



DIRECON

---

**Comisión RR.EE. SENADO**  
**Aclaraciones DIRECON respecto de declaraciones del Sr. Gabriel Palma en**  
**sesión del 22 de mayo de 2019**

---

**I. Críticas Generales:**

- **“Los Tratados anteriores son sobre comercio, este no. La gran mayoría de los productos que no están son irrelevantes para el desarrollo chileno.”**
- **“Lo comercial es lo menor”.**
- **“Los productos que se agregan no nos van a beneficiar”.**
- **“Beneficios son mínimos, agrega algunos productos que son básicamente irrelevantes, si fueran relevantes estarían en los Tratados anteriores con los 10 países.”**

Los productos que se incluyen en el CPTPP son relevantes para el comercio de Chile. Si bien los acuerdos bilaterales en vigor son beneficios para Chile, los intereses de Chile en materia de comercio internacional evolucionan, nuestra canasta exportadora se diversifica. Los beneficios del comercio internacional no se agotan en los Tratados de Libre Comercio que Chile ya ha suscrito. Existen bienes y servicios que no estaban cubiertos por los acuerdos bilaterales. El comercio no es estático.

El CPTPP abrirá más de tres mil oportunidades a productos chilenos en sectores agrícola, forestal, pesquero, lácteos y carnes, que ingresarán con arancel cero a mercados tan importantes como Japón, Vietnam o Canadá. Beneficiando, especialmente, a las regiones agrícolas, pesqueras y forestales de nuestro país. Asimismo, el CPTPP incluye temas que por primera vez se regulan en un acuerdo comercial, desde la perspectiva de sus vinculaciones con el comercio y la inversión. Por ejemplo, las disposiciones sobre anticorrupción y normas relativas a las empresas propiedad de los estados se encuentran en esta condición. Adicionalmente, se establecen compromisos en materias de competitividad, PYMEs, entre otros, que conducen a mejorar los procesos regulatorios, para que estos potencien el comercio, sean más transparentes y abiertos a nuestros exportadores y a la sociedad civil.

**II. Críticas Capítulo Inversiones**

- **“El Tratado no nació para facilitar el comercio, nació para darle una cantidad importante de garantías a las empresas multinacionales. La razón de ser de este tratado es darles garantías a las multinacionales”.**

El CPTPP contiene 30 capítulos que regulan el comercio entre los 11 países del CPTPP. El objetivo del CPTPP es establecer las reglas claras que regirán y beneficiarán el comercio internacional entre los 11 países del CPTPP. El Tratado establece una zona de libre de comercio en el Asia Pacífico, región que ha mostrado los niveles más altos de dinamismo económico durante los últimos años y donde se encuentran los principales socios comerciales de Chile.



DIRECON

Los únicos derechos que se otorgan a los inversionistas extranjeros están circunscritos al Capítulo de Inversiones, dichos derechos están limitados a: trato no discriminatorio (trato nacional, trato de nación más favorecida); nivel mínimo de trato acorde al derecho consuetudinario internacional; libre transferencia de la inversión desde y hacia un territorio; expropiación realizada por causa de propósito público, de una manera no discriminatoria, mediante pago de indemnización y de conformidad con el principio del debido proceso legal (todas elementos que se encuentran también en nuestra Constitución); tratamiento en caso de conflicto armado o contienda civil; prohibición, en casos limitados, a exigir requisitos de desempeño.

- **“Con este tratado basta con tener una oficina en Lima con 3 personas, literalmente, para pasar a ser corporación multinacional, aunque no tenga ninguna actividad en Perú o fuera de Chile, basta tener una oficina en un país del exterior para que entonces uno pase a ser técnicamente considerado multinacional.”**

El Capítulo de Inversiones no hace referencia alguna al concepto de “multinacional”. En todo caso, el ejemplo sobre el simple establecimiento de una oficina en el extranjero no cabe dentro del concepto de inversión o inversionista ya que el CPTPP exige al inversionista tener actividades sustanciales en un país: Artículo 9.15 “Denegación de Beneficios”: *“Una Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista... y a las inversiones de dicho inversionista, si la empresa: **no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio** de cualquier Parte que no sea la Parte que deniega.”*

- **“¿Cómo se definen las garantías que se dan? Se inventa un concepto nuevo que jamás ha existido ni en teoría económica ni en tratados comerciales anteriores, algo muy nuevo que es la famosa expropiación indirecta... se define esta expropiación como “cualquier interferencia”. No se distingue entre interferencias artificiales o interferencias razonables.... Interferencia es interferencia, punto.”**

Las “garantías” que se otorgan a los inversionistas están limitadas a las siguientes: trato no discriminatorio (trato nacional, trato de nación más favorecida); nivel mínimo de trato acorde al derecho consuetudinario internacional; libre transferencia de la inversión desde y hacia un territorio; expropiación realizada por causa de propósito público, de una manera no discriminatoria, mediante pago de indemnización y de conformidad con el principio del debido proceso legal (todas elementos que se encuentran también en nuestra Constitución); tratamiento en caso de conflicto armado o contienda civil; prohibición, en casos limitados, a exigir requisitos de desempeño.

Respecto de la “expropiación indirecta”, este concepto existe desde el primer Tratado de Libre Comercio suscrito por Chile en Canadá en 1997 y está cubierto por todos nuestros Tratados de Libre Comercio con Capítulos de Inversión. A partir del año 2004, con la firma del TLC con EE.UU., hemos incluido en todos nuestros Tratados de Libre Comercio un Anexo específico sobre “Expropiación”, donde se desarrolla y explica tanto el concepto de “expropiación directa” como “expropiación indirecta”, reflejando el derecho internacional consuetudinario en la materia.



DIRECON

La expropiación indirecta NO está definida como “interferencia”. La “expropiación indirecta” está expresamente definida como *“un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.”*

Por su parte, la “expropiación directa” está definida como aquella *“en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.”*

Existen sólo dos referencias al concepto de interferencia en relación a la expropiación, la primera para indicar que *“un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión”*, lo anterior es equivalente al tratamiento que da la legislación chilena a la expropiación y su relación con el derecho a la propiedad y las facultades esenciales del dominio. El segundo caso en que se hace referencia a “interferencia” es en relación a sólo uno de los factores a tener en consideración, en una investigación factual, para determinar si existió una expropiación indirecta.

En conclusión, la “expropiación indirecta” NO está definida como “interferencia”. La interferencia no es el elemento central para determinar si hay una expropiación indirecta, es sólo uno de los antecedentes que pueden tenerse en cuenta, entre otros. Adicionalmente, se incluye una salvaguardia relacionada a la interferencia con las expectativas inequívocas y razonables del inversionista, estableciéndose: *“el que un inversionista tenga expectativas inequívocas y razonables de la inversión depende, en la medida en que sea relevante, de factores tales como si el gobierno proporcionó al inversionista certezas obligatorias por escrito y de la naturaleza y alcance de la regulación gubernamental o del potencial para la regulación gubernamental en el sector relevante.”*

- **“La definición de inversión es muy vaga, inversión es cualquier cosa, no es algo que genere capacidades productivas... por ejemplo, los capitales golondrina se consideran inversión”.**

Los “capitales golondrina” NO se consideran inversión en el CPTPP. El Tratado exige al inversionista tener actividades sustanciales, en este sentido, el Artículo 9.15 (“Denegación de Beneficios”) establece expresamente que *“Una Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista... y a las inversiones de dicho inversionista, si la empresa: **no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio** de cualquier Parte que no sea la Parte que deniega.”*

- Existe un **“espacio de interpretación en las cortes internacionales, que también son complicadas, espacio de interpretación para los jueces... con una cantidad grande de conflictos de interés.**

Las Partes del CPTPP negociaron un Código de Conducta para árbitros en casos de controversias entre inversionista y Estado donde se regulan temas relativos a posibles conflictos de interés y ética de los árbitros. El CPTPP es el primer Tratado de Libre Comercio en incluir un Código de Conducta para árbitros bajo el Capítulo de Inversiones.



DIRECON

- **“Si uno mira cortes similares los que ganan sistemáticamente, ustedes se imaginarán quienes son.”**

La base de datos de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), organismo internacional neutral, mantiene una de las bases de datos más desarrolladas y modernas en el mundo, donde actualizan constantemente las cifras de todos los casos inversionista-Estados (no sólo aquellos bajo reglas del CIADIA o reglas de la CNUDMI). De acuerdo a lo publicado por la UNCTAD, a 31 de diciembre de 2018 se observa lo siguiente respecto de los 602 casos concluidos :

- 35.7% de los casos fueron decididos a favor de Estados (215 casos).
  - 28.7% de los casos fueron decididos a favor de inversionistas (173 casos).
  - 22.8% de los casos fueron concluidos por acuerdo entre las partes (137 casos).
  - 10.6% de los casos fueron discontinuados (64 casos).
  - 2.2% casos en que no se falló a favor de ninguna de las partes (el tribunal determinó que existía responsabilidad del Estado, pero sin derecho a compensación para los inversionistas) (13 casos).
- **“¿Qué problema hay para que los conflictos entre nuestro Estado y las corporaciones se resuelvan en cortes nacionales? Nadie ha dado una respuesta de por qué se las saca de Chile.”**

NO existe prohibición alguna para que los inversionistas extranjeros recurran a tribunales nacionales, NO “se sacan de Chile” dichos conflictos. Adicionalmente, Chile junto con México, Perú y Vietnam negociaron el Anexo 9-J (“Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje”), donde se señala expresamente que el inversionista no puede utilizar el mecanismo de solución de controversias del Capítulo de Inversiones si ha alegado una violación de una obligación conforme a la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de Chile, México, el Perú, o Vietnam. Adicionalmente, si un inversionista de una Parte elige someter una reclamación ante un tribunal judicial o administrativo de Chile, México, el Perú o Vietnam, dicha elección será definitiva y exclusiva. Por último, para que un inversionista utilice el mecanismo de solución de controversias del Capítulo, debe haber renunciado previamente a cualquier derecho a iniciar o continuar una reclamación ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme al ordenamiento jurídico de una Parte, o cualquier otro procedimiento de solución de controversias,

- **“Hoy Nueva Zelanda, que ya firmó el Tratado, el nuevo gobierno, está renegociando con todos los países del Tratado que, al menos sus conflictos con multinacionales no vayan a estas cortes internacionales. Ya ha logrado el acuerdo de 5 países, de que, si alguna multinacional de esos países tenga conflicto con el Estado neozelandés dentro de este Tratado, esos conflictos se resuelven en Nueva Zelanda, en las cortes de Nueva Zelanda. Ni Japón ni Australia han están de acuerdo porque son los países con corporaciones multinacionales más fuertes que han estado moviendo este Tratado.”**

No existe una negociación actual por parte de Nueva Zelanda en este sentido. Lo que hizo Nueva Zelanda fue firmar cartas bilaterales paralelas en la fecha de la firma del CPTPP (8 de marzo de



DIRECON

2018) las que sí incluyen a Australia, además de Brunei, Malasia, Perú y Vietnam. De dichas cartas, sólo las de Australia y Perú excluyen el sistema de solución de controversias del Capítulo de Inversiones. Las cartas con Brunei, Malasia y Vietnam incluyen el requisito de un consentimiento adicional para acceder al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estado. En todo caso, aunque exista exclusión del sistema de solución de controversias del Capítulo de Inversiones, esto no excluya que los Estados e inversionistas incluyan recurso a arbitraje ad-hoc en sus contratos.

- **“A través de la definición de interferencia, lo que hace este Tratado no es que los Estados no puedan hacer lo que los Estados quieran hacer, no es que se pueda hacer royalty, no es que se pueda hacer una reforma en el mercado laboral, tributaria, medioambiental..... porque eso sería inconstitucional. Los abogados y lobistas que escribieron este Tratado saben lo que están haciendo. Si se hace, y al hacerlo afecta la expectativa razonable de retorno de la inversión, si se afecta la expectativa hay que pagar compensación... qué es “razonable” lo define la multinacional y jueces.”**

El CPTPP NO garantiza ni asegura a los inversionistas extranjeros la obtención de ganancias o utilidades, ni tampoco obliga al Estado a indemnizar al inversionista por no haber obtenido las ganancias que esperaba. Asimismo, las expectativas del inversionista no dicen necesariamente relación con una “expectativa razonable de retorno de la inversión”. En ninguna disposición del Capítulo de Inversiones se hace referencia a “expectativas razonables de retorno de la inversión” .

Justamente para evitar este tipo de interpretaciones erradas, y para dejar claro y sin lugar a dudas que el Estado no asegura al inversionista la obtención de utilidades, por primera vez en la historia de los Capítulos de Inversiones de un Tratado de Libre Comercio, se incluyeron aclaraciones explícitas sobre el alcance de las expectativas del inversionista:

El CPTPP asegura que el Estado puede regular, incluso si como resultado de la introducción de nuevas regulaciones se perjudica a 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 de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.”* Artículo 9.6(4):

Adicionalmente, el Artículo 9.8 y Anexo 9-B en materia de expropiación, establecen que: *“salvo en circunstancias excepcionales no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.”*

Por último, es importante repetir que “abogados y lobistas” NO escribieron el CPTPP, este tipo de declaraciones resultan injuriosas para todos los profesionales de distintos Servicios Públicos que participamos durante los 7 años de negociaciones del Tratado.

- **“Las multinacionales tienen derecho a una segunda vuelta... tienen el derecho a llevarnos por el costo moral de habernos llevado a las cortes.”**



DIRECON

El CPTPP sólo permite a un tribunal arbitral otorgar daños pecuniarios o restitución de la propiedad (Artículo 9.29 “Laudos”). El mismo Artículo sobre laudos establece expresamente: *“un tribunal no podrá ordenar el pago de daños que tengan carácter punitivo.”* Por lo tanto, el CPTPP NO permite a un inversionista demandar por daño moral.

- **Existe un “derecho de propiedad al retorno de la inversión”.**

NO existe ninguna disposición en el CPTPP que consagre un derecho al retorno de la inversión o un derecho de propiedad al retorno de la inversión.

- **“Cualquier cambio, por razonable que sea, va a tener que pagar compensación.”**

El Capítulo de Inversiones del CPTPP NO obliga al Estado a pagar compensación por cualquier cambio regulatorio. El Estado mantiene su derecho soberano a regular, desde el Preámbulo del Tratado se reconoce expresamente el derecho inherente de las partes para regular y preservar la flexibilidad para establecer prioridades legislativas y regulatorias, salvaguardar el bienestar público, y proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos, la integridad y estabilidad del sistema financiero y la moral pública.

Además, existe un capítulo completo (“Excepciones Generales”) cuyo único fin es resguardar la facultad regulatoria para dictar normas en caso de que ciertos derechos esenciales puedan verse vulnerados, sin que ello signifique estar incumpliendo las obligaciones del acuerdo. El capítulo de Excepciones Generales asegura que los Estados signatarios puedan dictar regulación de interés público, de seguridad nacional o de otras políticas en caso de que una Parte lo considere necesario.

Adicionalmente, el Capítulo de Inversiones contiene anexos donde Chile se ha reservado espacio regulatorio para proteger sectores tan sensibles como la educación, cultura, servicios sociales y medioambiente, derechos indígenas, derechos de minorías.

Por último, este Capítulo contiene salvaguardias para evitar el recurso al arbitraje y se promueven además medios alternativos como las consultas obligatorias, mediación y conciliación.

Todo lo anterior significa que, tal como ha sucedido en el pasado, Chile podrá adoptar las reformas y cambios regulatorios que estime adecuadas para cumplir con los objetivos de políticas públicas que soberanamente haya determinado. Dichas reformas deberán respetar principios jurídicos básicos que se encuentran consagrados en nuestro sistema legal interno, como el de la no discriminación y derecho constitucional a la propiedad, los cuales no surgen, por tanto, a partir de los compromisos internacionales que se han asumido en este Tratado.

En definitiva, el resultado alcanzado es un adecuado balance entre protección a las inversiones extranjeras y la plena protección del derecho soberano de los Estados a regular.

- **“Se ha dicho que este tratado no le da garantías de retorno de inversión a las corporaciones internacionales. ¿Cuántas veces voy a tener que repetir que eso es así? El punto es que le dice: si ese retorno no es el esperado “por interferencia pública” ahí eso abre materia de compensación.”**



DIRECON

Tal como se ha dicho, el CPTPP NO otorga garantías al retorno de la inversión por “interferencia pública”. La interferencia está limitada a la expropiación indirecta, y es sólo uno de los elementos que pueden tenerse en cuenta para determinar si se configuró una expropiación indirecta.

- **Casos de ejemplo de interferencia pública: “Egipto, una subida del salario mínimo. Caso de Canadá que dijo que no se podía hacer un aditivo a la bencina porque era tan malo como el plomo de antes, la multinacional que lo hacía llevó a Canadá a un tribunal similar (un poco mejor que el que tenemos nosotros). En México salió una ley que puso un impuesto a las bebidas azucaradas, la multinacional llevó a México a un caso de compensación.”**

En el caso *Veolia v. Egipto*, donde la empresa demandó al Estado en el año 2012 por un incremento del salario mínimo que afectaría un contrato de concesión entre el Egipto y la empresa, existía una cláusula de estabilización en el contrato donde el Estado se comprometía a no modificar su legislación. No existen este tipo de cláusulas en el CPTPP, donde los países se comprometan a no modificar su legislación. Por lo demás, el tribunal arbitral falló a favor de Egipto. En todo caso, Chile ha aumentado el salario mínimo por años, sin ser objeto de demandas por inversionistas, aún cuando ya tenemos capítulos de inversiones similares bajo otros Tratados de Libre Comercio.

En el caso *Ethyl v. Canadá* del año 1996, la empresa Ethyl demandó a Canadá por introducir una prohibición a la importación y al comercio inter-provincias de un aditivo de gasolina (MMT), medida que habría resultado en una expropiación de la inversión de la empresa, sufriendo pérdidas de más de 250 millones de dólares. Bajo el CPTPP, no prosperaría una demanda de este tipo. El Artículo 20.3 del Capítulo de Medio Ambiente establece expresamente: “*Las Partes reconocen el derecho soberano de cada Parte a establecer sus propios niveles de protección ambiental interna y sus propias prioridades ambientales, así como a establecer, adoptar, o modificar sus leyes y políticas ambientales consecuentemente.*” Adicionalmente, el Capítulo de Inversiones establece: “*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 de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.*” Cabe tener presente que la demanda fue presentada bajo el NAFTA de 1994, donde no existía Capítulo Medioambiental.

Por último, en el caso *Corn Products v. Mexico*, también presentado bajo el NAFTA de 1994, donde el inversionista demandó en el año 2003 a México por imponer un impuesto a las bebidas que utilizaban jarabe de maíz de alto contenido de fructosa, el Estado mexicano perdió el caso, no por haber “interferido con las expectativas de retorno”, sino porque se determinó que la medida aplicada violaba la obligación de “no discriminación” (específicamente trato nacional), la medida fue diseñada con el objetivo de perjudicar a los productores de bebidas que importaban jarabe de maíz de alto contenido de fructosa, beneficiando a los productores mexicanos de azúcar y distorsionando la competencia. Cabe señalar que bajo la OMC se dio un caso similar, donde EE.UU. presentó una demanda en contra de México por esta medida, y donde tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación de la OMC encontraron que el impuesto era discriminatorio.