que hoy se perfila la Alianza del Pacífico, por lo cual es imprescindible tener cautela. No obstante, esta propuesta se particulariza, al entender que los países latinoamericanos no pueden enfrentarse de forma aislada a los desafíos que impone la economía mundial, sino como un bloque económico unido. Este camino bifurca el patrón integracionista en América Latina, abriendo paso a dos modelos de desarrollo económico y de integración regional, uno representado por el Mercosur con Brasil a la cabeza, y el otro, lo simboliza la AP, orientada al fortalecimiento de las instituciones jurídico-democráticas y a la libre circulación de bienes, capitales, servicios y personas, como factores que posibilitan competir económicamente con las nuevas potencias del siglo XXI en el mercado global, especialmente, las que componen el Asia-Pacífico.

Desde esta perspectiva, es necesario subrayar los matices que caracterizan a la AP, y a partir de los cuales se puede augurar su buen porvenir o su inexorable archivo. Cabe destacar en primer lugar, que sus integrantes comparten una visión económica conjunta de largo plazo. Por ejemplo, la etapa germinal del proceso se ha consolidado y se mantiene el impulso, pese a los cambios de gobierno, como el ocurrido en Perú con la llegada de Ollanta Humala y en México con la asunción al poder de Enrique Peña Nieto. La AP cree en el libre mercado y la apertura comercial como el modelo de desarrollo que “transformará la economía de sus miembros, y les permitirá cumplir el sueño de ser naciones más prosperas y con mejores ingresos” (Revista Dinero, 2013).

En segundo lugar, existe un fuerte compromiso de configurar una autentica zona de libre comercio. En la fase final de las negociaciones se acordó que el 92% de las partidas arancelarias quedarán libres de inmediato a la entrada en vigencia del acuerdo, mientras que el 8% restante, lo hará a corto y mediano plazo (Revista Dinero, 2013), y en efecto, eso ocurrió, el Acuerdo Marco ya entró en vigencia desde el 20 de julio de 2015. Al respecto, también es importante agregar que los países miembros mantienen una red de acuerdos comerciales entre sí, precedentes a la suscripción del Acuerdo Marco en 2012, al igual que con Estados Unidos y la Unión Europea. Al mismo tiempo, Chile y Perú tienen TLCs con China, y junto con México pertenecen al Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico – APEC, por sus siglas en inglés-.

Un tercer elemento apunta a la construcción de una estructura institucional con capacidad de acción colectiva. Si bien la AP por encontrarse en una fase gestacional no ha consolidado su aparato institucional, si ha logrado acordar una estructura de trabajo que contempla: Cumbres Presidenciales, Reuniones Ministeriales, Reuniones del Grupo de Alto Nivel (GAN) y Rondas de Negociación de los Grupos Técnicos. La creación del Mercado Integrado de América Latina -MILA-, institución que vincula los mercados bursátiles de los cuatro miembros, y ha representado el aseguramiento de la libre fluctuación de los recursos y capitales. Otras estrategias, tienen que ver con la coordinación de los grupos de promoción de exportaciones de cada uno de los países: ProChile, ProColombia, ProMéxico y PromPeru, la creación de oficinas consulares compartidas y el mantenimiento de una voz conjunta en instancias internacionales y ante los efectos de problemáticas como la desaceleración de China y el posible retiro de los estímulos monetarios en Estados Unidos por parte de la Fed.

En cuarto término, la AP tiene unos objetivos pragmáticos y minimalistas bien trazados en el corto plazo, entre ellos, llegar al Asia-Pacífico como bloque comercial regional. Los encadenamientos productivos son una de las estrategias comerciales, que aprovechando las fructíferas relaciones entre Chile y esa región, serán el medio que facilitará el arribo contundente de los otros integrantes a ese destino. Este punto es fundamental porque “la AP no es para llegar a los mercados de sus propios socios, sino a las economías del Asia-Pacífico” (Revista Dinero, 2013), dado que en forma independiente “su oferta exportable sería marginal; sin embargo al sumar la oferta de los cuatro países, mayoritariamente complementaria, se convierten en un socio comercial relevante para países como China, Corea o Japón” (Portafolio, 2013), y en un nuevo nexo entre estos y el resto de economías de América Latina.

Y en quinto lugar, es necesario aludir que “la AP fue la respuesta a esa falta de reglas claras y de esquemas de integración que facilitaran el desarrollo del comercio entre los cuatro países y hacia afuera” (Revista Dinero, 2013). Lo que evidencia el compromiso de hacer de este proyecto una política de Estado sujeta a los instrumentos jurídicos y al Estado de Derecho.

En suma, se puede anotar que el dinamismo de la economía global impulsado por el Asia-Pacífico ha posibilitado la configuración de la Alianza del Pacífico, que se aleja del anquilosado Mercosur, y redefine los lineamientos integracionistas para no cometer los mismos errores de sus antecesores. Preservar la acción colectiva y el compromiso a largo plazo por el proyecto conjunto serán las claves para superar los desafíos que implica ser un modelo

de integración de última generación en América Latina. Aunque mantener el escepticismo ante este tipo de propuesta es sano, los puntos señalados le dan luz verde a la consolidación de esta propuesta.

#### **4. ANÁLISIS MACROECONÓMICO DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO**

La Alianza del Pacífico se posiciona como la octava economía del mundo con un proyecto que contempla la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas. Entre sus miembros se está estableciendo un mercado común con reglas de juego claras, desposeído de discursos ideológicos, inestabilidad en los órdenes constitucionales, o medidas proteccionistas que distorsionan los principales propósitos de los acuerdos comerciales y de cooperación.

##### **4.1. Datos macroeconómicos generales de la AP**

En cuanto a las principales estadísticas del ambiente macroeconómico de la Alianza del Pacífico para el año 2015, en primer lugar Chile, cuenta una población de 17.8 millones de personas, una de las más bajas del grupo. Alcanzó un PIB de \$409.3 billones de dólares y un PIB per cápita de \$22.971 dólares. Su crecimiento anual fue del 4.6%. Su tasa de desempleo es una de las más bajas de la región rondando el 6.4%. La inflación alcanzó el 4.4%. Tiene buen manejo de la deuda pública, la cual equivale al 13.9% del PIB.

Sigue Perú. Su población es de 31.4 millones de personas. El PIB fue de 371.3 billones de dólares y el per cápita de \$11.817 dólares, uno de los más bajos de este bloque comercial. El crecimiento anual rondó el 4.8%. La tasa de desempleo es igualmente baja, la cual se calculó en 4.2 con una inflación de 3.2%. La deuda pública ha crecido alcanzando el 20.7% de su PIB.

Por otro lado está Colombia con una población de 47.7 millones de personas, la cual es relativamente joven. Su PIB se calculó en 640.1 billones de dólares con per cápita de 13.430 dólares. Tuvo el mismo crecimiento anual que Perú, cual es 4.8%. La tasa de desempleo se mantiene en dos dígitos alcanzando el 10.1%. Su deuda pública aunque bien manejada ha aumentado alcanzando el 38% de su PIB.

Y finalmente, México, es uno de los países más poblados de Latinoamérica, está habitado por 119.7 millones de personas. Su PIB después de Brasil es el más alto, alcanzado la cifra 2.1 trillones de dólares con un per cápita de 17.881, solo un poco por debajo de Chile. La tasa de desempleo es baja de 4.9%. La inflación es bastante controlada, solo del 4.0%. La deuda pública es la más alta del grupo, la cual se calculó en el 50.1% de su PIB.



## 4.2.La Alianza del Pacífico en los índices de apertura económica, competitividad y calidad de clima inversor.

Los miembros de la AP se destacan con gran ventaja en los índices de competitividad, libertad económica y facilidad para hacer negocios en comparación con el resto de la región que, en su mayoría, ocupa los puestos inferiores en estos principales indicadores.

### 4.2.1. 2015 Index of Economic Freedom

De acuerdo al último reporte del Índice de Libertad Económica –Index of Economic Freedom–, los miembros de la Alianza del Pacífico, han sabido conservar una tradición de libertad económica, y ello se refleja en los resultados obtenidos.

**Tabla 1. INDICE DE LIBERTAD ECONÓMICA (2016)- ALIANZA DEL PACÍFICO**

|                 | PROMEDIO | RANKING MUNDIAL | RANKING REGIONAL  | PIB (Billions of US Dollar) | LIBERTAD DE INVERSIÓN | ASPECTOS DESTACABLES                                                                             |
|-----------------|----------|-----------------|-------------------|-----------------------------|-----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>CHILE</b>    | 77.7     | 7               | 1 (Latin America) | \$409.3                     | 85                    | Capacidad para ajustarse a los choques externos/ Independencia judicial/Apertura a los mercados. |
| <b>COLOMBIA</b> | 70.8     | 33              | 3 (Latin America) | \$640.1                     | 80                    | Manejo de finanzas públicas/Apertura a los mercados/ Deuda pública bajo control                  |
| <b>PERU</b>     | 67.4     | 49              | 9 (Latin America) | \$371.3                     | 70                    | Libertad comercial/ Manejo de finanzas públicas                                                  |
| <b>MÉXICO</b>   | 65.2     | 62              | 3 (North America) | \$2100                      | 70                    | Libertad comercial y de inversión.                                                               |

*Fuente: Elaboración Propia a partir de datos del Index of Economic Freedom Report.*

Teniendo en cuenta que el promedio mundial fue de 60.7, y el regional 59.8, Chile se ubicó en el puesto #7 a nivel mundial y ocupó el #1 a nivel regional con un promedio de 77.7. En el estudio se hizo énfasis en que “Chile retiene el mejor perfil y los beneficios de la inversión de la región de su pertenencia a la Alianza del Pacífico y de la vasta red de acuerdos de libre comercio”; también destacan que “los derechos de propiedad y los contratos son fuertemente respetados y la expropiación es rara”. Así mismo, señalaron que “El marco regulador global de negocios sigue siendo competitivo. Resaltan la forma como el país ha sabido sortear los choques externos. El mercado de trabajo es dinámico, a pesar de los aumentos de salario mínimo que han superado el crecimiento general de la productividad en el año reciente”. Chile

tiene un sector bancario estable y bien capitalizado que ofrece una gran variedad de servicios, lo cual hace de su sistema financiero uno de los más competitivos de la región.

Por su lado Colombia bajó 0.9 puntos con respecto al reporte de 2014; su promedio general fue de 70.8, clasificando en el puesto 33 y 3 a nivel mundial y regional, respectivamente. Se destaca su “fuerte clima fiscal ha sido reafirmado por un alza en las calificaciones de bonos”, el manejo de las finanzas y la deuda pública. Resaltan la forma como el país no obstante este panorama, hay preocupación porque “las leyes contra la corrupción han tenido poco impacto, y el sistema judicial sigue siendo vulnerable a la interferencia política”. Afirman que en el país se requieren reformas institucionales profundas.

Continúa Perú con un promedio de 67.4, disminuyendo así 0.3 puntos y ocupando las posiciones 49 a nivel mundial y 9 en la región. No se destacan muchos aspectos positivos, más bien se evidencia una alta preocupación por los altos índices de corrupción, la debilidad institucional y el poco progreso en el direccionamiento de problemas como la complejidad del sistema tributario, la rigidez del mercado laboral, la ineficiencia del sistema judicial y la poca protección de los derechos de propiedad. Destacan que Perú se ha beneficiado de una importante inversión extranjera en la minería y la manufactura desde la reforma económica liberal iniciada en la década de 1990, y al igual que Colombia subrayan que “los inversionistas nacionales y extranjeros son generalmente tratados por igual ante la ley”.

Y finalmente, México ocupa dentro de la AP, el último lugar con un promedio general de 65.2, llevándose el puesto 62 en el mundo y 3 en la región de América del Norte. Es bastante inquietante la situación interna de México, y como esta ha tenido un alto impacto en su evaluación negativa. Se critica su retraso en el fortalecimiento de la regla de derecho. Alertan sobre la forma en que la corrupción ha socavado la competitividad comercial aún más a largo plazo. El estudio afirma que como resultado de ello “México aún no ha visto el aumento esperado de la inversión extranjera directa que podría venir de una regla de derecho más fuerte y más competitiva. La inversión en el sector del automóvil es fuerte, pero el crecimiento se mantiene por debajo del potencial”.

#### **4.2.2. World Economic Forum Competitiveness Report 2015-2016**

El Reporte de Competitividad del Foro Económico Mundial es una herramienta que evalúa la competitividad de 140 economías alrededor del mundo, proporcionando una perspectiva sobre la productividad y la prosperidad de estas.

El Reporte Global de Competitividad 2015-2016 señala que pese a los esfuerzos de recuperación, la economía mundial continúa con bajo crecimiento y altas tasas de desempleo, de ahí la necesidad de adoptar reformas profundas que impulsen la productividad. En este panorama las economías de la Alianza del Pacífico no evidencian mejores resultados.

En la siguiente tabla se reporta un conjunto de indicadores que posibilitan la medición de la competitividad, entre ellos están la solidez institucional, el ambiente macroeconómico, la infraestructura, la educación superior, la innovación, etc. Cada país obtiene un puntaje que lo ubica en el ranking mundial. Los miembros de la Alianza del Pacífico, en general, arrojaron resultados negativos en los principales indicadores.

**Tabla 2. REPORTE DE COMPETITIVIDAD (2015-2016) – Alianza del Pacífico**

| <i>Rankings a nivel mundial</i>                 | <b>Chile</b> | <b>Colombia</b> | <b>Perú</b> | <b>México</b> |
|-------------------------------------------------|--------------|-----------------|-------------|---------------|
| <b><i>Ranking general</i></b>                   | <b>35</b>    | <b>61</b>       | <b>69</b>   | <b>57</b>     |
| <b><i>Solidez institucional</i></b>             | <b>32</b>    | <b>114</b>      | <b>116</b>  | <b>109</b>    |
| <b><i>Corrupción</i></b>                        | <b>33</b>    | <b>126</b>      | <b>110</b>  | <b>121</b>    |
| <b><i>Infraestructura</i></b>                   | <b>45</b>    | <b>84</b>       | <b>89</b>   | <b>59</b>     |
| <b><i>Ambiente Macroeconómico</i></b>           | <b>29</b>    | <b>32</b>       | <b>23</b>   | <b>56</b>     |
| <b><i>Educación Superior y capacitación</i></b> | <b>33</b>    | <b>70</b>       | <b>82</b>   | <b>86</b>     |
| <b><i>Eficiencia del Mercado laboral</i></b>    | <b>63</b>    | <b>86</b>       | <b>64</b>   | <b>114</b>    |
| <b><i>Disponibilidad de tecnología</i></b>      | <b>39</b>    | <b>70</b>       | <b>88</b>   | <b>73</b>     |
| <b><i>Sofisticación de Negocios</i></b>         | <b>53</b>    | <b>59</b>       | <b>81</b>   | <b>50</b>     |
| <b><i>Innovación</i></b>                        | <b>50</b>    | <b>76</b>       | <b>116</b>  | <b>59</b>     |

*Fuente: Elaboración propia a partir de datos del WEF Competitiveness Report.*

La competitividad, según Michael Porter (1990) es aquella determinada por la productividad, en donde una nación hace uso de sus recursos humanos, de capital y naturales para crear valor. Este concepto está íntimamente ligado a la capacidad que tiene cada país para mejorar su capacidad microeconómica con base en una buena calidad del ambiente de negocios, en el

estado de desarrollo de los *clusters*, y la sofisticación de las estrategias y las operaciones de las compañías; así como su capacidad, la cual se consolida a partir de una férrea política fiscal y monetaria, el desarrollo humano y la efectividad de las instituciones políticas.

En el caso de la Alianza del Pacífico, los medidores que califican dichas capacidades macro y microeconómicas no arrojaron resultados satisfactorios a excepción de Chile que se destaca por ser el país más competitivo dentro de este mecanismo de integración y de toda la región latinoamericana y del Caribe, ocupando el puesto número 35 a nivel mundial. El Reporte 2015-2016 destaca que la solidez de sus instituciones, su estable ambiente macroeconómico, el buen dinamismo de su mercado financiero y su alta disponibilidad de tecnología. No obstante, resaltan los indicadores que se deben mejorar, básicamente los relacionados con el mercado laboral, la innovación y la educación primaria. El aspecto más preocupante según este estudio para incrementar la facilidad de hacer negocios en Chile es la restrictiva regulación laboral.

México apenas alcanza el puesto 57, pero con resultados muy cuestionables sobre el manejo de la economía interna. El reporte advierte que el factor más negativo se encarna en el creciente deterioro del ambiente institucional y los altos índices de corrupción. Se destacan mejoras en la eficiencia del mercado financiero, la sofisticación de los negocios, la promoción de la innovación y el tamaño de mercado.

Colombia ocupa el tercer lugar dentro del grupo, apenas cuatro puestos debajo de México, ocupando la posición 61 a nivel global. El reporte reivindica fortalecimiento de la competitividad colombiana que escalado en el ranking dos años consecutivamente. Esto se debe a una impresionante mejora en el desempeño del mercado financiero, la sofisticación de los negocios y los buenos resultados macroeconómicos. Preocupa los bajos índices en salud y educación, así como la poca capacidad de innovar y la falta de diversificación de la economía. No obstante, el aspecto más negativo es la debilidad institucional y la corrupción.

Y en último lugar se encuentra Perú, siguiendo muy de cerca a Colombia, en el puesto 69. Perú se consolida así como el miembro menos competitivo del grupo. Sobresale por su buen ambiente macroeconómico y la relativa mejora en el mercado laboral. Al igual que México y Colombia se raja en solidez institucional y se hunde por los altos índices de corrupción, la deficiencia del sistema educativo y la falta de innovación.

En términos generales, los miembros de la AP deben llevar a cabo reformas estructurales para reducir los índices de corrupción y mejorar la fortaleza institucional. A nivel económico evidencian buen desempeño pero los resultados negativos en indicadores como educación, innovación y tecnología, salud e infraestructura reduce, y con gran impacto, su competitividad a nivel mundial.

#### **4.2.3. Ease of Doing Business Index Report 2016**

El Ease of Doing Business Index -Índice de Facilidad para Hacer Negocios- es un reporte que anualmente entrega el Banco Mundial. Se mide a 189 economías desde Afghanistan hasta Zimbabwe para determinar cuál es su nivel de regulación respecto a ciertas materias que son clave a la hora de hacer negocios. Esta medición sirve de base para la clasificación de las mismas, donde “una clasificación elevada indica un entorno regulatorio más favorable para la creación y operación de una empresa local”<sup>16</sup> (Banco Mundial).

De acuerdo a este reporte, las regulaciones son necesarias, pero si estas están dirigidas a promover un entorno favorable a la creación de la pequeña empresa privada, por ejemplo, se puede obtener impactos positivos en el crecimiento económico y en la reducción de la tasa de desempleo. No se trata de bajos niveles de regulación, sino de la adopción de reglas que posibiliten la eficiencia y la transparencia en el contexto de los negocios, pero al mismo tiempo se vele por la protección del interés público.

Conforme a los resultados de este reporte, las economías de la Alianza del Pacífico tienen un buen clima de negocios. Aunque no clasificaron en el top 30, sí se ubican entre los primeros 60 puestos, posicionándose en los primeros cuatro puestos consecutivamente en el ranking regional muy por encima de otras economías regionales de gran calado como Brasil o Argentina. El primero en la lista es México ocupando el escalón 38, le sigue Chile en el 48; mientras que Perú y Colombia, en los puestos 50 y 54, respectivamente.

---

<sup>16</sup> “La clasificación se determina al ordenar el agregado de las puntuaciones de distancia a la frontera en 10 áreas a las que se otorga el mismo peso, cada una consistiendo de varios indicadores. La clasificación de todas las economías está determinada con fecha de Junio de 2015.” (Banco Mundial)

### **Ranking Mundial Ease of Doing Business: Alianza del Pacífico**

|                 | <b>Posición a nivel mundial</b> | <b>Puntaje DAF<sup>17</sup></b> | <b>¿Mejóro posición?</b> |
|-----------------|---------------------------------|---------------------------------|--------------------------|
| <b>México</b>   | 38                              | 73.72                           | Sí                       |
| <b>Chile</b>    | 48                              | 71.49                           | Sí                       |
| <b>Perú</b>     | 50                              | 71.33                           | Igual                    |
| <b>Colombia</b> | 54                              | 70.43                           | Sí                       |

**Fuente:** Elaboración propia a partir de datos del Ease of Doing Business Report

Los resultados evidencian que en las cuatros economías de la AP se impulsaron reformas que han impactado positivamente la facilidad para hacer negocios en el bloque, casi todos los miembros, excepto Perú –que cayó 5 puestos–, mejoraron su puntaje, y por ende, su posicionamiento en el ranking mundial. De hecho, se evidencia que los cuatros miembros tienen un puntaje muy similar con variaciones poco sustanciales.

El índice *Doing Business* se enfoca en el análisis de las regulaciones que impactan a 11 áreas del ciclo de vida de una empresa. Normalmente, el índice incluye como indicadores a áreas como la apertura de una empresa, el manejo de permisos de construcción, la obtención de electricidad, el registro de propiedades, la obtención de crédito, la protección de los inversionistas minoritarios, el pago de impuestos, el comercio transfronterizo, el cumplimiento de contratos y la resolución de insolvencia. “Los indicadores se utilizan para analizar los resultados económicos e identificar qué reformas de la regulación empresarial han funcionado, dónde y por qué” (Banco Mundial)

**Tabla 3. Clasificación de la Economías de la Alianza del Pacífico en el *Doing Business Report***

| <b>Indicadores</b>                        | <b>México</b> | <b>Chile</b> | <b>Perú</b> | <b>Colombia</b> |
|-------------------------------------------|---------------|--------------|-------------|-----------------|
| <i>Apertura de una empresa</i>            | 65            | 62           | 97          | 84              |
| <i>Manejo de permisos de construcción</i> | 67            | 24           | 48          | 38              |
| <i>Obtención de Electricidad</i>          | 72            | 51           | 64          | 69              |
| <i>Registro de propiedades</i>            | 106           | 56           | 35          | 54              |
| <i>Obtención de crédito</i>               | 5             | 79           | 15          | 2               |

<sup>17</sup> DAF= Distancia A La Frontera

|                                                                                    |    |    |    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|----|----|-----|
| <i>Protección de los inversionistas minoritarios</i>                               | 57 | 36 | 49 | 14  |
| <i>Pago de impuestos</i>                                                           | 92 | 33 | 50 | 136 |
| <i>Comercio transfronterizo</i>                                                    | 59 | 63 | 88 | 110 |
| <i>Cumplimiento de contratos</i>                                                   | 41 | 56 | 69 | 180 |
| <i>Resolución de la insolvencia</i>                                                | 28 | 58 | 74 | 30  |
| <b>Fuente:</b> Elaboración propia a partir de datos del 2016 Doing Business Report |    |    |    |     |

El análisis de dichos indicadores entre los miembros de la AP ofrece resultados disímiles. Mientras México y Colombia ofrecen gran flexibilidad para la obtención de un crédito, en Perú y Chile es mucha más complejo el proceso. Dentro del bloque, Colombia posee una regulación bastante proteccionista del inversionista minoritario, por el contrario, en México, este puede correr mayor riesgo. En el Pago de Impuesto, Chile y Perú tiene una normativa mucho más organizada y eficiente, a diferencia de México y Colombia donde es caótica. No obstante, todos los cuatro miembros se rajan en la facilidad de la regulación interna para abrir una empresa y el comercio transfronterizo.

Si se contrasta, este reporte con los reseñados anteriormente, a los miembros de la AP les quedan retos importantes para asumir si lo que busca es una mayor proyección como destino de inversiones. La corrupción y la debilidad de los sistemas jurídicos internos son temas sensibles que requieren de mayor tratamiento a través de reformas profundas, puesto que se trata de indicadores clave a la hora de medir estas economías.

## **5. ANÁLISIS DEL CAPÍTULO DIEZ SOBRE INVERSIONES DEL PROTOCOLO ADICIONAL AL ACUERDO MARCO DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO**

La suscripción del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico<sup>18</sup> –en lo sucesivo, Protocolo Adicional–, el 10 de febrero de 2014, durante la octava Cumbre de Presidentes, llevada a cabo en Cartagena de Indias, evidenció el compromiso de los miembros de la AP por establecer reglas claras en la construcción de la integración regional, la cual, finalmente, está direccionada, inter alia, al crecimiento, el desarrollo y la competitividad de las economías nacionales y al mejoramiento del bienestar y los niveles de vida de sus habitantes.

Conviene subrayar que el Protocolo Adicional, se configura así en un marco jurídico capaz no solo de armonizar y complementar la red de acuerdos comerciales que ya existía entre los miembros, sino de materializar los objetivos trazados con la constitución de la AP, así como contribuir a la proyección del grupo hacia una inserción efectiva en los mercados de la región del Asia Pacífico.

El Protocolo Adicional aún no ha entrado en vigencia<sup>19</sup>, pues hasta hace poco se surtieron los respectivos trámites en los cuerpos legislativos de cada uno de los países miembros, de igual modo, ya están siendo depositados los instrumentos de ratificación ante la autoridad correspondiente. Se presume, que conforme al art. 19.3 de dicho instrumento<sup>20</sup>, el mismo entraría en vigor en abril de 2016.

---

<sup>18</sup>Durante la X Cumbre de Presidentes de la AP, el 3 de julio de 2015, se adoptó el Primer Protocolo Modificadorio del Protocolo Adicional, en cual se incorporó un capítulo con normatividad sobre mejora regulatoria; así mismo, un anexo al capítulo de obstáculos técnicos al comercio en lo que respecta a cosméticos, también se incluyeron modificaciones y se agregaron otras disposiciones en los capítulos de telecomunicaciones y comercio electrónico. Este instrumento aún no ha sido ratificado por las Partes.

<sup>19</sup>El Protocolo Adicional fue avalado, inicialmente, por el Congreso de la República de Colombia mediante la aprobación de la Ley 1746 de 2014, la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-620 del 30 de septiembre de 2015. Sucesivamente, surtido el trámite legislativo, el 26 de noviembre de 2015 el gobierno peruano mediante el Decreto Supremo N°062-2015-RE ratificó el Protocolo. Así mismo, el 14 de diciembre el Senado de México respaldó este instrumento jurídico, el cual, también ya pasó a revisión constitucional. Finalmente, el 6 de enero de 2016, el Senado de Chile confirmó su aprobación.

<sup>20</sup> Artículo 19.3 del Protocolo Adicional: “*El presente Protocolo Adicional entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente a la fecha en que el Depositario reciba la última notificación por la cual las Partes le informen que los procedimientos referidos en el párrafo 1 se han completado, o en cualquier otra fecha que las Partes acuerden*”.



## 5.1. Estructura general del Protocolo Adicional de la AP

Antes de examinar la armazón del Protocolo Adicional, es necesario señalar que este instrumento jurídico es una especie de tratado -algunos también lo llaman *addendum*-, porque contiene las mismas características legales, pero de una naturaleza menos formal; el cual, generalmente es usado para enmendar, suplementar o clarificar un tratado preexistente. Este dispositivo jurídico busca, a través de una amalgama normativa, implementar los objetivos generales o la esencia del “primer” acuerdo (ONU, 2002, p. 62). En el caso particular, el Protocolo Adicional cumple varias de esas funciones con respecto al Acuerdo Marco de la AP.

Este Protocolo Adicional no es un más que un acuerdo comercial, que tiene la naturaleza jurídica ya mencionada, y su estructura organizativa responde a los lineamientos tradicionales en materia de negociación comercial internacional, ya sea de carácter bilateral, multilateral o regional. El Protocolo Adicional tiene la particularidad de buscar la coexistencia entre los compromisos comerciales previamente adquiridos y que ya estaban vigentes entre los países miembros de esta plataforma de integración económica.

Su esqueleto normativo está constituido por un preámbulo, 19 capítulos que se descomponen en secciones, artículos y anexos específicos; así como 3 anexos generales. Como la mayoría de los acuerdos comerciales, las materias objeto de regulación son acceso a mercados -cap.3-, reglas de origen y procedimientos relacionados con el origen -cap.4-, facilitación del comercio y cooperación aduanera -cap.5-, medidas sanitarias y fitosanitarias -cap.6-, obstáculos técnicos al comercio -cap.7-, contratación pública -cap.8-, comercio transfronterizo de servicios -cap.9-, inversión -cap.10-, servicios financieros -cap.11-, servicios marítimos -cap.12-, comercio electrónico -cap.13-, telecomunicaciones -cap.14-, transparencia -cap.15-, solución de diferencias -cap.17-. También reglamenta otros asuntos relativos a la administración del mismo protocolo -cap.16-, disposiciones iniciales -cap.1- que versan, por ejemplo, sobre la interpretación del Protocolo Adicional y el establecimiento de la zona de libre comercio; definiciones generales y específicas -cap.2-, excepciones -cap.18, y disposiciones finales -cap. 19- referentes a la entrada en vigor o las enmiendas.

En suma, si bien ya todos estos temas comerciales estaban regulados en TLCs bilaterales, aunque con diferentes grados de profundidad, el Protocolo Adicional, se focalizaría en

“extender y aprovechar en mayor medida el libre comercio ya existente entre los miembros y también modernizar [esos] acuerdos bilaterales vigentes” (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia), incluyendo algunos asuntos nuevos en los que las partes tienen interés. “Más aún, armoniza sus disposiciones y establece estándares comunes, particularmente en las disciplinas comerciales” (Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales de Chile, 2014). Este protocolo, en su conjunto, ofrece un acuerdo comprehensivo que determina la estabilidad jurídica dentro de este nuevo proceso de integración económica.

Ahora sí, pasemos a estudiar, un poco más en profundidad, el capítulo de inversiones del Protocolo Adicional como principal objeto de análisis de esta investigación.

## **5.2. Capítulo X de Inversiones**

La incorporación de un capítulo de inversiones dentro del proceso de integración regional, además de dar respuesta a la necesidad de proyectar a la Alianza del Pacífico como destino seguro para las inversiones, estuvo determinada, por las condiciones de seguridad y certidumbre jurídica que ya estaban establecidas en los otros TLCs negociados entre los miembros de la AP, y en definitiva porque esta protección se ha convertido, prácticamente, en un requisito estándar mínimo para el aterrizaje de la IED.

Dicha elección evidencia una tendencia en comercio internacional por negociar tratados comerciales mucho más integrales en comparación con los TBIs, que únicamente se restringen a una sola materia<sup>21</sup>. El capítulo de X de inversiones del Protocolo Adicional, al igual que otras disciplinas comerciales incluidas, cobra una importancia relevante para el éxito de este acuerdo comercial, dada su estrecha vinculación a los asuntos de comercio de bienes y servicios y acceso a los mercados.

---

<sup>21</sup> De acuerdo a un estudio llevado a cabo por Lo (2008) “hay un número cada vez mayor de los TBIs; pero el aumento se ha desacelerado en los últimos años. Puede que no sea totalmente debido a la tendencia de incluir capítulos de inversión en el TLC; pero sin duda las inclusiones de los capítulos de inversión en los TLCs contribuyen a la reducida necesidad de TBIs por separado”. Traducción propia de “... there are an increasing number of BITs; but the increase has been slowed down in recent years. It might not be fully because of the trend of including investment chapters in the FTAs; but definitely the inclusions of investment chapters in the FTAs contribute to the reduced need of separate BITs”(p.168).

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, al igual que otras entidades gubernamentales que promocionan la Alianza del Pacífico reiteran la convicción de que este marco normativo sobre inversiones consagrado en el Protocolo Adicional “facilitará el incremento de la Inversión Extranjera Directa intra-Alianza”, lo cual aunado a la “posibilidad de acceder a un mercado ampliado conformado por las economías más dinámicas de América Latina, que a su vez cuentan con una importante red de acuerdos comerciales con terceros países, convertirán a la Alianza en un imán para la atracción de IED de países que no son parte de este bloque de integración”. De igual manera, señalan que se trata de “cláusulas o compromisos de última generación y específicos en materia de promoción de las inversiones, reglas sobre inversión y desarrollo sostenible; que responden a las necesidades de crecimiento y desarrollo de los países”.

Dichas afirmaciones acompañadas de un discurso y una vibrante publicidad sobre las ventajas que ofrece la Alianza del Pacífico a las inversiones extranjeras, genera profundos interrogantes que se pueden focalizar, como ya se anunció en la introducción, en determinar cuáles son los factores que posibilitan concluir la existencia de innovación jurídica en el Capítulo de Inversiones del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico en relación al sistema de derecho internacional de inversiones, o si por el contrario, se siguen los cánones establecidos en el régimen estándar; lo cual, finalmente, posibilitará delimitar las razones que desde el punto de vista jurídico hacen que la Alianza del Pacífico sea un bloque de integración regional para fomentar las inversiones hacia la Alianza y entre cada uno de sus miembros.

### **5.2.1. Anatomía jurídica del Capítulo X de inversiones**

El capítulo de inversiones del Protocolo Adicional adopta la estructura tradicional de los AII e incluye la mayoría de las disposiciones dominantes del Modelo TBI de Estados Unidos. Básicamente tiene tres secciones, 33 artículos y 6 anexos. Ello, y como ya se ha mencionado en extenso, obedece en parte, a que los TLC firmados entre los miembros de la AP, y entre estos con Estados Unidos tienen la misma estructura normativa de protección de las inversiones.

Respecto a la coexistencia de este capítulo X con los restantes del Protocolo Adicional, el art. 10.3 reza que “en caso de incompatibilidad entre el presente Capítulo y otro Capítulo, el otro

Capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad”. Esta posición de subordinación otorgada por los negociadores dentro del acuerdo comercial, evidencia que “... las políticas de derecho de inversión no son más que un hijastro de las políticas comerciales globales que impregna la arquitectura del tratado”<sup>22</sup> (Martínez-Fraga & Reetz, 2015, p. 39).

A continuación se analizarán cada una de las tres secciones y las provisiones jurídicas más relevantes del régimen internacional de inversiones.

#### **5.2.1.1. Sección A: Régimen de Protección**

Esta sección se compone de 14 artículos que recogen las normas sustantivas, es decir, los derechos y las obligaciones de los inversionistas y las Partes, respectivamente, frente al tratamiento de la inversión extranjera. Respecto a esta sección del capítulo de inversiones, solo se abordaran los temas más sensibles referentes a la definición y al tratamiento estándar en la protección de las inversiones.

##### **5.2.1.1.1. Definición de Inversión**

La aplicación de las disposiciones sustantivas del capítulo X está ligada a la reducción de vaguedad sobre qué constituye una inversión. Tarea compleja ante las fluctuaciones de una economía internacional casi que impredecible. Las formas que adopta la inversión evolucionan rápidamente generando grandes desafíos jurídicos para su regulación. Su delimitación conceptual ha sido objeto de innumerables debates direccionados a conjurar puntos de encuentro que posibiliten una demarcación lo más precisa posible.

En materia de AIIs, la conceptualización de inversión ha oscilado al ritmo del despliegue del DII en el último medio siglo. Los modelos de TBI o de cualquier otro AII traen nuevas reglas que modifican, renuevan o actualizan el concepto de inversión. Con la suscripción del NAFTA hubo preferencia por un criterio delimitador de inversión acompañado de una lista taxativa de formas de inversión. Sin embargo, en los TBIs que le sucedieron, y ya con el modelo estadounidense del 2004, se hace notoria una tendencia hacia la utilización de un concepto

---

<sup>22</sup> Traducción propia de “...investment law policies are but a stepchild to the overarching trade policies permeating the treaty's architecture”.

amplio, omnicomprendivo de la infinidad multiforme de la inversión<sup>23</sup>. Esta postura ha sido aplaudida por los negociadores, pero al mismo tiempo encierra un conjunto de riesgos que se han hecho patentes con la ola de reclamaciones presentadas ante los tribunales del ISDS; lo cual ha dado cabida para el regreso de una definición restringida con lista definitiva de tipos de inversión cubiertos.

La controversia no termina allí, por el contrario cada vez adquiere un tinte más complejo. El art. 25 del Convenio del CIADI reza que

*“la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante... y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”.*

Como se evidencia, este artículo no define qué cualifica como una inversión, exhibe un término con una “zona oscura” de interpretación.<sup>24</sup> Esto ha elevado la posibilidad de que los árbitros interpreten el término “inversión” conforme a su jurisprudencia, y puedan, incluso, omitir la estipulada en el AII. Grabowski considera que esto puede traer consecuencias negativas porque “ello ampliaría la jurisdicción del CIADI más allá de lo que es otorgado por los documentos fundadores de las organizaciones, e introduciría incertidumbre en el ámbito de la inversión internacional, lo que podría enfriar el flujo de capital”<sup>25</sup> (2014, p. 287).

Circunstancia que, sin duda, pone en riesgo la seguridad jurídica, y reafirma la necesidad de consenso sobre un criterio de definición. “La definición de “inversión” determina los intereses económicos, a los que los gobiernos extienden las protecciones sustantivas del AII, mientras que la definición de “inversor” especifica el número de individuos y entidades legales que

---

<sup>23</sup> “The broad, general definition of investment found usually in BITs was developed by capital exporting states to ensure that a wide variety of their investors’ assets were protected in the territories of their capital importing treaty partners. However, from the perspective of the host state, the expanse of the types of assets covered under an IIA can be problematic, particularly as it makes it difficult for governments to predict which investments would be affected by its measures” (Malik, 2008, p. 7).

<sup>24</sup> Para profundizar en esta discusión que recientemente llega a la palestra véase Ho, J. (2010). The Meaning of ‘Investment’ in ICSID Arbitrations. *Arbitration International*, 26 (4); Mortenson, J. (2010). The Meaning of “Investment”: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law. *Harvard International Law Journal*, 51 (1), pp. 257-281.

<sup>25</sup> Traducción propia de “It would expand ICSID jurisdiction beyond what is granted by the organizations founding documents, and it would introduce uncertainty into the realm of international investing, which could chill the flow of capital”.

pueden beneficiarse del tratado”<sup>26</sup> (Unctad, 2011, p. xi). Una definición, por ejemplo, le permite al inversionista conocer si tiene derecho para demandar al Estado receptor ante un tribunal de arbitraje, lo que a su vez tiene un efecto relevante en la toma de decisión sobre si establecer o no la IED en un determinado país<sup>27</sup>; así mismo el Estado receptor puede determinar cuándo debe restringir su actuación para no afectar un inversionista en cumplimiento de las obligaciones adquiridas bajo el AII.

Ahora bien, la Alianza del Pacífico optó por una definición abierta con interpretación extensiva. Esto se deduce del art. 10.1 que declara:

***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: (a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones u otros instrumentos de deuda de una empresa pero no incluye un instrumento de deuda emitido por una Parte o una empresa del Estado, o un préstamo a una Parte o a una empresa del Estado, independientemente de la fecha original de vencimiento; (d) futuros, opciones y otros derivados; (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares, incluyendo aquellos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en el territorio de las Partes; (f) derechos de propiedad intelectual; (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna, y (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda; inversión no incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa;*

---

<sup>26</sup> Traducción propia de “the definition of “investment” determines economic interests, to which governments extend substantive IIA protections, while the definition of “investor” specifies the range of individuals and legal entities that can benefit from the treaty”.

<sup>27</sup> Está práctica se ha denominado “Treaty-Shoppig”, en el caso específico llamada “BIT-Shopping”. Legum advierte que este no es un fenómeno novedoso, por el contrario “For decades, multinationals have shopped for the jurisdiction with the most advantageous tax treaty with respect to their investments overseas. In many emerging markets, political risk for long-term investments outweighs tax considerations in importance. There is substantial potential benefit to an investor, in such markets, of a neutral international arbitration tribunal applying international investment standards rather than local courts applying local law. Given this reality, the emergence of a new industry of “BIT-shopping” is only natural” (2005, p. 5)

Hay dos expresiones claves en dicho enunciado. La primera advierte que “las formas que puede adoptar una inversión incluyen...”; con lo cual señala la existencia de una lista indicativa o propositiva, que intenta esbozar algunas formas de inversión ante el margen de amplitud que la expresión “todo activo” implica y puede alcanzar a cubrir. En principio el modelo estadounidense de TBIs liderado por el NAFTA incluía una definición limitada de inversión con una lista taxativa<sup>28</sup>, sin embargo, los sucesivos TBIs negociados por Estados Unidos adoptaron un concepto amplio e ilimitado; ello se refleja con claridad en el último modelo de TBI de Estados Unidos de 2012. Legum considera que la elección por un concepto de inversión con interpretación extensiva refleja “... un esfuerzo para dar cabida a la creatividad sin fin de los mercados de capitales”, al mismo tiempo que evidencia “el deseo de fomentar la inversión extranjera en todas sus formas, presente y futuras”<sup>29</sup> (2005, p. 3)

Si bien este tipo de conceptualización es mucho más adecuada a la evolución de los mercados y a la alta fungibilidad del capital, genera algunos escenarios de imprevisibilidad. Por ejemplo, puede implicar que los países receptores de capital tengan que extender los beneficios bilaterales ante el difícil panorama de determinar cuándo una inversión queda protegida bajo las disposiciones del AII. La Unctad advierte que esta definición tradicional basada en los activos hace riesgosa “la posibilidad de que las transacciones que no se pensaba que eran inversiones en el momento de la celebración del contrato, no obstante, podrían llegar a ser cubiertas como resultado de una naturaleza abierta de la definición”<sup>30</sup> (2011, p. 9).

---

<sup>28</sup> De acuerdo al art. 1139 del NAFTA, titulado “Definitions”, una inversión significa “(a) an enterprise; (b) an equity security of an enterprise; (c) a debt security of an enterprise; (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise; (d) a loan to an enterprise; (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the loan is at least three years, but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise; (e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise; (f) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d); (g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and (h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise; but investment does not mean, (i) claims to money that arise solely from (i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or (ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or (j) any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h)”.

<sup>29</sup> Traducción propia de “...an effort to accommodate the endless creativity of the capital markets... a desire to encourage foreign investment in all its forms, present and future.”

<sup>30</sup> Traducción propia de “The continued domination of the traditional broad asset-based definition risks the possibility that transactions that were not thought to be investments at the time the agreement was entered into might nonetheless become covered as a result of an open-ended nature of the definition”.

Sin embargo, con la segunda expresión que reza “inversión no incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa”, los negociadores quisieron limitar, un poco, el alcance de esta definición abierta. Otros enunciados que están en el pie de página del artículo evidencian dicha intención. Por ejemplo,

*“Para mayor certeza, un inversionista tiene el propósito de realizar una inversión cuando ha realizado los actos esenciales necesarios para concretar dicha inversión, tales como la canalización de recursos para la constitución del capital de una empresa, la obtención de permisos o licencias, entre otros”;*

O también

*“entre las licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos mediante la legislación interna. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicha licencia, autorización, permiso o instrumento similar tenga las características de una inversión”.*

La UNCTAD (2011) entiende que la introducción de estas “restricciones” en la “*cláusula de alcance y definición*” son válidas para paliar el riesgo que implicaría para los países una interpretación excesivamente amplia. Señala, por ejemplo, que “...algunos de los activos específicos podrían ser excluidos de la definición”. Con la adopción de otros enfoques se puede “restringir la protección sólo a las inversiones directas o inversiones realizadas a través de una empresa establecida a nivel local, poniendo así de relieve que sólo una contribución basada en una transferencia de finanzas y control de gestión sobre la inversión será suficiente para garantizar la protección, dado el mayor compromiso de recursos y corre el riesgo que ello conlleva por parte del inversor”<sup>31</sup> (p. 10). De igual modo, añade que “también es posible incluir criterios objetivos para la definición de una inversión a ser cubiertos por el acuerdo, sobre la base de la contribución del capital, el riesgo de inversión, la duración y la contribución al desarrollo”<sup>32</sup> (p. 11).

---

<sup>31</sup>Traducción propia de “certain specific assets could be excluded from the definition... restrict protection only to direct investments or investments made through a locally established enterprise, thereby emphasizing that only a contribution based on a transfer of finance and managerial control over the investment will be sufficient to warrant protection, given the greater commitment of resources and risk that this entails on the part of the investor”.

<sup>32</sup>Traducción propia de “It is also possible to include objective criteria for the definition of an investment to be covered by the agreement, based on contribution of capital, investment risk, duration and contribution to development”.



La definición de inversión de la AP evidencia una política comercial dirigida a ofrecer el máximo grado protección a la inversión. Con esto, y como ya se expuso, el bloque se arriesga a un mayor número de reclamaciones bajo el sistema inversionista-Estado, y a proporcionar los beneficios del acuerdo a inversiones que en principio no estuvieron contempladas. Implica, también, ceder a los árbitros un espectro de interpretación mucho más amplio. Aunque los negociadores del Protocolo Adicional no introdujeron nuevas reglas en materia de definición de inversión, con todo, podría decirse, de forma prematura, que la definición adoptada, le otorga a la Alianza del Pacífico un plus frente a AIIs celebrados entre países no miembros que tienen una definición restringida.

#### **5.2.1.1.2. Definición de Inversionista**

Este es otro término complejo en materia AII, pero menos “enmarañado” que el anterior. De hecho, puede decirse que aquí la cuestión radica en establecer “la elección de los vínculos con una o más Partes Contrantes, por los cuales una persona natural o jurídica llega a ser integrada dentro del esquema de un acuerdo de inversión”<sup>33</sup> (Unctad, 2011, p. 122). La definición de este vocablo “es una cuestión importante, ya que es una condición previa para que una parte privada pueda invocar el mecanismo de resolución de controversias en virtud del BIT”<sup>34</sup> (Kao, 2011, p. 179).

La relevancia de la definición, según la OCDE, depende de cada uno de los actores, ya sea inversionista, países exportadores de capital o país receptor.

*Desde la perspectiva de un país exportador de capital, la definición identifica el grupo de inversores cuya inversión extranjera del país está tratando de proteger a través del acuerdo, incluyendo, en particular, su sistema para una solución de diferencias neutral y despolitizada. Desde la perspectiva de los países importadores de capital, identifica los inversores y las inversiones que el país desea atraer; desde la perspectiva del inversor,*

---

<sup>33</sup> Traducción propia de “the choice of links with one or more Contracting Parties whereby natural and legal persons become integrated into the scheme of an investment agreement”.

<sup>34</sup> Traducción propia de “...is an important issue as it is a precondition for a private party to invoke the dispute resolution mechanism under the BIA”.

*identifica la forma en que la inversión podría estructurarse con el fin de beneficiarse de la protección de los acuerdos*<sup>35</sup>. (2008, p. 9).

Para la UNCTAD “¿qué tipo de persona o entidad puede considerarse inversionista, y cuáles son los criterios que determinan que una persona está cubierta por un acuerdo?”<sup>36</sup> (2011, p. 13) son las preguntas clave que deben formularse cuando se intenta abrazar una definición de inversionista en un AII.

Cuando se trata de personas naturales, hay consenso en la doctrina respecto que la nacionalidad es el criterio más determinante<sup>37</sup>. “Es un principio firmemente establecido en el derecho internacional que la nacionalidad del inversor como persona física está determinada por la legislación nacional del Estado cuya nacionalidad es afirmada”<sup>38</sup> (OCDE, 2008, p. 10). Esto implica que son las leyes internas las que delimitan los criterios para considerar un inversionista como nacional. Aunque es un criterio suficiente como lo ha señalado la Unctad, no es el único criterio, “... algunos acuerdos de inversión introducen criterios alternativos tales como el requisito de residencia o domicilio”<sup>39</sup> (OCDE, 2008, p. 10).

Sin embargo, determinar cuando una persona jurídica tiene la nacionalidad para reclamar la protección del AII, puede resultar no tan sencillo porque no hay un criterio dominante. Para algunos países la forma legal de la empresa o la compañía, y en qué medida esta cumple con las leyes nacionales para constituirse se convierte en una exigencia básica, además podría requerirse que haya un asiento efectivo –“*effective seat*”- o incorporación –“*incorporation*”-

---

<sup>35</sup> Traducción propia de “From the perspective of a capital exporting country, the definition identifies the group of investors whose foreign investment the country is seeking to protect through the agreement, including, in particular, its system for neutral and depoliticized dispute settlement. From the capital importing country perspective, it identifies the investors and the investments the country wishes to attract; from the investor’s perspective, it identifies the way in which the investment might be structured in order to benefit from the agreements’ protection”.

<sup>36</sup> Traducción propia de “what types of person or entity may be considered investors, and what are the criteria that determine that a person is covered by an agreement?”

<sup>37</sup> No obstante, la nacionalidad como criterio para el Inversionista-persona natural puede resultar engorroso cuando entre los países negociadores del AII fluctúan problemas diplomáticos o políticos, como es el caso de China y Taiwán. “This nationality standard is, however, not likely to be applied in the proposed TCRIA, as currently any issue relating to sovereignty becomes taboo under the “One China, two representation” policy. After examining the relevant Taiwanese and Chinese legislation, as well as existing cross-strait agreements, this article suggests that, an “ID certificate” criterion may be an appropriate solution”. (Kao, 2011, p. 208).

<sup>38</sup> Traducción propia de “It is a firmly established principle in international law that the nationality of the investor as a natural person is determined by the national law of the state whose nationality is claimed”.

<sup>39</sup> Traducción propia de “... some investment agreements introduce alternative criteria such as a requirement of residency or domicile”.

de la empresa, así como un fuerte vínculo económico –“*economic link*”- con el Estado de quien se pretende reclamar protección.

La experiencia ha agregado problemas adicionales respecto a las personas jurídicas, que debido a la flexibilidad de muchas figuras societarias pueden sacar una ventaja “intrigante” para beneficiarse de un AII. Muchas hipótesis han surgido al respecto. Qué sucede cuando una compañía de una Parte Contrante “A” constituye una empresa en la otra Parte “B”, y luego esta empresa realiza una inversión en la misma Parte “A”, tomando ventaja de la protección del AII existente en contra de su propio país<sup>40</sup>. O qué ocurre cuando un inversionista podría ver afectada su protección si los accionistas o los propietarios son nacionales de un Estado no Parte, podría beneficiarse de ese marco jurídico? Esto plantea la cuestión de “si el AII debería autorizar a un tribunal arbitral para “levantar el velo corporativo” para llegar a las personas que realmente controlan y determinar si califican, por razón de la nacionalidad, como partes apropiadas para la reclamo hecho en el marco del AII en cuestión” (UNCTAD, 2011, p. 15).

Respecto a estos desafíos, el Protocolo Adicional no ofrece una fórmula de arreglo preventiva, lo cual indicaría que este tipo de circunstancias serían analizadas por el tribunal de arbitramento correspondiente en caso de presentarse una disputa. En particular, la Alianza del Pacífico solo se ocupa de definir quién puede calificar como inversionista de una Parte, y estipula que

***inversionista de una Parte** significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que tiene el propósito de realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte;*

En lo concerniente a la doble nacionalidad del inversionista<sup>41</sup>, aunque “por lo general, esta prueba no se encuentra en los acuerdos de inversión existentes, que tienden a guardar silencio

---

<sup>40</sup> Un ejemplo de este fenómeno ya se ha presentado ante los tribunales del ISDS, y es el caso de “Tokios Tokeles v. Ukraine” [ICSID Case No. ARB/02/18], en el marco del TBI entre Lituania y Ucrania. This BIT “was invoked by the claimant, a business enterprise incorporated according to Lithuanian legislation. However, 99% of the claimant’s shares were owned by nationals of Ukraine. According to Article 1(2)(b) of the BIA in question, a corporate investor, for Lithuania, is defined as “any entity established in the territory of the republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations”. Although the respondent contested that the claimant was not a genuine Lithuanian legal entity as it was owned and controlled by nationals of the host state, the majority of the tribunal nevertheless found that the claimant met the definition of a Lithuanian investor under the said BIA and a “national of another contracting state” under Article 25 of the ICSID Convention, thus eligible for arbitration against Ukraine”. (Kao, 2011, p. 201).

<sup>41</sup> Al respecto a la doble nacionalidad, la jurisprudencia del CIADI ha dejado por sentado que la demanda será rechazada cuando un inversionista tiene doble nacionalidad, y una de ellas es la del estado receptor. Un caso es

sobre la cuestión de la doble nacionalidad”<sup>42</sup> (UNCTAD, 2011, p. 14), el Protocolo Adicional en la misma definición advierte que

*... considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva;*

Aquí, nuevamente, la AP adopta la misma definición del modelo de TBI estadounidense de 2012, que en inglés utiliza la misma conceptualización<sup>43</sup>

*“investor of a Party” means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality.*

De lo anterior se infiere que tampoco hubo innovación en lo concerniente a la definición del término *inversionista*, puesto que, pese a la existencia de los problemas que pueden generar las figuras societarias usadas por las multinacionales, el acuerdo no hace mención a posibles remedios, y solo se atiene a la descripción mínima.

#### **5.2.1.1.3. Ámbito de Aplicación**

Los tratados están dotados de unos objetivos últimos que direccionan el marco jurídico consagrado. El propósito de celebración de un AII debería coincidir, desde un punto de vista teleológico, con las disposiciones que van a regular a los inversionistas y sus inversiones; lo que finalmente determina el ámbito de aplicación. Al respecto, Sauvart y Ortino (2013, p. 54)

---

el de Eudoro A. Olguín v. República de Paraguay [ICSID Case No. ARB/98/5]. Aquí el demandante no tenía nacionalidad del país receptor, por eso tenía derecho a demandar. In this case, “Mr. Olguín, a dual national of Peru and the United States, brought a claim against the Republic of Paraguay under the Peru-Paraguay BIT, for the treatment allegedly received from the Paraguayan authorities, in relation to his investment in a company for the manufacture and distribution of food products in Paraguay. The arbitral tribunal rejected Paraguay’s objection to jurisdiction based on the claimant’s dual nationality by relying on the fact that Mr. Olguín’s Peruvian nationality was effective, which was deemed enough for purposes of the ICSID Convention and the BIT”. (OCDE, 2008, p. 15).

<sup>42</sup> Traducción propia de “Typically, this test is not found in existing investment agreements, which tend to be silent on the matter of dual nationality”.

<sup>43</sup> Esta definición evidencia la conservación de la descripción del término por parte de los negociadores de Estados Unidos, que es prácticamente idéntica a la definición del NAFTA de 1994 “investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of such Party, that seeks to make, is making or has made an investment;” Art. 1139.

aconsejan que es fundamental la identificación del principal propósito de las negociaciones del tratado, para así, y de forma cuidadosa, establecer las normas que deben ser consagradas para ayudar a logro de los objetivos propuestos. Escenario que generalmente está determinado por los intereses políticos, económicos y sociales que tengan las partes contratantes.

El ámbito de aplicación está íntimamente ligado con las definiciones de inversionista e inversión; siendo estos dos términos claves, los que lo delimitan. Según Salacuse (2010b), la significancia del ámbito de aplicación tiene al menos dos importantes “ramificaciones legales”. La primera se refiere a que un Estado solo se obliga en virtud del AII respecto inversiones e inversionista que encajan en la definición del tratado. Y la segunda, tanto la definición como el ámbito de aplicación influyen sobre la jurisdicción del tribunal de arbitraje internacional para conocer un conflicto con base en el marco jurídico del tratado. Con otras palabras, Bungenberg, sigue la misma postura y afirma que “el ámbito de aplicación de un AII es uno de los más importantes aspectos del derecho de inversión, puesto que determina la aplicación de las normas materiales, así como la posibilidad de solución de diferencias inversionista-Estado”<sup>44</sup> (2014, p. 402).

En ese sentido, el Protocolo Adicional es acertado, y evidencia en el art. 10.2, la concepción de un ámbito de aplicación demarcado por eso dos términos.

*El presente Capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:*

*(a) los inversionistas de otra Parte;*

*(b) las inversiones cubiertas, y*

*(c) a todas las inversiones en el territorio de la Parte en lo relativo a los Artículos 10.8 y 10.31.*

Como dichas definiciones ya fueron tratadas en la sección anterior procederemos a analizar los ámbitos geográficos y temporal, los cuales tienen gran relevancia dentro un AII. Usualmente estos dos vocablos no son conceptualizados, pero si se incorporan normas que los desarrollan.

---

<sup>44</sup>Traducción propia de “The scope of application of IIAs is one of the most important issues in investment law, as it determines the application of material standards as well as the possibility of investor state dispute settlement”.

El ámbito geográfico en un AII “está determinado, en primer lugar, por el número y la identidad de los Estados que son parte en el mismo. También está determinado por los límites territoriales de los Estados interesados. La definición del término “territorio” es importante a este respecto” (UNCTAD, 2011, p. 6). En el caso que nos ocupa, es evidente que la Alianza del Pacífico, integrada por Colombia, México, Chile y Perú establece un marco territorial, claramente delimitado. Se trata de cuatro estados soberanos que, coincidiendo con costas sobre el océano pacífico, una institucionalidad fuerte y un proyecto económico común de largo plazo, decidieron aunar esfuerzos concretados en una plataforma que les permitiera enfrentar los retos que impone el comercio mundial liderado por el Asia-Pacífico.

Por otro lado, para demarcar el alcance temporal de un AII, “su fecha de entrada en vigor para cada parte y su duración han de determinarse” (UNCTAD, 2011, p. 6). Como se mencionó anteriormente, el Protocolo Adicional, en el art. 19.3 establece que su entrada en vigencia se efectuará dentro de los tres meses siguientes al depósito del último instrumento de ratificación, pero omite consagrar una fecha para su culminación. En el art. 19.6 solo se hace referencia a que la denuncia del Protocolo Adicional, se hará efectiva, solo si se denuncia el Acuerdo Marco, lo cual implicará la denuncia de aquel. Se deja a voluntad de las partes decidir cuándo dan por terminado la vigencia del acuerdo.

El tema del ámbito de aplicación, ha elevado a la palestra, varias cuestiones sensibles tocantes a la efectividad de un AII. La primera tiene que ver, con que si el tratado se puede aplicar a una inversión que se estableció antes de la vigencia del mismo. En principio el régimen de inversiones no era muy claro al respecto, pero en los últimos TBIS, por ejemplo, se ha incorporado el concepto de “inversión cubierta”. En términos sencillos, es aquella que queda cubierta bajo el ámbito de aplicación del tratado. El Protocolo Adicional trae una definición, y reza

***inversión cubierta** significa, respecto a una Parte, una inversión en su territorio de un inversionista de otra Parte que exista a la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo Adicional, o las inversiones realizadas, adquiridas o expandidas posteriormente.*

Definición que se corresponde exactamente en inglés con la del modelo estadounidense de 2012<sup>45</sup>. Una vez más, el Protocolo Adicional quiere ser fiel a este modelo, que de hecho impera en los TLC firmados entre los miembros de la AP y Estados Unidos.

La segunda cuestión surge por la necesidad de determinar si las disposiciones del AII se siguen aplicando a una inversión establecida aunque el tratado haya perdido su fuerza vinculatoria. La doctrina ha coincidido en afirmar que el tratado debe incluir la norma que regule dicho supuesto de hecho. Por regla general, dice Salacuse, un tratado de inversión “puede ser resuelto por las partes sólo después del final del período inicial o después de la presentación de un aviso por escrito, sin embargo, la terminación de un tratado por lo general no da lugar a la denegación inmediata de protección del tratado de inversiones hecho mientras estaba en efecto”<sup>46</sup> (2010, p. 472).

Además, agrega que “la mayoría de las disposiciones de terminación de los tratados contienen una cláusula efecto continua que establece que las inversiones realizadas, adquiridas o aprobadas antes de la fecha de la terminación del tratado serán protegidos por las disposiciones del tratado por un período adicional de diez, quince o veinte años”<sup>47</sup> (p. 472). Esto implica que una vez haya concluido el periodo de inicial de vigencia, el AII no pierde vigencia, y puede seguir produciendo efectos en favor de la inversión que ya estaba establecida.

En efecto, el Protocolo Adicional, el numeral, art. Art. 19.6, titulado “denuncia”, consagra que

*Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, el Capítulo 10 (Inversión) se mantendrá en vigor por un plazo de cinco años contados desde la denuncia del presente Protocolo Adicional, con respecto a las inversiones realizadas al menos un año ante de dicha denuncia.*

Lo anterior permite inferir que los negociadores, previendo futuras demandas, delimitaron estrictamente la vigencia de las disposiciones del capítulo de Inversión, una vez el Protocolo

---

<sup>45</sup>Article 1: Definitions. “**Covered investment**” means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party in existence as of the date of entry into force of this Treaty or established, acquired, or expanded thereafter”. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.

<sup>46</sup>Traducción propia de “... As a rule, a treaty may be terminated by the parties only after the end of the initial period or after the submission of advance written notice;214 however, the termination of a treaty usually does not result in the immediate denial of treaty protection for investments made while it was in effect”.

<sup>47</sup>Traducción propia de “...Most treaty termination provisions contain a continuing effects clause that provides that investments made, acquired, or approved prior to the date of the termination of the treaty will be protected by the treaty’s provisions for a further period of ten, fifteen, or twenty years”.

Adicional haya sido denunciado. Optaron por un periodo mucho más corto al que usualmente se adopta y restringieron la inversión cubierta a este respecto, la cual debió haber sido establecida, “al menos un año” antes.

En tercer lugar, se alza el debate respecto a la posibilidad que tienen los negociadores de excluir ciertos asuntos del ámbito de aplicación del AII, o de consagrar excepciones o reservas. La polémica se ha ido amortiguando en la medida que los acuerdos comerciales están incorporando cláusulas con dichos contenidos; es una tarea importante porque los negociadores, en este caso, están evitando dejar al azar, o mejor dicho al libre arbitrio de los tribunales la elección de cuando el tratado no es aplicable. El Protocolo Adicional sigue la tendencia, y en el mismo art. 10.2, numeral 2, trae, por ejemplo, una reserva que dice

*La exigencia de una Parte de que un proveedor de servicios de otra Parte constituya una fianza u otra forma de garantía financiera como condición para prestar un servicio transfronterizo en su territorio, no hace aplicable el presente Capítulo a la prestación transfronteriza de ese servicio. El presente Capítulo se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por la Parte respecto a la fianza o garantía financiera, cuando dicha fianza o garantía financiera constituya una inversión cubierta.*

Así mismo, en el numeral dos, contempla dos excepciones

*El presente Capítulo no se aplica a:*

- (a) las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a las instituciones financieras de otra Parte, los inversionistas de la otra Parte y a las inversiones de dichos inversionistas, en instituciones financieras en el territorio de la Parte, tal como se definen en el Artículo 11.1 (Definiciones);*
- (b) cualquier acto o hecho que tuvo lugar o cualquier situación que dejó de existir, antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo Adicional, independientemente*

Después de todo lo dicho, puede adicionarse que el Protocolo Adicional evidencia una coherencia entre sus objetivos primordiales y las disposiciones del capítulo de inversiones. Hay un entramado jurídico enfocado a la promoción de las inversiones por vía de su estricta protección.



#### 5.2.1.1.4. Trato Nacional

Las cláusulas constitutivas, de lo que se ha denominado “estándar mínimo de protección” de la inversiones, a saber, Trato Nacional, Nación Más Favorecida y Nivel Mínimo de Trato han alcanzado una categoría tal, que es ineludible su inclusión en cualquier tipo de AII. Como su nombre lo indica, su mera consagración no implica que automáticamente el AII se haga atractivo, pero su exclusión lo hace inviable.

La primera de ellas, el Trato Nacional, “es tal vez la norma más importante del tratamiento consagrado en los acuerdos internacionales de inversión. Al mismo tiempo, es tal vez el estándar más difícil de lograr, ya que toca económica -y políticamente- temas sensibles”<sup>48</sup> (UNCTAD, 1999, p. 1). El principio de Trato Nacional no es una regla proteccionista propia del derecho de inversiones, sus orígenes son comerciales, y datan desde mucho antes del siglo XI, pero desde esta época comienza a ser incorporada en acuerdos y tratados comerciales. Su evolución moderna se gesta en el periodo entreguerras, cristalizándose, finalmente, como principio fundamental en el GATT, debido en parte, a la persistencia de Estados Unidos, que ya la venía consagrando en sus tratados bilaterales (Trebilcock & Gir, 2004, p. 186).

En los últimos decenios, afirma Dolzer que “la redacción de las cláusulas se ha mantenido básicamente el mismo. Esto es cierto al menos para la práctica de los estados europeos”<sup>49</sup> (2005, p. 1), y para Estados Unidos también -como ya lo habían asegurado Trebilcock & Gir (2004)-. Actualmente, podríamos definir el Trato Nacional como aquella cláusula que obliga al Estado receptor de la inversión, tratar a ésta o al inversionista de otra Parte contratante en condiciones no menos favorables en las que trataría a sus propios inversionistas. “De esta manera la norma de trato nacional busca garantizar un grado de igualdad de competencia entre los inversores nacionales y extranjeros”<sup>50</sup> (UNCTAD, 1999, p. 1). En materia de comercio, el GATT concibe esta cláusula como un principio en el art. 3, la cual exige que “las importaciones sean tratadas no menos favorable que los productos idénticos o similares de producción nacional una vez que han pasado la aduana. El art. 17 del GATT y el art. 3 sobre

---

<sup>48</sup> Traducción propia de “... is perhaps the most important standard of treatment enshrined in international investment agreements. At the same time, it is perhaps the most difficult standard to achieve, as it touches upon economically (and politically) sensitive issues”.

<sup>49</sup> Traducción propia de “... the wording of the clauses has essentially remained the same. This is true at least for the practice of European states”.

<sup>50</sup> Traducción propia de “... In this way the national treatment standard seeks to ensure a degree of competitive equality between national and foreign investors”.

los ADPIC también se ocupan de trato nacional para los servicios y la protección de la propiedad intelectual”<sup>51</sup> (OMC).

Aunque el Trato Nacional hace parte, especialmente, del repertorio estándar de los TBIs (Dolzer, 2005, p. 1), los acuerdos comerciales o de integración económica, como en este caso, el Protocolo Adicional no se abstuvo de incluirla. Está consagrada en el Art. 10.4, y como ya no es coincidencia, se corresponde exactamente –con la respectiva traducción- a la estipulada en el art. 3 del 2012 U.S. Model BIT, la cual, por su contenido, se ha categorizado como la cláusula genérica de Trato Nacional. Dicha cláusula reza así

- 1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, **en circunstancias similares**, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.*
- 2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, **en circunstancias similares**, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.*
- 3. El trato otorgado por una Parte de conformidad con los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno de nivel regional o estatal, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional o estatal otorgue, **en circunstancias similares**, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte de la que forma parte integrante*

Las dos expresiones subrayadas en los numerales 1 y 2 evidencian la precisión que los negociadores del Protocolo Adicional buscaron consagrar. Con ello se deja por sentado que la protección del Trato Nacional no solo tutelaré o al inversionista o la inversión, sino a ambos. Dicha minuciosidad es relevante puesto que algunos AII, específicamente, TBIs solo otorgaban dicha protección a la inversión o a las actividades de las empresas. “... Estas formulaciones parecen excluir a los "inversores" en la empresa del tratamiento nacional en asuntos tales como, por ejemplo, los impuestos. Para protegerse contra este tipo de resultados, un número creciente de AIIs, incluyen disposiciones separadas que conceden al inversor y a

---

<sup>51</sup> Traducción propia de “... imports be treated no less favourably than the same or similar domestically-produced goods once they have passed customs. GATS Article 17 and TRIPS Article 3 also deal with national treatment for services and intellectual property protection”.

la inversión el tratamiento nacional”<sup>52</sup> (UNCTAD, 1999, p. 18). En efecto, dicha corriente proteccionista fue impulsada por Estados Unidos, y seguida fielmente por la Alianza del Pacífico.

En el numeral 3, se aborda un aspecto tocante al ámbito de aplicación del Trato Nacional a nivel de descentralización gubernamental, puesto que es obvia su aplicación por parte del gobierno central. La cláusula declara que las autoridades “regionales o estatales” también quedarán obligadas al cumplimiento de este requisito<sup>53</sup>. Esta interpretación obedece, en parte, a que en el derecho internacional de los tratados, se entiende que un tratado, cualquiera sea su tipología, tiene vigencia dentro de todo el espectro territorial de la Parte que lo ratifica, a menos que se exprese una disposición contraria. Postulado que parece volverse difuso en materia de Trato Nacional. La Unctad ha afirmado que la relevancia de este debate se vuelve significativa cuando “una autoridad sub-nacional tiene poder constitucional para hacer política sobre inversión. Dicho poder puede ser utilizado para otorgar un tratamiento preferencial a los locales, en lugar de aquellos inversores que están fuera de la sub-división, como, por ejemplo, cuando una autoridad sub-nacional anfitriona está tratando de fomentar el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas locales”<sup>54</sup> (1999, p. 26).

Retornando, una vez más, a los numerales 1, 2 y 3 del citado artículo, la interpretación de las expresiones en negrita, “en circunstancias similares”, han configurado uno de los debates más álgidos en la jurisprudencia y en la doctrina del derecho internacional de inversiones. Ello ha surgido en virtud de que, por ejemplo, según Dolzer, es necesario “en primer lugar, decidir si el inversor extranjero y el inversionista interno se posicionan en un entorno comparable, o, en la terminología de EE.UU., en “una situación como” [*a like situation*] o en “circunstancias similares” [*like circumstances*]. En segundo lugar, ha de determinarse si el trato otorgado al

---

<sup>52</sup> Traducción propia de “... These formulations would seem to exclude “investors” in the enterprise from national treatment in such matters as, for example, taxation. To guard against such results, an increasing number of IIAs include separate provisions granting the investor and the investment national treatment”.

<sup>53</sup> Esta postura también ha sido fuertemente influenciada por los negociadores Americanos, en el NAFTA y en los subsiguientes modelos de TBI ha estado incólume. Aunque han sido enfáticos en que “if the host subnational state offers preferential treatment to local investors and does not extend such treatment to out-of-state investors, the foreign investor cannot invoke national treatment to obtain similar preferences. All that the foreign investor can do is require treatment no less favourable than that accorded to out-of-state United States investors” (Unctad, 1999, p. 26).

<sup>54</sup> Traducción propia de “... a subnational authority has a constitutional power to make investment policy. Such power may be used to grant preferential treatment to local, as opposed to out-of-sub-division investors, as, for example, where a host subnational authority is seeking to encourage the growth of local small and medium-sized firms”.

inversor extranjero es al menos tan favorable como el otorgado a los inversores nacionales”<sup>55</sup> (Dolzer, 2005, p. 2). Las respuestas a dichas preguntas varían de un laudo arbitral a otro, y el disenso ha llevado a un alto grado de incertidumbre, en donde cada tribunal hace imperar su propia postura.

La polémica no termina allí. Cómo se anticipó líneas arriba, el Trato Nacional ha sido visto, ampliamente, como un principio fundacional del Sistema multilateral de comercio de la OMC/GATT (Trebilcock & Gir, 2004, p. 186), teniendo allí un gran desarrollo jurisprudencial que se pensaría podría ser adoptado en el derecho internacional de inversiones. Sin embargo, la jurisprudencia de la OMC lo ha hecho “en una dirección específica que aboga por un enfoque distinto en el que el Gobierno que haga una diferenciación está obligado a soportar la carga de la prueba de la legitimidad de la política que subyace a las normas. Es por lo menos discutible si este enfoque será apropiado en un análisis que se centra en el lenguaje empleado en los tratados bilaterales de inversión”<sup>56</sup> (Dolzer, 2005). Al respecto se han dado varios argumentos. Por ejemplo, Horn y Mavroidis (2004), consideran que eso se debe a que el “GATT es un contrato obligatoriamente incompleto. Esta imperfección invita a realizar la conducta de “empobrecer al vecino” [*begga-thy-neighbour*], siendo la norma del trato nacional un imperfecto remedio para tales tipos de problemas, [puesto que] la función esencial de este instrumento es hacer las medidas domésticas instrumentos “desafilados” (p. 54).

Y por su parte, DiMascio y Pauwelyn (2008) arguyen que “la lucha continua de ambos tribunales de comercio e inversión es refinar sus pruebas de trato nacional para prohibir que el tratamiento discrepante solo sea basa en la nacionalidad, al tiempo que reconocer la legitimidad de las diferencias fácticas entre los productos, los inversores y las inversiones que tienen verdadera política pública y las implicaciones regulatorias”<sup>57</sup>(p. 89). Esta complejidad se ha configurado desde tiempo atrás, pero el Protocolo Adicional se abstuvo de ofrecer una

---

<sup>55</sup> Traducción propia de “... First, it has to be decided whether the foreign investor and the domestic investor are placed in a comparable setting, or, in U.S. terminology, in “a like situation” or in “like circumstances”. Secondly, it has to be determined whether the treatment accorded to the foreign investor is at least as favourable as the treatment accorded to domestic investors”.

<sup>56</sup> Traducción propia de “... in a specific direction which called for a distinct approach in which the Government making a differentiation was obliged to bear the burden of proof for the legitimacy of the policy underlying the rules. It is at least open to question whether such an approach will be appropriate in an analysis which focuses on the language employed in bilateral investment treaties”.

<sup>57</sup> Traducción propia de “... The ongoing struggle of both trade and investment tribunals is to refine their national treatment tests to prohibit only that discrepant treatment that is based upon nationality, while recognizing the legitimacy of factual distinctions between products, investors, and investments that have genuine public policy and regulatory implications”.

mayor precisión, y parece haber dejado al “azar” la interpretación de dicha expresión por parte de los tribunales de arbitramento.

Esta incertidumbre ha dado lugar a la creación de listas de excepciones<sup>58</sup>. Hasta el momento “ningún país se ha visto en una posición de otorgar trato nacional sin cualificación, sobre todo cuando se trata de la creación de una inversión”<sup>59</sup>. El Protocolo Adicional en su capítulo 18, denominado, precisamente, “excepciones”, trae un listado de medidas generales y de carácter tributario y de orden público que limitarán la aplicación de la cláusula del trato nacional<sup>60</sup>. Aunque también las hay de orden cultural, de seguridad o poder policial. Como ha reiterado la doctrina, se pueden adoptar excepciones específicas que corresponderá a cada país, y por lo general otra parte contratante ya las tienen, así que se hacen de manera recíproca. En muchas de las ocasiones, estos acuerdos comerciales tienden referenciar las listas del GATT para que se incluyan por vía de remisión en el tratado.

En definitiva, es necesario manifestar, que el Protocolo Adicional no aportó nuevas interpretaciones de la cláusula tratada, y se ciñó al modelo genérico imperante. Aunque se reconoce la complejidad aplicativa de la misma, hubiera sido interesante observar mayor precisión, respecto a qué implicaba la expresión “circunstancias similares” para los negociadores de este protocolo.

#### **5.2.1.1.5. Trato de Nación Más Favorecida –NMF-**

Al igual que el Trato Nacional, la cláusula de Nación Más Favorecida –NMF- se ha convertido en un estándar de tratamiento mínimo, aunque secundario. Está instituida para disuadir las

---

<sup>58</sup> En 1976 los gobiernos de los miembros de la OCDE adoptaron la “Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales –o Declaration on International Investment and Multinational Enterprises-, como una forma de asegurar los compromisos que adquieren los Estados integrantes de la organización bajo la cláusula del Trato Nacional. Esta declaración se desarrolla con base en los procedimientos de seguimiento consagrados en el Instrumento de Trato Nacional de la OCDE –o National Treatment Instrument-, suscrito por Decisión del Consejo de la OCDE en diciembre de 1991, el cual está “... diseñado para fomentar la aplicación más completa posible del trato nacional por los países adherentes” (OCDE, 2013). Con este marco jurídico, se pretende obligar a los países adherentes a “que notifiquen sus excepciones al trato nacional, y establece el seguimiento de los procedimientos para hacer frente a este tipo de excepciones en la OCDE”.

<sup>59</sup> Traducción propia de “no single country has seen itself in a position to grant national treatment without qualifications, especially when it comes to the establishment of an investment”.

<sup>60</sup> Wallace y Bailey aducen que hay otro tipo de excepciones. “Are there international patterns of country-specific exceptions? Government research grants, foreign assistance programs, restrictions with respect to nuclear areas, French films, droit d’auteur, cabotage, minerals, land, and media have all been subjects of country-specific exceptions. Questions remain as to how countries should handle these. In the field of public procurement, countries still protect minority set-asides, as well as domestic preferences and set-asides” (1998, p. 627).

prácticas discriminatorias que en razón de la nacionalidad puedan adoptar los Estados entre sus socios comerciales o sus inversionistas extranjeros; se trata pues de una garantía adicional en favor de la igualdad de condiciones y la no discriminación. Hasta cierto punto, afirma Schill, se puede argüir que la cláusula NMF ha posibilitado “el bloqueo de los Estados en el nivel más favorable de protección alcanzado en un momento de tiempo determinado proyectando este nivel en el futuro”<sup>61</sup> (2009, p. 568).

La cláusula NMF entendida como “igual trato para todos los demás” se ha convertido en uno de los pilares centrales del sistema multilateral de comercio. “En virtud de los Acuerdos de la OMC..., el trato NMF significa que cada vez que un país reduce un obstáculo al comercio o abre un mercado, tiene que hacer lo mismo para los mismos productos o servicios de todos sus interlocutores comerciales, sean ricos o pobres, débiles o fuertes.” (OMC).

Ahora bien, desde el punto de vista de las inversiones, “la cláusula NMF es, por definición, una promesa de los Estados Parte de un tratado de que ellos no otorgarán a otra Parte un tratamiento que sea menos favorable que el tratamiento proporcionado en todos los demás tratados”<sup>62</sup> (Parker, 2012, p. 60). Aunque la incorporación de esta cláusula se haya generalizado en la mayoría de los AII, la ausencia de un compromiso multilateral, no hace obligatoria su consagración. Al respecto, en un reporte la OCDE ha dicho que “la opinión predominante es que una obligación NMF existe sólo cuando la cláusula de un tratado la crea. En ausencia de una obligación convencional, las naciones conservan la posibilidad de discriminar entre las naciones extranjeras en sus asuntos económicos”<sup>63</sup> (2004a, p. 2), y reforzando esta misma posición, la Unctad ha expresado que “... está claro que los países otorgan este beneficio y adquieren esta obligación en el contexto de una cláusula específica (recíproca) contenida en un tratado vinculante”<sup>64</sup> (2010, p. 22). En otras palabras, son los mismos Estados contratantes los que en la práctica han optado por la consagración de esta cláusula, lo cual, de forma tácita, ha llegado a ser un requisito ineludible en la negociación de AII.

---

<sup>61</sup>Traducción propia de “MFN clauses therefore lock States into the most favorable level of investment protection reached at one point of time and project this level into the future”.

<sup>62</sup>Traducción propia de “... the MFN clause is, by definition, a promise by the States party to a treaty that they will provide treatment to one another that is at least as favorable as the treatment provided to all other treaties”.

<sup>63</sup>Traducción propia de “... the prevailing view is that a MFN obligation exists only when a treaty clause creates it. In the absence of a treaty obligation, nations retain the possibility of discriminating between foreign nations in their economic affairs”.

<sup>64</sup> Traducción propia de “... it is clear that countries grant this benefit and acquire this obligation in the context of a specific (reciprocal) clause contained in a binding treaty”.

La concesión de una ventaja especial en razón de la nacionalidad podría generar escenarios de desventaja competitiva entre los inversionistas extranjeros que buscan establecer su inversión en un determinado país receptor, de ahí que la cláusula NMF promueva la igualdad de competencia, la cual, ha dicho Schill “es esencial para el funcionamiento de una economía de mercado que ayuda a asignar recursos de manera eficiente. De este modo, el trato NMF refleja la crucial importancia que las estructuras competitivas desempeñan para una inversión eficiente y una asignación eficiente de los recursos”<sup>65</sup> (2009, p. 503).

La redacción de las disposiciones que contienen el Trato NMF no tiene que corresponderse sintácticamente para proporcionar la misma funcionalidad, lo realmente importante radica en el ámbito de aplicación que los negociadores pretenden otorgar a dicha cláusula. Usualmente el enunciado normativo del Trato NMF expresa los sujetos beneficiarios y las fases de inversión que serán cubiertas. Y en efecto, el Protocolo Adicional no se aparte de esa línea. En el art. 10.5 la cláusula quedó redactada así

- 1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.*
- 2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de los inversionistas de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.*

Como se observa, los negociadores del Protocolo Adicional son específicos al otorgar protección tanto a los inversionistas como a las inversiones cubiertas. Así mismo, es posible denotar que no solo enuncian algunas de las fases de la inversión que estarán cobijadas, sino que con la expresión “u otra forma de disposición” evocan la interpretación de incluir cualquier operación presente o futura. Esto es lo que se denomina una cualificación o aclaración, es decir, una mera guía sobre la manera en que la cláusula MNF debe ser aplicada.

---

<sup>65</sup>Traducción propia de “... is essential for the functioning of a market economy that helps to allocate resources efficiently. Thus, MFN treatment reflects the crucial importance competitive structures play for efficient investment and an efficient allocation of resources”.

De igual manera, la inclusión de la expresión “circunstancias similares”; ya estudiada previamente por su ambigüedad respecto a la cláusula de Trato Nacional, también constituye una cualificación. En el caso particular del Trato NMF, la incorporación de esta proposición evidencia una voluntad explícita de los contratantes por delimitar este derecho solo a casos con “circunstancias similares”, esto es valioso en la previsión de futuras controversias porque de “una vez” se esboza el contexto comparativo contra el que el tratamiento se ha de evaluar. Esta precisión ha sido muy usada en los TBIs firmados por Estados Unidos a diferencia de los negociados por la Unión Europea que omiten “dejar claro la intención de utilizar la semejanza de las circunstancias en las que el tratamiento se otorga como base para la comparación”<sup>66</sup> (OCDE, 2004a, p. 5).

Por lo tanto, de acuerdo con ello, en la práctica, la cláusula NMF se configuraría como “una norma relativa, lo que significa que implica una prueba comparativa. Por el contrario, las normas absolutas requieren tratamiento sin importar cómo otros inversores son asimilados por el Estado de acogida”<sup>67</sup> (UNCTAD, 2010, p. 23). Entonces, para la constatación de que se ha cometido una discriminación basada en la nacionalidad del inversionista extranjero se requerirá una comparación entre sujetos que son objetiva y razonablemente comparables dentro de una situación objetivamente similar. Esta interpretación está guiada bajo lo conoce como el principio de *Ejusdem Generis*<sup>68</sup>, el cual supone que la cláusula MFN “sólo puede atraer cuestiones que pertenecen a la misma categoría de sujeto como aquel al que se refiere la propia cláusula”<sup>69</sup> <sup>70</sup>(Comisión de Arbitraje en el Caso Ambatielos de 1969, citada por Fietta, 2005, p. 132)

Adviértase que el otorgamiento del Trato NMF no exige de forma irrestricta que todo los inversionistas extranjeros sean tratados por igual sin consideración a sus circunstancias

---

<sup>66</sup> Traducción propia de “... they make clear that the intent to use the likeness of the circumstances in which the treatment is granted as the basis for comparison”.

<sup>67</sup> Traducción propia de “... The MFN treatment provision is a relative standard, which means that it implies a comparative test. Conversely, absolute standards require treatment no matter how other investors are treated by the host State”.

<sup>68</sup> “Latin for “of the same kind.” Used to interpret statutes when a law lists classes of persons or things. For example, if a law refers to automobiles, trucks, tractors, motorcycles, and other motor-powered vehicles, a court might use *ejusdem generis* to hold that such vehicles would not include airplanes, because the list included only land-based transportation” (Cornell University, Legal Information Institute’s Legal Dictionary).

<sup>69</sup> Traducción propia de “... can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates”.

<sup>70</sup> “The inter-relationship between this principle and the general rule of interpretation contained at Art.31 of the Vienna Convention is self-evident. Consistent with this principle, Art.9.1 of the International Law Commission’s 1978 Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses states that MFN clauses confer “only those rights which fall within the limits of the subject-matter of the clause” (Fietta, 2005, p. 132).



concretas. Por el contrario, “un tratamiento diferente se justifica entre los inversores que no son legítimos competidores; por ejemplo cuando no operan en el mismo sector económico o no tienen la misma estructura corporativa”<sup>71</sup> (UNCTAD, 2010, p. 26).

La complejidad intrínseca de las relaciones internacionales en comercio e inversión ha dado lugar a que la cláusula NMF adquiera el rol de mecanismo de multilateralización. Ello ha sido posible debido a que “la cláusula NMF hace que ningún tratado pueda estar aislado de todos los demás, y que cualquier tratado que contenga una cláusula NMF esté conectado a todos los demás tratados válidos realizados con el otro Estado parte en el tratado”<sup>72</sup> (Parker, 2012, p. 60). En palabras de Schill, “un inversionista cubierto por un TBI con una cláusula NMF puede invocar los beneficios concedidos a los nacionales de terceros por otro TBI del Estado de acogida e importarlos en su relación con el Estado anfitrión. Por consiguiente, las cláusulas NMF multilateralizan las relaciones bilaterales de los tratados entre Estados y armonizan la protección de las inversiones extranjeras en el Estado receptor específico”<sup>73</sup> (2009, p. 504).

Este fenómeno, a su vez, ha inducido a uno de los debates más “espinosos” del derecho internacional de inversiones. La controversia radica en la posibilidad que pueden tener los inversionistas extranjeros para reclamar la aplicación de las disposiciones más proteccionistas o más favorables sobre el sistema de solución de diferencias de un tercer tratado, y por lo tanto derogar o modificar las reglas del tratado base<sup>74</sup>. En principio, esta forma de aplicación del Trato NMF no fue considerada entre los negociadores, sin embargo desde la controversia *Maffezini vs. España* en donde las decisiones arbitrales han sido favorables a esta interpretación, las Partes Contratantes han optado por consagrar limitantes a esta posibilidad.

---

<sup>71</sup>Traducción propia de “Different treatment is justified amongst investors who are not legitimate comparators, e.g. do not operate in the same economic sector or do not have the same corporate structure”.

<sup>72</sup>Traducción propia de “The MFN clause makes it so that no treaty can be isolated from all others, and that any treaty containing a MFN clause is connected to all other valid treaties made with the other State party to the treaty”.

<sup>73</sup>Traducción propia de “An investor covered by a BIT with an MFN clause can therefore invoke the benefits granted to third-party nationals by another BIT of the host State and import them into its relationship with the host State. Consequently, MFN clauses multilateralize the bilateral inter-State treaty relationships and harmonize the protection of foreign investments in a specific host State”.

<sup>74</sup>Esta interpretación extensiva para la aplicación de la cláusula NMF también ha contribuido al robustecimiento de la figura del “treaty-shopping”. “The term is generally understood in the context of investments being structured or set up in a given country to seek the benefits of double-taxation treaties or BITs (more seldom), when in reality the investors have little or no commercial activities there. In the context of MFN treatment, however, “treaty shopping” has been used to refer to the import practice of provisions from third treaties concluded with the home country of the TNC and does not presuppose in and by itself a negative connotation. (UNCTAD, 2010, p. 5).

Esta actitud preventiva es fundamental puesto que la disputa se genera cuando la redacción de la cláusula NMF no es explícita en cuanto si ésta cubre disposiciones de solución de diferencias o no, por lo tanto, afirma Parker “los estados pueden -y deben- aclarar la interpretación correcta de la cláusula NMF en sus tratados (2012, p. 60). Y es que como lo declara Radi, la inclusión de la cláusula NMF dentro del AII es lo mismo que haber permitido el ingreso del caballo de Troya en la ciudad. “Los Estados tienen la responsabilidad de hacer frente a las consecuencias jurídicas de la inclusión de la cláusula. Si ellos están dispuestos a ahuyentar al "caballo de Troya", corresponde a ellos para evitar que los soldados destruyan de la ciudad, la adopción, por ejemplo de las cláusulas NMF condicionales (2007, p. 774).

Ante este escenario, los negociadores del Protocolo Adicional, parecen haber reaccionado de forma profiláctica, y en un pie de página del encabezado del art. 10.5 que consagra el Trato NM dispusieron que

*Para mayor certeza, el presente Artículo no comprende los mecanismos o procedimientos de solución de controversias, tales como los señalados en la Sección B del presente Capítulo, que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones.*

Con esta cualificación se limita el ámbito de aplicación de la cláusula y los inversionistas extranjeros no podrán alegar la extensión de disposiciones sobre ISDS más favorables en otros AII para ser importadas en las controversias que surjan en el marco del Protocolo Adicional de la AP.

Finalmente, los negociadores también pueden optar por limitar el margen de aplicación a través de un conjunto de restricciones o excepciones<sup>75</sup> que pueden ser genéricas o respecto a un país específico, como por ejemplo, en lo concerniente a impuestos, subsidios o contratación pública. En el caso sub examine, el Protocolo Adicional no trajo ningún tipo de excepciones que pudiera restringir la aplicación de la cláusula.

---

<sup>75</sup>En materia de comercio internacional, la OMC ha dicho que se permiten ciertas excepciones. Por ejemplo, “los países pueden establecer un acuerdo de libre comercio que se aplique únicamente a los productos objeto de comercio dentro del grupo y hacer discriminaciones con respecto a los productos de terceros países. O pueden otorgar acceso especial a sus mercados a los países en desarrollo. O bien un país puede poner obstáculos a los productos que se consideren objeto de un comercio desleal procedentes de países específicos. Y, en el caso de los servicios, se permite que los países, en ciertas circunstancias restringidas, apliquen discriminaciones. Sin embargo, los acuerdos sólo permiten estas excepciones con arreglo a condiciones estrictas” (OMC).

#### 5.2.1.1.6. Nivel Mínimo de Trato

La cláusula del Nivel Mínimo de Trato –NMT- es quizá la más controversial del sistema internacional de protección de inversiones, especialmente, por la ausencia de una definición o un consenso estandarizado que delimite su aplicación. La tarea la han asumido los tribunales de arbitramento con resultados desastrosos que rozan todos los límites de la vaguedad. “El NMT es un concepto que no ofrece soluciones prefabricadas para decidir las controversias modernas de inversión; a lo mejor, da una idea aproximada de un umbral alto que la desafiante conducta gubernamental tiene que cumplir para que se establezca una infracción”<sup>76</sup> (UNCTAD, 2012a, p. 46).

A diferencia del Trato Nacional o la cláusula NMF, el NMT si constituye un principio general del derecho internacional consuetudinario que obliga a todos los Estados, con independencia de su consagración en un tratado o cualquier tipo de AII. Se trata de un principio que evoluciona y que evidencia su capacidad de adaptación a las dinámicas de relacionamiento internacional, y por ello, “corre el riesgo de convertirse en un *catch-all* para la propiedad de los inversores extranjeros”<sup>77</sup> (Falsafi, 2007, p. 317), es decir, que con esta cláusula podría adecuarse cualquier forma de afrenta contra la propiedad de los inversores extranjeros para buscar protección.

El contenido de la cláusula NMT se ha transformado a lo largo del tiempo impulsado por las decisiones arbitrales profundamente disímiles y contradictorias que durante los últimos años han reinado en el ISDS. Básicamente se ha optado por una redacción mucho más específica y acotada del ámbito de aplicación de la cláusula. Esta tendencia ha sido liderada por Estados Unidos desde la negociación del NAFTA y se ha mantenido, incluso con mayor refinamiento, en los subsiguientes modelos de TBIs firmados por este país. Como ya se ha advertido, el Protocolo Adicional ha guardado una relativa fidelidad al modelo estadounidense, por ello no es rareza que el art. 10. 6 consagre una cláusula NMT casi idéntica a la que contiene el modelo americano. Aquella reza que

---

<sup>76</sup>Traducción propia de “The MST is a concept that does not offer ready-made solutions for deciding modern investment disputes; at best, it gives a rough idea of a high threshold that the challenged governmental conduct has to meet for a breach to be established”.

<sup>77</sup>Traducción propia de “... runs the risk of becoming a catch-all for foreign investors' property”.

*Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas.*

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

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

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

*3. La determinación de que se ha violado otra disposición del presente Protocolo Adicional de otro acuerdo internacional, no establece que se haya violado el presente Artículo.*

Como se desprende de la lectura del artículo, no se trata de formulación pura, es decir, sin ningún tipo de cualificación como sucede en muchos AII. El Protocolo Adicional hace énfasis en que la interpretación de la cláusula se hará con base a los parámetros trazados por el derecho internacional consuetudinario, y que además, se entiende dentro de la misma cláusula NMT, la inclusión de dos elementos sustantivos de protección, a saber el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plena.

La última, la protección y seguridad plena no ha recibido tanta atención como la primera, puesto que el mismo artículo parece establecer el margen de interpretación, sin embargo en los últimos años, el número de controversias respaldadas en esta cláusula ha aumentado vertiginosamente y ha puesto en jaque su efectividad por parte de los Estados receptores. Ello en razón de que según algunos tribunales la obligación del Estado no solo se agota en proveer un entorno de seguridad física, sino que está también debe ser de carácter comercial y legal. El Protocolo Comercial no ha referencia a dicha comprensión dejando “al azar” cualquier interpretación.

En lo que respecta al trato justo y equitativo, la situación es caótica. Primero que todo, se trata de una protección que “ha emergido en la jurisprudencia de arbitraje de inversión como un estándar distinto y relativamente amplio, que no está vinculado expresamente con el estándar mínimo internacional. Por el contrario, el desarrollo del estándar mínimo internacional, de

conformidad con el derecho internacional consuetudinario, ha sido más cauteloso: el umbral para violar la norma sigue siendo alto”<sup>78</sup> (Haeri, 2011, p. 27).

La minimización de las exigencias para la configuración de la inobservancia del trato justo y equitativo en las decisiones del ISDS, ha dado lugar a la formulación de cláusulas cualificadas con delimitaciones referidas a contenidos sustantivos adicionales como la prohibición de denegación de justicia, la adopción de medidas irrazonables o discriminatorias, la violación de las obligaciones del tratado, la garantía del debido proceso, entre otras. Lo que en últimas se busca es “un justo equilibrio entre la protección de la inversión, por una parte, y la preservación de la libertad de acción legítima del Estado, por el otro” (UNCTAD, 2012a, p. 3).

La interpretación laxa y flexible adoptada por los tribunales genera incertidumbre respecto a la capacidad de los Estados para mantener la discrecionalidad en la regulación o adopción de medidas que podrían desembocar en infracciones al trato justo y equitativo, sin perder de vista, obviamente, que la intervención estatal debe observar los estándares mínimos de buen gobierno. “Este enfoque plantea retos especiales para los países en desarrollo, donde el Estado podría ser requerido para intervenir en la economía e introducir cambios legislativos o reglamentarios con más frecuencia o de mayor magnitud”<sup>79</sup> (UNCTAD, 2012a, p.2).

En suma, si bien las negociaciones del Protocolo Adicional no aportaron nuevas herramientas de maniobra frente a la turbulencia que la cláusula de trato justo y equitativo ha suscitado, si es necesario destacar, que conscientes de ellos, si optaron por reducir la falta de predictibilidad y el margen de interpretación que pudieran tener los tribunales en una eventual controversia.

#### **5.2.1.1.7. Transferencias**

La liberalización de los mercados propició, a su vez, la libre fluctuación de los capitales y la necesidad de garantizar dicho dinamismo reduciendo al máximo los obstáculos que impedían

---

<sup>78</sup>Traducción propia de “... a distinct and relatively broad standard where it is not expressly linked with the international minimum standard. By contrast, the development of the international minimum standard, in accordance with customary international law, has been more cautious: the threshold for violating the standard remains high”.

<sup>79</sup>Traducción propia de “... this approach poses special challenges for developing countries where the State may be required to intervene in the economy and introduce legislative or regulatory changes more frequently or of a greater magnitude”.

su circulación. Esta tendencia proteccionista ha quedado consagrada en la mayoría de los AII, en los cuales los Estados han manifestado su voluntad de obligarse, y de hecho, limitar su propio derecho a regular la circulación de capitales para procurar ese escenario de libre fluctuación.

Esta obligación también ha encontrado arraigo en algunos acuerdos de carácter multilateral como el Acuerdo del Fondo Monetario Internacional, que estipula una prohibición general a la imposición de cualquier tipo de restricción sobre los pagos y las transferencias para las transacciones internacionales. Sin embargo, “mientras esta obligación protege la libre transmisibilidad de los ingresos derivados de una inversión, no cubre la transferencia producto de la liquidación”; lo que por el contrario si queda protegido bajo el Código de la OCDE de Liberalización de los Movimientos de Capital, el cual “requiere la libre transferencia de los importes correspondientes a las inversiones internacionales, incluidas las inversiones realizadas por un no residente en el país de acogida y las inversiones realizadas por los residentes del país anfitrión en el extranjero” (Unctad, 2000, p. 3). En todo caso, ha habido relativo consenso de que en el caso eventual de que las disposiciones del AII colisionen con las estipuladas en el Acuerdo del FMI, “el principio interpretativo de la ley especial debe aplicarse para resolver el conflicto, no sólo debido a la especificidad del tratado de inversión sobre el tema, sino también porque eso sería coherente con el objeto y fin del tratado y la jurisprudencia actual cortes y tribunales internacionales”<sup>80</sup> (Kolo, 2010, p. 347).

Es necesario advertir que en virtud del AII, el Estado no queda obligado a permitir la libre transferencia de todos los fondos que el inversionista requiere, sino que como ya han expresado la jurisprudencia del arbitraje de inversiones, “para estar protegido, los fondos buscados para ser transferidos deberán hallarse dentro de uno o más de los tipos similares de transferencias permitidas mencionadas en el tratado, tales como utilidades, dividendos, etc., y el inversor extranjero debe demostrar que ha cumplido con un procedimiento establecido para la concesión de la autorización”<sup>81</sup> (Kolo, 2010, p. 350).

---

<sup>80</sup> Traducción propia de “... the interpretive principle of *lex specialis* should be applied to resolve the conflict not only due to the specificity of the investment treaty on the subject but also because that would be consistent with the object and purpose of the treaty and current jurisprudence by international courts and tribunals”.

<sup>81</sup> Traducción propia de “To be protected, the funds sought to be transferred must fall within one or more of similar types of permitted transfers mentioned in the treaty, such as profits, dividends, etc. and the foreign investor must demonstrate that it has complied with any established procedure for the grant of the permission”.

El contenido de una cláusula de transferencia, por lo general, implica una obligación de carácter absoluto más que relativo, aunque ello dependerá, y en gran medida, del tipo de inversión cubierta y las fases de pre y post-establecimiento protegidas. La mayoría de las cláusulas de este tipo adoptan una redacción genérica sin referencia a una clase específica de transferencia, mientras que en otras como es el caso del Protocolo Adicional, optaron por la inclusión de una lista propositiva más que taxativa sobre los tipos de transferencias cubiertos; los cuales, usualmente, suelen clasificarse en tres categorías. La primera abarca las transferencias hacia el exterior de los importes derivados de o relacionados con las inversiones protegidas, la segunda categoría también cubre transferencias hacia el exterior pero de sumas originadas en la responsabilidad del Estado anfitrión por el incumplimiento de sus obligaciones de protección con inversionista extranjero en virtud de AII; y la tercera engloba las transferencias hacia el interior de las cantidades que van a ser invertidas por un inversor extranjero (UNCTAD, 2000, p. 30).

El art. 10.11 del Protocolo Adicional consagra la cláusula de transferencias<sup>82</sup>. En el numeral uno, los negociadores fueron enfáticos en establecer que la protección cobijará *todas las transferencias*, sin ningún tipo de impedimentos, pero agrega, que estas deben estar relacionadas con la inversión.

*1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta, se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio...*

El régimen cambiario aplicable a las transacciones que se efectúen en virtud de la inversión cubierta es otro aspecto de gran importancia en materia de transferencias. En la mayoría de los AIIs, se ha incorporado el principio de que el tipo de moneda extranjera disponible para realizar la transacción es “libremente convertible”; sin embargo, no se proporciona una definición de tal expresión, que como la mayoría de las disposiciones sobre derecho internacional de inversiones, puede desembocar en zonas oscuras de interpretación. Para evitar imprecisiones, la UNCTAD ha dicho que la definición proporcionada en el art. XXX (f) del Acuerdo del FMI podría ser usada como referente de calificación para determinar cuándo una moneda, en efecto, es de “libre uso” (2000, p. 33) . El FMI ha identificado como monedas

---

<sup>82</sup> Es necesario anotar que este art. 10.11 debe ser interpretado en consonancia con el Anexo 10.11, en cual las partes acordaron que respecto las transferencias relacionadas con las inversiones que se efectúen entre Chile con cada uno de los otros tres miembros, la interpretación y aplicación de dicha cláusula se hará conforme a lo estipulado en los respectivos TLC que ya estaban vigentes entre esas naciones.

ampliamente utilizadas para realizar pagos por transacciones internacionales y negociables habitualmente en los principales mercados de cambio al dólar estadounidense, el yen japonés, la libra esterlina, el euro, y recientemente se incorporó el yuan chino.

Al respecto, el Protocolo Adicional, en el numeral 3 del mismo art. 10. 11 estipula que

*3. Cada Parte permitirá que las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se realicen en una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.*

Sin embargo, como se menciona arriba, tampoco trae una definición de cuáles son las monedas que tienen dicho calificativo, por lo cual, sería prudente pensar como los cuatro miembros de la AP también por Parte del Acuerdo del FMI, adoptarán esa misma catalogación. Si es de resaltar la expresión final “en la fecha de la transferencia”, con esto se indica

En última instancia, la cuestión relativa a las restricciones que los Estados Parte pueden imponer sobre las transferencias es bastante sensible. “Prácticamente ningún tratado otorga un derecho absoluto a los inversionistas para realizar transferencias. Algunos tratados establecen que los derechos garantizados a los inversores son “sujeto a las leyes” del Estado de acogida”<sup>83</sup> (Schreuer, 2013). En efecto, el debate está anclado y no existe una posición homogénea en cuanto al derecho que tienen los miembros de un AII para restringir las transferencias en circunstancias donde por ejemplo el país se encuentre una crisis de balanza de pagos o cualquier otra de carácter macroeconómico. Estas restricciones deben ser de naturaleza temporal y no discriminatoria, puesto que de lo contrario, si se estaría configurando una violación a los derechos de protección del inversionista<sup>84</sup>.

El modelo TBI de Estados Unidos, especialmente, el NAFTA fue uno de los primeros AII en incluir una cláusula de transferencia con restricciones, las cuales pueden varias dependiendo

---

<sup>83</sup>Traducción propia de “Practically no treaty grants an absolute right to investors to make transfers. Some treaties state that the rights guaranteed to the investor are ‘subject to the laws’ of the host State”.

<sup>84</sup> En una de sus ediciones sobre derecho internacional de inversiones, la UNCTAD clasifica las restricciones sobre las transferencias en dos categorías. “The principal economic derogation provisions can be divided into two categories. The first sets forth the conditions under which a host country can impose new restrictions on a temporary basis for reasons relating to balance of payments and macroeconomic management (“temporary economic derogation”). The second category permits the host country to maintain existing restrictions that would otherwise not be permitted, on the grounds that the economy of the host country is not yet in a position to eliminate these restrictions (“transitional provisions”)” (2000, p. 7).



del tipo de transferencia. Así mismo, el Protocolo Adicional incluye más cualificaciones en su cláusula de transferencia, y deja establecido en el numeral 6 que una transferencia puede estar sujeta a ciertos impedimentos, los cuales, a diferencia de otros AII no están ligados a posibles crisis macroeconómicas de los miembros de la AP.

*6. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 1, 2 y 3 del presente Artículo, una Parte podrá impedir una transferencia mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relativas a:*

- (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de acreedores;*
- (b) cumplimiento de resoluciones, sentencias o laudos dictados en procedimientos judiciales, administrativos o arbitrales;*
- (c) emisión, comercio u operaciones de valores, futuros o derivados;*
- (d) infracciones penales, o*
- (e) reportes financieros o conservación de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar con el cumplimiento de la ley o las autoridades financieras regulatorias.*

En términos conclusivos, “las garantías a la transferencia de capital asegura el libre flujo de capital y contribuyen a la asignación eficiente de los recursos en un mercado global” (Schill, 2009, p. 499). La liberalización del capital a través de la permisividad de las transferencias si mayores requisitos es una condición fundamental para la promoción de las inversiones; sin embargo, se debe reconocer que el Estado receptor en ejercicio de sus intereses soberanos debe poder mantener el control de su política monetaria y financiera.

#### **5.2.1.1.8. Expropiación e Indemnización**

Mediante la Resolución 1803 del 14 de diciembre de 1962, la Asamblea General de la ONU reconoció el “derecho inalienable de todo Estado a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales en conformidad con sus intereses nacionales, y en el respeto a la independencia económica de los Estados”; reconocimiento, que a su vez, sustentó el derecho soberano de los Estados para que amparados en el derecho internacional pudieran expropiar o nacionalizar la propiedad de sus nacionales o de extranjeros por razones económicas, políticas o sociales<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup>Véase el trabajo de Roderick Duncan en el cual plantea que la tradicional justificación de que la expropiación en países en desarrollo se ejecuta por razones de crisis económicas o políticas pierde sustento ante la hipótesis de una fuerte correlación entre ésta y el boom de los precios de los minerales DUNCAN, R. (2006). Price or politics? An investigation of the causes of expropriation. *Australian Journal of Agricultural and Resource Economics*, 50 (1), 85-101.

Como era de esperarse, el choque de los intereses obviamente contrapuestos dio lugar una serie de confrontaciones jurídicas y diplomáticas que a la postre han desembocado en un relativo consenso en el cual la expropiación con indemnización se ha constituido en una de las principales garantías del sistema de derecho internacional de inversiones; e incluso se pueda catalogar como una victoria de la visión de los países desarrollados representada por la formula Hull que demanda una compensación “pronta, adecuada y efectiva” sobre la doctrina Calvo, que promovida por los países en desarrollo, justifica la determinación de la compensación conforme a la leyes locales, evitando así la injerencia diplomática del país de pertenencia puesto que los extranjeros no pueden tener más derechos que los nacionales.

El régimen actual de las expropiaciones está dominado, principalmente, por la estela de tratados que sobre inversiones se han suscrito en las últimas décadas, pero el derecho internacional consuetudinario, pese a sus limitaciones, contiene algunas reglas sobre expropiación que podrían complementar las lagunas o zonas grises que los AII no cubren. Posición que Reinisch transfigura al argüir que “a diferencia del estado incierto del derecho internacional consuetudinario en las condiciones en que un Estado puede expropiar legalmente la propiedad de extranjeros, la ley de inversión basada en un tratado contiene reglas bastante claras sobre los requisitos de legalidad de la expropiación”<sup>86</sup> (2008, p. 176).

La existencia de unos parámetros mínimos sobre regulación de las expropiaciones relativas a inversiones no ha sido suficiente para la adopción de una definición uniforme sobre lo que significa expropiación. El vocablo es objeto de sinonimia con otros, como por ejemplo, confiscación, privación, despojo o nacionalización; lo cual distorsiona la especificidad conceptual que un término como este requiere. El Protocolo Adicional, en el art. 10.12 consagra la cláusula sobre expropiación e indemnización, y equipara los términos expropiación o nacionalización mientras reconoce la obligación de los Estados miembros de la AP de respetar la propiedad de las inversiones cubiertas. El segmento del artículo reza así

*Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (en lo sucesivo, denominadas “expropiación”) salvo que sea...*

---

<sup>86</sup>Traducción propia de “As opposed to the uncertain state of the customary international law on the conditions under which a state may lawfully expropriate the property of foreigners, treaty-based investment law contains fairly clear rules on the legality requirements for expropriation”.

Ahora bien, los negociadores de cualquier AII están en libertad de definir qué se debe entender por expropiación, lo que no implica que sea un absoluto, puesto que el estado del arte exige el cumplimiento de unos elementos mínimos. En una de sus publicaciones, la UNCTAD ha consignado que la expropiación “puede consistir en una toma [*takings*] a gran escala de tierras por parte del Estado, hecho con el propósito de redistribuir, o una toma [*takings*] específica en las que el objetivo es una empresa extranjera específica (por ejemplo, una empresa que domina un mercado o industria) o una parcela específica de la tierra (por ejemplo, para construir una autopista)”<sup>87</sup>. Además agrega que aquí “los derechos de propiedad permanecen con el Estado o son transferidos por el Estado a otros operadores económicos.” (2012b, p. 6).

Pero también definen el término nacionalización, y declaran que ésta “por lo general se refiere a tomas masivas o en gran escala de propiedad privada en todos los sectores económicos o en una industria - o base de sectores específicos... las medidas están destinadas a lograr un control estatal completo de la economía y tomar el control de todos los medios de producción privados” (2012b, p. 6).

Por su parte, el Protocolo Adicional en el Anexo 10.12 numeral uno, ofrece más que una sola definición para ambos términos, unos parámetros para establecer cuando se configura una expropiación. Señala que se debe tratar de “actos” que interfieran “sustancialmente” con la propiedad. Se puede especular que la expresión “interfieran” hace mucho más laxo el concepto, y de hecho posibilita que muchos supuestos encajen en la esfera de la expropiación. El articulado dice que

*Un acto o una serie de actos de una Parte no podrá constituir una expropiación a menos que interfieran sustancialmente con un derecho de propiedad, tangible o intangible, o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.*

Por otro lado, respecto a los tipos de expropiación hay mayor consenso, y se han clasificado tres categorías. La primera, se denomina *expropiación directa*. Esta se ha definido como “una transferencia legal obligatoria del título de propiedad o su incautación efectiva de plano. Normalmente, la expropiación beneficia al propio Estado o un tercero exigidos por el

---

<sup>87</sup>Traducción propia de “... may consist of a large-scale taking of land by the State, made with the purpose of redistributing it, or specific takings where the target is a specific foreign firm (for example, a firm dominating a market or industry) or a specific plot of land (for example, to build a highway)... the property rights remain with the State or are transferred by the State to other economic operators”.

Estado”<sup>88</sup>. La segunda se ha titulado *expropiación indirecta*, la cual “implica la privación total o casi total de una inversión, pero sin una transferencia formal del título o confiscación directa”( UNCTAD, 2012 b, p. 7), y la tercera, *las medidas regulatorias*, se entienden como “un acto o medida del Estado que adoptada en el ejercicio de facultades de policía del Estado o en su derecho a reglamentar en el interés público, puede conducir a un deterioro significativo de las empresas”<sup>89</sup>(UNCTAD, 2012b, p. 6-7).

En cuanto al Protocolo Adicional, también se evidencia un reconocimiento de dicha clasificación, pero solo alude a las dos primeras categorías, y también consagra una definición de las mismas en el Anexo 10.12, que reza así

*El Artículo 10.12 prevé dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.*

*3. La segunda situación prevista por el Artículo 10.12 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.*

Con esta formulación el Protocolo Adicional sigue la tendencia jurídica actual que concibe a la expropiación directa e indirecta en dichos términos. Sin embargo, con ello no es suficiente para determinar la consolidación de una expropiación. Se requieren de unas exigencias adicionales. En el caso de la expropiación indirecta, la situación es mucho más compleja puesto que los signos que la diferencian de las medidas no discriminatorias parecen difusos.

La OCDE recogiendo la jurisprudencia sobre la materia expone tres criterios diferenciadores, a saber “i) el grado de interferencia con el derecho de propiedad, ii) el carácter de las medidas gubernamentales, e.g. el propósito y el contexto de la medida de gobierno, y iii) la interferencia de la medida con las expectativas razonables y respaldadas por la inversión”<sup>90</sup> (2004c, p. 10). El primero criterio engloba asuntos como la severidad del impacto económico y el tiempo de duración de la medida. En el segundo se puede mirar si existen consideraciones de interés

---

<sup>88</sup>Traducción propia de “... a mandatory legal transfer of the title to the property or its outright physical seizure. Normally, the expropriation benefits the State itself or a State-mandated third party”.

<sup>89</sup> Traducción “an act or measure of the State taken in the exercise of the State’s police powers or its right to regulate in the public interest can lead to a significant impairment of businesses”.

<sup>90</sup>Traducción propia de: “i) the degree of interference with the property right, ii) the character of governmental measures, i.e. the purpose and the context of the governmental measure, and iii) the interference of the measure with reasonable and investment-backed expectations”.

social, salud pública, de protección al consumidor o si se trata del poder policial del Estado, por decir algunos. Y en el tercero, el inversionista debe probar que su inversión se basó en un escenario que no preconizaba cambios en el régimen regulatorio, por ejemplo.

Algunos doctrinantes conforme a las decisiones arbitrales han ido más allá, y proponen una sub-clasificación para la expropiación indirecta. Sloane & Reisman (2004) señalan dos la “expropiación progresiva [*creeping expropriations*]” y la “expropiación consecucional [*Consequential expropriations*]”.

La primera de ellas la expropiación progresiva

*“...denota, en el caso paradigmático, una expropiación llevada a cabo por una serie acumulativa de actos reglamentarios u omisiones durante un período prolongado de tiempo, ninguna de las cuales puede necesariamente ser identificada como el acontecimiento decisivo que privó al extranjero sobre el valor de su inversión. Por otra parte, pueden ser intercaladas con acciones reguladoras del estado totalmente lícitas. Por definición, la expropiación progresiva carece de la viveza y la transparencia no sólo de la expropiación formal, sino también de muchas expropiaciones regulatorias o de otra manera indirectas, que pueden ser identificadas más estrechamente con una serie de eventos discretos. La naturaleza gradual y en ocasiones furtiva de los actos y omisiones que culminan en una expropiación progresiva tiende a oscurecer lo que los tribunales normalmente se denominan el "momento de la expropiación”<sup>91</sup> (p. 128).*

Mientras que la segunda, la expropiación consecucional

*“...implica la privación del valor económico de una inversión extranjera, que, bajo el régimen legal previsto por un TBI, debe ser considerada expropiatoria a causa de sus vínculos causales a las fallas del Estado anfitrión para cumplir con sus obligaciones primordiales para establecer y mantener un adecuado marco legal, administrativo y normativo para la regulación de la inversión extranjera. Pero debido a que las expropiaciones consecucionales son el resultado de las malas prácticas, malversación y omisión culposa del Estado anfitrión,*

---

<sup>91</sup>Traducción propia de “A creeping expropriation therefore denotes, in the paradigmatic case, an expropriation accomplished by a cumulative series of regulatory acts or omissions over a prolonged period of time, no one of which can necessarily be identified as the decisive event that deprived the foreign national of the value of its investment. Moreover, they may be interspersed with entirely lawful state regulatory actions. By definition, the creeping expropriation lack the vividness and transparency not only of formal expropriation, but also of many regulatory or otherwise indirect expropriations, which may be identified more closely with a few discrete events. The gradual and sometimes furtive nature of the acts and omissions that culminate in a creeping expropriation tends to obscure what tribunals ordinarily denominate the ‘moment of expropriation’”.

*a menudo resulta difícil determinar si los actos y omisiones del Estado de acogida (i) eran ellos mismos los causa causans de la pérdida de valor económico o (ii) contribuyeron a la pérdida; o por el contrario, (iii) si la pérdida debe más bien ser atribuida principalmente a errores de apreciación de los inversores extranjeros o (iv) a los factores económicos exógenos independientes de las acciones (o inacciones) del Estado de acogida”<sup>92</sup> (p. 130)*

Estas expresiones adicionales de medidas gubernamentales que pueden constituir expropiación indirecta evidencian las dificultades prácticas que implica asumir la tarea de calificar las conductas del Estado anfitrión en el marco de su tarea protectora de las inversiones. En todo caso, para disminuir dicha complejidad, la UNCTAD recoge unos criterios generales acumulativos para determinar qué caracteriza a una expropiación indirecta. La medida debe ser “(a) un acto imputable al Estado; (b) interferir con los derechos de propiedad u otros bienes jurídicos protegidos; (c) a tal grado que los derechos o intereses pertinentes pierdan toda o la mayor parte de su valor o el propietario se vea privado de control sobre la inversión; (d) a pesar de que el propietario conserve el título legal o permanece en posesión física”<sup>93</sup> (2012b, p. 12).

Siguiendo muy de cerca los anteriores criterios, el Protocolo Adicional en el Anexo 10.12 también consagra unos requisitos que se deben satisfacer en el momento de determinar cuándo se ha configurado una expropiación indirecta. Ofrecer este tipo de directrices dentro del cuerpo del tratado es de valioso recibo puesto que con ello se buscan reducir el amplio margen interpretativo del que gozan los tribunales de arbitramento, además que posibilite la adecuación de la conducta estatal para llevar a cabo su tarea regulatoria sin conculcar los derechos de los inversionistas y sus inversiones. El extracto del artículo declara que se requiere una investigación fáctica que considere factores como

---

<sup>92</sup> Traducción propia de “... involve deprivations of the economic value of a foreign investment, which, within the legal regime established by a BIT, must be deemed expropriatory because of their causal links to failures of the host state to fulfill its paramount obligations to establish and maintain an appropriate legal, administrative, and regulatory normative framework for foreign investment. But because consequential expropriations result from misfeasance, malfeasance, and nonfeasance of the host state, it often proves difficult to determine whether the acts and omissions of the host state (i) were themselves the causa causans of the loss of economic value or (ii) contributed to that loss; or by contrast, (iii) whether the loss should rather be ascribed chiefly to the foreign investors misjudgments or (iv) to exogenous economic factors independent of the actions (or inactions) of the host state”.

<sup>93</sup> Traducción propia de “(a) An act attributable to the State; (b) Interference with property rights or other protected legal interests; (c) Of such degree that the relevant rights or interests lose all or most of their value or the owner is deprived of control over the investment; (d) Even though the owner retains the legal title or remains in physical possession”.

- (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no determina que una expropiación indirecta haya ocurrido;*
- (ii) el grado en el cual el acto o serie de actos gubernamentales interfieren con las expectativas inequívocas y razonables de la inversión, y*
- (iii) el carácter del acto gubernamental.*

Una vez establecida la conceptualización de lo que debería entenderse por expropiación ya sea directa o indirecta o que se trate de medidas no discriminatorias, es necesario abordar las condiciones que se deben cumplir para que esta “excepcional” intervención del Estado anfitrión en detrimento de la propiedad del inversionista extranjero sea considerada legal bajo los términos del derecho internacional o el mismo AII.

Para empezar, el Protocolo Adicional trae cuatro requisitos, que por la redacción del artículo parecen taxativos.

- (a) por causa de propósito público;*
- (b) de una manera no discriminatoria;*
- (c) mediante el pago de una indemnización conforme a los párrafos 2 a 4, y*
- (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.6.*

Requisitos que particularmente han sido establecidos por la doctrina y la jurisprudencia como los esenciales para determinar la legalidad de una expropiación. “Habiendo determinado que una expropiación se llevó a cabo, tribunales de inversión [deben] examinar la legalidad de la expropiación de acuerdo con los estándares o normas generales aplicables de derecho internacional contenidas en AIIs. En la práctica arbitral, tanto las normas parecen converger en gran medida con el estándar tradicional de requisitos de legalidad”<sup>94</sup> (Reinisch, 2008, p. 204). En ese orden de ideas, se deben diferenciar dos fases cruciales que no se pueden confundir, una implica determinar si en efecto hubo una o un conjunto de medidas que equivalen a una expropiación y la otra conlleva establecer si se cumplieron los requisitos legales para ejecutar dicha expropiación.

---

<sup>94</sup>Traducción propia de “Having determined that an expropriation took place, investment tribunals regularly scrutinize the lawfulness of an expropriation according to the applicable IIA standards or standards of general international law. In arbitral practice, both standards appear to converge largely with the traditional legality requirements standard”.

Básicamente, el propósito o el interés público se ha entendido como aquello que un Estado en su ejercicio soberano considere necesario para el bien público y por lo tanto merezca protección. Aunque la expresión es más bien abstracta, dicha aproximación ha sido consistente en la mayoría de los últimos AIIs. Usualmente se ha citado a Sornarajah, el cual arguye que cuando las “medidas discriminatorias [están] relacionadas con la defensa de la competencia, la protección del consumidor, los valores, la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio son expropiaciones no compensables ya que se consideran como esenciales para el funcionamiento eficaz del Estado”<sup>95</sup> (1994, p. 283). En todo caso, “los países son los mejores jueces de sus propias necesidades, valores y circunstancias, y los tribunales deben ceder ante su juicio a menos que haya evidencia de que la expropiación es manifiestamente sin fin público”<sup>96</sup> (UNCTAD, 2012b, p. 34).

En una nota al pie, el Protocolo Adicional se refiere al requisito de propósito público y aduce que

*Para mayor certeza, para los propósitos del presente Artículo, el término “propósito público” se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario. La legislación de una Parte puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como “necesidad pública”, “interés público,” “utilidad pública” o “interés social.”.*

Otro requisito importante es el referente a que la medida expropiatoria se ejecuta de una manera no sea discriminatoria, el cual, de hecho está ligado íntimamente con cláusulas ya analizadas como las de Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida o Nivel Mínimo de Trato, por lo tanto no merece mayor análisis. Baste exponer que la expropiación se haga en razón de la nacionalidad del inversionista y no por el solo hecho de ser extranjero.

Seguido está el debido proceso como otra formalidad de igual relevancia. Éste es un principio reconocido en el derecho internacional consuetudinario, el cual, principalmente, conmina a que “(a) la expropiación cumpla con los procedimientos establecidos en la legislación nacional y las normas internacionalmente reconocidas fundamentales en este sentido, y (b) que el inversor afectado tenga una oportunidad para que el caso sea revisado ante un órgano

---

<sup>95</sup>Traducción propia de “... discriminatory measures related to anti-trust, consumer protection, securities, environmental protection, land planning are non-compensable takings since they are regarded as essential to the efficient functioning of the state”.

<sup>96</sup>Traducción propia de “Countries are the best judges of their own needs, values and circumstances, and tribunals should defer to their judgment unless there is evidence that the expropriation is manifestly without public purpose”.



independiente e imparcial (derecho a una revisión independiente)”<sup>97</sup> (UNCTAD, 2012b, p. 36). La indagación sobre la violación al debido proceso debe hacerse en consideración a las reglas propias del sistema jurídico y administrativo del Estado receptor de la inversión, el cual debe contar con unos mecanismos mínimos como la notificación de la medida, una audiencia justa, tiempo razonable para la oportunidad de defensa y un tercero imparcial e independiente que conozca del caso.

Y finalmente, la compensación constituye uno de los temas más controversiales y espinosos del derecho internacional de inversiones. Están los Estados obligados o no a indemnizar a los expropiados, en virtud del AII si lo están bajo su propio consentimiento. En derecho internacional consuetudinario no es tan tajante, pero como ya se mencionaba, la doctrina Hull ha preconizado el derecho a la compensación justa, pronta y efectiva.

Sin embargo, el embrollo es mucho más complejo cuando lo que se debe determinar no es si hay lugar a la compensación, sino cual es el monto de esta. En este caso “... la cláusula de expropiación es la única disposición en los tratados bilaterales de protección de inversiones (TBI) diseñada para abordar el método de cálculo de la compensación. De hecho, se utiliza a menudo en el tribunal como referencia para el cálculo de la indemnización por incumplimiento de otras obligaciones del TBI”<sup>98</sup> (Nikiema, 2013, p. 4).

En efecto, el Protocolo Adicional entre los numerales 2 y 4 del mismo art. 10.12 incorpora ciertas indicaciones respecto al pago de la compensación, que ellos, al igual que en muchos otros AIIs, denominan indemnización.

*La indemnización referida en el párrafo 1 (c) deberá:*

*(a) ser pagada sin demora;*

*(b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (en lo sucesivo, denominada “fecha de expropiación”);*

*(c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación, y*

---

<sup>97</sup>Traducción propia de “(a) the expropriation comply with procedures established in domestic legislation and fundamental internationally recognized rules in this regard and (b) that the affected investor have an opportunity to have the case reviewed before an independent and impartial body (right to an independent review)”.

<sup>98</sup> Traducción propia de “... the expropriation clause is the only provision in bilateral investment protection treaties (BITs) designed to address the method of calculation of compensation. In fact, it is often used in tribunal as a reference for the calculation of compensation for breach of other BIT obligations”.

*(d) ser completamente liquidable y libremente transferible.*

*3. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización referida en el párrafo 1 (c) no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.*

*4. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización a que se refiere el párrafo 1 (c), convertida a la moneda de pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago, no será inferior a:*

*(a) el valor justo de mercado en la fecha de expropiación, convertido a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de pago, más*

*(b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable para esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.*

Se evidencia una cláusula con función preventiva, puesto que los negociadores del Protocolo ya están limitando el margen de interpretación de los árbitros con una fórmula de cálculo de la indemnización, pero pese a que reconocen los dos tipos de expropiación no señalan si esta metodología aplica tanto para la directa como la indirecta, o también para la que se pueda calificar como ilegal, porque en este último caso no se trataría de una compensación sino de una reparación. Esta omisión es crítica porque como lo señala Nikiema, " en la expropiación directa... hay una transferencia de la propiedad privada a lo público, y por lo tanto un enriquecimiento del Estado... [así que] es justo que el Estado deba pagar por lo que ha tomado. Sin embargo, en la expropiación indirecta a través de una medida de regulación general, el Estado normalmente no obtiene ningún beneficio financiero fuera de la medida en cuestión"<sup>99</sup> (2013, p. 5), y con todo también debe pagar. Esto es problemático, porque puede conllevar a que los gobiernos locales "no regulen en la medida en que deberían, o vayan a modificar o eliminar las regulaciones cuando se vean amenazados con demandas de inversionistas"<sup>100 101</sup> (Bernasconi-Osterwalder et al, 2012, p. 18). Sin embargo, es de admitir que muchas decisiones arbitrales sobre expropiación indirecta han resarcido reales abusos de poder por parte de los

---

<sup>99</sup>Traducción propia de "...in direct expropriation...there is a transfer of ownership over private property to the public, and therefore an enrichment of the State... [so] it is only right that the State should pay for what it has taken. However, in indirect expropriation through a general regulatory measure, the State does not normally make any financial profit out of the measure in question".

<sup>100</sup>Traducción propia de "...not regulate to the extent that they should, or will modify or remove regulations when threatened with investor claims".

<sup>101</sup>Ejemplo de casos en los cuales los gobiernos se han visto limitados en su regulación cuando es evidente un interés público son Metalclad v. Mexico [ICSID Case No. ARB(AF)/97/1]; Philip Morris v Uruguay [ICSID Case No. ARB/10/7]; Methanex Corporation v United States [Uncitral Case]

Estados receptores de inversión en donde no se pudo probar la existencia de un verdadero propósito público<sup>102</sup>.

Los negociadores del Protocolo Adicional tampoco escatimaron en incluir algunas excepciones que sin duda son necesarias para cualificar el ámbito de aplicación de la cláusula de expropiación. En el numeral 5 del ya citado art. 10.12 establecieron que las reglas contenidas en el mismo no serían aplicables a ciertos asuntos como

*El presente Artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC*

Así mismo, en el literal b, número 3 del Anexo 10.12 consagra otra excepción específica [carve-out] respecto de medidas que no pueden ser calificadas como equivalentes a la expropiación. Al respecto la doctrina ha dicho que “una excepción específica debería redactarse con cuidado a fin de no anular la protección dada por la cláusula de expropiación a los inversores extranjeros, pero que sólo incluya las medidas del Estado legítimas que no deben ser la base de una demanda de expropiación, como ciertas medidas tributarias, la propiedad intelectual de licencia obligatoria, de protección de la salud humana y la protección del medio ambiente”<sup>103</sup> (Kessler et al, 2009, p. 24).

*b. Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público*

En un pie de página adicional mencionan algunos ejemplos de lo que podría constituir objetivos legítimos de bienestar público

---

<sup>102</sup> Otro ejemplo de casos, pero en donde el Estado si realizó medidas expropiatorias arbitrarias son Yukos v Russia [PCA Case No. AA 227]; Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia and MonAtom LLC, [PCA Case No. 2011-09].

<sup>103</sup> Traducción propia de “...the specific carve-out should be carefully drafted in order not to annul the protection given by the expropriation clause to foreign investors, but to only include legitimate State measures that should not be the base of an expropriation claim, such as certain taxation measures, intellectual property compulsory licensing, human health protection and environmental protection”.

*Para mayor certeza, son ejemplos de objetivos legítimos de bienestar público, entre otros, la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.*

Para resumir, la cláusula de expropiación del Protocolo Adicional evidencia la intención de los negociadores por mantener en equilibrio los intereses de los inversionistas y de las Partes. Pese a que optaron por delimitar y reducir al máximo la zona gris de interpretación de la cláusula mediante el uso de ciertas excepciones, muchos otros aspectos no fueron tratados, los cuales sin duda, ante una eventual controversia, serán resueltos por los árbitros.

.

#### **5.2.1.2. SECCIÓN B. MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS**

Para empezar conviene subrayar que un análisis jurídico sobre el Mecanismo de Solución de Diferencias Inversionista-Estado podría abarcar todo un trabajo de tesis, como en efecto lo han hecho muchos doctrinantes; labor valiosa para la omnicomprensión del fenómeno, pero que resulta excesivamente pretensiosa para los limitados objetivos de esta investigación. En ese sentido, y en procura de analizar las cláusulas del régimen de solución de diferencias del Protocolo Adicional, solo se abordaran los temas puntuales y más críticos.

##### **5.2.1.2.1. Consultas y negociación**

La última generación de AII, que consagran el mecanismo ISDS, incorporan la cláusula de “consultas y negociación” como prerrequisito de procedibilidad para iniciar el arbitraje de inversiones.

Normalmente, se suele acudir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la solución amistosa [*amicable settlement*], los buenos oficios, la mediación, el *cooling-off period* o la conciliación. Respecto a estos procesos, se suele fijar un plazo que puede oscilar entre los tres y seis meses dependiendo del AII. En una investigación de la OCDE, se encontró que “Casi todos – el 89% - de los tratados bilaterales que prevén ISDS exigen o recomiendan esfuerzos para resolver los conflictos de forma amistosa previa al arbitraje; el 81% requiere este tipo de procedimientos y otro 10% de ellos lo recomienda. Este hallazgo hace de la

solución amistosa de diferencias, uno de los temas generales, más comúnmente cubiertos en disposiciones de arbitraje internacional;”<sup>104</sup> (2012, p. 14).

Algunas disposiciones son más detalladas que otras, pues no solo se limitan a la parte sustantiva, sino que reglamentan el procedimiento aplicable al periodo de consultas y negociación. El Protocolo Adicional también adopta una cláusula de este tipo en el art. 10. 15 estableciendo su obligatoriedad como requisito previo al sometimiento de la reclamación a arbitraje dentro de un plazo máximo de 6 meses.

*1. En caso de una controversia relativa a una inversión, las partes contendientes deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, con el objeto de resolver la controversia de forma amistosa, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no vinculante con la participación de terceras partes tales como, buenos oficios, conciliación y mediación.*

El Protocolo Adicional omite definir qué se entiende por “consulta” o “negociación”, pero ofrece unos ejemplos enunciativos de lo que podría constituir dicha fase. También cualifica la cláusula mediante una excepción, al establecer en el numeral 4 que el cumplimiento de esta etapa de consultas y negociación no implica el reconocimiento de la jurisdicción del tribunal.

*4. Para mayor certeza, el inicio de las consultas y negociaciones no debe ser interpretado como el reconocimiento de la jurisdicción del tribunal.*

A diferencia del Modelo TBI 2012 de Estados Unidos, el Protocolo Adicional consagra una cláusula mucho más detallada y con algunas indicaciones procesales, mientras la de aquel se limita a estipular la necesidad de “resolver la disputa a través de la consulta o la negociación”.

“Los Estados pueden promover las consultas y negociaciones como una forma de resolver los conflictos, lo que refuerza la función del arbitraje como medida de último recurso”<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup>Traducción propia de “Almost all – 89% – of the bilateral treaties that provide for ISDS require or recommend efforts to resolve disputes amicably prior to arbitration; 81% require such procedures and another 10% recommend them. This finding makes amicable dispute settlement one of the most commonly covered general subject areas in ISDS provisions; however, when viewed in more detail, treaty language varies considerably”.

<sup>105</sup>Traducción propia de “States may wish to promote consultations and negotiations as a way to settle disputes, thus reinforcing the function of arbitration as a measure of last resort”.

(UNCTAD, 2014, p. 176). Además porque también podría constituir una posibilidad para que las partes definan y delimiten al ámbito de la disputa antes de iniciar el arbitraje.

#### **5.2.1.2.2. Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje**

Una vez ha transcurrido el periodo de consultas o negociación sin que las partes lleguen a un acuerdo, el demandante queda habilitado para solicitar el arbitraje. El art. 10.15 del Protocolo Adicional otorga dicha facultad al inversionista, mediante la cual puede reclamar la violación de los derechos que le confiere el respectivo AII.

*Si una controversia relativa a una inversión no ha sido resuelta dentro de los seis meses desde la recepción por parte del demandado de la solicitud escrita de consultas conforme al Artículo 10.15:*

*(a) el demandante, a su propio nombre, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue:*

*(i) que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A, y*

*(ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta;*

Es necesario destacar, que el Protocolo en coherencia con todo el articulado del capítulo X, también consagra la posibilidad de que el inversionista presente la reclamación en nombre de una empresa suya o sobre la cual tenga algún tipo de control, que esté alocada en el Estado receptor.

*(b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, puede, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue:*

*(i) que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A, y*

*(ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta*

Por otro lado, también quedó establecido que la reclamación se hará con base a la violación de los derechos sustantivos consagrados en la Sección A, y no podrán alegarse cualquier otro contenido en los demás capítulos del Protocolo Adicional. Esta restricción es fundamental porque a diferencia, el Modelo TBI 2012 de Estados Unidos si contempla la posibilidad de que el inversionista puede reclamar además la violación de otros derechos contenidos en una

autorización de inversión [*investment authorization*] o un contrato de inversión [*investment agreement*]<sup>106</sup>. En el NAFTA, el inversionista reclama con base en la Sección A, pero también cuando el Estado designe un monopolio y este afecte los intereses del inversionista o no posibilite el cumplimiento de las obligaciones de la Parte conforme a la Sección A. Con esta restricción, los negociadores del Protocolo Adicional evidencian una respuesta a la creciente preocupación de que los inversionistas y sus inversionistas están excesivamente protegidos a través de los AII, así que limitar el marco sustantivo que se puede invocar parecer ser una elección por precaución.

*Para mayor certeza, ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje de conformidad a esta Sección alegando una violación de cualquier disposición del presente Protocolo Adicional que no sea una obligación de la Sección A.*

Respecto a las instituciones arbitrales, se debe señalar que la mayoría de AII traen una lista de los tribunales que posiblemente podrían conocer una disputa de inversiones. Las instituciones más reconocidas las encabezan el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, la Cámara de Comercio de París o la Corte Permanente de Arbitraje. En todo caso, las partes son las que eligen; por lo tanto, también podrían consentir en conformar un tribunal ad hoc.

En cuanto al reglamento aplicable, el Protocolo Adicional establece que el demandante podrá someter la reclamación a arbitraje de conformidad con el Convenio CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI siempre que uno de los contendientes sea parte, o de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o el cualquier otro si las partes lo convienen. En consonancia con ello, en el numeral 4 del mismo artículo consagra que “una reclamación se considerará sometida a arbitraje conforme a la sección B, cuando la “Notificación de Arbitraje” del demandante:

*(a) a que se refiere el Convenio CIADI, sea recibida por el Secretario General;*

---

<sup>106</sup>De acuerdo al artículo 15.1 del TLC firmado entre Estados Unidos y Singapur. Una **autorización de inversión** es “an authorization that the foreign investment authority of a Party grants to a covered investment or an investor of the other Party”. Mientras que un **contrato de inversión** es “a written agreement [...] between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of the other Party (i) that grants rights with respect to natural resources or other assets that a national authority controls, and (ii) that the covered investment or the investor relies on in establishing or acquiring the covered Investment”.

*(b) a que se refieren los Reglamentos del Mecanismo Complementario del CIADI, sea recibida por el Secretario General;*

*(c) a que se refiere el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, conjuntamente con el escrito de demanda con dicho reglamento, sea recibida por el demandado, o*

*(d) a que se refiera cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera reglas de arbitraje seleccionadas de conformidad con el párrafo 3 (d), sea recibida por el demandado.*

Así mismo, en el artículo citado, se establecen otras precisiones como la posibilidad de presentar una reclamación ampliada (numeral 5) y que las reglas de arbitraje aplicables a la reclamación serán las vigentes a la fecha de presentación de la misma, a menos que sean modificadas o complementadas por el mismo Protocolo Adicional (numeral 6).

#### **5.2.1.2.3. Consentimiento de cada Parte al Arbitraje**

En primer lugar, se debe señalar que el mecanismo ISDS está basado en el pleno consentimiento otorgado por las partes de someterse a la jurisdicción de un tribunal de arbitraje. En principio son los Estados Parte quienes a través del respectivo AII se obligan a consentir; se trata de un consentimiento previo que queda “de una vez” consagrado en el AII, y respecto del cual no opera la retractación en ningún momento y bajo ninguna circunstancia. Esto implica que el inversionista, es quien finalmente decide si su reclamación será sometida a arbitraje, además, la formalidad establecida para que este manifiesta su consentimiento es distinta. “Las cláusulas relevantes en los AII representan una oferta unilateral del consentimiento al arbitraje por parte de los Estados contratantes, que puede ser aceptado por la otra parte en la controversia. Los inversores suelen expresar su consentimiento al arbitraje mediante la presentación de una solicitud de arbitraje. Cuando esto sucede, el consentimiento está "perfeccionado" y ya no puede ser revocada unilateralmente” (UNCTAD, 2014, p. 32).

En efecto, los Estados Membro de la AP, a través del art. 10.17, otorgaron su pleno consentimiento para que una reclamación sea sometida arbitraje si el inversionista así lo decide.

*1. Cada Parte consiente en someter una reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección y de conformidad con el presente Protocolo Adicional.*



De acuerdo a la clasificación de la UNCTAD (2014), la cláusula del Protocolo Adicional se puede catalogar como un consentimiento de carácter explícito. En este escenario, también hay otros “tipos de consentimiento” como el implícito, en cual aunque no haya una referencia explícita del consentimiento, la implicación del consentimiento es clara; ello se infiere de la redacción. Otro tipo consiste en que los Estados contratantes pueden obligarse a que ellos “estarán de acuerdo” en dar su consentimiento en el futuro. Si llegada la ocasión, el Estado se rehúsa, estaría por ese solo hecho incumpliendo el AII; lo que daría lugar a una disputa Estado-Estado. Aunque también es posible que un tribunal de arbitramento dictamine que tiene jurisdicción pese a la resistencia del Estado en dar su consentimiento explícito debido a la inequívoca naturaleza de la obligación previamente adquirida. Y en el último tipo, el Estado se reserva el derecho a otorgar su consentimiento, por lo que no bastaría el AII para que el inversionista puede someter su reclamación a arbitraje. Esta postura le permite al Estado decidir cuándo y en qué casos acceder a solucionar un conflicto mediante el mecanismo ISDS.

En segundo lugar, respecto a las condiciones en las cuales debe manifestarse el consentimiento, el Protocolo Adicional en el numeral 1 del art. 10.18 estipula una especie de caducidad de la acción y establece que el inversionista tendrá hasta 3 años para consentir por escrito el sometimiento de su reclamación a arbitraje, es decir, para realizar la solicitud. El fragmento reza así:

*1. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante, tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada, conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1, y conocimiento de que el demandante, por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1 (a), o la empresa, por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1 (b), sufrió pérdidas o daños.*

Las primeras generaciones de AII no incluían este tipo de cláusulas, pero con la creciente ola de demandas, los Estados han optado por mayor seguridad jurídica, evitando así que una disputa surja en cualquier momento así hayan transcurrido muchos años desde la posible vulneración. El Protocolo lo limita a tres años desde que el inversionista “*tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada*”; otros AII, en cambio, conceden hasta 5 años como el TLC entre Suiza y Japón. Este periodo de tiempo se podría suspender con la iniciación

de las consultas o negociaciones, así como con la notificación de arbitraje o cuando el arbitraje comienza oficialmente.

En tercer lugar, es primordial hacer mención a la eventualidad de que el inversionista pueda activar al mismo tiempo varias jurisdicciones para resolver la misma reclamación. Normalmente, en derecho internacional, se ha exigido que el nacional active y agote los mecanismos judiciales o administrativos internos antes de acudir a la jurisdicción internacional. Por ejemplo, dice la OCDE que en materia de inversiones, “el 8% de los tratados de la muestra requieren que las controversias entre inversores y Estados sean presentadas inicialmente ante los procedimientos judiciales internos antes de que puedan ser llevados ante un tribunal de arbitraje internacional”<sup>107</sup>. El mismo organismo señala que en su investigación encontró que en los tratados se imponían requisitos adicionales antes de llegar a la instancia internacional como, por ejemplo, que haya ocurrido “un fracaso de los tribunales nacionales para entregar cualquier decisión o una decisión sobre el fondo dentro de un período de tiempo definido -a menudo de 18 meses-; un fracaso para resolver el conflicto, independientemente de o a pesar de la entrega de una decisión sobre el fondo; en caso de que la resolución dictada por los tribunales nacionales es "manifiestamente injusta" o "viola las disposiciones del acuerdo de inversión internacional”<sup>108</sup> (2012, p. 14).

No obstante, mientras en unos AII se exige agotar la instancia interna, en otros se prohíbe dicho acceso a la administración de justicia local. “Reclamaciones duplicadas podrían requerir al país receptor para responder a las mismas reivindicaciones más de una vez, dar lugar a decisiones contradictorias, y en algunas circunstancias incluso permitir la doble indemnización por los reclamantes”<sup>109</sup> (UNCTAD, 2014, p. 86). Para ello se ha optado por la inclusión de dos cláusulas para evitar dicho escenario. La primera se denomina *No-U-turn clause*, ésta “permite que un inversionista tome una decisión final sobre el lugar en una etapa posterior, por ejemplo, después de comenzar los procedimientos en los tribunales del Estado de acogida. Una vez que el inversor haya optado por el arbitraje internacional, sin embargo,

---

<sup>107</sup>Traducción propia de “the 8% of the sample treaties require that investor-state disputes be initially submitted to domestic judicial procedures before they may be brought before an international arbitral tribunal”.

<sup>108</sup>Traducción propia de “a failure of the domestic courts to deliver any decision or a decision on the merits within a defined period of time (often 18 months); a failure to settle the dispute regardless of or despite the delivery of a decision on the merits; in case the decision rendered by domestic courts is “manifestly unjust” or “violates the provisions of the [international investment] agreement”.

<sup>109</sup>Traducción propia de “Duplicative claims could require the host country to respond to the same claims more than once, result in contradictory decisions, and in some circumstances even permit double recovery by claimants”.

no puede cambiar de nuevo a los tribunales nacionales”<sup>110</sup> (UNCTAD, 2014, p. 87). El Protocolo Adicional sigue la tendencia, y en el mismo artículo 10.18 numeral estipula una cláusula parecida la reseñada, la cual reza:

2. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección salvo que:  
(b) la Notificación de Arbitraje a que se refiere el Artículo 10.16.4 esté acompañada:  
(i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1 (a);  
(ii) de las renuncias por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1 (b),  
de cualquier derecho a iniciar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de hechos o medidas que se aleguen haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.

Mientras que la segunda se denomina *Fork-in-the-road clause*, por medio de esta disposición se “requiere a los inversionistas a elegir entre los tribunales nacionales y el arbitraje internacional desde el principio. Una vez que un inversor inicia el proceso interno, se pierde el derecho a recurrir a un arbitraje, y viceversa”<sup>111</sup> (UNCTAD, 2014, p. 87). En efecto, el Protocolo Adicional también consagró, en el numerado 4, una cláusula con estas características, en donde se advierte que

4. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje de conformidad con esta Sección, si el demandante, para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 10.16.1 (a), o el demandante o la empresa, para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 10.16.1 (b), han sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial del demandado, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante. Para mayor certeza, si un inversionista elige presentar una reclamación del tipo antes descrito ante un tribunal judicial o administrativo de la Parte demandada, esa elección será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección.

---

<sup>110</sup> Traducción propia de “permits an investor to make a final decision on the venue at a later stage, e.g. after starting proceedings in the host State courts. Once the investor has opted for international arbitration, however, it cannot shift back to domestic courts”.

<sup>111</sup> Traducción propia de “require investors to choose between domestic courts and international arbitration at the outset. Once an investor starts domestic proceedings, it loses the right to resort to arbitration, and vice versa”.

En consonancia con el punto anterior, es necesario hacer referencia a la posibilidad que el Protocolo Adicional ofrece de solicitar medidas provisionales. En el art. 10.18 numeral 3, señala que éstas se podrán iniciar ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado receptor. La disposición dice que:

*3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 (b), el demandante, por reclamaciones iniciadas bajo el 10.16.1 (a), y el demandante o la empresa, por reclamaciones iniciadas de conformidad con el Artículo 10.16.1 (b), podrán iniciar o continuar un procedimiento en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de cualquier naturaleza siempre que no implique el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que tal procedimiento se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje.*

Básicamente, las medidas provisionales se han definido como “un remedio o un alivio que tiene por objeto la salvaguardia de los derechos de las partes en una controversia en espera de su resolución final”<sup>112</sup> (Yesilirmak, 2005, p. 5). También llamadas medidas cautelaras, estos instrumentos están diseñados para un número limitado de circunstancias, que de no ser tomadas harían la sentencia final no podría ser ejecutada materialmente. Estas medidas pueden estar relacionadas con la preservación de la evidencia, con la conducta del tribunal de arbitramento y las relaciones entre las partes, con la búsqueda del cumplimiento de una decisión, o de cualquier otra naturaleza.

“Las limitaciones inherentes a la autoridad del tribunal arbitral significa que los tribunales internos a menudo desempeñan un papel en la adopción de medidas provisionales de protección en apoyo del arbitraje. Algunos tribunales nacionales harán cumplir sentencias intermedias realizadas por los tribunales arbitrales; otras cortes requieren que la medida deba primero buscarse en ellas”<sup>113</sup> (UNCTAD, 2014, p. 107). De acuerdo al Protocolo Adicional, estas medidas pueden ser otorgadas en ambas instancias tanto arbitral como a nivel doméstico, pero siempre y cuando sea para garantizar unos derechos mientras dura el proceso. En muchos otros AII, esto no es permitido, solo tribunal de arbitraje queda revestido de tal facultad. El

---

<sup>112</sup>Traducción propia de “a remedy or a relief that is aimed at safeguarding the rights of parties to a dispute pending its final resolution”.

<sup>113</sup>Traducción propia de “The inherent limitations on arbitral tribunal authority mean that domestic courts often play a role in ordering interim measures of protection in support of arbitration. Some domestic courts will enforce interim awards made by arbitral tribunals; other courts require that relief first be sought in them”.

Convenio CIADI no lo permite, a menos que los Estados Contratantes dispongan que sí dentro del articulado del AII.

#### **5.2.1.2.4. Selección de Árbitros**

A diferencia de otras formas de resolución de conflictos, el ISDS les permite a las partes contendientes elegir a quienes van dirimir su disputa conforme a las reglas que ellos mismos estipulen o de acuerdo al reglamento institucional que ellos elijan. Si bien ello es así, la mayoría de los AIIs no hacen referencia a la selección de árbitros por parte de los litigantes. Aunque en la última generación de AIIs han sido más prolijos en el asunto, y se han incluido algunas reglas relativas a esta materia como por ejemplo los requisitos de idoneidad que deben cumplir los árbitros y la forma en que se debe hacer esa elección.

El Protocolo Adicional ha seguido esta última tendencia mediante la inclusión de una cláusula de selección de árbitros en el art. 10.19 donde se especifica que

*Salvo que las partes contendientes acuerden algo distinto, el tribunal estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, que será el presidente, será designado por acuerdo de las partes contendientes.*

Esta disposición le otorga a cada parte el derecho de elegir un árbitro y un tercero de común acuerdo. Pero también se estipulan unas calidades, por ejemplo, el artículo dice

*Los árbitros deberán tener experiencia en derecho internacional público, reglas internacionales de inversión, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos internacionales de inversión; no depender de alguna de las Partes ni del demandante, ni recibir instrucciones de ninguno de ellos.*

Características mucho más específicas que las que menciona el art. 14.1 del Convenio CIADI respecto a los profesionales que pueden integrar la lista de árbitros y conciliadores, las cuales son mucho más genéricas. El fragmento reza que

*Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en*

*el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros*

Por otro lado, en el literal b del numeral 5 del mismo art. 10.19, los negociadores fueron enfáticos en la necesidad de hacer la selección de los árbitros y le imponen al demandante, ya sea el inversionista o una empresa representada por este, que

*...podrá someter a arbitraje una reclamación conforme a esta Sección, o continuar una reclamación de conformidad con el Convenio CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, únicamente a condición de que el demandante manifieste su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal*

Esto es fundamental porque como ya se decía, las partes contendientes son los constructores del mecanismo de solución de diferencias que desean usar. No obstante, si las partes no hacen uso de este derecho dentro de un plazo de 90 días, el Protocolo Adicional en el numeral 4 establece que el Secretario General a quien instituyen como autoridad nominadora “... a petición de cualquiera de las partes contendientes, designará, a su discreción, al árbitro o árbitros que aún no hayan sido designados...”.

#### **5.2.1.2.5. Realización del Arbitraje**

El art. 10.20 del Protocolo Adicional aborda algunos aspectos específicos relacionados con la realización del arbitraje. El primero de ellos es respecto a la sede legal. Aunque la adopción del reglamento del Convenio CIADI en el desarrollo de un arbitraje de inversiones hace innecesaria la inclusión de una cláusula de este tipo, en aquellos procedimientos donde se adopte otro reglamento institucional, si es fundamental su consagración. Al respecto, el numeral 1 del citado artículo declara que

*Las partes contendientes pueden convenir en la sede legal donde haya de celebrarse cualquier arbitraje conforme a las reglas arbitrales aplicables de acuerdo con el Artículo 10.16.3...*

La elección de la sede legal del arbitraje no hace referencia al lugar donde se llevarán a cabo las audiencias<sup>114</sup>. Por el contrario, la sede legal es importante en términos de la ley procesal aplicable y la ejecución del laudo. Aunque puedan existir confusiones al respecto, Frangeskides y Atkinson (2015) advierten que “la ley procesal del lugar del arbitraje se aplica incluso cuando las partes hayan elegido para la realización del arbitraje un conjunto particular de reglas institucionales”<sup>115</sup>. En otras palabras, el hecho que las partes hayan acordado un reglamento, no elimina automáticamente la aplicación de las reglas procesales de la sede legal del arbitraje. Además agregan que “idealmente las partes deberían tratar de acordar un lugar de arbitraje con una ley de arbitraje moderna, bien desarrollada y un sistema judicial eficiente”<sup>116</sup>.

Sin embargo, en el evento que las partes no logren ponerse de acuerdo, en el mismo numeral, el Protocolo dice que

*... el tribunal determinará dicha sede de conformidad con las reglas arbitrales aplicables, siempre que la sede se encuentre en el territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York.*

Como se evidencia, es el mismo tribunal quien asumiría la competencia para determinar la sede legal del arbitraje, pero se le impone como restricción que el territorio elegido pertenezca a un Estado parte de la Convención de Nueva York<sup>117</sup>. Esta última acotación es importante, también en lo que respecta a las facilidades para la ejecución del laudo.

En segundo lugar, en el numeral 2 del citado artículo, se regula el tema de las comunicaciones del tercero no contendiente. El fragmento reza que

---

<sup>114</sup>La UNCTAD ha dicho que la importancia de la “sede legal” radica en que cuando se aplica la ley nacional, ésta por ejemplo, “... can impose additional requirements concerning the arbitration’s confidentiality. Local courts of the seat perform supervisory and support functions, e.g., ordering provisional measures. An arbitral award can be subject to set-aside proceedings in the place of arbitration in accordance with the laws of that State” (2014, p. 79).

<sup>115</sup>Traducción propia de “The procedural law of the place of the arbitration applies even where the parties have chosen to arbitrate according to a particular set of institutional rules”.

<sup>116</sup>Traducción propia de “Ideally, the parties should seek to agree a place of arbitration with a modern, well-developed arbitration law and a supportive court system”.

<sup>117</sup>Es el nombre por el que se conoce a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita el 10 de junio de 1958 en la ciudad de Nueva York, la cual entró en vigor el 7 de junio de 1959. “La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales” (UNCITRAL).

*2. Una Parte no contendiente podrá presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal con respecto a la interpretación del presente Protocolo Adicional.*

En efecto, los negociadores del Protocolo Adicional otorgaron la posibilidad a un tercero no contendiente de presentar comunicaciones orales o escritas al tribunal sobre la interpretación del mismo protocolo. De acuerdo a las Reglas de Arbitraje del CIADI, se trata de la intervención unilateral de un tercero que no está en la disputa, cuyo rol radica en “asistir al tribunal para decidir la controversia, proporcionando una perspectiva diferente a la de las partes”, donde su aceptación dependerá, por ejemplo, de si “se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la disputa, y si esa “parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento” (Regla 37.2)

No obstante esta concesión, a diferencia de otros AIIs como el TLC entre Canadá y Perú, el Protocolo Adicional no hace referencia a la posibilidad de que el interviniente acceda a información o documentos que hagan parte del proceso ni tampoco asistir a las audiencias. Omisión con efectos complicados porque como ha dicho la UNCTAD, “para que este mecanismo funcione, la Parte no contendiente debe entender a fondo el contexto de la controversia y los problemas que plantea”<sup>118</sup> (2014, p. 141); por lo tanto es necesario garantizar cierta accesibilidad a la información del caso.

En consonancia con el punto anterior, en el numeral 3, se consagra la figura del *amicus curiae*<sup>119</sup>. La disposición proclama que

*3. Previa consulta con las partes contendientes, el tribunal estará facultado para aceptar y considerar comunicaciones amicus curiae que puedan asistir al tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el ámbito de la controversia.*

---

<sup>118</sup>Traducción propia de “For this mechanism to function, the non-disputing Party must thoroughly understand the context of the dispute and the issues it raises”.

<sup>119</sup>“In a number of high-profile arbitrations, nongovernmental organizations (NGOs) have intervened in order to provide expertise on thematic issues of public policy implicated in the dispute. More recently, the range of potential interveners has expanded beyond civil society groups. For example, in the pending case of AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erdma Kft. v. Republic of Hungary (AES), proceeding under the auspices of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), the European Commission (Commission) has gained amicus curiae status to represent the European Community's (EC or Community) interest in enforcing competition law”. (Levine, 2011, p. 200).



El *amicus curiae* también es conocido como “el amigo de la corte”, y aunque también se trata de un tercero interviniente, su papel no se relega a la sola interpretación del respectivo tratado; por el contrario, su rol puede ser menos limitado y más dinámico, y se justifica en la medida en que proporciona al tribunal su especial perspectiva o experticia sobre el objeto de la disputa.

El reconocimiento de esta figura y su inclusión en los AII ha transitado por escenarios espinosos. “En los últimos años, ha habido un cambio innegable en el arbitraje Inversionista-Estado hacia una mayor tolerancia a una limitada participación de terceros, tal vez en respuesta a la continua presión del público y las críticas”<sup>120</sup> (Levine, 2011, p. 208); así como se ha admitido “... cada vez más la posibilidad de que el interés general esté protegido a través de dichas comunicaciones *amicus curiae*”<sup>121</sup> (Fach Gómez, 2012, p. 563). Ello se evidencia por ejemplo, en la declaración que hizo la Comisión de Libre Comercio del NAFTA otorgando a los tribunales la posibilidad de aceptar comunicaciones *amicus curiae*, tendencia también adoptada por el TBI entre Estados Unidos y Canadá. Incluso, el CIADI en el 2006 realizó una enmienda a sus Reglas de Arbitraje, para admitir en ciertas circunstancias y a discreción del tribunal escritos en un determinado procedimiento arbitral, pero sin representar intereses de las partes o agregando otros temas al objeto de debate.

En los numerales 4 y 5 consagran algunos lineamientos procedimentales que debe seguir el tribunal para la aceptación de la comunicaciones que presente el *amicus curiae*, así como los requisitos que este debe cumplir en el contexto de dicha presentación, esto con el ánimo de evitar efectos negativos sobre el normal desarrollo del proceso arbitral. Pero, por ejemplo, se omite hacer referencia a cuál es el “valor probatorio” que dicha comunicación tendrá, aunque sí otorga a las partes el derecho de pronunciarse sobre la misma.

Levine afirma que “el concepto de *amicus curiae* no se limita inherentemente a una forma de participación y podría, en los casos apropiados, incluir la asistencia y participación en las audiencias orales, el acceso a los documentos de las partes contendientes, e incluso el interrogatorio de los testigos”<sup>122</sup> (2011, p. 208). Sin embargo, vale la pena traer a colación la

---

<sup>120</sup>Traducción propia de “In recent years, there has been an undeniable shift in investor-State arbitration toward greater tolerance of limited third-party participation, perhaps in response to continuing public pressure and criticism”.

<sup>121</sup>Traducción propia de “... have increasingly recognized the possibility that the general interest is protected through amicus submissions”.

<sup>122</sup>Traducción propia de “... the concept of amicus curiae is not inherently restricted to any one form of participation and could, in appropriate cases, include attendance and participation at oral hearings, access to the disputing parties' documents and even cross-examination of witnesses”.

precisión que hace la UNCTAD en uno de sus reportes sobre el ISDS respecto a que “la capacidad de los *amici* a participar en el arbitraje no está inevitablemente ligada a la disponibilidad de la información”<sup>123</sup>. Señala que en el caso hipotético que una disputa se dirima conforme al reglamento del Convenio del CIADI, “el *amicus curiae* a quien se concede la posibilidad de participar en un caso, no tendrá ningún derecho a recibir las comunicaciones de las partes contendientes, aunque pueden recibir dicha documentación después de revisión de cualquier confidencial información si las partes están de acuerdo”<sup>124</sup> (2014, p. 126).

En tercer lugar, entre los numerales 6 y 8, los negociadores del Protocolo Adicional evidencian, una vez más, la necesidad de limitar el ámbito de aplicación del acuerdo frente a los temas sensibles que se discuten en el marco de la reconfiguración del sistema derecho internacional de inversiones. En efecto, dada la intensificación de demandas jurídicamente infundadas por parte de los inversionistas, también llamadas “reclamaciones frívolas”, los últimos AIIs han incluido una cláusula que empodera a los tribunales de arbitramento, si hay mérito, para desestimar dichas pretensiones a través de un trámite expedito.

Se trata de la posibilidad que tienen los demandados, es decir, los mismos Estados receptores de presentar objeciones respecto esas reclamaciones sin base jurídica; solicitud que se tramita como cuestión preliminar. Según Salles (2014) este tipo de objeciones preliminares implican el establecimiento de condiciones sobre la existencia y el desarrollo del proceso de adjudicación, que buscan evitar decisiones contradictorias de los casos, ejercicios excesivos de la jurisdicción y la proliferación de litigios. “El objetivo de un procedimiento acelerado es evitar el consumo de tiempo y recursos en procedimientos completos para demandas que pueden ser desestimadas en una etapa temprana”<sup>125</sup> (UNCTAD, 2014, p. 102).

El fragmento del Protocolo Adicional que consagra dicha cláusula reza que

*6. Sin perjuicio de la facultad del tribunal para conocer otras objeciones como cuestiones preliminares, tales como una objeción de que la controversia no se encuentra dentro de la*

---

<sup>123</sup>Traducción propia de “The ability of amici to participate in the arbitration is not inevitably linked to the availability of information”.

<sup>124</sup>Traducción propia de “... an amicus curiae that is granted the ability to participate in a case will not have any right to receive the submissions of the disputing parties, though they may receive such documentation after redaction of any confidential information if the parties agree”.

<sup>125</sup>Traducción propia de “The objective of the expedited procedure is to avoid spending time and resources on full proceedings for claims that can be dismissed at an early stage”.

*competencia o jurisdicción del tribunal, el tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar cualquier objeción del demandado que, como cuestión de derecho, señale que la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 10.26.*

Esta disposición armoniza con la regla 41.5 del CIADI<sup>126</sup>, la cual también fue enmendada en 2006, y en su versión en inglés explicita que

*Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit. The party shall specify as precisely as possible the basis for the objection. The Tribunal, after giving the parties the opportunity to present their observations on the objection, shall, at its first session or promptly thereafter, notify the parties of its decision on the objection. The decision of the Tribunal shall be without prejudice to the right of a party to file an objection pursuant to paragraph (1) or to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit.*

Aunque esta regla fue diseñada para abordar objeciones dirigidas contra este tipo de reclamaciones, algunos litigantes como Antonietti (2006, p. 439) afirman que también puede invocarse cuando se pretenda objetar la jurisdicción del tribunal. En la misma dirección interpretativa, la UNCTAD ha dicho que “la objeción del Estado demandado no tiene que referirse a la jurisdicción del tribunal. Sin embargo, el procedimiento de excepción preliminar también se puede utilizar para acelerar una objeción a la jurisdicción del tribunal” (2014, p. 104<sup>127</sup>). Posibilidad que también otorga el Protocolo Adicional en el mismo numeral 6.

Cuando se trata de cuestiones preliminares, los Estados han sido tendientes a presentar objeciones sobre jurisdicción y admisibilidad. Esto es, en parte, una tendencia natural del

---

<sup>126</sup> La primera disputa Inversionista-Estado archivada bajo la regla 41.5 del CIADI fue el caso *Global Trading Resource Corp v. Ukraine* [ICSID Case No. ARB/09/11]. “The Global Trading tribunal upheld Ukrainian objections, finding the claims manifestly without legal merit. Like many other tribunals, it found that ICSID jurisdiction requires an investment satisfying both Article 25 of the ICSID Convention and any definition of investment under a relevant investment treaty. It found no investment for purposes of Article 25, concluding that the purchase and sale contracts entered into by the Claimants were pure commercial transactions and therefore cannot qualify as an investment. The Tribunal also found no investment for purposes of one element of the BIT definition of investment, but did not decide whether a second element might apply, given its decision regarding the absence of an investment satisfying Article 25” (Crook, 2011).

<sup>127</sup> Traducción propia de “The respondent State’s objection does not have to relate to the jurisdiction of the tribunal. However, the preliminary objection procedure can also be used to expedite an objection to the jurisdiction of the tribunal”.

acusado [y a la vez]... una característica de la avanzada e imprecisa naturaleza del consentimiento dado en los tratados de inversión” arguye Bjorklund, quien, además afirma que “cuando la disputa real se presente, un Estado podría muy fácilmente afirmar que tal controversia no era el tipo de controversia que el contempló cuando se firmó el tratado aplicable.” <sup>128</sup> Con la consagración de este tipo de cláusulas, “los Estados tienen un fuerte incentivo para eliminar o reducir un caso en una etapa temprana” (2009, p. 1275).

En cuarto lugar, se aborda nuevamente el tema de las medidas provisionales, pero esta vez, respecto a las otorgadas por el mismo tribunal de arbitramento. El numeral 10 del art. 10.20 estipula que

*10. El tribunal puede recomendar una medida provisional de protección para preservar los derechos de una parte contendiente, o con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción o competencia del tribunal, incluyendo una orden para preservar las pruebas que se encuentren en poder o bajo el control de una parte contendiente o para proteger la competencia del tribunal.*

Esta disposición está diseñada para ciertas circunstancias, lo cual limita su ámbito de aplicación y la discrecionalidad que tenga el tribunal para otorgarlas. Incluso se trata de una cláusula cualificada porque en ella se advierte que las medidas provisionales no podrán ser concedidas cuando su objeto sean los derechos en conflicto. En el fragmento del enunciado normativo se estipula que

*El tribunal no puede ordenar el embargo o impedir la aplicación de una medida que se alegue como una violación mencionada en el Artículo 10.16. Para los efectos de este párrafo, una orden incluye una recomendación.*

Aunque el numeral no lo explícita, normalmente este tipo de medidas se conceden cuando se satisfacen, con independencia de otros exigibles, dos requisitos mínimos el de necesidad y el de urgencia. El primero implica que la no concesión de las medidas podría afectar la ejecución apropiada de la sentencias, mientras que el segundo conlleva que las medidas sean esenciales para preservar los derechos de una parte.

---

<sup>128</sup>Traducción propia de “... this is, in part, a natural tendency for a defendant. It is also a feature of the advance and imprecise nature of the consent given in investment treaties... When the actual dispute presents itself, a state might very readily assert that such a dispute was not the kind of dispute it contemplated when it signed the applicable treaty... States thus have a strong incentive to eliminate or narrow a case at an early stage”.

Este tipo de cláusulas consagradas en un AII, se complementan con las reglas que sobre la materia tiene la UNCITRAL y el Convenio del CIADI; este último en su art. 47 faculta a los árbitros para otorgar medidas provisionales:

*Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.*

En quinto lugar, el Protocolo Adicional, siguiendo el Modelo TBI 2012 de Estados Unidos, en el numeral 11, faculta a las partes para que puedan hacer comentarios sobre la propuesta de laudo antes que el tribunal emita su versión final. El fragmento normativo dispone que

*A solicitud de cualquiera de las partes contendientes, el tribunal, antes de dictar una decisión o el laudo sobre la responsabilidad, comunicará su propuesta de decisión o laudo a las partes contendientes y a la parte no contendiente. Dentro del plazo de 60 días de comunicada dicha propuesta de decisión o laudo, las partes contendientes podrán presentar comentarios escritos al tribunal en relación con cualquier aspecto de su propuesta de laudo...*

En realidad este tipo de concesiones no son muy comunes en los AIIs, sin embargo, Estados Unidos en sus últimos modelos y tratados ha incluido esta cláusula; que desde otra perspectiva, previamente, también quedó incluida en el art. 33 de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. El cual señala que

*Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte*

En esta última, se trata de un tipo de control único denominado Examen previo del Laudo por la Corte. “El propósito del examen es evitar el riesgo de un laudo de la CCI contenga un serio defecto de forma. El Tribunal comprueba si el proyecto de laudo se pronuncia sobre todas las reclamaciones, incluye una parte dispositiva, y da todas las razones de las decisiones de los

tribunales arbitrales”<sup>129</sup> (Yannaca-Small, 2006, p. 13). Así mismo, según Fry, Greenberg y Mazza, el escrutinio previo del laudo busca “maximizar la eficacia jurídica de una sentencia mediante la identificación de los defectos que podrían ser utilizados en un intento de conseguir que se anule en el lugar del arbitraje o resistir su aplicación en otros lugares”<sup>130</sup> (2012, p. 327).

Y finalmente, en séptimo lugar, se aborda la posibilidad de una eventual revisión de los laudos a través de un mecanismo de apelación. Como ya se ha expuesto a lo largo de este trabajo, el sistema de derecho internacional de inversiones a traviesa un periodo de reestructuración provocada por las contrariedades endémicas propias, que de no reformarse lo harían insostenible a largo plazo.

Con la creciente ola de reclamaciones a través del ISDS también ha aumentado la preocupación por la recurrencia de fallos contradictorios y la falta de seguridad jurídica; “En lugar de dar certidumbre a los inversores extranjeros y a los Estados, el proceso de resolución de disputas de inversión a través del arbitraje está creando incertidumbre sobre el significado de esos derechos y el derecho internacional público”<sup>131</sup> (Sushama, 2014). Ello, en parte, se atribuye a la ausencia de un órgano de apelación que revise los laudos y que sea consistente en la interpretación de los tratados.

El ISDS se ha caracterizado por la ausencia de una revisión sustantiva del proceso de arbitraje. Según Ten Cate “salvo circunstancias inusuales, las partes y los árbitros tienen una sola oportunidad de “hacer las cosas bien”. Sin embargo, en el contexto de disputas que involucran “intereses económicos significativos y cuestiones legales y fácticas complejas” (2012, p. 1110)<sup>132</sup>, la justificación no puede ser tan laxa y se requiere la ponderación de los intereses contrapuestos para determinar la viabilidad de reformulación del sistema.

La implementación de un mecanismo de apelaciones en el ISDS fue impulsado por Estados Unidos. En el *Trade Promotion Authority provisions of the Trade Act of 2002* se estipuló que

---

<sup>129</sup>Traducción propia de “The purpose of the scrutiny is to avoid the risk of an ICC award containing a serious formal defect. The Court checks whether the draft award rules on all the claims, includes an operative part, and gives all the reasons for the arbitral tribunal’s decisions”.

<sup>130</sup>Traducción propia de “to maximize the legal effectiveness of an award by identifying any defects that could be used in an attempt to have it set aside at the place of the arbitration or resist its enforcement elsewhere”.

<sup>131</sup>Traducción propia de “... Rather than creating certainty for foreign investors and states, the process of resolving investment disputes through arbitration is creating uncertainty about the meaning of those rights and public international law”.

<sup>132</sup>Traducción propia de “... Barring unusual circumstances, parties and arbitrators have only one chance to “get it right...that tend to involve disputes with significant economic stakes and complex legal and factual issues—”.

*"Los principales objetivos de negociación de los Estados Unidos con respecto a la inversión extranjera son ... garantizar a los inversores derechos importantes comparables a los que estarían disponibles bajo los principios y prácticas legales de Estados Unidos, mediante... el establecimiento de un órgano de apelación o un mecanismo similar que proporcione coherencia a las interpretaciones de los acuerdos comerciales ..."*<sup>133</sup>

En consonancia con ello, en los AIIs subsiguientes negociados por Estados Unidos se incluyeron cláusulas dirigidas a formular consenso en el establecimiento de un mecanismo de apelación. Por ejemplo, en el TLC firmado con Chile, que entró en vigor en 2004, en el Anexo 10H, se consagró la posibilidad de un órgano o mecanismo bilateral de apelación. La disposición dice que

*Dentro de tres años a partir de la entrada en vigencia de este Tratado, las Partes considerarán el establecimiento de un órgano bilateral de apelación o un mecanismo similar para revisar los laudos dictados de conformidad con el artículo 10.25 en arbitrajes iniciados después del establecimiento del órgano de apelación o mecanismo similar.*

Incluso, en el seno del CIADI, pese a la existencia del Art. 53 que establece que

*1. El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio...*

En 2004, la Secretaría del CIADI expidió una propuesta para el establecimiento de un mecanismo de apelación dentro de la institucionalidad del CIADI. El documento se denominó “*Discussion Paper: Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*”. En un fragmento del texto se exponía que

*Si el CIADI emprende la creación de un único Mecanismo de Apelaciones, como una alternativa a múltiples mecanismos en virtud de los tratados que establecen la apelación de las sentencias dictadas en los arbitrajes Inversionista-Estado, el Mecanismo podría*

---

<sup>133</sup>Traducción propia de “[T]he principal negotiating objectives of the United States regarding foreign investment are ... to secure for investors important rights comparable to those that would be available under United States legal principles and practice, by ... providing for an appellate body or similar mechanism to provide coherence to the interpretations of trade agreements ...”.

*establecerse y operar bajo un conjunto de normas del mecanismo de apelación del CIADI adoptada por el Consejo Administrativo del CIADI. Una inversión u otro tratado (incluyendo un tratado que modifica uno anterior), entonces podría establecerse que los laudos, dictados en los casos contemplados en el tratado, estarían sujetos a revisión de conformidad con las Reglas del Mecanismo de Apelación del CIADI. El Mecanismo estaría mejor diseñado para su uso en conjunción con las dos formas de arbitraje del CIADI, las Reglas de Arbitraje de CNUDMI y cualquier otra forma de arbitraje prevista en las disposiciones de solución de controversias Inversionista-Estado de los tratados de inversión*<sup>134</sup>

Aunque la propuesta del CIADI no se materializó por las dificultades propias en logro de un consenso sobre los términos de un posible acuerdo sobre la materia, ni tampoco ha podido germinar en el marco de los tratados bilaterales, si evidencia la percepción de que el ISDS requiere una reformulación urgente ante las graves fricciones que sucumben su legitimidad e idoneidad para resolver las disputas sobre inversiones.

Los negociadores del Protocolo Adicional no incluyeron una cláusula que directamente estipule la creación de un mecanismo de apelaciones. Tampoco se evidencia en el último de Modelo TBI 2012 de Estados Unidos; sino que solo consagró la posibilidad de acogerse a un cuerpo de apelaciones para la revisión de los laudos, solo en el evento que este mecanismo se adoptara en el marco de un acuerdo multilateral separado. El numeral 12 del art 10.20 reza que

*Si entre las Partes entrara en vigor un tratado multilateral separado en el que se estableciere un órgano de apelación con el propósito de revisar los laudos dictados por tribunales constituidos conforme a acuerdos internacionales de comercio o inversión para conocer controversias de inversión, las Partes estudiarán la posibilidad de alcanzar un acuerdo que contemple tal órgano de apelación para la revisión de los laudos dictados de conformidad con el Artículo 10.26 en los arbitrajes que se hubieren iniciado después de que el tratado multilateral entre en vigor entre las Partes.*

---

<sup>134</sup> Traducción propia de "If ICSID undertakes the creation of a single Appeals Facility, as an alternative to multiple mechanisms under treaties providing for the appeal of awards made in investor-to-State arbitrations, the Facility might be established and operate under a set of ICSID Appeals Facility Rules adopted by the Administrative Council of ICSID. An investment or other treaty (including a treaty amending an earlier one) could then provide that awards, made in cases covered by the treaty, would be subject to review in accordance with the ICSID Appeals Facility Rules. The Facility would best be designed for use in conjunction with both forms of ICSID arbitration, UNCITRAL Rules arbitration and any other form of arbitration provided for in the investor-to-State dispute-settlement provisions of investment treaties".



En suma, lo que se pretende con un mecanismo de apelación es ofrecer consistencia y predictibilidad en el arbitraje Inversionista-Estado; sin embargo, Legum afirma que “el objetivo de lograr la consistencia y la coherencia en todo el corpus legislativo de la inversión internacional en la actualidad, por lo tanto, es quimérica. La diversidad de textos y contextos a través de los [más de 3.200] tratados es tal que una interpretación verdaderamente consistente y coherente de las mismas no es posible ni admisible bajo las reglas aceptadas de interpretación de los tratados...”. En ese sentido, considera que “un acuerdo multilateral individual con un único conjunto de disposiciones que deben interpretarse consistentemente es fundamental...”<sup>135</sup> (2008, p. 235); no obstante, Perezcano arguye que dicha apreciación “no es del todo correcta, y realmente no es un tema [de discusión]. Sería útil tener un único texto multilateral, pero no es necesario”<sup>136</sup>. (Perezcano, 2013, p. 9).

#### **5.2.1.2.6. Transparencia en los procedimientos arbitrales**

El arbitraje comercial internacional se ha caracterizado por la confidencialidad y la privacidad de sus procedimientos; factores que constituyen su sello distintivo, y que han servido para “... persuadir a las partes de ir al arbitraje en vez de acudir a la corte”<sup>137</sup> (Fach Gómez, 2012, p. 526). Como acertadamente lo describía DePalma en 2001, el ISDS se había configurado en un arbitraje en donde

*Sus reuniones son secretas. Sus miembros son generalmente desconocidos. Las decisiones que ellos alcanzan no tienen que ser plenamente reveladas. Sin embargo, la forma en que un pequeño grupo de tribunales internacionales resuelve las diferencias entre los inversores y los gobiernos extranjeros ha llevado a que leyes nacionales sean revocadas, los sistemas judiciales cuestionados y las regulaciones ambientales desafiadas. Y es todo en nombre de la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros...*<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup>Traducción propia de “The goal of achieving consistency and coherence across the full body of international investment law today, therefore, is chimerical. The diversity of texts and contexts across the 2,500 treaties is such that a truly consistent and coherent interpretation of them is neither possible nor permissible under accepted rules of treaty interpretation... [A] single multilateral agreement with a single set of provisions to be consistently construed is fundamental...”

<sup>136</sup>Traducción propia de “This is not quite right, and it really is a non-issue. It would be helpful to have a single multilateral text, but it is not necessary”.

<sup>137</sup>Traducción propia de “... These have traditionally been two factors that persuaded parties to go to arbitration instead of going to court”.

<sup>138</sup>Traducción propia de “Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a small group of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments has led to national laws being revoked, justice systems questioned and environmental regulations challenged. And it is all in the name of protecting the rights of foreign investors...”

En efecto, una de las críticas más profundas a los AII, la encarna la forma como está estructurado el ISDS, especialmente, porque las decisiones que en el marco de esas reclamaciones se toman, no solo afectan a las partes sino a muchos más actores. Según Fach Gómez, “el hecho de que una de las partes del arbitraje de inversión sea un Estado y los problemas trasciendan los intereses de las partes específicas involucradas en el arbitraje justifica la aplicación progresiva del principio de transparencia, que ha sido rechazado tradicionalmente en el arbitraje comercial, en el campo del arbitraje de inversión”<sup>139</sup> (2012, p. 510).

El reclamo por mayores niveles de transparencia en los procesos de ISDS ha sido impulsado desde diferentes grupos de la sociedad civil, quienes solicitan la apertura de espacios para la participación pública. Ello en la medida en que un gran número laudos dictados a favor de los inversionistas<sup>140</sup> están teniendo efectos sobre la capacidad de los gobiernos para regular medidas concernientes a los derechos humanos, el medio ambiente, la salud, el acceso al agua, o en general, que sean de interés público. La OCDE ha reconocido que “la idea de que los árbitros -generalmente tres- decidan una disputa puramente comercial a puerta cerrada “no ofende los principios fundamentales de la justicia”. Sin embargo, advierte que el hecho de que “los mismos tres árbitros puedan decidir de la misma manera si las medidas adoptadas por un gobierno -que puede plantear cuestiones sensibles de las políticas públicas- son compatibles con un tratado de inversión podría ser más problemático”<sup>141</sup> (2005, p. 2).

La aplicación del principio de transparencia en los arbitrajes Inversionista-Estado no resulta tan sencillo, y como lo plantea Adeleke, al respecto, surgen múltiples cuestionamientos que también requieren de respuestas urgentes, como por ejemplo, “¿qué tipo de transparencia es necesitada en el régimen del ISDS?, ¿a qué nivel la transparencia debe ser infundida en el

---

<sup>139</sup>Traducción propia de “The fact that a party of the investment arbitration is a state and problems transcend the interests of the specific parties involved in the arbitration justify the progressive implementation of the principle of transparency, which has been traditionally rejected in commercial arbitration, in the field of investment arbitration”.

<sup>140</sup>Otros ISDS casos donde los gobiernos se han visto limitados en su capacidad regulatoria que son de evidente un interés público son *Vattenfall v. Alemania* [ICSID Case No. ARB/09/6]; *Philip Morris (Asia) v. Australia* [UNCITRAL Case], *Eli Lilly and Company v. Canada* [ICSID Case No. UNCT/14/2], *Ethyl v. Canada* [UNCITRAL Case]; *Azurix Corp. v. Argentina* [ICSID Case No. ARB/01/12]; *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica* [ICSID Case No. ARB/14/5]; *Bilcon v. Canadá* [UNCITRAL Case]; *Chevron v. Ecuador* [UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23]; *Renco v. Perú* [ICSID Case No. UNCT/13/1]

<sup>141</sup>Traducción propia de “The notion that arbitrators (usually three) decide a purely commercial dispute behind closed doors “does not offend fundamental principles of justice”. That the same three arbitrators may decide in the same way whether the measures taken by a government – which may raise sensitive issues of public policies – are compatible with an Investment treaty could be more problematic”.

proceso de arbitraje internacional?, ¿la transparencia es lo mismo que la divulgación de información?”. Así mismo plantea que si la transparencia se equipara a la publicidad de la información, entonces “¿qué información se debe revelar?, ¿qué tipo de información debe darse a conocer?, ¿de qué manera se debe revelar la información?, ¿qué deben ser los destinatarios de la información?”<sup>142</sup> (2015, p. 2).

En realidad, el principio de transparencia aplicado al ISDS puede implementarse a varios niveles, y en efecto, obtener resultados disímiles. Al igual, que la mayoría de términos jurídicos, es ambiguo y requiere de precisión, o por lo menos, consenso respecto a su interpretación. La UNCTAD ha dicho que “los tres cuestiones más frecuentemente discutidas incluidas en el concepto de “transparencia” han sido: (1) el acceso a la información sobre las disputas, incluyendo los laudos y, a veces las comunicaciones de las partes contendientes; (2) la apertura de las audiencias arbitrales al público; y (3) la capacidad de terceros para participar como *amici curiae* en las disputas (2014, p. 122)”<sup>143</sup>.

Normalmente, el acceso a la información dentro de los procesos arbitrales solo era concedido por voluntad o acuerdo de la partes. No obstante, como ya se mencionó, el auge de reclamaciones bajo el NAFTA con serias implicaciones para el interés público, persuadió a los negociadores de Canadá y Estados Unidos para que introdujeran cláusulas que incrementaran el nivel de transparencia en los procedimientos arbitrales. Hicks (2015) ha llegado a señalar que el Modelo TBI de Estados Unidos ha marcado el estándar en materia de transparencia en el régimen del ISDS. Según él, la regulación de la transparencia en los procedimientos arbitrales no apareció de la nada, sino que obedeció a amplias reformas impulsadas por Estados Unidos desde 2004 en la negociación de sus tratados de inversión. Al igual que el Modelo TBI de 2004, el de 2012 también consagra reglas relativas a la disposición al público de información referente al proceso arbitral, las audiencias públicas, y la posibilidad de participación del *amicus curiae*.

---

<sup>142</sup>Traducción propia de “... what kind of transparency is needed for the ISDS regime, at what level should transparency be infused into the ISDS process, is transparency the same as information disclosure? If so, who should disclose information, what kind of information should be disclosed, in what manner should the information be disclosed, who should be the recipients of the information?”

<sup>143</sup> Traducción propia de “The three most frequently discussed issues falling under the notion of “transparency” have been: (1) the access to information about disputes, including awards and sometimes the submissions of the disputing parties; (2) the opening of arbitral hearings to the public; and (3) the ability of third parties to participate as *amici curiae* in the disputes”.

Esta tendencia tuvo acogida en los reglamentos de las principales instituciones de arbitraje Inversionista-Estado. El CIADI en el marco de las enmiendas que realizó a sus reglas de arbitraje, incluyó algunas disposiciones que promueven la transparencia en sus procedimientos. Para la UNCTAD, el CIAIDI es la institución con el nivel más alto de transparencia. Sin embargo, la UNCITRAL no se quedó a atrás, y en julio de 2013, adoptó el “Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado”, el cual ya entró en vigor.

En principio solo aplica para las controversias surgidas después del 1 de abril de 2014, fecha en que entró en vigor, pero si las partes lo acuerdan, también produciría efectos sobre disputas entabladas con anterioridad a dicha fecha. Se trata de un “conjunto de normas procesales que garantizan la transparencia y el acceso público a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado” (UNCITRAL). Estas reglas se complementan con la recientemente aprobada “Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado”, la cual fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2014. Con 16 Estados firmantes, entre ellos, Estados Unidos, Suiza, Alemania, Reino Unido, pero con la ausencia de los miembros de la AP, aún no ha entrado en vigor.

Siguiendo el modelo americano, el Protocolo Adicional en el Art. 10.21 consagra una cláusula relativa a la aplicación del principio de transparencia en las disputas que en virtud del Protocolo Adicional puedan surgir.

El numeral 1 establece que

*Sujeto a los párrafos 2 y 4, el demandado después de recibir los siguientes documentos, los entregará sin demora a las partes no contendientes y los pondrá a disposición del público:*

*(a) la Notificación de Intención a que se refiere el Artículo 10.16.2;*

*(b) la Notificación de Arbitraje a que se refiere el Artículo 10.16.4;*

*(c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el Artículo 10.20.2 y 10.20.3 y Artículo 10.25;*

*(d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles, y*

*(e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal*

Con esta disposición, los negociadores del Protocolo conceden la posibilidad de que diferentes actores no partes de determinada controversias puedan acceder a documentos importantes dentro del proceso. Así mismo, en el numeral 2, se exige la realización de audiencias públicas. El fragmento reza que

*2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información protegida deberá informarlo al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación, incluyendo el cierre de la audiencia durante cualquier discusión sobre información confidencial.*

No obstante, cuando se trata de información sensible, se establecieron ciertas restricciones como las estipuladas en el numeral 3

*3. Nada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el Artículo 18.3 (Seguridad Esencial) y Artículo 18.5 (Divulgación de Información).*

Aunque el art. 10.21 no hable explícitamente de la figura del *amicus curiae* como una forma de garantía de la transparencia del procedimiento arbitral, el ya estudiado art. 10.20 regula todo lo concerniente a la participación de este tercero interviniente, y en efecto, la redacción de dicho artículo hace evidente su comprensión dentro del concepto de transparencia que adopta el Protocolo Adicional.

#### **5.2.1.2.7. Derecho Aplicable**

En el arbitraje Inversionista-Estado, son los Estados Parte del respectivo AII, quienes están facultados para elegir la ley que gobernará una posible disputa surgida en el marco de ese acuerdo. De una vez, se debe aclarar, que las partes involucradas en la disputa no gozarán de la misma autonomía. “Cuando la ley aplicable ha sido elegida por las partes, los árbitros tienen la obligación de aplicar dicha ley y nada más que dicha ley. Es sólo en la ausencia de una

elección hecha por las partes que los árbitros tienen derecho a ejercer un grado de discrecionalidad en la determinación de la ley aplicable”<sup>144</sup> (Banifatemi, 2010, p. 192).

El CIADI reconoce el derecho de las partes a elegir la ley aplicable a la diferencia, pero advierte que en caso de omisión, el tribunal deberá aplicar la ley del Estado que sea parte en la disputa. El art. 42.1 de su Convención establece que

*El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.*

Según la UNCTAD, los AII se pueden clasificar conforme a la fuente de derecho que se ha consagrada para ser aplicada. Conforme a ello, expone cuatro categorías, en la primera, el AII y el derecho internacional son los únicos aplicables; en la segunda, además de los anteriores, también son aplicables las leyes nacionales del Estado de acogida; en la tercera, solamente es aplicable la ley acordada por las partes contendientes; y en la última, las partes no consagraron ninguna cláusula que instruyera a los tribunales sobre la ley aplicable.

Conforme a esa clasificación, el Protocolo Adicional, podría encasillarse en la primera categoría, puesto que el Art. 10.22, numeral 1, establece que

1. *Sujeto al párrafo 2, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a) ó 10.16.1 (b), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el presente Protocolo Adicional y con las normas aplicables del derecho internacional.*

Esto implica que el inversionista solo podrá basar sus reclamaciones en la violación de obligaciones que estén contenidas en el Protocolo Adicional y con arreglo a las normas aplicables de derecho internacional. El tribunal queda así limitado a deliberar y tomar su decisión en el marco de este espectro normativo. Finalmente, “cada tratado de inversión es parte del derecho internacional y por lo tanto la aplicación e interpretación de los AII se ve

---

<sup>144</sup> Traducción propia de “When the applicable law has been chosen by the parties, the arbitrators have a duty to apply such law and nothing but such law. It is only in the absence of a choice by the parties that the arbitrators are entitled to exercise a degree of discretion in the determination of the applicable law”.

afectada además por el derecho internacional, incluidos los principios generales del derecho internacional y el derecho internacional consuetudinario”<sup>145</sup> (UNCTAD, 2014).

---

<sup>145</sup>Traducción propia “Each investment treaty is part of international law and thus the application and interpretation of IIAs is further affected by international law, including general principles of international law and customary international law”.

## **6. RETOS DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO ANTE EL PANORAMA ECONOMICO MUNDIAL**

El advenimiento del siglo XXI ha sido convulso; nos enfrentamos a un orden mundial multipolar, en transición hegemónica, huérfano de gobernanza global, donde la proliferación de múltiples actores de peso en la escena internacional, sin disposición hacia la acción colectiva, refleja la incertidumbre respecto a los cánones que deben guiar a la comunidad internacional. Ello se evidenció y con graves consecuencias tras la crisis financiera de 2008, desatada en los países industrializados. Su acaecimiento inadvertido llevó a la economía mundial a un alto, socavando la legitimidad de la institucionalidad internacional de occidente, de los pilares que fundamentan el sistema financiero internacional y el capitalismo como modelo de producción.

Si bien esta recesión económica también responde a las ondas cíclicas que históricamente han sobrevenido en la historia económica mundial, es innegable la instauración de una nueva coyuntura económica internacional, en la cual las economías emergentes han ido asumiendo una creciente importancia en la reconfiguración de la agenda económica global. Se trata de un reequilibrio de los poderes mundiales, sustentado en el auge de nuevos mercados, que dado su peso en la composición del producto interno bruto mundial, exigen cuota de participación en la toma de decisiones de las reglas y los parámetros que están conduciendo las inversiones y el comercio global.

Es patente que ante el debilitamiento del Atlántico como centro del mundo y eje de las transacciones económicas mundiales, el nuevo gran actor en la escena económica global lo personifique el Asia-Pacífico, liderado por el gigante China; consolidándose ésta, como la zona con más transformación industrial y tecnológica, de mayor proyección y crecimiento económico, reiterando el pronóstico que éste será el siglo del Pacífico. Baste mencionar, según cifras del Banco Mundial, que esta región no solo representa la zona con mayor densidad poblacional del planeta con 2,020 mil millones de personas, sino que además produjo el 40% del PIB mundial en 2014, que equivale a \$12,57 billones. Se prevé que para el periodo comprendido entre 2013 a 2018, esta región crecerá a una tasa promedio anual de 6,1%, muy por encima de otros mercados industrializados.



Las mismas dinámicas de la globalización, aunadas al postulado de libre mercado y eliminación de barreras al comercio, han contribuido, decididamente, a que hoy, el mundo entero esté interconectado comercialmente con la región del Asia-Pacífico; de ahí que esta relación de interdependencia, fortalezca y potencialice el papel geoestratégico que estos mercados tienen en el nuevo escenario económico mundial. Y este contexto está siendo comprendido por las grandes potencias económicas occidentales, especialmente, Estados Unidos, que ante la implacable influencia de China, pretende solidificar sus relaciones comerciales con los países de esta región para conservar su liderazgo.

La estrategia de Estados Unidos se concreta en un ambicioso plan de integración económica, denominado Acuerdo de Asociación Transpacífico -TPP por sus siglas en inglés-, el cual agrupa a 12 países con mercados dinámicos ubicados sobre la Cuenca del Pacífico, y deliberadamente, aísla a China; cuya puesta en vigencia configurará un nuevo estándar en la regulación del comercio y la inversión internacionales. A la par, con la Unión Europea se está negociando otro proyecto de igual dimensión, el Acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión -TTIP por sus siglas en inglés-. Esta reciente apuesta de Estados Unidos por mantener su hegemonía evidencia la forma como los acuerdos de integración económica de carácter mega-regional suponen, por un lado, la superación del estancado multilateralismo en la Ronda de Doha de la OMC; y por el otro, el establecimiento de un nuevo orden comercial internacional, donde Estados Unidos aseguraría su preeminencia, liderando el siglo del Asia-Pacífico.

No obstante, China consciente de su creciente poderío económico y de la importancia del robustecimiento de sus lazos comerciales y de cooperación con sus vecinos y otros mercados, está impulsado el Acuerdo de Asociación Económica Integral Regional -RECP, por sus siglas en inglés- que comprende al grupo de Naciones del Sudeste Asiático -ASEAN-, más otros seis países con los que ésta asociación, ya tiene acuerdos de libre comercio. Así mismo, está dinamizando la cooperación entre los BRICS -Brasil, Rusia, India y Sudáfrica- para la construcción de instituciones alternativas al sistema financiero internacional.

Ante este panorama, que pone de relieve un orden internacional configurado a partir de integraciones económicas mega-regionales como alternativa al multilateralismo, donde las dos grandes potencias económicas China y Estados Unidos se juegan sus cartas para asegurar a sus socios y sus mercados estratégicos, y por ende, la prolongación de su liderazgo, el

margen de acción del resto del mundo es limitado; el cual se está viendo abocado a confluir dentro de esta compleja dinámica de ganadores indiscutibles, aventajados moderados y grandes perdedores. La forma como los mecanismos de integración en América Latina logren maniobrar y negociar sus intereses, posibilitará su reivindicación en este nuevo escenario.

En este contexto, valga agregar para la viabilidad del análisis que, “no es posible comprobar en la actualidad un esfuerzo generalizado de los países de América Latina por hacer “causa común” frente a la turbulencia del entorno internacional. Las opciones son más bien diversas” (Pineda, 2009); en consecuencia, es imperioso advertir que, dado el enfrentamiento de las visiones de desarrollo y la disparidad entre los países latinoamericanos, las formas de manifestación ante el nuevo escenario internacional y las reacciones frente al mismo, dependerán de los factores internos de cada país y las estrategias de inserción internacional que estos tengan. “Los desafíos que enfrenta a futuro la región combinan dimensiones de carácter endógeno y exógeno, en el marco de la globalización y de la creciente interdependencia y transnacionalización de muchos de ellos” (Serbin, 2014).

La naturaleza discriminatoria del TPP y el TTIP, marcada por fuertes tintes geopolíticos, genera que América Latina sucumba en una encrucijada para atajar las implicaciones que el mega-regionalismo acarrea; ello es así, porque este fenómeno agudiza las fracturas internas del regionalismo latinoamericano; mientras el Mercosur está totalmente excluido de las actuales negociaciones, tres de los cuatro países de la Alianza del Pacífico México, Chile y Perú ya han suscrito el Acuerdo del TPP, lo cual en principio supone una barrera para que la región se manifieste en la configuración de este nuevo escenario comercial con una voz colectiva en la defensa de un proyecto común; la opción que en efecto se exhibe más viable, es el fortalecimiento de cada bloque y su respectivo blindaje, que sin duda no puede optar por el aislamiento, sino propender por la negociación estratégica más ventajosa.

Respecto al TTIP, la Unión Europea es una de los principales destinos de las exportaciones latinoamericanas; muchos países de la región como México, Colombia, Chile, Perú y América Central tienen tratados de libre comercio con este bloque comercial, lo cual hasta ahora les ha garantizado un pequeño margen de ventaja frente a otros exportadores; sin embargo, es delicado entrar a competir con Estados Unidos, especialmente, respecto a productos agropecuarios donde existe mayores barreras. “Una liberalización más profunda –como la que se está negociando- sería negativa para toda la región y los países más perjudicados serían

los que se vinculan más estrechamente con Estados Unidos, en particular México, Chile, Jamaica y las economías centroamericanas” (IADB, 2014). En todo caso, la Unión Europea “parece ser una opción menos relevante para la diversificación de las relaciones exteriores de ALC, frente a las oportunidades que se perciben en la región Asia-Pacífico, especialmente de la relación con China” (García & Jiménez, 2014:27).

Desde la perspectiva de los países que integran la Alianza del Pacífico las alternativas son de una índole muy variada. Si bien el TTIP puede generar en el largo plazo efectos negativos para América Latina, la disciplina que está desarrollando la AP podría ayudar a sus miembros a paliar estas posibles consecuencias, especialmente, “en materia de reglas y acumulación de origen...y a través de la inserción de sus exportaciones en cadenas de valor del comercio transatlántico” (IADB, 2014).

Los compromisos que se están desarrollando en el marco de las negociaciones del TPP abordan temas muy sensibles como propiedad intelectual, respecto a los cuales los gobiernos de México, Chile y Perú debieron “ser más enérgicos y actuar concertadamente porque [tenían] muñeca negociadora: Estados Unidos los necesita para que el TPP tenga el alcance global que espera tener. Sin América Latina, el TPP sería sólo un acuerdo de Norteamérica y parte de Asia” (América Economía, 2015). Así mismo, dada la proyección que la AP tiene como bloque comercial, los otros miembros negociadores debieron insistir por la incorporación de Colombia a las negociaciones, aunque el gran escollo radicó en que este país no tiene ningún tratado de libre comercio con los países del Asia-Pacífico, pero sí con Estados Unidos.

En suma, se puede decir que el dinamismo de la economía global impulsado por el Asia-Pacífico ha posibilitado la configuración de la Alianza del Pacífico, que se aleja del anquilosado Mercosur, y redefine los lineamientos integracionistas para no cometer los mismos errores de sus antecesores. Preservar la acción colectiva y el compromiso a largo plazo por el proyecto conjunto serán las claves para superar los desafíos que implica el advenimiento de un nuevo orden económico dominado por los acuerdos mega-regionales. Todavía quedan temas pendientes que requieren de la necesaria convergencia regional. La adopción una actitud realista que permita interactuar los intereses de cada proyecto nacional, pero bajo la búsqueda del mejoramiento de las condiciones sociales y económicas de la población, podría generar mayores avances hacia la integración latinoamericana.

## 7. CONCLUSIONES

El sistema de derecho internacional de inversiones atraviesa un periodo de tensiones internas que fragmentan la regulación de la materia, postergando el escenario de consistencia y coherencia que requiere con apremio. El arbitraje Inversionista-Estado está inmerso en una profunda crisis de legitimidad y eficacia. El marco sustantivo de protección del inversionista requiere de límites urgentes que demarquen su ámbito interpretativo y de aplicación. La ausencia de un tratado multilateral o un modelo estandarizado de protección y promoción de inversiones ha provocado una avalancha de TBIs y otros tipos de AIIs que complejizan y han vuelto caótico el sistema. Pero quizá lo más farragoso de este contexto, es la falta de prueba empírica que evidencie una relación directa o indirecta entre la celebración de AIIs y el flujo de IED.

El Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico como otro Acuerdo Internacional de Inversión más, no ofrece propuestas jurídicas innovadores frente a este escenario. Se trata de un cuerpo normativo que consagra un conjunto de reglas sustantivas altamente proteccionista para los inversionistas y sus inversiones. Siguiendo muy de cerca el modelo estándar de Estados Unidos, adoptó cláusulas que restringen el margen interpretativo de los árbitros -que en otrora había sido casi ilimitado- e incorpora reglas clave para promover la transparencia de los procedimientos en el arbitraje Inversionista-Estado. En suma, la Alianza del Pacífico, si bien no innovó jurídicamente en la materia, si se constituye desde el punto de vista jurídico en un bloque de integración regional atractivo para fomentar las inversiones.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- ADELEKE, F. (2015). The Role of Law in Assessing the Value of Transparency and the Disconnect with the Lived Realities under Investor-State Dispute Settlement. *World Trade Institute Working Paper No. 6/2015*. SECO/WTI Academic Cooperation Project. Recuperado de [http://www.wti.org/media/filer\\_public/e5/0b/e50b52a7-84fe-4671-95ce-3278aecb0aa0/wti\\_seco\\_wp\\_06\\_2015.pdf](http://www.wti.org/media/filer_public/e5/0b/e50b52a7-84fe-4671-95ce-3278aecb0aa0/wti_seco_wp_06_2015.pdf)
- AMERICA ECONOMÍA. (3 de Junio de 2015). Cuidado con el Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico. Recuperado de <http://www.americaeconomia.com/economia-mercados/comercio/cuidado-con-el-acuerdo-de-asociacion-trans-pacifico>
- ALIANZA DEL PACÍFICO. (2012). Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.
- ALVAREZ, G. & PARK, W. (2003). New face of investment arbitration: NAFTA Chapter 11. *Yale Journal of international Law*, 28, 365- 401. Recuperado de <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/yjil28&div=20&id=&page=>
- ALVAREZ, J., SAUVANT, K., AHMED, K. & VIZCAINO, G. (2011). The evolving international investment regime: Expectations, realities, options. New York: Oxford University Press.
- AARONSON, S. (2004). International Investment Carousel. *International Economy*, Winter, 57-59. Recuperado de [http://www.international-economy.com/TIE\\_W04\\_Aaronson.pdf](http://www.international-economy.com/TIE_W04_Aaronson.pdf)
- AAKEN, A. (2016). International Investment Law and decentralized targeted sanctions: an uneasy relationship. *Columbia FDI Perspectives*, 164. Recuperado de <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-164-van-Aaken-FINAL.pdf>
- ANTONIETTI, A. (2006). *The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules*, *ICSID REVIEW – Foreign Investment Law Journal*, 21 (2) 427-448. Recuperado de <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/21/2/427.full.pdf+html>

BALDWIN, R. (1993). A domino theory of regionalism. *NBER Working Paper*, 4465. Recuperado de <http://www.voxeu.org/article/why-developing-host-countries-sign-increasingly-strict-investment-agreements>

BANCO MUNDIAL. (1965). Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Recuperado de [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc\\_spa-archive/ICSID\\_Spanish.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf)

BANIFATEMI, Y. (2010). The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration. En Katia Yannaca-Small (Ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Oxford University Press. Recuperado de <http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2010/06/The-Law-Applicable-in-Investment-Treaty-Arbitration-Files/View-full-article-The-Law-Applicable-in-Investment-Treaty-Arbitration-FileAttachment/IA061010TheLawApplicableinInvestmentTreatyArbitration.pdf>

BERNASCONI-OSTERWALDER, N., COSBEY, A., JOHNSON, L. & VIS-DUNBAR, D. (2012). *Investment Treaties & Why they Matter to Sustainable Development: Questions & Answers*. Manitoba, Canada: International Institute for Sustainable Development. Recuperado de [http://www.iisd.org/pdf/2011/investment\\_treaties\\_why\\_they\\_matter\\_sd.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf)

BJORKLUND, A. (2009). The Emerging Civilization of Investment Arbitration. *Penn State Law Review*, 113 (4), 1269-1300. Recuperado de <http://pennstatelawreview.org/articles/113%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%201269.pdf>

BLANCO ESTEVEZ, A. (2015). *La Alianza del Pacífico: Un largo camino por recorrer hacia la integración*. Washington D.C.: Wilson Center, Latin American Program. Recuperado de

[https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/La\\_Alianza\\_del\\_Pacifico\\_Blanco\\_0.pdf](https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/La_Alianza_del_Pacifico_Blanco_0.pdf)

BROWER, C. & SCHILL, S. (2009). Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law? *Chicago Journal of International Law*, 9 (2), 471- 498.  
<http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol9/iss2/5>

BUNGENBERG, M. (2014). The Scope of Application of EU (Model) Investment Agreements. *The Journal of World Investment & Trade*, 15 (3-4), 402-421.  
Recuperado de <http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/22119000-01504004>

CASAS, A. & CORREA, E. (2007). ¿Qué pasa con la Comunidad Andina de Naciones – CAN? *Papel Político*, 12 (2), 591-632. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77716565011>

CARDONA, D. (2002). ¿Hacia dónde va la Comunidad Andina? *Desafíos*, 7, 8-24.  
Recuperado de <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/1478>

CIADI. (1965). *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*.  
\_\_\_\_\_. (2004). *Discussion Paper: Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*.

CROOK, J. (2011). Four Tribunals apply ICSID Rule for early ouster of unmeritorious claims. *American Society of International Law Insights*, 15 (10). Recuperado de <https://www.asil.org/insights/volume/15/issue/10/four-tribunals-apply-icsid-rule-early-ouster-unmeritorious-claims>

DELUCA, S. (2013). El Mercosur tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela: Ponderación del Laudo TPR n°1/2012. *Papeles de Derecho Europeo e Integración*

*Regional*, 16. Recuperado de <http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento38818.pdf>

DePALMA, A. (Marzo 11 de 2001). *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say*. The New York Times. Recuperado de <http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html?pagewanted=all>

DIMASCIO, N. AND PAUWELYN, J. (2008). Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin? *The American Journal of International Law*, 102 (1), 48-89. Recuperado de <http://www.jstor.org/consultaremota.upb.edu.co/stable/pdf/40007768.pdf?acceptTC=true>

DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES DE CHILE. (2014). *Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de Alianza del Pacífico: Qué significa*. Recuperado de <http://www.direcon.gob.cl/2014/02/protocolo-adicional-al-acuerdo-marco-alianza-del-pacifico-que-significa/>

DOLZER, R. & SCHREUER, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. (2005). *National treatment: new developments*. Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda, Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD. 12 December 2005, OECD Headquarters, Paris. Recuperado de <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36055356.pdf>

DOUGLAS, Z., PAUWELYN, J., & VINUALES, J. (Eds.). (2014). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*. Oxford, England: Oxford University Press.

EBERHARDT, P. & OLIVET, C. (2012). *Profiting from justice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. How law firms, arbitrators



and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Amsterdam, Brussels: Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute. Recuperado de <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitng-from-injustice.pdf>

ELKINS, Z., GUZMAN, A. & SIMMONS, B. (2006). Competing for capital: The diffusion of bilateral investment treaties, 1960–2000. *International organization*, 60(04), 811-846. Recuperado de <http://journals.cambridge.org/action/displayFulltext?type=1&fid=531012&jid=INO&volumeId=60&issueId=04&aid=531008&bodyId=&membershipNumber=&societyETOCSession=>

EL PAÍS. (12 de julio de 2013). *El comercio dentro del Mercosur se multiplicó por diez destacaron en la cumbre social*. Recuperado de [http://economia.elpais.com/economia/2013/07/12/agencias/1373587918\\_214661.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/07/12/agencias/1373587918_214661.html)

FACH GOMEZ, K. (2012). Rethinking the role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How draw the line favorably for the Public Interest. *Fordham International Law Journal*, 35 (2), 510-564. Recuperado de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1999374](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999374)

\_\_\_\_\_. (2011). Latin America and ICSID: David versus Goliath? *Law and Business Review of the Americas*, 17, 501-549. Recuperado de <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Law+%26+Bus.+Rev.+Am.+195&srctype=smi&srcid=3B15&key=2ac66f2204846e38627271d4724c70b0>

FALSAFI, A. (2007). The International Minimum Standard of Treatment of Foreign Investors' Property: A Contingent Standard. *Suffolk Transnational Law Review*, 30, 317. Recuperado de

<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sujtnlr30&div=16&id=&page=>

FIETTA, S. (2005). Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point? *International Arbitration Law Review*, 4, 131-138. Recuperado de [https://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub1395\\_1.pdf](https://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub1395_1.pdf)

FRANCK, S. (2005). The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, 75, 1521-1559. Recuperado de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=812964](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=812964)

FRANGESKIDES, C. & ATKINSON, B. (2015). The significance of the place of the arbitration in international arbitration. *Lexology*. Recuperado de <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a96ecc05-a944-40a9-9bab-45775f07628f>

FRY, J., GREENBERG, S. & MAZZA, F. (2012). *The Secretariat's Guide To ICC Arbitration*. 2012 Edition. Paris: ICC

FURTADO, C. (2001). *La Economía Latinoamericana: Formación Histórica y problemas contemporáneos*. México: Siglo XXI Editores.

GARCIA, C. G. (2004). All the other dirty little secrets: Investment treaties, Latin America, and the necessary evil of investor-state arbitration. *Florida Journal of International Law*, 16, 301. Recuperado de <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/fjil16&div=32&id=&page=>

GARCÍA DE LA CRUZ, J. (COORD.) (2010). La integración productiva en MERCOSUR: orientaciones para la Unión Europea. *Serie Avances de Investigación*, 41. Recuperado de <http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/publicaciones/avancesinvestigacion/Documents/AI41.pdf>

GARCÍA, L. & JIMÉNEZ, F. (2014). Balance de la asociación entre América Latina y el Caribe y la Unión Europea. La nueva agenda IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 8 (33), 7-33. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293231720002.pdf>

GONZÁLEZ, F. (2008). Compatibilidad con la integración en la Comunidad Andina de la negociación de Acuerdos de Libre Comercio con los Estados Unidos por parte de algunos de sus miembros: apuntes preliminares. *Agenda Internacional*, 15 (26), 183-198. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/3687/3669>

GRABOWSKI, A. (2014). The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini. *Chicago Journal of International Law*, 15 (1), 288- 309. Recuperado de <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/13>

HAERI, H. (2011). A Tale of Two Standards: “Fair and Equitable Treatment” and the Minimum Standard in International Law: *The Gillis Wetter Prize. Arbitration International*, 27 (1), 27-46. Recuperado de <http://arbitration.oxfordjournals.org/content/27/1/27>

HALLWARD-DRIEMEIER, M. (2003). Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment? Only a bit and they could bite. *World Bank Policy Research Working Paper*, (3121). Recuperado de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=636541](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=636541)

HERNÁNDEZ, O. (2012). El tortuoso ingreso de Venezuela al Mercosur. *Puentes*, 13 (4), 4-8. Recuperado de <http://ictsd.org/downloads/puentes/puentes13-4.pdf>

HICKS, G. (Marzo 11 de 2015). U.S. Model BIT sets the global standard for ISDS transparency. *Center for Strategic and International Studies Publications*. Recuperado de <http://csis.org/publication/us-model-bit-sets-global-standard-isds-transparency>

HO, J. (2010). The Meaning of ‘Investment’ in ICSID Arbitrations. *Arbitration International*, 26 (4). Recuperado de <http://arbitration.oxfordjournals.org/content/26/4/633>

HORN, H. & MAVROIDIS, P. (2004). Still hazy after all these years: The interpretation of National Treatment in the GATT/WTO case law on Tax discrimination. *European Journal of International Law*, 15(1), 39-69. Recuperado <http://www.ejil.org/pdfs/15/1/347.pdf>

INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. (2014). Las negociaciones trasatlánticas y el escenario futuro para América Latina y el caribe. *Carta Mensual*, 209. Recuperado de <http://www10.iadb.org/intal/cartamensual/cartas/Articulo.aspx?Id=bea5ceeb-f00b-4abc-a917-6296df5bfff0>

\_\_\_\_\_. The Pacific Alliance: consolidating regional integration and cooperation. Recuperado de <http://www.iadb.org/en/topics/trade/the-pacific-alliance-consolidating-regional-integration-and-cooperation,8827.html>

KAO, C. (2011). Definition of investors and related issues in Investment Treaty Arbitration under the proposed Taiwan-China Bilateral Investment Agreement. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 4(2), 179-213. Recuperado de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1966458](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1966458)

KARL, J. (2015). An appellate body for international investment disputes: How appealing is it? *Columbia FDI Perspectives. Perspectives on topical foreign direct investment*, 147. Recuperado de <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-147-Karl-FINAL.pdf>

KESSLER, D., BURNIER, M., LI, B. & EL ATTAR, B. (2009). Expropriation clauses in International Investment Agreements and the appropriate room for host States to enact regulations: a practical guide for States and investors. *Centre for Trade and Economic Integration, The Graduate Institute*. Recuperado de <http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/Research%20Projects/Trade%20Law%20Clinic/Expropriation%20clauses%20in%20International%20Investment%20Agreements%20and%20the%20appropriate%20room%20for%20host%20States%20to%20enact%20regulations,%202009.pdf>

KOLO, A. (2010). *Transfer of Funds: the Interaction between the IMF Articles of Agreement and Modern Investment Treaties: a Comparative Law Perspective*. En: Stephan W. Schill (Ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 345-376. New York: Oxford University Press.

KUNDMÜLLER, F. & RUBIO, R. (2006). El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte. *Lima Arbitration*, 1, 69-112. Recuperado de <http://www.limaarbitration.net/LAR/autores.htm>

LEGUM, B. (2008). *Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes*. En Karl P. Sauvant & Michael Chiswick-Patterson (Eds.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, 234-236. New York: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. (2005). *Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim?* Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda, Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD, Paris. Recuperado de 2015 <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36370461.pdf>

\_\_\_\_\_. (2002). Innovation of Investor-State Arbitration under NAFTA. *Harvard International Law Journal*, 43 (2), 531. Recuperado de <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hilj43&div=22&id=&page=>

LEVINE, E. (2011). Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. *Berkeley Journal of International Law*, 29 (1), 200-224. Recuperado de <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6>

LO, C. (2008). A comparison of BIT and the investment chapter of Free Trade Agreement from policy perspective. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, 3 (1), 147-170. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1140626>

MALAMUD, C. (2006). La salida venezolana de la Comunidad Andina de Naciones y sus repercusiones sobre la integración regional. *Real Instituto Elcano, ARI*, 54, 1-8. Recuperado de

[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/a5af3d004f0198c08a66ee3170baead1/ARI54-2008\\_Malamud\\_Salida\\_Venezuela\\_CAN\(ParteI\).pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a5af3d004f0198c08a66ee3170baead1](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/a5af3d004f0198c08a66ee3170baead1/ARI54-2008_Malamud_Salida_Venezuela_CAN(ParteI).pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a5af3d004f0198c08a66ee3170baead1)

MALIK, M. (2008). *Recent Developments in the Definition of Investment in International Investment Agreements*. Second Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators. 3-4 November 2008. Marrakech, Morocco. Recuperado de [https://www.iisd.org/pdf/2008/dci\\_recent\\_dev.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2008/dci_recent_dev.pdf)

MARTINEZ-FRAGA, P. & REETZ, R. (2015). *Public purpose in international law: Rethinking regulatory sovereignty in the global era*. New York: Cambridge University Press.

MILLER, T. & KIM, A. (2016). *2016 Index of Economic Freedom. Twenty Second Edition*. Washington D.C.: The Heritage Foundation and The World Street Journal. Recuperado de <http://www.heritage.org/index/download>

MORTENSON, J. (2010). The Meaning of “Investment”: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law. *Harvard International Law Journal*, 51 (1), 257-281. Recuperado de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1911364##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911364##)

NEUMAYER, E., NUNNENKAMP, P. & ROY, M. (2014). Are Stricter Investment Rules Contagious? Host Country Competition for Foreign Direct Investment through International Agreements. *WTO Working Paper, Economic Research and Statistics Division*. Recuperado de [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201404\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201404_e.pdf)

---

(2014). Why developing host countries sign increasingly strict investment agreements. *Centre for Economic Policy Research*. Recuperado de <http://www.voxeu.org/article/why-developing-host-countries-sign-increasingly-strict-investment-agreements>

NEUMAYER, E., & SPESS, L. (2005). Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? *World development*, 33(10), 1567-1585. Recuperado de <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305750X05001233>

NIKIEMA, S. (2013). *Compensation for Expropriation*. Best Practice Series, International Institute for Sustainable Development. Recuperado de [http://www.iisd.org/pdf/2013/best\\_practice\\_compensation\\_expropriation\\_en.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2013/best_practice_compensation_expropriation_en.pdf)

OCDE. (2013). *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises. Including adhering country exceptions to national treatment*. Paris: OECD Publishing. Recuperado de <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/national-treatment-instrument-english.pdf>

\_\_\_\_\_. (2012). *Investor-State Dispute Settlement Public Consultation: 16 May - 9 July 2012*. Paris: OECD Publishing. Recuperado de <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>

\_\_\_\_\_. (2008). *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. Paris: OECD Publishing. Recuperado de <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/internationalinvestmentlawunderstandingconceptsandtrackinginnovations.htm>

\_\_\_\_\_. (2005). *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures*. OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing. Recuperado de [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005\\_1.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2005_1.pdf)

\_\_\_\_\_. (2004a). *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*. OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing. Recuperado de [http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_2.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf)

\_\_\_\_\_. (2004b). *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*. OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>

\_\_\_\_\_. (2004c). *Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law*. OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>

OMC. *Principles of trading system*. Recuperado de [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact2\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm)

ONU. (2006). *Treaty Handbook*. New York: Treaty Section of the Office of Legal Affairs.

PARKER, S. (2012). A BIT at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties. *The Arbitration Brief* 2(1), 30-63. Recuperado de <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=ab>

PARRA, A. (2007). The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 22(1), 55- 68. Recuperado de [http://www.arbitration-icca.org/media/4/78190667822874/media012223869085220article\\_on\\_icsid\\_regs\\_rules.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/4/78190667822874/media012223869085220article_on_icsid_regs_rules.pdf)

PEREZCANO, H. (2013). Enhancing the Dispute Settlement System or Much Ado About Nothing. *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 6, 1-10. Recuperado de [https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Enhancing\\_Dispute\\_Settlement\\_of\\_Much\\_Ado\\_about\\_Nothing\\_FINAL.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Enhancing_Dispute_Settlement_of_Much_Ado_about_Nothing_FINAL.pdf)

PINEDA, S. (2009). *Propuestas para fortalecer la integración regional en el actual contexto hemisférico y global*. Seminario Internacional “Integración Regional en un contexto de Crisis”, Red Latinoamericana de Política Comercial. Recuperado Mayo 17 de 2015



<http://www.urosario.edu.co/CMSPages/GetFile.aspx?nodeguid=496b5b30-5b52-4396-9f96-b3619d8972d3>

POLANCO, R. (2015). The Investment Chapter of the Transpacific Partnership Agreement and Latin America. A possibility of change and convergence? *Working Paper, World Trade Institute*. Recuperado de [http://www.wti.org/fileadmin/user\\_upload/wti.org/7\\_SECO-WTI\\_Project/Publications/The Investment Chapter on the TPP and Latin America updated version.pdf](http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/wti.org/7_SECO-WTI_Project/Publications/The_Investment_Chapter_on_the_TPP_and_Latin_America_updated_version.pdf)

PORTAFOLIO. (28 de agosto de 2013). *Complacencias y temores por la alianza del pacífico*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/empresarios-no-estan-acuerdo-la-alianza-del-pacifico>

PORTER, M. (1990). The competitive advantage of nations. *Harvard Business Review*. Recuperado de [http://dl1.cuni.cz/pluginfile.php/50387/mod\\_resource/content/0/Porter-competitive-advantage.pdf](http://dl1.cuni.cz/pluginfile.php/50387/mod_resource/content/0/Porter-competitive-advantage.pdf)

QUITRAL, M. (2009). La integración económica latinoamericana en tiempos de crisis: alcances y limitaciones para su consolidación. *Nueva Sociedad*, 222, 30-40. Recuperado de [http://www.nuso.org/upload/articulos/3619\\_1.pdf](http://www.nuso.org/upload/articulos/3619_1.pdf)

QURESHI, A. (2012). An appellate System in International Investment Arbitration? *Oxford Handbooks Online*. Recuperado de <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199231386.001.0001/oxfordhb-9780199231386-e-28>

RADI, Y. (2007). The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the “Trojan Horse”. *The European Journal of International Law* 18(4), 757- 774. Recuperado de <http://www.ejil.org/pdfs/18/4/232.pdf>

RAMÍREZ, S. (2013a). ¿Nueva etapa en el Mercosur? *Razón Pública*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/internacional-temas-32/6967-inueva-etapa-del-mercosur-.html>

\_\_\_\_\_. (2013b). Regionalism: the pacific alliance. *Americas Quarterly*, 7(2), 101-102. Recuperado de <http://search.proquest.com/openview/0683f829f2428c5af44f7541dbb6e9cc/1?pq-origsite=gscholar>

\_\_\_\_\_. (2007). Situación Andina y acercamiento sudamericano. *Revista Internacional del Centro Andino de Estudios Internacionales*, 8, 30-50. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1704/1/CI-08-CO-Ram%C3%ADrez.pdf>

REVISTA DINERO. (19 de julio de 2013). *La Alianza del Pacífico cambiará la cara a la economía*. Recuperado de <http://www.dinero.com/actualidad/economia/articulo/alianza-pacifico-cambiara-cara-economia/180065>

REINISCH, A. (Ed.) (2008). *Standards of Investment protection*. New York: Oxford University Press.

RONDÓN DE SANSÓ, H. (2014). Proposed changes to the Investment Dispute-Resolution System: a South-American perspective. *Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development*. Recuperado de <https://www.iisd.org/itn/2014/01/19/proposed-changes-to-the-investment-dispute-resolution-system-a-south-american-perspective/>

SALACUSE, J. (2010a). The Emerging Global Regime for Investment. *Harvard International Law Journal*, 51 (2), 427-473. Recuperado Agosto 16 de 2015, [http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ\\_51-2\\_Salacuse.pdf](http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ_51-2_Salacuse.pdf)

\_\_\_\_\_. (2010b). *The law of investment treaties*. First Edition. New York: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. & SULLIVAN, N. (2005). Do BITs really work: An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain? *Harvard International Law Journal*, 46 (1), 67. Recuperado de <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hilj46&div=7&id=&page=>

SALLES, L. (2014). *Forum shopping in International Adjudication: The role of preliminary objections*. United Kingdom: Cambridge University Press.

SAU, J. (2011). Nuevos temas en la integración latinoamericana del siglo XXI. *Análisis y Propuesta*, Fundación Friedrich Ebert Stiftung. Recuperado de <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/07927.pdf>

SAUVANT, K. & ORTINO, F. (2013). *Improving the international investment law and policy regime: Options for the future*. Finlandia: The Ministry for Foreign Affairs of Finland. Recuperado Agosto 19 de 2015, <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/03/Improving-The-International-Investment-Law-and-Policy-Regime-Options-for-the-Future-Sept-2013.pdf>

SAUVANT, K. & SACHS, L. (Eds.). (2009). *The effect of treaties on foreign direct investment: Bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*. New York: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. (2009). BITs, DTTs, and FDI flows: An Overview. Recuperado de <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/Overview-SachsSauvant-Final.pdf>

SCHILL, S. (2014). *The multilateralization of international investment law*. Cambridge International Trade and Economic Law. New York: Cambridge University Press.

\_\_\_\_\_. (Ed.). (2010). *International investment law and comparative public law*. Oxford, England: Oxford University Press.

\_\_\_\_\_. (2009). Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses. *Berkeley Journal of International Law*, 27 (2), 496- 569. Recuperado de <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol27/iss2/5>

SCHREUER, C. (2013). *Investments, International Protection*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Recuperado de <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1533>

SERBIN, A. (2014). ¿Atlántico vs. Pacífico?: Mega-acuerdos e implicaciones geo-estratégicas para América Latina y el Caribe. *Anuario de Integración* 10, 15-72 Recuperado de <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2014/11/02a-Serbin.pdf>

SUSHAMA, D. (2014). Appellate Structure and Need for Legal Certainty in Investment Arbitration. *Kluwer Arbitration Blog*. Recuperado de <http://kluwerarbitrationblog.com/2014/05/01/appellate-structure-and-need-for-legal-certainty-in-investment-arbitration/>

SLOANE, R. & REISMAN, M. (2004). Indirect Expropriation and its valuation in the BIT generation. *British Year Book of International Law*, 74, 115-150. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=943430>

SORNARAJAH, M. (1994). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press.

TEN CATE, I. (2012). International Arbitration and the Ends of Appellate Review. *New York University Journal of International Law and Politics*, 44, 1109-1204. Recuperado de <http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2012/04/44.4-Ten-Cate.pdf>

TITI, C. (2015). Are Investment Tribunals Adjudicating Political Disputes? *Journal of International Arbitration*, 32(3), 261-288. Recuperado de <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=JOIA2015011>

TREBILCOCK, M. & GIR, S. (2004). *The National Treatment Principle in International Trade Law*. En: E. K. Choi & J. C. Hartigan (Eds.), *Handbook of International Trade*, Volume II. Economic and Legal Analyses of Trade Policy and Institutions, (pp. 185-238). United Kingdom: Blackwell Publishing. Recuperado de <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=alea>

UNCTAD. (2014). *Investor-state dispute settlement: A sequel*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Recuperado de [http://Unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2\\_en.pdf](http://Unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf)

\_\_\_\_\_. (2013). Towards a new generation of International Investment Policies: UNCTAD's Fresh approach to multilateral investment policy-making. *Issue Note*, 5. Recuperado de [http://Unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d6\\_en.pdf](http://Unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d6_en.pdf)

\_\_\_\_\_. (2012a). *Fair and Equitable Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Recuperado de [http://Unctad.org/en/Docs/Unctaddiaeia2011d5\\_en.pdf](http://Unctad.org/en/Docs/Unctaddiaeia2011d5_en.pdf)

\_\_\_\_\_. (2012b). *Expropriation: A sequel*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Recuperado de [http://Unctad.org/en/Docs/Unctaddiaeia2011d7\\_en.pdf](http://Unctad.org/en/Docs/Unctaddiaeia2011d7_en.pdf)

\_\_\_\_\_. (2011). *Scope and Definition*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Geneva: United Nations. Recuperado de [http://Unctad.org/en/Docs/diaeia20102\\_en.pdf](http://Unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf)

\_\_\_\_\_. (2010). *Most-Favoured-Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Geneva: United Nations. Recuperado de [http://Unctad.org/en/Docs/diaeia20101\\_en.pdf](http://Unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf)

\_\_\_\_\_. (2005). *International Investment Agreements: Key Issues, Volume III*. Recuperado de [http://Unctad.org/en/Docs/iteiit200410v3\\_en.pdf](http://Unctad.org/en/Docs/iteiit200410v3_en.pdf)

\_\_\_\_\_. (2000). *Transfer of funds*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. Geneva: United Nations. Recuperado de <http://Unctad.org/en/docs/psiteiitd20.en.pdf>

\_\_\_\_\_. (1999). *National Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. Geneva: United Nations. Recuperado de <http://Unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=340>

UNITED STATES CONGRESS. (2002). *Trade Promotion Authority provisions of the Trade Act. August 6 of 2002*.

VANDEVELDE, K. (2005). A brief history of international investment agreements. *UC Davis Journal of International Law & Policy*, 12(1), 157-194. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1478757>

WALLACE, D & BAILEY, D. (1998). The Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow Exceptions. *Cornell International Law Journal*, 31(3), 615-630. Recuperado Septiembre 9 de 2015, <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1432&context=cilj>

WORLD ECONOMIC FORUM. (2015). The Global Competitiveness Report. Recuperado de <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2015-2016/>

YACKEE, J. (2012). Controlling the International Investment Law Agency. *Harvard International Law Journal*, 53 (2), 391-448. Recuperado de <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hilj53&div=13&id=&page=>

\_\_\_\_\_. (2009). Toward a minimalist system of international investment law? *Suffolk Transnational Law Review*, 32 (2) 303-339. Recuperado de <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sujtnlr32&div=19&id=&page=>

YANNACA-SMALL, K. (2006). Improving the System of Investor-State Dispute Settlement. OECD Working Papers on International Investment, 2006/01. OECD Publishing. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1787/631230863687>

YESILIRMAK, A. (2005). *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. Recuperado de [http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC\\_Yesilirmak\\_2005\\_V01](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC_Yesilirmak_2005_V01)

ZHANG, K. (2001). Does foreign direct investment promote economic growth? Evidence from East Asia and Latin America. *Contemporary economic policy*, 19 (2), 175-185. Recuperado de <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1465-7287.2001.tb00059.x/abstract>

## 9. ANEXOS

### 9.1. Anexo 1:

#### Lista de Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos entre los miembros de la Alianza del Pacífico y con terceros.

### 9.2. CHILE

#### 9.2.1.1. Tabla 4. Tratados Bilaterales de Inversión

| No. | Tratados Bilaterales de Inversión                            | Estatus   | Fecha de Firma | Fecha de Entrada en vigor |
|-----|--------------------------------------------------------------|-----------|----------------|---------------------------|
| 1   | Argentina - Chile TBI (1991)                                 | En vigor  | 02/08/1991     | 01/01/1995                |
| 2   | Australia - Chile TBI (1996)                                 | Terminado | 09/07/1996     | 18/11/1999                |
| 3   | Austria - Chile TBI (1997)                                   | En vigor  | 08/09/1997     | 22/10/2000                |
| 4   | BLEU (Bélgica-Luxemburgo Unión Económica) - Chile TBI (1992) | En vigor  | 15/07/1992     | 05/08/1999                |
| 5   | Bolivia - Chile TBI (1994)                                   | En vigor  | 22/09/1994     | 21/07/1999                |
| 6   | Brasil - Chile TBI (1994)                                    | Firmado   | 22/03/1994     |                           |
| 7   | Chile - China TBI (1994)                                     | En vigor  | 23/03/1994     | 01/08/1995                |
| 8   | Chile - Colombia TBI (2000)                                  | Firmado   | 25/01/2000     |                           |
| 9   | Chile - Costa Rica TBI (1996)                                | En vigor  | 11/07/1996     | 23/06/2000                |
| 10  | Chile - Croacia TBI (1994)                                   | En vigor  | 28/11/1994     | 15/06/1996                |
| 11  | Chile - Cuba TBI (1996)                                      | En vigor  | 10/01/1996     | 30/09/2000                |
| 12  | Chile - República Checa TBI (1995)                           | En vigor  | 24/04/1995     | 05/10/1996                |
| 13  | Chile - Dinamarca TBI (1993)                                 | En vigor  | 28/05/1993     | 03/11/1995                |
| 14  | Chile - República Dominicana TBI (2000)                      | En vigor  | 28/11/2000     | 08/05/2002                |
| 15  | Chile - Ecuador TBI (1993)                                   | En vigor  | 23/10/1993     | 21/02/1996                |
| 16  | Chile - Egipto TBI (1999)                                    | Firmado   | 05/08/1999     |                           |
| 17  | Chile - El Salvador TBI (1996)                               | En vigor  | 08/11/1996     | 18/11/1999                |
| 18  | Chile - Finlandia TBI (1993)                                 | En vigor  | 27/05/1993     | 01/05/1996                |
| 19  | Chile - Francia TBI (1992)                                   | En vigor  | 14/07/1992     | 24/06/1994                |
| 20  | Chile - Alemania TBI (1991)                                  | En vigor  | 21/10/1991     | 08/05/1999                |
| 21  | Chile - Grecia TBI (1996)                                    | En vigor  | 10/07/1996     | 27/10/2002                |
| 22  | Chile - Guatemala TBI (1996)                                 | En vigor  | 08/11/1996     | 10/12/2001                |
| 23  | Chile - Honduras TBI (1996)                                  | En vigor  | 11/11/1996     | 10/01/2002                |
| 24  | Chile - Hungría TBI (1997)                                   | Firmado   | 10/03/1997     |                           |
| 25  | Chile - Islandia TBI (2003)                                  | En vigor  | 26/06/2003     | 12/08/2006                |
| 26  | Chile - Indonesia TBI (1999)                                 | Firmado   | 07/04/1999     |                           |
| 27  | Chile - Italia TBI (1993)                                    | En vigor  | 08/03/1993     | 08/02/1995                |
| 28  | Chile - República de Corea TBI (1996)                        | Terminado | 06/09/1996     | 16/09/1999                |
| 29  | Chile - Líbano TBI (1999)                                    | Firmado   | 03/10/1999     |                           |
| 30  | Chile - Malasia TBI (1992)                                   | En vigor  | 11/11/1992     | 04/08/1995                |
| 31  | Chile - Holanda TBI (1998)                                   | Firmado   | 30/11/1998     |                           |



|                                                                                      |                                  |           |            |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|-----------|------------|------------|
| 32                                                                                   | Chile - Nueva Zelanda TBI (1999) | Firmado   | 22/07/1999 |            |
| 33                                                                                   | Chile - Nicaragua TBI (1996)     | En vigor  | 08/11/1996 | 10/01/2001 |
| 34                                                                                   | Chile - Noruega TBI (1993)       | En vigor  | 01/06/1993 | 07/09/1994 |
| 35                                                                                   | Chile - Panamá TBI (1996)        | En vigor  | 08/11/1996 | 21/12/1999 |
| 36                                                                                   | Chile - Paraguay TBI (1995)      | En vigor  | 07/08/1995 | 17/12/1997 |
| 37                                                                                   | Chile - Perú TBI (2000)          | Terminado | 02/02/2000 | 11/08/2001 |
| 38                                                                                   | Chile - Filipinas TBI (1995)     | En vigor  | 20/11/1995 | 06/08/1997 |
| 39                                                                                   | Chile - Polonia TBI (1995)       | En vigor  | 05/07/1995 | 17/01/2000 |
| 40                                                                                   | Chile - Portugal TBI (1995)      | En vigor  | 28/04/1995 | 24/02/1998 |
| 41                                                                                   | Chile - Rumania TBI (1995)       | En vigor  | 04/07/1995 | 27/07/1997 |
| 42                                                                                   | Chile - Sudáfrica TBI (1998)     | Firmado   | 12/11/1998 |            |
| 43                                                                                   | Chile - España TBI (1991)        | En vigor  | 02/10/1991 | 28/03/1994 |
| 44                                                                                   | Chile - Suecia TBI (1993)        | En vigor  | 24/05/1993 | 30/12/1995 |
| 45                                                                                   | Chile - Suiza TBI (1999)         | En vigor  | 24/09/1999 | 02/05/2002 |
| 46                                                                                   | Chile - Túnez TBI (1998)         | Firmado   | 23/10/1998 |            |
| 47                                                                                   | Chile - Turquía TBI (1998)       | Firmado   | 21/08/1998 |            |
| 48                                                                                   | Chile - Ucrania TBI (1995)       | En vigor  | 30/10/1995 | 29/08/1997 |
| 49                                                                                   | Chile - Reino Unido TBI (1996)   | En vigor  | 08/01/1996 | 21/04/1997 |
| 50                                                                                   | Chile - Uruguay TBI (1995)       | En vigor  | 26/10/1995 | 22/04/1999 |
| 51                                                                                   | Chile - Uruguay TBI (2010)       | Firmado   | 25/03/2010 |            |
| 52                                                                                   | Chile - Venezuela TBI (1993)     | En vigor  | 02/04/1993 | 25/05/1995 |
| 53                                                                                   | Chile - Vietnam TBI (1999)       | Firmado   | 16/09/1999 |            |
| <b>Fuente:</b> Elaboración propia a partir de datos del UNCTAD Investment Policy Hub |                                  |           |            |            |

#### 9.2.1.2. Tabla 5. Otros Acuerdos Internacionales de Inversión

| No. | Otros Acuerdos Internacional de Inversión                                | Estatus  | Fecha de la Firma | Fecha de Entrada en Vigor |
|-----|--------------------------------------------------------------------------|----------|-------------------|---------------------------|
| 1   | Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP)          | Firmado  | 04/02/2016        |                           |
| 2   | Brasil-Chile Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (CFIA) | Firmado  | 24/11/2015        |                           |
| 3   | Protocolo de la Alianza del Pacífico                                     | Firmado  | 10/02/2014        |                           |
| 4   | Chile-Tailandia TLC                                                      | En vigor | 04/09/2013        | 05/11/2015                |
| 5   | Chile-Hong Kong TLC                                                      | En vigor | 07/09/2012        | 09/10/2014                |
| 6   | Chile-Vietnam TLC                                                        | Firmado  | 12/11/2011        |                           |
| 7   | Chile-Malasia TLC                                                        | En vigor | 13/11/2010        | 18/04/2012                |
| 8   | Chile-Turquía TLC                                                        | En vigor | 14/07/2009        | 01/03/2011                |
| 9   | Chile - Australia TLC                                                    | En vigor | 30/07/2008        | 06/03/2009                |
| 10  | Chile-Ecuador Acuerdo de Complementación                                 | En vigor | 10/03/2008        | 25/01/2010                |
| 11  | Chile-Japón EPA                                                          | En vigor | 27/03/2007        | 03/09/2007                |
| 12  | Chile-Colombia TLC                                                       | En vigor | 27/11/2006        | 08/05/2009                |
| 13  | Chile-Perú TLC                                                           | En vigor | 22/08/2006        | 01/03/2009                |
| 14  | Chile-Panamá TLC                                                         | En vigor | 27/06/2006        | 07/03/2008                |

|                                                                                      |                                                      |          |            |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|----------|------------|------------|
| 15                                                                                   | Chile-China TLC                                      | En vigor | 18/11/2005 | 01/10/2006 |
| 17                                                                                   | Chile-India Acuerdo Marco                            | Firmado  | 20/01/2005 |            |
| 18                                                                                   | Chile- Asociación Europea de Libre Cambio (EFTA) TLC | En vigor | 26/06/2003 | 01/12/2004 |
| 19                                                                                   | Chile- Estados Unidos TLC                            | En vigor | 06/06/2003 | 01/01/2004 |
| 20                                                                                   | Chile- Corea TLC                                     | En vigor | 15/02/2003 | 01/04/2004 |
| 21                                                                                   | Chile- Unión Europea Acuerdo de Asociación           | En vigor | 18/11/2002 | 01/02/2003 |
| 22                                                                                   | Chile- Mercado Común Centroamericano TLC             | En vigor | 18/10/1999 | 19/10/2012 |
| 23                                                                                   | Chile - México TLC                                   | En vigor | 17/04/1998 | 01/08/1999 |
| 24                                                                                   | Canadá-Chile TLC                                     | En vigor | 05/12/1996 | 05/07/1997 |
| 25                                                                                   | Chile-Mercosur Acuerdo de Complementación            | En vigor | 25/06/1996 | 01/10/1996 |
| 26                                                                                   | Chile-Colombia Acuerdo Económico                     | En vigor | 06/12/1993 | 06/12/1993 |
| 27                                                                                   | Bolivia-Chile Acuerdo Económico                      | En vigor | 06/04/1993 | 06/04/1993 |
| 28                                                                                   | Chile-Venezuela TLC                                  | En vigor | 02/04/1993 | 02/04/1993 |
| 29                                                                                   | Tratado de la ALADI                                  | En vigor | 12/08/1980 | 18/03/1981 |
| <b>Fuente:</b> Elaboración propia a partir de datos del UNCTAD Investment Policy Hub |                                                      |          |            |            |

## 9.2.2. COLOMBIA

### 9.2.2.1. Tabla 6. Tratados Bilaterales de Inversión

| No. | Tratados Bilaterales de Inversión                                 | Estatus   | Fecha de la Firma | Fecha de la Entrada en Vigor |
|-----|-------------------------------------------------------------------|-----------|-------------------|------------------------------|
| 1   | Colombia- BLEU (Bélgica- Luxemburgo Unión Económica) - TBI (2009) | Firmado   | 04/02/2009        |                              |
| 2   | Colombia - Chile TBI (2000)                                       | Firmado   | 25/01/2000        |                              |
| 3   | China - Colombia TBI (2008)                                       | En vigor  | 22/11/2008        | 02/07/2013                   |
| 4   | Colombia - Cuba TBI (1994)                                        | Firmado   | 16/07/1994        |                              |
| 5   | Colombia-Francia TBI (2014)                                       | Firmado   | 10/07/2014        |                              |
| 6   | Colombia - Guatemala TBI (2006)                                   | Firmado   | 05/06/2006        |                              |
| 7   | Colombia - India TBI (2009)                                       | En vigor  | 10/11/2009        | 03/07/2013                   |
| 8   | Colombia - Japón TBI (2011)                                       | Firmado   | 12/09/2011        |                              |
| 9   | Colombia - Perú TBI (1994)                                        | Terminado | 26/04/1994        | 21/03/2004                   |
| 10  | Colombia - Perú TBI (2007)                                        | En vigor  | 11/12/2007        | 30/12/2010                   |
| 11  | Colombia - Singapur TBI (2013)                                    | Firmado   | 12/07/2013        |                              |
| 12  | Colombia - España TBI (1995)                                      | Terminado | 09/06/1995        |                              |
| 13  | Colombia - España TBI (2005)                                      | En vigor  | 31/03/2005        | 22/09/2007                   |
| 14  | Colombia - Suiza TBI (2006)                                       | En vigor  | 17/05/2006        | 06/10/2009                   |
| 15  | Colombia - Turquía TBI (2014)                                     | Firmado   | 28/07/2014        |                              |
| 16  | Colombia - Reino Unido TBI (1994)                                 | Firmado   | 09/03/1994        |                              |
| 17  | Colombia - Reino Unido TBI (2010)                                 | Firmado   | 17/03/2010        |                              |

**Fuente:** Elaboración propia a partir de datos del UNCTAD Investment Policy Hub

#### 9.2.2.2. Tabla 7. Otros Acuerdos Internacionales de Inversión

| No.                                                                                  | Otros Acuerdos Internacional de Inversión                              | Estatus  | Fecha de la Firma | Fecha de Entrada en Vigor |
|--------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|----------|-------------------|---------------------------|
| 1                                                                                    | Colombia - Brasil Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones | Firmado  | 09/10/2015        |                           |
| 2                                                                                    | Protocolo de la Alianza del Pacífico                                   | Firmado  | 10/02/2014        |                           |
| 3                                                                                    | Colombia-Israel TLC                                                    | Firmado  | 30/09/2013        |                           |
| 4                                                                                    | Colombia-Panamá TLC                                                    | Firmado  | 20/09/2013        |                           |
| 5                                                                                    | Colombia-Costa Rica FTA                                                | Firmado  | 22/05/2013        |                           |
| 6                                                                                    | Colombia- Corea TLC                                                    | Firmado  | 21/02/2013        |                           |
| 7                                                                                    | Colombia- Unión Europea- Perú TLC                                      | En vigor | 26/06/2012        | 01/06/2013                |
| 8                                                                                    | Colombia- Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) TLC              | En vigor | 25/11/2008        | 01/07/2011                |
| 9                                                                                    | Colombia - Canadá TLC                                                  | En vigor | 21/11/2008        | 15/08/2011                |
| 10                                                                                   | Colombia - Chile TLC                                                   | En vigor | 27/11/2006        | 08/05/2009                |
| 11                                                                                   | Colombia- Estados Unidos TLC                                           | En vigor | 22/11/2006        | 15/05/2012                |
| 12                                                                                   | Colombia- MERCOSUR- Ecuador- Venezuela Acuerdo de Complementación      | En vigor | 18/10/2004        | 01/04/2005                |
| 13                                                                                   | Comunidad Andina- Unión Europea Acuerdo de Cooperación                 | Firmado  | 15/12/2003        |                           |
| 14                                                                                   | Comunidad Andina-Canadá Acuerdo de Cooperación                         | En vigor | 31/05/1999        | 31/05/1999                |
| 15                                                                                   | Comunidad Andina- Estados Unidos Consejo de Comercio e Inversión       | Firmado  | 30/10/1998        |                           |
| 16                                                                                   | Comunidad Andina-MERCOSUR Acuerdo Marco                                | En vigor | 16/04/1998        | 16/04/1998                |
| 17                                                                                   | Colombia-México-Venezuela TLC                                          | En vigor | 13/06/1994        | 01/01/1995                |
| 18                                                                                   | Chile-Colombia Acuerdo Económico                                       | En vigor | 06/12/1993        | 06/12/1993                |
| 19                                                                                   | Tratado de la ALADI                                                    | En vigor | 12/08/1980        | 18/03/1981                |
| 20                                                                                   | Acuerdo de Cartagena                                                   | En vigor | 26/05/1969        | 16/10/1969                |
| <b>Fuente:</b> Elaboración propia a partir de datos del UNCTAD Investment Policy Hub |                                                                        |          |                   |                           |

#### 9.2.3. México

##### 9.2.3.1. Tabla 8. Tratados Bilaterales de Inversión

| No. | Tratados Bilaterales de Inversión | Estatus | Fecha de la Firma | Fecha de la Entrada en Vigor |
|-----|-----------------------------------|---------|-------------------|------------------------------|
|-----|-----------------------------------|---------|-------------------|------------------------------|

|                                                                                      |                                                                      |           |            |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|-----------|------------|------------|
| 1                                                                                    | México - Argentina - TBI (1996)                                      | En vigor  | 13/11/1996 | 22/06/1998 |
| 2                                                                                    | México- Australia TBI (2005)                                         | En vigor  | 23/08/2005 | 21/07/2007 |
| 3                                                                                    | México - Austria TBI (1998)                                          | En vigor  | 29/06/1998 | 26/03/2001 |
| 4                                                                                    | México - Bahreín TBI (2012)                                          | En vigor  | 29/11/2012 | 30/07/2014 |
| 5                                                                                    | México – Bielorrusia TBI (2008)                                      | En vigor  | 04/09/2008 | 27/08/2009 |
| 6                                                                                    | México - BLEU (Bélgica-<br>Luxemburgo Unión Económica)<br>TBI (1998) | En vigor  | 27/08/1998 | 14/03/2003 |
| 7                                                                                    | México – China TBI (2008)                                            | En vigor  | 11/07/2008 | 06/06/2009 |
| 8                                                                                    | México -Cuba TBI (2001)                                              | En vigor  | 30/05/2001 | 29/03/2002 |
| 9                                                                                    | México - República Checa TBI<br>(2002)                               | En vigor  | 04/04/2002 | 13/03/2004 |
| 10                                                                                   | México - Dinamarca TBI (2000)                                        | En vigor  | 13/04/2000 | 23/09/2000 |
| 11                                                                                   | México - Finlandia TBI (1999)                                        | En vigor  | 22/02/1999 | 30/08/2000 |
| 12                                                                                   | México- Francia TBI (1998)                                           | En vigor  | 12/11/1998 | 12/10/2000 |
| 13                                                                                   | México - Alemania TBI (1998)                                         | En vigor  | 25/08/1998 | 23/02/2001 |
| 14                                                                                   | México - Grecia TBI (2000)                                           | En vigor  | 30/11/2000 | 26/09/2002 |
| 15                                                                                   | México - Haití TBI (2015)                                            | Firmado   | 07/05/2015 |            |
| 16                                                                                   | México - Islandia TBI (2005)                                         | En vigor  | 24/06/2005 | 28/04/2006 |
| 17                                                                                   | México - India TBI (2007)                                            | En vigor  | 21/05/2007 | 23/02/2008 |
| 18                                                                                   | México – Italia TBI (1999)                                           | En vigor  | 24/11/1999 | 05/12/2002 |
| 19                                                                                   | México - Corea TBI (2000)                                            | En vigor  | 14/11/2000 | 27/06/2002 |
| 20                                                                                   | México - Kuwait TBI (2013)                                           | Firmado   | 22/02/2013 |            |
| 21                                                                                   | México - Holanda TBI (1998)                                          | En vigor  | 13/05/1998 | 01/10/1999 |
| 22                                                                                   | México - Panamá TBI (2005)                                           | En vigor  | 11/10/2005 | 14/12/2006 |
| 23                                                                                   | México - Portugal TBI (1999)                                         | En vigor  | 11/11/1999 | 04/09/2000 |
| 24                                                                                   | México - Singapur TBI (2009)                                         | En vigor  | 12/11/2009 | 03/04/2011 |
| 25                                                                                   | México - Eslovaquia TBI (2007)                                       | En vigor  | 26/10/2007 | 08/04/2009 |
| 26                                                                                   | México - España TBI (1995)                                           | Terminado | 23/06/1995 | 18/12/1996 |
| 27                                                                                   | México - España TBI (2006)                                           | En vigor  | 10/10/2006 | 03/04/2008 |
| 28                                                                                   | México - Suecia TBI (2000)                                           | En vigor  | 03/10/2000 | 01/07/2001 |
| 29                                                                                   | México - Suiza TBI (1995)                                            | En vigor  | 10/07/1995 | 14/03/1996 |
| 30                                                                                   | México - Trinidad y Tobago TBI<br>(2006)                             | En vigor  | 03/10/2006 | 16/09/2007 |
| 31                                                                                   | México - Reino Unido TBI<br>(2006)                                   | En vigor  | 12/05/2006 | 25/07/2007 |
| 32                                                                                   | México - Uruguay TBI (1999)                                          | En vigor  | 30/06/1999 | 01/07/2002 |
| <b>Fuente:</b> Elaboración propia a partir de datos del UNCTAD Investment Policy Hub |                                                                      |           |            |            |

#### 9.2.3.2. Tabla 9. Otros Acuerdos Internacionales de Inversión

| No. | Otros Acuerdos Internacionales de Inversión                     | Estatus | Fecha de la Firma | Fecha de la Entrada en Vigor |
|-----|-----------------------------------------------------------------|---------|-------------------|------------------------------|
| 1   | Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP) | Firmado | 04/02/2016        |                              |

|                                                                                      |                                                                             |          |            |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|----------|------------|------------|
| 2                                                                                    | México - Brasil Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (CFIA) | Firmado  | 26/05/2015 |            |
| 3                                                                                    | México-Panamá TLC                                                           | Firmado  | 03/04/2014 |            |
| 4                                                                                    | Protocolo de la Alianza del Pacífico                                        | Firmado  | 10/02/2014 |            |
| 5                                                                                    | México - Mercado Común Centroamericano TLC                                  | En vigor | 22/11/2011 | 01/09/2013 |
| 6                                                                                    | México-Perú TLC                                                             | En vigor | 06/04/2011 | 01/02/2012 |
| 7                                                                                    | México- Japón Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica    | En vigor | 17/09/2004 | 01/04/2005 |
| 8                                                                                    | México-Uruguay TLC                                                          | En vigor | 15/11/2003 | 15/07/2004 |
| 9                                                                                    | México- MERCOSUR Acuerdo de Complementación                                 | En vigor | 05/07/2002 | 05/01/2006 |
| 10                                                                                   | México-Unión Europea Acuerdo de Cooperación                                 | En vigor | 27/02/2001 | 01/03/2001 |
| 11                                                                                   | México- Estados ETLC TLC                                                    | En vigor | 27/11/2000 | 01/07/2001 |
| 12                                                                                   | México-Chile TLC                                                            | En vigor | 17/04/1998 | 01/08/1999 |
| 13                                                                                   | México-Nicaragua TLC                                                        | En vigor | 18/12/1997 | 01/07/1998 |
| 14                                                                                   | México – Bolivia TLC                                                        | En vigor | 10/09/1994 | 01/01/1995 |
| 15                                                                                   | Colombia-México-Venezuela TLC                                               | En vigor | 13/06/1994 | 01/01/1995 |
| 16                                                                                   | Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA)                      | En vigor | 17/12/1992 | 01/01/1994 |
| 17                                                                                   | Tratado de la ALADI                                                         | En vigor | 12/08/1980 | 18/03/1981 |
| <b>Fuente:</b> Elaboración propia a partir de datos del UNCTAD Investment Policy Hub |                                                                             |          |            |            |

#### 9.2.4. Perú

##### 9.2.4.1. Tabla 10. Tratados Bilaterales de Inversión

| No. | Tratados Bilaterales de Inversión                             | Estatus   | Fecha de la Firma | Fecha de la Entrada en Vigor |
|-----|---------------------------------------------------------------|-----------|-------------------|------------------------------|
| 1   | Perú - Argentina TBI (1994)                                   | En vigor  | 10/11/1994        | 24/10/1996                   |
| 2   | Perú - Australia TBI (1995)                                   | En vigor  | 07/12/1995        | 02/02/1997                   |
| 3   | Perú- BLEU (Bélgica- Luxemburgo Unión Económica) - TBI (2005) | En vigor  | 12/10/2005        | 12/09/2008                   |
| 4   | Perú - Bolivia TBI (1993)                                     | En vigor  | 30/07/1993        | 19/03/1995                   |
| 5   | Perú – Canadá TBI (2006)                                      | En vigor  | 14/11/2006        | 20/06/2007                   |
| 6   | Perú - Chile TBI (2000)                                       | Terminado | 02/02/2000        | 11/08/2001                   |
| 7   | Perú - China TBI (1994)                                       | En vigor  | 09/06/1994        | 01/02/1995                   |
| 8   | Perú - Colombia TBI (1994)                                    | Terminado | 26/04/1994        | 21/03/2004                   |
| 9   | Perú - Colombia TBI (2007)                                    | En vigor  | 11/12/2007        | 30/12/2010                   |
| 10  | Perú - Cuba TBI (2000)                                        | En vigor  | 10/10/2000        | 25/11/2001                   |
| 11  | Perú- República Checa TBI (1994)                              | En vigor  | 16/03/1994        | 06/03/1995                   |
| 12  | Perú - Dinamarca TBI (1994)                                   | En vigor  | 23/11/1994        | 17/02/1995                   |
| 13  | Perú - Ecuador TBI (1999)                                     | En vigor  | 07/04/1999        | 09/12/1999                   |
| 14  | Perú - El Salvador TBI (1996)                                 | En vigor  | 13/06/1996        | 15/12/1996                   |

|                                                                                      |                               |           |            |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|-----------|------------|------------|
| 15                                                                                   | Perú - Finlandia TBI (1995)   | En vigor  | 02/05/1995 | 14/06/1996 |
| 16                                                                                   | Perú - Francia TBI (1993)     | En vigor  | 06/10/1993 | 30/05/1996 |
| 17                                                                                   | Perú - Alemania TBI (1995)    | En vigor  | 30/01/1995 | 01/05/1997 |
| 18                                                                                   | Perú - Italia TBI (1994)      | En vigor  | 05/05/1994 | 18/10/1995 |
| 19                                                                                   | Perú - Japón TBI (2008)       | En vigor  | 22/11/2008 | 10/12/2009 |
| 20                                                                                   | Perú - Corea TBI (1993)       | Terminado | 03/06/1993 | 20/04/1994 |
| 21                                                                                   | Perú - Malasia TBI (1995)     | En vigor  | 13/10/1995 | 25/12/1995 |
| 22                                                                                   | Perú - Holanda TBI (1994)     | En vigor  | 27/12/1994 | 01/02/1996 |
| 23                                                                                   | Perú - Noruega TBI (1995)     | En vigor  | 10/03/1995 | 09/05/1995 |
| 24                                                                                   | Perú - Paraguay TBI (1994)    | En vigor  | 01/02/1994 | 18/12/1994 |
| 25                                                                                   | Perú - Portugal TBI (1994)    | En vigor  | 22/11/1994 | 18/10/1995 |
| 26                                                                                   | Perú - Rumania TBI (1994)     | En vigor  | 16/05/1994 | 01/01/1995 |
| 27                                                                                   | Perú - Singapur TBI (2003)    | Terminado | 27/02/2003 | 12/08/2006 |
| 28                                                                                   | Perú - España TBI (1994)      | En vigor  | 17/11/1994 | 16/02/1996 |
| 29                                                                                   | Perú - Suecia TBI (1994)      | En vigor  | 03/05/1994 | 01/08/1994 |
| 30                                                                                   | Perú - Suiza TBI (1991)       | En vigor  | 22/11/1991 | 23/11/1993 |
| 31                                                                                   | Perú - Tailandia TBI (1991)   | En vigor  | 15/11/1991 | 15/11/1991 |
| 32                                                                                   | Perú - Reino Unido TBI (1993) | En vigor  | 04/10/1993 | 21/04/1994 |
| 33                                                                                   | Perú - Venezuela TBI (1996)   | En vigor  | 12/01/1996 | 18/09/1997 |
| <b>Fuente:</b> Elaboración propia a partir de datos del UNCTAD Investment Policy Hub |                               |           |            |            |

#### 9.2.4.2. Tabla 11. Otros Acuerdos Internacionales de Inversión

| No. | Otros Acuerdos Internacionales de Inversión                                                                  | Estatus  | Fecha de la Firma | Fecha de la Entrada en Vigor |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|-------------------|------------------------------|
| 1   | Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP)                                              | Firmado  | 04/02/2016        |                              |
| 2   | Honduras-Perú TLC                                                                                            | Firmado  | 29/05/2015        |                              |
| 3   | Protocolo de la Alianza del Pacífico                                                                         | Firmado  | 10/02/2014        |                              |
| 4   | Perú - Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo (GCC) Acuerdo Marco de Cooperación Económica | Firmado  | 01/10/2012        |                              |
| 5   | Colombia-Unión Europea-Perú TLC                                                                              | En vigor | 26/06/2012        | 01/06/2013                   |
| 6   | Guatemala-Perú TLC                                                                                           | Firmado  | 06/12/2011        |                              |
| 7   | Perú - Japón TLC                                                                                             | En vigor | 31/05/2011        | 01/03/2012                   |
| 8   | Panamá-Perú TLC                                                                                              | En vigor | 25/05/2011        | 01/05/2012                   |
| 9   | Costa Rica-Perú TLC                                                                                          | En vigor | 21/05/2011        | 01/06/2013                   |
| 10  | México-Perú TLC                                                                                              | En vigor | 06/04/2011        | 01/02/2012                   |
| 11  | Corea-Perú TLC                                                                                               | En vigor | 14/11/2010        | 01/08/2011                   |
| 12  | Perú - Asociación Europea de Libre Comercio TLC                                                              | En vigor | 14/07/2010        | 01/07/2011                   |
| 13  | China-Perú TLC                                                                                               | En vigor | 28/04/2009        | 01/03/2010                   |
| 14  | Canadá-Perú TLC                                                                                              | En vigor | 29/05/2008        | 01/08/2009                   |
| 15  | Perú-Singapur TLC                                                                                            | En vigor | 29/05/2008        | 01/08/2009                   |

|                                                                                          |                                                                                     |          |            |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|----------|------------|------------|
| 16                                                                                       | Chile-Perú TLC                                                                      | En vigor | 22/08/2006 | 01/03/2009 |
| 17                                                                                       | Perú-US TLC                                                                         | En vigor | 12/04/2006 | 01/02/2009 |
| 18                                                                                       | MERCOSUR-Perú Acuerdo de Complementación Económica                                  | En vigor | 30/11/2005 | 06/02/2006 |
| 19                                                                                       | Perú-Tailandia Acuerdo Marco de Asociación Económica                                | En vigor | 16/11/2005 | 31/12/2011 |
| 20                                                                                       | Bolivia-Perú Acuerdo de Complementación Económica                                   | Firmado  | 01/01/2004 |            |
| 21                                                                                       | Comunidad Andina- Unión Europea Acuerdo de Cooperación y Diálogo Político           | Firmado  | 15/12/2003 |            |
| 22                                                                                       | Perú-Tailandia Acuerdo Marco                                                        | En vigor | 17/10/2003 | 27/01/2005 |
| 23                                                                                       | Comunidad Andina- Canadá Acuerdo de Cooperación en Comercio e Inversión             | En vigor | 31/05/1999 | 31/05/1999 |
| 24                                                                                       | Comunidad Andina- Estados Unidos Consejo de Comercio e Inversión                    | Firmado  | 30/10/1998 |            |
| 25                                                                                       | Comunidad Andina- MERCOSUR Acuerdo Marco para la Creación de Área de Libre Comercio | En vigor | 16/04/1998 | 16/04/1998 |
| 26                                                                                       | Tratado de la ALADI                                                                 | En vigor | 12/08/1980 | 18/03/1981 |
| 27                                                                                       | Acuerdo de Cartagena                                                                | En vigor | 26/05/1969 | 16/10/1969 |
| <b>Fuente:</b> Elaboración propia a partir de los datos del UNCTAD Investment Policy Hub |                                                                                     |          |            |            |

### 9.3.Anexo 2:

#### Lista de casos de ISDS donde miembros de la Alianza del Pacífico han sido demandados

##### 9.3.1. Casos de Chile

| Tabla 12. DISPUTAS INVERSIONISTA-ESTADO: CHILE |                      |                   |                                      |                                    |                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|------------------------------------------------|----------------------|-------------------|--------------------------------------|------------------------------------|---------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| No.                                            | Institución Arbitral | Año de Iniciación | Inversionista (Demandante)           | Estado de Origen del Inversionista | Decisión                  | Resumen del Caso                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 1                                              | CIADI                | 2004              | Sociedad Anónima Eduardo Vieira      | España                             | A favor del Estado        | Reclamaciones derivadas de la supuesta imposición de una cuota de pesca por la captura de la merluza frente a la costa del sur de Chile a pesar de las concesiones anteriores que permitieron a la compañía del inversionista pescar en aguas chilenas sin tal tipo de imposición. |
| 2                                              | CIADI                | 2001              | MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A | Malasia                            | A favor del Inversionista | Reclamaciones derivadas de la negativa del Gobierno de una modificación de zonas supuestamente necesarias para que el demandante ejecutara un proyecto de construcción de viviendas en Chile.                                                                                      |



|                                                                                          |       |      |                                                  |        |                           |                                                                                                                                                                                                       |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-------|------|--------------------------------------------------|--------|---------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 3                                                                                        | CIADI | 1998 | Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende | España | A favor del Inversionista | Reclamaciones derivadas de la confiscación y eventual expropiación en la década de 1970 del diario El Clarín, de las cuales Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende reclamaron la propiedad. |
| <b>Fuente:</b> Elaboración propia a partir de los datos del UNCTAD Investment Policy Hub |       |      |                                                  |        |                           |                                                                                                                                                                                                       |

### 9.3.2. Casos de Colombia

A la fecha no se ha registrado ningún caso en el que Colombia haya sido demandada como Estado anfitrión de la Inversión. Así mismo, ningún inversionista colombiano ha demandado a otro Estado receptor de inversión.

### 9.3.3. Casos de México

| Tabla 13. DISPUTAS INVERSIONISTA-ESTADO: MÉXICO |                      |                   |                                                                                                             |                                    |               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|-------------------------------------------------|----------------------|-------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| No.                                             | Institución Arbitral | Año de Iniciación | Inversionista (Demandante)                                                                                  | Estado de Origen del Inversionista | Decisión      | Resumen del Caso                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 1                                               | CIADI                | 2015              | Lion Mexico Consolidated L.P.                                                                               | Canadá                             | Pendiente     | Reclamaciones derivadas de la cancelación de los pagarés en poder del reclamante y las hipotecas en que el demandante era beneficiario por parte de las autoridades mexicanas.                                                                                                                   |
| 2                                               | CIADI                | 2015              | Shanara Maritime International, S.A. y Marfield Ltd. Inc.                                                   | Panamá                             | Pendiente     | Reclamaciones derivadas de las medidas precautorias de amparo impuestas por el Fiscal General de México a dos buques de propiedad de los demandantes.                                                                                                                                            |
| 3                                               | CIADI                | 2013              | Cemusa - Corporación Europea de Mobiliario Urbano S.A. y Corporación Americana de Equipamientos Urbanos S.L | España                             | Descontinuado | Reclamaciones derivadas de la anulación de una concesión mobiliaria urbana otorgada a los demandantes por un tribunal Administrativo en el Estado Mexicano de Jalisco y su transferencia a otro inmobiliaria, supuestamente en contravención de los derechos de los reclamantes de la Concesión. |



|    |       |      |                                                                        |                |                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|----|-------|------|------------------------------------------------------------------------|----------------|---------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4  | CIADI | 2013 | KBR, Inc.                                                              | Estados Unidos | A favor del Estado        | Reclamaciones derivadas de la anulación por parte de una Corte mexicana de un laudo emitido por la Cámara de Comercio Internacional a favor de COMMISA, una subsidiaria de los reclamantes, respecto a una disputa contractual con una entidad de propiedad del Estado mexicano.                                                                                                                          |
| 5  | CIADI | 2012 | Telefónica S.A.                                                        | España         | Pendiente                 | Reclamaciones derivadas de una serie de medidas adoptadas por las autoridades mexicanas supuestamente destinadas a resolver las diferencias entre los operadores de telecomunicaciones en el país, incluyendo la emisión de una resolución de la autoridad reguladora Cofetel que requirió que todos los operadores de telecomunicaciones redujeran sus tarifas de interconexión.                         |
| 6  | CIADI | 2009 | Abengoa S.A. y COFIDES S.A.                                            | España         | A favor del Estado        | Reclamaciones derivadas de la estancada apertura de una planta de relleno sanitario y tratamiento de residuos peligrosos construida por los demandantes en el Estado mexicano de Hidalgo, debido a varios presuntos actos realizados por el Municipio de Zimapán y ciertas autoridades federales, incluyendo el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales de México y el Ministerio del Interior. |
| 7  | CIADI | 2005 | Bayview Irrigation District and others                                 | Estados Unidos | A favor del Estado        | Reclamaciones derivadas de la supuesta captura, secuestro y desvío por parte del Estado mexicano de más agua de riego del Río Bravo de la que el país tenía derecho en virtud de un tratado bilateral entre Estados Unidos y México, para el beneficio y uso de los agricultores mexicanos.                                                                                                               |
| 8  | CIADI | 2005 | Cargill Incorporated                                                   | Estados Unidos | A favor del Inversionista | Reclamaciones derivadas de la adopción de un impuesto sobre las bebidas que contienen jarabe de maíz de alta fructosa en 2002, que supuestamente afectó las inversiones de los demandantes en la industria de jarabe de maíz de alta fructosa en México.                                                                                                                                                  |
| 9  | CIADI | 2004 | Archer Daniels Midland (ADM) and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. | Estados Unidos | A favor del Inversionista | Reclamaciones derivadas de la adopción de un impuesto sobre las bebidas que contienen jarabe de maíz de alta fructosa en 2002, que supuestamente afectó las inversiones de los demandantes en la industria de jarabe de maíz de alta fructosa en México.                                                                                                                                                  |
| 10 | CIADI | 2004 | Corn Products International Inc.                                       | Estados Unidos | A favor del Inversionista | Reclamaciones derivadas de la adopción de un impuesto sobre las bebidas que contienen jarabe de maíz de alta fructosa en 2002, que supuestamente afectó las inversiones de los demandantes en la industria de jarabe de maíz de alta fructosa en México.                                                                                                                                                  |

|    |         |      |                                                               |                |                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|----|---------|------|---------------------------------------------------------------|----------------|---------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 11 | CIADI   | 2004 | Gemplus, S.A., SLP, S.A., and Gemplus Industrial S.A. de C.V. | Francia        | A favor del Inversionista | Reclamaciones derivadas de la revocación de una concesión otorgada por el gobierno federal para operar un registro nacional de vehículos.                                                                                                                                                                                |
| 12 | CIADI   | 2004 | Talsud, S.A.                                                  | Argentina      | A favor del Inversionista | Reclamaciones derivadas de la revocación de una concesión otorgada por el gobierno federal para operar un registro nacional de vehículos.                                                                                                                                                                                |
| 13 | CIADI   | 2002 | Fireman's Fund Insurance Company                              | Estados Unidos | A favor del Estado        | Reclamaciones derivadas de la supuesta facilitación por parte del gobierno de compra de bonos en pesos mexicanos y de propiedad de inversionistas mexicanos, pero no facilitan la compra de bonos denominados en dólares estadounidenses y propiedad de Fireman's Fund                                                   |
| 14 | CIADI   | 2002 | Robert J. Frank                                               | Estados Unidos | Descontinuado             | Reclamaciones derivadas de la supuesta expropiación de una propiedad frente a la playa que pertenece al inversor en el área de Baja California, en México.                                                                                                                                                               |
| 15 | CIADI   | 2002 | GAMI Investments Inc                                          | Estados Unidos | A favor del Estado        | Reclamaciones derivadas de la emisión de un decreto con el fin de relanzar la industria azucarera mexicana en que las autoridades mexicanas expropiaron ingenios propiedad de las filiales locales de los demandantes.                                                                                                   |
| 16 | CIADI   | 2002 | International Thunderbird Gaming Corporation                  | Canadá         | A favor del Estado        | Las reclamaciones derivadas del cierre de las instalaciones de juego de los inversores por la agencia gubernamental mexicana que tenía jurisdicción sobre la actividad de juego.                                                                                                                                         |
| 17 | Ninguna | 2001 | Billy Joe Adams, Juan Alarcon, Roberto Alonzo et al.          | Estados Unidos | Descontinuado             | Reclamaciones derivadas de la ejecución de una decisión judicial que ordena la devolución de determinados terrenos a sus propietarios originales, por lo que requiere el desalojo de los residentes de un desarrollo turístico / residencial construido sobre dichas tierras, muchos de los cuales eran estadounidenses. |
| 18 | CIADI   | 2000 | Técnicas Medioambientales Tecmed                              | España         | A favor del Inversionista | Reclamaciones derivadas de la supuesta no renovación de la licencia necesaria en México para operar un vertedero de residuos industriales peligrosos.                                                                                                                                                                    |
| 19 | CIADI   | 2000 | Waste Management (Caso II)                                    | Estados Unidos | A favor del Estado        | reclamaciones derivadas de la presunta violación de una concesión de 15 años otorgada por el Estado de Guerrero y el municipio de Acapulco al reclamante por los servicios de gestión de residuos público.                                                                                                               |

|                                                                                          |       |      |                                                |                |                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-------|------|------------------------------------------------|----------------|---------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 20                                                                                       | CIADI | 1999 | Marvin Roy Feldman Karpa                       | Estados Unidos | A favor del Inversionista | Reclamaciones derivadas de la aplicación de ciertas leyes fiscales de México para la exportación de productos del tabaco que supuestamente negó a una compañía local del reclamante, un exportador de cigarrillos procedente de México, los beneficios de una ley que permitía ciertas devoluciones de impuestos a los exportadores. |
| 21                                                                                       | CIADI | 1998 | Waste Management (Caso I)                      | Estados Unidos | A favor del Estado        | Las reclamaciones derivadas de la presunta violación de una concesión de 15 años otorgada por el Estado de Guerrero y el municipio de Acapulco a Acuaverde, la filial mexicana de USA Waste, para los servicios de gestión de residuos público.                                                                                      |
| 22                                                                                       | CIADI | 1997 | Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca | Estados Unidos | A favor del Estado        | Reclamaciones derivadas de la cancelación por parte del ayuntamiento de la ciudad mexicana de Naucalpan de un contrato de concesión para la recogida de residuos comerciales e industriales                                                                                                                                          |
| 23                                                                                       | CIADI | 1997 | Metalclad Corporation                          | Estados Unidos | A favor del Inversionista | Reclamaciones derivadas de la presunta injerencia de los gobiernos locales de San Luis Potosí y Guadalcázar con el desarrollo del inversor y el funcionamiento de un vertedero de residuos peligrosos.                                                                                                                               |
| <b>Fuente:</b> Elaboración propia a partir de los datos del UNCTAD Investment Policy Hub |       |      |                                                |                |                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |

#### 9.3.4. Casos de Perú

| Tabla 14. DISPUTAS INVERSIONISTA-ESTADO: PERÚ |                           |                   |                               |                                    |           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------------------|---------------------------|-------------------|-------------------------------|------------------------------------|-----------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| No.                                           | Institución Arbitral      | Año de Iniciación | Inversionista (Demandante)    | Estado de Origen del Inversionista | Decisión  | Resumen del Caso                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 1                                             | CIADI                     | 2014              | Bear Creek Mining Corporation | Canadá                             | Pendiente | Reclamaciones derivadas de la promulgación por el Gobierno del Decreto Supremo 032 que revocó la concesión otorgada al reclamante para operar el proyecto minero Santa Ana en Perú sobre la base de que ya no estaba el interés nacional, dando como resultado un cese completo de las actividades en Santa Ana y supuestos daños significativos al reclamante. |
| 2                                             | Información no disponible | 2013              | Exeteco International Company | España                             | Pendiente | Reclamaciones derivadas de la cancelación de una concesión para construir y gestionar una prisión privada que había sido concedida a un grupo de empresas que incluían el reclamante.                                                                                                                                                                           |

|   |       |      |                                                                                                               |                |                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|---|-------|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 3 | CIADI | 2012 | Isolux Corsán Concesiones S.A.                                                                                | España         | Arreglo entre las partes | Reclamaciones derivadas de la modificación de las bases de licitación por Perú respecto a la construcción de una línea de transmisión eléctrica supuestamente diseñada para evitar una mayor participación del demandante después de que inicialmente había calificado, al exigir a Isolux una garantía bancaria más alta en oposición a la requerida a otros oferentes.                                                                                                                          |
| 4 | CIADI | 2011 | Renée Rose Levy y Gremcitel S.A.                                                                              | Francia        | A favor del Estado       | Reclamaciones derivadas de los desacuerdos entre las partes con respecto a los efectos jurídicos de tres contratos de venta de tierra para un proyecto de desarrollo de la propiedad, y respecto a la emisión de una resolución por el Instituto Nacional de Cultura del Perú que establece fronteras delimitadas que supuestamente imponen a la tierra un estatus intangible que no existía hasta entonces, y por lo tanto, deja sin sentido el proyecto de los reclamantes.                     |
| 5 | CIADI | 2011 | The Renco Group, Inc.                                                                                         | Estados Unidos | Pendiente                | Reclamaciones derivadas de la supuesta aplicación arbitraria e injusta de las medidas gubernamentales sobre contratos relacionados con intereses en las operaciones mineras en La Oroya, de la que Renco es propietaria a través de su filial, Doe Run Perú S. R. LTDA.                                                                                                                                                                                                                           |
| 6 | CIADI | 2011 | DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited, and The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company | Reino Unido    | Pendiente                | Reclamaciones derivadas de un supuesto tratamiento discriminatorio por parte del gobierno al no permitir que los peticionarios participen en la licitación del Muelle Norte del Puerto del Callao, así como la supuesta falta de compensación al inversor por la concesión de mejores condiciones para el operador actual del muelle norte, que presuntamente afectó el equilibrio económico del contrato de concesión del Muelle Sur y las condiciones de competencia garantizado por el Estado. |
| 7 | CIADI | 2010 | Convial Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A.                                 | Argentina      | A favor del Estado       | Reclamaciones derivadas de la terminación anticipada por el gobierno municipal de Callao de una concesión para la construcción de una autopista de peaje cerca de Lima anteriormente concedidas a los solicitantes.                                                                                                                                                                                                                                                                               |



**9.4. Anexo 3:**  
**Capítulo de Inversiones del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del  
Pacífico.**

---

**CAPÍTULO 10**  
**INVERSIÓN**

**Sección A**

**ARTÍCULO 10.1: Definiciones**

Para los efectos del presente Capítulo:

**Acuerdo sobre los ADPIC** significa el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, que forma parte del Acuerdo sobre la OMC;

**CIADI** significa el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, establecido por el Convenio CIADI;

**Convenio CIADI** significa el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965;

**Convención de Nueva York** significa la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958;

**Convención Interamericana** significa la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975;

**demandado** significa la Parte que es parte de una controversia relativa a una inversión;

**demandante** significa el inversionista de una Parte que es parte de una controversia relativa a inversiones con otra Parte;

**información protegida** significa información comercial confidencial, confidencial de negocio o información privilegiada o que de otra manera se encuentre protegida de divulgación de conformidad con la legislación de una Parte;

**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:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones u otros instrumentos de deuda de una empresa <sup>1</sup>

pero no incluye un instrumento de deuda emitido por una Parte o una empresa del Estado, o un préstamo a una Parte o a una empresa del Estado, independientemente de la fecha original de vencimiento;

- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos<sup>2</sup> de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares, incluyendo aquellos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en el territorio de las Partes;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna,<sup>3</sup> y
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;

inversión no incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa;

**inversión cubierta** significa, respecto a una Parte, una inversión en su territorio de un inversionista de otra Parte que exista a la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo Adicional, o las inversiones realizadas, adquiridas o expandidas posteriormente;

**inversionista de una Parte** significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que tiene el propósito de realizar,<sup>4</sup> está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva;

---

<sup>1</sup> Es más probable que algunas formas de deuda, tales como los bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como las reclamaciones de pago con vencimiento inmediato que son resultado de la venta de mercancías y servicios, tengan estas características.

<sup>2</sup> Para mayor certeza, el término contrato incluye los derechos contractuales emanados del mismo.

<sup>3</sup> El hecho de que un tipo de licencia, autorización, permiso o un instrumento similar (incluida una concesión, en la medida que ésta tenga la naturaleza de este tipo de instrumento) tenga las características de una inversión, depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación de la Parte. Entre las licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos mediante la legislación interna. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicha licencia, autorización, permiso o instrumento similar tenga las características de una inversión.

<sup>4</sup> Para mayor certeza, un inversionista tiene el propósito de realizar una inversión cuando ha realizado los actos esenciales necesarios para concretar dicha inversión, tales como la canalización de recursos para la constitución del capital de una empresa, la obtención de permisos o licencias, entre otros.

**inversionista de un país no Parte** significa, respecto de una Parte, un inversionista que tiene el propósito de realizar,<sup>5</sup> que está realizando o que ha realizado una inversión en el territorio de esa Parte, que no es un inversionista de alguna de las Partes;

**parte contendiente** significa ya sea el demandante o el demandado;

**partes contendientes** significa el demandante y el demandado;

**Parte no contendiente** significa una Parte que no es parte en una controversia relativa a una inversión de conformidad con la Sección B del presente Capítulo;

**moneda de libre uso** significa la “moneda de libre uso” tal como se determina de conformidad con los Artículos del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional;

**monopolio** significa una entidad, incluyendo un consorcio o agencia gubernamental, que en el mercado relevante del territorio de una Parte haya sido designada como



proveedor o comprador exclusivo de un bien o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual sólo en virtud de dicho otorgamiento;

**Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI** significa el Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones;

**Reglas de Arbitraje de la CNUDMI** significa las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Mercantil, versión revisada en 2010;

**Secretario General** significa el Secretario General del CIADI,  
**ytribunal** significa un tribunal de arbitraje establecido en virtud de los Artículos 10.19 o

10.25.

## ARTÍCULO 10.2: Ámbito de Aplicación

1. El presente Capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

- (a) los inversionistas de otra Parte;
- (b) las inversiones cubiertas, y
- (c) a todas las inversiones en el territorio de la Parte en lo relativo a los Artículos 10.8 y 10.31.

---

<sup>5</sup> Para mayor certeza, un inversionista tiene el propósito de realizar una inversión cuando ha realizado los actos esenciales necesarios para concretar dicha inversión, tales como la canalización de recursos para la constitución del capital de una empresa, la obtención de permisos o licencias, entre otros.

2. La exigencia de una Parte de que un proveedor de servicios de otra Parte constituya una fianza u otra forma de garantía financiera como condición para prestar un servicio transfronterizo en su territorio, no hace aplicable el presente Capítulo a la prestación transfronteriza de ese servicio. El presente Capítulo se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por la Parte respecto a la fianza o garantía financiera, cuando dicha fianza o garantía financiera constituya una inversión cubierta.

3. El presente Capítulo no se aplica a:

- (a) las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a las instituciones financieras de otra Parte, los inversionistas de la otra Parte y a las inversiones de dichos inversionistas, en instituciones financieras en el territorio de la Parte, tal como se definen en el Artículo 11.1 (Definiciones);
- (b) cualquier acto o hecho que tuvo lugar o cualquier situación que dejó de existir, antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo Adicional, independientemente de las consecuencias de tales hechos, actos o situaciones.

4. Las obligaciones de una Parte de conformidad con esta Sección se aplicarán a una empresa estatal u otra persona cuando ésta ejerza cualquier autoridad regulatoria, administrativa u otra autoridad gubernamental que le hubiera sido delegada por esa Parte, tales como la autoridad de expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales o imponer cuotas, tasas u otros cargos.

5. Para mayor certeza, nada en el presente Capítulo se interpretará en el sentido de imponer a una Parte la obligación de privatizar cualquier inversión de su propiedad o bajo su control o de prohibir a una Parte la designación o el establecimiento de un monopolio. Si una Parte adopta o mantiene una medida para privatizar tal inversión o una medida para designar o establecer un monopolio, el presente Capítulo se aplicará a dicha medida.

#### ARTÍCULO 10.3: Relación con otros Capítulos

En caso de incompatibilidad entre el presente Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad.

#### ARTÍCULO 10.4: Trato Nacional

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.

2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios

inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.

3. El trato otorgado por una Parte de conformidad con los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno de nivel regional o estatal, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional o estatal otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte de la que forma parte integrante.

#### ARTÍCULO 10.5: Trato de Nación Más Favorecida<sup>6</sup>

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.

2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de los inversionistas de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.

#### ARTÍCULO 10.6: Nivel Mínimo de Trato<sup>7</sup>

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

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

- (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo, y
- (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar un nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

---

<sup>6</sup> Para mayor certeza, el presente Artículo no comprende los mecanismos o procedimientos de solución de controversias, tales como los señalados en la Sección B del presente Capítulo, que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones.

<sup>7</sup> Para mayor certeza, el presente Artículo será interpretado de conformidad con el Anexo 10.6.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición del presente Protocolo Adicional o de otro acuerdo internacional, no establece que se haya violado el presente Artículo.

#### ARTÍCULO 10.7: Tratamiento en Caso de Contienda

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 10.10.7 (b), con respecto a medidas tales como restitución, indemnización, compensación y otro arreglo, cada Parte otorgará, a los inversionistas de otra Parte que hayan sufrido pérdidas en sus inversiones en el territorio de dicha Parte debidas a conflictos armados o contiendas civiles, un trato no menos favorable que aquél otorgado a sus propios inversionistas o inversionistas de cualquier país que no sea Parte.

2. El párrafo 1 no se aplica a las medidas existentes relativas a los subsidios o donaciones que pudieran ser incompatibles con el Artículo 10.4, salvo por el Artículo 10.10.7 (b).

#### ARTÍCULO 10.8: Requisitos de Desempeño

1. Ninguna Parte podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ninguna obligación o compromiso,<sup>8</sup> en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión en su territorio por parte de un inversionista de una Parte o de un país no Parte, para:

- (a) exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios;
- (b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- (c) adquirir, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio;
- (d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
- (e) restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera, dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas;
- (f) transferir a una persona en su territorio tecnología,<sup>9</sup> un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad, o

---

<sup>8</sup> Para mayor certeza, una condición para la recepción o recepción continuada de una ventaja a la que se refiere el párrafo 2 no constituye una “obligación o compromiso” para propósitos del párrafo 1.

<sup>9</sup> Las Partes podrán exigir que una inversión emplee una tecnología para cumplir con requisitos de salud, seguridad o medio ambiente. Para mayor certeza, los Artículos 10.4. y 10.5 se aplican a la citada medida.

- (g) proveer exclusivamente desde el territorio de la Parte las mercancías que produce o un servicio que presta a un mercado regional específico o al mercado mundial.

2. Ninguna Parte podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo una ventaja en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión en su territorio, por parte de un inversionista de una Parte o de un país no Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:

- (a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;

- (b) adquirir, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio;
- (c) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión, o
- (d) restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera, dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.

3. Nada de lo dispuesto en el párrafo 2 se interpretará como impedimento para que una Parte condicione la recepción de una ventaja, o que se continúe recibiendo una ventaja, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de una Parte o de un país no Parte, al cumplimiento del requisito de que se ubique la producción, preste servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares o realice trabajos de investigación y desarrollo, en su territorio.

4. El párrafo 1 (f) no se aplica:

- (a) cuando una Parte autoriza el uso de un derecho de propiedad intelectual de conformidad con el Artículo 31<sup>10</sup> del Acuerdo sobre los ADPIC o a medidas que exijan la divulgación de información de dominio privado que se encuentre dentro del ámbito de aplicación de, y sean compatibles con, el Artículo 39 de dicho Acuerdo, o
- (b) cuando el requisito es impuesto o el compromiso u obligación es ordenado por un tribunal judicial o administrativo, o una autoridad de competencia, ya sea para remediar una práctica que ha sido determinada después de un procedimiento judicial o administrativo como

---

<sup>10</sup> La referencia al “Artículo 31” incluye la nota al pie de página 7 del Artículo 31. Asimismo, la referencia al “Artículo 31” incluye cualquier enmienda al Acuerdo sobre los ADPIC para la Aplicación del párrafo 6 de la *Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública* (WT/MIN(01)/DEC/2).

5. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada y a condición de que no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacional, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b), 1 (c), 1 (f), 2 (a) y 2 (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:

- (a) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Protocolo Adicional;
- (b) necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal, o
- (c) relacionadas con la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no.

6. Los párrafos 1 (a), 1 (b), 1 (c), 2 (a) y 2 (b) no se aplican a los requisitos para calificación de las mercancías o los servicios con respecto a programas de promoción a las exportaciones y programas de ayuda externa.

7. Los párrafos 1 (b), 1 (c), 1 (f), 1 (g), 2 (a) y 2 (b) no se aplican a la contratación pública.

8. Los párrafos 2 (a) y 2 (b) no se aplican a los requisitos impuestos por una Parte importadora con respecto al contenido de las mercancías necesario para calificar aranceles o cuotas preferenciales.

9. Para mayor certeza, los párrafos 1 y 2 no se aplicarán a ningún otro compromiso, obligación o requisito distinto a los señalados en esos párrafos.

10. El presente Artículo no excluye la aplicación de cualquier compromiso, obligación o requisito entre partes privadas, cuando una Parte no impuso o exigió el compromiso, obligación o requisito.

1. Ninguna Parte podrá exigir que una empresa de esa Parte, que sea una inversión cubierta, designe a personas naturales de una nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección.

2. Una Parte podrá exigir que la mayoría de los miembros de las juntas directivas, o de un comité de las mismas, de una empresa de esa Parte que sea una inversión cubierta, sea de una nacionalidad en particular, o sea residente en el territorio de la Parte, siempre que el requisito no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión.

---

<sup>11</sup> Las Partes reconocen que una patente no confiere necesariamente poder de mercado.

<sup>12</sup> En el caso de México, Juntas Directivas se refiere a Consejos de Administración.

#### ARTÍCULO 10.10: Medidas Disconformes

1. Los Artículos 10.4, 10.5, 10.8 y 10.9 no se aplicarán a:

- (a) cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por el gobierno central o federal y regional o estatal de una Parte, según lo establecido en su lista en el Anexo I;
- (b) cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por un gobierno local de una Parte;
- (c) la continuación o pronta renovación de cualquier medida disconforme mencionada en los subpárrafos (a) y (b), o
- (d) la enmienda o modificación de cualquier medida disconforme referidas en los subpárrafos (a) y (b) en la medida en que la enmienda o modificación no disminuya el grado de conformidad de la medida, tal y como ésta existía inmediatamente antes de la enmienda o modificación con los Artículos 10.4, 10.5, 10.8 y 10.9.

2. Los Artículos 10.4, 10.5, 10.8 y 10.9 no se aplican a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II.



3. Ninguna Parte podrá exigir, de conformidad con cualquier medida adoptada después de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo Adicional y comprendida en su Lista del Anexo II, a un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, que venda o disponga de alguna otra manera de una inversión existente al momento en que la medida cobre vigencia.

4. En los casos en que una Parte haga una modificación a cualquier medida disconforme existente según lo establecido en su Lista en el Anexo I de conformidad con el párrafo 1 (c), después de la fecha de la entrada en vigor del presente Protocolo Adicional, la Parte notificará a las otras Partes, tan pronto como sea posible, sobre tal modificación.

5. En el caso que una Parte adopte cualquier medida después de la entrada en vigor del presente Protocolo Adicional, respecto a sectores, subsectores o actividades tal como se estipula en su Lista del Anexo II, la Parte deberá, en la medida de lo posible, notificar a las Partes sobre tal medida.

6. Los Artículos 10.4 y 10.5 no aplicarán a cualquier medida que constituya una excepción o derogación de las obligaciones previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC, según lo dispuesto específicamente en dicho Acuerdo.

7. Las disposiciones de los Artículos 10.4, 10.5 y 10.9 no se aplicarán con respecto a:

- (a) contratación pública, o
- (b) subsidios o donaciones otorgados por una Parte, incluyendo los préstamos, garantías y seguros respaldados por el gobierno.

#### ARTÍCULO 10.11: Transferencias<sup>13</sup>

1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta, se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio. Dichas transferencias incluyen:

- (a) aportes de capital;

- (b) utilidades, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos;
- (c) el producto de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión cubierta;
- (d) pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte el inversionista o la inversión cubierta, incluidos pagos efectuados conforme a un contrato de préstamo;
- (e) pagos efectuados de conformidad con el Artículo 10.7 y con el Artículo 10.12, y
- (f) pagos que surjan de la aplicación de la Sección B del presente Capítulo.

2. Cada Parte permitirá que las transferencias de ganancias en especie relacionadas con una inversión cubierta se ejecuten según se autorice o especifique en un acuerdo escrito<sup>14</sup> entre la Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte.

3. Cada Parte permitirá que las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se realicen en una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.

4. Ninguna Parte podrá exigir a sus inversionistas que efectúen transferencias de sus ingresos, ganancias, utilidades u otros montos derivados de, o atribuibles a, inversiones llevadas a cabo en el territorio de otra Parte, ni los sancionará en caso de que no realicen la transferencia.

5. Sin perjuicio del párrafo 2, una Parte podrá restringir las transferencias de ganancias en especie, en circunstancias en que podría, de otra manera, restringir dichas transferencias conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo Adicional, incluyendo lo señalado en el párrafo 6.

---

<sup>13</sup> Para mayor certeza, el presente Artículo está sujeto al Anexo 10.11.

<sup>14</sup> Sin perjuicio de cualquier otra disposición del presente Capítulo, este párrafo tiene efecto desde la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo Adicional.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 1, 2 y 3 del presente Artículo, una Parte podrá impedir una transferencia mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relativas a:

- (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de acreedores;<sup>15</sup>
- (b) cumplimiento de resoluciones, sentencias o laudos dictados en procedimientos judiciales, administrativos o arbitrales;<sup>16</sup>
- (c) emisión, comercio u operaciones de valores, futuros o derivados;
- (d) infracciones penales, o
- (e) reportes financieros o conservación de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar con el cumplimiento de la ley o las autoridades financieras regulatorias.

#### ARTÍCULO 10.12: Expropiación e Indemnización<sup>17</sup>

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (en lo sucesivo, denominadas “expropiación”) salvo que sea:

- (a) por causa de propósito público;<sup>18</sup>
- (b) de una manera no discriminatoria;
- (c) mediante el pago de una indemnización conforme a los párrafos 2 a 4, y
- (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.6.

2. La indemnización referida en el párrafo 1 (c) deberá:

- (a) ser pagada sin demora;

- (b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (en lo sucesivo, denominada “fecha de expropiación”);
- (c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación, y

---

<sup>15</sup> Para mayor certeza, se entiende que este subpárrafo (a) incluye procedimientos concursales.

<sup>16</sup> Para mayor certeza, este subpárrafo incluye el cumplimiento de resoluciones, sentencias o laudos dictados en procedimientos judiciales, administrativos o arbitrales de naturaleza tributaria.

<sup>17</sup> Para mayor certeza, el Artículo 10.12 será interpretado de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo 10.12.

<sup>18</sup> Para mayor certeza, para los propósitos del presente Artículo, el término “propósito público” se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario. La legislación de una Parte puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como “necesidad pública”, “interés público,” “utilidad pública” o “interés social.”

- (d) ser completamente liquidable y libremente transferible.

3. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización referida en el párrafo 1 (c) no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

4. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización a que se refiere el párrafo 1 (c), convertida a la moneda de pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago, no será inferior a:

- (a) el valor justo de mercado en la fecha de expropiación, convertido a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de pago, más
- (b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable para esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

5. El presente Artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>19</sup>

#### ARTÍCULO 10.13: Denegación de Beneficios

Una Parte podrá denegar los beneficios del presente Capítulo a:

- (a) un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si un inversionista de un país no Parte es propietario o controla la empresa y ésta no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte;
- (b) un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si un inversionista de la Parte que deniega, es propietario o controla la empresa y ésta no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de otra Parte.

#### ARTÍCULO 10.14: Formalidades Especiales y Requisitos de Información

1. Nada de lo dispuesto en el Artículo 10.4 se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga cualquier medida que prescriba formalidades especiales en relación con una inversión cubierta, tales como el requerimiento que los inversionistas sean residentes de la Parte o que las inversiones cubiertas se constituyan

---

<sup>19</sup> Para mayor certeza, el término “revocación” de derechos de propiedad intelectual referido en este párrafo incluye la cancelación o nulidad de dichos derechos y, el término “limitación” de derechos de propiedad intelectual también incluye las excepciones a dichos derechos

conforme a las legislaciones o regulaciones de la Parte, a condición que dichas formalidades no menoscaben significativamente la protección otorgada por una Parte a inversionistas de otra Parte y a inversiones cubiertas de conformidad con el presente Capítulo.

2. No obstante lo dispuesto en los Artículos 10.4 y 10.5, una Parte podrá exigir a un inversionista de otra Parte, o a una inversión cubierta, que proporcione información referente a esa inversión, exclusivamente con fines informativos o estadísticos. La Parte protegerá de cualquier divulgación la información que sea confidencial que pudiera afectar negativamente la situación competitiva del inversionista o de la inversión cubierta. Nada de lo dispuesto en este párrafo se interpretará como un impedimento para que una Parte obtenga o divulgue información referente a la aplicación equitativa y de buena fe de su legislación.

#### **Sección B: Solución de Controversias entre una Parte y un Inversionista de otra**

## **Parte**

### **ARTÍCULO 10.15: Consultas y Negociación**

1. En caso de una controversia relativa a una inversión, las partes contendientes deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, con el objeto de resolver la controversia de forma amistosa, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no vinculante con la participación de terceras partes tales como, buenos oficios, conciliación y mediación.
2. El procedimiento de consultas y negociación se iniciará con la solicitud escrita que será remitida al demandado y deberá incluir la información señalada en el Artículo 10.16.2 (a) y 2 (b) y una breve descripción de los hechos que dieron lugar al inicio de las consultas.
3. Las consultas se llevarán a cabo durante un plazo mínimo de seis meses.
4. Para mayor certeza, el inicio de las consultas y negociaciones no debe ser interpretado como el reconocimiento de la jurisdicción del tribunal.

### **ARTÍCULO 10.16: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje**

1. Si una controversia relativa a una inversión no ha sido resuelta dentro de los seis meses desde la recepción por parte del demandado de la solicitud escrita de consultas conforme al Artículo 10.15:
  - (a) el demandante, a su propio nombre, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue:
    - (i) que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A, y
    - (ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta;

- (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, puede, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue:
  - (i) que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A, y
  - (ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

Para mayor certeza, ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje de conformidad a esta Sección alegando una violación de cualquier disposición del presente Protocolo Adicional que no sea una obligación de la Sección A.

2. Una vez finalizado el periodo establecido en el Artículo 10.15.2, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (en lo sucesivo, denominada “Notificación de Intención”) por lo menos 90 días antes de que se someta la reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección. En la notificación se especificará:

- (a) el nombre y la dirección del demandante y, en caso que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa;
- (b) por cada reclamación, la disposiciones de la Sección A del presente Capítulo que se aleguen haber sido violadas y cualquier otra disposición aplicable;
- (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación, y
- (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

3. El demandante podrá someter la reclamación a arbitraje a la que se refiere el párrafo 1:

- (a) de conformidad con el Convenio CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (en lo sucesivo, denominadas “Reglas de Arbitraje”) del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio CIADI;
- (b) de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante, pero no ambos, sean parte del Convenio CIADI;
- (c) de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o
- (d) si las partes contendientes así lo acuerdan, a cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otra regla de arbitraje.

4. Una reclamación se considerará sometida a arbitraje conforme a esta Sección, cuando la notificación o la solicitud de arbitraje (en lo sucesivo, denominada “Notificación de Arbitraje”) del demandante:

- (a) a que se refiere el Convenio CIADI, sea recibida por el Secretario General;
- (b) a que se refieren los Reglamentos del Mecanismo Complementario del CIADI, sea recibida por el Secretario General;
- (c) a que se refiere el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, conjuntamente con el escrito de demanda con dicho reglamento, sea recibida por el demandado, o
- (d) a que se refiera cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera reglas de arbitraje seleccionadas de conformidad con el párrafo 3 (d), sea recibida por el demandado.

5. Una reclamación ampliada por el demandante por primera vez, luego de haber sido presentada la Notificación de Arbitraje, será considerada como sometida a arbitraje de conformidad con esta Sección, en la fecha de su recepción conforme a las reglas de arbitraje aplicables.



6. Las reglas de arbitraje aplicables de conformidad con el párrafo 3, y que estén vigentes en la fecha del reclamo o reclamos que hayan sido sometidos a arbitraje conforme a esta Sección, regirán el arbitraje salvo en la medida en que sean modificadas o complementadas por el presente Protocolo Adicional.

7. El demandante entregará junto con la notificación de arbitraje referida en el párrafo 4:

- (a) el nombre del árbitro designado por el demandante, o
- (b) el consentimiento escrito del demandante para que el Secretario General nombre tal árbitro.

#### ARTÍCULO 10.17: Consentimiento de cada Parte al Arbitraje

1. Cada Parte consiente en someter una reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección y de conformidad con el presente Protocolo Adicional.

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección cumplirá con los requisitos señalados en:

- (a) el Capítulo II del Convenio CIADI (Jurisdicción del Centro) y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia;
- (b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un “acuerdo por escrito”, y
- (c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un “acuerdo”.

#### ARTÍCULO 10.18: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de cada Parte

1. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante, tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada, conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1, y conocimiento de que el demandante, por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1 (a), o la empresa, por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1 (b), sufrió pérdidas o daños.

2. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección salvo que:

(a) el demandante consienta por escrito someterse a arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en el presente Protocolo Adicional, y

(b) la Notificación de Arbitraje a que se refiere el Artículo 10.16.4 esté acompañada:

(i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1 (a);

(ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1 (b),

de cualquier derecho a iniciar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de hechos o medidas que se aleguen haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 (b), el demandante, por reclamaciones iniciadas bajo el 10.16.1 (a), y el demandante o la empresa, por reclamaciones iniciadas de conformidad con el Artículo 10.16.1 (b), podrán iniciar o continuar un procedimiento en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de cualquier naturaleza siempre que no implique el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que tal procedimiento se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje.<sup>20</sup>

4. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje de conformidad con esta Sección, si el demandante, para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 10.16.1 (a), o el demandante o la empresa, para el caso de reclamaciones sometidas en virtud del Artículo 10.16.1 (b), han sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial del demandado, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante. Para mayor certeza, si un inversionista elige presentar una reclamación del tipo antes descrito ante un tribunal judicial o administrativo de la Parte demandada, esa elección será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección.

#### ARTÍCULO 10.19: Selección de Árbitros

1. Salvo que las partes contendientes acuerden algo distinto, el tribunal estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, que será el presidente, será designado por acuerdo de las partes contendientes.

2. Los árbitros deberán tener experiencia en derecho internacional público, reglas internacionales de inversión, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos internacionales de inversión; no depender de alguna de las Partes ni del demandante, ni recibir instrucciones de ninguno de ellos.

3. El Secretario General servirá como autoridad nominadora para los árbitros en los procedimientos de arbitraje de conformidad con esta Sección.

4. Cuando un tribunal no se integre en un plazo de 90 días a partir de la fecha en que la reclamación se someta a arbitraje de conformidad con esta Sección, el Secretario General, a petición de cualquiera de las partes contendientes, designará, a su discreción, al árbitro o árbitros que aún no hayan sido designados. Salvo que las partes contendientes acuerden algo distinto, el presidente del tribunal no deberá ser un nacional de ninguna de las partes contendientes.

5. Para los propósitos del Artículo 39 del Convenio CIADI y del Artículo 7 de la Parte C del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, y sin perjuicio de objetar a un árbitro por motivos que no sean de nacionalidad:

- (a) el demandado acepta la designación de cada uno de los miembros del tribunal establecido de conformidad con el Convenio CIADI o con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI;
-

Para mayor certeza, en un procedimiento en que se solicite la aplicación de una medida precautoria, incluyendo las medidas que buscan preservar evidencia y propiedad mientras esté pendiente la tramitación de la reclamación sometida a arbitraje, un tribunal judicial o administrativo del demandado en una controversia sometida a arbitraje de conformidad con la Sección B del presente Capítulo, aplicará la legislación de dicha Parte.

- (b) el demandante a que se refiere el Artículo 10.16.1 (a) podrá someter a arbitraje una reclamación conforme a esta Sección, o continuar una reclamación de conformidad con el Convenio CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, únicamente a condición de que el demandante manifieste su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal, y
- (c) el demandante a que se refiere el Artículo 10.16.1 (b) podrá someter una reclamación a arbitraje conforme a esta Sección, o continuar una reclamación de conformidad con el Convenio CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, únicamente a condición de que el demandante y la empresa manifiesten su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal.

#### ARTÍCULO 10.20: Realización del Arbitraje

1. Las partes contendientes pueden convenir en la sede legal donde haya de celebrarse cualquier arbitraje conforme a las reglas arbitrales aplicables de acuerdo con el Artículo 10.16.3. A falta de acuerdo entre las partes contendientes, el tribunal determinará dicha sede de conformidad con las reglas arbitrales aplicables, siempre que la sede se encuentre en el territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York.
2. Una Parte no contendiente podrá presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal con respecto a la interpretación del presente Protocolo Adicional.
3. Previa consulta con las partes contendientes, el tribunal estará facultado para aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* que puedan asistir al tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el ámbito de la controversia.
4. Las comunicaciones deberán efectuarse por escrito y en español, salvo que las partes contendientes acuerden algo distinto, y deberán identificar al titular de la comunicación y cualquier Parte u otro gobierno, persona u organización, distinta del titular de la comunicación, que haya provisto o que proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación de la comunicación. Asimismo, el titular de la comunicación deberá dar a conocer si tiene afiliación alguna, directa o indirecta, con alguna de las partes contendientes; y especificar la naturaleza del interés que tiene en la controversia.

5. Cuando dichas comunicaciones sean admitidas por el tribunal, éste deberá otorgar a las partes contendientes una oportunidad para responder a tales comunicaciones.

6. Sin perjuicio de la facultad del tribunal para conocer otras objeciones como cuestiones preliminares, tales como una objeción de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia o jurisdicción del tribunal, el tribunal conocerá y decidirá como una cuestión preliminar cualquier objeción del demandado que, como cuestión de derecho, señale que la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 10.26.<sup>21</sup>

- (a) Dicha objeción se presentará al tribunal tan pronto como sea posible después de su constitución, y en ningún caso más tarde de la fecha que el tribunal fije para que el demandado presente su contestación de la demanda, o en el caso de una modificación de la Notificación de Arbitraje, referida en el Artículo 10.16.4, la fecha que el tribunal fije para que el demandado presente su respuesta a la modificación.
- (b) En el momento en que se reciba una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio, establecerá un cronograma para la consideración de la objeción que será compatible con cualquier cronograma que se haya establecido para la consideración de cualquier otra cuestión preliminar y emitirá una decisión o laudo sobre la objeción, exponiendo los fundamentos de éstos.
- (c) Al decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la Notificación de Arbitraje, o cualquier modificación de ésta, y, en controversias presentadas de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el escrito de demanda a que se refiere el artículo pertinente del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El tribunal puede considerar también cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo controversia.
- (d) El demandado no renuncia a formular ninguna objeción con respecto a la competencia o a cualquier argumento de fondo, simplemente porque haya formulado o no una objeción conforme a este párrafo, o haga uso del procedimiento expedito establecido en el párrafo 7.

7. En caso que el demandado así lo solicite, dentro de los 45 días siguientes a la fecha de constitución del tribunal, el tribunal decidirá, de una manera expedita, acerca de una objeción de conformidad con el párrafo 6 y cualquier otra objeción en el sentido de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del tribunal. El tribunal suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio y emitirá una decisión o laudo sobre dicha objeción, exponiendo el fundamento de éstos, a más tardar 150 días después de la fecha de la solicitud. Sin embargo, si una parte contendiente solicita una audiencia, el tribunal puede tomar 30 días adicionales para emitir la decisión o laudo. Independientemente de si se ha solicitado una audiencia, el tribunal podrá, demostrando

<sup>21</sup> Para mayor certeza, respecto a las reclamaciones sometidas de conformidad con el Artículo

10.16, una objeción de procedimiento planteada como cuestión preliminar podrá incluir, cuando sea aplicable, un recurso administrativo no judicial que esté contemplado en la legislación del demandado, tal como la presentación de los recursos contra actos administrativos u otros recursos administrativos no judiciales. Para los casos de arbitraje internacional la presentación de tales objeciones, únicamente podrá implicar la suspensión del procedimiento de arbitraje.

un motivo extraordinario, retardar la emisión de su decisión o laudo por un breve plazo adicional, el cual no puede exceder de 30 días.

8. Cuando el tribunal decida acerca de la objeción de un demandado de conformidad con los párrafos 6 o 7, podrá, si se justifica, conceder a la parte contendiente vencedora costas y honorarios razonables en que haya incurrido al presentar la objeción u oponerse a ésta. Al determinar si dicho laudo se justifica, el tribunal considerará si la reclamación del demandante o la objeción del demandado eran frívolas, y concederá a las partes contendientes oportunidad razonable para presentar sus comentarios.

9. El demandado no alegará como defensa, reconvención o derecho compensatorio o por cualquier otro motivo, que el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra indemnización por la totalidad o una parte de los daños alegados, de conformidad con un seguro o contrato de garantía.

10. El tribunal puede recomendar una medida provisional de protección para preservar los derechos de una parte contendiente, o con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción o competencia del tribunal, incluyendo una orden para preservar las pruebas que se encuentren en poder o bajo el control de una parte contendiente o para proteger la competencia del tribunal. El tribunal no puede ordenar el embargo o impedir la aplicación de una medida que se alegue como una violación mencionada en el Artículo 10.16. Para los efectos de este párrafo, una orden incluye una recomendación.

11. A solicitud de cualquiera de las partes contendientes, el tribunal, antes de dictar una decisión o el laudo sobre la responsabilidad, comunicará su propuesta de decisión o laudo a las partes contendientes y a la parte no contendiente. Dentro del plazo de 60 días de comunicada dicha propuesta de decisión o laudo, las partes contendientes podrán presentar comentarios escritos al tribunal en relación con cualquier aspecto de su propuesta de laudo. El tribunal considerará dichos comentarios y dictará su decisión o laudo a más tardar a los 45 días siguientes de haberse vencido el plazo de 60 días para presentar comentarios. Este párrafo no se aplicará a cualquier arbitraje en el cual una apelación esté disponible en virtud del párrafo 12.

12. Si entre las Partes entrara en vigor un tratado multilateral separado en el que se estableciere un órgano de apelación con el propósito de revisar los laudos dictados por tribunales constituidos conforme a acuerdos internacionales de comercio o inversión para conocer controversias de inversión, las Partes estudiarán la posibilidad de alcanzar un acuerdo que contemple tal órgano de apelación para la revisión de los laudos dictados de conformidad con el Artículo 10.26 en los arbitrajes que se hubieren iniciado después de que el tratado multilateral entre en vigor entre las Partes.

#### ARTÍCULO 10.21: Transparencia en los Procedimientos Arbitrales

1. Sujeto a los párrafos 2 y 4, el demandado después de recibir los siguientes documentos, los entregará sin demora a las partes no contendientes y los pondrá a disposición del público:

- (a) la Notificación de Intención a que se refiere el Artículo 10.16.2;
- (b) la Notificación de Arbitraje a que se refiere el Artículo 10.16.4;
- (c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el Artículo 10.20.2 y 10.20.3 y Artículo 10.25;
- (d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles, y
- (e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal.

2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier



parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información protegida deberá informarlo al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación, incluyendo el cierre de la audiencia durante cualquier discusión sobre información confidencial.

3. Nada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el Artículo 18.3 (Seguridad Esencial) y Artículo 18.5 (Divulgación de Información).

4. Cualquier información protegida que sea sometida al tribunal no será divulgada de acuerdo con los siguientes procedimientos:

- (a) de conformidad al subpárrafo (d), ni las partes contendientes ni el tribunal revelarán a la parte no contendiente o al público ninguna información protegida, cuando la parte contendiente que proporciona la información la designe claramente de esa manera de acuerdo con el subpárrafo (b);
- (b) cualquier parte contendiente que reclame que determinada información constituye información protegida, la designará claramente al momento de ser presentada al tribunal;
- (c) una parte contendiente deberá, en el mismo momento que presenta un documento que contiene información alegada como información protegida, presentar una versión redactada del documento que no contenga la información. Sólo la versión redactada será proporcionada a las partes no contendientes y será pública de acuerdo al párrafo 1, y
- (d) el tribunal decidirá acerca de cualquier objeción con relación a la designación de información alegada como información protegida. Si el tribunal determina que dicha información no fue designada apropiadamente, la parte contendiente que presentó la información podrá:
  - (i) retirar todo o parte de la presentación que contiene tal información,  
o

- (ii) convenir en volver a presentar documentos completos y redactados con designaciones corregidas de acuerdo con la determinación del tribunal y con el subpárrafo (c).

En cualquier caso, la otra parte contendiente deberá, cuando sea necesario, volver a presentar documentos completos y redactados, los cuales omitan la información retirada de conformidad con el subpárrafo (d)(i) por la parte contendiente que presentó primero la información o volver a designar la información de forma consistente con la designación realizada de conformidad con el subpárrafo (d)(ii) de la parte contendiente que presentó primero la información.

5. Nada de lo dispuesto en esta Sección requiere al demandado negarle acceso al público a información que, de acuerdo a su legislación, debe ser divulgada.

#### ARTÍCULO 10.22: Derecho Aplicable

1. Sujeto al párrafo 2, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a) ó 10.16.1 (b), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el presente Protocolo Adicional y con las normas aplicables del derecho internacional.

2. Una determinación de la Comisión de Libre Comercio en la que se declare la interpretación de una disposición del presente Protocolo Adicional, conforme al Artículo 16.2 (Funciones de la Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta Sección y toda decisión o laudo emitido por un tribunal deberá ser compatible con esa determinación.

#### ARTÍCULO 10.23: Interpretación de los Anexos de Medidas Disconformes

1. Cuando el demandado exponga como defensa que la medida que se alega como violatoria se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Anexo I o del Anexo II, a petición del demandado, el tribunal solicitará a la Comisión de Libre Comercio una interpretación sobre el asunto. Dentro del plazo de los 60 días siguientes a la entrega de la solicitud, la Comisión de Libre Comercio presentará por escrito al tribunal cualquier decisión en la que se declare su interpretación conforme al Artículo 16.2.2 (c).

2. La decisión emitida por la Comisión de Libre Comercio conforme al párrafo 1, será obligatoria para el tribunal, y cualquier decisión o laudo emitido por el tribunal

deberá ser compatible con esa decisión. Si la Comisión de Libre Comercio no emitiera dicha decisión dentro del plazo de 60 días, el tribunal decidirá sobre el asunto.

#### ARTÍCULO 10.24: Informes de Expertos

Sin perjuicio de la designación de otro tipo de expertos cuando lo autoricen las reglas de arbitraje aplicables, el tribunal, a petición de una parte contendiente o, por iniciativa propia, a menos que las partes contendientes no lo acepten, podrá designar uno o más expertos para informar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una parte contendiente en un proceso, de acuerdo a los términos y condiciones que acuerden las partes contendientes.

#### ARTÍCULO 10.25: Acumulación de Procedimientos

1. En los casos en que se hayan presentado a arbitraje dos o más reclamaciones por separado conforme al Artículo 10.16.1, y las reclamaciones planteen una cuestión de hecho o de derecho en común y surjan de los mismos hechos o circunstancias, cualquier parte contendiente podrá tratar de obtener una orden de acumulación, de conformidad con el acuerdo de todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación o conforme con los términos de los párrafos 2 al 10.

2. La parte contendiente que pretenda obtener una orden de acumulación de conformidad con el presente Artículo, entregará una solicitud por escrito al Secretario General y a todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación y especificará en la solicitud lo siguiente:

- (a) el nombre y la dirección de todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación;
- (b) la naturaleza de la orden de acumulación solicitada, y
- (c) el fundamento en que se apoya la solicitud.

3. Salvo que el Secretario General determine, dentro del plazo de 30 días posteriores a la recepción de una solicitud de conformidad con el párrafo 2, que la misma es manifiestamente infundada, se establecerá un tribunal en virtud del presente Artículo.

4. Salvo que todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación acuerden algo distinto, el tribunal que se establezca de conformidad con el presente Artículo se integrará por tres árbitros:

- (a) un árbitro designado por acuerdo de los demandantes;
- (b) un árbitro designado por el demandado, y
- (c) el árbitro presidente designado por el Secretario General, quien no será nacional de ninguna de las partes contendientes.

5. Si, dentro del plazo de los 60 días siguientes a la recepción por el Secretario General de la solicitud formulada de conformidad con el párrafo 2, el demandado o los demandantes no designan a un árbitro conforme al párrafo 4, el Secretario General, a petición de cualquier parte contendiente respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación, designará al árbitro o a los árbitros que aún no se hayan designado. En caso que el demandado no designe un árbitro, el árbitro que designe el Secretario General podrá ser nacional del demandado, y si los demandantes no designan un árbitro, el árbitro que designe el Secretario General podrá ser nacional de una parte distinta del demandado.

6. En caso que el tribunal establecido de conformidad con el presente Artículo haya constatado que se hubieren presentado a arbitraje dos o más reclamaciones conforme al Artículo 10.16.1, que planteen una cuestión común de hecho o de derecho, y que surja de los mismos hechos o circunstancias, el tribunal podrá, en interés de alcanzar una resolución justa y eficiente de las reclamaciones y después de oír a las partes contendientes, por orden:

- (a) asumir la jurisdicción o competencia, conocer y determinar conjuntamente sobre la totalidad o una parte de las reclamaciones;
- (b) asumir la jurisdicción o competencia, conocer y determinar una o más reclamaciones, cuya determinación considera que contribuiría a la resolución de las demás, o
- (c) instruir a un tribunal establecido conforme al Artículo 10.19 a que asuma la jurisdicción o competencia, conozca y determine conjuntamente, sobre la totalidad o una parte de las reclamaciones, siempre que:

(i) ese tribunal, a solicitud de cualquier demandante que no haya sido anteriormente parte contendiente ante ese tribunal, se reintegre con sus miembros originales, excepto que el árbitro por parte de los demandantes se designe conforme al subpárrafo 4 (a) y el párrafo 5, y

(ii) ese tribunal decida si se ha de repetir cualquier audiencia anterior.

7. En el caso que se haya establecido un tribunal conforme al presente Artículo, un demandante que haya presentado una reclamación a arbitraje conforme al Artículo 10.16.1, y cuyo nombre no aparezca mencionado en una solicitud formulada conforme al párrafo 2, podrá formular una solicitud por escrito al tribunal para que dicho demandante se incluya en cualquier orden que se dicte conforme al párrafo 6 y especificará en la solicitud:

- (a) el nombre y dirección del demandante;
- (b) la naturaleza de la orden de acumulación solicitada, y
- (c) los fundamentos en que se apoya la solicitud.

El demandante entregará una copia de su solicitud al Secretario General.

8. Un tribunal que se establezca conforme al presente Artículo dirigirá las actuaciones conforme a lo previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, excepto en cuanto sea modificado por esta Sección.

9. Un tribunal que se establezca conforme al Artículo 10.19 no tendrá jurisdicción o competencia para resolver una reclamación, o parte de una reclamación, respecto de la cual haya asumido competencia un tribunal establecido o instruido de conformidad con el presente Artículo.

10. A solicitud de una parte contendiente, un tribunal establecido de conformidad con el presente Artículo podrá, en espera de su decisión conforme al párrafo 6, disponer que los procedimientos de un tribunal establecido de acuerdo al Artículo 10.19 se aplacen, salvo que ese último tribunal ya haya suspendido sus procedimientos.

## ARTÍCULO 10.26: Laudos

1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente:

- (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan, y
- (b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución.

El tribunal puede también conceder costas y honorarios de abogado de conformidad con esta Sección y con las reglas de arbitraje aplicables.

2. La responsabilidad entre las partes contendientes por la asunción de gastos, incluida, cuando proceda, la condena en costas de conformidad con el Artículo 10.20, derivados de su participación en el arbitraje deberá ser establecida:

- (a) por la institución arbitral ante la cual se ha sometido la reclamación a arbitraje, de acuerdo a sus reglas de procedimiento, o
- (b) de acuerdo a las reglas de procedimiento acordadas por las partes contendientes, cuando sea aplicable.

3. Para mayor certeza, cuando se presente una reclamación a arbitraje de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a), únicamente son reclamables en virtud de dicha disposición las pérdidas o daños sufridos por el demandante en su condición de inversionista con respecto a una inversión que intenta realizar, está realizando o ha realizado en el territorio de la parte demandada.

4. Sujeto al párrafo 1, cuando se presente a arbitraje una reclamación conforme al Artículo 10.16.1 (b):

- (a) el laudo que prevea la restitución de la propiedad, dispondrá que la restitución se otorgue a la empresa;

- b) el laudo que conceda daños pecuniarios e intereses que procedan, dispondrá que la suma de dinero se pague a la empresa, y
  - (c) el laudo dispondrá que el mismo se dicta sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable.
- 5. Un tribunal no está autorizado para ordenar el pago de daños que tengan carácter punitivo.
- 6. El laudo dictado por un tribunal no tendrá fuerza obligatoria salvo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto.
- 7. Sujeto al párrafo 8 y al procedimiento de revisión aplicable a un laudo provisional, la parte contendiente acatará y cumplirá el laudo sin demora.
- 8. La parte contendiente no podrá solicitar la ejecución del laudo definitivo hasta que:
  - (a) en el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad con el Convenio CIADI:
    - (i) hayan transcurrido 120 días a partir de la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo, o
    - (ii) hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación, y
  - (b) en el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI o el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o las reglas seleccionadas de conformidad con el Artículo 10.16.4 (d):
    - (i) hayan transcurrido 90 días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, revocarlo o anularlo, o

- (ii) un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de revisión, revocación o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

9. Cada Parte dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio.

10. Cuando el demandado incumpla o no acate un laudo definitivo, a la entrega de una solicitud de la Parte del demandante, se establecerá un tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 17.7 (Establecimiento de un Tribunal Arbitral). La Parte solicitante puede solicitar en dichos procedimientos:

- (a) una determinación en el sentido de que el incumplimiento o desacato de los términos del laudo definitivo es incompatible con las obligaciones del presente Protocolo Adicional, y
- (b) de conformidad con el Artículo 17.15 (Proyecto de Laudo del Tribunal Arbitral) una decisión en el sentido de que el demandado acate o cumpla el laudo definitivo.

11. Una parte contendiente puede recurrir a la ejecución de un laudo arbitral de conformidad con el Convenio CIADI, la Convención de Nueva York si ambas Partes son parte de dichos tratados o la Convención Interamericana, independientemente de que se hayan iniciado o no los procedimientos contemplados en el párrafo 10.

12. Para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York y del Artículo I de la Convención Interamericana, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta Sección surge de una relación u operación comercial.

#### ARTÍCULO 10.27: Entrega de Documentos

La entrega de la notificación y otros documentos a una Parte se deberá hacer en el lugar designado por ella en el Anexo 10.27.

### **Sección C: Disposiciones Complementarias**

#### ARTÍCULO 10.28: Relación con otras Secciones



Esta Sección no estará sujeta al mecanismo de solución de controversias de la Sección B del presente Capítulo, así como tampoco al mecanismo de solución de diferencias en el Capítulo 17 (Solución de Diferencias). Para mayor certeza, ninguna de las disposiciones de esta Sección podrá servir de fundamento por parte de un inversionista ni podrá ser utilizado por un tribunal arbitral como parte de sus consideraciones en cualquier decisión o laudo que se emita.

#### ARTÍCULO 10.29: Promoción de Inversiones

Las Partes reafirman la importancia de impulsar las actividades de promoción de las inversiones que se realizan a través de los organismos de promoción de inversiones de cada Parte.

#### ARTÍCULO 10.30: Políticas de Responsabilidad Social

1. Las Partes reconocen la importancia de promover que las empresas que operen en su territorio o que estén sujetas a su jurisdicción apliquen políticas de sostenibilidad y responsabilidad social y que impulsen el desarrollo del país receptor de la inversión.
2. Cada Parte fomentará que las empresas que operan dentro de su territorio o sujetas a su jurisdicción, incorporen voluntariamente en sus políticas, estándares de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente, tales como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o sean apoyadas por las Partes. Las Partes recuerdan a esas empresas la importancia de incorporar dichos estándares de responsabilidad social corporativa en sus políticas internas, incluyendo entre otros, estándares en materia de derechos humanos, derechos laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia y fiscalidad.
3. Tomando en cuenta las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, las Partes se comprometen a identificar y compartir las mejores prácticas implementadas por las Partes para poner en marcha los compromisos de las Directrices y de esa manera potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible.

#### ARTÍCULO 10.31: Inversión y Medidas sobre Salud, Medioambiente y otros Objetivos Regulatorios

1. Nada de lo dispuesto en el presente Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás

compatible con el presente Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia de salud, medioambientales u otros objetivos regulatorios.

2. Las Partes reconocen que no es adecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas relacionadas con salud, medio ambiente u otros objetivos regulatorios. En consecuencia, ninguna Parte deberá renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, flexibilizar u ofrecer renunciar flexibilizar o derogar dichas medidas como medio para incentivar el establecimiento, la adquisición, la expansión o la conservación de la inversión de un inversionista en su territorio.

#### ARTÍCULO 10.32: Implementación

Las Partes se consultarán anualmente, o de otra forma que acuerden, para revisar la implementación del presente Capítulo y considerar asuntos de inversión de interés mutuo, incluyendo entre otros, el aprovechamiento por parte del sector privado de los compromisos establecidos en este Capítulo.

#### ARTÍCULO 10.33: Comité Conjunto en Materia de Inversión y Servicios

1. Las Partes establecen un Comité Conjunto que estará conformado por el Subcomité de Inversión y el Subcomité de Servicios.

2. Este Comité Conjunto tiene como objetivo velar por la implementación y administración del Capítulo 9 (Comercio Transfronterizo de Servicios) y del presente Capítulo, discutir materias relacionadas y de interés para las Partes a través del intercambio de información y cooperación sobre estos temas.

3. El Comité Conjunto estará integrado por:

- (a) en el caso de Chile, la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, o su sucesor;
- (b) en el caso de Colombia, el Viceministerio de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, o su sucesor;

- (c) en el caso de México, la Subsecretaría de Comercio Exterior de la Secretaría de Economía, o su sucesor, y
- (d) en el caso del Perú, el Viceministerio de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, o su sucesor.

4. El Comité Conjunto se reunirá a solicitud de cualquier Parte o de la Comisión de Libre Comercio, y emitirá recomendaciones en los asuntos de su competencia.

5. Los Subcomités de Inversión y de Servicios estarán integrados por representantes expertos de la autoridad o autoridades competentes de cada una de las Partes y determinarán sus propias reglas de procedimientos para llevar a cabo sus funciones.

#### *Subcomité de Inversión*

6. El Subcomité de Inversión tendrá las siguientes funciones:

- (a) compartir información y promover la cooperación en materias relacionadas con inversión y el mejoramiento del clima de inversión entre las Partes;
- (b) discutir cualquier otra materia relacionada con el clima de inversión entre las Partes contando, cuando se estime adecuado, con la participación del sector privado;
- (c) hacer propuestas al Comité Conjunto para el funcionamiento más efectivo o la consecución de los objetivos de este subcomité, y
- (d) discutir cualquier otro aspecto relacionado con inversión.

#### *Subcomité de Servicios*

7. Las funciones del Subcomité de Servicios se establecen en el Artículo 9.15 (Subcomité de Servicios).

## **ANEXO 10.6**

### **DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO**

Las Partes confirman su común entendimiento de que el “derecho internacional consuetudinario” referido en el Artículo 10.6, resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.6, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen a los derechos económicos de los extranjeros.

## **ANEXO 10.11**

### **TRANSFERENCIAS**

Con respecto al Artículo 10.11, las Partes acuerdan lo siguiente:

1. En el caso de la República de Chile y la República de Colombia, respecto de las transferencias relacionadas con las inversiones efectuadas o que se efectúen por inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte, la aplicación e interpretación del Artículo 10.11 se sujetará a lo dispuesto en el Anexo 9-B (Pagos y Transferencias) del Capítulo de Inversión del Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre ambas Partes, en la ciudad de Santiago, Chile, con fecha 27 de noviembre de 2006, en carácter de Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica (ACE) N° 24 celebrado entre esas Partes.
2. En el caso de la República de Chile y de los Estados Unidos Mexicanos, respecto de las transferencias relacionadas con las inversiones efectuadas o que se efectúen por inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte, la aplicación e interpretación del Artículo 10.11 se sujetará al Anexo 9-10 (Transferencias) del Capítulo de Inversión del Tratado de Libre Comercio suscrito entre ambas Partes, en la ciudad de Santiago, Chile, con fecha 17 abril de 1998.
3. En el caso de la República de Chile y la República del Perú, respecto de las transferencias relacionadas con las inversiones efectuadas o que se efectúen por inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte, la aplicación e interpretación del Artículo 10.11 (Transferencias) se sujetará al Anexo 11-C (Pagos y Transferencias) del Capítulo de Inversión del Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre ambas Partes en la ciudad de Lima, Perú, con fecha 22 de agosto de 2006, el cual modifica y sustituye el ACE N° 38 celebrado entre esas Partes.

## **ANEXO 10.12**

### **EXPROPIACIÓN**

Las Partes confirman su común entendimiento que:

1. Un acto o una serie de actos de una Parte no podrá constituir una expropiación a menos que interfieran sustancialmente con un derecho de propiedad, tangible o intangible, o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.
2. El Artículo 10.12 prevé dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
3. La segunda situación prevista por el Artículo 10.12 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
  - (a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación fáctica, caso por caso, que considere entre otros factores:
    - (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no determina que una expropiación indirecta haya ocurrido;
    - (ii) el grado en el cual el acto o serie de actos gubernamentales interfieren con las expectativas inequívocas y razonables de la inversión, y
    - (iii) el carácter del acto gubernamental.
  - (b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Para mayor certeza, son ejemplos de objetivos legítimos de bienestar público, entre otros, la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

## **ANEXO 10.27**

### **ENTREGA DE DOCUMENTOS A UNA PARTE BAJO LA SECCIÓN B**

1. La entrega de documentos deberá realizarse en el lugar especificado por cada Parte. Una Parte deberá notificar y hacer público inmediatamente cualquier cambio al lugar especificado en el presente Anexo.

2. El lugar de presentación de la Notificación de Intención y otros documentos referidos a la solución de controversias relacionada con la Sección B, será:

(a) Para Chile:

Dirección de Asuntos Jurídicos

Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Chile

Teatinos No. 180

Santiago, Chile,

o su sucesor.

(b) Para Colombia:

Dirección de Inversión Extranjera y Servicios

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Calle 28 No. 13 A – 15, piso 3

Bogotá D.C. – Colombia,

o su sucesor.

(c) Para México:

Dirección General de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional

Secretaría de Economía

Alfonso Reyes No. 30, piso 17

Delegación Cuauhtémoc

México D.F.

C.P.06140,

o su sucesor.

(d) Para el Perú:

Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad

Ministerio de Economía y Finanzas

Jirón Lampa No. 277, piso 5

Lima 1, Perú,

o su sucesor.



## **ANEXO SOBRE DECRETO LEY 600**

### **CHILE**

1. El Decreto Ley 600 (1974), Estatuto de la Inversión Extranjera, es un régimen voluntario y especial de inversión para Chile.
2. Alternativamente al régimen ordinario de ingreso de capitales a Chile, para invertir en Chile, los potenciales inversionistas pueden solicitar al Comité de Inversiones Extranjeras sujetarse al régimen que establece el Decreto Ley 600.
3. Las obligaciones y compromisos contenidos en el presente Capítulo no se aplican al Decreto Ley 600, Estatuto de la Inversión Extranjera, a la Ley 18.657 sobre Fondos de Inversión de Capital Extranjero, a la continuación o pronta renovación de tales leyes y a las modificaciones de ellas o a ningún régimen especial y/o voluntario de inversión que pueda ser adoptado en el futuro por Chile.
4. Para mayor certeza, el Comité de Inversiones Extranjeras de Chile tiene el derecho de rechazar las solicitudes de inversión a través del Decreto Ley 600 y de la Ley 18.657. Adicionalmente, el Comité de Inversiones Extranjeras de Chile tiene el derecho de regular los términos y condiciones a los cuales quedará sujeta la inversión extranjera que se realice conforme al Decreto Ley 600 y la Ley 18.657.
5. Para mayor certeza, una vez que la solicitud de inversión extranjera presentada por un inversionista al amparo del Decreto Ley 600, sus modificaciones, continuación o pronta renovación, o al amparo de algún régimen especial y/o voluntario de inversión que pueda ser adoptado en el futuro por Chile, haya sido aceptada por el Comité de Inversiones Extranjeras de Chile mediante la suscripción de un contrato de inversión extranjera, las disciplinas establecidas en el presente Capítulo, les serán aplicables a la inversión materializada al amparo del respectivo contrato.
6. Para mayor certeza, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 a 4 del presente Anexo será reclamable bajo las disposiciones de la Sección B.

## **ANEXO SOBRE EXCLUSIONES DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS MÉXICO**

Las resoluciones de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, establecidas en las medidas existentes 2 y 3 de la Lista de México del Anexo I, no estarán sujetas a las disposiciones establecidas en el mecanismo de solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte establecido en la Sección B del presente Capítulo y del mecanismo de solución de diferencias del Capítulo 17 (Solución de Diferencias).