

**MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Chile, Decision on Annulment, ICSID Case No ARB/01/7, IIC 177 (2007)**

**16 February 2007**

<b>Parties:</b>	MTD Equity Sdn Bhd, MTD Chile SA Chile
<b>Date of Decision:</b>	16 February 2007
<b>Date of Despatch:</b>	21 March 2007
<b>Arbitrators/Judges:</b>	The Honourable Judge Gilbert Guillaume (President); Professor James R. Crawford; Dr Sara Ordoñez Noriega
<b>OUP Reference:</b>	IIC 177 (2007)

**Decision – full text**

**A. EL PROCEDIMIENTO DE ANULACIÓN**

**B. LA DISPUTA ENTRE LAS PARTES**

**C. EL LAUDO DEL TRIBUNAL**

(1) Generalidades

(2) Las conclusiones del Tribunal sobre trato justo y equitativo

(a) El estándar de trato justo y equitativo

(b) Aplicación del estándar a los hechos

(c) El tratamiento del Tribunal al argumento de Chile sobre notificación

(d) La conclusión del Tribunal sobre el significado de la aprobación del CIE

(e) La conclusión del Tribunal sobre el riesgo de regulación

(f) La conclusión del Tribunal sobre el trato justo y equitativo

(3) La conclusión del Tribunal sobre la culpa concurrente

(4) La conclusión del Tribunal sobre la evaluación de los daños

**D. LOS ARGUMENTOS DE LA ANULACIÓN**

(1) Introducción

(2) Manifiesta extralimitación de facultades

(3) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento

(4) Falta de motivación del Laudo

(5) Ámbito de la autoridad de anulación

**E. LAS CAUSALES DE NULIDAD INVOCADAS**

(1) Relación entre las causales de anulación

(2) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento

(3) Tratamiento justo y equitativo: manifiesta extralimitación de facultades

- (a) No aplicación del derecho internacional
- (b) No aplicación del derecho chileno
- (c) Decisiones *ex aequo et bono* no autorizadas
- (4) Trato justo y equitativo: falta de motivación
  - (a) Los efectos de la aprobación del CIE
  - (b) La “política urbana” de Chile
  - (c) Incoherencia entre la conducta chilena y la “unidad del Estado”
  - (d) Conclusión
- (5) Culpa concurrente
- (6) La evaluación de los daños
- (7) Conclusiones

## F. COSTAS

## G. DECISIÓN

### A. Procedimiento De Anulación

1. El 20 de septiembre de 2004, la República de Chile (“Chile” o “la Demandada”) interpuso ante la Secretaría General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones una Solicitud de anulación de un Laudo de fecha 25 de mayo de 2004 dictado por el Tribunal en el arbitraje iniciado por MTD Equity Sdn Bhd. y MTD Chile S.A. (conjuntamente “las Demandantes” o “MTD”).
2. La Solicitud fue presentada dentro del plazo establecido en el Artículo 52(2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio CIADI”). En ella, la Demandada pretendía la anulación del Laudo con fundamento en tres de las cinco causales estipuladas en el Artículo 52(1) del Convenio CIADI, específicamente que: el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades; que hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y que el Laudo había omitido expresar las razones en las que se sustentó. La Solicitud, asimismo, contenía una petición, bajo el Artículo 52(5) del Convenio y la Regla 54(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, para una suspensión de la ejecución del Laudo mientras estuviese pendiente la Solicitud de Anulación.
3. La Secretaría General del CIADI registró la Solicitud el 30 de septiembre de 2004 y con esa fecha, de conformidad con la Regla 50(2) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “Reglas de Arbitraje”), transmitió una Notificación de Registro a las partes, enviando simultáneamente a los Demandantes copias de tal Solicitud y de la documentación anexa. Las partes también fueron notificadas de que, con arreglo a la Regla de Arbitraje del CIADI 54(2), la ejecución del Laudo quedaría suspendida provisionalmente.
4. Mediante carta de 18 de enero de 2005, conforme a la Regla 52(2) de las Reglas de Arbitraje, las partes fueron notificadas de que el Comité *ad hoc* había sido constituido y estaba conformado por el Juez Gilbert Guillaume, el Profesor James R. Crawford y la Dra. Sara Ordóñez Noriega. Las partes fueron posteriormente notificadas, por medio de carta de 24 de enero de 2005, de que el Juez Gilbert Guillaume había sido designado Presidente del Comité y, el 16 de marzo de 2005, el Centro envió a las partes copias de las Declaraciones firmadas por los Miembros del Comité con arreglo a la Regla 52(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
5. La primera sesión del Comité se efectuó el 23 de marzo de 2005, en las dependencias del Banco Mundial en París, Francia, y en ella fueron acordados y decididos diversos puntos sobre procedimiento. Asimismo, en dicha reunión, las Demandantes formularon una petición bajo la Regla de Arbitraje 54(2) para que se pusiera fin a la suspensión de la ejecución del Laudo a menos que Chile ofreciera una garantía apropiada. El Comité, escuchados los argumentos orales de las partes al respecto, estableció el cronograma para la presentación, por escrito, de las alegaciones ulteriores que éstas formularan. Por acuerdo entre las partes, el plazo de treinta días para una decisión

bajo la Regla 54(2) de las Reglas de Arbitraje fue prorrogado, en el entendido de que el Comité pronunciaría su decisión oportunamente una vez presentados por escrito los argumentos.

6. En su Decisión de 1 de junio de 2005, el Comité ordenó que se mantuviera la suspensión de la ejecución del Laudo, sin necesidad de que Chile constituyera una garantía.<sup>1</sup> Lo anterior, sobre la base de que el único perjuicio que sufrirían las Demandantes era el retardo que, en el evento de que la Solicitud de anulación fuese rechazada, podría ser remediado mediante el pago de intereses y que es incidental al sistema de anulación del Convenio. En particular, el Comité puso de presente, según las declaraciones de Chile: (a) que el Convenio CIADI ha sido implementado íntegramente bajo el derecho chileno, con la consecuencia de que un laudo del CIADI produce exactamente el mismo efecto que una sentencia definitiva de los tribunales chilenos, y (b) que de conformidad con la práctica establecida, Chile dará pronto cumplimiento al presente Laudo, si éste no es anulado.<sup>2</sup>

7. De conformidad con el calendario de procedimiento fijado por el Comité en su primera sesión de 23 de marzo de 2005, y según lo acordado entre las partes, la Demandada presentó su Memorial de sustentación de la Solicitud de anulación el 25 de julio de 2005; las Demandantes presentaron un Contra Memorial el 7 de diciembre de 2005; la Demandada presentó una Réplica el 25 de enero de 2006 y, el 8 de marzo de 2006, las Demandantes presentaron una Dúplica. Al Memorial de la Demandada se adjuntó una Opinión Experta del Sr. Jan Paulsson; y a su Réplica fue anexada una Opinión Complementaria del Sr. Paulsson y una Opinión Experta de Sir Arthur Watts. El Contra Memorial de las Demandantes fue acompañado de una Opinión Experta del Profesor Christoph H. Schreuer. Comentarios adicionales del Profesor Schreuer fueron anexados en la Dúplica.

8. Dentro del procedimiento de anulación, el 10 de abril de 2006, en las oficinas del Banco Mundial en París, se llevó a cabo una audiencia de un día de duración, en la que los abogados de ambas partes presentaron sus argumentos y peticiones y contestaron las preguntas de los Miembros del Comité. Las partes, posteriormente, hicieron observaciones a las transcripciones de la audiencia, las que fueron tenidas en cuenta por el Comité. Estuvieron presentes en la audiencia: los Miembros del Comité de Anulación: S.E. Juez Gilbert Guillaume, Profesor James R. Crawford, y Dra. Sara Ordóñez Noriega; el Secretario del Comité: Sr. Ucheora Onwuamaegbu; los representantes de las Demandantes: Sr. Oscar Garibaldi, Sr. Eugene D. Gulland, y Srta. Karin Kizer, de Covington & Burling, y Sr. Azmil Khalid y Sr. Vincent Lee de MTD Equity Sdn Bhd. y MTD Chile S.A.; y los representantes de la Demandada: Sr. Ronald E.M. Goodman, Srta. Gaela K. Gehring Flores, Srta. Geraldine Fischer, y Sr. Kelby Ballena de Winston & Strawn LLP, Sr. Claudio Castillo Castillo, Jefe de la División Jurídica, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile, Sr. Eduardo Bobadilla Brinkmann, Abogado del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile, y Sr. Eduardo Escalona Vásquez, Abogado del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile.

9. En ausencia de solicitudes para modificar las reglas de procedimiento establecidas en el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje, el procedimiento de anulación fue tramitado de conformidad con las disposiciones aplicables de la Sección 3 del Capítulo IV del Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje.

10. En el curso del presente procedimiento, los Miembros del Comité han deliberado por diversos medios de comunicación, incluyendo una reunión en París el 11 de abril de 2006, y han tomado en consideración todas las alegaciones, documentos y testimonios presentados ante ellos.

## **B. La Disputa Entre Las Partes**

11. Tras discusiones con diversos funcionarios chilenos, MTD Equity Sdn Bhd. (una compañía de Malasia) y la subsidiaria de su propiedad, MTD Chile S.A. (una compañía chilena), decidieron continuar las negociaciones relativas a la construcción de una comunidad planificada de uso mixto en la pequeña localidad de Pirque, al sur de Santiago. El sitio propuesto estaba zonificado para uso agrícola y, como las Demandantes sabían, requeriría una nueva zonificación para que pudiera ser desarrollado el proyecto. Con posterioridad a las negociaciones llevadas a cabo con el propietario del terreno, el Sr. Jorge Fontaine Aldunate, ciudadano chileno, y con tres agencias del gobierno de Chile [El Comité de Inversiones Extranjeras (“CIE”), el Servicio de Vivienda y Urbanización (“SERVIU”) y el Secretario Regional Ministerial (“SEREMI”)], los Demandantes celebraron con el Señor Fontaine un Contrato de Promesa el 13 de diciembre de 1996. El Contrato de Promesa estaba condicionado a la aprobación por el CIE de la inversión de las Demandantes. Dicho contrato contemplaba el desarrollo del terreno en dos segmentos y la creación de una sociedad chilena, El Principal Inversiones S.A. (“EPSA”), que pertenecería en un 51% a las Demandantes y en un 49% al Sr. Fontaine.

12. El 14 de enero de 1997, las Demandantes presentaron ante el CIE una solicitud para la aprobación de una inversión inicial de US\$17.136 millones, para desarrollar un proyecto descrito como “*un township, en 600 hectáreas*”

del Fundo El Principal de Pirque, el cual será una ciudad satélite autosuficiente, con casas, departamentos para diversos estratos socioeconómicos, escuelas, hospitales, universidades, supermercados, comercio de toda clase, servicios y todo otro componente necesario para la autosuficiencia.”<sup>3</sup> La solicitud fue aprobada por el CIE el 3 de marzo de 1997. Un Contrato de Inversión Extranjera estándar fue firmado entre el CIE y las Demandantes el 18 de marzo de 1997; en él se disponía que MTD “desarrollará un proyecto inmobiliario en 600 hectáreas del Fundo El Principal de Pirque. El referido proyecto consiste en la construcción de una ciudad satélite autosuficiente, en casas, departamentos, colegios, hospitales, comercios, servicios, etc.”<sup>4</sup> Una vez firmado este contrato, las Demandantes efectuaron un aporte de capital de US\$8.4 millones a EPSA y con US\$8.736 millones compraron el 51% de las acciones en EPSA al Sr. Fontaine.

13. El 8 de abril de 1997, las Demandantes presentaron ante el CIE una segunda solicitud para invertir US \$364.000 en capital de trabajo adicional, la cual fue aprobada. Un segundo Contrato de Inversión Extranjera estándar, que igualmente especifica la ubicación del proyecto, fue firmado el 13 de mayo de 1997.<sup>5</sup>

14. Ambos Contratos de Inversión Extranjera contienen la siguiente cláusula:

*4. En todo caso, se deja establecido que el Inversionista Extranjero quedará sujeto a la actual legislación y reglamentos vigentes en lo relativo a sus actividades. La presente autorización es sin perjuicio de cualesquiera otras que, en conformidad a tales legislación y reglamentación, deban ser otorgadas por las autoridades competentes.*

No fue objeto de discusión que la palabra “otras,” en la cláusula 4, se refiere a otras autorizaciones requeridas por las leyes y reglamentos chilenos.

15. La zonificación del sitio en Pirque estaba comprendida en el Plan Regulador Metropolitano de Santiago (“PRMS”) y los cambios de zona para el Proyecto eran manejados por el SEREMI. El 16 de abril de 1998, las Demandantes fueron informadas de que el Proyecto era incompatible con la política de desarrollo urbano del Gobierno. El 3 de junio de 1998, el SEREMI escribió a MTD señalándole que el PRMS no sería modificado; por lo tanto, los cambios de zonificación requeridos para que el Proyecto pudiera continuar no fueron aprobados. La solicitud de asistencia de las Demandantes al CIE fue rechazada. El 4 de noviembre de 1998 el Ministro rechazó formalmente el Proyecto.

16. El 2 de junio de 1999, las Demandantes notificaron a la Demandada la existencia de una diferencia sobre inversión bajo los términos del Tratado de 1992 suscrito entre el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección de Inversiones (el TBI).<sup>6</sup> Al término del período de negociación de tres meses exigido por el Artículo 6(3) del TBI, para poder someter la diferencia a arbitraje, la disputa seguía sin ser resuelta. A solicitud de la Demandada, el período de negociación fue prorrogado por 30 días, sin alcanzarse acuerdo alguno.

17. El 26 de junio de 2001, las Demandantes presentaron la solicitud de arbitraje. Las Demandantes alegaron, en primer término, que la Demandada había infringido su obligación de tratamiento justo y equitativo, contemplada en el TBI, toda vez que, habiendo creado e incentivado la sólida expectativa de que el Proyecto era factible desde el punto de vista de la regulación en la específica ubicación propuesta, y habiendo suscrito un contrato confirmando ese emplazamiento, posteriormente desautorizó esa ubicación cuando ya los Demandantes habían comprometido irrevocablemente su inversión.

18. En segundo lugar, las Demandantes se basaron en la cláusula de la nación más favorecida del Artículo 3(1) del TBI, que establece que las inversiones “recibirán un tratamiento justo y equitativo, y no menos favorable que aquel concedido a las inversiones hechas por los inversionistas de cualquier tercer Estado.” Las Demandantes argumentaron que la cláusula NMF hace aplicables varias disposiciones de otros TBI suscritos por Chile; en particular el Artículo 3(1) del TBI con Dinamarca,<sup>7</sup> que exige al Estado receptor dar cumplimiento a “cualquier obligación que pudiere haber contraído en relación con inversiones,” una obligación que en este caso se extendía a los Contratos de Inversión Extranjera. Las Demandantes también adujeron que la Demandada había violado el Artículo 3(3) del Tratado con Croacia, que se refiere a daños ocasionados por medidas no razonables y discriminatorias, así como el Artículo 3(2), que establece que cuando una parte contratante haya “aceptado una inversión en su territorio, otorgará los permisos necesarios de acuerdo con sus leyes y reglamentos.”<sup>8</sup>

19. En tercer lugar, las Demandantes sostuvieron que la negativa a otorgar los permisos necesarios constituía una expropiación indirecta en violación del Artículo 4 del TBI.

20. En relación con estas infracciones MTD reclamó, “todos los daños a que pueda estar facultada bajo el derecho aplicable, incluyendo, sin limitación, (a) todo **damnum emergens** sufrido por MTD como consecuencia de la violación por el demandado de los contratos de inversión y el Tratado, incluyendo las sumas invertidas bajo los contratos de inversión y todos los costos y gastos incurridos por MTD en sus esfuerzos por llevar a cabo el Proyecto; (b) y **lucrum cessans** que MTD habría obtenido de su inversión si la República de Chile hubiese permitido que el Proyecto continuara,”<sup>9</sup> más las costas e interés compuesto.

21. La Demandada sostuvo que todo el daño sufrido fue causado por la falta de debida diligencia por las Demandantes. La confianza puesta en el Sr. Fontaine, la ausencia de consejo profesional independiente en el sector urbano y la aceptación de una valoración exorbitante del terreno al tiempo de efectuar la inversión fueron las causas efectivas de las pérdidas de las Demandantes. En ningún momento la Demandada o cualquiera de sus funcionarios se comprometió a otorgar una aprobación de urbanismo que, como las Demandantes sabían o debían haber sabido, era exigida por la Ley. Por el contrario, de acuerdo con la Demandada, MTD fue informada en los términos más explícitos, en una reunión del 6 de noviembre de 1996, a la que asistieron el Ministro y el SEREMI, de que existía un obstáculo mayor en el Proyecto, en términos del PRMS. En estas circunstancias MTD no podía haber tenido una expectativa legítima de la factibilidad del Proyecto desde el punto de vista de la regulación, un aspecto cuyo alcance sobrepasa los términos de los Contratos de Inversión Extranjera celebrados entre el CIE y MTD.

### C. El Laudo Del Tribunal

22. Mediante Laudo de 25 de mayo de 2004, el Tribunal (Dr. Rigo Sureda, Presidente; Señores Lalonde y Oreamuno Blanco) sostuvo, por una parte, que Chile había violado su obligación de trato justo y equitativo bajo el Artículo 3(1) del TBI pero, por otra, que las Demandantes habían omitido protegerse de los riesgos del negocio inherentes a su inversión en Chile. Estando dividida por partes iguales la responsabilidad por el daño, el Tribunal concluyó que la Demandada debía pagar el 50% de los daños evaluados, a saber, US\$5.871.322.42, más el interés compuesto, y que cada parte debía pagar sus propias costas y el 50% de las costas de arbitraje.

#### (1) Generalidades

23. La mayoría de los aspectos de la decisión del Tribunal no fueron controvertidos ante el Comité y sólo necesitan una breve referencia. El Tribunal sostuvo que:

(a) MTD Equity era un inversionista bajo el Artículo 1(c)(ii) del TBI; MTD Chile, siendo totalmente de propiedad de MTD Equity, se consideraba un nacional de Malasia para los efectos del procedimiento arbitral con arreglo al Artículo 6(2); de este modo, ambas Demandantes tenían legitimación para reclamar bajo el TBI.<sup>10</sup>

(b) No hubo infracción de la cláusula NMF (en relación con el Artículo 3(1) del TBI con Dinamarca) por causa de cualquier violación alegada de los Contratos de Inversión Extranjera. Tal como aparece claro en dichos Contratos, la autorización para invertir era únicamente el comienzo de un proceso que requeriría ulteriores permisos y aprobaciones. Dado que Chile no había vulnerado los Contratos de Inversión Extranjera al rehusar el permiso para el Proyecto, no había nada sobre lo cual pudiese operar la cláusula “paraguas” del Artículo 3(1) del TBI con Dinamarca.<sup>11</sup>

(c) Habiéndose dado razones adecuadas para la negativa de Chile a modificar o prescindir del PRMS, no existía fundamento para considerar que tales negativas fuesen discriminatorias.<sup>12</sup>

(d) El Demandado no vulneró la cláusula NMF (en relación con el Artículo 3(2) del TBI con Croacia) al negarse a cambiar el PRMS para permitir que el Proyecto pudiera ejecutarse. Las Demandantes no tenían derecho alguno a la modificación del marco normativo del país donde invirtió, y el PRMS era parte de dicho marco. Lo único que las Demandantes podían esperar era que se aplicara la Ley.<sup>13</sup>

(e) Dado que las Demandantes “no tenían derecho a la modificación del PRMS,” la denegación de autorización no implicó una expropiación sino, más bien, el trato injusto por parte del Estado al aprobar una inversión contraria a su propia política vigente.<sup>14</sup>

24. Chile además no controvierte ciertas conclusiones del Tribunal que son consecuencia de su afirmación de una vulneración del estándar de trato justo y equitativo. En particular no discute:

(f) La conclusión del Tribunal de que las Demandantes no adoptaron las medidas adecuadas y razonables para investigar los problemas de urbanismo y para protegerse en sus relaciones contractuales con el Sr. Fontaine;<sup>15</sup>

(g) Salvo en dos aspectos, su estimación de los daños totales;<sup>16</sup>

(h) Su conclusión de que debe pagarse interés compuesto.<sup>17</sup>

25. Las siguientes conclusiones son controvertidas por Chile en este procedimiento de anulación:

(i) La conclusión del Tribunal de que la *“aprobación por parte del CIE de una inversión para un proyecto que contraviene la política urbana del Gobierno constituye una violación al deber de dispensar a un inversionista un trato justo y equitativo”*;<sup>18</sup>

(j) Su conclusión de que los daños deben ser compartidos por igual entre las partes, sobre la base de que ambas fueron parcialmente responsables de éstos;<sup>19</sup> y

(k) Dos aspectos específicos de la evaluación de los daños: uno concerniente al precio estimado del terreno; el otro relativo a la elección del Tribunal del 4 de noviembre de 1998 como el punto de corte para el cálculo de los daños, cuando se debería haber escogido el 3 de junio de 1998, o incluso una fecha anterior.<sup>20</sup>

26. Antes de analizar las causales de nulidad invocadas por Chile y su aplicación a estos aspectos del Laudo, es útil establecer con un mayor detalle las razones esgrimidas por el Tribunal para llegar a las decisiones impugnadas.

## **(2) Las conclusiones del Tribunal sobre trato justo y equitativo**

### **(a) El estándar de trato justo y equitativo**

27. El Artículo 2 del TBI se titula *“Promoción y Protección de las Inversiones.”* El Artículo 2(2) prescribe que:

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

El Artículo 3(1), titulado *“Nación Más Favorecida,”* establece:

*Las inversiones hechas por los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo, y no menos favorable que aquel concedido a las inversiones hechas por los inversionistas de cualquier tercer Estado.*

En consecuencia, no existe una, sino dos disposiciones en el TBI que establecen que las inversiones *“recibirán un tratamiento justo y equitativo.”* Más aún, el Artículo 4(1) del TBI Croacia–Chile establece que el derecho a un trato justo y equitativo *“no será obstaculizado en la práctica.”* Después de llamar la atención a las diversas fuentes de la obligación en el TBI,<sup>21</sup> el Tribunal se refirió en términos genéricos a la *“obligación de tratar las inversiones en forma justay equitativa.”*<sup>22</sup>

28. Al tiempo que el Tribunal puso de presente que las partes parecían estar de acuerdo en el significado del estándar de trato justo y equitativo, analizó aspectos de dicho estándar, que:

*[A] tenor del TBI, trato justo y equitativo debe entenderse como trato imparcial y ecuánime, que contribuya a alentar la promoción de la inversión extranjera. En vez de imponer un comportamiento pasivo por parte del Estado o condenar los comportamientos perjudiciales para los inversionistas, el TBI define su objetivo en forma activa ....*<sup>23</sup>

Después de citar un párrafo del laudo en el caso de *TECMED*,<sup>24</sup> concluyó: *“Este es el criterio que el Tribunal aplicará a los hechos del presente caso.”*<sup>25</sup>

### **(b) Aplicación del estándar a los hechos**

29. En su reclamo, las Demandantes formularon el asunto central en lo atinente a la aplicación de este estándar a la disputa, de la siguiente manera:

*[S]i el Estado de Chile puede válidamente celebrar un contrato de inversión extranjera vinculante, que especifica el propósito y la ubicación de un proyecto particular de inversión, sabiendo, al mismo tiempo (y sin decirselo al inversionista), que el Gobierno nunca permitirá que el inversionista realice el proyecto que es el objeto del contrato<sup>26</sup>*

A este cuestionamiento el Tribunal dio una respuesta negativa.<sup>27</sup>

30. En principio, dada la interpretación del Tribunal del estándar de trato justo y equitativo (al que el Comité se referirá más adelante), Chile podría haber contestado la interrogante en cuatro formas. Primero, argumentando que no era la política de Chile, al tiempo de efectuarse la inversión, que el Proyecto nunca pudiese ser aprobado y que la decisión definitiva de no permitirlo fue adoptada con posterioridad; de haber sido esta la respuesta, no se habría presentado contradicción entre los Contratos de Inversión Extranjera y la decisión final de urbanismo. Segundo, pudo haber alegado que la política de desarrollo urbano de Chile ya estaba establecida para la región y era adversa al Proyecto; además, que las Demandantes fueron notificadas expresamente de este hecho. Tercero, pudo haber indicado que “*el contrato de inversión extranjera vinculante,*” al cual las Demandantes se refieren, no importó un compromiso de Chile en relación con la ubicación del Proyecto, sino que su señalamiento fue meramente indicativo. Cuarto, pudo haber argüido que, con independencia de las respuestas a las tres primeras preguntas, las Demandantes asumieron el riesgo de que su proyecto pudiera no ser aprobado.

31. Cabe hacer hincapié en que no obstante que la Demandada formuló el segundo, tercero y cuarto argumentos ante el Tribunal, no esgrimió el primero. Haberlo hecho habría sido inconsistente con su principal defensa de los hechos, basada en la alegada reunión del 6 de noviembre de 1996. Conforme al Artículo 52 del Convenio CIADI, un procedimiento de anulación no constituye una apelación y menos aún un nuevo juicio; se trata de una forma de revisión respecto de causales específicas y limitadas, que deben analizarse con base en el expediente conocido por el Tribunal. De este modo, la pregunta central para el Comité es — suponiendo por el momento que el Tribunal no incurrió en un vicio de nulidad en la formulación del estándar de tratamiento justo y equitativo — si el Tribunal incurrió en algún vicio de nulidad, al responder los tres argumentos fundamentales expuestos ante él.

### **(c) El tratamiento del Tribunal al argumento de Chile sobre notificación**

32. La Demandada hizo mucho énfasis ante el Tribunal en una reunión que dijo tuvo lugar el 6 de noviembre de 1996, entre el Sr. Edmundo Hermosilla (entonces Ministro de MINVU), el SEREMI (Sr. Sergio González Tapia) y los representantes de MTD, en la que se hicieron advertencias explícitas en cuanto a que el Proyecto contravenía las regulaciones urbanísticas vigentes y enfrentaba las correspondientes dificultades.<sup>28</sup> Esta fecha es relevante pues es anterior a la suscripción por MTD del Contrato de Promesa (13 de diciembre de 1996), a la presentación ante el CIE de la solicitud de aprobación inicial de la inversión (14 de enero de 1997), y a la realización de cualquiera de los otros actos que lo calificaron como inversionista en Chile. A esta reunión se alude en la carta del SEREMI del 3 de junio de 1998, que fue la primera notificación escrita a MTD de que no se otorgaría autorización para cambiar o prescindir del PRMS. No se conserva ningún registro coetáneo de la reunión del 6 de noviembre de 1996, y las Demandantes negaron que ella hubiese tenido lugar, o al menos que a ella hubiese asistido algún representante de MTD.

33. El Tribunal, tras exponer los argumentos de las partes,<sup>29</sup> trató este aspecto fáctico con alguna extensión<sup>30</sup> pero en definitiva declinó resolverlo.<sup>31</sup> En lugar de ello, el Tribunal declaró que “*analizará la situación suponiendo, primeramente, que la reunión se hubiera celebrado, y luego que no hubiera tenido lugar, y examinará hasta qué punto la conducta de las partes es congruente con las declaraciones hechas supuestamente por funcionarios chilenos y por los representantes de las Demandantes.*”<sup>32</sup> Destacó que si en estas reuniones se hubieran hecho categóricamente advertencias negativas, habría sido “*ilógico que las Demandantes solicitaran la aprobación del CIE para una inversión considerada inviable por altos funcionarios de la Demandada.*”<sup>33</sup> Luego de discutir el ámbito y sentido de la aprobación del CIE, concluyó:

*El hecho de que la reunión del 6 de noviembre de 1996 se hubiera celebrado o no, no afecta el resultado de estas consideraciones. En efecto, si en verdad la reunión tuvo lugar, es aún más inexplicable que el CIE aprobara la inversión y que se suscribieran los dos primeros Contratos de Inversión Extranjera. El Ministro Hermosilla y el CIE eran dos canales de comunicación diferentes de la Demandada con terceros, pero, a los*

*efectos de las obligaciones contraídas por Chile en virtud del TBI, ambos representaban a Chile como una unidad, como un monolito, para usar la expresión de la Demandada.*<sup>34</sup>

De esta forma, el Tribunal habría sostenido que existió una infracción del estándar de trato justo y equitativo, bien sea que las Demandantes hubiesen sido informadas o no de la política chilena sobre desarrollo urbano de las áreas del sur de Santiago, tales como Pirque. En vista de ello, no efectuó (como la Demandada indica)<sup>35</sup> análisis detallados en relación con lo que pudo haberse declarado en otras reuniones.

#### **(d) La conclusión del Tribunal sobre el alcance de la aprobación del CIE**

34. Una controversia más significativa en cuanto a la conclusión del Tribunal, atañe al rol del CIE en el proceso de inversión extranjera. Las Demandantes argumentaron ante el Tribunal que tenían derecho frente a Chile para desarrollar el Proyecto en el terreno en cuestión, dado el contrato firmado con el CIE, órgano del Estado chileno, aun cuando diversos permisos tuviesen que ser obtenidos antes de que este derecho pudiese ser ejercitado. Según la Demandada, todo lo que el CIE podía hacer en derecho, y todo lo que de hecho hizo, era otorgar autorización para la importación del capital necesario.

35. El Tribunal no adoptó ninguna de estas posiciones. Después de establecer sucintamente las posturas de las Partes, el Tribunal concluyó que la aprobación del CIE, expresada en los Contratos de Inversión Extranjera, tenía un significado adicional, no limitado al derecho de importar capital:

*La aprobación de un proyecto en una determinada ubicación permitiría a un inversionista suponer, prima facie, que su ejecución en esa ubicación es factible desde el punto de vista normativo.*<sup>36</sup>

*Aun aceptando la limitada importancia de los Contratos de Inversión Extranjera a efectos de la concesión de otros permisos y aprobaciones, dichos Contratos deberían constituir al menos una indicación de que, desde el punto de vista del Gobierno, el Proyecto no transgrede las políticas del Gobierno.*<sup>37</sup>

36. El Tribunal expuso tres razones para arribar a su conclusión:

(1) Los términos de la Ley que establece el CIE y le confiere la facultad “de aprobar, en representación del Estado de Chile, el ingreso de capitales del exterior de conformidad con este decreto ley y para establecer los términos y condiciones de los respectivos contratos” (Artículo 12).<sup>38</sup>

(2) El requisito de que la Solicitud y el Contrato de Inversión Extranjera consiguiente, deben especificar la ubicación de la inversión: “Una modificación de la ubicación de la inversión requeriría la modificación del contrato y, por ende, la aprobación del CIE.”<sup>39</sup>

(3) La composición del CIE, integrado por Ministros y el Presidente del Banco Central (Artículo 13): “la composición ministerial del CIE es, en sí misma, prueba de la importancia que atribuye Chile a la función de este órgano y es congruente con el objetivo de coordinar la inversión extranjera al más alto nivel de los ministerios en cuestión.”<sup>40</sup>

#### **(e) La conclusión del Tribunal sobre el riesgo de la regulación**

37. La Demandada alegó que, en todo caso, siempre recae sobre el inversionista el riesgo de determinar los requerimientos legales locales y de obtener las aprobaciones y permisos necesarios, lo que confirmaría el Artículo 4 de los Contratos de Inversión Extranjera. Con independencia de cualesquiera reuniones sostenidas o advertencias dadas, el riesgo de regulación era exclusivamente del inversionista. El Tribunal lo aceptó hasta cierto punto, pero hizo una distinción:

*El Tribunal comparte la opinión de que es responsabilidad del inversionista asegurarse de contar con el asesoramiento apropiado, especialmente si va a invertir fuera de su país, en un entorno desconocido. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, Chile no es una parte pasiva y la coherencia en el proceder de los diversos funcionarios por intermedio de los cuales actúa no es responsabilidad del inversionista sino de Chile.*<sup>41</sup>

*Chile alega que no tenía obligación de informar a las Demandantes y que éstas debieron haber averiguado por sí mismas cuáles eran las normas y políticas del país. El Tribunal comparte, en principio, esta*

*afirmación, pero considera que Chile también tiene la obligación de actuar con coherencia y de aplicar sus políticas de manera sistemática, independientemente de cuán diligente sea el inversionista. Conforme al derecho internacional (que este Tribunal debe aplicar a las diferencias surgidas en el marco del TBI), el Estado de Chile debe ser considerado por el Tribunal como una unidad.*<sup>42</sup>

#### **(f) La conclusión del Tribunal sobre el trato justo y equitativo**

38. De esta forma el Tribunal hizo una distinción entre permisos y licencias individuales, las que el inversionista tenía que obtener conforme al derecho del Estado receptor, y la cuestión de si el Proyecto era factible desde el punto de vista de la regulación.

*Las Demandantes se pusieron en contacto con funcionarios de la Demandada desde un principio, en mayo de 1996. Sólo en noviembre de 1998, dos años después de la supuesta reunión del 6 de noviembre de 1996, el SEREMI González informó a las Demandantes por escrito de la política contraria al cambio de zonificación de El Principal y a la modificación del PRMS, y el Ministro Henríquez rechazó formalmente el Proyecto ....*

*El Tribunal está convencido, basándose en las pruebas que le han sido presentadas de que la aprobación por parte del CIE de una inversión para un proyecto que contraviene la política urbana del Gobierno constituye una violación al deber de dispensar a un inversionista un trato justo y equitativo.*<sup>43</sup>

#### **(3) La conclusión del Tribunal sobre la culpa concurrente**

39. La segunda conclusión, que es controvertida por la Demandada, se refiere a la culpa de las Demandantes. Existió abundante material para que el Tribunal pudiera concluir que MTD no se protegió suficientemente contra el riesgo de regulación, y tal conclusión no es discutida por las Demandantes. Lo que la Demandada controvierte en este procedimiento es la decisión de que los daños de MTD debieran ser reducidos sólo en 50% con base en esta conclusión. A su juicio, la causa real y evidente del daño de las Demandantes fue su omisión de debida diligencia antes de firmar el contrato con el Sr. Fontaine. En este sentido, hacer recaer el 50% de la responsabilidad sobre Chile era a la vez arbitrario y desprovisto de explicación.

40. Luego de analizar las omisiones de MTD con cierto detalle, el Tribunal declaró:

*El Tribunal determinó anteriormente que las Demandantes incurrieron en gastos relacionados con su criterio empresarial, independientemente del trato justo y equitativo que debió dárseles según el TBI. Como ya se señaló, las Demandantes tomaron varias decisiones que aumentaron el riesgo al que estaban expuestas, independientemente del trato que recibieron de Chile. Escogieron al señor Fontaine como socio y aceptaron pagar un precio por los terrenos para el Proyecto sin protegerse legalmente de forma adecuada. Un inversionista prudente no habría pagado por adelantado el precio total de las tierras, que se valoraron partiendo del supuesto de que se ejecutaría el Proyecto; al menos, habría vinculado los pagos futuros al progreso del Proyecto, incluido el otorgamiento de los permisos necesarios para su ejecución.*

*El Tribunal considera, por lo tanto, que las Demandantes deben asumir parte de los daños sufridos y estima esa parte en el 50%, una vez deducido el valor residual de su inversión calculado según las consideraciones siguientes.*<sup>44</sup>

#### **(4) La conclusión del Tribunal sobre la evaluación de los daños**

41. En cuanto a la valoración de los perjuicios, el Tribunal se basó en “el estándar clásico enunciado por la Corte Permanente de Justicia en *Factory at Chorzów*: la compensación debe ‘borrar todas las consecuencias de la acción ilícita y reestablecer la situación que, con toda probabilidad, hubiera existido de no cometerse esa acción.’”<sup>45</sup> Al calcular el monto de los daños, el Tribunal aceptó el argumento de Chile en cuanto a que los gastos preparatorios anteriores al 18 de marzo de 1997 (fecha de la firma del primer Contrato de Inversión Extranjera) no eran susceptibles de indemnización,<sup>46</sup> pero admitió los costos financieros.<sup>47</sup> Enseguida dedujo el valor residual del terreno, el que se estimó en la cantidad ofrecida por el Sr. Fontaine en noviembre de 2001, una oferta que las Demandantes deberían haber aceptado.<sup>48</sup> La indemnización resultante fue el 50% del total, debido a la contribución de MTD al daño.

42. En cuanto a las fechas admisibles para el cálculo de los daños, el Tribunal expresó únicamente:

*El Tribunal ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad de Chile se relaciona con la aprobación de la transferencia de fondos hecha por el CIE, a pesar de que el Gobierno tenía la política de no modificar el PRMS. Por lo tanto, el Tribunal considera que los gastos para el Proyecto efectuados con anterioridad a la ejecución del primer Contrato de Inversión Extranjera el 18 de marzo de 1997 no son admisibles para el cálculo de los daños, aunque se pudieran considerar parte de la inversión. Por la misma razón, los gastos realizados con posterioridad al 4 de noviembre de 1998 —la fecha en que el Ministro Henríquez informó por escrito a las Demandantes que el PRMS no se modificaría— también deben excluirse de dicho cálculo.*<sup>49</sup>

## **D. Los Argumentos Para La Anulación**

### **(1) Introducción**

43. En su Solicitud, la Demandada identifica un gran número de defectos observados en la conclusión del Laudo acerca de una vulneración del estándar de trato justo y equitativo así como en su estimación de los daños. En términos de las causales de nulidad, enumeradas en el Artículo 52(1) del Convenio CIADI, el enfoque se centra en vacíos y aparentes contradicciones en el razonamiento, i.e., en la falta de motivación del laudo (Artículo 52(1)(e)), a pesar de que también argumenta la causal de manifiesta extralimitación de sus facultades, en particular por la falta de aplicación de la ley correspondiente y por la arrogación del poder de decidir *ex aequo et bono* (Artículo 52(1)(b)) y en quebrantamientos graves de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d)). Se hará referencia a cada uno de ellos.

### **(2) Manifiesta extralimitación de facultades**

44. En el presente caso, Chile no niega la existencia de una inversión protegida o de una disputa concerniente a dicha inversión. Por lo tanto, no se ha planteado cuestionamiento alguno sobre la jurisdicción del Tribunal para decidir esa diferencia. Sin embargo, la causal de manifiesta extralimitación de facultades, no está circunscrita al error jurisdiccional; se establece que la omisión completa en aplicar el derecho a que está sujeto un Tribunal conforme al Artículo 42(1) del Convenio CIADI puede constituir una manifiesta extralimitación de facultades, como también una sentencia dictada *ex aequo et bono* — esto es, en el ejercicio de una discrecionalidad general no otorgada por el derecho aplicable — que no esté autorizada por las partes bajo el Artículo 42(3) del Convenio. La Demandada reclama que en el presente caso hubo una manifiesta extralimitación de facultades debido a que el Tribunal no aplicó el derecho internacional o el derecho chileno como era debido, y que decidió aspectos de la disputa *ex aequo et bono*.

45. Los Comités han intentado distinguir entre la omisión en aplicar el derecho y el error en su aplicación. El Comité en el caso *MINE* estableció:

*[L]a prescindencia por el tribunal de las normas de derecho acordadas constituiría una derogación de los términos de referencia dentro de los cuales el tribunal ha sido autorizado para funcionar. Ejemplos de tal derogación incluyen la aplicación de normas de derecho diversas de las acordadas por las partes, o una decisión basada en ninguna norma de derecho salvo que las partes hayan convenido en una decisión *ex aequo et bono*. Si la derogación es manifiesta la misma implica un manifiesto exceso de poder.*

*La prescindencia de las normas de derecho aplicables debe ser distinguida de la aplicación errónea de dichas normas la cual, aun si es manifiestamente injustificada, no constituye una causal de anulación...*<sup>50</sup>

En *CDC*, el Comité lo expresó de la siguiente forma: “Sin perjuicio de nuestra opinión sobre la corrección del análisis jurídico del Tribunal ... nuestra averiguación se limita a la determinación de si el Tribunal intentó o no aplicar el derecho inglés.”<sup>51</sup>

46. En una opinión experta sometida con la Réplica y adoptada por el Demandado, Sir Arthur Watts sostiene que la omisión en aplicar el derecho apropiado como un fundamento de la nulidad debiera extenderse a los casos en los que el tribunal efectúa “un desorden efectivo y sustancial del derecho que estaba tratando de aplicar.”<sup>52</sup> En su opinión:

*Llega un momento ... en que un tribunal, al aplicar supuestamente una norma de derecho, lo hace en forma tan errada que debe considerarse como si hubiera prescindido de la norma y en realidad no la hubiera aplicado en absoluto. La supuesta aplicación de la norma debe ser tan inadecuada, y envuelta de un error tan elemental, que ella trasciende la mera comisión de un error en aplicar el derecho y deviene, en vez, en un caso auténtico de no aplicación.*<sup>53</sup>

47. Aparte de su incompatibilidad con el criterio aplicado en casos tales como *MINE* y *CDC*, el problema con esta formulación consiste en que se desciende por la resbaladiza pendiente de la apelación por error de derecho, error de derecho quizá combinado con adjetivos, pero en todo caso error de derecho. El Comité acepta que la noción de esforzarse por aplicar el derecho no es una materia meramente subjetiva. Un laudo no escapará de la nulidad si el tribunal, mientras pretende aplicar el derecho relevante, realmente aplica otro derecho completamente diferente.<sup>54</sup> Sin embargo, el error debe ser “manifiesto” e indiscutible; no es suficiente un malentendido (y menos aún un desacuerdo) respecto del contenido de una norma particular.

48. Consideraciones similares se aplican a un reclamo de que un tribunal ha fallado *ex aequo et bono*, esto es, con fundamento de equidad general no limitado por el derecho. Debe destacarse que el Artículo 42(3) del Convenio CIADI se refiere a la resolución *ex aequo et bono* de *disputas*, i.e., de la materia sustancial sometida al tribunal. Esto es diferente de tomar en cuenta consideraciones de justicia al aplicar el derecho. Por ejemplo, las normas jurídicas individuales a menudo requerirán que se tome en cuenta la Justicia o se haga un balance de los intereses involucrados. Este es el caso del estándar de trato justo y equitativo, que el Tribunal debía aplicar.

### **(3) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento**

49. Relativamente poco necesita ser dicho acerca de esta causal de nulidad. Sucesivos comités han aprobado el siguiente extracto de la decisión de anulación en *Wena Hotels*:

*El Solicitante tiene que identificar la norma fundamental de procedimiento de la que el Tribunal se ha desviado y tiene que probar que dicha desviación ha sido seria.*

*[El Artículo 52(1)(d)] se refiere a un conjunto de criterios mínimos de procedimiento que deben ser respetados como un asunto de derecho internacional. Es esencial, como una materia de procedimiento, que a cada parte se otorgue el derecho a ser oída ante un tribunal independiente e imparcial. Esto incluye el derecho de exponer su demanda o su defensa y de producir todos los argumentos y la prueba en sustento de la misma. Este derecho fundamental debe ser garantizado en un nivel igualitario, de una manera que permita a cada parte responder adecuadamente a los argumentos y pruebas presentados por la otra ...*<sup>55</sup>

El énfasis es así en el debido proceso, no en la sustancia del Laudo en sí mismo, asunto de que tratan los párrafos (b) y (e) del Artículo 52(1) del Convenio CIADI.

### **(4) Falta de motivación del Laudo**

50. De mayor relevancia para el presente caso es la falta de motivación del Laudo. El Tribunal, en el caso *Vivendi*, discutió esto en los siguientes términos:

*[S]e acepta tanto en los casos como en la literatura que el Artículo 52 (1)(e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes .... Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresen sus razones.*

*En la opinión del Comité, la anulación conforme al Artículo 52 (1)(e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal. Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un Comité ad hoc debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en, efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas.*<sup>56</sup>

En otros casos de anulación, los comités han expresado puntos de vista similares.<sup>57</sup>

51. La Demandada parece aceptar este criterio, enfatizando principalmente que un Comité sólo puede llenar los vacíos en el razonamiento de un tribunal en limitadas circunstancias, i.e. donde la razón faltante esté claramente implícita o sea tan obvia que no requiera ser expresada.<sup>58</sup>

## (5) **Ámbito de la autoridad de anulación**

52. Hasta ahora, en cada decisión de anulación, el Comité *ad hoc* ha proclamado que ésta no constituye una corte de apelación de un tribunal.<sup>59</sup> Esto se evidencia tanto en los términos de los Artículos 52 y 53 del Convenio CIADI, como también en sus *travaux*.<sup>60</sup> Sin embargo, la Solicitud de Chile plantea un problema sobre la función de la anulación en casos en los cuales (como el presente) no existe error jurisdiccional, falla procesal evidente, ni negativa a decidir.

53. En su opinión experta, adjunta a la Réplica de la Demandada, Sir Arthur Watts argumenta a favor de un rol más amplio de los Comités de anulación en relación con la corrección sustantiva de los laudos del CIADI, dándole un margen de revisión más extenso. Él reconoce el argumento opuesto (planteado en la competente opinión experta del Profesor Schreuer):<sup>61</sup>

*Puede señalarse, por supuesto, que el hecho de que un Comité ad hoc se dedique a determinar si el error o prescindencia del derecho aplicable incurrido por el tribunal es o no grave, o si se refiere o no a algún aspecto mayor del derecho aplicable, o si ese aspecto mayor tiene importancia directa en el caso sometido ante el tribunal, implicaría inmiscuirse en un grado inaceptable en los méritos de la decisión del tribunal. Pero no existe una impropiedad mayor en un Comité ad hoc que actúa de esta forma en el interés de asegurar la justicia fundamental del proceso arbitral que dicho Comité asuma considerar casos complejos (y discutibles) de presunto exceso de poder (y si, de haberse producido un exceso, éste es manifiesto), o si el tribunal ha expresado o no las razones para su decisión cuando la respuesta a ese mismo interrogante está envuelta en las páginas de un laudo complejo, o cuando no habiendo el tribunal expresado las razones la Comisión ad hoc debe con todo reconstruir (en realidad, inventar) el razonamiento del tribunal, o con la determinación de si alguno de los requerimientos adverbiales o adjetivos del Artículo 52(1) han sido satisfechos ('apropiadamente,' 'manifiestamente,' 'serio,' 'fundamental'). Estas no son materias de fácil resolución mediante la aplicación de reglas simples, sino materias para razonamiento, cuyo ejercicio es exactamente la labor que las Comisiones ad hoc están bien posicionadas para realizar.*<sup>62</sup>

54. Es innegable que los comités de anulación tienen una función que desempeñar dentro del sistema del CIADI, que consiste en asegurar "la justicia fundamental del proceso arbitral." Es cierto también que las causales de nulidad no distinguen formalmente (como, por ejemplo, sí lo hace el Derecho Modelo de UNCITRAL) entre errores jurisdiccionales y errores relativos a los méritos de la disputa, y que una manifiesta extralimitación de facultades bien podría producirse respecto de una cuestión de méritos. Al mismo tiempo, el rol de un Comité *ad hoc* en el sistema CIADI es limitado. No puede sustituir la determinación del tribunal sobre los méritos de la disputa, ni puede dirigir a un tribunal, reasumiendo el caso, sobre la forma en que debe resolver los aspectos sustanciales en litigio. Todo lo que puede hacer es anular la decisión del tribunal: puede extinguir la *res judicata* pero sobre una cuestión de méritos, más no puede crear una nueva.<sup>63</sup> Una aproximación más intervencionista de los Comités sobre los méritos de las disputas tendría el riesgo de un ciclo renovado de tribunal y procedimientos de anulación, del tipo observado en *Klöckner* y *AMCO*. Dado que (tras un comienzo incierto) sucesivas decisiones de comités *ad hoc* han establecido con razonable claridad la extensión y límites de las causales de anulación conforme al Artículo 52, el Comité considera que "la justicia fundamental del proceso arbitral" bajo el Convenio es mejor servida adhiriéndose a la postura establecida. Esto se refuerza con dos consideraciones, una general y otra específica. La consideración general consiste en que el Artículo 52(1), según las interpretaciones dadas por sucesivos comités, permite un control de calidad. La consideración específica, en el presente caso, es que, independientemente de si a uno le satisface o no la decisión del Tribunal, a ella se llegó realmente, con un fundamento acotado y específico, sin inferencias sistemáticas a los asuntos controversiales de la ley de protección de la inversión.

## **E. Las Causales De Nulidad Invocadas**

### **(1) Relación entre las causales anulación**

55. En su Memorial de Anulación, la Demandada tiende a presentar su reclamo de una forma condensada: por ejemplo, reclama la "omisión [del Tribunal] en aplicar o explicar la aplicación" del derecho internacional o del derecho chileno.<sup>64</sup> Por supuesto, un aspecto de un laudo puede ser susceptible de impugnación por más de una causal, no obstante lo cual es necesario distinguir entre las diferentes causales de impugnación. La omisión en la aplicación de la ley que corresponde (en el sentido explicado en el párrafo 46 anterior) puede involucrar una manifiesta extralimitación de facultades; la falta de explicación acerca de su aplicación se refiere específicamente a falta de motivación del laudo. Ambas causales pueden estar relacionados íntimamente en un caso, pero ellas son analíticamente diferentes.

## (2) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento

56. Es conveniente, primero, tratar la causal de anulación establecida en el Artículo 52(1)(d): “*que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.*” La Demandada argumenta que:

*[A] sostener que faltó un tratamiento justo y equitativo, el Tribunal no consideró, ni respondió de otra forma a la abundante prueba presentada por las Partes respecto de aspectos esenciales en el conflicto, que hubieran afectado significativamente tanto la declaración de responsabilidad como la evaluación de la indemnización. Por ejemplo, el Tribunal no consideró las opiniones de expertos presentadas por ambas Partes en una serie de puntos, incluyendo la interpretación sustantiva de los Contratos de Inversión Extranjera y del DL 600, un elemento clave para su conclusión en relación con el trato justo y equitativo. Más aún, existen numerosas referencias a lo largo del Laudo en las que el Tribunal simplemente reproduce los argumentos importantes expuestos por cada parte sin analizar o extraer conclusiones en relación con dichas cuestiones. Por consiguiente, el Tribunal se desvía seriamente de su obligación fundamental de otorgar a las partes el derecho de ser oídas, y el Laudo debe ser anulado.*<sup>65</sup>

El asunto, empero, no fue desarrollado posteriormente en la Réplica ni en los alegatos.<sup>66</sup>

57. El Artículo 52 distingue entre quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y la falta de motivación del laudo. La omisión en declarar las razones es una causal independiente de anulación y no existe motivo para pensar que ella haya sido duplicada en el epígrafe del Artículo 52(1)(d).<sup>67</sup> Cabe imaginar, en primer lugar, que un laudo pudiere referirse a los argumentos de las partes de un modo tan defectuoso o impreciso que evidencie que dichos argumentos no fueron oídos. Sin embargo, no puede sugerirse que esto haya sucedido en el presente caso. Por lo tanto, los argumentos transcritos en el párrafo anterior serán tratados bajo el título falta de motivación. No existe indicación, en el presente caso, de que se hayan cometido quebrantamientos de normas de procedimiento y, menos aún, que estos hayan sido graves.

## (3) Trato justo y equitativo: manifiesta extralimitación de facultades

58. Ya ha sido discutido el alcance de la manifiesta extralimitación de facultades como una causal de anulación.<sup>68</sup> La Demandada reclama que el Tribunal, o bien omitió aplicar el derecho internacional y el derecho chileno a los problemas a los que debería haberlos aplicado, o los aplicó de una forma tan superficial e insostenible que equivale a su no aplicación.

59. Esto plantea tres interrogantes: (1) ¿qué derecho era en realidad el aplicable a un aspecto determinado, de acuerdo con el Artículo 42 del Convenio CIADI?; (2) ¿qué derecho pretendió el Tribunal aplicar a ese aspecto?; (3) ¿existe algún fundamento para concluir que la decisión del Tribunal implicó una manifiesta inaplicación de la ley correspondiente, en el sentido preciso explicado en el párrafo 46 precedente?

60. Alternativamente, la Demandada sostiene que, en defecto de algún derecho identificable, el Tribunal decidió aspectos esenciales *ex aequo et bono* sin estar autorizado para actuar de esa forma. Las Partes convienen en que el Tribunal no estaba facultado bajo el Artículo 42(3) para dirimir la disputa sobre una base *ex aequo et bono*, de manera que la cuestión aquí es si él actuó de esa forma y con qué consecuencias.

### (a) No aplicación del derecho internacional

61. El Artículo 42(1) del Convenio CIADI estipula:

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

El TBI tenía vigencia al momento de los hechos que dieron origen a la demanda. La demanda de MTD es por “*la presunta infracción de algún derecho conferido o creado por este Tratado con respecto a una inversión por dicho inversionista*” (TBI, Artículo 6(1)(ii)), de manera que el derecho internacional, en cuanto derecho apropiado del TBI, es aplicable a esa demanda y a la consiguiente defensa. La Demandada insiste —y las Demandantes no discrepan— en que el Tribunal tenía que aplicar a la demanda el derecho internacional en su conjunto y no aisladamente las disposiciones del TBI.

62. Por su parte, el Tribunal también estuvo de acuerdo. Declaró:

[A] los efectos del párrafo 1 del Artículo 42 del Convenio, las partes se han sometido a este arbitraje según lo dispuesto en el TBI. Dado que dicho instrumento es un tratado, el acuerdo de arbitraje en el marco del TBI exige que el Tribunal aplique el derecho internacional.<sup>69</sup>

El Tribunal procedió a aplicar el derecho internacional a cuestiones tales como el alcance de la cláusula NMF en relación con otros tratados chilenos, la interpretación del TBI, en particular su cláusula de tratamiento justo y equitativo, y la reparación, incluyendo causalidad y culpa de la víctima.

63. Con respecto a la aplicación del estándar de trato justo y equitativo, la Demandada formula dos críticas principales.<sup>70</sup> Primero, sostiene que el Tribunal confundió el trato justo y equitativo con el tratamiento de la nación más favorecida bajo el Artículo 3(1) del TBI, haciendo incomprensible este aspecto del Laudo.<sup>71</sup> Enseguida, y aún más importante, el Tribunal malinterpretó el criterio de trato justo y equitativo contemplado en el TBI, aplicando un estándar expresado en un dictamen del tribunal de *TECMED* que no representa el derecho internacional y que no puede ser deducido de los Artículos 2(2) y 3(1) del TBI mediante ningún proceso de interpretación. El Comité tratará estos aspectos a continuación.

64. En cuanto al primer punto, el Comité mencionó en el párrafo 27 anterior las dos disposiciones del TBI que incorporan el estándar de trato justo y equitativo. Puso de presente que la cláusula de la nación más favorecida del Artículo 3(1) del TBI<sup>72</sup> importaba un elemento adicional del TBI Croacia–Chile.<sup>73</sup> El Tribunal analizó este aspecto en los siguientes términos:

*La cuestión que se plantea al Tribunal es si las disposiciones del TBI Croacia y del TBI Dinamarca relativas a la obligación de conceder permisos, una vez aprobada una inversión, y al cumplimiento de obligaciones contractuales, respectivamente, pueden considerarse parte de un trato justo y equitativo .... El Tribunal ... ha llegado a la conclusión de que, en el marco del TBI, la norma sobre trato justo y equitativo debe interpretarse en la forma que mejor conduzca al cumplimiento del objetivo del TBI de proteger las inversiones y crear condiciones favorables a la inversión. Estima que el considerar como parte de las protecciones del TBI las incluidas en el párrafo 1 del Artículo 3 del TBI Dinamarca y en los párrafos 3 y 4 del Artículo 3 [sic este debiera entenderse Artículo 4(1)] del TBI Croacia está en consonancia con dicho objetivo. Confirma esta conclusión el hecho de que las exclusiones de la cláusula NMF se refieren a aspectos tributarios y a la cooperación regional, cuestiones ajenas al TBI que, debido al carácter general de la cláusula NMF, las Partes Contratantes consideraron prudente excluir. A contrario sensu, otras cuestiones que pueden considerarse parte del trato justo y equitativo a los inversionistas sí estarían cubiertos por esta cláusula.*<sup>74</sup>

Este pasaje parece confundir la noción de trato justo y equitativo exigida en la primera parte del Artículo 3(1) del TBI Malasia–Chile con el tratamiento de la nación más favorecida requerida en la segunda parte. La cláusula de la nación más favorecida en el Artículo 3(1) no se limita a atraer los niveles más favorables de trato acordados para las inversiones de terceros Estados sólo cuando los mismos puedan considerarse cubiertos por el estándar de trato justo y equitativo. Tal como sucede con cláusulas NMF en general, el Artículo 3(1) implica cualquier tratamiento más favorable extendido a inversiones de un tercer Estado en forma incondicional. Sin embargo, la incertidumbre en el manejo por el Tribunal del Artículo 3(1) no tuvo incidencia en su resolución del presente caso. Por su parte, los Artículos 3(1) del TBI con Dinamarca y 3(3) del TBI con Croacia son diferentes de la noción de tratamiento justo y equitativo, pero las alegaciones de MTD basadas en dichas disposiciones fueron desestimadas. En relación a la estipulación adicional del Artículo 4(1) del TBI con Croacia en el sentido de que el tratamiento justo y equitativo “no será obstaculizado en la práctica,” el Laudo no contiene ninguna referencia al mismo y nada indica que él haya afectado su resultado en alguna forma.

65. En cuanto al segundo punto, la Demandada se centra en la aparente confianza puesta por el Tribunal en el siguiente pasaje del laudo en el caso *TECMED*, respecto al contenido del estándar de trato justo y equitativo:

*[B]rindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto*

con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación.<sup>75</sup>

66. Según la Demandada, “el programa *TecMed* para buen gobierno” es extremo y no refleja el derecho internacional.<sup>76</sup> El dictum en *TECMED* también es objeto de enérgico criticismo por parte de los expertos de la Demandada, Sr. Jan Paulsson<sup>77</sup> y Sir Arthur Watts.<sup>78</sup> Estos destacan, *inter alia*, la diferencia entre el estándar *TECMED* y aquel adoptado en otros casos, incluyendo uno que el Tribunal también citó en una nota al pie de página, pero sin hacer comentarios.<sup>79</sup>

67. El Comité puede apreciar algunos aspectos de estas críticas. Por ejemplo, en *TECMED* la aparente confianza del Tribunal en las expectativas del inversionista extranjero como la fuente de las obligaciones del Estado receptor (tal como la obligación de indemnizar por expropiación) es cuestionable. En principio, las obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar. Un tribunal que busca deducir a partir de dichas expectativas un conjunto de derechos distintos de aquellos contenidos en, o que pueden hacerse cumplir bajo, el TBI bien podría extralimitar sus facultades y, si la diferencia fuese sustancial, podría excederlos manifiestamente.

68. Con todo, el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades en la explicación que dio sobre el de estándar de trato justo y equitativo, por tres razones.

69. La primera consiste en que, desde cualquier perspectiva, las legítimas expectativas generadas como resultado de las tratativas del inversionista con las autoridades competentes del Estado receptor, pueden ser relevantes para la aplicación de las garantías contenidas en un tratado de inversión. Esto es admitido expresamente por la Demandada y por la jurisprudencia.<sup>80</sup> El Tribunal examina más adelante lo relativo a las razonables expectativas de MTD derivadas de la celebración de los Contratos de Inversión Extranjera.

70. En segundo lugar, a juicio del Comité, la formulación del estándar de trato justo y equitativo seguido por el Tribunal fue aquella contenida en el párrafo 113 del Laudo, donde se estableció:

*[A]l tenor del TBI, trato justo y equitativo debe entenderse como trato imparcial y ecuánime, que contribuya a alentar la promoción de la inversión extranjera. En vez de imponer un comportamiento pasivo por parte del Estado o condenar los comportamientos perjudiciales para los inversionistas, el TBI define su objetivo en forma activa (“promover,” “crear,” “estimular”).<sup>81</sup>*

La decisión en *TECMED* fue citada en apoyo de este criterio, no en su reemplazo.

71. En tercer lugar, y por sobre todo, un criterio formulado en estos términos es defendible desde el punto de vista del derecho internacional y no compromete una errónea caracterización en el sentido indicado en el párrafo 46 precedente. Hasta qué medida un Estado está obligado a ser pro-activo bajo el estándar de trato justo y equitativo está abierto a debate, pero es más una cuestión de aplicación del criterio que de su formulación; y, en todo caso, el énfasis de la formulación del Tribunal está en el “trato imparcial y ecuánime.” En particular, el Tribunal no expresa la obligación en una forma tal que elimine la distinción entre actos y omisiones o que evite todos los elementos de riesgo para el inversionista. Eso es suficiente para los efectos del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI. En breve, en la articulación de este criterio no existe indicio de que el Tribunal incurriera en una extralimitación de facultades, menos aún de que lo hiciera manifiestamente.

## **(b) No aplicación del derecho chileno**

72. Según se ha señalado anteriormente, la *lex causae* en este caso, fundada en una infracción del TBI, fue el derecho internacional. Sin embargo, a menudo será necesario para los tribunales de TBI aplicar el derecho del Estado receptor, necesidad reforzada en el caso de los tribunales CIADI por aplicación del Artículo 42(1) del Convenio CIADI. Sea que el derecho aplicable en este caso derive de la primera o de la segunda frase del Artículo 42(1) es irrelevante: el Tribunal debiera haber aplicado el derecho chileno a aquellas materias en las

que era necesario para su decisión y en las que el derecho chileno era el derecho que regía. Al mismo tiempo, las implicaciones de algún punto de derecho chileno en una demanda sujeta al TBI son materia que al derecho internacional corresponde determinar. En suma, ambos derechos eran potencialmente relevantes.

73. El Tribunal señaló otro tanto. Las Demandantes habían alegado que debido a que el incumplimiento de los Contratos de Inversión Extranjera había adquirido un carácter internacional como consecuencia de la cláusula “paraguas” del TBI danés, los mismos Contratos eran regidos por el derecho internacional. El Tribunal discrepó:

*El incumplimiento del TBI se rige por el derecho internacional. No obstante, para determinar los hechos del incumplimiento será necesario considerar las obligaciones contractuales asumidas por la Demandada y las Demandantes, y el alcance de dichas obligaciones según la legislación chilena.*<sup>82</sup>

De hecho, el Tribunal aplicó derecho chileno al sostener que Chile no había incurrido en incumplimiento contractual:

*El Tribunal acepta que la autorización para invertir en Chile no tiene carácter general y que sólo constituye el inicio de un proceso para obtener los permisos y aprobaciones necesarios de los diversos organismos y departamentos del Gobierno. También acepta que el Gobierno debe proceder de conformidad con sus propias leyes y políticas para otorgar tales permisos y aprobaciones. En caso contrario, la Cláusula Cuarta del Contrato de Inversión Extranjera carecería de sentido. Por lo tanto, el Tribunal llega a la conclusión de que Chile no violó el TBI con motivo del incumplimiento de los Contratos de Inversión Extranjera.*<sup>83</sup>

74. Chile alega que, a pesar de las declaraciones del Tribunal de haber aplicado derecho chileno a dichas cuestiones, en la práctica no lo hizo:

*El Tribunal omite ... mencionar o explicar si o cómo aplicó el derecho chileno a aquellas partes de su determinación respecto del trato justo y equitativo que requieren una interpretación de los Contratos de Inversión Extranjera.*

*El silencio del Tribunal en este punto significa que el Tribunal omitió completamente aplicar derecho chileno para determinar las obligaciones de las Partes o para interpretar el significado sustantivo del DL 600 y de los Contratos de Inversión Extranjera; de esta forma, el Tribunal manifiestamente se extralimitó en sus facultades ....*

*No existe, de hecho, prueba alguna de que el Tribunal aplicara derecho chileno. Es cierto que el Tribunal citó o parafraseó partes de los Artículos Tres y Doce a Quince de la Ley chilena sobre Inversión Extranjera, el DL 600. Sin embargo, la mera repetición de los artículos de la ley, claramente no es la aplicación del derecho chileno. Es importante destacar que las Partes presentaron extensos argumentos, sustento probatorio, y el testimonio de testigos de los hechos y expertos sobre derecho chileno que el Tribunal acuñó como uno de los ‘puntos centrales’ o ‘elemento[s] clave’ de su conclusión sobre el trato justo y equitativo, a saber el ámbito de la aprobación de los Contratos de Inversión Extranjera. El debate en el corazón de este aspecto era si la Ley chilena sobre Inversión Extranjera (el DL 600) o los Contratos de Inversión Extranjera autorizaban, como la República de Chile aseveró, simplemente la transferencia de capital extranjero, o, como MTD afirmó, el proyecto propuesto en la ubicación propuesta.*<sup>84</sup>

75. Al considerar los efectos de los Contratos de Inversión Extranjera en el trato justo y equitativo, el Tribunal enfrentó un asunto híbrido. El significado de un contrato chileno es un asunto de derecho chileno; sus implicaciones en términos de una demanda de derecho internacional son un asunto de derecho internacional. El Comité retornará a las razones esgrimidas por el Tribunal para su decisión sobre las implicaciones de la conducta del CIE. Para el presente propósito, basta señalar que el Tribunal aparentemente aplicó derecho chileno a los aspectos regidos por éste (tal como el ámbito de la autoridad del CIE), y que nada sugiere que haya calificado erróneamente el alcance del derecho chileno en su decisión acerca del estándar de trato justo y equitativo. Si se aplicó el derecho chileno (o en su caso el derecho internacional) en forma correcta, en una materia comprendida dentro de la jurisdicción del Tribunal, no corresponde decidirlo al Comité en una solicitud de anulación.

### **(c) Decisiones ex aequo et bono no autorizadas**

76. En forma extensa, como corolario de los argumentos discutidos en las dos secciones anteriores, la Demandada sostiene que, habida cuenta de que “los fundamentos de las determinaciones del Tribunal no pueden ser identificados,” cabría inferir que “el Tribunal parece emitir su decisión ex aequo et bono (a menos que el Tribunal, de

hecho, no haya seguido principio alguno).<sup>85</sup> En su Réplica, por otro lado, la alegación concierne esencialmente a la determinación de los perjuicios. Al respecto Chile asevera que:

*La omisión del Tribunal en hacer referencia alguna a un precepto legal en su reducción de la indemnización conduce a la conclusión de que el Tribunal emitió su decisión ex aequo et bono.*<sup>86</sup>

77. En general, nada sugiere que el Tribunal haya declarado cualquier jurisdicción para dirimir la disputa bajo el Artículo 42(3) del Convenio, o que la sustancia de su decisión haya sido tomada con base en la equidad general. El Comité ya trató el tema de la ley aplicada por el Tribunal; en las secciones siguientes se abordará el relativo a la suficiencia del razonamiento del Tribunal, tanto en relación con la sustancia como con los perjuicios. A la luz de las conclusiones del Comité sobre estos aspectos, no existe fundamento para el reclamo de que el Tribunal ejerciera poder para decidir *ex aequo et bono*.

#### **(4) Tratamiento justo y equitativo: falta de motivación**

78. La segunda impugnación a la decisión es, en importancia, la que atañe a la omisión del Tribunal en declarar las razones en que se fundó para decidir. Cabe recordar que la reiterada jurisprudencia de los comités *ad hoc* ha considerado que esta causal de nulidad hace referencia a la ausencia de razonamiento, más que a la brevedad o impropiedad del mismo — “la omisión de expresar motivo *alguno* respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes.”<sup>87</sup> También se ha establecido que una contradicción absoluta e inexplicada, puede considerarse una falta de motivación.

79. Una cuestión inicial es la relativa a la contradicción absoluta o categórica. En su Opinión Experta, acompañada a la Réplica, Sir Arthur Watts manifestó que aparentemente existe una contradicción formal en el Capítulo VII del Laudo que contiene la parte dispositiva.<sup>88</sup> En el párrafo 253(1) el Tribunal expresó su conclusión principal como sigue: “La Demandada ha violado las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1 del Artículo 3 del TBI.” En el párrafo 253(7), el Tribunal declara que “*Todas las demás reclamaciones presentadas en este arbitraje se consideran desestimadas.*” Según antes se indicó, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones es reiterada en los mismos términos en los Artículos 2(2) y 3(1) del TBI.<sup>89</sup> Si pudiera estimarse que las Demandantes interpusieron dos demandas separadas por incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo, una bajo el Artículo 2(2) y otra bajo el Artículo 3(1), podría parecer que la parte dispositiva del Laudo acogió una demanda y rechazó la otra, sin explicar la diferencia entre ambas.

80. Sin embargo, en realidad, no existen obligaciones distintas de tratamiento justo y equitativo bajo los Artículos 2(2) y 3(1) del TBI, ni se interpusieron demandas diferentes por el incumplimiento de esa obligación.<sup>90</sup> La referencia a “otras reclamaciones” en el párrafo 253(7) alude a los diversos reclamos presentados por MTD que el Tribunal rechazó, no a la demanda que acogió, y la falta de referencia específicamente al Artículo 2(2) en el párrafo 253(1) no repercutió en las conclusiones del Laudo. Ello no es un argumento para la anulación.

81. En cuanto a las cuestiones de fondo, el Tribunal enfatizó la coexistencia de dos hechos: la aprobación del CIE del Proyecto en términos que especificaba su ubicación, generando una legítima expectativa de que el Proyecto al menos era, en principio, factible desde un punto de vista de la regulación, y la determinación por parte de las autoridades urbanísticas competentes, en esa época, de que el Proyecto no era factible. Basado en el principio de la “unidad del Estado” para con los inversionistas extranjeros, el Tribunal declaró que lo anterior constituía un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo contemplado en el Artículo 3(1). La Demandada, mediante argumentos y testimonio experto, ataca estas tres conclusiones como esencialmente infundadas y no demostradas.<sup>91</sup> El Comité resumirá el razonamiento del Tribunal respecto de cada una de dichas conclusiones antes de aplicar el criterio para la anulación previsto en el Artículo 52(1)(e).

#### **(a) Los efectos de la aprobación del CIE**

82. La Demandada ataca como infundada la conclusión del Tribunal de que:

*La aprobación de un proyecto en una determinada ubicación permitiría a un inversionista suponer, prima facie, que su ejecución en esa ubicación es factible desde el punto de vista normativo.*<sup>92</sup>

Sostiene que “el Tribunal omite explicar cómo fue de hecho posible para MTD formular cualesquiera expectativas, *prima facie* o de otro modo, respecto de su inversión,”<sup>93</sup> atendida la prueba rendida por la Demandada de que no

pudo existir tal expectativa bajo el derecho chileno derivada de las decisiones del CIE y la ausencia de prueba de que MTD tuviese alguna tal expectativa en las época relevante.

83. El Tribunal inició su consideración de los aspectos fácticos en disputa exponiendo in extenso los argumentos de las Partes.<sup>94</sup> Previamente había explicado los hechos con cierto detalle, indicando cuáles eran controvertidos.<sup>95</sup> En cuanto a los efectos de la aprobación del CIE, los siguientes puntos se encuentran consignados en el Laudo, sea como hechos no discutidos o como conclusiones del Tribunal:

- El CIE estaba informado del Proyecto propuesto y fue consultado por MTD acerca del mismo.<sup>96</sup>
- El CIE era un órgano del Estado chileno compuesto por ministros y funcionarios; se declaró que tenía un rol de coordinación en la admisión de las propuestas de inversión sometidas al mismo: “*resulta evidente que, según DL 600, el CIE debe desplegar un mínimo de diligencia tanto interna como externamente.*”<sup>97</sup>
- Los Contratos de Inversión Extranjera, redactados por el CIE, especificaban en forma inequívoca la ubicación y propósito de la inversión.<sup>98</sup>
- Con la suscripción del primer Contrato de Inversión Extranjera MTD se obligaba a efectuar la inversión; un cambio en la ubicación del proyecto, habría requerido otra autorización del CIE.<sup>99</sup>
- El Artículo 4 de los Contratos de Inversión Extranjera estableció claramente que la autorización se daba “sin perjuicio de” otras autorizaciones exigidas por la legislación y los reglamentos chilenos. El Tribunal acepta que la autorización del CIE para invertir en Chile “*no tiene carácter general y que sólo constituye el inicio de un proceso para obtener los permisos y aprobaciones necesarios de los diversos organismos y departamentos del Gobierno ... el Gobierno debe proceder de conformidad con sus propias leyes y políticas para otorgar tales permisos y aprobaciones.*”<sup>100</sup>
- El Contrato de Promesa estaba condicionado a la aprobación de la inversión por el CIE.<sup>101</sup>

#### **(b) La “política urbana” de Chile**

84. La Demandada alega que la “política urbana,” en que el Tribunal se basó, es imprecisa y equívoca: algunas veces el Tribunal la presenta como la política incorporada en el PRMS, y otras como una política en contra del cambio del PRMS.<sup>102</sup> En relación con esta última, afirma la Demandada que no existió tal política y ciertamente no existía al tiempo en que el CIE aprobó la inversión; en cuanto la primera, MTD sabía que se necesitaba la aprobación urbanística, conforme al PRMS.

85. Sobre el particular, el Tribunal concluyó que:

- Para la época en que el Proyecto fue aprobado por el CIE, el SEREMI era de la opinión (y así lo había informado el Ministro) de que aquél no podría ser ejecutado.<sup>103</sup> Él jamás abandonó ese parecer.<sup>104</sup>
- El Ministro no concurrió a las reuniones importantes del CIE, a pesar de la norma del DL 600 que contempla la asistencia de otros ministros relevantes.<sup>105</sup>
- No se probó que MTD tuviera conocimiento de la oposición del SEREMI al Proyecto antes de la firma de los Contratos de Inversión Extranjera; era “razonable suponer” que ninguna advertencia categórica había sido dada a MTD, como Chile alegó.<sup>106</sup>
- La primera notificación escrita de Chile a MTD, de que era improbable que el Proyecto fuera aprobado, fue la carta del SEREMI de 3 de junio de 1998.<sup>107</sup>

86. La Demandada sostiene que “*la política contraria al cambio de zona de El Principaly de la modificación del PMRS*”<sup>108</sup> no se había formado para la época de la primera decisión del CIE. Asimismo, argumenta que la idea de una supuesta “meta-política” carece de sentido: no existía sino el PRMS y una discreción para modificarlo o no, discreción cuyo ejercicio competía exclusivamente a Chile. A este respecto, cabe hacer dos precisiones: la primera, que la posición de Chile ante el Tribunal fue la de sostener que la política en contra del desarrollo urbano en

Pirque ya existía al momento de la primera aprobación del CIE<sup>109</sup>; la segunda, que presentó prueba ante el Tribunal, consignada en el Laudo, de que la posición de las autoridades urbanísticas nunca cambió.<sup>110</sup>

### **(c) Incoherencia entre la conducta chilena y la “unidad del Estado”**

87. Evidentemente, el Tribunal puso considerable énfasis en la “unidad del Estado” para llegar a su conclusión bajo el Artículo 3(1). El Laudo se refiere al punto no menos de cuatro veces:

*Lo que el Tribunal pone de relieve aquí es la incoherencia en el proceder de dos sectores del gobierno frente al mismo inversionista, incluso cuando el marco jurídico del país otorga un mecanismo de coordinación.*<sup>111</sup>

*[E]n el caso que nos ocupa, Chile no es una parte pasiva y la coherencia en el proceder de los diversos funcionarios por intermedio de los cuales actúa no es responsabilidad del inversionista sino de Chile.*<sup>112</sup>

*Chile también tiene la obligación de actuar con coherencia y de aplicar sus políticas de manera sistemática, independientemente de cuan diligente sea el inversionista. Conforme al derecho internacional (que este Tribunal debe aplicar a las diferencias surgidas en el marco del TBI), el Estado de Chile debe ser considerado por el Tribunal como una unidad.*<sup>113</sup>

*El Ministro Hermosilla y el CIE eran dos canales de comunicación diferentes de la Demandada con terceros, pero, a los efectos de las obligaciones contraídas por Chile en virtud del TBI, ambos representaban a Chile como una unidad, como un monolito, para usar la expresión de la Demandada.*<sup>114</sup>

88. En opinión de Chile, lo anterior desconoce el derecho del Estado receptor y la necesaria separación de poderes que es la base del estado de derecho. Los órganos del Estado pueden tener diversas obligaciones y preocupaciones: la inconsistencia de política entre ellos no implica necesariamente una infracción del derecho internacional. La sola circunstancia de que las decisiones del CIE sean atribuibles al Estado de Chile no justifica conceder al CIE mayor autoridad que la que realmente tenía, y proceder de esa forma es confundir los conceptos diferentes de atribución e incumplimiento. De esta forma, nuevamente, a pesar de la repetición por el Tribunal del argumento de la “unidad,” éste esencialmente es dejado sin explicación.<sup>115</sup>

89. El Comité concuerda en que mezclar atribución e infracción requeriría de una explicación e importaría una confusión, si no una errónea caracterización del derecho. Sin embargo, el Comité no comparte la idea de que el Tribunal hubiere incurrido en tal yerro. Por ejemplo, la conducta del Alcalde de Pirque, en su condición oficial, fue atribuible al Estado,<sup>116</sup> pero el Tribunal no sugirió que esto diera lugar a algún problema ante el TBI. Su planteamiento es que el CIE era un órgano del Estado de rango superior, cuyos actos formales podían ser considerados significativos en términos de la aceptación de la inversión: esto, como se ha visto, lo explicaba.

### **(d) Conclusión**

90. La pregunta para el Comité no es si el razonamiento del Tribunal es inobjetable, sino si es anulable con arreglo al Artículo 52(1)(e). Esto es, en definitiva, un asunto de apreciación, teniendo en cuenta la distinción entre nulidad y apelación.<sup>117</sup>

91. El Comité declara lo siguiente: primero, la noción de factibilidad de regulación desarrollada por el Tribunal (y aplicada consistentemente) no es un concepto de derecho chileno y no fue presentada como tal: fue propuesta por el Tribunal en el contexto del Artículo 3(1) del TBI. Segundo, no es incoherente o contradictorio afirmar que, en una situación dada, un Proyecto puede avanzar y continuar con la evaluación de la regulación, sobre la base de que podría ser aprobado conforme al derecho del Estado receptor. El Tribunal no se contradijo al sostener, por una parte, que MTD pudo haber esperado de sus contactos y contratos con el CIE que el Proyecto fuese factible y, por otro, que no tenía derecho a un permiso urbanístico. Tercero, se presentaron pruebas ante el Tribunal —entre las que se destaca la carta del SEREMI González de 3 de junio de 1998— que sustentaron la conclusión del Tribunal de que las autoridades competentes en ningún momento estuvieron dispuestas a considerar que el Proyecto era factible desde la perspectiva de la regulación. La versión de la Demandada acerca de la reunión del 6 de noviembre de 1996 también era consistente con su conclusión (y la versión de las Demandantes no la contradujo).<sup>118</sup> Cuarto, era potestativo del Tribunal poner énfasis, desde la perspectiva de la protección de la inversión extranjera, en las facultades y la composición del CIE; el Tribunal en su razonamiento se refirió claramente y con alguna extensión a ese aspecto. Más aún, el Tribunal lo hizo no desde el punto de vista de la atribución —es indiscutible que el

CIE es un órgano del Estado chileno y que los contratos de inversión extranjera son celebrados por el CIE en representación del Estado— sino desde la visión de la trascendencia que debe asignarse al acto jurídico de contratar para un Proyecto en una ubicación específica.

92. En definitiva, la pregunta es si un lector informado del Laudo comprendería las razones expuestas por el Tribunal e identificaría alguna contradicción fundamental en ellas. En opinión del Comité, la respuesta a dicho interrogante, en el presente caso, es que las razones son suficientemente claras, están suficientemente expuestas y no existe contradicción material en ellas. Por lo tanto, no se configura la causal de anulación consagrada en el Artículo 52(1) (e).

### **(5) Culpa concurrente**

93. La conclusión del Tribunal a este respecto ya ha sido destacada.<sup>119</sup> La Demandada la impugna con dos argumentos básicos, ambos fundamentados en la falta de motivación.

94. El primero se refiere a la relación de causalidad. A juicio de la Demandada, las propias conclusiones del Tribunal respecto de la debida aplicación del derecho chileno significaban que el Proyecto no habría podido continuar bajo ninguna circunstancia. En concepto de la Demandada, la apreciación del Tribunal contiene una discrepancia fundamental entre la conclusión de que el Contrato de Inversión Extranjera no confería a MTD un derecho a un permiso urbanístico (y las inferencias adicionales de que las solicitudes fueron debidamente rechazadas por la autoridades chilenas competentes), por un lado, y la decisión de que Chile había causado parte de los daños, por el otro. La Demandada pone como ejemplo el rechazo por COREMA (la *Comisión Regional del Medio Ambiente, Región Metropolitana*) de la declaración de impacto ambiental del Proyecto:

*La conclusión del Tribunal de que COREMA actuó adecuadamente al rechazar la DIA es importante en cuanto significa que aun si el PRMS hubiese podido ser modificado, MTD no podría haber proseguido con su proyecto por cuanto COREMA, tal como el propio Tribunal declaró, lo había rechazado válidamente. Es increíble que el Tribunal reconozca esta conclusión pero no haga nada para tratar el obvio conflicto. Basado en lo anterior, no es claro cómo el Tribunal pudo deducir que Chile es directamente responsable de los daños reclamados por MTD. Es aun más inconcebible que el Tribunal pudiera anunciar su inferencia sin suministrar ninguna explicación de la forma en que arribó a su conclusión.*<sup>120</sup>

95. Como el Tribunal dejó constancia, la declaración de impacto ambiental era parte de un esfuerzo del Concejo Municipal de Pirque por evitar el impacto del PRMS mediante la obtención de la aprobación de un Plan Seccional. La propuesta de Plan Seccional fue presentada el 11 de agosto de 1998; la declaración de impacto ambiental correspondiente lo fue el 8 de septiembre de 1998 y fue rechazada el 26 de noviembre de 1998, luego de que el Ministro hubiese informado finalmente a MTD que el PRMS no podría ser modificado ni evitado.<sup>121</sup> La causa principal por la que COREMA rechazó la declaración de impacto ambiental —como parecería obvio— era su incompatibilidad con zonificación existente del terreno, justo como el Ministro lo había afirmado.<sup>122</sup>

96. El Tribunal consideró el rechazo por la COREMA en forma más bien escueta; al tratar las medidas irrazonables y discriminatorias, señaló:

*Hasta cierto punto, esta reclamación ha sido examinada por el Tribunal como parte del análisis relativo al trato justo y equitativo. La aprobación de una inversión contraria a la política urbana del Gobierno puede considerarse igualmente irracional. Por otra parte, los cambios del PRMS en relación con Chacabuco o, más recientemente, la Modificación No. 48, como explica la Demandada, no exigen de la obligación de realizar cambios específicos en el PRMS cuando los terrenos están clasificados como de “interés silvoagropecuario.” Por consiguiente, no hay base para considerar que las modificaciones introducidas al PRMS son discriminatorias. El Tribunal también se da por satisfecho con la explicación sobre el rechazo del EIA por parte de COREMA.*<sup>123</sup>

97. Lo que la Demandada presenta como una cuestión de causalidad, cabe reconocer, sólo aparece en forma implícita en este pasaje. Pero la razón es perfectamente clara: la infracción del estándar de trato justo y equitativo percibida por el Comité no se produjo en ninguna de las decisiones posteriores de las entidades chilenas que declinaron autorizar el Proyecto.<sup>124</sup> Lo que se sostuvo que configuró el incumplimiento del criterio de tratamiento justo y equitativo fue el acto del CIE, un órgano del Estado chileno, al aprobar una inversión específica con referencia a una ubicación en la que no era posible su ejecución. La conclusión del Tribunal a ese respecto resiste un cuestionamiento de nulidad, por los motivos antes expuestos. Sin la decisión del CIE de admitir la inversión, el

daño no se habría producido. Por el contrario, ninguna cuestión independiente de causalidad fue alegada en relación con la decisión de COREMA del 26 de noviembre de 1998, o con cualquiera de las otras decisiones tomadas conforme al derecho chileno. Distinta habría sido la posición si el Tribunal hubiese ordenado la reparación de los perjuicios derivados de la pérdida por la no ejecución del Proyecto, por la vía del lucro cesante, lo que no hizo, dado que MTD nunca adquirió el derecho a que el Proyecto siguiera adelante.

98. El segundo argumento de reclamo en relación con esta conclusión es que, incluso si alguna distribución de la responsabilidad fuese apropiada (un proceso aludido en los alegatos de la Demandada como una negligencia comparativa),<sup>125</sup> el Tribunal no ofreció razón alguna para distribuir la pérdida en una base 50:50:

*Atendida la omisión del Tribunal en declarar sus razones sobre las cuales redujo la indemnización en un cincuenta por ciento arbitrario y carente de explicación (y no en un cien por ciento), como también su manifiesta falta en aplicar derecho alguno acordado por las Partes en el TBI (sea que el Tribunal aplicara la equidad u otros preceptos no identificados para realizar su reducción de cincuenta por ciento), el Laudo debe ser anulado.*<sup>126</sup>

99. Cabe destacar que e la Demandada, correctamente, no cuestiona la decisión sobre culpa de la víctima como un exceso manifiesto de poderes. En palabras del Artículo 39 de los Documentos de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001:

#### Contribución al perjuicio

*Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.*

La Parte II de los Artículos de la CDI, en la que está ubicado el Artículo 39, trata de los reclamos entre Estados, aunque incluye reclamos presentados en representación de individuos, e.g. dentro del sistema de protección diplomática.<sup>127</sup> No existe razón para no aplicar el mismo principio de contribución a demandas interpuestas por individuos por incumplimiento de un tratado.

100. El Tribunal encontró un incumplimiento del tratado al momento de la admisión de la inversión; sin el acto constitutivo del incumplimiento (la decisión del CIE), la inversión no se hubiese realizado. Asimismo, el Tribunal resolvió que MTD había contribuido significativamente a su propio daño, como se explica con cierto detalle en el Laudo. Habiendo sido alegado el tema de la culpa compartida, el Tribunal procedió inmediatamente a efectuar una apreciación de la contribución comparativa. El Tribunal estimó que la contribución de MTD al daño era de un 50% “una vez deducido el valor residual de su inversión calculado según las consideraciones siguientes.”<sup>128</sup>

101. El Comité concuerda con la Demandada en que podrían haberse dado en este punto razones adicionales para una división 50:50 de los daños. Sin embargo, el Tribunal ya había analizado las culpas de las partes con algún detalle, sosteniendo que, dadas las circunstancias, ambas eran substanciales y significativas. Como sucede a menudo en situaciones de culpa concurrente, y la función de las dos partes que contribuyeron al daño era muy diferente, su medición entrañaba dificultad, por lo que el Tribunal tenía un cierto margen de discrecionalidad para su estimación. Asimismo, en un reclamo atinente a un tratado de inversión en el cual la concurrencia de culpas es relevante, el incumplimiento del demandado normalmente tiene un carácter regulatorio, en tanto que la conducta del demandante es omisiva en la protección de sus propios intereses, más que violatoria de deberes para con el Estado receptor. En tales circunstancias, no es extraño que el daño sea compartido por partes iguales. Los tribunales internacionales que han abordado este tema, con frecuencia, no han dado ninguna “explicación exacta” de los cálculos efectuados.<sup>129</sup> En síntesis, habiendo el Tribunal analizado con alguna extensión las omisiones de ambas partes, no había mucho más que decir, y no se incurría en un error, que diera lugar a la anulación del Laudo, por no decirlo.

#### **(6) La evaluación de los daños**

102. La última área de controversia se refiere a la valoración de los perjuicios. La Demandada objeta este cálculo con base en dos argumentos.

103. Primero, que el Tribunal no dio razones “para declarar responsable a Chile por haber pagado un precio no razonable por el terreno”.<sup>130</sup> Lo que el Tribunal hizo, según se señaló, fue considerar el precio realmente pagado,

descontar el monto que MTD debió haber aceptado por el terreno cuando éste le fue ofrecido por el vendedor, y dividir en dos el monto resultante, atendida la omisión de MTD en protegerse a sí misma, que incluyó la de no haberse resguardado contra el rechazo del permiso urbanístico. En este contexto, a juicio del Comité, el procedimiento que el Tribunal adoptó fue explicado adecuadamente.

104. Segundo, la Demandada reclama por la forma arbitraria e inexplicable en que, según afirma, el Tribunal determinó la fecha de corte para incluir como perjuicios los gastos en que incurrió MTD por concepto del Proyecto:<sup>131</sup>

*El Tribunal omite explicar por qué utilizó la carta del Ministro Henríquez del 4 de noviembre de 1998 como el punto a partir del cual los gastos de MTD serían excluidos del cálculo de los daños. La República de Chile presentó pruebas ante el Tribunal de diversas reuniones entre MTD y funcionarios del gobierno chileno, las que tuvieron lugar con anterioridad a la redacción de la carta del Ministro Henríquez, y que pudieron ser utilizadas como fechas de corte alternativas — así como puntos en los que MTD pudo haber mitigado sus pérdidas— para las determinaciones de los daños por el Tribunal. Durante estas diversas reuniones la República de Chile sostuvo que MTD fue advertida de los obstáculos de regulación que su Proyecto enfrentaba, pero el Tribunal omite determinar la importancia de muchas de estas reuniones.<sup>132</sup>*

La Demandada enumera a continuación una serie de “fechas que el Tribunal pudo haber utilizado como fechas de corte alternativas para su determinación de daños.”<sup>133</sup> Al no explicar la elección del 4 de noviembre de 1998, sostiene la Demandada, el Tribunal no expresó las razones sobre las cuales se basaba una parte esencial de su decisión.<sup>134</sup>

105. En el pasaje precitado (como también en sus alegatos), la Demandada se equivoca respecto de la base sobre la cual se funda la decisión del Tribunal. Si el incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo hubiese dependido de lo que se dijo en determinadas reuniones con funcionarios chilenos, previas a la celebración del primer Contrato de Inversión Extranjera, el Tribunal habría tenido necesariamente que referirse en forma precisa al contenido de dichas reuniones.<sup>135</sup> Sin embargo, ello no constituyó la base de la decisión. Por el contrario, el Tribunal enfatizó que, habiendo un órgano del Estado chileno acordado formalmente, en un contrato escrito, la importación de capital extranjero sustancial para este Proyecto específico, fue sólo el 3 de junio de 1998 cuando se dirigió una declaración oficial por escrito a MTD, indicándole que sería “inconveniente” (i.e., inapropiado) modificar el PRMS, y sólo el 4 de noviembre de 1998 cuando el Ministro responsable dejó claro y por escrito que el Proyecto no continuaría. Las razones de la decisión del Tribunal sobre ese particular – como el Comité ya lo ha señalado — fueron dadas en el Laudo. De este modo, carece de relevancia el hecho de no haber considerado lo que pudo haber ocurrido en las reuniones anteriores, para determinar la fecha de corte para el cálculo de los gastos.

106. En otras palabras, en vista de que el Tribunal declaró que hubo una infracción del estándar de trato justo y equitativo como resultado del Contrato de Inversión Extranjera celebrado el 18 de marzo de 1997, lo que procedía determinar era por cuánto tiempo desde esa fecha en adelante era razonable que MTD incurriera en gastos en la búsqueda de una modificación del PRMS para permitir que el Proyecto pudiese ejecutarse. El Tribunal citó el argumento de las Demandantes de que, habiendo efectuado el mayor compromiso autorizado de capital a comienzos de 1997, “resultaba razonable y consistente con la obligación que tenía MTD de mitigar los daños, que continuara buscando las aprobaciones del Gobierno incluso después de que llegó a ser evidente que los funcionarios del Gobierno se oponían al Proyecto.”<sup>136</sup> El Tribunal consideró como fecha de corte el 4 de noviembre de 1998, fecha en que el Ministro finalmente informó por escrito a MTD su decisión de que el PRMS no sería modificado. En efecto, dado que un órgano compuesto de funcionarios chilenos de rango ministerial había admitido por escrito la inversión, el Tribunal declaró que era razonable que las Demandantes continuaran incurriendo en gastos en búsqueda de hacer viable el Proyecto hasta que la decisión ministerial final y definitiva fue adoptada y comunicada a ellas por escrito, señalándoles que su objetivo no tendría éxito. El Comité concuerda con la Demandada en que las razones dadas por el Tribunal respecto de su decisión sobre el quantum fueron extremadamente sucintas. Sin embargo, no fueron evasivas. En estas circunstancias, el Comité no está dispuesto a anular este aspecto menor de la decisión conforme al Artículo 52(1)(e) del Convenio.

## **(7) Conclusiones**

107. En definitiva, la solicitud de anulación de la Demandada debe ser desestimada. Sin embargo, el Comité desea enfatizar nuevamente la verdadera base sobre la cual la decisión del Tribunal ha sido confirmada. En el presente caso, un inversionista extranjero faltó a la debida diligencia en un aspecto fundamental de la inversión. El control de uso de la tierra es una preocupación central para el Estado, especialmente en las periferias de las zonas urbanas.

Cualquiera sean los contratos que los inversionistas extranjeros puedan celebrar con los propietarios de terrenos rurales, no puede permitirse que los mismos perturben la debida aplicación del derecho del Estado anfitrión, como tampoco que la vaguedad inherente en dicho tratado de criterios tales como “tratamiento justo y equitativo” debiera permitir a los tribunales internacionales revisar las decisiones de planificación debidamente adoptadas (como las que fueron tomadas en este caso) de conformidad con ese derecho.

108. Sin embargo, criticar al Tribunal con tales argumentos es malinterpretar el fundamento mismo de su decisión, a la que podía llegar libremente. El mismo Tribunal confirmó la autoridad del derecho urbanístico chileno contra los argumentos basados en un “derecho a permiso urbanístico.”<sup>137</sup> No obstante, el flujo de inversión extranjera también es importante y el Estado ha asumido obligaciones a este respecto. En definitiva, lo que aparece acreditado es el proceso urbanístico, según el mismo Tribunal declaró,<sup>138</sup> pero lo que podría haberse hecho mejor era la coordinación al nivel del CIE.

## F. Costas

109. Considerando que el Laudo no ha sido anulado, se mantiene lo resuelto en materia de las costas de los procedimientos ante el Tribunal y se levanta automáticamente, a partir de la fecha de esta decisión la suspensión de su ejecución (Regla de Arbitraje 54(3)).

110. Resta por decidir lo relativo a las costas del presente este procedimiento de anulación, tema sobre el cual existe discrecionalidad por parte del Comité. En todos los procedimientos de anulación concluidos, con la excepción de uno, los Comités no han resuelto acerca de las costas de las partes y han declarado que las del CIADI deben ser asumidas por ellas por partes iguales. Procedieron de esa forma tanto en aquellas solicitudes de anulación que fueron acogidas como en las que fueron desestimadas.<sup>139</sup> En los casos más recientes, la parte exitosa, al menos parcialmente ante el Tribunal, y que haya triunfado en cierto grado ante el comité, tuvo que pagar la mitad de las costas resultantes del proceso de anulación.

111. Este resultado podría parecer anómalo. No obstante, con el interés de ser consistente con la jurisprudencia del CIADI y dadas las circunstancias del presente caso, el Comité opta por seguir la práctica existente. Lo hace advirtiendo que esta práctica no es inflexible y admite excepciones. Al respecto, observa que en *CDC Group PLC v. Republic of the Seychelles*, el Comité ordenó al demandado perdedor a pagar tanto las costas del demandante como las costas del CIADI del procedimiento de anulación. El Comité puso de relieve que la solicitud de anulación “carecía fundamentalmente de mérito” y que el caso del demandado “para cualquier observador razonable e imparcial era más improbable que tuviera éxito.”<sup>140</sup> Lo mismo no puede predicarse en este caso. Tal como el Comité ya ha observado, Chile ha expresado preocupaciones razonables que trascienden los montos en discusión.

112. Las costas de representación de cada una de las partes durante el proceso de anulación también pueden ser fijadas discrecionalmente por el Comité. En este proceso se planteó una cuestión compleja y novedosa de importancia pública, respecto de la evaluación relativa a los riesgos de regulación en un caso en el que se había celebrado un contrato formal de inversión extranjera especificando la ubicación de la inversión. Teniendo en cuenta la culpa compartida de las partes en la disputa, el Comité opta por no dar ninguna orden en relación con las costas de representación.

## G. Decisión

113 Por las razones precedentes, el Comité DECIDE que:

- (1) La Solicitud de anulación de la Demandada es desestimada.
- (2) Las partes sufragaran por mitades las costas y gastos incurridos por el Centro en relación con el presente procedimiento de anulación.
- (3) Cada parte sufragará sus propios costos de representación en relación al presente procedimiento de anulación.

/Firma/

JUEZ GILBERT GUILLAUME

Presidente del Comité

Fecha: 16 de Febrero de 2007

/Firma/ /Firma/

PROFESOR JAMES CRAWFORD DRA SARA ORDONEZ NORIEGA

Miembro Miembro

Fecha: 15 de Febrero de 2007 Fecha: 12 de Febrero de 2007

## Footnotes

<sup>1</sup> El texto de la resolución se encuentra online en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/MTD.pdf>.

<sup>2</sup> Decisión sobre la Solicitud del Demandado de Suspensión Permanente de la Ejecución, párrs. 29, 35, citando el Decreto Supremo No. 1304, *Diario Oficial*, 9 de enero de 1992.

<sup>3</sup> Véase Laudo párr. 51.

<sup>4</sup> Véase Laudo párr. 54.

<sup>5</sup> Más tarde, el 9 de septiembre de 1999, se celebró un tercer Contrato de Inversión Extranjera. Este no especificó la ubicación del Proyecto. Véase Laudo, párr. 84.

<sup>6</sup> Tratado entre el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección de Inversiones, del 11 de noviembre de 1992 (Fecha de entrada en vigor: 4 de agosto de 1995). Véase El Texto en español del TBI que se encuentra online en [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile\\_malasia\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_malasia_sp.pdf).

<sup>7</sup> Tratado entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno del Reino de Dinamarca concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, del 28 de mayo de 1993 (en vigor: 3 de noviembre de 1995): 1935 UNTS 263; también en [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile\\_denmark.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_denmark.pdf).

<sup>8</sup> El texto del Tratado entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Croacia concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, del 28 de noviembre de 1993 (en vigor: 15 de junio de 1996), se encuentra online en [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile\\_croatia.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_croatia.pdf).

<sup>9</sup> Solicitud de Arbitraje, para. 74(iii).

<sup>10</sup> Laudo, párrs. 92–94.

<sup>11</sup> Laudo, párrs. 179–89.

<sup>12</sup> Laudo, párrs. 190–96.

<sup>13</sup> Laudo, párrs. 197–205.

<sup>14</sup> Laudo, párrs. 207–14.

<sup>15</sup> Laudo, párrs. 168–78.

<sup>16</sup> Laudo, párrs. 215–48. Para los puntos controvertidos ver párrafo 25(k) siguiente.

<sup>17</sup> Laudo, párrs. 249–51.

<sup>18</sup> Laudo, párr. 166. Véase generalmente Laudo, párrs. 107–67; Solicitud de Anulación, párrs.

<sup>19</sup> Laudo, párr. 242–6; Solicitud de Anulación, párrs. 82–83.

<sup>20</sup> Laudo, párr. 240(ii); Solicitud de Anulación, párrs. 84–85.

- <sup>21</sup> Laudo, párrs. 105(i), 107, 113, 116.
- <sup>22</sup> Sobre la relación entre las diversas fuentes de obligación y la decisión del Tribunal, véanse párrs. 79–80 siguientes.
- <sup>23</sup> Laudo, párr. 113, y para las discusiones véase Laudo, párrs. 109–13.
- <sup>24</sup> Técnicas Medioambientales *TECMED S.A. v. The United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)00/2, (2003) 10 Informes CIADI 130, 192–93 (párr. 154), citado en el Laudo, párr. 114.
- <sup>25</sup> Laudo, párr. 115.
- <sup>26</sup> Réplica de las Demandantes, párr. 36, citado en el Laudo, párr. 129.
- <sup>27</sup> Véase Laudo, párrs. 163, 166, 189, 196, 214, 240(ii) para diferentes expresiones sobre esta conclusión.
- <sup>28</sup> Memorial de Contestación, párr. 24, citado en Laudo, párr. 48.
- <sup>29</sup> Laudo, párrs. 117, 124, 126.
- <sup>30</sup> Laudo, párrs. 150–59.
- <sup>31</sup> Sin perjuicio de la ausencia de toda documentación contemporánea de cualquier especie (excepto la palabra “Malasia” en la agenda del Ministro), no es claro cuáles funcionarios de MTD estaban presentes, si es que alguno lo estuvo. Se invocó prueba de que dos de los principales funcionarios de MTD involucrados no estaban en Chile en esa época.
- <sup>32</sup> Laudo, párr. 152. Otras reuniones o encuentros, sostenidos o concertados entre las partes en el período anterior a la carta del SEREMI del 3 de junio de 1998, son mencionados en el Laudo, párrs. 44, 50, 58, 59, 60, 63, 67, 70, 71, 72, 73, 153. También hubo controversias sobre declaraciones chilenas inconsistentes, posteriores a esa fecha, que el Tribunal mencionó sin resolverlas: Laudo, párrs. 156–57.
- <sup>33</sup> Laudo, párr. 158.
- <sup>34</sup> Laudo, párr. 166.
- <sup>35</sup> Véase Solicitud de Anulación, párrs. 7, 11, 19, 20, 25, 27.
- <sup>36</sup> Laudo, párr. 163.
- <sup>37</sup> Laudo, párr. 189.
- <sup>38</sup> Laudo, párr. 162.
- <sup>39</sup> Laudo, párr. 162.
- <sup>40</sup> Laudo, párr. 163.
- <sup>41</sup> Laudo, párr. 164.
- <sup>42</sup> Laudo, párr. 165 (énfasis agregado).
- <sup>43</sup> Laudo, párrs. 165–66.
- <sup>44</sup> Laudo, párrs. 242–43.

- <sup>45</sup> Laudo, párr. 238.
- <sup>46</sup> Laudo, párr. 217, 240(ii).
- <sup>47</sup> Laudo, párr. 240(iii).
- <sup>48</sup> Laudo, párr. 244.
- <sup>49</sup> Laudo, párr. 240(ii).
- <sup>50</sup> *MINE* (1989) 4 *Informes CIADI* 79, 87 (párrs. 5.03–5.04)(énfasis agregado).
- <sup>51</sup> *CDC Group* (2005) 11 *Informes CIADI* 237, 252 (párr. 45).
- <sup>52</sup> Opinión del 20 de enero de 2006 anexada a la Réplica, párr. 25.
- <sup>53</sup> Id., párr. 27.
- <sup>54</sup> En *MINE* el Tribunal se refirió al Artículo 1134 del Código Civil francés en lugar de su homónimo de Guinea, Artículo 1134 del Código Civil de la Unión Francesa. La Comisión sostuvo que el error no ameritaba la anulación: (1989) 4 *Informes CIADI* 79, 96 (párr. 6.40). Dado que no se acreditó que el Artículo 1134 fuese aplicado en Guinea de una manera diferente que en Francia, la equivocación no tuvo repercusión.
- <sup>55</sup> *Wena Hotels*, (2002) 6 *Informes CIADI* 129, 142 (párrs. 56–57), aludidos e.g. por la Comisión en *CDC Group* (2005) 11 *Informes CIADI* 237, 248–50 (párrs. 34–37).
- <sup>56</sup> *Vivendi* (2002) 6 *Informes CIADI* 340, 358 (párrs. 64–65).
- <sup>57</sup> Véanse, e.g., *Amco Asia I* (1986) 1 *Informes CIADI* 509, 519–21 (párrs. 38–44); *MINE* (1989) 4 *Informes CIADI* 79, 88–89 (párrs. 5.07–5.13); *Amco Asia II* (1992) 9 *Informes CIADI* 3, 48–49 (párrs. 7.55–7.57); *Wena Hotels* (2002) 6 *Informes CIADI* 129, 145–46 (párrs. 77–82); *CDC Group* (2005) 11 *Informes CIADI* 237, 259–61 (párrs. 66–72); *Mitchell v DRC*, resolución de 1 de noviembre de 2006, párr. 21.
- <sup>58</sup> Véanse e.g., Memorial de Contestación, párr. 4; Opinión Experta de Sir Arthur Watts, párrs. 35–55.
- <sup>59</sup> Véanse *Klöckner* (1985) 2 *Informes CIADI* 4, 119–20 (párr. 61); *Amco Asia I* (1986) 1 *Informes CIADI* 509, 515 (párr. 23); *MINE* (1989) 4 *Informes CIADI* 79, 87 (párr. 5.04), 88 (párr. 5.08); *Amco Asia II* (1992) 9 *Informes CIADI* 3, 39 (párr. 7.19), 51 (párr. 8.08); *Wena Hotels* (2002) 6 *Informes CIADI* 129, 135 (párr. 18); *Vivendi* (2002) 6 *Informes CIADI* 340, 357–58 (párrs. 62, 64); *CDC Group PLC v. Republic of the Seychelles* (2005) 11 *Informes CIADI* 237, 248–50 (párrs. 34–37); *Mitchell v. DRC*, resolución de 1 de noviembre de 2006, párrs. 19–20.
- <sup>60</sup> Véase C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, CUP, 2001) 88–94 & ss.
- <sup>61</sup> C. Schreuer, Opinión del 5 de diciembre de 2005 anexada a la Contra-Memoria de Anulación de las Demandantes.
- <sup>62</sup> Opinión Experta de Sir Arthur Watts, párr. 28.
- <sup>63</sup> Un tribunal reconvenido después de una anulación, sin lugar a dudas considerará el razonamiento de anulación de la Comisión, pero no está formalmente obligado por sus apreciaciones respecto de ningún punto en que el laudo del primer tribunal haya sido anulado. Véase *Amco Asia II* (1992) 9 *Informes CIADI* 3, 36–39 (párrs. 7.10–7.17). Más aún, hasta ahora la práctica del CIADI ha sido la de designar diferentes miembros de la Comisión en una segunda anulación, mientras que las solicitudes de interpretación o revisión, en la medida de lo posible, son dirigidas al mismo tribunal que dictó el laudo: Art. 50(2), 51(3).
- <sup>64</sup> E.g., Memorial de Anulación del Demandado, p. 56.

<sup>65</sup> E.g, Memorial de Anulación del Demandado, párr. 104.

<sup>66</sup> Transcripción, 10 de abril de 2006, p. 12.

<sup>67</sup> El Memorial de Anulación del Demandado, párr. 203, invoca parte de la decisión sobre anulación en *Vivendi* en apoyo de la nulidad sobre este fundamento: ver (2004) 6 Informes CIADI 340, 362 (párr. 83). Aunque La Comisión mencionó incidentalmente que el Tribunal había emitido un “laudo profusamente razonado,” lo hizo en el contexto de la distinción entre “la manera en que el Tribunal procedió, no del contenido de su decisión.” La omisión en establecer los razonamientos apunta a este último, no a lo primero.

<sup>68</sup> Véanse párrafos 43–7 anteriores.

<sup>69</sup> Laudo, párr. 87. Ver también id., párr. 112:

“Habida cuenta que este Tribunal se constituyó de conformidad con lo dispuesto en el TBI, el mismo está obligado a aplicar las disposiciones del TBI y a interpretarlas con arreglo a las normas de interpretación establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que es vinculante para los Estados que son parte del TBI.”

De hecho, Malasia sólo se hizo parte de la Convención en 1994, después de la suscripción del TBI: así la Convención de Viena en cuanto tratado no tiene aplicación en el TBI (ver Convención de Viena, Art. 4). Sin embargo, dado que las normas de interpretación tendrían aplicación en todo caso, este aspecto no tiene incidencia en lo que se refiere al Laudo.

<sup>70</sup> El Demandado también critica el énfasis que el Tribunal puso en el Estado de Chile como unidad individual o “monolito”: esto es discutido en párrafos 87–89 siguientes.

<sup>71</sup> Véase la Réplica de Anulación de Chile, párr. 57; Opinión Experta de Sir Arthur Watts, párrs. 64–71.

<sup>72</sup> El Art. 3(1) del TBI establece:

“Las inversiones hechas por los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo, y no menos favorable que aquel concedido a las inversiones hechas por los inversionistas de cualquier tercer Estado.”

<sup>73</sup> El Art. 4(1) del TBI Chile–Croacia establece:

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

<sup>74</sup> Laudo, párrs. 103–04.

<sup>75</sup> *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)00/2, (2003) 10 Informes CIADI 130, 192–93 (párr. 154), citado en Laudo, párr. 114.

<sup>76</sup> Véase Réplica de Anulación de Chile, párr. 57.

<sup>77</sup> Sr. Jan Paulsson, Opinión Experta, 22 de julio de 2005, párrs. 9–14.

<sup>78</sup> Opinión Experta de Sir Arthur Watts, párrs. 93–106.

<sup>79</sup> *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Case CIADI No. ARB(AF)/00/3, (2004) 11 Informes CIADI 361, 386 (párr. 98), citado en Laudo, párr. 114, nota al pie 65.

<sup>80</sup> Véase Sr. Jan Paulsson, Opinión Experta, 22 de julio de 2005, párr. 15. Véase también Transcripción de la audiencia de Anulación, p. 51 (Srta. Gehring Flores).

- <sup>81</sup> Laudo, párr. 113, y para la discusión del Tribunal sobre el estándar véase Laudo, párrs. 109–13.
- <sup>82</sup> Laudo, párr. 187. Véase también id., párrs. 86–87.
- <sup>83</sup> Laudo, párr. 188.
- <sup>84</sup> Memorial de Anulación de Chile, párrs. 130–32.
- <sup>85</sup> Memorial de Anulación de Chile, párr. 136.
- <sup>86</sup> Réplica de Anulación de Chile, párr. 68.
- <sup>87</sup> *Vivendi* (2002) 6 Informes CIADI 340, 358 (párr. 64): el pasaje íntegro es transcrito en párrafo 79 siguiente.
- <sup>88</sup> Opinión Experta de Sir Arthur Watts, 20 de enero de 2006, párrs. 62–71.
- <sup>89</sup> Véase párrafo 27 anterior.
- <sup>90</sup> Véase la Solicitud de Arbitraje, 26 de junio de 2001, párrs. 73, 74.
- <sup>91</sup> Memorial de Anulación del Demandado, párrs. 138–82; Réplica del Demandado, párrs. 6–50. Véanse también las Opiniones Expertas del Sr. Jan Paulsson, adjuntas a estos alegatos.
- <sup>92</sup> Laudo, párr. 163.
- <sup>93</sup> Memorial de Anulación del Demandado, párr. 138.
- <sup>94</sup> Laudo, párrs. 116–48.
- <sup>95</sup> Laudo, párrs. 39–85.
- <sup>96</sup> Laudo, párrs. 44, 50.
- <sup>97</sup> Laudo, párr. 163. Véase también Laudo, párrs. 53, 162.
- <sup>98</sup> Laudo, párrs. 51, 52, 54, 57, 162.
- <sup>99</sup> Laudo, párr. 162.
- <sup>100</sup> Laudo, párrs. 188. En cuanto a los términos del Artículo 4, véase párrafo 14 anterior.
- <sup>101</sup> Laudo, párrs. 49, 158.
- <sup>102</sup> Réplica de Anulación del Demandado, párrs. 9–26; un punto también expuesto enérgicamente en ambas opiniones de Paulsson.
- <sup>103</sup> Laudo, párrs. 74, 151, 154.
- <sup>104</sup> Laudo, párrs. 66, 72, 74, 75, 79, 80.
- <sup>105</sup> Laudo, párrs. 53, 161–63.
- <sup>106</sup> Laudo, párr. 158. Véase también Laudo, párr. 166.
- <sup>107</sup> Cf párr. 31 anterior

<sup>108</sup> Laudo, párr. 165.

<sup>109</sup> Laudo, párr. 165.

<sup>110</sup> Laudo, párr. 80.

<sup>111</sup> Laudo, párr. 163.

<sup>112</sup> Laudo, párr. 164.

<sup>113</sup> Laudo, párr. 165.

<sup>114</sup> Laudo, párr. 166.

<sup>115</sup> Véase e.g., Réplica de Anulación del Demandado, párrs. 62–65.

<sup>116</sup> Véase e.g., *Case concerning Elettronica Sicula S.p.a. (ELSI)*, ICJ Reports 1989 p. 15, 48–49 (relativo al Alcalde de Palermo).

<sup>117</sup> Véanse párrafos 48–52 anteriores.

<sup>118</sup> MTD sostuvo solamente, y parece haberlo acreditado, que ninguno de sus representantes superiores estuvieron presentes. Se rindió prueba de que el Sr. Fontaine concurre, pero no se sugiere que él representara a MTD.

<sup>119</sup> Véanse párrafos 37–38 anteriores.

<sup>120</sup> Memorial de Anulación del Demandado, párr. 189.

<sup>121</sup> Laudo, párrs. 77, 81, 148.

<sup>122</sup> Laudo, párr. 195 (nótese que hubo otros argumentos subsidiarios).

<sup>123</sup> Laudo, párr. 196.

<sup>124</sup> “Se trataba de la política del Demandada y de su derecho a no modificarla. Por la misma razón, fue injusto admitir la inversión en el país.” Laudo, párr. 214.

<sup>125</sup> Memorial de Anulación del Demandado, párr. 193.

<sup>126</sup> Memorial de Anulación del Demandado, párr. 194.

<sup>127</sup> Véanse Artículos de CDI, Art. 33(2) y comentario, párr. (4).

<sup>128</sup> Laudo, párrs. 242–3.

<sup>129</sup> Según Gray destaca en relación al caso *Costa Rica Packet: C Gray, Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987) 23. En ese caso, el Árbitro Martens señaló poco más que “los daños producidos ... no son completamente las consecuencias necesarias de esta detención provisional”: (1897) 5 Moore, *International Arbitrations* (1898) 4948, 4953.

<sup>130</sup> Memorial de Réplica del Demandado Anulación p.55.

<sup>131</sup> Para la determinación del Tribunal sobre este punto, véase párr. 39 anterior.

<sup>132</sup> Memorial de Anulación del Demandado, párr. 195.

<sup>133</sup> Id., párr. 196.

<sup>134</sup> También se sostiene que es una seria desviación de una regla fundamental de procedimiento (id párr. 203). La Comisión ya se ha referido a esto como un argumento separado de anulación: véanse párrs. 55–56 anteriores.

<sup>135</sup> Alternativamente, en la medida que las materias tratadas en dichas reuniones fueron asumidas por el Demandado como una forma de defensa, el Tribunal habría tenido que declarar que el contenido de las mismas no había sido acreditado.

<sup>136</sup> Réplica, párr. 131, citado en el Laudo, párr. 231.

<sup>137</sup> Véase e.g. Laudo, párr. 188.

<sup>138</sup> Laudo, párr. 163.

<sup>139</sup> En los siete casos siguientes, los Comités declinaron aplicar las costas de la parte en contra de la perdedora y dividieron las costas de los procedimientos de CIADI: *Klöckner* (1985) 2 Informes CIADI 4, 163; *Amco Asia I* (1986) 1 Informes CIADI 509, 542; *MINE* (1989) 4 Informes CIADI 79, 110; *Amco Asia II* (1992) 9 Informes CIADI 3; *Wena Hotels* (2002) 6 Informes CIADI 129, 152; *Vivendi* (2002) 6 Informes CIADI 340, 37 1; *Mitchell v DRC*, resolución de 1 de Noviembre de 2006, párr. 67.

<sup>140</sup> (2005) 11 Informes CIADI 237, 266 (párr. 89).