

P.

puntos de referencia

CENTRO
DE ESTUDIOS
PÚBLICOS

EDICIÓN DIGITAL
N° 634, NOVIEMBRE 2022

POLÍTICA Y DERECHO

Las “side letters” en el contexto del CPTPP

CAROLINA VALDIVIA



RESUMEN

- El presente trabajo indaga sobre la estrategia de las *side letters* propuesta por el Gobierno del Presidente Gabriel Boric en el contexto del Tratado Integral y Progresista Transpacífico (en adelante, CPTPP), y concluye que no representa mejoras y que su eficacia será prácticamente nula.
- El pasado 11 de octubre de 2022, y tras más de cuatro años de tramitación, el Congreso terminó la discusión legislativa del CPTPP, con su aprobación en el Senado. El tratado se encuentra en condiciones de ser ratificado por el Presidente de la República y depositado ante Nueva Zelanda, país que actúa como depositario legal.
- No obstante, el Gobierno informó que no procederá con la ratificación del tratado sino hasta obtener las llamadas *side letters*, acuerdos paralelos que buscan evitar que en las controversias que se susciten entre los inversionistas extranjeros de países del CPTPP y Chile (y entre inversionistas chilenos en otros países CPTPP), se apliquen los mecanismos de solución de disputas previstas en el propio tratado.
- La estrategia desplegada por el Gobierno para excluir la sección B del capítulo 9 del CPTPP sobre solución de controversias inversionista-Estado, será ineficaz como fórmula para evitar que Chile se vea enfrentado a demandas de inversión de parte de los principales inversionistas extranjeros en el país. Esto se explica principalmente por la existencia de otros tratados bilaterales en vigor que ya contemplan mecanismos de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado de Chile. Estos mecanismos de solución de controversias, en principio, se mantendrían vigentes, con independencia de obtenerse las *side letters* solicitadas por Chile a los demás países miembros del CPTPP.
- Es más, se daría la paradoja de que en caso de ser aceptadas las *side letters*, enfrentado el Estado a una demanda de inversión fundada en tratados anteriores al CPTPP, quede en una situación más precaria, sin poder acceder a los resguardos de este tratado que mejoran la posición del Estado frente a reclamaciones de inversionistas foráneos.

CHILE Y EL “TRATADO INTEGRAL Y PROGRESISTA DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO”

Pocas veces materias relativas a tratados internacionales y política exterior han sido objeto de un debate tan intenso como el camino que se ha seguido para que Chile se transforme en miembro activo del “Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico” (“CPTPP”, siglas de “*Comprehensive Progressive Transpacific Partnership*”).

De acuerdo con la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, el CPTPP es un tratado de integración económica plurilateral en la región de Asia Pacífico, cuya finalidad es promover la integración económica, establecer marcos legales predecibles para el comercio, facilitar el comercio regional y promover el crecimiento sostenible, entre otros.¹ El objetivo final es crear las bases de un Zona de Libre Comercio del Asia Pacífico.

Pocas veces materias relativas a tratados internacionales y política exterior han sido objeto de un debate tan intenso como el camino que se ha seguido para que Chile se transforme en miembro activo del “Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico” (“CPTPP”, siglas de “*Comprehensive Progressive Transpacific Partnership*”).

El CPTPP se construyó sobre las bases del Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica suscrito entre Chile, Singapur, Nueva Zelanda y Brunéi Darussalam, también conocido como P-4, y que entró en vigor el año 2006, durante la gestión del ministro de Relaciones Exteriores Ignacio Walker. Es así como Chile se encuentra ligado al CPTPP desde sus orígenes.

En 2010, Australia, Perú, Estados Unidos y Vietnam se unieron a los países P-4 para lanzar una ronda de negociaciones con miras a establecer el Tratado Transpacífico (TPP). Ese mismo año, el grupo negociador del TPP aumentó a nueve, con la incorporación de Malasia. En años posteriores, se unieron

¹ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. 2022. Acuerdo Transpacífico TPP11. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdo-transpacifico-tpp11>

Canadá (2012), México (2012) y, finalmente, Japón (2013), completando doce países. Chile participó activamente en estas discusiones, bajo la supervisión del ministro de Relaciones Exteriores Alfredo Moreno.

Las negociaciones del Tratado Transpacífico concluyeron en octubre de 2015 y, en febrero de 2016, los doce miembros del TPP firmaron el texto del acuerdo en Auckland, Nueva Zelanda, con el canciller Herald Muñoz representando a Chile.

Sin embargo, en enero de 2017 Estados Unidos notificó al resto de los miembros del TPP su decisión de no proseguir con la ratificación del tratado. Esto llevó a los once Estados restantes a discutir sobre los posibles pasos para alcanzar un acuerdo tras la retirada de Estados Unidos. Tras una serie de rondas de negociaciones, en noviembre de 2017 los ministros responsables de comercio acordaron en Da Nang, Vietnam, los elementos centrales de un nuevo acuerdo, al que denominaron Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (“CPTPP”). Las discusiones y el texto final del acuerdo se alcanzaron en enero de 2018 y, en marzo de ese año, los representantes de los once países CPTPP se reunieron en Santiago de Chile, para firmar el texto final.

El tratado entró en vigor internacional el 30 de diciembre de 2018, tras haberse reunido las seis ratificaciones necesarias (Australia, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda y Singapur). Con posterioridad, tras el depósito de los respectivos instrumentos, también se sumaron Vietnam, Perú y Malasia.

Actualmente, de los once países firmantes originales del CPTPP, dos se encuentran pendientes de ratificarlo. Uno de ellos es Brunéi. El otro, Chile.

Actualmente, de los once países firmantes originales del CPTPP, dos se encuentran pendientes de ratificarlo. Uno de ellos es Brunéi. El otro, Chile.

En el caso de Chile, el tratado fue aprobado por el Congreso (17 de abril de 2019 en la Cámara de Diputados y Diputadas, y el 11 de octubre de 2022 en el Senado²), faltando la ratificación del Gobierno.³ Mientras esté pendiente este último trámite —facultad privativa del Presidente de la República conforme

² Senado de la República de Chile. 2022. *Boletín 121295-10 Aprueba el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico*. Disponible en: https://www.senado.cl/apps Senado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12195-10

³ Conforme la Constitución Política de Chile, la ratificación de un tratado internacional es una facultad especial del Presidente de la República. Los trámites posteriores a la aprobación incluyen trámites que deben hacerse internamente en Chile —por ejemplo, la emisión del decreto promulgatorio y la publicación en el Diario Oficial—, así como trámites que deben hacerse en el espacio internacional —básicamente, el depósito del instrumento de ratificación del tratado ante el país, u organismo internacional, que actúa como depositario de este. En caso del CPTPP, Nueva Zelanda es el país que funge como depositario legal del tratado y es ante ese país que Chile deberá entregar la nota diplomática que contenga la ratificación del tratado. Transcurridos 60 días contados desde que se realice el depósito del instrumento de ratificación, el CPTPP entrará en vigor entre Chile y los otros estados que sean miembros plenos.

a la Constitución y refrendado por interpretación del Tribunal Constitucional⁴—. Chile no habrá manifestado su consentimiento en obligarse internacionalmente ante los demás países miembros del CPTPP.

A pesar de que el Gobierno manifestó inicialmente que no ratificaría el tratado (es decir, no procederá con los trámites internos ni con los internacionales), sino hasta la obtención de las llamadas “*side letters*”, o cartas paralelas, hace unas semanas la ministra de Relaciones Exteriores, Antonia Urrejola, indicó que el gobierno depositará el tratado a finales de 2022.⁵



LA RELEVANCIA DEL CPTPP

Se ha discutido si conviene o no a Chile ser parte de este tratado. Existen, al menos, tres áreas que deben analizarse en esta discusión: su importancia geopolítica, multilateral y arancelaria.

Desde la perspectiva geopolítica, este acuerdo se alcanza en un contexto marcado por los múltiples conflictos arancelarios entre las principales economías del mundo. Esto se ha materializado en la llamada “guerra comercial” entre Estados Unidos y China, así como en la renegociación de los tratados de libre comercio de Estados Unidos durante la administración de Donald Trump, lo que llevó a una escalada proteccionista que afectó a todos los países, pero especialmente a los más expuestos al comercio exterior. Asimismo, este acuerdo surge en un momento crucial del comercio internacional, marcado por el lento avance de las negociaciones de la ronda de Doha de la Organización Mundial de Comercio. Todo esto ha puesto en jaque la efectividad del sistema multilateral de comercio.

Estos hechos han llevado a una proliferación de bloques plurilaterales de comercio, que se caracterizan por establecer marcos normativos que van más allá de lo establecido por el sistema multilateral. Probablemente, serán estos marcos normativos los que definan los estándares que regirán al comercio internacional durante la próxima década.

Es importante destacar que el CPTPP es el único acuerdo comercial de este tipo en que no participan las dos grandes potencias: China y Estados Unidos. Este tratado, además, implica un mercado agregado de casi 500 millones de personas. Las economías de estos once países representan el 13,5% del

⁴ Tribunal Constitucional de Chile. 2022. *Requerimiento formulado por diversos senadores para que el tribunal constitucional resuelva la constitucionalidad del acuerdo entre la república de Chile y la república de Argentina para precisar el recorrido del límite desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet, como asimismo el artículo I de dicho acuerdo, de acuerdo al artículo 82 N°2 de la Constitución Política de la República. Rol 288-1999*. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=330>.

⁵ Martínez, Catalina. 2022. Gobierno se pone plazo hasta fin de año para alcanzar el máximo de *side letters* posibles. En *La Tercera*. Disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/tpp11-gobierno-se-pone-plazo-hasta-fin-de-ano-para-alcanzar-el-maximo-de-side-letters-posibles-con-otros-paises/BSW4UJZJEBDQZOAENDN6RGZZR4/>

comercio mundial, y tiene un especial foco en Asia.⁶ El Asia-Pacífico ha sido la región más dinámica del mundo los últimos años, y se espera que siga siendo una zona líder en materia de crecimiento económico, generación de conocimiento científico e innovación tecnológica con aplicaciones en las más diversas áreas. Los países con los que Chile mantiene tradicionales relaciones políticas, comerciales y de cooperación, como son Nueva Zelanda, Australia, Canadá, Japón, Perú y México, ya son miembros del CPTPP y lo han aprobado.

En términos concretos, el CPTPP brinda mejor y mayor acceso a nuevos mercados, estableciéndose condiciones más ventajosas para el ingreso de productos chilenos a Japón, Malasia, Canadá, México y Vietnam, con rebajas arancelarias adicionales a las establecidas en los tratados bilaterales. También abrirá a proveedores chilenos el mercado de contratación pública en Malasia, Perú y Vietnam.⁷ Otro aspecto novedoso es la regla de “acumulación” de origen, que permite que insumos provenientes de otros países del bloque puedan considerarse como propios.⁸ De esta manera, se podrán producir en Chile bienes con mayor valor agregado sobre la base de materias primas e insumos de otros países CPTPP, exportándolos desde Chile al mercado ampliado del CPTPP. Ello permitiría integrarse en cadenas globales de suministro, es decir, realizar inversiones para diversificar y agregar valor a las exportaciones chilenas. En el CPTPP también se incluyen las exportaciones de servicios, y se introducen nuevos contenidos del comercio como las pymes.⁹ Finalmente, se introducen obligaciones en materia de transparencia y anticorrupción que van en línea con los compromisos asumidos por Chile en la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción y Contra el Crimen Organizado Transnacional, la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, entre otras.

En términos concretos, el CPTPP brinda mejor y mayor acceso a nuevos mercados, estableciéndose condiciones más ventajosas para el ingreso de productos chilenos a Japón, Malasia, Canadá, México y Vietnam.

⁶ Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo. 2022. *La Oede acoge con satisfacción el acuerdo CPTPP*. Disponible en: <https://www.oecd.org/about/secretary-general/oecd-welcomes-cptpp-agreement-sp.htm>

⁷ Los tratados bilaterales entre Chile y Perú, Malasia y Vietnam, no incluyen el área de la contratación pública. El capítulo 15 del CPTPP, sí consagra esta disciplina. De este modo, Chile extenderá la posibilidad de que exportadores nacionales accedan a los mercados de compras públicas en estos tres países. El capítulo 15 del CPTPP abarca todas las contrataciones de bienes, servicios y construcción, incluidos en los contratos de concesión de obras públicas realizadas por las respectivas entidades del Estado y que se encuentren listados en los anexos del referido capítulo.

⁸ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. 2022. *Capítulo 3 Reglas de origen y procedimientos relacionados con el origen*. Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/tratado-tpp11/3--reglas-de-origen-y-procedimientos-relacionados-con-el-origen.pdf?sfvrsn=b9b73d4f_0

⁹ El capítulo 24 del CPTPP está diseñado, específicamente, para las pequeñas y medianas empresas. De esta forma, se trata del primer tratado de libre comercio, de estas dimensiones, en incorporar a estas entidades. El objetivo es diseñar instrumentos para promover el acceso y aumentar el aprovechamiento de las disciplinas incluidas en este tratado por este tipo de empresas. Esto se suma a las disposiciones en materia de compras públicas que también buscan facilitar la participación de Pymes en esos procesos.



LAS SIDE LETTERS: LOS FLANCOS DE LA ESTRATEGIA

Si bien el plazo para ratificar y depositar el CPTPP ha sido acotado por la ministra de Relaciones Exteriores —se hará de aquí a fines de 2022—, es indispensable conocer qué son las *side letters* y cuáles serían sus efectos concretos.

Las *side letters* son acuerdos bilaterales entre dos Estados que son parte de un tratado y que buscan aclarar, modificar o dejar sin efecto algunos de los aspectos o cláusulas de dicho tratado. Es un mecanismo de uso recurrente en los tratados plurilaterales de libre comercio ya que las partes buscan especificar, entre ellas, determinados aspectos.¹⁰ Tan sólo en el CPTPP se incluyen más de cien *side letters*, varias aceptadas por Chile al tiempo de la firma. Las *side letters* suscritas por Chile en ese tiempo tuvieron dos objetivos principales. Primero, especificar el contenido de determinadas disposiciones del CPTPP en su alcance bilateral. Segundo, aclarar el vínculo de las disposiciones CPTPP con los tratados vigentes entre las partes, especialmente, cuando ellas podrían llevar a interpretaciones contradictorias.¹¹

Las *side letters* que ha propuesto Chile en esta oportunidad serían distintas. Si bien hasta la fecha, se desconoce su texto y contenido, según lo informado por el Gobierno estas *side letters* buscarían excluir a Chile del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.¹² Es decir, dejar sin aplicación, en la relación entre Chile y cada uno de los diez países miembros, la sección B del capítulo 9 del CPTPP.¹³ No sabemos, más allá de trascendidos, si estas cartas aluden únicamente al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado del CPTPP o si también se refieren a otros medios arbitrales consignados en tratados bilaterales anteriores.

¹⁰ Chile también ha recurrido y aceptado *side letters* en otros tratados de comercio, tales como la prevista entre Chile y Nueva Zelanda en el Acuerdo de Asociación de Economía Digital. Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. 2022. *Side letters DEPA español*. Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/default-document-library/side-letters-depa-espa%C3%B1ol.pdf?sfvrsn=d687e248_2

¹¹ New Zealand Foreign Affairs and Trade. 2022. *New Zealand – Chile: cultural industries*. Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/CPTPP/Canada-New-Zealand-Cultural-Industries.pdf>; Minister of Trade, Tourism and Investment Australia. 2022. *Australia Chile rollover of tpp12 letters*. Disponible en: <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/sl11-australia-chile-rollover-of-tpp12-letters.pdf>; Government of Canada. 2022. *Chile side instruments*. Disponible en: https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/sl_la-chile-chili.aspx?lang=eng#4

¹² Canciller Urrejola tras aprobación del TPP11 (2022.11.10). CNN Chile. https://www.cnnchile.com/economia/canciller-urrejola-tpp11-la-posicion-nuestra-es-continuar-trabajando-las-side-letters_20221011/

¹³ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. 2022. *Capítulo 9*. Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/tratado-tpp11/9-inversion.pdf?sfvrsn=686bc783_0. *Listado de normas suspendidas*. Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/tratado-tpp11/anexo-ii-espa%C3%B1ol.pdf?sfvrsn=c90da42f_0. El efecto de esta suspensión consiste en dejar de aplicar las normas previstas en este apartado respecto de acuerdos de inversión ya materializados.

Se desconoce también si las cartas paralelas han sido aceptadas por sus receptores y, de haberlo sido, si esa aceptación ha sido pura y simplemente acogiendo la solicitud chilena o si se ha abierto una negociación exigiéndose a Chile, recíprocamente, el cumplimiento de otras condiciones sobre las que, por cierto, tampoco se tienen noticias.

Una duda adicional es si se supeditarán la ratificación y el depósito del CPTPP por parte de Chile a la aprobación legislativa de las *side letters* cuestión que, tras el compromiso de proceder con ambos trámites de aquí hacia fines de 2022, entendemos debe ser descartada. Simplemente, no dan los tiempos.

Teniendo en cuenta estos vacíos de información que impiden ver el panorama completo, el presente trabajo analizará el supuesto de que las *side letters* se refieren únicamente a la exclusión de la sección B del Capítulo 9 del CPTPP, sin más condiciones. Desde allí explicará por qué esta estrategia tiene altas probabilidades de ser improductiva. Esta ineficacia surgiría de la conjunción de las siguientes consideraciones:

- 3.1. El CPTPP se funda en el principio de coexistencia con otros acuerdos.
- 3.2. Existencia de acuerdos bilaterales vigentes entre Chile y los otros Estados miembros del CPTPP.
- 3.3. El capítulo de inversión propuesto en el CPTPP favorece a los Estados.
- 3.4. La calidad versus la cantidad de *side letters*.

3.1. El CPTPP se funda en el principio de coexistencia con otros acuerdos

El artículo 1.2 del CPTPP reconoce expresamente que la “intención de las partes” es que el tratado coexista con los otros acuerdos internacionales existentes entre dos o más de ellas, confirmando la plena validez de los derechos y obligaciones previstos en acuerdos bilaterales vigentes con anterioridad al CPTPP. Éste es su texto:

Artículo 1.2: Relación con otros acuerdos internacionales

1. Reconociendo la intención de las Partes de este Tratado para coexistir con sus acuerdos internacionales existentes, cada Parte confirma:
 - (a) en relación con los acuerdos internacionales existentes en los que todas las Partes son parte, incluyendo el Acuerdo sobre la OMC, sus derechos y obligaciones con respecto a las otras Partes; y
 - (b) en relación con los acuerdos internacionales existentes en los que esa Parte y al menos otra Parte sean parte, sus derechos y obligaciones existentes con respecto a esa otra Parte o Partes, según sea el caso.
2. Si una Parte considera que una disposición de este Tratado es incompatible con una disposición de otro acuerdo en el que esta Parte y al menos otra Parte sean parte, a solicitud, de las Partes pertinentes del otro acuerdo consultarán con el fin de alcanzar una solución mutuamente satisfactoria.

Este párrafo es sin perjuicio de los derechos y obligaciones de una Parte conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias).

De esta forma, mediante la suscripción del CPTPP Chile adquiere nuevos derechos, y asume nuevas obligaciones, que son distintas y complementarias a los compromisos ya adquiridos en otros tratados. Seguidamente, si Chile busca excluir la aplicación de la sección B del capítulo 9 del CPTPP, aún serán accesibles los compromisos asumidos en esta materia en otros tratados bilaterales.

De esta forma, mediante la suscripción del CPTPP Chile adquiere nuevos derechos, y asume nuevas obligaciones, que son distintas y complementarias a los compromisos ya adquiridos en otros tratados.

Esta fue la práctica seguida por Nueva Zelandia en materia de *side letters* y que ha sido utilizado como referente por el Gobierno chileno.¹⁴ En las *side letters* propuestas por ese país y aceptadas por Vietnam, Malasia y Brunéi¹⁵, las partes excluyeron el arbitraje previsto en el CPTPP, pero mantuvieron los mecanismos de solución de controversias de inversión de tratados anteriores. En la *side letter* entre Nueva Zelandia y Vietnam, se declaró expresamente que “*nada de lo dispuesto en esta carta paralela irá en detrimento de los derechos y obligaciones de las partes en virtud de cualquier acuerdo internacional existente del que sean parte.*”¹⁶ Dado que ambos países son también parte del Acuerdo de Libre Comercio del ASEAN (Comunidad de Naciones del Sudeste Asiático), que contempla un mecanismo de solución de controversias de inversión, de producirse una diferencia los inversionistas de su nacionalidad podrán acceder a los medios arbitrales previstos en ese tratado anterior.¹⁷ Asimismo, Nueva Zelandia firmó otras dos *side letters* tanto con Malasia como con Brunéi. En la primera

¹⁴ Canciller Urrejola tras aprobación del TPP11 (2022.11.10). CNN Chile. https://www.cnnchile.com/economia/canciller-urrejola-tpp11-la-posicion-nuestra-es-continuar-trabajando-las-side-letters_20221011/

¹⁵ Nueva Zelandia consiguió dos *side letters* adicionales, con Perú y con Australia. En el caso con Perú, dado que no existía ningún acuerdo anterior que regulase las eventuales controversias inversionista-estado, la situación se mantiene sin variación con relación al estado anterior a la firma del CPTPP. El caso entre Nueva Zelandia y Australia es distinto. Si bien existen varios acuerdos bilaterales, en todos ellos se ha prescindido de la solución de disputas inversionista-estado y toda diferencia en materia de inversión debe ser demandada ante tribunales locales. Esto se explica, en términos generales, por dos factores: la altísima integración de ambas economías, en que más de la mitad de la inversión extranjera en Nueva Zelandia es de origen australiano, y Australia es el principal destino de inversiones neozelandesas, y por la existencia de sistemas jurídicos y judiciales similares.

¹⁶ “*nothing in this side letter shall derogate from the rights and obligations of the parties under any existing international agreements to which the parties are party.*”

¹⁷ New Zealand Foreign Affairs and Trade. 2022. *New Zealand – Vietnam: ISDS*. Disponible en <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/CPTPP/New-Zealand-Viet-Nam-ISDS.pdf>

de esas *side letters* se limitó el mecanismo de solución de controversias del CPTPP. En la segunda se reafirmó que nada de lo acordado en el CPTPP deroga los derechos y obligaciones recíprocos del Acuerdo de Libre Comercio del ASEAN, el que incluye medios de solución de controversias de inversión.¹⁸

De este modo, al menos la experiencia neozelandesa muestra que el efecto de las *side letters* es limitado, ya que no aleja la posibilidad que un Estado CPTPP termine involucrado en una disputa de inversión si el inversionista opta por recurrir a algún mecanismo de solución de controversias previsto en un tratado anterior.

3.2. Existencia de acuerdos bilaterales vigentes entre Chile y los otros Estados miembros del CPTPP

Chile ha suscrito acuerdos comerciales bilaterales, con distintos grados de alcance, con los diez Estados firmantes originales del CPTPP.¹⁹

En cinco de esos diez acuerdos (Australia, Canadá, Japón, México y Perú), figura un capítulo específico sobre inversión. Estos capítulos incluyen un mecanismo para resolver controversias inversionista-Estado.

En relación con los otros cinco países, partamos por Malasia. Aunque el acuerdo de libre comercio no contiene un capítulo sobre inversión y, por consiguiente, sobre solución de controversias entre inversionistas-Estado, existe un tratado anterior, denominado Convenio sobre Promoción y Protección de las Inversiones que contiene una disposición relativa a la solución de controversias de inversión.²⁰ Para este caso, ambos Estados acuerdan someter al Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión (“CIADI”) cualquier controversia que surja entre alguno de ellos y un inversionista de esa na-

¹⁸ New Zealand Foreign Affairs and Trade. 2022. *New Zealand – Vietnam: relationship between CPTPP and AANZFTA*. Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/CPTPP/New-Zealand-Viet-Nam-Relationship-between-CPTPP-and-AANZFTA.pdf>. New Zealand Brunei: relationship between CPTPP and other agreements. Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/CPTPP/New-Zealand-Brunei-Relationship-with-Other-Agreements.pdf>

¹⁹ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. 2022. *Tratado de libre comercio entre Chile y Australia*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/australia>, *Tratado de libre comercio entre Chile y Canadá*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/canada/>, *Acuerdo entre la República de Chile y Japón para una Asociación Económica Estratégica*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/japon>, *Acuerdo de libre comercio Chile Malasia*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/malasia>, *Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/p4>, *Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/mexico>, *Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/peru>, *Acuerdo libre comercio Chile-Vietnam*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/vietnam>

²⁰ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. 2022. *Convenio entre la república de Chile y el Gobierno de Malasia para la promoción y protección de las inversiones*. Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos/ppis/appi-malasia-sp.pdf?sfvrsn=ea93effe_2

cionalidad. Las definiciones previstas en ese acuerdo son inclusive más amplias, y el único caso en que el Estado de Chile ha sido condenado por incumplimiento de estándares de inversión extranjera, fue precisamente con una firma malaya que demandó al país conforme a los términos de este acuerdo.²¹

Con los tres países integrantes del tratado denominado P-4 (Nueva Zelanda, Brunéi y Singapur) no existe un capítulo relativo a inversiones ni tampoco sobre medios de solución de controversias inversionista-Estado. De modo que, de producirse una controversia entre algún inversionista de ese país y Chile o viceversa, se aplicarían, en principio, los estándares CPTPP. En 2017 Nueva Zelanda solicitó a Chile excluir este mecanismo y la respuesta fue negativa. Sin embargo, según ha informado el Gobierno, Nueva Zelanda sería uno de los países que habría respondido afirmativamente a la última solicitud chilena de excluir el mecanismo CPTPP.²² De esta forma, de producirse una controversia entre inversionistas neozelandeses y Chile o viceversa, no existiría un mecanismo de solución de controversias de inversión normado. Por tanto, una eventual controversia se resolvería mediante una solución bilateral general ad-hoc, o por las normas generales del derecho internacional.²³

De producirse una controversia entre inversionistas neozelandeses y Chile o viceversa, no existiría un mecanismo de solución de controversias de inversión normado.

Para el último caso, Vietnam, el acuerdo bilateral de libre comercio vigente tampoco incluye un capítulo de inversión ni un mecanismo predeterminado para la solución de controversia inversionista-Estado. De no ser aceptada la *side letter* requerida por Chile, estos conflictos se dirimirían vía CPTPP.

²¹ United Nations Conference on Trade and Development. 2022. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/66/mtd-v-chile>

²² Carrasco, Rodolfo. Boric: México y Nueva Zelanda aceptaron las *side letters* por TPP11. En *DF*. Disponible en: <https://www.df.cl/economia-y-politica/boric-mexico-y-nueva-zelanda-aceptaron-las-side-letters-por-tpp11>

²³ En las *side letters* suscritas entre Nueva Zelanda para excluir el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, figuran tres fórmulas distintas en caso de efectivamente producirse una diferencia de esa naturaleza. Si la diferencia se produce con un inversionista de Brunéi, Vietnam o Malasia, aquella deberá resolverse amigablemente por la vía de consultas y negociaciones entre el inversionista y el gobierno respectivo y, de no resolverse en plazo de seis meses, podrá someterse a arbitraje según lo previsto en el CPTPP en la medida que exista acuerdo del gobierno demandado. Ahora bien, dado que estos cuatro países, así como Australia, son miembros del Tratado de Libre Comercio entre Australia, Nueva Zelanda y la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático-ASEAN (el llamado “AANZFTA”), que contiene un capítulo específico sobre solución de controversias inversionista-Estado, tal vía queda vigente para inversionistas de esas nacionalidades. Si la diferencia se produce con inversionistas del Perú, no se vislumbra una solución concreta ya que no existe un tratado bilateral en vigor que regule inversiones entre estos dos Estados, de forma que regirían las normas generales del derecho internacional que, simplificando, serían solución Estado-Estado o recurso a tribunales locales del país demandado. Es importante destacar, asimismo, que el Capítulo 28 del CPTPP prevé un mecanismo de solución de controversias Estado-Estado. Este capítulo está concebido en términos amplios, de modo que un Estado podría solicitar a otro Estado miembro del CPTPP que se apliquen los mecanismos previstos en ese apartado ante una diferencia de inversión extranjera.

En caso contrario, para abordar potenciales diferencias entre inversionistas chilenos contra Vietnam o viceversa también regiría lo que se pacte bilateralmente o, en su defecto, las normas generales del derecho internacional.

En conclusión, si se obtienen las *side letters* excluyendo la sección B del capítulo 9 del CPTPP, pero quedan vigentes los tratados con los demás países del CPTPP que prevén mecanismos de solución de disputas de inversión, las *side letters* no alterarían la posibilidad que Chile se vea sujeto a un tribunal arbitral de inversiones al amparo de otros tratados bilaterales vigentes que contemplan esta posibilidad. Es decir, inversionistas canadienses, australianos, japoneses, peruanos, mexicanos y malasios podrían igualmente demandar a Chile basados en los tratados anteriores. Estos inversionistas, a su vez, representan los mayores montos de inversión extranjera en Chile y, por ende, el mayor riesgo a verse expuesto a una demanda de inversión.

Inversionistas canadienses, australianos, japoneses, peruanos, mexicanos y malasios podrían igualmente demandar a Chile basados en los tratados anteriores.

En el caso de aquellos países miembros del CPTPP con los cuales Chile no tiene un tratado que regule las diferencias en materia de inversión extranjera (Nueva Zelanda, Vietnam, Singapur y Brunéi), de presentarse una disputa entre un inversionista de esa nacionalidad y Chile, o viceversa, ellas tendrían que resolverse mediante un mecanismo bilateral especialmente definido al efecto. Asimismo, el inversionista extranjero siempre podrá recurrir a los tribunales domésticos. También queda disponible el Capítulo 28 del propio CPTPP, que implica elevar la disputa a una diferencia entre Estados.

3.3. El capítulo de inversión propuesto en el CPTPP favorece a los Estados

Conforme a la agencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD, según sus siglas en inglés) existen más 2.000 tratados internacionales de inversión en vigor²⁴ y se contabilizan, desde 1987, algo más de 1.000 controversias inversionista-Estado.²⁵ Según la misma fuente, un 37% de estas demandas han sido decididas a favor de los Estados, versus el 29% que han sido decididas a favor de los inversionistas, en 20% de los casos se ha llegado a un acuerdo previo a la sentencia, 12% han sido descontinuados y en un 2% se ha considerado incumplimiento por parte del Estado, pero no se han

²⁴ United Nations Conference on Trade and Development. 2022. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-country-grouping>

²⁵ United Nations Conference on Trade and Development. 2022. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

producido daños.²⁶ Estos datos también muestran que ha existido un incremento de las demandas de inversión entre 2012 y 2020.

Más allá de estas cifras, los mecanismos de solución de disputa inversionista-Estado han generado diversas discusiones.²⁷ Por ejemplo, Frank (2005), Douglas (2011), Van Harten (2012), Kahale (2012)²⁸, consideran que los tribunales arbitrales de inversión tienen un sesgo pro-inversionista, carecen de transparencia y son lentos. A ello agregan que los laudos de estos tribunales son contradictorios e incorrectos, lo que se ve agravado porque el sistema no contempla instancias de apelación. Bottini (2020) añade los excesivos costos de estos procedimientos²⁹ y, Bjorklund (2020) y Georgetti (2020) suman, respectivamente, la falta de diversidad e independencia de los árbitros designados en los casos.³⁰

Más allá de estas cifras, los mecanismos de solución de disputa inversionista-Estado han generado diversas discusiones.

El año 2017 para hacer frente a estas críticas, se estableció al amparo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL, según siglas en inglés), el Grupo de Trabajo III. Este Grupo ha discutido posibles modificaciones a los sistemas de solución de controversias inversionista-Estado y ha sugerido mejoras a las reglas del CIADI.³¹ La Unión Europea, por su

²⁶ United Nations Conference on Trade and Development. 2022. *Investment Policy Hub*. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d7_en.pdf

²⁷ Entre otros, Susan Franck, 'The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions' (2005) 73 *Fordham L Rev* 107. Michael Waibel and others (eds), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Kluwer Law International 2010). Malcolm Langford, Cosette Creamer and Daniel Behn, 'Regime Responsiveness in International Economic Disputes' in Szilárd Gáspár-Szilágyi, Daniel Behn and Malcolm Langford (eds), *Adjudicating Trade and Investment Disputes: Convergence or Divergence?* (CUP 2020) 244; Langford, M., Potestà, M., Kaufmann-Kohler, G., & Behn, D. (2020). Special Issue: UNCITRAL and Investment Arbitration Reform: Matching Concerns and Solutions, *The Journal of World Investment & Trade*, 21(2-3), 167-187. doi: <https://doi.org/10.1163/22119000-12340171>

²⁸ Gus Van Harten, 'Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration' (2012) 50 *Osgoode Hall L J* 211, 251; Zachary Douglas, 'The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails' (2011) 2 *JIDS* 97; George Kahale 'Is Investor-State Arbitration Broken?' (2012) 7 *TDM*.

²⁹ Gabriel Bottini and others, 'Excessive Costs and Recoverability of Cost Awards in Investment Arbitration' (2020) 21(2-3) *JWIT* 251-99

³⁰ Andrea K Bjorklund and others, 'The Diversity Deficit' 21(2-3) *JWIT* (2020) 410-40. Chiara Georgetti and others, 'Lack of Independence and Impartiality of Arbitrators' 21(2-3) *JWIT* (2020) 441-74.

³¹ United Nations Commission on International Trade Law. 2022. *Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform*. Disponible en: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state

parte, desde 2015 busca establecer una corte multilateral de inversiones para reemplazar el arbitraje ad-hoc³², opción que ha sido incorporada en los últimos acuerdos de libre comercio concluidos por ese bloque regional.³³

Asimismo, se observan casos de países reticentes a la utilización de los medios de solución de controversias inversionista-Estado. Un ejemplo es la política declarada por Nueva Zelanda. Si bien este país no ha innovado en los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado vigentes en sus tratados de libre comercio con China y ASEAN, tras la suscripción del CPTPP, anunció su voluntad de no volver a incorporarlos en los tratados que negocie en el futuro.³⁴

La Unión Europea, por su parte, desde 2015 busca establecer una corte multilateral de inversiones para reemplazar el arbitraje ad-hoc, opción que ha sido incorporada en los últimos acuerdos de libre comercio concluidos por ese bloque regional.

Otro ejemplo de esta reserva es el entendimiento entre México y Canadá dentro del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Estados Unidos, México y Canadá (T-MEC). Ambos optaron por prescindir de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado conforme a ese acuerdo. Sin embargo, los inversionistas de esas nacionalidades conservan la posibilidad de recurrir a estos medios de solución de disputa haciendo uso de las provisiones del CPTPP, el cual se mantuvo inmutable entre Canadá y México, a pesar suscribirse con posterioridad al T-MEC.³⁵

En paralelo a la discusión sobre los medios de solución de controversia inversionista-Estado, se observan actualizaciones sustantivas y procesales a los tratados internacionales de inversión. La UNCTAD dispone de una categorización de las mejoras introducidas en estos tratados respecto de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado. Para esta agencia, precisamente, el CPTPP con-

³² European Commission. *Multilateral investment court project*. 2022. Disponible en: https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en

³³ European Commission. *The EU and Canada adopt rules putting in place the CETA investment court*. 2022. Disponible en: https://policy.trade.ec.europa.eu/news/eu-and-canada-adopt-rules-putting-in-place-ceta-investment-court-2021-01-29_en. European Commission. *EU-Vietnam Investment Protection Agreement*. 2022. Disponible en: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157394.pdf

³⁴ The official website of the New Zealand Government. 2022. *New Zealand signs side letters curbing investor-state dispute settlement*. Disponible en: <https://www.beehive.govt.nz/release/new-zealand-signs-side-letters-curbing-investor-state-dispute-settlement>

³⁵ Secretaría de Relaciones Exteriores. 2022. *Decreto promulgatorio del Protocolo por el que se Sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá*. Disponible en: <https://can-mex-usa-sec.org/secretariat/assets/pdfs/usmca-aceum-tmec/agreement-spa.pdf>. En el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, Canadá prescindió totalmente de los mecanismos de solución de controversias inversionista-estado.

templa avances en estas áreas.³⁶ Los estándares perfeccionados en el CPTPP a los que alude la UNCTAD se refieren, en general, al rol de los Estados en los mecanismos de solución de controversias³⁷, la imparcialidad de los árbitros³⁸, eficiencia del procedimiento³⁹, la transparencia y las limitaciones a las reparaciones que pueden ser determinadas por el tribunal.

Por otra parte, y en términos sustantivos, la sección A del capítulo 9 del CPTPP define un concepto de inversión tan amplio como en los tratados bilaterales ya suscritos por Chile.⁴⁰ Sin embargo, por primera vez en los capítulos de inversiones de un tratado de libre comercio, el CPTPP incluye aclaraciones explícitas sobre el alcance de las expectativas de un inversionista. Destacan cuatro conceptos:⁴¹

- (i) El artículo 9.6(4) explicita que el Estado puede regular, incluso si como resultado de esas regulaciones posteriores se perjudica una inversión: *“para mayor certeza, el simple hecho de que una parte adopte u omita adoptar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación a este artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño de la inversión cubierta.”*
- (ii) El anexo 9-B, relativo a la expropiación, señala expresamente qué se entiende por *“expectativas inequívocas y razonables”*, estableciéndose que ellas requieren *“certezas obligatorias por escrito por parte del Estado.”*
- (iii) Las certezas obligatorias por escrito tampoco garantizan la obtención de utilidades producto de la inversión, ya que adicionalmente este mismo anexo agrega que *“los efectos adversos sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido”*.
- (iv) Finalmente, este anexo protege mayormente el derecho a regular, sin que una nueva regulación pueda considerarse —per se— como causante de una expropiación indirecta.

³⁶ United Nations Conference on Trade and Development. 2022. *Investment Policy Hub*. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2019d3_en.pdf UNCTAD. Improved ISDS procedure: The treaty preserves the existing system of investor-State arbitration but with certain important modifications (box 1). Such modifications may aim, amongst others, at increasing States' control over the proceedings, opening them up to the public and third parties, enhancing suitability and impartiality of arbitrators, increasing efficiency of proceedings, and limiting remedial powers of ISDS tribunals

³⁷ Por ejemplo, posibilidad de interpretar conceptos del tratado que, a su vez, sean vinculantes para los tribunales arbitrales, permitir la participación de partes no contendientes y presentar contrademandas.

³⁸ Por ejemplo, la incorporación de códigos de conducta y normas para regular conflictos de intereses.

³⁹ Por ejemplo, consagrar la desestimación anticipada de procedimientos que carecen manifiestamente de fundamentos, consolidación de reclamaciones, mecanismos alternativos de resolución de disputas no vinculantes.

⁴⁰ En cinco de los diez acuerdos bilaterales de libre comercio analizados anteriormente (Australia, Canadá, Japón, México y Perú), se utiliza un concepto amplio de inversión, incluyendo *“la expectativa de obtener ganancias o utilidades”*. Si bien se trata de una referencia general que no garantiza utilidades al inversionista extranjero en Chile, ni tampoco obliga al estado a indemnizarlo si no obtiene las ganancias esperadas, su interpretación puede ser fuente de controversia por el sentido y alcance del término expectativa. El término expectativa y legítima expectativa es un concepto disputado, y que ha sido interpretado de manera amplia, especialmente, al aplicar los llamados acuerdos recíprocos de promoción y protección de inversiones. United Nations Conference on Trade and Development. 2022. *Investment Policy Hub*. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d1_add1_en.pdf

⁴¹ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. 2022. *Capítulo 9 Inversión*. Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/tratado-tpp11/9--inversion.pdf?sfvrsn=686bc783_0.

A pesar de las objeciones y críticas a los estándares y mecanismos de solución de controversias arbitrales inversionista-Estado, si comparamos los tratados bilaterales vigentes en Chile y el CPTPP, lo cierto es que éste favorece la defensa de los Estados, ya que aclara y circunscribe términos que han sido interpretados de manera amplia. En definitiva, es un avance que mejoraría la posición del Estado de Chile ante una eventual demanda de un inversionista extranjero.

Por tanto, de obtenerse las *side letters* propuestas por Chile para excluir la sección B del capítulo 9 del CPTPP, surge la duda de si el tribunal arbitral que correspondería a los tratados bilaterales podría aplicar los elementos sustantivos aclaratorios de la sección A del capítulo 9. En conclusión, las *side letters* que pretenden excluir a Chile de los mecanismos arbitrales del CPTPP podrían traer como efecto que, enfrentado el país a una demanda de inversión al amparo de los otros tratados bilaterales, Chile no pueda recurrir, ni aquel tribunal arbitral pueda aplicar, las defensas más favorables para el Estado previstas en el CPTPP.⁴²

A pesar de las objeciones y críticas a los estándares y mecanismos de solución de controversias arbitrales inversionista-Estado, si comparamos los tratados bilaterales vigentes en Chile y el CPTPP, lo cierto es que éste favorece la defensa de los Estados.

Finalmente, es importante tener presente que desde 1987, año en que se comienzan a registrar los casos inversionista-Estado en la UNCTAD, Chile ha sido demandado en siete ocasiones y ha sido condenado sólo en una de ellas.⁴³ Descartando aquellos casos que aún están en trámite (iniciados en 2020 y relacionados con materias de infraestructura), Chile ha sido condenado solo el año 2004, en el caso caratulado “MTD v. Chile MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile v. Chile (ICSID case No.

⁴² Una estrategia más acertada y efectiva fue la lograda por Australia en su relación con México, Perú y Vietnam. Australia firmó *side letters* con estos tres países mediante las cuales se dieron por terminados los tratados bilaterales de inversión que, a su vez, contenían mecanismos de solución de disputas inversionista-estado. De este modo, los inversionistas peruanos, mexicanos o vietnamitas que busquen demandar a Australia y viceversa, tendrán que recurrir y probar incumplimientos respecto de los estándares CPTPP, que son más elevados y resguardan mejor los intereses de los estados, que aquellos previstos en los terminados tratados bilaterales de inversión. Por otro lado, también es importante hacer presente que de producirse una diferencia entre Chile y un inversionista extranjero de nacionalidad de un país CPTPP con los que no exista un tratado que regule estas diferencias, y ante el supuesto que ese estado también haya aceptado la *side letter* chilena excluyendo el mecanismo de solución de controversias de la sección B del capítulo 9, aquella disputa podría ser resuelta ante un tribunal doméstico, el que debería aplicar los estándares sustantivos de la sección A del CPTPP.

⁴³ United Nations Conference on Trade and Development. 2022. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/41/chile/respondent>

ARB/01/7).⁴⁴ El monto de la compensación ascendió a 5,8 millones de dólares (la demanda fue por 20 millones). Los resultados de Chile están en línea —y son más favorables— con las estadísticas a nivel global, en las que las disputas de inversión surgidas entre inversionistas extranjeros y Estados han sido mayoritariamente decididas a favor de los Estados.

3.4. La calidad versus la cantidad de las *side letters*

De la información accesible al público, hasta ahora se sabe que Chile ha enviado *side letters* requiriendo la prescindencia del mecanismo de solución de controversias a los diez Estados miembros del CPTPP. Por su parte, el Gobierno no ha sido explícito respecto al número de *side letters* que se deben confirmar. Sólo se ha indicado que no espera lograr “muchas” y que el plazo para ello es hasta fines del presente año.⁴⁵ Se sabe que Nueva Zelandia obtuvo cinco respuestas afirmativas (Perú, Australia, Malasia, Brunéi y Vietnam).

Los antecedentes que conocemos del proceso permiten adelantar dos conclusiones preliminares: es muy improbable que se consiga la respuesta afirmativa de los diez países CPTPP y, los países que consintieron a la propuesta de Nueva Zelandia, así como este último, podrían estar más llanos a la propuesta chilena.

¿Sería útil para Chile conseguir entre cinco a seis aceptaciones? Esto depende de los países que acepten las *side letters*.

¿Sería útil para Chile conseguir entre cinco a seis aceptaciones? Esto depende de los países que acepten las *side letters*. Las siguientes razones explican esta situación:⁴⁶

- (i) Si las respuestas afirmativas proviniesen de países CPTPP que, según su historia y presencia en el país, proyectarían mantener o, eventualmente, incrementar sus inversiones en Chile, la estrategia de *side letters* tendría sentido. En efecto, el Estado se estaría resguardando de tener que afrontar demandas de inversionistas de esas nacionalidades ante tribunales arbitrales de inversión. Tal sería el caso de Japón, Canadá y Australia. Ahora bien, como seguirán vigentes

⁴⁴ En el extenso caso entre Víctor Pey Casado y la Fundación Allende contra Chile por la expropiación del diario El Clarín —que se prolongó por más de 22 años— la primera sentencia arbitral condenó al estado. Sin embargo, en último término las aspiraciones de los demandantes fueron rechazadas.

⁴⁵ Martínez, Catalina. 2022. Gobierno se pone plazo hasta fin de año para alcanzar el máximo de *side letters* posibles. En *La Tercera*. Disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/tpp11-gobierno-se-pone-plazo-hasta-fin-de-ano-para-alcanzar-el-maximo-de-side-letters-possibles-con-otros-paises/BSW4UJZJEBDQZOAENDN6RGZZR4/>

⁴⁶ Banco Central de Chile. 2022. *Inversión Extranjera Directa (IED)*. Disponible en: <https://www.bcentral.cl/web/banco-central/areas/estadisticas/inversion-extranjera-directa-ied>

los mecanismos de solución de controversias bilaterales, la exclusión únicamente del capítulo 9 sección B del CPTPP no tendrá ningún efecto, ya que los inversionistas de esas nacionalidades aún tendrán a su disposición los mecanismos arbitrales bilaterales.

- (ii) Si las respuestas se obtienen de países con pocas inversiones en Chile y con acuerdos bilaterales vigentes que otorguen protección, como es el caso de México, Perú y Malasia, las *side letters* tampoco tendrán impacto. Si bien la exposición a demandas de inversionistas de esos países es baja debido a los montos invertidos, de cualquier manera, Chile podría ser objeto de demandas de inversión en virtud de esos tratados.
- (iii) Si las respuestas positivas son de países con escasa —o nula— presencia de inversionistas en el país, como es el caso de Nueva Zelandia, Singapur, Brunéi o Vietnam, países con los que no existe un tratado bilateral que contenga mecanismos de solución de controversias, la estrategia de *side letters* mantendría la situación actual sin alterar el riesgo de Chile a ser demandado por inversionistas de esas nacionalidades ante tribunales internacionales de inversión. Vale la pena preguntarse si a futuro esta estrategia favorecería o no la presencia de inversionistas de esas nacionalidades en Chile y viceversa.

IV.

CONCLUSIÓN

Era necesario que el Congreso concluyera, con una contundente aprobación en el Senado, la tramitación del CPTPP, un acuerdo en el que Chile ha participado desde sus orígenes. Es importante, asimismo, que el Gobierno haya comprometido este año su ratificación y depósito. En este sentido, las *side letters* que pretenden excluir la aplicación del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado del CPTPP, será un esfuerzo infructuoso.

Estéril es el esfuerzo de conseguir *side letters* para excluir la sección B del capítulo 9 del CPTPP dado que Chile tiene otros tratados en vigor que contemplan el acceso a esos mecanismos arbitrales los que, en principio, se mantendrían operativos ante una disputa de inversión.

Paradójico es que se busque prescindir de parte del capítulo de inversión del CPTPP el que, a su vez, tiene un diseño más cuidadoso de los intereses de los Estados vis-a-vis los inversionistas, en particular, la protección del derecho a regular de los Estados y las expectativas de un inversionista.

La eventual aceptación de la *side letter* abriría un debate sobre si el tribunal arbitral del tratado anterior debe aplicar los estándares CPTPP que resguardan explícitamente a los Estados, o si debe guiarse por los previstos en aquél. Esto afectaría la capacidad de defensa del Estado y contradeciría las pretensiones del actual Gobierno.

Finalmente, el alegado sesgo pro-inversionista de las instancias arbitrales de inversión no se sustenta en la evidencia disponible de las agencias de Naciones Unidas, más allá de las críticas que existen respecto del sistema en general.

Finalmente, se requiere conocer el texto de las *side letters* y los efectos que traerá su aprobación parlamentaria en calidad de tratado internacional. Es importante abrir el debate y ponderar los efectos políticos e internacionales de esta decisión, las consecuencias respecto de los inversionistas de nacionalidad chilena en los países CPTPP, así como tener a la vista otras consideraciones de naturaleza diplomática. Esta será materia de un próximo estudio.



CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP.

Director: Leonidas Montes L.

Editor: Lucas Sierra I.

Diagramación: Pedro Sepúlveda V.

VER EDICIONES ANTERIORES

