

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES**

Washington, D.C.

Caso No. ARB/01/7

MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A.

(Demandantes)

c.

República de Chile

(Demandada)

LAUDO

**Ante el Tribunal de Arbitraje
integrado por:**

Sr. Andrés Rigo Sureda, Presidente
D. Marc Lalonde
Sr. Rodrigo Oreamuno Blanco

Secretario del Tribunal

Sr. Ucheora Onwuamaegbu

Fecha de envío a las partes: 25 de mayo de 2004

En representación de las Demandantes:

Sres. Oscar M. Garibaldi,
Eugene D. Gulland,
Fernando Campoamor Sánchez,
Eric J. Pan y
Sra. Karin L. Kizer
Covington & Burlington
Washington, D.C.

Of Counsel

Sres. Micahel Grasty Cousiño,
Jorge Bofill Genzsch y
Pablo Mir Balmaceda
Grasty Quintana Majlis & Cía.
Santiago, Chile

En representación de la Demandada:

Sra. Karen Poniachik,
Sres. Claudio Castillo Castillo,
Andrés Culagovski Rubio,
Sras. Liliana Macchiavello Martín,
Carola Trucco Horwitz y
Sr. Francisco Javier Díaz Verdugo
Foreign Investment Committee
Republic of Chile

Sr. Ronald E. M. Goodman and
Sra. Abby Cohen Smutny
White & Case, LLP
Washington, D.C.

Of Counsel

Sr. Francisco J. Illanes
Cariola, Diez, Pérez-Cotapos & Cía. Ltda.
Santiago, Chile

INDICE

Página

I.	PROCEDIMIENTO	1
1.	Registro de la solicitud de arbitraje	1
2.	Constitución del Tribunal de Arbitraje e Iniciación del Procedimiento	2
3.	Nombramiento del Tribunal actual	4
4.	Procedimiento escrito y oral	5
II.	HECHOS	9
III.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	23
1.	Derecho aplicable.....	23
2.	Significado de una diferencia relativa a una inversión	24
3.	Jurisdicción	25
4.	Derecho de los Estados a adoptar políticas y promulgar leyes.....	27
5.	Cláusula de la nación más favorecida.....	28
IV.	CONSIDERACIONES SOBRE EL FONDO.....	30
1.	Trato justo y equitativo	30
(a)	Significado de “trato justo y equitativo”	31
(b)	Alegatos de las partes.....	34
(c)	Reunión del 6 de noviembre de 1996	51
iv)	Significado de la aprobación del CIE.....	56
v)	La cuestión de la diligencia de las Demandantes	61
2.	Violación del TBI por incumplimiento de los Contratos de Inversión Extranjera.....	65
3.	Medidas injustificadas y discriminatorias.....	71
4.	Negativa a conceder los permisos necesarios	73
5.	Expropiación	78
V.	DAÑOS Y PERJUICIOS.....	82
1.	Gastos admisibles.....	92
2.	Daños y perjuicios imputables al riesgo empresarial. Valor residual de la inversión.....	94
3.	Fecha a partir de la cual deberían devengarse intereses previos al laudo.....	96
4.	Tasa de interés aplicable	96
VI.	COSTAS	97
VII.	DECISIÓN	98

I. PROCEDIMIENTO

1. Registro de la solicitud de arbitraje

1. Mediante carta de fecha 26 de junio de 2001, MTD Equity Sdn (“MTD Equity”), compañía malasia, y MTD Chile S.A (“MTD Chile”), compañía chilena (colectivamente, “las Demandantes” o “MTD”) presentaron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“el CIADI” o “el Centro”) una solicitud de arbitraje contra la República de Chile (“la Demandada”). La petición invocó las disposiciones sobre arbitraje ante el CIADI contenidas en el Convenio celebrado entre el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección de Inversiones (“el TBI”).

2. El 27 de junio de 2001, el Centro, de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (“Reglas Procesales”) acusó recibo de la solicitud y, el mismo día, envió sendas copias a la República de Chile y a la Embajada chilena en la ciudad de Washington, D.C.

3. El 17 de julio de 2001, el Centro solicitó a las Demandantes más información sobre el cumplimiento, por parte de ambas Demandantes, del requisito establecido en los incisos i) y ii) del párrafo 3 del Artículo 6 del TBI referente al intento de resolver la controversia de manera amigable, por medio de consulta y negociación, al menos tres meses antes de la solicitud de arbitraje. El Centro solicitó también a las Demandantes confirmación de que ninguna de ellas había sometido la controversia a tribunales judiciales o tribunales administrativos de Chile, según se estipula en los incisos ii) y iii)

del párrafo 3 del Artículo 6 del TBI, y de que la mayoría de las acciones de la segunda Demandante, MTD Chile, eran, a los efectos del párrafo 2 del Artículo 6 del TBI, propiedad de inversionistas de Malasia, antes de que surgiera la controversia. Las Demandantes respondieron mediante carta del 30 de julio de 2001.

4. La solicitud fue registrada por el Centro el 6 de agosto de 2001, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del Artículo 36 del Convenio del CIADI y en esa misma fecha el Secretario General en funciones, de conformidad con la Regla de Iniciación número 7, notificó el registro a las partes y las invitó a que procedieran a constituir un Tribunal de Arbitraje en cuanto les fuera posible.

2. Constitución del Tribunal de Arbitraje e Iniciación del Procedimiento

5. En el presente caso hubo dos Tribunales de Arbitraje sucesivos. el Tribunal actual fue nombrado tras la renuncia de los árbitros del primer tribunal.

6. Después del registro de la solicitud de arbitraje por el Centro, las partes convinieron en el establecimiento de un Tribunal constituido por tres miembros. Según lo acordado, cada una de ellas nombraría un árbitro y el tercero, que ejercería la presidencia del Tribunal, sería nombrado por acuerdo de las partes.

7. Las Demandantes nombraron al señor James H. Carter Jr., de nacionalidad estadounidense, y la Demandada al profesor W. Michael Reisman, también de nacionalidad estadounidense. Mediante acuerdo, las partes nombraron al señor Guillermo Aguilar Álvarez, de nacionalidad mexicana, como árbitro y presidente.

8. Una vez que los tres árbitros aceptaron su nombramiento, el Centro, mediante carta del 5 de marzo de 2002, informó a las partes acerca de la constitución del Tribunal, integrado por el señor James H. Carter Jr., el profesor W. Michael Reisman y el señor Guillermo Aguilar Álvarez (“el primer Tribunal”), y les comunicó que se consideraba que el procedimiento comenzaba ese mismo día, de acuerdo con el párrafo 1 de la Regla de Arbitraje número 6 del CIADI.

9. Conforme al acuerdo alcanzado entre el primer Tribunal y las partes, en consulta con el Centro, el primer Tribunal celebró su primera sesión en Nueva York el 29 de mayo de 2002, con asistencia de las partes.

10. Antes de dicha sesión, las partes, mediante carta conjunta del 24 de mayo de 2002, comunicaron al primer Tribunal su acuerdo sobre varios puntos del temario propuesto para la sesión. Los acuerdos de las partes se confirmaron en la sesión y se incorporaron en el acta.

11. Los árbitros habían pedido honorarios superiores a los entonces vigentes en el Centro. La Demandada y las Demandantes, mediante cartas del 17 de septiembre de 2002 y del 24 de septiembre de 2002, respectivamente, comunicaron al primer Tribunal que no podían aceptar la remuneración propuesta por sus miembros.

12. Mediante carta del 2 de octubre de 2002, el primer Tribunal comunicó a las partes que sus integrantes no podían aceptar el honorario convenido por las partes para pagar sus servicios por lo que renunciarían al nombramiento. En carta conjunta fechada el 17 de

octubre de 2002, los miembros del primer Tribunal presentaron su renuncia al Secretario General del Centro.

13. Mediante carta del 18 de octubre del 2002, el Centro notificó a las partes la renuncia de los señores Aguilar, Carter y Reisman y les informó que el procedimiento quedaba suspendido, de conformidad con el párrafo 2 de la Regla de Arbitraje número 10 del CIADI. En dicha carta, y de acuerdo con la Regla de Arbitraje número 11, el Centro invitó a las partes a nombrar nuevos árbitros utilizando el mismo método usado para designar a los árbitros iniciales.

3. Nombramiento del Tribunal actual

14. Mediante carta del 26 de noviembre de 2002, las Demandantes comunicaron al Centro que habían nombrado al señor Marc Lalonde, de nacionalidad canadiense, para cubrir la vacante creada por la renuncia del señor James H. Carter, e invitaron a la Demandada a nombrar un sustituto del profesor W. Michael Reisman y a entablar consultas con el fin de llegar a un acuerdo sobre la persona que reemplazaría al señor Guillermo Aguilar Álvarez, como árbitro y presidente.

15. Mediante carta del 16 de diciembre de 2002, la Demandada notificó al Centro que había nombrado al señor Rodrigo Oreamuno Blanco, de nacionalidad costarricense, para cubrir la vacante creada por la renuncia del profesor W. Michael Reisman.

16. Mediante cartas enviadas por separado el 23 de enero de 2003, las partes notificaron al Centro el nombramiento, por mutuo acuerdo, del señor Andrés Rigo Sureda, de nacionalidad española, como árbitro y presidente.

17. Los árbitros aceptaron sus respectivos nombramientos y, el 29 de enero de 2003, el Centro notificó a las partes que se había constituido de nuevo el Tribunal y que el procedimiento se reanudaba ese mismo día de acuerdo con la Regla de Arbitraje número 12.

4. Procedimiento escrito y oral

18. En la primera sesión del primer Tribunal, celebrada el 29 de mayo de 2002, se convino en que el arbitraje se efectuaría en español y en inglés. De los documentos que presentaren las partes se remitiría una traducción dentro de los cinco días hábiles siguientes. El Tribunal actual mantiene las disposiciones procesales acordadas por el primer Tribunal.

19. En esa sesión se aprobó también el siguiente calendario para el intercambio de presentaciones escritas: Memorial de las Demandantes: 1º de octubre de 2002; Memorial de Contestación de la Demandada: 1º de febrero del 2003; Réplica de las Demandantes: 15 de abril de 2003; y Dúplica de la Demandada: 1º de julio de 2003.

20. Se convino asimismo en que se celebraría una audiencia desde el lunes 4 de agosto de 2003 hasta el jueves 14 del mismo mes, incluido el sábado 9 de agosto.

21. Las Demandantes presentaron su Memorial en inglés el 1º de octubre de 2002 y el 8 de octubre de 2002 entregaron su traducción al español. Estas presentaciones no se enviaron al primer Tribunal, pero sí se entregaron al Tribunal actual después de su constitución.

22. Tras la renuncia de los miembros del primer Tribunal, el procedimiento quedó en suspenso el 18 de octubre de 2002, de conformidad con el párrafo 2 de la Regla de Arbitraje número 10 que dispone lo siguiente:

“Luego de la notificación del Secretario General sobre una vacante en el seno del Tribunal, el procedimiento se suspenderá o continuará suspendido hasta que se llene la vacante”.

23. La Regla de Arbitraje número 12 dispone además:

“Tan pronto como se haya llenado una vacante en el Tribunal, el procedimiento continuará desde el punto al que había llegado en el momento en que se produjo la vacante”.

24. El 26 de diciembre de 2002, la Demandada se dirigió al Centro indicando que, en virtud del párrafo 2 de la Regla de Arbitraje número 10 y de la Regla de Arbitraje número 12, la suspensión del procedimiento tras la renuncia del primer Tribunal significaba la suspensión del calendario establecido para la presentación de escritos y pidió una prórroga para la presentación de su Memorial de Contestación. Las Demandantes, en carta de fecha 10 de enero de 2003, rechazaron la interpretación de la Demandada acerca del párrafo 2 de la Regla de Arbitraje número 10, pero acordaron con la Demandada que la cuestión debería ser resuelta por el nuevo Tribunal una vez constituido.

25. Después de la constitución de Tribunal actual, mediante la Resolución Procesal No. 1 del 3 de febrero de 2003, emitida en inglés y en español, el Tribunal invitó a las partes a presentar, a más tardar el 14 de febrero de 2003, las observaciones que desearan formular sobre las consecuencias que la suspensión del procedimiento tendría en relación al plazo para la presentación de memoriales. Ese día, las partes entregaron simultáneamente sus observaciones.

26. El 18 de febrero de 2003, las Demandantes se dirigieron al Tribunal solicitando que “considerara el nuevo argumento” expuesto en la presentación de la Demandada del 14 de febrero de 2003.

27. Mediante la Resolución Procesal No. 2 del 20 de febrero de 2003, el Tribunal resolvió:

“Que el significado del término “suspensión” en las Reglas 10 y 12 de las Reglas de Arbitraje abarca todos los asuntos relacionados con el procedimiento, incluyendo los plazos, y no sólo aquellos que requieren una actuación del Tribunal,

Que el plazo para presentar la contestación fijado en un principio el día 1° de febrero del 2003 se pospone 103 días hasta el 15 de mayo de 2003”.

28. En dicha resolución, el Tribunal invitó a las partes a:

“a) que se consulten mutuamente sobre el calendario del procedimiento y otros asuntos pendientes, incluido el asunto relacionado con la documentación, y

b) comunicar al Tribunal el resultado de sus consultas a más tardar el 14 de marzo del 2003”.

29. Mediante carta del 14 de marzo de 2003 las Demandantes notificaron al Tribunal que las partes estaban todavía debatiendo el calendario modificado.

30. En carta del 17 de marzo de 2003, las Demandantes comunicaron al Tribunal el calendario acordado para la presentación de los alegatos restantes y le informaron que las partes habían resuelto la cuestión relacionada con los registros oficiales mencionada en la Resolución Procesal No. 2. La Demandada, en carta del 18 de marzo de 2003, confirmó el acuerdo al que habían llegado las partes.

31. Con motivo de una petición del Tribunal de que la audiencia comenzara un día después del propuesto por las partes y de la correspondencia mantenida con ellas sobre

este tema, el Tribunal, mediante carta de fecha 21 de abril de 2003, tomó nota oficialmente del calendario acordado para la presentación de los memoriales restantes y propuso las fechas de la audiencia, a saber, desde el 9 de diciembre de 2003 hasta el 19 del mismo mes, incluido el sábado 13.

32. El 9 de junio de 2003 la Demandada presentó su Memorial de Contestación en inglés y, el 16 de junio de 2003, la versión en español.

33. Mediante cartas del 11 y del 14 de julio de 2003, respectivamente, las Demandantes y la Demandada remitieron al Tribunal la lista de los testigos y expertos que debían estar disponibles para ser interrogados en la audiencia.

34. El 15 de septiembre de 2003, las Demandantes presentaron su Réplica en inglés y, el día 23, la traducción al español.

35. El 14 de octubre de 2003, los abogados de la Demandada se dirigieron al Tribunal acerca de su participación en este arbitraje y manifestaron lo siguiente:

“[...] debido exclusivamente a las restricciones presupuestarias de la República de Chile, White & Case LLP deben dejar de ser los abogados oficiales de la Demandada en el presente caso. Para evitar toda duda, deseamos insistir en que nuestro abandono no está relacionado de ninguna manera con el fondo de las cuestiones planteadas en el caso. Asumiremos un papel limitado como asesores de la República de Chile en relación con esta materia.

En lo sucesivo, las comunicaciones e intercambios de documentos deberán seguir dirigiéndose a nosotros, así como a los otros asesores de la República en relación con este asunto”.

36. El 21 de noviembre de 2003, la Demandada presentó su escrito de Dúplica en español y la versión inglesa el 1º de diciembre siguiente.

37. Como se había acordado previamente, la audiencia sobre el fondo de la cuestión se celebró en la sede del Centro, en la ciudad de Washington, D.C., del 9 al 19 de diciembre de 2003. Se llevó a cabo en inglés y español y se entregaron a las partes transcripciones completas en ambos idiomas.

38. Según lo dispuesto en la Regla de Arbitraje número 38, y habiendo deliberado por varios medios, el Tribunal declaró cerrado el procedimiento el 26 de marzo de 2004.

II. HECHOS

39. Los hechos que figuran a continuación están basados en la versión de las Demandantes y, salvo indicación en contrario, no han sido impugnados por la Demandante.

40. En 1994, Dato'¹ Nik de MTD visitó Chile en su condición de miembro de una delegación comercial organizada por el Ministerio de Obras Públicas de Malasia. Durante esta visita se reunió con funcionarios del Gobierno chileno y con dirigentes empresariales, quienes hicieron hincapié en el fomento de la inversión extranjera que hacía Chile. Dato' Nik informó de ello al Comité de Gerencia de MTD. Se reunió también con el señor Musa Muhamad, Comisionado de Comercio Exterior de Malasia en la embajada de dicho país en Santiago, quien alentó a MTD a invertir en Chile².

¹ "Dato'" es un título honorífico malasio.

² Memorial, párr. 13.

41. En abril de 1996, Dato' Nik se enteró por medio del señor Muhamad de “una oportunidad de construir una gran comunidad planificada cerca de Santiago”. Dato' Nik informó a Dato' Azmil Khalid, quien a la sazón se encontraba de viaje por los Estados Unidos. Dato' Azmil Khalid viajó directamente desde dicho país hasta Chile para investigar esta oportunidad. Allí se reunió con los señores Muhamad y Antonio Arenas, un empresario chileno, quienes le informaron que habían encontrado “la ubicación perfecta para una comunidad planificada”.³

42. Dato' Khalid visitó el sitio ubicado en la pequeña ciudad de Pirque y se reunió con el propietario de la tierra, el señor Jorge Fontaine Aldunate. Según los testimonios, el señor Fontaine declaró que “le gustaría trabajar con MTD en la construcción de una comunidad planificada de uso mixto basada en el modelo malasio”. Aunque el sitio estaba clasificado para uso agrícola, el señor Fontaine habría manifestado que la tierra era improductiva y “podía fácilmente ser rezonificada, particularmente si ello atraería inversión extranjera”.⁴

43. Dato' Khalid regresó a Malasia e informó al Comité de Gerencia de MTD acerca de esta oportunidad en Chile. El Comité decidió investigarla más a fondo. Con este fin, los señores Lee Leong Yow (Vincent Lee), Gerente General y Jefe de Operaciones del Grupo MTD, y Nazri Shafiee, experto en tasación de terrenos, viajaron a Chile del 14 al 18 de mayo de 1996. Dato' Nik también estuvo en Chile el 16 y el 17 de mayo de 1996. Visitó el sitio del proyecto y se reunió con el señor Fontaine y su familia.⁵

³ *Ibíd.*, párrs. 14-15

⁴ *Ibíd.*, párr. 16.

⁵ *Ibíd.*, párr. 13.

44. El 16 de mayo de 1996, los señores Lee y Shafiee visitaron el Comité de Inversiones Extranjeras (CIE). En él se reunieron con el señor Joaquín Morales Godoy, Asesor Legal Principal del CIE.⁶ El día siguiente, el señor Shafiee se reunió con el señor Fernando Guerra Francovich, jefe del Servicio de Vivienda y Urbanización (“SERVIU”).⁷ Después de estas reuniones, los señores Lee y Shafiee llegaron a la conclusión de que MTD debía aprovechar esta oportunidad de inversión, y así lo comunicaron al Comité de Gerencia de MTD.⁸ Basado en este informe el Comité de Gerencia decidió “seguir adelante con las negociaciones con el señor Fontaine mientras se seguía estudiando la factibilidad de un *joint venture* para desarrollar el Proyecto”.⁹

45. MTD contrató al Banco Sud Americano, en Santiago, para que valorara la tierra. En septiembre de 1996, los tasadores presentaron su informe, valorando el terreno de 3.000 hectáreas del señor Fontaine en US\$ 34.385.487. La valoración partió del supuesto de que el terreno podría ser urbanizado como una comunidad de alta categoría después de cambiar la zonificación que existía para uso agrícola.¹⁰

46. En septiembre de 1996, las negociaciones de MTD con el señor Fontaine parecían haber llegado a un punto muerto debido al desacuerdo que existía sobre las hectáreas que deberían urbanizarse y sobre el control del *joint venture*. El señor Fontaine quería: i) urbanizar las 3.000 hectáreas (MTD deseaba urbanizar primero las 600 ubicadas

⁶ *Ibíd.*, párrs. 20-22.

⁷ *Ibíd.*, párr. 23.

⁸ *Ibíd.*, párrs. 25-26.

⁹ *Ibíd.*, párr. 27.

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 28

en las cotas más bajas), y ii) una participación del 50% de las acciones, mientras que para MTD era fundamental tener el control.¹¹

47. Las negociaciones se reanudaron en noviembre de 1996. Representaban a MTD los abogados Alberto Labbé Valverde y José Miguel Olivares del estudio de abogados Vial & Palma. Las partes prepararon un “Contrato de Promesa” fechado el 21 de noviembre de 1996.¹²

48. Según la Demandada, el 6 de noviembre de 1996 tuvo lugar una reunión entre el señor Edmundo Hermosilla, Ministro de Vivienda y Urbanismo (“MINVU”), el señor Sergio González Tapia, Secretario Regional Ministerial (“SEREMI”) y representantes de MTD.¹³ Las partes no están de acuerdo sobre si dicha reunión tuvo lugar, quiénes participaron, y qué se dijo en ella.

49. En diciembre de 1996, los señores Dato’ Azmil Khalid y Lee negociaron los documentos que implementaban el Contrato de Promesa y los firmaron el 13 de diciembre de 1996.¹⁴ Dicho contrato entraría en vigor una vez que el CIE hubiera aprobado la inversión de MTD, y en él se preveía: i) la urbanización de la tierra inicialmente en dos lotes de 600 y 630 hectáreas, el segundo a opción de MTD, y ii) la creación de una sociedad anónima chilena, “El Principal Inversiones S.A.” (“EPSA”), que pertenecería en un 51% a MTD Chile S.A. y en el restante 49% al señor Fontaine.¹⁵

¹¹ *Ibíd.*, párr. 29.

¹² *Ibíd.*, párr. 30.

¹³ Memorial de Contestación, párr. 24.

¹⁴ Memorial, párr. 30

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 31.

50. El 13 de diciembre de 1996, tras la firma del Contrato de Promesa, Dato' Khalid y el señor Labbé se reunieron con el señor Eduardo Moyano, Vicepresidente Ejecutivo del CIE.¹⁶

51. El 14 de enero de 1997, MTD presentó al CIE una solicitud para la aprobación de una inversión inicial de US\$ 17.136 millones. En la solicitud el Proyecto se describía de la siguiente manera:

“[D]esarrollar un *township*, en 600 hectáreas del Fundo El Principal de Pirque, el cual será una ciudad satélite autosuficiente, con casas, departamentos para diversos estratos socioeconómicos, escuelas, hospitales, universidades, supermercados, comercio de toda clase, servicios y todo otro componente necesario para la autosuficiencia” (Exh. 12 p. 3. Traducción del Tribunal)

52. En la solicitud, la ubicación geográfica del sitio donde se realizaría la inversión se indicaba como “Pirque, Región Metropolitana” y se explicaba que “con la inversión se aportaría el capital inicial a una nueva sociedad anónima denominada MTD Chile S.A., la cual usaría el capital para adquirir una participación del 51 por ciento en El Principal S.A., la que sería la propietaria del terreno y desarrollaría el Proyecto”.¹⁷

53. La solicitud fue aprobada por el CIE en su reunión del 3 de marzo de 1997. Estuvieron presentes los siguientes miembros del Comité: el Presidente del CIE (el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción), el Presidente del Banco Central, el Subsecretario de Hacienda, el Subsecretario de Minería, y el Subsecretario de Planificación y Cooperación. El CIE informó a MTD de la aprobación mediante carta del

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 32.

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 33.

6 de marzo de 1997 a la que adjuntó copia del formulario del contrato modelo utilizado por Chile para tales efectos.¹⁸

54. El Contrato de Inversión Extranjera fue suscrito el 18 de marzo de 1997 por el Presidente del CIE, en representación de Chile, y por el señor Labbé, en nombre de MTD. En él se dispone que MTD “desarrollará un proyecto inmobiliario en 600 hectáreas del Fundo El Principal de Pirque. El referido proyecto consiste en la construcción de una ciudad satélite autosuficiente, con casas, departamentos, colegios, hospitales, comercios, servicios, etc”¹⁹ (“el Proyecto”).

55. Después de la formalización del Contrato de Inversión Extranjera, MTD inyectó a EPSA US\$ 8.4 millones como aporte de capital y con US\$ 8.736 millones compró el 51% de las acciones de EPSA al señor Fontaine, “quien las recibía a cambio de su aporte a EPSA de las 600 hectáreas de tierra”.²⁰ Los fondos aportados por MTD procedían de recursos propios del grupo MTD y US\$ 12 millones de un préstamo otorgado a MTD por el Arab-Malaysian Bank en Kuala Lumpur.²¹

56. En marzo de 1997, representantes de MTD se reunieron con tres firmas de arquitectura de Santiago: Darraidou, Larraín & Uranga (DLU); San Martín & Pascal, y URBE, “para que la asistieran en el trabajo de diseño, en la realización de estudios de ingeniería y en la obtención de aprobaciones reglamentarias”.²² En abril de 1997, MTD eligió a DLU “para que le asistiera en obtener los cambios en la zonificación, en la

¹⁸ *Ibíd.*, párrs. 35 y 36.

¹⁹ Exh. 14 del Memorial, pág. 2.

²⁰ *Ibíd.*, párr. 43.

²¹ *Ibíd.*, párr. 43.

²² *Ibíd.*, párr. 44.

subdivisión del terreno y en el diseño de prototipos de las casas y otras estructuras”.²³ Según las Demandantes, las tres firmas confirmaron que el proceso para la obtención de un cambio de la zonificación para el Proyecto debía ser iniciado por la Municipalidad de Pirque y que el MINVU debía avalar ese cambio.²⁴

57. El 8 de abril de 1997, MTD presentó al CIE una segunda solicitud en la que pedía la aprobación para invertir US\$ 364.000 adicionales para capital de trabajo. Esa solicitud fue aprobada por el CIE y MTD fue informada de la aprobación mediante carta del 22 de abril de 1997. A la carta de aprobación se adjuntó un formulario estándar del contrato de inversión extranjera. El contrato correspondiente a esta inversión adicional se suscribió el 13 de mayo de 1997. En su segunda cláusula se dispone que la inversión se utilizará para “efectuar aportes o aumentos de capital a la empresa receptora chilena denominada ‘MTD Chile S.A.’, la cual desarrolla un proyecto inmobiliario en seiscientas hectáreas del Fundo El Principal de Pirque”.²⁵

58. El 22 de abril de 1997, representantes de MTD y el señor Labbé se reunieron con los señores Alberto Carbacho Duarte, el arquitecto del MINVU con responsabilidad general sobre la región sur de Santiago, que incluye a Pirque, y Sergio Lepe Corvalán, otro funcionario de la misma oficina. Según las Demandantes, los señores Carbacho y Lepe les explicaron que “por el hecho de que Pirque estaba cubierto por el Plan Regulador Metropolitano de Santiago (PRMS), [...] el MINVU debía coordinar y aprobar

²³ Ibíd.

²⁴ Ibíd.

²⁵ Memorial, párr. 39.

los cambios necesarios en la zonificación para el Proyecto [...] el proceso de revisión sería manejado en el MINVU por el Secretario Regional Ministerial (SEREMI)”²⁶

59. El 16 de mayo de 1997, representantes de MTD se reunieron con el Alcalde de Pirque, el señor Manuel José Ossandón.²⁷

60. El 20 de mayo de 1997, Dato’ Azmil Khalid se reunió con el Ministro Edmundo Hermosilla del MINVU. Ese mismo día, el equipo de MTD se reunió con el señor Ricardo Lagos Escobar, a la sazón Ministro de Obras Públicas.

61. El Alcalde de Pirque respaldó oficialmente el Proyecto mediante carta fechada 14 de agosto de 1997 y ofreció su asistencia para obtener las aprobaciones.²⁸

62. Durante este período, el Ministro Hermosilla fue sustituido por el señor Sergio Henríquez Díaz.

63. El 29 de septiembre de 1997, el Presidente de Chile, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en una cena oficial que se celebró con ocasión de la visita del Primer Ministro de Malasia a Chile, brindó, entre otras cosas, “[a]l innovador proyecto inmobiliario en Pirque”.²⁹ El día siguiente, el Presidente Frei canceló su asistencia a la ceremonia inaugural del Proyecto debido a una supuesta reunión que tendría con el Presidente de Brasil. Según la Demandada, el discurso que iba a ser pronunciado por el Presidente, que estaba ya en manos de las Demandantes, fue retirado. Este hecho ha sido negado por las Demandantes.

²⁶ *Ibíd.*, párr. 45.

²⁷ *Ibíd.*, párr. 46.

²⁸ *Ibíd.*, párr. 50.

²⁹ *Ibíd.*, párr. 51.

64. Alrededor de noviembre de 1997, “MTD escuchó de sus consultores que el SEREMI González del MINVU se mostraba reticente a modificar el PRMS para Pirque”.³⁰

65. El 12 de diciembre de 1997, en el *Diario Oficial* se publicó la aprobación de la reforma del PRMS con el fin de incluir el área de Chacabuco, ubicada al norte de Santiago, para permitir su urbanización bajo el sistema denominado *Zonas de Desarrollo Urbano Condicionado* (“ZDUC”).³¹

66. A comienzos de 1998 MTD contrató los servicios del señor Pablo Heilenkötter, abogado especializado en la normativa referente al uso de inmuebles y en desarrollo inmobiliario. Dado que el SEREMI González no quería iniciar el proceso para cambiar la zonificación, el señor Heilenkötter y otros consultores consideraron otras alternativas en el marco de la Ley General de Urbanismo y Construcción (“LGUC”), a saber: “(i) la preparación de un plan seccional limitado a una modificación de la zonificación en el área del Proyecto; (ii) la preparación de un plan comunal para la Municipalidad de Pirque que también incluiría un cambio de zonificación para el área del Proyecto; y (iii) una solicitud bajo el artículo 55 para la construcción de viviendas en complemento de una actividad preexistente”.³²

67. El Señor Heilenkötter se reunió el 6 de marzo de 1998 con el señor Lepe y, dos semanas más tarde, con el señor González y otros consultores de MTD. Según las Demandantes, el señor González les manifestó que no deseaba realizar otra modificación

³⁰ *Ibíd.*, párr. 54.

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*, párr. 55.

del PRMS “porque éste había sido cambiado recientemente en diciembre de 1997 para incorporar el área de Chacabuco”.³³

68. Según MTD interpretaba la LGUC, era posible introducir un cambio mediante un plan seccional y el Consejo Regional de la Región Metropolitana (“CORE”) decidiría, en definitiva, si aprobaba o no el plan seccional pero podía hacerlo a pesar de la objeción del MINVU.³⁴

69. Ante esta situación, el Alcalde de Pirque propuso al Concejo Municipal que preparara un plan seccional para obtener el cambio en la zonificación. El 31 de marzo de 1998, el Alcalde informó a EPSA que el Concejo había aprobado dicha iniciativa.

70. El 13 de abril de 1998, representantes y consultores de MTD se reunieron con el señor Quintana, Presidente del CORE, quien sugirió que, como Pirque no tenía un Plan Regulador Comunal, la Municipalidad debía presentar, junto con su plan seccional un plan estratégico en el que se describiera el crecimiento que esperaba que tendría Pirque.³⁵

71. En abril de 1998, Dato’ Azmil Khalid se reunió con el señor Moyano, Vicepresidente Ejecutivo del CIE, “para analizar el lento avance de la solicitud de cambio en la zonificación”. El señor Moyano habría manifestado que haría las averiguaciones pertinentes.³⁶

72. El 16 de abril de 1998, el Alcalde de Pirque, y representantes y consultores de MTD se reunieron con el señor González, quien les informó que el Proyecto era

³³ *Ibíd.*, párrs. 56-57.

³⁴ *Ibíd.*, párr. 58.

³⁵ *Ibíd.*, párr. 60.

³⁶ *Ibíd.*, párr. 66.

incompatible con la política de desarrollo urbano del MINVU.³⁷ Después de la reunión, el Alcalde envió al SEREMI una carta en la que solicitaba “orientación con respecto a la forma de presentar al MINVU un plan seccional para el desarrollo del Proyecto”.³⁸

73. El 20 de abril de 1998, el Alcalde Ossandón solicitó una reunión con el señor Sergio Henríquez, nuevo Ministro del MINVU. La misma tuvo lugar el 6 de mayo de 1998, asistieron representantes y consultores de MTD.³⁹

74. El 3 de junio de 1998, la oficina del SEREMI en respuesta a la carta del 16 de abril expresó: que “sería ‘inconveniente’ iniciar cambio alguno en el PRMS antes de que se completaran los estudios necesarios para revisar el Plan Regional de Desarrollo Urbano (PRDU)”; que “un plan seccional no podía usarse para obtener un cambio en la zonificación para el Proyecto, porque solamente el SEREMI podía iniciar cambios en el PRMS”; y que “antes de que se firmaran los contratos de inversión, el Ministro Hermosilla le había informado al señor Fontaine y a los empresarios malasios que no sería posible desarrollar el Proyecto en Pirque”.⁴⁰

75. A petición de MTD y como consecuencia de la carta del 3 de junio, el 12 de junio de 1998 tuvo lugar otra reunión con el Ministro Henríquez. Este último respaldó la carta del SEREMI González y confirmó que el MINVU “no iniciaría ni apoyaría ninguna modificación del PRMS que permitiera seguir adelante con el Proyecto”.⁴¹

³⁷ *Ibíd.*, párr. 61.

³⁸ *Ibíd.*, párr. 63.

³⁹ *Ibíd.*, párr. 62.

⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 63.

⁴¹ *Ibíd.*, párr. 64.

76. El mismo día, el señor Heilenkötter se reunió con el señor Banderas del CIE, quien le manifestó que “el CIE no podía ayudar a MTD y que su rol se limitaba estrictamente a aprobar el ingreso de fondos de inversión extranjera a Chile”.⁴² A petición del señor Labbé, tuvo lugar otra reunión con los señores Moyano y Banderas. El señor Moyano confirmó en la reunión que el CIE había dado su aprobación sin perjuicio de cualesquiera otras aprobaciones necesarias y que la autoridad del CIE estaba limitada a la aprobación del ingreso de fondos al país.⁴³

77. El Concejo Municipal de Pirque aprobó el Plan Seccional el 3 de julio de 1998 y el Alcalde lo presentó al SEREMI del MINVU el 11 de agosto de 1998. El 8 de septiembre de 1998, el alcalde también presentó un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) a la Comisión Regional del Medio Ambiente, Región Metropolitana (“COREMA”). El 15 de septiembre de 1998 la COREMA informó a la Municipalidad que revisaría el EIA y anunció la revisión en una declaración pública.⁴⁴

78. Representantes de MTD también se reunieron con el señor José Miguel Insulza, Ministro de Relaciones Exteriores, quien sugirió que el Gobierno malasio le escribiera a él y al Presidente Frei, solicitando ayuda para resolver la situación de MTD. El Ministro de Relaciones Exteriores de Malasia y el Primer Ministro de Malasia remitieron sendas cartas fechadas 11 y 15 de septiembre de 1998, respectivamente, al señor Insulza y al Presidente Frei.⁴⁵

⁴² *Ibíd.*, párr. 66.

⁴³ *Ibíd.*, párr. 67.

⁴⁴ *Ibíd.*, párrs. 70-71.

⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 69.

79. El 25 de septiembre de 1998 el SEREMI del MINVU devolvió el Plan Seccional al Alcalde de Pirque sin evaluar la cuestión de fondo. La carta del SEREMI González indicaba que “solamente el SEREMI podía cambiar el PRMS; que hacerlo así sería ‘inconveniente’, y que un plan seccional no podía usarse para modificar el PRMS”.⁴⁶

80. El 19 de octubre de 1998, representantes de MTD y sus asesores se reunieron con el Ministro Henríquez del MINVU y con el SEREMI González. El Ministro Henríquez reafirmó que la política del gobierno era la de alentar el desarrollo de Santiago hacia el norte pero no hacia el sur, donde está ubicado Pirque. Por ello, no aprobaría el cambio requerido en la zonificación y el Proyecto debería construirse en otro lugar de Chile. El 27 de octubre de 1998, el señor Shafiee envió al Ministro Henríquez una carta agradeciéndole su tiempo e incluyendo un borrador de acta de la reunión. El Ministro respondió el 4 de noviembre de 1998 rechazando oficialmente el Proyecto. Expresó que el SEREMI del MINVU “no iniciaría un cambio del Plan Regulador de Santiago para posibilitar este proyecto”. En un comunicado de prensa de ese mismo día, el MINVU indicó que había rechazado el Proyecto porque se contraponía a la política de urbanización vigente y que el Alcalde de Pirque ya no respaldaba el Proyecto.⁴⁷

81. El 26 de noviembre de 1998, la COREMA rechazó el EIA porque el plan seccional era incompatible con la zonificación existente para ese inmueble.⁴⁸

82. El 15 de diciembre de 1998 el MINVU emitió un comunicado de prensa más detallado sobre el rechazo del Proyecto.⁴⁹

⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 72.

⁴⁷ *Ibíd.*, párrs. 74-75.

⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 77.

83. El 2 de junio de 1999, MTD notificó a la Demandada que existía una diferencia sobre una inversión en el marco del TBI. Al final del período de negociación de tres meses que, según el TBI, debe transcurrir antes de que se pueda someter la controversia a arbitraje, las partes no habían encontrado ninguna solución a su disputa.⁵⁰ A solicitud de la Demandada, las partes convinieron en una prórroga de 30 días del período de negociación. Las negociaciones continuaron sin que se llegara a un acuerdo al vencimiento de la prórroga.⁵¹

84. El 9 de septiembre de 1999, se suscribió un tercer Contrato de Inversión Extranjera entre Chile y MTD, a los efectos de proveer US\$ 25.000 de capital de trabajo adicional a MTD Chile S.A. Como se señala en el Memorial, “[e]l tercer Contrato fue suscrito después de que el Estado de Chile anunciara que el Proyecto era incompatible con su política de desarrollo urbano y no hace referencia al Proyecto en Pirque”.⁵²

85. El 8 de octubre de 1999, MTD informó a los representantes de la Demandada que procuraría resolver este asunto en un proceso formal de resolución de controversias bajo los auspicios del CIADI. MTD continuó reuniéndose con representantes de la Demandada hasta que presentó su solicitud de arbitraje en junio del 2001.⁵³

⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 70.

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 80.

⁵¹ *Ibíd.*, párr. 81.

⁵² *Ibíd.*, párr. 40.

⁵³ *Ibíd.*, párrs. 82 y 84.

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Derecho aplicable

86. El párrafo 1 del Artículo 42 del Convenio es la disposición pertinente para la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia entre las partes. En dicho artículo se especifica que el Tribunal “decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes”. Por tratarse de una controversia en el marco del TBI, las partes han acordado que el fondo de la cuestión se decida de conformidad con el derecho internacional. El derecho aplicable no ha sido objeto de controversia entre las partes, excepto en lo tocante al tema de si la Demandada ha incumplido su obligación, según los Contratos de Inversión Extranjera, de otorgar a las Demandantes los permisos necesarios para realizar su inversión en Chile. Las Demandantes sostienen que el supuesto incumplimiento de la Demandada debe considerarse en el marco de la legislación internacional, ya que el párrafo 1 del Artículo 3 del Tratado Bilateral de Inversión entre Chile y Dinamarca (“TBI Dinamarca”) tiene el efecto de internacionalizar las obligaciones de la Demandada bajo los contratos de inversión extranjera. La Demandada niega que el párrafo 1 del Artículo 3 del TBI Dinamarca tenga dicho efecto, sostiene que debe aplicarse el derecho chileno, según el párrafo 1 del Artículo 42 del Convenio, y afirma que, a falta de acuerdo entre las partes, “[e]l derecho aplicable a los contratos de inversión extranjera es la legislación chilena, de acuerdo a las disposiciones de la Convención de Washington”.⁵⁴

87. Por el momento, el Tribunal se limitará a observar que, a los efectos del párrafo 1 del Artículo 42 del Convenio, las partes se han sometido a este arbitraje según lo

⁵⁴ Dúplica, párr. 126 y nota de pie de página 61.

dispuesto en el TBI. Dado que dicho instrumento es un tratado, el acuerdo de arbitraje en el marco del TBI exige que el Tribunal aplique el derecho internacional. El Tribunal analizará más a fondo este tema al considerar el efecto del párrafo 1 del Artículo 3 del TBI Dinamarca.

2. Significado de una diferencia relativa a una inversión

88. Al comienzo de su Memorial de Contestación, Chile afirmó que es “un lugar para invertir” y presentó estadísticas en apoyo de dicha afirmación. En efecto entre 1974 y 2001, se autorizaron US\$ 82.900 millones de inversión extranjera y más de 4.000 sociedades invirtieron en el país. Chile ha indicado también que el caso presentado ante el Tribunal es el primero en que inversionistas extranjeros se presentan ante el CIADI afirmando que Chile ha incumplido el DL 600⁵⁵ y que ha incurrido en prácticas discriminatorias.⁵⁶

89. El Tribunal, al tiempo que observa el éxito de la Demandada en su promoción de inversión extranjera, hace notar que el hecho de que se someta una disputa ante un tribunal del CIADI no significa necesariamente un estigma en el historial de un país o de un inversionista. Los tratados bilaterales de inversión son relativamente nuevos y no es extraño que su aplicación y los numerosos factores que influyen en la inversión extranjera sean una fuente de desacuerdos. El hecho de que los desacuerdos se sometan a la decisión de un tercero, como un tribunal de arbitraje del CIADI, y de que un país se haya comprometido a proceder así en un tratado fortalece, en vez de debilitar, el empeño de

⁵⁵ Decreto con fuerza de ley número 600, Ley de inversión extranjera de la República de Chile.

⁵⁶ Memorial de Contestación, párrs. 1 y 2.

ese país en atraer inversión extranjera y tratar a los inversionistas en forma justa y equitativa.

3. Jurisdicción

90. En lo que respecta a la jurisdicción del Centro y a la competencia de este Tribunal, las Demandantes sostienen que su controversia con la Demandada es una controversia jurídica derivada de una inversión realizada en Chile por un nacional de otro Estado Contratante, Malasia. La Demandada no ha formulado ninguna objeción, sobre este punto.

91. La Demandada aceptó el arbitraje ante el CIADI cuando firmó el TBI y las Demandantes consintieron en él al presentar la solicitud de arbitraje.

92. El párrafo 1 del Artículo 6 del TBI dispone lo siguiente:

“Cada Parte Contratante acuerda someter al Centro Internacional para la Solución de Controversias de Inversión [...] cualquier controversia que surja entre esa Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, y que involucre: i) una obligación contraída por esa Parte Contratante con el inversionista de la otra Parte Contratante relativa a una inversión de ese inversionista; o ii) una supuesta violación de cualquier derecho conferido o creado por el presente Convenio con respecto a una inversión por parte de ese inversionista”.

93. MTD Equity es un “nacional de otro Estado Contratante”; es una sociedad organizada de conformidad con las leyes de Malasia que tiene su sede y realiza operaciones en Malasia. También es un “inversionista” de acuerdo con el inciso ii) del párrafo c) del Artículo 1 del TBI, según el cual en el concepto de inversionista se incluye a “cualquier corporación, sociedad, fideicomiso, *joint-venture*, organización, asociación o empresa establecida o debidamente constituida de acuerdo con las leyes pertinentes de

esa Parte Contratante y que tengan su sede y realicen sus operaciones en el territorio de esa misma Parte Contratante”.

94. MTD Chile pertenece en su totalidad a MTD Equity y es una sociedad organizada conforme a las leyes de Chile. Según lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 2 del Artículo 25 del Convenio del CIADI y en el párrafo 2 del Artículo 6 del TBI, tal sociedad debe considerarse como nacional de Malasia, para los fines de los procedimientos de arbitraje previstos en el Convenio del CIADI.

95. El conflicto entre las partes califica como una controversia en cada una de las categorías del párrafo 1 del Artículo 6 del TBI. Implica una obligación contraída por la Demandada con las Demandantes con respecto a su inversión en Chile y una supuesta violación de sus derechos en virtud del TBI en relación con dicha inversión.

96. También se ha cumplido el requisito del inciso i) del párrafo 3 del Artículo 6 del TBI según el cual las partes tratarán de resolver la controversia “de manera amigable a través de consulta y negociación”, al menos durante tres meses antes de recurrir al arbitraje. Se mantuvieron negociaciones durante un período superior a tres meses y durante la prórroga de un mes, después de que las Demandantes notificaron, el 2 de junio de 1999, al Presidente de Chile y al Ministro de Economía, que había surgido una controversia e invocaron el Artículo 6 del TBI.

97. El Tribunal ha comprobado que la controversia entre las partes se origina en una inversión realizada por MTD Equity, nacional de Malasia, en Chile y que la inversión así realizada califica como tal según el Convenio y el TBI.

4. Derecho de los Estados a adoptar políticas y promulgar leyes

98. El Tribunal coincide con las afirmaciones hechas por la Demandada en el sentido de que tiene derecho a decidir sobre sus políticas y leyes de urbanismo. En efecto, los Estados Parte en el TBI han acordado que su compromiso de alentar y crear condiciones favorables a los inversionistas y admitir sus inversiones debe hacerse “de conformidad con [los] derechos [de cada parte] de ejercer las facultades que le otorgan sus leyes, reglamentos y políticas nacionales”.⁵⁷ Además, en la definición de inversión se entiende que el término “inversiones” comprende “todas las inversiones aprobadas por los Ministerios o autoridades de las Partes Contratantes, de conformidad con sus legislaciones y políticas nacionales”.⁵⁸

99. Así pues, al concertar el TBI, las Partes Contratantes no limitaron el ejercicio de su autoridad según sus leyes o políticas nacionales, excepto en la medida en que dicho ejercicio contraviniera las obligaciones contraídas por ellas en el propio TBI. Un tribunal de arbitraje en el caso específico del CIADI no consideraría las políticas o la legislación de un país ni los cambios que se operen en ellos a no ser que se pudiera establecer una relación con la inversión correspondiente. Dicha relación “puede ser establecida si esas medidas generales se adoptan en violación de compromisos específicamente adquiridos con el inversionista en los tratados, en la legislación o en los contratos. En tal caso, lo que queda cubierto por la jurisdicción del Centro no son las medidas generales en sí sino la manera como ellas pueden violar esos compromisos específicos”.⁵⁹

⁵⁷ Párrafo 1 del Artículo 2.

⁵⁸ Párrafo b del Artículo 1.

⁵⁹ *CMS Gas Transmission Company c/ La República de Argentina*. Caso No. ARB/01/8. Decisión sobre jurisdicción, párr. 27.

5. Cláusula de la nación más favorecida

100. Las Demandantes han basado parte de sus reclamaciones en las disposiciones de otros tratados bilaterales de inversión y han alegado que estas normas se aplican en virtud de la cláusula de la nación más favorecida (NMF) del TBI. La Demandada no ha argumentado contra la aplicación de estas disposiciones pero, en el caso del párrafo 1 del Artículo 3 del TBI Dinamarca y de los párrafos 3 y 4 del Artículo 3 del Convenio Bilateral de Inversión entre Chile y Croacia (“TBI Croacia”), la Demandada ha calificado sus argumentos declarando que, incluso en el caso de que la cláusula en cuestión fuera aplicable, los hechos del caso son tales que no se habría producido su incumplimiento. Debido a esta calificación hecha en el Memorial de Contestación y en el escrito de Dúplica, el Tribunal considera oportuno examinar la cláusula NMF en el TBI y analizar si sus términos permiten aplicar las disposiciones del TBI Dinamarca y TBI Croacia como base para las reclamaciones sometidas a su decisión.

101. El primer párrafo de la cláusula NMF del TBI (párrafo 1 del Artículo 3) dispone lo siguiente:

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

102. Las otras disposiciones de este artículo amplían la cláusula a la indemnización referente a las pérdidas sufridas como consecuencia de guerras o acontecimientos semejantes o limitan su aplicación, excluyendo los beneficios previstos en acuerdos regionales de cooperación y los referentes a impuestos.

103. La cuestión que se plantea al Tribunal es si las disposiciones del TBI Croacia y del TBI Dinamarca relativas a la obligación de conceder permisos, una vez aprobada una inversión, y al cumplimiento de obligaciones contractuales, respectivamente, pueden considerarse parte de un “trato justo y equitativo”.

104. El Tribunal analiza más adelante el significado del trato justo y equitativo y remite a dicho examen. Desde ahora ha llegado a la conclusión de que, en el marco del TBI, la norma sobre trato justo y equitativo debe interpretarse en la forma que mejor conduzca al cumplimiento del objetivo del TBI de proteger las inversiones y crear condiciones favorables a la inversión. Estima que el considerar como parte de las protecciones del TBI las incluidas en el párrafo 1 del Artículo 3 del TBI Dinamarca y en los párrafos 3 y 4 del Artículo 3 del TBI Croacia está en consonancia con dicho objetivo. Confirma esta conclusión el hecho de que las exclusiones de la cláusula NMF se refieren a aspectos tributarios y a la cooperación regional, cuestiones ajenas al TBI que, debido al carácter general de la cláusula NMF, las Partes Contratantes consideraron prudente excluir. *A contrario sensu*, otras cuestiones que pueden considerarse parte del trato justo y equitativo a los inversionistas sí estarían cubiertos por esta cláusula.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL FONDO

105. Las Demandantes alegan que la Demandada ha incumplido:

- i) El párrafo 2 del Artículo 2 y el párrafo 1 del Artículo 3 del TBI y el párrafo 1 del Artículo 4 del TBI Croacia, al tratar su inversión en forma que no es justa ni equitativa;
- ii) El párrafo 1 del Artículo 3 del TBI Dinamarca, al incumplir las obligaciones que contrajo en virtud de los Contratos de Inversión Extranjera;
- iii) Los párrafos 2 y 4 del Artículo 3 del TBI Croacia, al dificultar con medidas irracionales y discriminatorias el uso y disfrute de la inversión de las Demandantes y al no otorgar los permisos necesarios para realizar una inversión ya autorizada, y
- iv) El artículo 4 del TBI, al expropiar su inversión.

106. Las supuestas infracciones del TBI Dinamarca y del TBI Croacia están basadas en la cláusula NMF del TBI. El Tribunal considerará ahora cada una de estas reclamaciones y la alegación formulada por la Demandada de que las Demandantes actuaron en forma irresponsable y contraria al grado de prudencia y diligencia con el que debe actuar un inversionista experimentado.

1. Trato justo y equitativo

107. En el párrafo 2 del Artículo 2 del TBI se establece que “[a] las inversiones de los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes se les otorgará, en todo momento, un tratamiento justo y equitativo [...]” En el TBI Croacia se estipula que el derecho al trato justo y equitativo “no será obstaculizado en la práctica” (párrafo 1 del Artículo 4). No hay ninguna controversia entre las Partes acerca de la aplicabilidad de estas

disposiciones, pero sí discrepan en cuanto a hechos fundamentales para determinar si se ha incumplido la norma referente al trato justo y equitativo. Tampoco están de acuerdo en el significado de las medidas adoptadas por la Demandada respecto de la aprobación de la inversión y la firma de los Contratos de Inversión Extranjera, ni en lo que respecta a la conducta de las Demandantes al tomar la decisión de invertir en Chile y llevarla a la práctica.

108. Las Partes parecen estar de acuerdo en el significado de *tratamiento justo y equitativo*, pero en vista de los comentarios realizados por ellas en los memoriales, el Tribunal se ocupará primero de este asunto y luego considerará los hechos en que se basa la presentación de las Demandantes sobre la aplicación de este tratamiento.

(a) Significado de “trato justo y equitativo”

109. Las Partes coinciden en que hay obligación de tratar las inversiones en forma justa y equitativa. Están asimismo de acuerdo con la afirmación del Juez Schwebel de que “el significado de lo que es justo y equitativo se define cuando la norma se aplica a un conjunto de hechos específicos”.⁶⁰ De acuerdo con la definición del Juez Schwebel, el “[t]ratamiento justo y equitativo es una norma amplia y extensamente aceptada que abarca criterios fundamentales tales como la buena fe, el debido proceso, la no discriminación y la proporcionalidad”.⁶¹

110. Las Partes han formulado observaciones sobre si el estándar de trato justo y equitativo forma parte del derecho internacional consuetudinario o es adicional con referencia a recientes laudos de tribunales de arbitraje establecidos en el marco del

⁶⁰ Opinión del juez Steven Schwebel, párr. 23. Declaración testimonial presentada junto con el Memorial.

⁶¹ *Ibíd.*

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), antes y después de la interpretación que hiciera la Comisión de Libre Comercio del TLCAN del párrafo 1 del Artículo 1115. Dicha Comisión ha interpretado el “trato justo y equitativo” en el sentido de que no exige un trato que supere o vaya más allá del que es exigido por el estándar mínimo del derecho internacional.

111. El Tribunal observa que Chile no ha argumentado que sea así como debe entenderse “trato justo y equitativo” en virtud del TBI. Chile se ha limitado a llamar la atención sobre esta interpretación y las consecuencias que tuvo en la aplicación del criterio del trato justo y equitativo por parte de los tribunales de arbitraje del TLCAN. El Tribunal nota además que en el TBI no hay ninguna referencia al derecho internacional consuetudinario en relación con el trato justo y equitativo.

112. Habida cuenta de que este Tribunal se estableció de conformidad con lo dispuesto en el TBI, está obligado a aplicar las disposiciones del TBI y a interpretarlas de conformidad con las normas de interpretación establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que es vinculante para los Estados que son parte del TBI. El párrafo 1 del Artículo 31 de la Convención de Viena dispone que un tratado “deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

113. En su sentido ordinario, los términos “justo” y “equitativo” utilizados en el párrafo 1 del Artículo 13 del TBI⁶² significan que se obra según justicia y razón, con

⁶² Párrafo 1 del Artículo 3: “Las inversiones hechas por los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo, y no menos favorable que aquel concedido a las inversiones hechas por los inversionistas de cualquier tercer Estado”.

templanza, moderación, igualdad de ánimo.⁶³ Estos términos se utilizan también en el párrafo 2 del Artículo 2 del TBI titulado “Promoción y Protección de las Inversiones”.⁶⁴ En lo que respecta al objeto y fin del TBI, el Tribunal se remite a su Preámbulo, en el que las Partes declaran su deseo de crear “condiciones favorables para las inversiones por parte de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante” y reconocen “la necesidad de proteger las inversiones hechas por los inversionistas de ambas Partes Contratantes y de estimular el flujo de inversiones y la iniciativa comercial individual con miras a la prosperidad económica de ambas Partes Contratantes”. Así pues, al tenor del TBI, trato justo y equitativo debe entenderse como trato imparcial y ecuánime, que contribuya a alentar la promoción de la inversión extranjera. En vez de imponer un comportamiento pasivo por parte del Estado o condenar los comportamientos perjudiciales para los inversionistas, el TBI define su objetivo en forma activa (“promover”, “crear”, “estimular”).

114. En una situación semejante, el Tribunal en el caso *TECMED* describió el concepto del trato justo y equitativo como sigue:

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

⁶³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima edición (2001).

⁶⁴ Párrafo 2 del Artículo 2: “A las inversiones de los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes se les otorgará, en todo momento, un tratamiento justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio de la otra Parte Contratante”.

pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación”.⁶⁵

115. Este es el criterio que el Tribunal aplicará a los hechos del presente caso. Los hechos o su significado son controvertidos, el Tribunal describirá en primer lugar las alegaciones de las partes al respecto.

(b) Alegatos de las partes

116. Según las Demandantes, la Demandada incumplió las disposiciones sobre trato justo y equitativo del TBI y del TBI Croacia cuando “creó y alentó fuertes expectativas de que el Proyecto, que era el objeto de la inversión, se podría construir en la ubicación específica propuesta y suscribió un contrato confirmando ese emplazamiento, pero luego desaprobó la ubicación como una cuestión de política, después de que MTD había comprometido irrevocablemente su inversión para construir el Proyecto en ese sitio”⁶⁶. Además, en la medida en que, como alega el MINVU, la Demandada se opuso siempre al Proyecto incluso antes de la firma de los contratos de inversión extranjera, la Demandada actuó “con duplicidad y mala fe, porque en ese momento —según el argumento del MINVU— el Estado de Chile ya había tomado la decisión de bloquear el Proyecto”.⁶⁷ La Demandada rechaza lo anterior, hace referencia a las reuniones que las Demandantes

⁶⁵ *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c/ Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)00/2, laudo del 29 de mayo del 2003, párr. 154. Véase también *Waste Management, Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI ARB/AF/00/3, párr. 98.

⁶⁶ Memorial, párr. 102. Traducción del Tribunal.

⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 27.

tuvieron con funcionarios del Gobierno, y pone en duda el significado atribuido por las Demandantes a la aprobación de su inversión por parte del CIE.

117. La Demandada concede gran importancia a la reunión del 6 de noviembre de 1996 con el ministro Hermosilla y el SEREMI González. Las Demandantes niegan que esta reunión haya tenido lugar. Según la Demandada, en esta reunión los funcionarios chilenos advirtieron a los representantes de las Demandantes que “el PRMS, que categóricamente prohibía el desarrollo urbano en Pirque, constituía un serio impedimento para la realización del Proyecto”, y que, “como el proyecto era opuesto a los objetivos del PRMS, uno de los cuales era promover la densificación urbana, la oficina del SEREMI no estaría en condiciones de patrocinar el Proyecto ante CORE”.⁶⁸ La Demandada concluye la descripción de lo ocurrido en la reunión del 6 de noviembre afirmando que dicha reunión “debiera haber dejado a MTD con serias dudas acerca de la viabilidad de un proyecto inmobiliario en Pirque. En ese momento, un inversionista razonable hubiera efectuado un riguroso proceso de *due diligence* para determinar, entre otras cosas, si sería necesario incurrir en mayores costos de desarrollo. En cambio, a pesar de haber recibido notificaciones claras de que su Proyecto propuesto enfrentaba serios riesgos, MTD resolvió suscribir un contrato de promesa, consolidando así su compromiso con el Proyecto El Principal”.⁶⁹

118. La Demandada mantiene que, durante las numerosas reuniones que representantes de las Demandantes tuvieron con funcionarios del Gobierno chileno, se les informó acerca de la dificultad de conseguir un cambio en el PRMS, que el SEREMI del MINVU

⁶⁸ Memorial de Contestación, párrs. 25-27.

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 27.

tenía la iniciativa para proponer dicho cambio, y que un Plan Seccional no era el medio indicado para cambiar el PRMS, ya que es un instrumento jerárquicamente inferior desde el punto de vista normativo. Las reuniones que las Demandantes tuvieron en marzo de 1997 con varias empresas de planificación urbana y la correspondencia conexas demuestran que ya en aquellas fechas eran conscientes de la necesidad de cambiar la zonificación de El Principal.⁷⁰

119. La Demandada alega además que el papel del CIE se limita a aprobar la transferencia de capital, sin ocuparse de los detalles del proyecto lo que explica el carácter limitado de la descripción del objetivo de la inversión. Los contratos de inversión extranjera garantizan al inversionista extranjero el mismo trato que a un inversionista nacional y disponen que la autorización para importar capital en Chile es “sin perjuicio de cualesquiera otras que, de conformidad con tales legislación y reglamentación, deban ser otorgadas por las autoridades competentes”. Consecuentemente, los contratos de inversión extranjera obligaban a “MTD a obtener permisos de zonaje, aprobaciones ambientales y otras autorizaciones referentes al Proyecto”.⁷¹

120. En cuanto a las reclamaciones de responsabilidad extracontractual de Chile, la Demandada alega que ellas “revelan un fundamental malentendido en relación con el proceso de aprobación del CIE y otras disposiciones de la legislación chilena”, y cuestiona incluso la posibilidad de que exista responsabilidad extracontractual: si existe

⁷⁰ *Ibíd.*, párrs. 48-96.

⁷¹ *Ibíd.*, párrs. 31-32.

un contrato, “sólo es posible demandar el incumplimiento contractual; un reclamo adicional, alegando responsabilidad extracontractual es inadmisibile”.⁷²

121. Según la Demandada, el CIE no está obligado en virtud del párrafo c) del Artículo 15 del DL 600, como sostienen las Demandantes, a obtener informes antes de decidir sobre las solicitudes de inversión extranjera, salvo en determinadas circunstancias establecidas por otras leyes distintas del DL 600. No hay ninguna ley ni reglamento que imponga al CIE la obligación de obtener de otra autoridad un informe o aprobación previa de un proyecto inmobiliario, como la inversión propuesta por las Demandantes.⁷³ El CIE tampoco está obligado a solicitar un cambio del PRMS tras la aprobación de la solicitud de inversión extranjera. Si así fuera, el Artículo 9 del DL 600 y la Cláusula 4 de los contratos de inversión extranjera carecerían de significado y el CIE actuaría fuera del ámbito de su autoridad.⁷⁴

122. La Demandada explica que la competencia del CIE no se extiende a la “determinación de la viabilidad jurídica, administrativa, técnica o económica de tales inversiones, ni tampoco restringe o limita las atribuciones y las competencias de ningún órgano de la administración del Estado. La jurisprudencia nacional uniformemente ha reconocido la competencia limitada del Comité y el alcance limitado de los Contratos de Inversión”.⁷⁵ Según la Demandada, las Demandantes desconocen por completo las funciones del CIE al atribuirle el carácter de “ventanilla única”. Como explica la Dra. Feliú, experta en derecho público, el “*principio de legalidad*” exige que, para que un

⁷² *Ibíd.*, párr. 129, citando la opinión de la experta Feliú.

⁷³ *Ibíd.*, párr. 131.

⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 133.

⁷⁵ Dúplica, párr. 37

organismo público actúe como “ventanilla única”, debe estar autorizado para hacerlo.⁷⁶ No era deber del CIE “rechazar la solicitud de inversión extranjera de MTD debido a restricciones de uso del suelo, pues no le correspondía efectuar dicha evaluación. Fue opción de MTD tomar el riesgo asociado a su inversión, consistente en el desarrollo urbanístico en un área restringida, especulando que las políticas de uso del suelo en Chile cambiarían en su favor”.⁷⁷ La Demandada sostiene que la referencia a la Municipalidad de Pirque en la solicitud no modifica “las atribuciones del Comité, ni lo transforma en garante de la viabilidad del proyecto”.⁷⁸

123. La Demandada rechaza también el argumento de que se le pueda atribuir responsabilidad extracontractual, debido al hecho de que el Ministro del MINVU, como “Ministro del ramo respectivo” al tenor del párrafo d) del Artículo 13 del DL 600, no estuvo presente en la reunión en la que se aprobó la solicitud de las Demandantes. La Demandada sostiene que este argumento carece de sustento, ya que, según el Artículo 14 del mismo texto, el único requisito para celebrar una reunión es que exista determinado quórum, con o sin la presencia del “Ministro del ramo respectivo”. En todo caso, el SEREMI del MINVU es el responsable de recomendar la modificación del PRMS y el SEREMI actúa independientemente del Ministro del MINVU. La Demandada afirma además que el resultado habría sido el mismo, en el caso de que el Ministro hubiera asistido a la reunión. Probablemente, él habría comentado que el proyecto era arriesgado pero ese comentario no habría sido motivo para rechazar la solicitud, ya que el inversionista tenía derecho a solicitar una modificación del PRMS: “No está dentro de las

⁷⁶ *Ibíd.*, párrs. 40-41.

⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 47.

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 50.

facultades o funciones del CIE llevar a cabo una evaluación de riesgos en relación con las inversiones sujetas a las entradas de capital que aprueba. La resolución de los asuntos que implican riesgos está enteramente dentro de la esfera del inversionista, y esos aspectos no inciden en la aprobación o rechazo por parte del CIE de las solicitudes de inversión extranjera”.⁷⁹

124. Las Demandantes niegan que la reunión del 6 de noviembre de 1996 hubiera tenido lugar y consideran que la existencia de esa reunión es “crucial para la defensa de la Demandada ya que sería la única advertencia que supuestamente MTD recibió antes de realizar su inversión”. Los documentos presentados como prueba de lo que se dijo en la reunión se escribieron en 1998, no en 1996.⁸⁰ No hay ninguna constancia documental contemporánea de la reunión, excepto la palabra “Malasia” en la agenda del Ministro Hermosilla. Las Demandantes observan que “[e]s sorprendente que los testigos de la Demandada — sin ningún documento contemporáneo de la reunión — recuerden, siete años después, con tanta claridad los detalles de lo que se discutió y sean incapaces de recordar quiénes asistieron a la reunión”⁸¹.

125. Las Demandantes señalan que las advertencias que MTD supuestamente recibió de arquitectos, planificadores urbanos y funcionarios gubernamentales, después de firmar el primer contrato de inversión extranjera habrían llegado demasiado tarde.⁸² Agregan que en su Réplica la Demandada no reconoce el elogio que el Presidente de Chile hizo del proyecto inmobiliario, al cual calificó de innovador en septiembre de 1997, y que las

⁷⁹ Memorial de Contestación, párrs. 134-137; Dúplica, párr. 68.

⁸⁰ Réplica, párr. 4.

⁸¹ *Ibíd.*, párr. 18. Traducción del Tribunal.

⁸² *Ibíd.*, párr. 7.

Demandantes nunca fueron informadas de que la cancelación de la asistencia del Presidente al día siguiente estaba relacionada con el retiro de su apoyo al Proyecto.⁸³ De hecho, la razón aducida fue que el Presidente no podía asistir porque tenía una reunión con el Presidente del Brasil.

126. Según las Demandantes, en 1998 fueron informadas por primera vez acerca de la reunión del 6 de noviembre de 1996 y de que la aprobación de la solicitud de inversión significaba únicamente que MTD podía importar fondos; fue entonces cuando los funcionarios chilenos comenzaron, por primera vez, a expresar preocupaciones ambientales: “La Demandada no explica por qué estas posiciones y políticas del Gobierno, supuestamente importantes y de larga data, no fueron comunicadas a MTD antes de 1998”.⁸⁴

127. Las Demandantes responden a la afirmación de la Demandada de que, si hubieran actuado diligentemente, “habrían descubierto rápidamente que su Proyecto no era factible”, señalando los siguientes fallos en ese razonamiento: “*Primero*, si efectivamente era tan evidente que el Proyecto no era factible, ¿por qué ninguno de los muchos funcionarios con quienes los representantes de MTD se reunieron informaron a MTD sobre esta imposibilidad hasta 1998? *Segundo*, el argumento del ‘*due diligence*’ de la Demandada se basa en la premisa de que supuestamente se hicieron advertencias a MTD en la reunión fantasma del 6 de noviembre de 1996”.⁸⁵ En cualquier caso, “si el Proyecto era efectivamente ‘irrealizable’ desde el principio, el Estado de Chile no debería haber

⁸³ *Ibíd.*, párr. 8.

⁸⁴ *Ibíd.*, párr. 9.

⁸⁵ *Ibíd.*, párr. 28.

engañado a MTD, aprobando la solicitud de inversión de MTD y celebrando los Contratos de Inversión Extranjera con MTD sobre la premisa ilusoria de un proyecto de vivienda en Pirque. Si, por otra parte, era posible realizar el Proyecto, la Demandada no debió haber rechazado las solicitudes de las aprobaciones necesarias presentadas por MTD so pretexto de que las normas aplicables necesariamente impiden cualquier desarrollo urbano en Pirque”⁸⁶.

128. Las Demandantes observan también que en el Memorial de Contestación se pasa por alto la descripción del Proyecto que aparece en la solicitud al CIE y, en lugar de ello, se hace hincapié en lo referente a la contribución de capital. De la sección referente a la descripción del proyecto y de la segunda cláusula del Contrato sobre Inversiones Extranjeras, que son sustancialmente idénticas, resulta claro que el proyecto y su ubicación están claramente identificados y, además, en el contrato se indica que el objetivo de la inversión es exclusivo y sólo podría modificarse con autorización previa del CIE.⁸⁷

129. Las Demandantes se refieren a la explicación de la Demandada de que la identificación de los proyectos en los Contratos sobre Inversiones Extranjeras carece de significado y afirman que: “Ningún funcionario del gobierno advirtió a MTD sobre una limitación semejante antes de la firma de los Contratos de Inversión Extranjera”. Las opiniones de los expertos que acompañan al Memorial de Contestación y el testimonio del señor Moyano se centran en el hecho de que un contrato de inversión extranjera no proporciona automáticamente todas las autorizaciones gubernamentales necesarias para

⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 12. Traducción del Tribunal.

⁸⁷ *Ibíd.*, párrs. 31-34.

realizar un Proyecto, pero “no abordan la cuestión diferente que se presenta en este caso: si el Estado de Chile puede válidamente celebrar un contrato de inversión extranjera vinculante, que especifica el propósito y la ubicación de un proyecto particular de inversión, sabiendo, al mismo tiempo (y sin decírselo al inversionista), que el Gobierno nunca permitirá que el inversionista realice el proyecto que es el objeto del contrato”.⁸⁸

130. Las Demandantes señalan que, si bien la Demandada se negó a entregar copias de las actas de las reuniones del CIE, sí facilitó listas de asistencia en las que consta que ministros que no eran miembros permanentes del CIE concurrieron a algunas sesiones “presumiblemente para debatir y votar en relación con solicitudes de inversión extranjera que tuvieran relación con sus áreas de responsabilidad, según lo ordenado por el Artículo 13 del DL 600”.⁸⁹ Según las Demandantes, si “la función del CIE fuera simplemente aprobar el flujo de fondos (a diferencia de aprobar una inversión para un proyecto en particular), entonces habría sido innecesario e ilógico que el DL 600: (i) dispusiera que un Ministro, que no es miembro permanente del CIE, fuera de todas maneras miembro para los efectos de considerar solicitudes relacionadas con el trabajo de ese Ministerio, y (ii) exigiera que el Vicepresidente Ejecutivo del CIE coordinara con otras oficinas gubernamentales lo referente a información y autorizaciones”⁹⁰. Además, la Demandada está obligada, en virtud del párrafo a) del Artículo 15 del DL 600, a que el CIE coordine y consulte a los ministerios competentes. A pesar de la solicitud indicada anteriormente

⁸⁸ *Ibíd.*, párr. 36.

⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 41.

⁹⁰ *Ibíd.*, párr. 42. Traducción del Tribunal.

presentada por las Demandantes, la Demandada no había podido encontrar ningún documento que “respondiera a la solicitud”.⁹¹

131. Las Demandantes sostienen que la posición de la Demandada es inconsistente con la posibilidad de utilizar otro procedimiento para llevar capital extranjero a Chile sin firmar un contrato de inversión extranjera ni identificar necesariamente el objeto y el propósito de su inversión: “Si la función del CIE se limitara a aprobar el ingreso de fondos, su existencia no sería necesaria, porque el Banco Central de Chile ya tiene facultades respecto de la entrada de fondos sin relación con un proyecto específico”.⁹² La posición de la Demandada está también en contradicción con los términos del Contrato sobre Inversiones Extranjeras: “Si el objeto del contrato se limitara a la entrada de fondos, no sería necesario especificar en el contrato el propósito de la inversión o estipular que el propósito de la inversión solamente puede ser modificado con la aprobación del CIE”.⁹³

132. En lo que respecta a la Cláusula Cuarta del Contrato de Inversión Extranjera, las Demandantes señalan que “[u]na cosa es argüir que MTD todavía debe satisfacer normas y otros requisitos en el proceso de realizar el proyecto, lo que MTD siempre entendió, y otra muy diferente es que la Demandada sostenga que la Cláusula Cuarta la autoriza a aprobar y aceptar la inversión de MTD en Chile, a sabiendas de que el objeto del contrato nunca podría realizarse”.⁹⁴

⁹¹ *Ibíd.*, párr. 49.

⁹² *Ibíd.*, párr. 43. Traducción del Tribunal.

⁹³ *Ibíd.*, párr. 44. Traducción del Tribunal.

⁹⁴ *Ibíd.*, párr. 46. Traducción del Tribunal.

133. Las Demandantes observan que la Demandada no ha ofrecido ninguna prueba contemporánea en apoyo de las supuestas razones por las que supuestamente se retiró el discurso del Presidente en la inauguración del Proyecto: “Si la oficina del Presidente hubiera retirado el texto de un discurso presidencial que había enviado para ser leído en la ceremonia inaugural, sería razonable esperar alguna constancia del retiro. Si MTD hubiera utilizado un discurso presidencial sin permiso, con toda seguridad el Gobierno chileno habría tomado alguna medida al menos para indicar su descontento. En cambio, las Demandantes han presentado al Tribunal copia del fax que recibieron del Gobierno con el texto del mensaje del Presidente Frei”⁹⁵.

134. Las Demandantes no están de acuerdo con la afirmación de la Demandada de que “las leyes y normas que rigen la planificación urbana y el desarrollo en Chile — y en particular las modificaciones al PRMS — son simples y transparentes”.⁹⁶ Las Demandantes opinan que, contrariamente a lo que sostiene la Demandada, un plan seccional era un instrumento adecuado para modificar el PRMS. Según ellas, este instrumento propuesto por una municipalidad no depende del MINVU para su inicio ni para su conclusión: “Cuando se presenta un plan seccional al MINVU, el SEREMI debe analizar la solicitud y presentar el plan al CORE con un informe favorable o desfavorable”⁹⁷.

135. Las Demandantes señalan que la incertidumbre y la confusión en la planificación y desarrollo urbanos se hacen también patentes en el caso de la reciente propuesta de

⁹⁵ *Ibíd.*, párr. 58. Traducción del Tribunal.

⁹⁶ *Ibíd.*, párr. 70.

⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 71.

Modificación No. 48 del PRMS.⁹⁸ El CORE aprobó dicha modificación mediante la Resolución No. 14/2003. No obstante, la Contraloría General se ha negado a aceptar la legalidad de la resolución y resolvió “que el CORE excedió sus potestades al intentar regular terrenos rurales ubicados fuera de los límites urbanos establecidos”⁹⁹. Esta decisión fue apelada por CORE.

136. En opinión de las Demandantes, la Modificación No. 48 contradice los argumentos de la Demandada en lo que respecta al carácter singular de Pirque desde el punto de vista medio ambiental: “[D]emuestra que Pirque no es un ‘sector clave’ único, que debe quedar exento del desarrollo urbano para proteger el llamado ‘filtro del medio ambiente’ de la Región Metropolitana de Santiago”.¹⁰⁰ Las Demandantes consideran sorprendente que el “MINVU decidió presentar una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) que implica un menor nivel de análisis ambiental que un EIA, aunque la Modificación N° 48 introduciría cambios fundamentales al uso de la tierra a lo largo de la Región Metropolitana de Santiago, afectando más de 34.000 hectáreas en comparación con las 600 hectáreas que cubre el Plan Seccional de la Municipalidad de Pirque. Además, la DIA del MINVU es mucho más vaga y general que el EIA presentado con el Plan Seccional. Sin embargo, en fuerte contraste con la forma en que la COREMA trató el EIA presentado por la Municipalidad de Pirque, la COREMA concluyó, después de evaluar la DIA presentada por MINVU, que la modificación propuesta al PRMS no generaría ningún impacto ambiental adverso que fuera relevante”.¹⁰¹

⁹⁸ Esta modificación del PRMS permite Zonas de Desarrollo Urbano Condicionado en la zona sur de Santiago, en la que se encuentra Pirque.

⁹⁹ Réplica, párr. 72. Traducción del Tribunal.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 84.

¹⁰¹ *Ibíd.*, párr. 85.

137. Las Demandantes consideran falso el argumento esgrimido por la Demandada en el sentido de que las Demandantes deberían haber solicitado una enmienda del PRMS en vez de formular un plan seccional “porque la Demandada dejó en claro que no permitiría la realización del Proyecto *bajo ningún procedimiento*. MTD y la Municipalidad de Pirque intentaron utilizar el procedimiento de un plan seccional sólo después que el MINVU indicó que no iniciaría tal cambio y la Demandada, por medio del MINVU, rehusó en repetidas oportunidades dar alguna orientación sobre cuál sería el trámite adecuado que debería seguirse para modificar el PRMS”¹⁰².

138. La Demandada argumenta que las Demandantes no pueden disculpar su falta de cumplimiento de la ley alegando ignorancia de la misma. La ley era clara, el terreno del Fundo El Principal tenía un destino *silvoagropecuario* exclusivo y los contratos de inversión extranjera sólo dan a los inversionistas las autorizaciones expresamente contempladas en ellos.¹⁰³ En relación con los casos resueltos por otros tribunales arbitrales que citan las Demandantes, la Demandada afirma que “en cambio, MTD *nunca tuvo derecho para llevar a cabo su Proyecto*, el que dependió en todo momento de la obtención de las autorizaciones correspondientes, mediante el procedimiento que establece la ley. MTD no entendió o no quiso entender la normativa vigente, optando en cambio por seguir procedimientos claramente contrarios a la ley”.¹⁰⁴

139. La Demandada señala que los dos documentos de 1998 que se refieren a la reunión de 6 de noviembre de 1996 “fueron preparados y enviados antes de que existiera

¹⁰² *Ibíd.*, párr. 118. Traducción del Tribunal.

¹⁰³ *Dúplica*, párrs. 5-7.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, párr. 9.

controversia alguna entre MTD y el Gobierno, lo cual desvirtúa el argumento de MTD en el sentido de que dicha reunión hubiese sido fabricada por el Gobierno”.¹⁰⁵ La Demandada se refiere también a la afirmación de las Demandantes de que ellas no recibieron advertencia alguna sobre la factibilidad de su proyecto de inversión, antes de suscribir los Contratos de Inversión Extranjera, y de que “si se le hubiera dicho a MTD en 1996 que el Proyecto no era factible, MTD nunca habría invertido en el Proyecto”. La Demandada observa que “[e]sta argumentación se basa en una premisa falsa: que el Estado de Chile tenía la obligación de advertir a MTD respecto de la factibilidad de su proyecto antes de que ésta invirtiera. En realidad, era MTD quien tenía la obligación de obtener la información necesaria sobre la factibilidad legal y técnica de su proyecto. Ello es especialmente válido cuando dicha información era pública, transparente, y de fácil acceso”.¹⁰⁶ La Demandada señala que las Demandantes no mencionaron que “de conformidad con la legislación vigente en ese tiempo, sí era posible, aunque difícil y no garantizado, obtener una modificación del PRMS, y que MTD intentó obtener dicha modificación mediante un procedimiento equivocado que necesariamente llevó a su denegatoria”.¹⁰⁷

140. La Demandada rechaza el argumento de que sus representantes no respondieran a las peticiones de asistencia de las Demandantes. De hecho, “debido a la evidente falta de competencia de los asesores de MTD, los señores Carvacho y Leppe ofrecieron asistencia

¹⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 27.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 30.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, párr. 36.

a la empresa para guiarla en los pasos que debía seguir para intentar una modificación del PRMS, pero MTD nunca aprovechó ese ofrecimiento”.¹⁰⁸

141. La Demandada reafirma que no tenía ninguna obligación de modificar el PRMS y permitir que avanzara el Proyecto. Todas las acciones tomadas por sus funcionarios lo fueron en conformidad con la legislación, incluido el rechazo del Plan Seccional. Los planes seccionales no pueden alterar o modificar la norma establecida por instrumentos de jerarquía superior y la modificación del PRMS era inconveniente ya que el SEREMI del MINVU estaba realizando a la sazón el estudio del Plan Regional de Desarrollo Urbano (“PRDU”). Según explica la Demandada: “El PRDU es el instrumento de planificación urbana que fija los roles de los centros urbanos, sus áreas de influencia recíproca, las relaciones gravitacionales y las metas de crecimiento, entre otros”.¹⁰⁹ El estudio del PRDU para la Región Metropolitana de Santiago había comenzado en 1994, después de entrar en vigencia el PRMS y “estaba en pleno análisis en 1998”.¹¹⁰

142. La afirmación de que, según la legislación chilena, el SEREMI tenía la obligación de presentar a CORE el Plan Seccional contradice la LGUC, que establece el procedimiento legal para la elaboración de las normas del PRMS. “Lo que el CORE aprobaba o rechazaba era una propuesta de la SEREMI y no de otra autoridad. El CORE no tenía facultades para conocer o aprobar propuestas de planificación hechas por otros organismos, incluyendo los planes seccionales presentados por los municipios”.¹¹¹

¹⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 69.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, párr. 83.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ Dúplica, párr. 75.

143. La Demandada admite que “la normativa de planificación territorial chilena es compleja, por su naturaleza altamente técnica, pero es comprensible; un inversionista diligente requeriría de asesoría profesional competente, al igual que lo requeriría un inversionista nacional”.¹¹² En todo caso, la Demandada sostiene que la complejidad “no excusa la negligencia de MTD ni justifica sus intentos de eludir los procedimientos legalmente establecidos. MTD nunca siguió dichos procedimientos y más bien optó por evadirlos. MTD presentó un Plan Seccional, por medio de la Municipalidad de Pirque, para modificar las disposiciones del PRMS, aunque estaba bien informada de que tal procedimiento era contrario a la normativa vigente”.¹¹³

144. La Demandada defiende la Modificación No. 48 como prueba de la evolución del marco de planificación urbana de Santiago: “La normativa de uso del suelo y la política adoptada en estas materias en la Región Metropolitana de Santiago puede evolucionar durante el tiempo. Lo anterior se lleva a cabo dentro de un sistema administrativo transparente, el que requiere de consulta y aprobación por parte de múltiples agencias del gobierno [...]. Todas las modificaciones hechas [entre 1997 y 2002] fueron el resultado del procedimiento establecido en la normativa chilena y perseguían el bien común de toda la población”.¹¹⁴

145. Chile argumenta que “el hecho de que la Contraloría General de la República¹¹⁵ haya formulado observaciones a la resolución que aprueba la Modificación N° 48 no demuestra la ‘incertidumbre y confusión relacionadas con el régimen de desarrollo y

¹¹² *Ibíd.*, párr. 93

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Ibíd.*, párr. 95.

¹¹⁵ En la versión en inglés se indicó la traducción del nombre de esta institución en una nota.

planificación urbana de Chile’ [...] [d]emuestra que el régimen administrativo y democrático chileno funciona y el que la autoridad proponga cambios a la normativa no es garantía de que éstos sean finalmente implementados. Ello no implica conducta arbitraria, sino el normal proceso de creación de normas bajo un sistema democrático y transparente”.¹¹⁶

146. Según la Demandada, es erróneo considerar la Modificación No. 48 como un medio para autorizar el desarrollo urbano en gran escala en Pirque. La Demandada sostiene que “MTD minimiza el impacto de las condiciones impuestas para llevar a cabo los proyectos. En realidad, la Modificación N° 48 permitiría la eventual implementación de Proyectos de Desarrollo Urbano Condicionado, previo cumplimiento de requisitos mucho más estrictos que los establecidos anteriormente para cualquier otro proyecto habitacional en la Región Metropolitana de Santiago; aquellos proyectos deberían ser sometidos a estudios de viabilidad a partir de condiciones básicas de localización, tamaño y perfil de la propuesta. Estos estudios deberían ser realizados por las Municipalidades donde se emplaza el proyecto, por la SEREMI de Agricultura y la SEREMI del MINVU. Posteriormente, con la aprobación unánime de las tres entidades mencionadas, el proyecto pasaría a una etapa de evaluación técnica por parte de la SEREMI del MINVU, la cual debería evaluar si se cumplen siete condicionantes bases [...]. [E]l mero cumplimiento de los requisitos establecidos en la Modificación N° 48 no autorizaría el cambio de uso del suelo”.¹¹⁷

¹¹⁶ Dúplica, párr. 96.

¹¹⁷ Ibíd., párrs. 99-100.

147. Para la Demandada, es claro que la Modificación No. 48 dificultaría más la realización de grandes proyectos inmobiliarios en zonas que están actualmente fuera de los límites urbanos, ya que, como explica la Demandada, “debería pasar por dos etapas diferentes y sucesivas: *primero*, deberán cumplir los requisitos que establece la Modificación N° 48 y, *segundo*, deberán someterse al cambio del PRMS, siguiendo las reglas aplicables para este efecto actualmente vigentes. En el período 1996-1998, MTD, en cambio, sólo habría tenido que cumplir esta segunda etapa”.¹¹⁸

148. En la Dúplica, Chile reafirma su derecho a exigir que MTD cumpla los reglamentos chilenos sobre medio ambiente y planificación urbana. El Proyecto “constituía un uso inapropiado del Plan Seccional para procurar un cambio en las restricciones de uso del suelo establecidas por el PRMS para esa comuna”. Así lo puntualizó correctamente la COREMA, y “por mandato del artículo 16 de la Ley General de Bases del Medio Ambiente, [el Plan Seccional] *debía necesariamente ser rechazado por la COREMA*”.¹¹⁹

149. De estas alegaciones surgen tres cuestiones fundamentales: el significado de la reunión del 6 de noviembre de 1996, el alcance de la aprobación del CIE y la conducta de las Demandantes como inversionistas diligentes. El Tribunal las considerará en ese orden.

(c) Reunión del 6 de noviembre de 1996

150. La Demandada ha atribuido particular importancia a la reunión celebrada presuntamente con “empresarios malasio” el 6 de noviembre de 1996 para demostrar el

¹¹⁸ *Ibíd.*, párr. 101.

¹¹⁹ *Ibíd.*, párr. 105.

comportamiento irresponsable de las Demandantes al proceder a invertir a pesar de las advertencias sobre los obstáculos con que tropezaría su inversión. Las Demandantes alegan que esa reunión nunca tuvo lugar. Como prueba de la reunión, figura la palabra “Malasia” en la agenda del ministro Hermosilla y la referencia que se hace a ella en dos documentos de la Demandada fechados dos años después. No hubo informes previos a la reunión, ni registro de lo que se discutió en ella, ni tampoco constancia escrita contemporánea sobre quiénes asistieron. Ni el ministro Hermosilla ni el SEREMI González pudieron determinar si, entre los representantes de MTD que asistieron a las audiencias en la ciudad de Washington, D.C., se encontraba alguno de los “empresarios malasios” supuestamente presentes en la reunión del 6 de noviembre de 1996.

151. No obstante lo expuesto, la Demandada, en el escrito de Memorial de Contestación y en la Dúplica ha descrito en forma detallada las discusiones que tuvieron lugar durante esa reunión. Lo mismo hicieron los señores Hermosilla y González en sus declaraciones. Los representantes malasios de las Demandantes, con excepción del señor Lee, han presentado sus pasaportes como prueba de que ninguno de ellos estuvo en Chile en esa época. El señor Lee perdió su pasaporte pero estuvo presente en las audiencias de Washington, D.C., cuando los señores Hermosilla y González dieron testimonio.

152. En vista de la controversia surgida en torno a la existencia de la citada reunión, el Tribunal analizará la situación suponiendo, primeramente, que la reunión se hubiera celebrado, y luego que no hubiera tenido lugar, y examinará hasta qué punto la conducta de las partes es congruente con las declaraciones hechas supuestamente por funcionarios chilenos y por los representantes de las Demandantes.

153. La supuesta reunión del 6 de noviembre de 1996 es una de las numerosas reuniones celebradas antes y después de esa fecha entre representantes de las Demandantes y funcionarios del Gobierno chileno. Representantes de las Demandantes se reunieron con el señor Morales, del CIE, el 16 de mayo de 1996 y con el señor Guerra, del SERVIU, el 17 del mismo mes. La época de la supuesta reunión del 6 de noviembre coincide con la reanudación, durante ese mes, de las negociaciones de MTD, por intermedio del estudio Vial & Palma, con el señor Fontaine, que condujeron a la firma del Contrato de Promesa el 21 de noviembre de 1996. De ahí la importancia que la Demandada atribuye a la reunión, para demostrar que funcionarios chilenos del más alto nivel habían advertido a las Demandantes, desde las etapas iniciales del proceso de adopción de decisiones, sobre las dificultades que existían para construir el Proyecto.

154. De acuerdo con el Memorial de Contestación, “[a]l enterarse que MTD había escogido a Pirque para la localización de su Proyecto, el SEREMI González informó al Ministro Hermosilla que el Proyecto no era factible. El Ministro Hermosilla informó a MTD sobre esta cuestión, explicándole que el PRMS, que categóricamente prohibía el desarrollo urbano en Pirque, presentaba un serio impedimento para la realización del Proyecto. El Ministro agregó que el PRMS no podía ser obviado, y que la única manera de desarrollar un proyecto inmobiliario era modificando el PRMS”.¹²⁰ Según se afirma, ante la insistencia de las Demandantes, se les explicó además el procedimiento necesario para modificar el PRMS. El SEREMI González, “el único funcionario autorizado para iniciar el proceso de modificación”¹²¹, les explicó que “como el Proyecto distaba mucho

¹²⁰ Memorial de Contestación, párr. 25.

¹²¹ *Ibíd.*, párr. 27.

de los objetivos del PRMS, uno de los cuales era promover la densificación urbana, la SEREMI no estaría en condiciones de patrocinar el Proyecto ante CORE”.¹²² El señor Hermosilla también sugirió que “MTD encontrara una ubicación alternativa para su Proyecto”.¹²³

155. La información sobre este registro de la reunión que suministró la Demandada será examinado por el Tribunal a la luz de la conducta posterior de las partes.

156. El CIE aprobó la primera solicitud de las Demandantes relativa a la inversión extranjera vinculada al proyecto el 3 de marzo de 1997. El 18 de marzo de 1997 se firmó el Contrato de Inversión Extranjera correspondiente. El CIE aprobó una segunda solicitud de inversión el 8 de abril de 1997 y el 13 de mayo del mismo año se suscribió un nuevo Contrato de Inversión Extranjera. El 29 de septiembre de 1997, el Presidente de Chile, en una cena oficial en honor del Primer Ministro de Malasia, elogió el proyecto considerándolo innovador y “una demostración tangible de que la población puede aprovechar plenamente las condiciones favorables que los gobiernos están creando”. Al día siguiente, la oficina del Presidente de Chile envió una declaración pública similar para ser leída en la ceremonia de inauguración del proyecto de Pirque, y canceló su asistencia al acto porque debía reunirse con el Presidente del Brasil.

157. La Demandada alega que la declaración del Presidente que se iba a leer en la inauguración había sido oficialmente retirada. No hay pruebas de ese retiro ni de que se hubiera negado el contenido de la declaración después de que, efectivamente, se leyó en

¹²² *Ibíd.*, párr. 27.

¹²³ *Ibíd.*

la inauguración. La Demandada también sostiene ahora que el Presidente canceló su asistencia a la inauguración a pedido del señor Henríquez, el nuevo Ministro de Vivienda y Urbanismo, y que dicha cancelación obedeció, en realidad, a que “[a]l ser informado de las dificultades que enfrentaba el proyecto y de las advertencias que su predecesor había efectuado a MTD, el Ministro Henríquez estimó que la presencia del Presidente Frei en la ceremonia podría ser mal interpretada y, en consecuencia, instó al Presidente a no asistir”.¹²⁴ Es indisputable que, en ese momento, no se informó a las Demandantes del verdadero motivo por el que se canceló la participación del Presidente ni del presunto retiro de su declaración. Ellas se habrían enterado de esos hechos en el transcurso de las presentes actuaciones. Dado que el Presidente Frei dio su discurso en la cena oficial, apenas la noche anterior, no había razones para sospechar que existían otros motivos para cancelar su asistencia. La Demandada no parece haber actuado en consonancia con las claras advertencias supuestamente formuladas a los representantes de las Demandantes el 6 de noviembre de 1996.

158. Las propias acciones de las Demandantes también contradicen lo que presuntamente se dijo en la reunión del 6 de noviembre, suponiendo que ésta hubiera tenido lugar. Independientemente de la incoherencia de las decisiones comerciales adoptadas no obstante las claras advertencias que la Demandada les habría formulado, tema que el Tribunal analizará más adelante, las Demandantes, en sus negociaciones con el señor Fontaine, procuraron obtener protección respecto de la aprobación de su inversión por parte del CIE y condicionaron la entrada en vigor del Contrato de Promesa a la aprobación de la transferencia de los fondos por parte del CIE. Sería razonable

¹²⁴ Memorial de Contestación, párr. 59.

suponer que, si el ministro Hermosilla y el SEREMI González les hubieran hablado con la claridad que se alega, las Demandantes se habrían protegido, buscando otro emplazamiento para el Proyecto o cancelando la inversión propuesta. Habría sido igualmente ilógico que las Demandantes solicitaran la aprobación del CIE para una inversión considerada inviable por altos funcionarios de la Demandada. El Tribunal comentará mas adelante sobre la diligencia de las Demandantes.

159. El alcance de la aprobación de las dos primeras inversiones de las Demandantes por parte del CIE es un elemento decisivo para analizar si la Demandada cumplió su obligación de darles a las Demandantes un trato justo y equitativo, cuestión que el Tribunal abordará a continuación. En esta etapa, el Tribunal sólo se ocupará de la aprobación del ingreso de fondos para el proyecto y del hecho de que Chile celebrara contratos de inversión extranjera con las Demandantes. Más adelante, examinará el argumento de que Chile incumplió los contratos de inversión extranjera y, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, el TBI.

iv) Significado de la aprobación del CIE

160. Las partes discrepan sobre el significado de la aprobación de la inversión por parte del CIE con arreglo al DL 600 y del significado de la ausencia del ministro responsable del sector correspondiente a la inversión propuesta de la reunión en la que esta fue aprobada. Chile sostiene que la aprobación del CIE no es más que una autorización para importar fondos al país. La descripción del proyecto en la solicitud presentada al CIE es demasiado breve como para tener significado en la aprobación de la inversión y, en

cualquier caso, atribuir a su aprobación algún otro significado excedería las facultades del CIE.

161. Según Chile, no es importante quién asiste a la reunión del CIE, siempre que exista quórum para celebrarla, y las disposiciones del DL 600 no exigen que el ministro del sector pertinente sea parte del quórum. Más aún, según la Demandada, lo habitual en el CIE es que los ministros —excepto los de algunos sectores, como el de la minería— no asistan a sus reuniones y que los documentos referentes a una inversión no se entreguen a los ministros del sector antes de la reunión, ni que se convoque a la reunión a los miembros no permanentes del CIE. En todo caso, argumenta Chile, incluso si el Ministro de Vivienda y Urbanismo hubiera estado presente, el resultado habría sido el mismo, dada la limitada función que el CIE cumple. Por lo contrario, las Demandantes consideran que la aprobación del CIE implica la aprobación de la inversión y del Proyecto en la ubicación descrita y que les da derecho a desarrollar el sitio. Atribuyen a la ausencia del Ministro de Vivienda y Urbanismo de la reunión del CIE en la que se aprobó el Proyecto los obstáculos posteriores, sobre los que, de otro modo, habrían sido advertidas.

162. El DL 600 confiere al CIE la facultad “de aprobar, en representación del Estado de Chile, el ingreso de capitales del exterior de conformidad con este decreto ley y para establecer los términos y condiciones de los respectivos contratos” (Artículo 12). Todos los miembros del CIE son ministros, excepto el Presidente del Banco Central (Artículo 13). Las decisiones se adoptan por mayoría simple y el quórum para una reunión se constituye con sólo tres de sus miembros (Artículo 14). Para el cumplimiento de sus

funciones, el CIE dispondrá de una Vicepresidencia Ejecutiva responsable, entre otras cosas, de coordinar las inversiones extranjeras y de realizar y agilizar los trámites ante los diferentes organismos públicos que deban informar o dar su autorización previa para la aprobación de las solicitudes que el CIE debe resolver (Artículo 15). En la solicitud, el inversionista debe especificar la ubicación de la inversión; esta exigencia se repite en el modelo de contrato de inversión extranjera no negociable. Es en este contrato, según lo establecido en el DL 600, donde consta la autorización del CIE (Artículo 3). Una modificación de la ubicación de la inversión requeriría la modificación del contrato y, por ende, la aprobación del CIE.

163. El Tribunal considera que la composición ministerial del CIE es, en sí misma, prueba de la importancia que atribuye Chile a la función de este órgano y es congruente con el objetivo de coordinar la inversión extranjera al más alto nivel de los ministerios en cuestión. También resulta evidente que, según DL 600, el CIE debe desplegar un mínimo de diligencia tanto interna como externamente. La aprobación de un proyecto en una determinada ubicación permitiría a un inversionista suponer, *prima facie*, que su ejecución en esa ubicación es factible desde el punto de vista normativo. Si se sigue en forma constante, la práctica de no notificar a los miembros no permanentes del CIE acerca de sus reuniones y no entregarle información al ministro correspondiente con anterioridad a las reuniones, podría afectar seriamente la función coordinadora del CIE. Ello no implica que la aprobación de un proyecto en una determinada ubicación otorgue al inversionista el derecho de desarrollar el sitio sin obtener otras autorizaciones del Estado. Los contratos de inversión extranjera son claros al respecto y este tema se trata por separado en este laudo. Lo que el Tribunal pone de relieve aquí es la incoherencia en

el proceder de dos sectores del gobierno frente al mismo inversionista, incluso cuando el marco jurídico del país otorga un mecanismo de coordinación. Ello es aún más evidente si se tiene en cuenta que, como afirma la Demandada, la presencia del Ministro de Vivienda y Urbanismo en la reunión del CIE en la que se aprobó la inversión no habría causado un resultado diferente.

164. Chile ha sostenido que cada órgano del Gobierno tiene determinadas responsabilidades y, que no es su función llevar a cabo tareas de *due diligence* respecto de la viabilidad jurídica y técnica de un proyecto, ya que ello es responsabilidad de los interesados. El Tribunal comparte la opinión de que es responsabilidad del inversionista asegurarse de contar con el asesoramiento apropiado, especialmente si va a invertir fuera de su país, en un entorno desconocido. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, Chile no es una parte pasiva y la coherencia en el proceder de los diversos funcionarios por intermedio de los cuales actúa no es responsabilidad del inversionista sino de Chile. Si las Demandantes actuaron en forma responsable o diligente al adoptar la decisión de invertir en Chile es otra cuestión.

165. Las Demandantes se pusieron en contacto con funcionarios de la Demandada desde un principio, en mayo de 1996. Sólo en noviembre de 1998, dos años después de la supuesta reunión del 6 de noviembre de 1996, el SEREMI González informó a las Demandantes por escrito de la política contraria al cambio de zonificación de El Principal y a la modificación del PRMS, y el Ministro Henríquez rechazó formalmente el Proyecto. Chile alega que no tenía obligación de informar a las Demandantes y que éstas debieron haber averiguado por sí mismas cuáles eran las normas y políticas del país. El Tribunal

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

166. El Tribunal está convencido, basándose en las pruebas que le han sido presentadas de que la aprobación por parte del CIE de una inversión para un proyecto que contraviene la política urbana del Gobierno constituye una violación al deber de dispensar a un inversionista un trato justo y equitativo. El hecho de que la reunión del 6 de noviembre de 1996 se hubiera celebrado o no, no afecta el resultado de estas consideraciones. En efecto, si en verdad la reunión tuvo lugar, es aún más inexplicable que el CIE aprobara la inversión y que se suscribieran los dos primeros Contratos de Inversión Extranjera. El Ministro Hermosilla y el CIE eran dos canales de comunicación diferentes de la Demandada con terceros, pero, a los efectos de las obligaciones contraídas por Chile en virtud del TBI, ambos representaban a Chile como una unidad, como un monolito, para usar la expresión de la Demandada.

167. Esta conclusión del Tribunal no implica que Chile sea responsable de las consecuencias de decisiones comerciales desafortunadas o de la falta de diligencia del inversionista. Su responsabilidad se limita a las consecuencias de sus propias acciones, en la medida en que infringieron su obligación de dispensar a las Demandantes un trato justo y equitativo. El Tribunal abordará ahora el tema de la supuesta falta de diligencia y

de prudencia en la actividad empresarial con que actuaron, según la Demandada, las Demandantes.

v) *La cuestión de la diligencia de las Demandantes*

168. La Demandada basa su argumento acerca de la falta de diligencia de las Demandantes en la confianza que depositaron en el señor Fontaine, la falta de asesoramiento profesional apropiado sobre el sector urbano y la aceptación de una exorbitante valoración del inmueble al momento de realizar la inversión.

169. La Demandada alega que las Demandantes decidieron invertir en Chile sin llevar a cabo un adecuado proceso de *due diligence*. Confiaron en las afirmaciones que, en su propio interés, les hizo el señor Fontaine al señalar que las tierras eran improductivas y podrían ser rezonificadas sin dificultad, “particularmente si ello atraería inversión extranjera”.¹²⁵ Si las Demandantes hubieran efectuado “incluso las consultas más rudimentarias”, se habrían enterado de que Pirque tiene “tierras de alta calidad agrícola y juega un rol importante en la preservación de la salud ambiental de la Región Metropolitana. También se habrían enterado de que el PRMS, aprobado apenas dos años antes, “expresamente prohibía el desarrollo urbano en Pirque, y la designaba como una zona exclusivamente *silvoagropecuaria*”.¹²⁶ Llama poderosamente la atención de la Demandada que los dos representantes de las Demandantes recomendaran invertir en Chile tras haber estado sólo cuatro días en el país, especialmente cuando la inversión en

¹²⁵ *Ibíd.*, párr. 8.

¹²⁶ *Ibíd.*, párr. 9

El Principal “aparece como el primer emprendimiento de MTD fuera del sudeste de Asia”.¹²⁷

170. La Demandada contrasta las prácticas de las Demandantes con las adoptadas por inversionistas extranjeros diligentes: “Los inversionistas extranjeros buscan por lo general protecciones contractuales contra pérdidas que pudieran originarse como consecuencia de dificultades en la obtención de autorizaciones gubernamentales, agregando cláusulas y pactos respecto de garantías, requisitos, condiciones suspensivas o condiciones resolutorias u otras estipulaciones similares”.¹²⁸ Las Demandantes procedieron a suscribir el Contrato de Promesa “a pesar de tener un conocimiento meramente superficial de las leyes de inversión extranjera en Chile, de contar con una tasación errónea del terreno, de reiteradas advertencias de funcionarios del gobierno relativas al uso del suelo, y sin aparente asesoramiento profesional adicional respecto de los riesgos inherentes a su proyecto de desarrollar una ciudad satélite en terrenos restringidos al desarrollo urbano”.¹²⁹

171. La Demandada remite a otros laudos arbitrales no mencionados en la opinión del Juez Schwebel. La Demandada, citando el laudo dictado en el caso *American Manufacturing & Trading c. la República del Zaire*, se refiere a la necesidad de que un tribunal arbitral tome en cuenta las “condiciones imperantes en el país [receptor]”¹³⁰ al aplicar las normas de un tratado bilateral de inversiones: “En Chile, las modificaciones de la zonificación, como aquellas requeridas para el PRMS, implican un prolongado proceso

¹²⁷ *Ibíd.*, párrs. 9 y 11.

¹²⁸ *Ibíd.*, párr. 29.

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ Caso CIADI N° ARB/93/1, 36 I.L.M. 1531, en 1553 (1997).

administrativo, proceso que los funcionarios de gobierno chilenos explicaron detalladamente a MTD”.¹³¹ La Demandada también se refiere al caso *Azinian*¹³² para poner de relieve que las Demandantes, al igual que los demandantes en ese caso, “no estaban familiarizadas con el ambiente comercial del Estado anfitrión, no habían asegurado los recursos y servicios requeridos para implementar su Proyecto y no habían encargado ‘cualquier tipo de estudio de viabilidad’”.¹³³

172. La Demandada enfatiza el hecho que las Demandantes aceptaron como ciertas las afirmaciones del señor Fontaine en el sentido de que las restricciones al uso de las tierras del Fundo El Principal podían modificarse y no efectuaron investigación posterior alguna para verificar la validez de esas afirmaciones.¹³⁴ También aceptaron la tasación de las tierras efectuada por el Banco Sud Americano, que se sustentaba en la premisa de que las tierras serían rezonificadas para uso urbano y en la que no se identificaban las 600 hectáreas que las Demandantes estaban interesadas en adquirir.¹³⁵

173. La Demandada critica los supuestos en que se basa la tasación de las tierras del señor Fontaine realizada por el Banco Sud Americano. En primer lugar, en la tasación se ignoran las limitaciones impuestas por el PRMS y “los tasadores supusieron, sin ningún análisis ni explicación, que el suelo en El Principal sería rezonificado para uso urbano”. De acuerdo con la Demandada, si las Demandantes hubieran “procurado realizar el más elemental de los procesos de *due diligence*, y consultado a cualquier planificador urbano, experto en medio ambiente, arquitecto o, a lo menos, a un abogado con experiencia en

¹³¹ Memorial de Contestación, párr. 109.

¹³² Robert Azinian et al. c/ Estados Unidos Mexicanos (Caso No. ARB(AF)/97/2), 14 *ICSID Rev.-FILJ* 538 (1999).

¹³³ Memorial de Contestación, párr. 111.

¹³⁴ Dúplica, párr. 14

¹³⁵ *Ibíd.*, párr. 24-25.

proyectos inmobiliarios en Chile, habría[n] advertido acerca de la naturaleza errónea de las consideraciones sobre cambios a la zonificación contenidas en la tasación”.¹³⁶

174. La tasación también supone que el camino conocido como Paseo Pie Andino se construiría en cinco años y se sugiere, “equivocadamente, que la mera propuesta del Proyecto (no realizada) aumentaría el valor del terreno”; erróneamente, “los tasadores supusieron que el terreno podría ser dividido en ‘parcelas de agrado’ de 0,5 hectáreas” cuando, en realidad, desde la aprobación del PRMS, la mínima subdivisión posible era de cuatro hectáreas.¹³⁷

175. Las Demandantes decidieron sobre el valor del inmueble basándose únicamente en esa tasación, sin tomar en cuenta el valor específico de las 600 hectáreas que serían la base de la inversión inicial ni la forma en que el sistema vial existente o las restricciones sobre zonificación aplicables afectaban el valor de las tierras. Según la Demandada, si se hubiera llevado a cabo una tasación más exacta del inmueble, las Demandantes habrían descubierto que el valor de las 600 hectáreas que se proponían desarrollar en el Proyecto oscilaba entre US\$ 4.1 millones y US\$ 4.6 millones.¹³⁸

176. Se desprende claramente del expediente que las Demandantes no consultaron a ningún especialista en desarrollo urbano antes de cerrar el negocio. Las empresas consultadas posteriormente, a juzgar por los registros de la época, no parecen haber sido tan claras como lo son ahora en su testimonio sobre la dificultad de modificar la

¹³⁶ Memorial de Contestación, párr. 20.

¹³⁷ *Ibíd.*, párr. 23.

¹³⁸ *Ibíd.*, párr. 23.

zonificación. Lo único que se observa con certeza es que las Demandantes tenían prisa por iniciar el Proyecto.

177. Las Demandantes aparentemente no advirtieron que el señor Fontaine podría tener un conflicto de intereses con ellas en torno al desarrollo de El Principal. Éste minimizó el significado que tendría un cambio de zonificación y, al parecer, las Demandantes aceptaron, sin más, su opinión. El precio de los terrenos se basaba en la premisa de que el Proyecto seguiría adelante y se pagó por adelantado sin vincular el pago al avance del Proyecto.

178. Los TBI no constituyen un seguro contra el riesgo comercial,¹³⁹ y el Tribunal considera que las Demandantes, como empresarias experimentadas, deben afrontar las consecuencias de sus propios actos. Su elección de un socio, la aceptación de una tasación de las tierras basada en presunciones futuras, sin asegurarse protección contractual para el caso de que esas presunciones, incluyendo el otorgamiento de los permisos necesarios para el proyecto de desarrollo, no se materializaran, son riesgos que las Demandantes asumieron independientemente del proceder de Chile.

2. Violación del TBI por incumplimiento de los Contratos de Inversión Extranjera

179. Las Demandantes alegan que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Demandada “constituye una violación de las obligaciones que tiene según

¹³⁹ “...el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios”. *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7 párr. 69.

el Tratado de cumplir sus obligaciones contractuales relacionadas con la inversión de MTD. Dado que el incumplimiento en cuestión es un incumplimiento de una obligación internacional, el asunto se rige, primero y por sobre todo, por el derecho internacional. En la medida en que el asunto gire alrededor del alcance de las obligaciones emanadas de los Contratos de Inversión Extranjera, el Contrato debe interpretarse en forma literal y según los principios generales de derecho contractual en armonía con la internacionalización de las obligaciones contractuales[...]. Esta conclusión es particularmente relevante en este caso, porque los Contratos de Inversión Extranjera no incluyen ninguna disposición sobre el derecho aplicable”¹⁴⁰.

180. Las Demandantes señalan el hecho de que los Contratos de Inversión Extranjera eran contratos de adhesión por lo que sus condiciones no eran negociables¹⁴¹. La ubicación del Proyecto en Pirque fue “un supuesto fundamental de la negociación entre MTD y el Estado de Chile. MTD tenía derecho a ese emplazamiento y el Estado de Chile tenía la obligación correlativa de tomar las acciones que fuesen necesarias para permitir el uso de esa localidad para desarrollar el Proyecto. El Estado de Chile violó esa obligación al impedir desarrollar el Proyecto en el propio inmueble que se designaba en los Contratos”¹⁴². La negativa de la Demandada a cambiar la zonificación del área en cuestión “frustró los derechos y expectativas legítimas que MTD tenía en virtud de los Contratos de Inversión Extranjera, convirtiendo todo el procedimiento de Solicitud de Inversión Extranjera en una formalidad vacía”.¹⁴³

¹⁴⁰ Réplica, párr. 104. Traducción del Tribunal.

¹⁴¹ Memorial, párr. 109.

¹⁴² *Ibíd.*, párr. 110. Traducción del Tribunal.

¹⁴³ *Ibíd.*

181. Las Demandantes también alegan que la aprobación de la inversión en Pirque tiene el efecto de autorizar la ubicación del Proyecto y que la referencia de la Cláusula Cuarta de los Contratos de Inversión Extranjera a “otras autorizaciones” alude a autorizaciones distintas de aquellas concedidas en los propios Contratos de Inversión Extranjera: “sería el colmo de la mala fe interpretar la Cláusula Cuarta en el sentido de que le da al Estado de Chile el poder de destruir la base de la negociación, borrando, luego del hecho, el objeto mismo de la inversión según se especifica en los Contratos”.¹⁴⁴

182. En cuanto a la obligación de conceder los permisos necesarios para una inversión autorizada, las Demandantes afirman que “*el Tratado* obliga a la Demandada a otorgar los permisos necesarios en la medida que ello sea *compatible* con sus leyes y reglamentos. La Demandada no puede afirmar seriamente que modificar el PRMS para permitir un proyecto de desarrollo urbano de gran escala en Pirque hubiera sido incompatible con las leyes y reglamentos de Chile, porque es precisamente lo que la Demandada está tratando de hacer, en una escala mucho mayor, por medio de la Modificación N° 48”¹⁴⁵ (Traducción del Tribunal).

183. Chile arguye que, incluso, si el párrafo 1 del Artículo 3 del TBI Dinamarca fuera aplicable, las Demandantes no han demostrado que Chile hubiera violado sus obligaciones según esa disposición y, además, “conforme a lo establecido en la ley internacional, la violación de un contrato no supone *ipso facto* la violación de un tratado internacional”.¹⁴⁶

¹⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 111.

¹⁴⁵ Réplica, párr. 117.

¹⁴⁶ Dúplica, párr. 126.

184. Chile considera que ha cumplido sus obligaciones derivadas de los Contratos de Inversión Extranjera y que la mención de El Principal en dichos contratos no otorgó por sí sola a las Demandantes un derecho ilimitado de llevar a cabo el Proyecto en esa ubicación. La autorización concedida por el CIE con arreglo al DL 600 es sólo una autorización para transferir capital, sin perjuicio e independientemente de otras autorizaciones que pueda exigir la legislación chilena. Los inversionistas extranjeros no tienen derecho a un trato preferencial frente a los inversionistas nacionales: “Así como un inversionista nacional no puede obtener una exención del PRMS mediante decisión ejecutiva, tampoco podría conseguirla MTD por ese medio”.¹⁴⁷

185. Basándose en lo aseverado por Chile en el Memorial de Contestación, las Demandantes señalan que la Demandada se negó “*por motivos de ‘inconveniencia’*” incluso a “considerar la adopción de las acciones administrativas necesarias para permitir el desarrollo urbano en el predio designado en los Contratos, un resultado que sólo dependía de sus facultades y discrecionalidad [...]. A esto puede agregarse ahora que, según la versión de los hechos de la Demandada, el Estado de Chile celebró los Contratos de Inversión Extranjera *con la intención de no permitir que el Proyecto se construyera en Pirque*”.¹⁴⁸

186. Las Demandantes cuestionan que el alcance de los Contratos de Inversión Extranjera se rija por la legislación chilena y que, según esa legislación, el CIE no tenía “la capacidad ni las atribuciones para aprobar la naturaleza y ubicación del proyecto de

¹⁴⁷ Memorial de Contestación, párr. 124.

¹⁴⁸ Réplica, párr. 105.

inversión”.¹⁴⁹ Afirman que “[c]onforme a los principios básicos del derecho internacional, el Estado de Chile no puede evadir su responsabilidad internacional aduciendo una supuesta falta de atribuciones del órgano por medio del que actuó”.¹⁵⁰ Las Demandantes también cuestionan el argumento de que el DL 600 garantiza el mismo trato que se le da a un inversionista nacional y que ellas habrían recibido mejor trato que un nacional si la autorización de la inversión y el Contrato de Inversión Extranjera les hubiera conferido el derecho de modificar el PRMS. Sostienen que, de conformidad con el TBI, tienen “derecho a cierto estándar aun cuando el Estado de Chile decida no otorgar el mismo estándar de tratamiento a sus propios inversionistas nacionales [...]. [L]os inversionistas locales no pueden celebrar contratos de inversión extranjera y, por lo tanto, no pueden recibir ninguna de las garantías o ventajas especiales que el DL 600 autoriza [...]. [E]l principio de no-discriminación del Artículo 9 del DL 600 protege a los inversionistas extranjeros de un trato *peor* que el otorgado a los inversionistas nacionales; no les impide recibir los beneficios previstos en los contratos de inversión extranjera”.¹⁵¹

187. Como ya se dijo, el Tribunal considera que el reclamo tiene sustento jurídico válido, basándose en el amplio alcance de la cláusula de la nación más favorecida del TBI. El Tribunal tiene presente la afirmación de la Demandada de que, conforme al derecho internacional, la violación de una obligación contractual no es *ipso facto* la violación de un tratado. Sin embargo, con arreglo al TBI, por medio de la cláusula de la nación más favorecida, esto es lo que las partes acordaron. El Tribunal debe aplicar las disposiciones de dicho tratado. El incumplimiento del TBI se rige por el derecho

¹⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 107.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 108.

¹⁵¹ *Ibíd.*, párr. 109.

internacional. No obstante, para determinar los hechos del incumplimiento será necesario considerar las obligaciones contractuales asumidas por la Demandada y las Demandantes, y el alcance de dichas obligaciones según la legislación chilena.

188. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que Chile dispensó a las Demandantes un trato injusto y no equitativo al autorizar una inversión que no se podía realizar debido a la política urbana chilena. Las Demandantes han basado sus argumentos en el hecho de que “la ubicación del Proyecto fue un supuesto fundamental de la negociación entre MTD y el Estado de Chile. MTD tenía derecho a ese emplazamiento y el Estado de Chile tenía la obligación correlativa de tomar las medidas que fuesen necesarias para permitir el uso de esa localidad para desarrollar el Proyecto”.¹⁵² El Tribunal acepta que la autorización para invertir en Chile no tiene carácter general y que sólo constituye el inicio de un proceso para obtener los permisos y aprobaciones necesarios de los diversos organismos y departamentos del Gobierno. También acepta que el Gobierno debe proceder de conformidad con sus propias leyes y políticas para otorgar tales permisos y aprobaciones. En caso contrario, la Cláusula Cuarta del Contrato de Inversión Extranjera carecería de sentido. Por lo tanto, el Tribunal llega a la conclusión de que Chile no violó el TBI con motivo del incumplimiento de los Contratos de Inversión Extranjera.

189. Como ya se explicó en relación con el trato justo y equitativo, lo que resulta inaceptable para el Tribunal es que se aprobara una inversión para una determinada ubicación, especificada en la solicitud y en el contrato subsiguiente cuando el objetivo de la inversión era incompatible con la política del Gobierno. Aun aceptando la limitada

¹⁵² Memorial, párr. 110.

importancia de los Contratos de Inversión Extranjera a efectos de la concesión de otros permisos y aprobaciones, dichos Contratos deberían constituir al menos una indicación de que, desde el punto de vista del Gobierno, el Proyecto no transgrede las políticas del Gobierno.

3. Medidas injustificadas y discriminatorias

190. El argumento de las Demandantes respecto de medidas injustificadas y discriminatorias se basa en el párrafo 3 del Artículo 3 del TBI Croacia. Este artículo dispone:

“Cada Parte Contratante protegerá dentro de su territorio las inversiones efectuadas de conformidad con sus leyes y reglamentos por inversionistas de la otra Parte Contratante y no obstaculizará la administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, venta y liquidación de dichas inversiones, mediante medidas irracionales o discriminatorias”.

191. Las Demandantes alegan que las medidas injustas y no equitativas descritas anteriormente son también injustificadas y que “la negativa del Estado de Chile de cambiar la zonificación del Fundo El Principal de Pirque para permitir la construcción del Proyecto es discriminatoria porque el Estado de Chile ha permitido la construcción de otros proyectos inmobiliarios a gran escala en el área de Chacabuco, al norte de Santiago”.¹⁵³

192. Además, las Demandantes sostienen que la aceptación y aprobación por la COREMA de una declaración de impacto ambiental (DIA) para apoyar la Modificación N° 48 “ilustra el trato irracional y discriminatorio del Estado de Chile al Estudio de

¹⁵³ Memorial, párr. 115.

Impacto Ambiental (EIA) presentado por la Municipalidad de Pirque para sustentar el Plan Seccional propuesto”.¹⁵⁴

193. De acuerdo con la Demandada, ninguna de las modificaciones del PRMS mencionadas por las Demandantes se realizó mediante planes seccionales y para todas se siguió el procedimiento regular de modificación del PRMS. Además, la Modificación No. 48 “hará más difícil —en ningún caso menos— la realización de grandes proyectos inmobiliarios en la Región Metropolitana de Santiago”.¹⁵⁵

194. La Demandada también considera inadmisibles la comparación del EIA con la DIA preparada para la Modificación No. 48. La reglamentación ambiental vigente sólo exige la realización de un EIA cuando los proyectos conlleven efectos de importancia para el medio ambiente.¹⁵⁶ A diferencia de las consecuencias ambientales del Proyecto, “la Modificación N° 48 no generaría impactos directos sobre el medio ambiente, sino que establecería las condiciones para la realización de Proyectos de Desarrollo Urbano Condicionados que pudieran realizarse en el futuro”. Los proyectos que se presenten al amparo de la Modificación No. 48 necesitarán también un EIA y tendrán “una evaluación ambiental *más exigente* que la que se aplicó al Plan Seccional para Pirque”.¹⁵⁷

195. La Demandada explica las razones aducidas por la COREMA para rechazar el EIA. En primer lugar, la COREMA siguió el procedimiento prescrito y aceptó el EIA para su revisión en un plazo de cinco días a partir de su recepción porque, a primera vista, no contenía errores administrativos manifiestos. El paso siguiente era el de consultar a

¹⁵⁴ Réplica, párr. 115.

¹⁵⁵ Dúplica, párrs. 5-7.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 108.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, párrs. 110-111.

otros organismos estatales con competencia en cuestiones ambientales. Esto es lo que la COREMA hizo en el caso del EIA de MTD. Emitió una evaluación negativa sobre el contenido del EIA después de “haber consultado con otras entidades gubernamentales sobre el impacto ambiental del Proyecto de MTD”.¹⁵⁸ El Proyecto era incompatible con el PRMS que, a los efectos de evaluar un estudio de impacto ambiental, se considera una regulación ambiental y, por consiguiente, el Proyecto no cumplía con esta reglamentación. El EIA tampoco trataba ciertos problemas ambientales y era sumamente vago.¹⁵⁹

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

4. Negativa a conceder los permisos necesarios

197. Esta reclamación se basa en el TBI Croacia, aplicable en virtud de la cláusula de la nación más favorecida del TBI. El párrafo 2 del Artículo 3 del TBI Croacia estipula lo

¹⁵⁸ Memorial de Contestación, párr. 153.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 154.

siguiente: “Cuando una Parte Contratante haya admitido una inversión en su territorio, concederá los permisos necesarios de acuerdo con sus leyes y reglamentos”.

198. Las Demandantes consideran que “[e]sta cláusula obliga al Estado, una vez aprobada la inversión, a otorgar los permisos necesarios al inversionista, de conformidad con las leyes y reglamentos del país”.¹⁶⁰ Asimismo, “[p]or lo mínimo, esta disposición obliga al Estado de Chile a otorgar a MTD los permisos que sean necesarios para cubrir aquellos aspectos de la inversión que fueron considerados específicamente por el Estado al admitir la inversión. Consecuentemente, si se requiere un permiso formal de re-zonificación para desarrollar el Proyecto y si ese permiso sólo puede tomar la forma de una modificación al PRMS, el Estado de Chile está obligado por la disposición citada [Artículo 3(2)] a otorgar tal permiso adoptando la modificación necesaria al PRMS”¹⁶¹.

199. Si bien las Demandantes entienden que los permisos se deben otorgar de conformidad con las leyes y otras normas del Estado de Chile y que el PRMS es una de esas normas, consideran que este argumento es improcedente: “Es la modificación del PRMS — que está totalmente dentro de la discrecionalidad del Estado de Chile — la que está en discusión aquí. No hay nada en la legislación o en los reglamentos del Estado de Chile que le impida a ese Estado modificar el PRMS para permitir la realización del Proyecto [...]. El Estado de Chile rehusó hacer tal modificación, no porque careciera de la autoridad para ello, sino porque decidió no hacerla por motivos de política. Cualquier interpretación que permitiera al Estado hacer justamente eso convertiría en letra muerta la

¹⁶⁰ Memorial, párr. 118.

¹⁶¹ *Ibíd.*, párr. 119. Traducción del Tribunal.

obligación del Tratado de otorgar los permisos necesarios a una inversión aprobada”.¹⁶² Por otra parte, cuando Chile tuvo la voluntad de modificar el PRMS, encontró el modo de hacerlo.

200. La Demandada desestima el argumento de las Demandantes de que ninguna norma jurídica impedía a Chile modificar el PRMS para permitir la ejecución del Proyecto.¹⁶³ Si el argumento de las Demandantes fuera correcto, “se despojaría de sentido a esa cláusula del Tratado Chile-Croacia y a las cláusulas de los Contratos de Inversión Extranjera que exigen a los inversionistas extranjeros cumplir las leyes y reglamentos nacionales, cláusulas que se encuentran en innumerables tratados bilaterales de inversión y contratos de inversión extranjera en todo el mundo”.¹⁶⁴ Según aquella teoría, “un inversionista extranjero podría sortear el proceso de modificación del PRMS, pero los inversionistas nacionales no podrían hacerlo, lo que representaría una violación a lo que dispone el DL 600 con respecto a la discriminación”.¹⁶⁵

201. En cuanto a las modificaciones introducidas en el PRMS, la Demandada afirma que se trata de cambios mínimos que subrayan la firme voluntad de Chile de respetar ese instrumento. El cambio más importante en el uso del suelo fue el relacionado con La Platina, cuando se cambió la designación del suelo de Preservación Ecológica a Área Verde Complementaria, con el fin de permitir la construcción de un parque zoológico. La modificación introducida por la Resolución 39 en 1997 no cambió el destino de terrenos ya incluidos en el PRMS, sino que se incorporaron en él nuevos terrenos: las

¹⁶² *Ibíd.*, párr. 120.

¹⁶³ Memorial de Contestación, párr. 143.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 144.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 145.

municipalidades de Colina, Lampa y Til-til, en la Provincia de Chacabuco. Además, “[l]a incorporación de Chacabuco [...] fue totalmente consistente con el objetivo original del PRMS, que era el de hacer posible el desarrollo urbano en el norte de Santiago, donde se encuentra Chacabuco, más que en el sudeste, donde se encuentra Pirque”.¹⁶⁶ Chile no niega que puede modificar el PRMS, pero afirma que no tiene la obligación de hacerlo. “El simple hecho de que el PRMS *podiera* haber sido modificado no significaba que MTD *haya tenido derecho* a la modificación propuesta”.¹⁶⁷

202. Chile señala que MTD no explica por qué acusa a Chile por el hecho de adherirse a su política de planificación urbana: Chile, como cualquier otro Estado soberano, tiene la facultad de establecer sus políticas. De hecho, la razón de ser de un gobierno es la de dictar leyes que reflejen sus políticas. MTD estaba informada de la política de Chile antes de comprar El Principal y “carece de credibilidad para condenar ahora esa política y sostener — sin fundamento — que Chile de alguna manera estaba automáticamente obligado por ley a modificar una política que beneficia a millones de residentes de la Región Metropolitana”.¹⁶⁸

203. La Demandada rechaza el argumento de que no otorgó los permisos necesarios y, por consiguiente, violó el párrafo 2 del Artículo 3 del TBI Croacia: “Aun asumiendo que la obligación del Tratado citado es aplicable al presente caso, Chile no ha violado dicha obligación. Chile ha demostrado que la actuación de sus funcionarios no se realizó por ‘motivos extra-legales tales como las preferencias particulares o los caprichos de los

¹⁶⁶ *Ibíd.*, párrs. 147-149.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 150.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 151.

funcionarios del gobierno””.¹⁶⁹ Los permisos necesarios para el Proyecto, como señaló el tribunal en *TECMED* al interpretar una disposición similar, se deben conceder de conformidad con las leyes del Estado en cuestión¹⁷⁰, y carece de sustento jurídico el argumento de las Demandantes de que “[d]ado que el incumplimiento en cuestión es un incumplimiento de una obligación internacional, el asunto se rige, primero y por sobre todo, por el derecho internacional”.¹⁷¹

204. El Tribunal considera que la reclamación tiene sustento jurídico válido, basándose en el amplio alcance de la cláusula de la nación más favorecida del TBI, como ya se ha señalado. El Tribunal está en desacuerdo con la afirmación de la Demandada de que carece de mérito el argumento de las Demandantes de que, si se produce el incumplimiento de una obligación internacional, “el asunto se rige, primero y por sobre todo, por el derecho internacional”. Por definición, la violación de una obligación internacional deberá juzgarse con arreglo al derecho internacional. Para determinar los hechos de dicho incumplimiento, quizá sea necesario tomar en cuenta la legislación nacional. En el caso que nos ocupa, el Tribunal tendrá que determinar, en primer lugar, si la negativa de la Demandada a modificar el PRMS en beneficio de las Demandantes se ajustaba a su propia legislación.

205. El Tribunal distingue entre los permisos que se otorgan conforme a las leyes y reglamentos del país en cuestión y las acciones que requieren la modificación de esas normas. En la medida en que la solicitud de un permiso reúna los requisitos exigidos por

¹⁶⁹ Dúplica, párr. 130

¹⁷⁰ *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c/ los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2, Decisión del 29 de mayo del 2003.

¹⁷¹ Dúplica, párrs. 131-132.

la ley, el permiso deberá otorgarse al inversionista, de acuerdo con lo dispuesto en el TBI y en el párrafo 2 del Artículo 3 del TBI Croacia. Por otra parte, esa disposición no confiere a un inversionista el derecho a la modificación del marco normativo del país donde invierte. Lo único que puede esperar un inversionista es que se aplique la ley.

206. Tal como explicó la Demandada, la ejecución de la inversión habría requerido la modificación de las normas que regulan el sector urbano de Chile. El PRMS forma parte de ese marco normativo, como reiteró la Demandada en varias ocasiones. Un país puede modificar sus leyes y reglamentos, pero no se trata de un derecho que un inversionista pueda invocar basándose en el párrafo 2 del Artículo 3 del TBI Croacia. Esta cláusula representa, para el inversionista, una garantía de que se aplicarán las leyes y, para el Estado, una confirmación de que la obligación que le impone ese artículo se limita al otorgamiento de los permisos de acuerdo con sus propias leyes. El Tribunal concluye que la Demandada no violó el TBI al no modificar el PRMS para que la ejecución del Proyecto avanzara.

5. Expropiación

207. Las Demandantes afirman que MTD hizo su inversión “después de recibir la autorización del Estado; fue obligada a detener la ejecución del proyecto debido a que se le informó que carecía del permiso necesario; intentó obtener tal permiso, pero sus intentos fueron rechazados; y, consecuentemente, no pudo continuar con el Proyecto y

esencialmente perdió el valor de su inversión. En estas circunstancias, el tratamiento sufrido por el inversionista constituye una expropiación indirecta”.¹⁷²

208. Las Demandantes alegan que su inversión ha sido expropiada por la Demandada, en violación del Artículo 4 del TBI. Aducen que se produjo una expropiación indirecta como consecuencia de las acciones de la Demandada y de su negativa a actuar, independientemente de si “el Estado tuvo o no la intención de causar una expropiación indirecta”.¹⁷³ Para elaborar este argumento, las Demandantes se basan en las definiciones de expropiación indirecta hechas por los tribunales arbitrales en los casos de *Metalclad Corp. c/ los Estados Unidos Mexicanos*¹⁷⁴ y *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c/ la República Checa*¹⁷⁵ y consideran que los hechos de su caso son semejantes a los de *Metalclad y Biloune*¹⁷⁶, pues en estos dos casos, “los tribunales arbitrales consideraron que la negativa del Estado huésped a proporcionar el permiso necesario al inversionista constituyó una expropiación indirecta”.¹⁷⁷

209. Chile se muestra “sorprendido” por este reclamo, ya que “MTD continúa disfrutando de la propiedad completa de su inversión en EPSA, y todavía tiene derecho a

¹⁷² Memorial, párr. 127.

¹⁷³ *Ibíd.*, párr. 124.

¹⁷⁴ “...una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”. (*Metalclad Corp. c/ los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto del 2000, 103, 16 CIADI Rev.-FILJ 165 (2001)).

¹⁷⁵ “La expropiación de facto o expropiación indirecta, es decir, las medidas que no suponen una confiscación abierta, pero que, en la práctica, anulan el beneficio de la propiedad para el propietario extranjero, puede ser objeto de demanda por expropiación. Es un hecho incontestable en el derecho internacional”. (*CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic*, Laudo parcial, 13 de septiembre del 2001, 604 disponible en <http://www.cnts.cz/doc10/en/pdf/cme-cr-eng.pdf> (cita de Sacerdoti, J., *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, 1997 Recueil des Cours 382 (1998)).

¹⁷⁶ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd c/ Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, 95 I.L.R. 183 (1994).

¹⁷⁷ Memorial, párr. 126.

solicitar cambios en la zonificación y los otros permisos y aprobaciones exigidos de acuerdo con la legislación chilena. [...] MTD sigue teniendo la posibilidad de explorar oportunidades de inversión en Pirque y tiene el derecho de procurar una modificación del PRMS y de otras regulaciones de planificación urbana”.¹⁷⁸ La Demandada cita el laudo dictado en el arbitraje de *Feldman c/ México*, en el que se concluyó que “*no toda la actividad reglamentaria del gobierno que le dificulta o imposibilita a un inversionista llevar a cabo un determinado negocio, ni todo cambio en la legislación o en la aplicación de leyes existentes que torna antieconómico continuar un determinado negocio constituyen una expropiación*”.¹⁷⁹ El presente caso no versa sobre el “cambio de una norma existente o de su aplicación. Por el contrario, este caso simplemente se refiere a la aplicación consistente por parte de la República de Chile de sus políticas, regulaciones y leyes”.¹⁸⁰

210. En el mismo orden de ideas, la Demandada cuestiona la cita que hacen las Demandantes del caso *Biloune*. En ese arbitraje el Tribunal sostuvo que “la combinación de medidas empleadas contra el inversionista constituían una expropiación implícita”. La Demandada alega que “*Biloune* sencillamente no apoya la teoría según la cual la simple denegación de un permiso o, como ocurre en el caso de MTD, la ausencia de un cambio de zonificación, constituyen una expropiación implícita [...]. [C]ontrariamente a los hechos del caso *Biloune*, los funcionarios del Gobierno de Chile jamás aseguraron a MTD

¹⁷⁸ Memorial de Contestación, párr. 114, y Dúplica, párr. 10.

¹⁷⁹ Memorial de Contestación, párr. 115

¹⁸⁰ *Ibíd.*

que un cambio de zonificación sería *innecesario* ni que MTD podía seguir adelante con su Proyecto sin modificar el PRMS”.¹⁸¹

211. Las Demandantes responden al desconcierto de Chile ante el reclamo por expropiación interpuesto por ellas señalando que, por definición, “hay expropiación indirecta cuando el Estado priva al inversionista del uso y goce de su inversión sin privarlo formalmente de su titularidad”¹⁸².

212. Las Demandantes también cuestionan la interpretación de *Metalclad* y *Biloune* que hace la Demandada: “MTD recibió autorización del Estado de Chile para efectuar una inversión destinada a desarrollar un Proyecto en Pirque, pero no pudo seguir adelante con el Proyecto porque el Estado le negó un permiso clave [...]. *Biloune no es un caso sobre el número de actos que un Estado debe realizar en contra de una inversión* [...]. Es el impacto general de la acción del Estado sobre la inversión lo que determina la existencia de una expropiación indirecta. En este caso, la negativa del Estado de Chile a otorgar el permiso clave para el desarrollo del Proyecto en Pirque frustró completamente el Proyecto y provocó una pérdida total del valor de la inversión de MTD”.¹⁸³

213. La Demandada impugna nuevamente en la Dúplica los argumentos sobre expropiación esgrimidos por las Demandantes e insiste en la falta de relevancia que tienen para este asunto los casos invocados por las Demandantes (*Middle East Cement, TECMED*), porque en este caso no se revocó ninguna licencia ni se denegó la renovación de ningún permiso: “MTD aún no ha logrado identificar ningún derecho de propiedad que

¹⁸¹ *Ibíd.*, párr. 118.

¹⁸² Réplica, párr. 123. Traducción del Tribunal.

¹⁸³ Réplica, nota de pie de página 35, página 58.

haya sido confiscado por Chile. Más aún, MTD ha admitido que ha sido judicialmente compelida a aceptar una oferta ‘aproximadamente equivalente a US\$ 10.069.206’ por sus acciones en EPSA, lo que difícilmente apoya su reclamación de que estas son ‘esencialmente sin valor’”.¹⁸⁴

214. Como ya se señaló, el Tribunal comparte el argumento de la Demandada de que un inversionista no tiene derecho a una modificación de las leyes del país receptor. Como sostuvo la Demandada, “todo Estado tiene la facultad de modificar cualquiera de sus leyes. El mero hecho de que Chile *pueda* cambiar el PRMS no significa, sin embargo, que Chile esté *obligado* a modificarlo”.¹⁸⁵ El tema que se examina en este caso no es la expropiación sino el trato injusto dispensado por el Estado al aprobar una inversión incompatible con su propia política. El inversionista no tenía derecho a la modificación del PRMS. No es un permiso lo que se le denegó, sino un cambio en una regulación. Se trataba de la política de la Demandada y de su derecho a no modificarla. Por la misma razón, fue injusto admitir la inversión en el país.

V. DAÑOS Y PERJUICIOS

215. Las Demandantes solicitan “una indemnización total por el daño que han sufrido como consecuencia de la violación de los tratados por parte del Estado de Chile, de manera que las Demandantes sean restituidas a la posición en la que habrían estado de no haber ocurrido tales violaciones”.¹⁸⁶ Ello implica la recuperación de: “(i) el costo total de

¹⁸⁴ Dúplica, párr. 142.

¹⁸⁵ Memorial de Contestación, párr. 144.

¹⁸⁶ Memorial, párr. 129

su inversión (menos cualquier valor restante), (ii) intereses compuestos anteriores al fallo a una tasa comercial razonable, y (iii) los costos y gastos asociados con este proceso”.¹⁸⁷

216. Chile alega que las Demandantes no han demostrado sus supuestas pérdidas, ni su relación causal con los presuntos incumplimientos y señala varios defectos fundamentales en el reclamo de las Demandantes. En primer lugar, las Demandantes no llevaron a cabo acciones destinadas a mitigar sus pérdidas, pues celebraron el Contrato de Promesa a pesar de que el Ministro Hermosilla les advirtiera, en la reunión del 6 de noviembre de 1996, que su proyecto enfrentaba serios obstáculos regulatorios; tampoco se protegieron de los riesgos que entrañaban esos obstáculos. La falta de acciones de las Demandantes tendientes a mitigar sus pérdidas es una causa de pérdidas no atribuibles a la República de Chile.¹⁸⁸

217. Chile sostiene que los gastos preparatorios incurridos hasta el 18 de marzo de 1997 (fecha de la firma del primer Contrato de Inversión Extranjera) no deberían ser recuperables. En cuanto a las demás pérdidas reclamadas, casi el 80% se produjo al transferir fondos a Chile entre el 19 de marzo de 1997 y la reunión celebrada con el ministro Hermosilla el 20 de mayo de 1997. Durante ese período, arquitectos, planificadores urbanos y funcionarios de gobierno advirtieron a MTD que el proyecto enfrentaba graves dificultades, y el señor Hermosilla reiteró la advertencia que había formulado anteriormente¹⁸⁹. Desde el 21 de mayo de 1997 hasta el 25 de septiembre de 1998, cuando el SEREMI confirmó que el Plan Seccional no podría ser utilizado para

¹⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 130.

¹⁸⁸ Memorial de Contestación, párr. 165.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 167.

modificar el PRMS, las Demandantes gastaron más de US\$ 1,4 millones: “cualquier inversionista razonable se habría planteado, hace tiempo, serias reservas respecto de la asignación de recursos adicionales a una inversión dudosa”.¹⁹⁰ Incluso después del 25 de septiembre de 1998, las Demandantes gastaron más de US \$3,2 millones en el Proyecto y luego se negaron a aprovechar la oportunidad de recuperar alrededor de la mitad de sus pérdidas, cuando rechazaron la oferta del señor Fontaine de comprarles las acciones de EPSA el 24 de noviembre del 2001.¹⁹¹

218. Chile también cuestiona si las propias Demandantes realmente tuvieron pérdidas: “La mayor parte de las supuestas pérdidas—incluyendo aportes de capital, servicio de la deuda, pago de salarios y varios otros gastos—se fundamentan en documentos relacionados con MTD Construction o MTD Capital”.¹⁹² Chile también considera que las Demandantes no han presentado pruebas sobre el destino del monto aportado a EPSA ni “explican si el uso de tales fondos constituye una pérdida recuperable”.¹⁹³

219. La Demandada alega que el reclamo de intereses y cargos por garantías bancarias vinculadas al préstamo utilizado para financiar la inversión carece de sustento jurídico. Se basa en la conclusión del tribunal en el caso *Middle East Cement*, el cual “rechazó los costos relacionados con un préstamo bancario hecho a la propia Demandante, ya que tales costos ‘son un riesgo comercial normal para la Demandante. Sólo pueden ser reclamados si se demuestra que fueron causados por una conducta del Demandado en violación al

¹⁹⁰ *Ibíd.*, párr. 168.

¹⁹¹ *Ibíd.*, párr. 169.

¹⁹² *Ibíd.*, párr. 172.

¹⁹³ *Ibíd.*, párr. 173 y Dúplica, párr. 153.

Acuerdo Bilateral de Inversiones’.¹⁹⁴ En el presente caso, las Demandantes no sólo no solicitaron el préstamo bancario, sino que además no pudieron demostrar cómo una ‘pérdida’ relacionada con el servicio de la deuda fue el resultado directo de acciones u omisiones por parte de la República de Chile. Las Demandantes no pudieron demostrar que sufrieron ningún tipo de pérdida relacionada con el servicio de la deuda’.¹⁹⁵

220. Chile cuestiona el derecho de las Demandantes a percibir intereses previos al laudo y sostiene que el “derecho internacional, como regla, no permite los intereses compuestos” y que, aun si el Tribunal llegara a la conclusión de que el interés compuesto está permitido, “debería entonces considerar las circunstancias del caso y no otorgar interés compuesto”.¹⁹⁶

221. En lo que respecta a la tasa de interés, Chile ofrece como alternativa el interés promedio en dólares denominado “*interés corriente*”,¹⁹⁷ aplicado a préstamos bancarios en dicho país, o bien el promedio anual de la tasa interbancaria de oferta de Londres (“LIBOR”), como soluciones más razonables que el 8% reclamado por las Demandantes.¹⁹⁸

222. Chile también alega que no queda claro cómo los gastos en concepto de “sueldos”, “viajes” o “ítems misceláneos” se relacionan con el Proyecto, ni por qué deberían ser de su responsabilidad.¹⁹⁹

¹⁹⁴ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. / República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, 12 de abril, párrs. 153-154.

¹⁹⁵ Memorial de Contestación, párr. 178.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, párr. 183.

¹⁹⁷ Tasa de interés establecida en la ley y aplicada por los tribunales de Chile.

¹⁹⁸ Memorial de Contestación, párr. 184.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, párrs. 179, 180 y 182.

223. La Demandada considera que las Demandantes subestiman ostensiblemente el valor presente de su inversión, particularmente el de las tierras, puesto que éstas, según la tasación del perito de las Demandantes, valen veinte veces menos que en el momento en que las adquirieron.²⁰⁰

224. La Demandada solicita que el Tribunal “ordene a las Demandantes pagar los gastos en que haya incurrido la República de Chile en conexión con este procedimiento, los honorarios y gastos incurridos por los miembros del Tribunal, y los costos por el uso de las dependencias del Centro, en su totalidad”.²⁰¹

225. Las Demandantes observan que la Demandada no refuta los criterios de compensación establecidos en el Memorial²⁰². Objetan la interpretación que hace la Demandada del laudo dictado en el caso *Mihaly* en relación con los gastos preparatorios. En ese caso, el tribunal estimó que “ciertos gastos preparatorios asumidos por el inversionista no llegaban a ser una ‘inversión’ a los efectos de la jurisdicción del CIADI, en circunstancias en que el Estado había dejado en claro que no tenía la intención de admitir ninguna inversión del demandante hasta que se celebrara un contrato de inversión vinculante”.²⁰³ En el presente caso, no se discute que se aprobó la inversión y se ejecutaron tres Contratos de Inversión Extranjera.

226. Las Demandantes comentan también, sobre la cuestión de la mitigación de los daños que, precisamente, “dado que la mayoría de los gastos de MTD están demostrados por su inversión inicial a principios de 1997, era razonable y consistente con la obligación

²⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 185-189.

²⁰¹ *Ibíd.*, párr. 191.

²⁰² Réplica, párr. 127.

²⁰³ *Ibíd.*, párr. 130.

de MTD de mitigar los daños que MTD siguiera tratando de obtener las autorizaciones del Gobierno aun cuando quedó en evidencia que los funcionarios del Gobierno se oponían al Proyecto”.²⁰⁴ En cuanto a su negativa a aceptar la oferta de compra total del señor Fontaine, las Demandantes sostienen que la oferta en cuestión era ilusoria debido a las condiciones de pago. En ninguna de las opciones de pago ofrecidas por el señor Fontaine hubieran podido las Demandantes liquidar su participación en EPSA.²⁰⁵

227. Las Demandantes reafirman que MTD Equity y MTD Chile realizaron directamente la inversión inicial con fondos suministrados a MTD Equity por MTD Capital: “Contrariamente a lo que afirma la Demandada, MTD Equity asumió directamente todos los otros gastos relacionados con el Proyecto, ya fuera directamente, por medio de MTD Construction, subsidiaria que le pertenece en su totalidad, o asumiendo obligaciones con su casa matriz, MTD Capital, para pagar gastos de MTD Equity que MTD Capital hizo”²⁰⁶.

228. Las Demandantes afirman que el servicio de la deuda y las comisiones por la garantía bancaria que ellas reclaman como parte de los daños están “directamente relacionados con las acciones del Estado de Chile que destruyeron el valor de la inversión de MTD y negaron a MTD toda oportunidad de recuperar sus costos y tener alguna rentabilidad por su capital. Debido a que la conducta de la Demandada violó sus obligaciones hacia MTD según el Tratado, estos pagos se encuadran directamente en la excepción que el tribunal arbitral de *Middle East Cement* estableció para los costos de

²⁰⁴ *Ibíd.*, párr. 131.

²⁰⁵ *Ibíd.*, párrs. 132-135.

²⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 139. Traducción del Tribunal.

riesgo comercial sufridos como consecuencia directa de la conducta impropia del Estado”.²⁰⁷

229. Las Demandantes alegan que el interés compuesto no es injusto ni inapropiado en las circunstancias de este caso, puesto que “el Estado de Chile no puede escapar del hecho de que autorizó la solicitud de inversión de MTD para un Proyecto en Pirque y luego frustró esa inversión. El hecho de que MTD sea dueña del predio no disminuye sus pérdidas. En contraste con el dueño del predio en el caso de *Santa Elena*, quien ‘podía usar y explotar la propiedad en alguna medida’, MTD no ha podido usar su inversión en el predio perteneciente a EPSA para *ningún tipo* de actividad rentable”²⁰⁸.

230. En lo atinente a la tasa de interés aplicable para calcular los intereses previos al laudo, las Demandantes recuerdan que la controversia no se rige por la ley chilena y, por lo tanto, el *interés corriente* empleado por los tribunales chilenos es improcedente. De manera análoga, es inapropiado aplicar la tasa LIBOR, ya que ellas invierten sus dólares en los mercados malasio y “[c]omo mínimo, deberían adjudicarse a MTD US\$ 8,782 millones en intereses simples a la tasa solicitada por ella de un 8 por ciento”.²⁰⁹ Las Demandantes tampoco encuentran mérito alguno en “el argumento esgrimido por Chile de que el ‘valor implícito (*constructive value*)’ de la participación de MTD del 51 por ciento de EPSA debería ser de US\$ 12,8 millones, el cual se basa en una estimación altamente inflada de los valores de los terrenos y en el rechazo de la mayoría de los gastos de inversión de MTD”²¹⁰. Traducción del Tribunal.

²⁰⁷ *Ibíd.*, párr. 148.

²⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 157.

²⁰⁹ *Ibíd.*, párr. 158.

²¹⁰ *Ibíd.*, párr. 159.

231. Las Demandantes impugnan la tasación actual de las tierras, que consta en el informe del señor Sánchez que la Demandada encargó. Alegan que el informe del señor Sánchez se basa en datos de tasaciones de terrenos que no son comparables a los terrenos pertenecientes a EPSA. En particular, “el señor Sánchez se basa en valores de terrenos que, según él mismo reconoció, se vieron afectados por las especulaciones sobre la Modificación N° 48 en curso, que permitiría desarrollos urbanos en Pirque”.²¹¹ Las Demandantes argumentan que “al basarse en precios que pueden reflejar especulaciones sobre potenciales oportunidades de desarrollo urbano, si la Modificación N° 48 entra en vigor, la Demandada está tratando, de un modo no permitido, de capitalizar los efectos de sus propias acciones sobre los valores del mercado. Habiendo negado a MTD la posibilidad de desarrollar su Proyecto aduciendo que no se permitían desarrollos urbanos, no puede ahora adoptar medidas que incentiven un aumento especulativo de los precios y de este modo reducir la indemnización de MTD”.²¹² Las Demandantes alegan que “la evaluación de PIX,²¹³ que tasa el terreno en US\$ 1,27 millones, es una medición más confiable del impacto de la negativa del Estado de Chile a autorizar desarrollos urbanos en estos predios”.²¹⁴

232. Las Demandantes consideran erróneo el argumento de que MTD pagó demasiado por las acciones de EPSA basándose en los valores que los terrenos tenían en 1996: “Para empezar, MTD no compró simplemente terrenos; compró acciones en un *joint-venture* dedicado al desarrollo de un negocio. El análisis de Palma Kitzing²¹⁵ de 1996 se basó en

²¹¹ *Ibíd.*, párr. 162.

²¹² *Ibíd.*, párr. 163.

²¹³ Encomendada por las Demandantes.

²¹⁴ Réplica, párr. 163.

²¹⁵ Por encargo de Banco Sud Americano.

la tasación de los activos que se usarían en esa empresa, no en los valores del terreno simplemente y supuso, que el Proyecto se construiría. Irónicamente, la misma Demandada presentó (para fines muy distintos) el Informe de URBE de 1995, que estimaba el valor de los terrenos para fines de inversión en 1995 y 1996 en más de US\$ 25 millones”.²¹⁶ En cualquier caso, “basarse en el análisis *post hoc* del informe del señor Sánchez para evaluar el valor de los terrenos en 1996 sería incompatible con la práctica seguida por otros tribunales internacionales que han rechazado tasaciones que no fueron efectuadas en la fecha en que el inversionista fue perjudicado”.²¹⁷

233. En cuanto a los costos relacionados con este procedimiento, las Demandantes estiman que la Demandada debería pagar en su totalidad los costos de las Demandantes, ya que las acciones indebidas de la Demandada fueron las que provocaron las cuantiosas pérdidas de la inversión de MTD.²¹⁸

234. En la Dúplica, la Demandada cuestiona el reclamo adicional de US\$ 3,2 millones en concepto de intereses correspondientes a la “demora provocada por la solicitud de Chile de prorrogar la presentación de su Memorial de Contestación”.²¹⁹ La Demandada argumenta que “el Tribunal resolvió [...] que, por aplicación de las Reglas 10 y 12 de las Reglas de Arbitraje, la ‘suspensión’ comprendía todos los asuntos relacionados con el procedimiento, incluyendo los plazos y las actuaciones del Tribunal. Por tal razón, la suma de US\$ 3,2 millones en intereses, que las Demandantes atribuyen al Estado, debe

²¹⁶ Réplica., párr. 164.

²¹⁷ *Ibíd.*, párr. 166.

²¹⁸ *Ibíd.*, párr. 169.

²¹⁹ *Ibíd.*, párr. 147.

rechazarse, por cuanto el procedimiento estuvo suspendido para ‘todos los asuntos relacionados con el procedimiento’”.²²⁰

235. La Demandada también señala: i) que las Demandantes tienen derecho a ser indemnizadas por su socio, el señor Fontaine, por el monto que él les ofreció por la compra de las acciones de EPSA que las Demandantes tienen, y ii) que la preocupación de las Demandantes acerca de las dificultades económicas y los problemas de insolvencia de su socio carecen de toda relevancia. La suma ofrecida por el señor Fontaine junto con sus intereses desde el día 24 de noviembre del 2001, la fecha en que el señor Fontaine efectuó su oferta, deben deducirse del monto reclamado por las Demandantes.²²¹

236. La Demandada aclara que en el informe de URBE no se tasaron los terrenos y que en ese informe sólo se calculó el valor del proyecto menos los costos, incluido el costo de los terrenos, hecho que MTD omitió mencionar. En cambio, el señor Sánchez tasó las 600 hectáreas de El Principal y no el valor presente del proyecto, por lo que la comparación entre las dos tasaciones resulta “engañosa e inexacta”.²²² La Demandada también considera que MTD no ha probado el destino de los US\$ 8,4 millones aportados a EPSA.²²³

237. El Tribunal abordará las siguientes cuestiones relativas a daños y perjuicios que surgen de los alegatos de las partes:

- i) Gastos admisibles para el cálculo de daños y perjuicios;

²²⁰ Dúplica, párr. 147.

²²¹ *Ibíd.*, párr. 150-151.

²²² *Ibíd.*, párr. 176-177.

²²³ *Ibíd.*, párr. 183.

- ii) Daños y perjuicios imputables al riesgo empresarial;
- iii) Fecha a partir de la cual se devengarán intereses y
- iv) Tasa de interés aplicable.

238. El Tribunal observa, en primer lugar, que el TBI establece el criterio de compensación aplicable a las expropiaciones: deberá ser “pronta, adecuada y efectiva” (inciso c) del Artículo 4). No estipula, sin embargo, cuál debe ser ese estándar en el caso de indemnizaciones por otras violaciones del TBI. Las Demandantes han propuesto el criterio clásico enunciado por la Corte Permanente de Justicia en *Factory at Chorzów*: la compensación debe “borrar todas las consecuencias de la acción ilícita y reestablecer la situación que, con toda probabilidad, hubiera existido de no cometerse esa acción”.²²⁴ La Demandada no ha objetado la aplicación de este criterio y no ha hecho diferenciación alguna respecto de las características de la compensación en función de los hechos que la justifican. Por lo tanto, el Tribunal aplicará el criterio de compensación propuesto por las Demandantes para calcular el monto de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

1. Gastos admisibles

239. El Tribunal considera que las Demandantes han demostrado que los gastos referentes al Proyecto fueron efectuados por ellas o en su nombre y que se destinaron a la inversión en Chile.

²²⁴ Citado en la Réplica, párr. 127.

240. El Tribunal considera admisibles para el cálculo del monto de los daños y perjuicios los siguientes gastos:

i. Gastos relacionados con la inversión inicial, por valor de US\$ 17.345.400,00.

ii. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad de Chile se relaciona con la aprobación de la transferencia de fondos hecha por el CIE, a pesar de que el Gobierno tenía la política de no modificar el PRMS. Por lo tanto, el Tribunal considera que los gastos para el Proyecto efectuados con anterioridad a la ejecución del primer Contrato de Inversión Extranjera el 18 de marzo de 1997 no son admisibles para el cálculo de los daños, aunque se pudieran considerar parte de la inversión. Por la misma razón, los gastos realizados con posterioridad al 4 de noviembre de 1998 — la fecha en que el Ministro Henríquez informó por escrito a las Demandantes que el PRMS no se modificaría— también deben excluirse de dicho cálculo. El monto total de los gastos efectuados durante ese período en concepto de salarios, viajes, servicios legales y partidas varias, detallados en el Documento 93A presentado junto con la Réplica asciende a US\$ 235.605,37.

iii. El Tribunal considera que los costos financieros relacionados con la inversión realizada forman parte de una decisión empresarial sobre la forma de financiar la inversión. Como afirmó el tribunal en *Middle East Cement* y señalaron las partes en sus alegatos: “Podrían reclamarse si se demostrara que derivaron de una conducta de la Demandada que hubiera infringido el TBI”.²²⁵ Como el Tribunal

²²⁵ Supra nota 182, párr. 154.

llegó a la conclusión de que Chile violó su obligación de dar a la inversión de las Demandantes un trato justo y equitativo y que ese trato está vinculado con la decisión de las Demandantes de invertir en Chile, el Tribunal considera que los costos financieros relacionados con la inversión por valor de US\$ 3.888.582,95 forman parte de los gastos admisibles para el cálculo de daños y perjuicios.

241. La suma de los gastos admisibles mencionados más arriba asciende a US\$ 21.469.588,32. No obstante, de este monto deben deducirse el valor residual de la inversión y los daños y perjuicios atribuibles al riesgo empresarial. El Tribunal procederá ahora a examinar estas cuestiones.

2. Daños y perjuicios imputables al riesgo empresarial. Valor residual de la inversión

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

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

244. El señor Fontaine ha ofrecido US\$ 10.069.206 por las acciones de MTD en EPSA. Conforme a lo convenido en su acuerdo de accionistas con el señor Fontaine y lo decidido por un tribunal arbitral y confirmado por los tribunales chilenos, las Demandantes están obligadas a aceptar esa oferta o a comprar todas las acciones del señor Fontaine. Por esta razón, el Tribunal considera que el precio ofrecido por el señor Fontaine por las acciones de EPSA que tienen las Demandantes constituye el valor residual de la inversión. Puesto que sólo una parte de la oferta es en efectivo, el valor residual presente, en efectivo, es de US\$ 9.726.943,48.²²⁶

245. El Tribunal observa que las Demandantes no habían aceptado la oferta del señor Fontaine porque no era una oferta de pagar en efectivo el monto total y les inquietaba la incierta situación financiera de su socio. Esas cuestiones carecen de importancia para este Tribunal, puesto que son las Demandantes quienes deben asumir el riesgo de haber escogido como socio al señor Fontaine. Chile no participó en su selección, ni tampoco se ha alegado que las dificultades financieras del señor Fontaine deban serle atribuidas a Chile. Las propias Demandantes han manifestado que estuvieron en todo momento al tanto de esas dificultades. Este es un riesgo empresarial que deben asumir los inversionistas.

²²⁶ A los fines de este cálculo, el Tribunal ha utilizado la tasa *swap* a dos años para dólares de Estados Unidos del 6 de mayo de 2004 para un *swap* a dos años que tenga efecto el 21 de mayo de 2004 publicada por *Bloomberg*. Esta tasa *swap* representa una tasa de interés a la que se pueden descontar flujos semi-anales hasta el vencimiento del *swap*. No hay tasa LIBOR para vencimientos a más de un año.

246. Para concluir, las Demandantes deben asumir el riesgo inherente a la oferta del señor Fontaine y el 50% de los daños y perjuicios, una vez deducido el valor presente de dicha oferta del monto total calculado en la Sección 1 anterior.

3. Fecha a partir de la cual deberían devengarse intereses previos al laudo

247. El Tribunal considera que el monto de los daños y perjuicios por los cuales Chile es responsable debe devengar intereses a partir del 5 de noviembre de 1998, el día siguiente a la fecha en que el Ministro Henríquez notificó a las Demandantes que la modificación del PRMS era incompatible con la política de su Gobierno.

248. Las Demandantes en su Réplica aumentaron el monto de su reclamación con los intereses devengados durante la prórroga concedida por el Tribunal a la Demandada para que presentara el Memorial de Contestación. Chile ha argumentado que esos intereses adicionales no deben ser otorgados porque la suspensión fue para todas “la cuestiones relacionadas con el procedimiento”.²²⁷ El Tribunal ha adjudicado intereses desde el 5 de noviembre de 1998 por las razones aducidas anteriormente y considera que la extensión del plazo para la presentación del Memorial de Contestación no tiene relevancia a este efecto.

4. Tasa de interés aplicable

249. Las Demandantes han solicitado que este Tribunal aplique una tasa de interés compuesto del 8% anual. La Demandada ha propuesto la tasa de interés anual en dólares que se aplica en Chile o el promedio anual de la tasa LIBOR. La Demandada ha objetado

²²⁷ Memorial de Contestación, párr. 147

la aplicación de una tasa de interés compuesto alegando que no está en consonancia con el derecho internacional.

250. Puesto que este es un tribunal internacional que evalúa daños y perjuicios con arreglo a un tratado bilateral de inversión, en una moneda de intercambio internacional, a una transacción internacional, parecería estar acorde con la naturaleza de la controversia aplicar la tasa LIBOR en efecto el 5 de noviembre de cada año a partir del 5 de noviembre de 1998 y hasta el pago de los daños y perjuicios otorgados. Según las tasas publicadas diariamente por Bloomberg, las tasas LIBOR anuales correspondientes al 5 de noviembre de cada año desde 1998 son las siguientes: i) 5,03813% en 1998, ii) 6,16 % en 1999, iii) 6,71625 % en 2000, (iv) 2,24625 el 2001, (v) 1,62% en 2002, y (vi) 1,4925% en 2003. on November 5 of each year since November 5, 1998 until payment of the awarded amount of damages

251. El Tribunal considera que el interés compuesto es más acorde con la realidad de las transacciones financieras y es una aproximación mejor al valor de la pérdida efectivamente sufrida por un inversionista. Como manifestó el tribunal en *Santa Elena*: “Cuando un dueño de una propiedad en un momento anterior ha perdido el valor de su activo pero no ha recibido el equivalente monetario que en ese momento debió pagársele, el monto de la indemnización debe reflejar, al menos en parte, el monto adicional que su dinero habría ganado si ese monto, y el ingreso generado por él hubieran sido reinvertidos cada año a las tasas de interés generalmente imperantes”.²²⁸

VI. COSTAS

²²⁸ *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo definitivo, 17 de febrero del 2000, párr. 104. Traducción de las Demandantes, párrafo 145 del Memorial.

252. Teniendo en cuenta que ninguna de las partes ha triunfado plenamente, el Tribunal decide que cada una de ellas debe sufragar los gastos y honorarios en que incurrió en relación con este proceso y el 50% de los gastos y honorarios del CIADI y del Tribunal.

VII. DECISIÓN

253. Por las razones antes expuestas, el Tribunal resuelve unánimemente que:

1. La Demandada ha violado las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1 del Artículo 3 del TBI.

2. Las Demandantes no se protegieron de los riesgos empresariales inherentes a su inversión en Chile.

3. La Demandada pagará a las Demandantes la suma de US\$ 5.871,322,42.

4. La Demandada pagará intereses compuestos sobre esa suma a partir del 5 de noviembre de 1998 y determinados en la forma dispuesta en los párrafos 249-251 hasta que ese monto se haya cancelado totalmente.

5. Cada parte sufragará la totalidad de los gastos y honorarios en que incurrió en relación con este proceso.

6. Las partes sufragarán por mitades los honorarios y gastos del CIADI y del Tribunal.

7. Todas las demás reclamaciones presentadas en este arbitraje se consideran desestimadas.

Hecho en Washington, D.C., en español y en inglés, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

Andrés Rigo Sureda
Presidente del Tribunal
Fecha:

Marc Lalonde
Árbitro
Fecha:

Rodrigo Oreamuno Blanco
Árbitro
Fecha: