

ANÁLISIS Acuerdo Marco Avanzado UE-Chile

Capítulo 17

INVERSIÓN

Por Patricio Véjar Mercado *

El capítulo de Inversión tiene como objetivo definir lo que se entiende por inversión, su liberalización y las condiciones bajo las cuales éstas serán acogidas por las Partes, a saber, Chile y los países integrantes de la Unión Europea. **Una parte central** del capítulo está dedicada al mecanismo de resolución de controversias inversor-estado concebido como un sistema de protección de las inversiones.

Las disposiciones contenidas en este artículo deben considerarse dentro de un conjunto de principios que le dan un carácter restrictivo a la implementación de políticas que impulsen un desarrollo con plena expresión de soberanía para Chile. Estos principios se constituyen en salvaguardias para el mayor desarrollo y competitividad de la Unión Europea frente a la débil y dependiente economía chilena. Estos principios son:

1. Trato nacional, definido como trato no menos favorable que el trato más favorable otorgado en situaciones similares por ese nivel de gobierno a los inversionistas de Chile y a sus inversiones en su territorio, como está señalado en el Capítulos 15 (Energía y Materias Primas) y en este capítulo del Acuerdo Marco Avanzado entre la Unión Europea y Chile.
2. Trato de nación más favorecida, definido como la disposición de cada Parte para otorgar a los inversionistas de la otra Parte y a las empresas que constituyan inversiones cubiertas, un trato no menos favorable que el trato que otorga a los inversionistas y sus empresas de cualquier país que no sea Parte, con respecto al establecimiento de empresas en su territorio, como está señalado en el ya citado Capítulos 15 y en este capítulo del Acuerdo Marco Avanzado entre la Unión Europea y Chile.
3. La prohibición de establecer requisitos de desempeño (traducido también como “rendimiento”), referida a condicionar la inversión al cumplimiento de algún nivel o porcentaje nacional en importación, exportación, transferencia de tecnología, empleo, entre otras, como está señalado en el Capítulo 15 y este capítulo del Acuerdo Marco Avanzado entre la Unión Europea y Chile.
4. La prohibición de expropiación directa o indirecta con excepciones y compensaciones efectivas, como está señalado en el capítulo 15 del Acuerdo Marco Avanzado entre la Unión Europea y Chile. En este caso lo relevante es la utilización del concepto expropiación indirecta, entendida como todas las medidas adoptadas por un gobierno que perjudiquen la rentabilidad de una inversión. Un ejemplo de esto puede ser una reforma tributaria.
5. La libre transferencia de capitales, como está señalado en este Capítulo del Acuerdo Marco Avanzado entre la Unión Europea y Chile.

6. La inversión tiene una definición extendida. Es una inversión todo activo que un inversionista posee o controla, directa o indirectamente, que tiene las características de tener una cierta duración, el compromiso de capital u otros recursos; también es inversión la expectativa de ganancia o la ganancia, o la asunción de riesgo, como está señalado en este capítulo del Acuerdo Marco Avanzado entre la Unión Europea y Chile. Esta definición de inversión vuelve tan oneroso el pago de indemnización que hace prohibitiva su aplicación.
7. La obligación de trato justo y equitativo, como está señalado en este capítulo del Acuerdo Marco Avanzado entre la Unión Europea y Chile, es una disposición que favorece ampliamente a los inversores de la Unión Europea, en tanto invisibiliza la asimetría existente entre ambas Partes del tratado. En la práctica esta obligación de trato justo y equitativo impide la implementación de políticas en favor de pequeñas y medianas empresas chilenas, quienes difícilmente puedan convertirse en inversores en la Unión Europea.

Según la Subdirección de Relaciones Económicas del Ministerio de Relaciones Exteriores, a diciembre de 2020, la inversión chilena directa por parte de unas 40 empresas chilenas en 20 países miembros de la Unión Europea alcanzó a los US\$ 6.421 millones, lo que representa un 4,7% del total de las inversiones del empresariado chileno en el mundo. Se trata fundamentalmente de la gran empresa, que constituye no más de un 3% del empresariado chileno, el cual es parte del lobby en favor de los tratados de libre comercio.

Los negocios corporativos chilenos en Europa incluyen la participación de la Compañía Sud Americana de Vapores (CSAV) en la alemana Hapag-Lloyd. En España hay proyectos que involucran a la industria manufacturera, de servicios y forestal. El grupo chileno Quiñenco tiene participación en la francesa Nexans, del área de cables y fibra óptica y es dueño de la compañía de origen belga Magotteaux Group de elementos para molienda. En Croacia hay empresas chilenas hoteleras y de turismo. En Bélgica, Sigdo Koppers, Molymet y SQM están presentes en la industria metalúrgica, industria química y comercialización de productos industriales.

En el caso específico de este Capítulo 17 del Acuerdo Marco Avanzado:

La definición de inversión contenido en el Artículo 17.2 es tan amplia y detallada que permite a los inversionistas demandar a los Estados por grandes sumas de dinero.

Las formas que puede tomar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, acciones y otras formas de participación en el capital social de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones u otros instrumentos de deuda de una empresa;
- (d) futuros, opciones y otros derivados;

- (e) concesiones, licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna;
- (f) contratos llave en mano, de construcción, administración, producción, concesión, participación en los ingresos u otros contratos similares, incluidos aquellos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en el territorio de las Partes;
- (g) derechos de propiedad intelectual;
- (h) cualquier otra propiedad mueble o inmueble, tangible o intangible, y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas.

Para mayor certeza:

- (i) los rendimientos que se invierten se tratarán como inversión. Cualquier alteración de la forma en que se invierten o reinvierten los activos no afectará su calificación como inversiones, siempre que la forma que tome cualquier inversión o reinversión mantenga su conformidad con la definición de inversión;
- (ii) la inversión no incluye una orden o sentencia dictada en una acción judicial o administrativa.

Precisando algunos conceptos contenidos en la definición nos encontramos con:

"que posee o controla": En muchas ocasiones un inversionista se hace del control de una empresa con un pequeño porcentaje de la propiedad, pero es el que decide sobre las políticas de la empresa incluyendo las decisiones de demandar a los estados sin ser efectivamente los propietarios. Esto abre camino a fondos especulativos financieros desinteresados en el objetivo productivo de la empresa.

"controla ... indirectamente": Nuevamente vemos un mecanismo neoliberal para ocultar los verdaderos propietarios de la empresa. Es una segunda opción para la participación de fondos especulativos.

"compromiso de capital u otros recursos": Aquí vemos la ambigüedad de la definición de inversión que permite a capitales volátiles o empresas fantasmas aparecer como inversionistas y demandar a los estados. También ha sido utilizado este mecanismo, el compromiso de capital, para esconder utilidades y eludir el pago de impuestos.

"expectativa de ganancia o plusvalía": Esta expresión es la de mayor ambigüedad dentro de la definición de inversión ya que no pone límite alguno a la demanda si se vulnera supuestamente este componente de la inversión, y pone a consideración del inversionista el monto de las demandas posibles. Es decir él mismo definirá cuál era su expectativa de ganancia. También es una demostración de la manera tramposa de introducir causales que tienen como único fin impedir que los Estados desarrollen políticas que tengan como

objetivo el bien común. Es prácticamente imposible implementar políticas redistributivas sin afectar la expectativa de ganancia de alguna empresa.

El extenso catálogo de formas que puede tomar la inversión la coloca como el sujeto jurídico central de los tratados de libre comercio, y por eso este es el capítulo más extenso del tratado. Esto es, los tratados de libre comercio solo en apariencia están centrados en promover el comercio; se centran en realidad en asegurar las ganancias de las inversiones.

Se incorpora los derechos de propiedad intelectual como una de las formas de la inversión. Esto significa que la propiedad intelectual está protegida de múltiples maneras incluyendo su identificación como una forma de inversión.

En el Artículo 17.3, **Derecho a regular**, las Partes reafirman el derecho a regular dentro de sus territorios para lograr objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, los servicios sociales, la educación, la seguridad, el medio ambiente, incluido el cambio climático, o la moral pública, la protección social o del consumidor, la privacidad y la protección de datos. o la promoción y protección de la diversidad cultural.

Respecto a este artículo, la sección inicial de definiciones (artículo 2) no incluye la frase "objetivos políticos legítimos", dándole un carácter ambiguo e interpretable a este artículo sobre el derecho a regular. Un principio de los tratados internacionales es presumir la buena fe de las partes. Sin embargo, al no tener una definición específica y explícita, finalmente el derecho a regular se subordina al mecanismo de resolución de controversias inversor-estado contenido en este capítulo.

A continuación, el artículo 17.3, **Denegaciones de ventajas** y el Artículo 17.4, **Relación con otros capítulos**, son de resguardo para hacer prevalecer lo acordado en el Capítulo 25, **Servicios Financieros**.

Artículos contradictorios sobre Compras Públicas

El capítulo señala que los artículos 17.11 (Trato de Nación Más Favorecida), 17.12 (Requisitos de Desempeño), y 17.13 (Altos directivos y Consejos de Administración) no se aplican con respecto a la Contratación Pública, cuyas reglas están fijadas en el Capítulo 28 del Tratado que aborda ese tema.

Pero esto es contradictorio con ese capítulo de **Compras Públicas**. En la versión publicada por la UE en julio de 2023 no se mencionan estas exclusiones, y las referencias a un anexo no arrojan luz sobre el tema pues prevalecerían otras disposiciones.

Este capítulo sobre Inversión inicialmente fue publicado en la sección "Acuerdo Marco", lo que podría indicar que fue definitivo; en tanto el capítulo 28 de compras públicas tendría un carácter más provisional según esa interpretación. Sin embargo, los dos capítulos citados, muy contradictorios, figuran en el paquete de capítulos que el Consejo Europeo se votará próximamente, ya que Compras Públicas no es parte del Acuerdo Comercial.

El párrafo 4 del artículo 17.7 **Ámbito de Aplicación**, se entiende como salvaguardia de los subsidios que la Unión Europea tiene en vigencia. Sería importante encontrar un listado de dichos subsidios, del que conocemos el que se aplica en agricultura.

El artículo 17.8, **Acceso al mercado**, contiene un conjunto de prohibiciones que implican la liberalización total del acceso a los mercados

En el artículo 17.9 **Trato Nacional**, se señala que, excepto para compras públicas, las inversiones recibirán el mismo trato que reciban las inversiones cubiertas bajo la calificación de Trato Nacional. Esto significa que una Parte no podrá implementar políticas que otorguen beneficios o alicientes para estimular inversiones nacionales sin otorgar los mismos beneficios o alicientes a las inversiones de la otra Parte. Se enfatiza que la expresión "situaciones similares" para considerar la pertinencia del trato, conlleva un análisis caso a caso. En la práctica este artículo inhibe el apoyo del Estado para estimular algún sector productivo.

El artículo 17.10, **La contratación pública (Compras Públicas)**, reitera la obligación de aplicar los tratos favorables que pudieren existir a todas las inversiones de las Partes con la salvedad de las consideraciones establecidas en los Artículos 17.8 (Acceso a Mercados), 17.9 (Trato Nacional), 17.11 (Trato de Nación Más Favorecida), 17.12 (Requisitos de Desempeño) y 17.13 (Alta Gerencia y Juntas Directivas). Estas salvedades flexibilizarían el manejo de las compras públicas pero lo hacen sin impedir que estas puedan ser sometidas a la posibilidad de demandas por parte de inversionistas que se sientan afectados.

En el artículo 17.11, **Trato de nación más favorecida**, se establece que, excepto para compras públicas, las inversiones recibirán el mismo trato que reciban las inversiones cubiertas provenientes de una parte que ostenta la calificación de nación más favorecida. No existe ningún anexo que permita conocer el alcance del efecto que puede tener sobre las inversiones la calificación de nación más favorecida. Dada la asimetría de desarrollo entre la Unión Europea y Chile, sería razonable asumir este artículo como favorable para Chile.

El artículo 17.12, **Requisitos de desempeño**, señala que, excepto para compras públicas, a las inversiones no se les podrá imponer condiciones como cuotas de exportación, contenido nacional, empleo nacional, o transferencia de tecnología, entre otras. Claramente, dada la asimetría de desarrollo entre Chile y la Unión Europea, esta disposición beneficia las inversiones provenientes de los países de la Unión Europea en tanto pueden imponer su supremacía económica y tecnológica en el débil mercado interno chileno.

En el artículo 17.16, **Medidas regulatorias y de inversión**, párrafo 2 se señala: "Las disposiciones de esta Sección no se interpretarán como un compromiso de una Parte que no cambiará su marco legal y regulatorio, incluso de una manera que pueda afectar negativamente la operación de las inversiones cubiertas o las expectativas de ganancias del inversionista". Sin embargo, el hecho que a una parte no se le impida específicamente cambiar el marco regulatorio, no impide la presentación de una demanda por parte del inversionista afectado por ese cambio regulatorio. Será tarea del tribunal establecido, determinar si el cambio regulatorio era razonable. Al ser la inversión el único bien

protegido jurídicamente en el tratado lo esperable es que los tribunales establecidos fallen protegiendo ese bien jurídico, que es la razón de su existencia. En ese sentido, al no establecer salvaguardias explícitas del derecho a regular de las Partes, este artículo pareciera cumplir la función de rebatir las críticas que han considerado este tipo de tratados como un “congelador” de los procesos regulatorios y de desarrollo económico de la parte más débil, en este caso, Chile y que sostienen que ello vulnera gravemente la soberanía nacional, incluso perdiendo sentido el rol del Congreso y reguladores en general.

El artículo 17.17, **Tratamiento de los Inversionistas y de las Inversiones Cubiertas**, establece explícitamente las condiciones jurídicas bajo las cuales se incumple el tratamiento “justo y equitativo”, a la vez que otorga al inversionista / inversión la calidad de entidad protegida jurídicamente por un tribunal internacional en desmedro de la soberanía jurídica de las Partes. Esto, unido a la amplitud de la definición de inversión coloca a la entidad inversionista / inversión en un lugar de supremacía respecto de la libertad de los Estados Parte para diseñar e implementar políticas que aseguren el pleno desarrollo.

El artículo 17.19, **Expropiación**, en su párrafo 1 señala: “Ninguna de las Partes nacionalizará o expropiará una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente a través de medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación...”. La expresión "que tengan un efecto equivalente" abre la puerta a demandas por situaciones que no sean efectivamente expropiaciones. Hay múltiples ejemplos de esta situación dentro de las demandas que se han presentado en el pasado. No está disponible hasta ahora un anexo que para mayor certeza permita interpretar este artículo.

El artículo 17.24, **Conducta empresarial responsable**, no contempla ningún mecanismo que sea un eficaz estimulador de un comportamiento empresarial responsable. Uno de los aspectos del balance del acuerdo original entre Chile y la Unión Europea es el registro del mal comportamiento de las empresas europeas en Chile, tanto en temas ambientales como en respeto a los derechos de los trabajadores y las trabajadoras. Este artículo lleva a concluir que ello continuará siendo así. Chile Mejor sin TLC y el Movimiento por el Agua y los Territorios MAT entregaron a eurodiputados en la Cumbre CELAC-UE realizada en julio de 2023, la investigación que pone en evidencia las [Malas prácticas de empresas de la UE en Chile](#).

Los siguientes artículos del capítulo 17 describen en detalle el sistema de tribunales para la resolución de controversias inversión - Estado. Es un sistema en esencia similar al contemplado en otros tratados respecto entre otros aspectos, de las causales de demandas. Sus principales características son que sólo el inversor puede recurrir a él; no puede ser usado por el Estado ni por comunidades afectadas por el desempeño de los proyectos de inversión. Sus reglas son las del CIADI; las de la CNUDMI; o cualquier otra regla acordada por las partes contendientes a solicitud del demandante.

Algunas diferencias son la instauración de un tribunal de primera instancia estable y un tribunal de apelaciones, con jueces que permanecen en el cargo un período de tiempo y son financiados por las partes con salarios que se rigen por los niveles internacionales de expertos (CIADI).

Establece un mecanismo primario alternativo de resolución de controversias con consulta y mediación.

También establece causales de rechazo de la demanda: Antielusión (inversión realizada con el objetivo de presentar la reclamación), Reclamaciones manifiestamente sin fundamento jurídico, Reclamaciones infundadas como cuestión de derecho (fuera de la jurisdicción del tribunal).

Un capítulo específico señala que las Partes se esforzarán por cooperar para el establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones y un mecanismo de apelación para la resolución de controversias sobre inversiones. A partir de la entrada en vigor entre las Partes de un acuerdo internacional que establezca dicho mecanismo multilateral aplicable a las controversias en virtud de este Acuerdo, las partes pertinentes de esta Sección dejarán de aplicarse para incorporarse al sistema multilateral.

Financiamiento por terceros

Por primera vez este tratado incluye expresamente como procedimiento aceptado el financiamiento de la demanda por terceros. En la presentación de demandas, el inversor pueda ser reemplazado por terceros que operan como financistas de la demanda, cuestión que ya llevan adelante (entre otros) ciertos fondos de carácter especulativo, los cuales percibirán un porcentaje de la ganancia en caso que la demanda sea fallada a su favor. Es decir, la corporación minera, del área de energía, digital u otras, puede llevar adelante una demanda y acorralar a un Estado sin gastar un solo dólar e, ya que un tercero se encarga de solventar esos gastos (elevados salarios de abogados, y otros de tipo administrativo, viajes, etc).

La definición de financiación por terceros está en el artículo 17.25.j: “toda financiación proporcionada a una parte en la diferencia por una persona que no sea parte en la diferencia para financiar, total o parcialmente, los costes del procedimiento a cambio de una remuneración dependiente del resultado de la diferencia, o en forma de donación o ayuda.” (la diferencia es la controversia, el conflicto). El resultado de la controversia es el fallo en contra del Estado (lo más frecuente) o del inversor.

Hay investigadores que consideran que el financiamiento por terceros (TPF Third Party Funding) se ha convertido en una verdadera industria. La razón de existir de este mecanismo no está en garantizar que un inversor con pocos recursos pueda defenderse, sino más bien, en proporcionar a las grandes corporaciones internacionales la forma de demandar sin asumir un costo que se vea reflejado en su balance y pueda ser cuestionado por sus accionistas en lo inmediato. Esta herramienta es claramente en beneficio de los inversores, y no funciona respecto del Estado demandado por lo cual se fortalece la asimetría de las partes en cuanto al sistema de resolución de conflictos

La investigación “Financiamiento por terceros en el sistema internacional de resolución de conflictos inversor-Estado” ([Third-party-funding-international-investor-state-arbitration](#)) de Frank Garcia y Kirrin Hough afirma que los fondos de financiamiento por terceros parten de la base que la mayor parte de los estados llegan a una conciliación o pierden la

demanda, lo que ocurre en dos tercios de las demandas, y las ganancias potenciales pueden llegar a un 700%. El riesgo es muy menor y no se compara con las ganancias potenciales.

Se cita allí el caso *Teinver (del área de transportes) v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/09/1) un litigio financiado por un tercero, Burford Capital que consiguió un retorno de 736% sin siquiera contar con un fallo final. Con una inversión aproximada de US\$13 millones en la demanda, vendió su representación por US\$107 millones de dólares a una nueva tercera parte.

Finalmente, a modo de conclusión, es necesario señalar que el capítulo no contempla ninguna norma que obligue a los inversionistas a considerar algún tipo de daño que estén provocando con su inversión y también inhibe a los gobiernos a desarrollar políticas que pudieren afectar las ganancias de los inversionistas, tal como lo hace el Tratado Transpacífico TPP. No se puede afirmar que la Unión Europea tendrá un comportamiento diferente a países como Canadá, Estados Unidos, o el Reino Unido. De hecho, con base en tratados bilaterales, ya hay demandas en Chile por inversores de Francia, España y Suiza, relacionadas con políticas públicas o leyes aplicadas. La posibilidad de demandar, hasta ahora acotada a inversores de 9 países de la Unión Europea, incluirá al conjunto de las empresas de los 27 países miembros de la UE. Las disposiciones del presente tratado alientan a los inversores a presentar demandas por una multiplicidad de causales, y tener un tribunal permanente para ello constituye un nuevo estímulo para que el flujo de demandas sea a la vez constante, de manera de justificar el sistema.

*El autor es analista de sistemas con estudios de Ingeniería Civil Electrónica en la U Técnica F. Santa María. Activista de la Memoria y los DDHH, es miembro de la comunidad Martin Luther King y el Observatorio por el Cierre de las Américas.