



Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile

Chile

Mereminskaya, Elina

NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Revista de Derecho (Valdivia), vol. XVIII, núm. 1, julio, 2005, pp. 145-170

Universidad Austral de Chile

Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173713782006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica





Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



## Revista de derecho (Valdivia)

ISSN 0718-0950 *versión on-line*

-  Como citar este artículo
-  Agregar a favoritos
-  Enviar a e-mail
-  Imprimir HTML

Rev. derecho (Valdivia) v.18 n.1 Valdivia jul. 2005

Revista de Derecho, Vol. XVIII N° 1, julio 2005, pp. 145-170

### INVESTIGACIONES

## NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

### *Nationality of legal persons in international law*

**Elina Mereminskaya\***

\* Doctora en Derecho, Profesora del Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Chile, [emeremin@derecho.uchile.cl](mailto:emeremin@derecho.uchile.cl)

### Resumen

*El presente artículo aborda el desarrollo conceptual que ha tenido la nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho de protección de las inversiones extranjeras. La base del análisis está constituida por los tratados y jurisprudencia arbitral internacional. Como resultado de esta investigación, surge un concepto funcional de la nacionalidad de las sociedades, cuyo alcance concreto se determina a la luz de los objetivos del régimen regulatorio de las inversiones transfronterizas.*

## NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES - INVERSIÓN EXTRANJERA - CIADI

**Abstract**

*The aim of this article is to analyse the development of the notion of nationality regarding legal persons (companies, commercial entities, etc.) in foreign investment laws. The author reviews international treaties and arbitral decisions concerning the subject. A functional notion of nationality can be drawn from this analysis. The reach of the notion shall be determined in light of the purposes of the foreign investment regulatory scheme.*

## NATIONALITY OF LEGAL PERSONS-FOREIGN INVESTMENT - ICSID

**INTRODUCCIÓN**

El presente artículo retoma el tema de la nacionalidad de las personas jurídicas, en un momento en que ya no se cuestiona la viabilidad de relacionar la construcción jurídica 'nacionalidad' con las sociedades.<sup>1</sup> Por ello buscamos dar cuenta de los criterios por los cuales se determina actualmente la nacionalidad de una persona jurídica, centrando nuestro interés en el ámbito del derecho internacional. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se define la nacionalidad de una sociedad en atención a su lugar de constitución. En este contexto, se estima que una persona jurídica constituida en Chile debe ser considerada nacional, dado que es el Estado chileno quien, a través de su autorización, facilita la creación de una nueva entidad. Dicho concepto se opone al de la sede social como criterio relevante para definir la nacionalidad de las sociedades.<sup>2</sup> En cambio, la nacionalidad de la sociedad, por regla general, no depende de la nacionalidad de sus socios. Ello se fundamenta en la estricta separación de la sociedad con quienes la constituyen.<sup>3</sup> Sin embargo, en casos excepcionales, se recurre a la llamada técnica del levantamiento del velo societario, para mirar la conducta de las personas que están detrás de esta construcción jurídica.<sup>4</sup>

La nacionalidad de las personas jurídicas tradicionalmente ha sido relevante para los efectos de la protección diplomática que un Estado les puede prestar a sus nacionales. Pero al plantearse el tema ante la Corte Internacional de Justicia no se logró elaborar un concepto operativo (I). La nacionalidad de las personas jurídicas viene adquiriendo una relevancia cada vez mayor en el actual escenario de apertura económica que vive la comunidad internacional. El desarrollo normativo en el ámbito del derecho internacional, especialmente, en materia de las inversiones extranjeras, ofrece nuevos antecedentes relevantes para juzgar acerca del tema. Dentro de éstos destaca el llamado Convenio de Washington del año 1965 (II), los Acuerdos de Protección y Promoción de Inversiones (III) y los Tratados de Libre Comercio, especialmente aquellos suscritos por Chile (IV). Los distintos regímenes que establecen cada uno de estos instrumentos se encuentran interrelacionados y los resultados alcanzados en un sector pueden extenderse a otro (V). Finalmente, la nacionalidad de las personas jurídicas aparece como un concepto funcional y los criterios en los que se basa deberían definirse en conformidad con el espíritu y los objetivos del conjunto normativo en cuestión (VI).

**I. NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

La nacionalidad de las personas jurídicas en el campo del derecho internacional tradicionalmente se ha analizado a la luz de dos casos emblemáticos resueltos por la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En el primero, conocido como *Barcelona Traction* (1970), Bélgica pretendía ejercer protección diplomática de sus nacionales, accionistas de una sociedad anónima constituida en Canadá. Dicha sociedad alegaba haber sufrido perjuicios a

causa de ciertas medidas expropiatorias, dirigidas contra su subsidiaria española. La Corte decidió que Bélgica carecía de *jus standi*, dado que la perjudicada por tales medidas era una compañía nacional de otro Estado, es decir, canadiense.<sup>5</sup> El fallo de la CIJ se basó, en parte, en el principio de separación tajante entre la personalidad jurídica de una compañía con respecto a la de sus socios. Ello implica que los accionistas sólo pueden reclamar indemnización por daños derivados de las violaciones de sus derechos que les correspondan en su calidad de socios. Se les niega la indemnización por perjuicios que pudieran haber sufrido indirectamente, como propietarios de la sociedad afectada.<sup>6</sup> Esta solución ha sido interpretada como un claro rechazo del criterio de nacionalidad de los socios como fundamento para definir la nacionalidad de la persona jurídica. En cambio, permitió concluir que la nacionalidad de las sociedades depende del lugar de su constitución.<sup>7</sup>

El segundo caso, conocido como *Electronica Sicula (ELSI)*, se había planteado a raíz de la expropiación por parte de las autoridades italianas de una sociedad constituida bajo las leyes de ese país, pero cuyas acciones pertenecían en un 100% a una compañía estadounidense.<sup>8</sup> En este caso, resultaba aplicable el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación y un Protocolo Suplementario suscrito entre las partes. La CIJ rechazó la demanda de EE.UU., pero no declinó su jurisdicción, no obstante tratarse de una empresa local. Lo anterior pudo haber significado que la Corte, para determinar la nacionalidad de la sociedad, se habría inclinado a favor del criterio del control, dejando de lado el de la constitución de la sociedad. Sin embargo, la nacionalidad de *ELSI* no se consideró como un tema relevante para la resolución de esta controversia. La decisión de la CIJ se fundamentó en cuestiones más bien de facto que jurídicas.<sup>9</sup> La falta de una referencia más explícita al tema de la nacionalidad en el fallo provocó que un juez de la CIJ emitiera un voto concurrente en el que, aunque consentía con la sentencia, disenta de sus fundamentos. En este voto se retomaban los argumentos de *Barcelona Traction* y se sostenía que el tenor literal del Tratado aplicable al caso no permitía extender la protección a *ELSI* de la forma que planteaba el fallo.<sup>10</sup> Al mismo tiempo, otro juez de la CIJ votó en contra de la sentencia. En su argumentación destacó la injusticia en que caía la Corte al negar a los inversionistas la protección ante los perjuicios que habían sufrido indirectamente, con lo cual se afectaba el objetivo de promoción de las inversiones consagrado en el Tratado.<sup>11</sup>

Sin embargo, la relevancia de esta jurisprudencia debería considerarse tan sólo como marginal para los efectos de un análisis contemporáneo del tema que nos convoca: Con posterioridad al momento en que fue dictada empieza a consolidarse un nuevo marco regulatorio de las inversiones internacionales. Su pilar fundamental es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado en 1965 por el llamado Convenio de Washington. Su actividad se ha visto acompañada por la proliferación de Acuerdos de Promoción y Protección de las Inversiones (APPI) y, más recientemente, de Tratados de Libre Comercio (TLC) que incluyen normas sobre las inversiones. Estos instrumentos ofrecen hoy en día antecedentes relevantes para discutir la nacionalidad de las personas jurídicas, desde la perspectiva del derecho internacional.<sup>12</sup> Estos tratados están encaminados a superar el esquema de protección restrictiva de los derechos de los inversionistas, el que había surgido del criticado caso *Barcelona Traction*.<sup>13</sup> Por su parte, el tema de la protección diplomática pasó paulatinamente a segundo plano, por lo menos en lo que se refiere a la protección de las personas jurídicas.<sup>14</sup> En palabras de un tribunal arbitral internacional: "To some extent, diplomatic protection is intervening as a residual mechanism to be resorted to in the absence of other arrangements recognizing the direct right of action by individuals. It is precisely this kind of arrangement that has come to prevail under international law, particularly in respect of foreign investments, the paramount example being that of the 1965 Convention".<sup>15</sup>

## II. EL CONVENIO DE WASHINGTON

A través del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados, fue establecido el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

Relativas a Inversiones (CIADI), bajo el auspicio del Banco Mundial, institución que se había dedicado previamente, de manera informal, a la resolución de este tipo de controversias.<sup>16</sup> Para que el Centro conozca de una controversia, ésta debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) que la disputa surja directamente de una inversión; (ii) que la disputa se plantee entre el Estado receptor de la inversión y un nacional de otro Estado, siendo ambos países signatarios del Convenio, y (iii) que las partes hayan consentido a someter el arbitraje al tribunal del CIADI (art. 25.1 del Convenio).

Lo anterior deja de manifiesto que el concepto de nacionalidad juega un rol importante a la hora de determinar la jurisdicción del Centro. Sin embargo, el Convenio no contiene una definición explícita de la nacionalidad de las personas jurídicas.

Únicamente se exige, en el art. 25.2.b, que la persona jurídica 'tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia'. La búsqueda del significado de ese concepto, necesariamente nos obliga a atender a los propósitos del CIADI. En otras palabras, puesto que este precepto tiene por objeto indicar "los límites dentro de los cuales se pueden someter las diferencias a conciliación o arbitraje bajo los auspicios del Centro, los autores del Convenio han considerado preferible otorgar a las partes 'amplias facultades' para que ellas lleguen a un acuerdo respecto del significado del término nacionalidad. Por lo anterior, se debe aceptar toda definición de nacionalidad basada en un criterio razonable".<sup>17</sup>

En general, como criterio decisivo, para el Centro ha servido el lugar de constitución de la persona jurídica o el de su incorporación, que suele coincidir con el criterio de la sede social.<sup>18</sup> Asimismo, se estima admisible un acuerdo celebrado entre el Estado receptor y el inversionista con miras a definir la nacionalidad, el cual resulta particularmente relevante si la aplicación de distintos criterios lleva a resultados diferentes. No obstante, la validez de este acuerdo dependerá de las circunstancias de hecho, ya que no podrá ser consagrada una nacionalidad ficticia del inversionista que no se base en ninguno de los factores reales.<sup>19</sup>

La interpretación sistemática del precepto anterior impide definir, en forma genérica, la nacionalidad de las personas jurídicas de conformidad con la nacionalidad de sus socios. Ello debido a que el art. 25.2.b *in fine* establece que puede ser tratada como extranjera una persona jurídica constituida en el territorio nacional, si 'las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometida a control extranjero'.<sup>20</sup> El tenor literal de la norma permite concluir que se trata de una situación excepcional. Para que esta excepción produzca efectos jurídicos, se requiere, primero, que el control extranjero sea un hecho real y, segundo, que el Estado receptor haya expresado su consentimiento de brindar a tal sociedad local un trato que correspondería a las extranjeras. Los tribunales arbitrales han sostenido que dicho acuerdo puede ser implícito y puede expresarse, por ejemplo, en que el Estado receptor acepte el arbitraje del CIADI, el cual, reconocidamente, constituye un foro para dirimir controversias con extranjeros.<sup>21</sup> En otras palabras, el Convenio de Washington contempla una alteración del criterio de la constitución de la sociedad, favoreciendo el criterio del control sobre la empresa, como el elemento de mayor relevancia para determinar su nacionalidad.

En la práctica reciente del CIADI, se han presentado casos que requerían decidir acerca de la posibilidad de tratar a una sociedad local como extranjera.<sup>22</sup> Estos casos no deben ser confundidos con aquellos que involucran a sociedades locales en las que los inversionistas extranjeros poseen tan sólo participaciones minoritarias y no ejercen control. Los tribunales del CIADI han reiterado que tales accionistas sí gozan de protección en virtud de los tratados internacionales. Éstos, además de garantizar la protección al inversionista extranjero, se extienden también a su inversión. Por su parte, la definición de inversión abarca, asimismo, la participación en el capital de una persona jurídica local.<sup>23</sup> Aunque esta práctica arbitral tenga consecuencias muy profundas para el régimen legal de protección de inversiones, su análisis más detallado desbordaría los límites del presente estudio, dado que no incide en la definición del concepto de la nacionalidad de las sociedades.

Retomando el análisis del Convenio de Washington -en cuanto permite determinar la nacionalidad de una sociedad según la nacionalidad de la persona que ejerce control sobre ella- vale subrayar que dicho instrumento no define el concepto de control extranjero. Ante esta ausencia, debería estarse a los criterios de control comúnmente desarrollados. Por ello, el primer elemento a considerar es la participación mayoritaria, absoluta o relativa, en el capital de la persona jurídica, por parte de los socios extranjeros y su posibilidad de influir en la administración de la sociedad. Se observa que los tribunales del CIADI tienden a seguir con el examen del posible control extranjero hasta encontrarlo en manos de nacionales de un país signatario del Convenio, en esa etapa finaliza la búsqueda.<sup>24</sup> En tal contexto, cabe preguntarse si el Centro tendrá jurisdicción cuando el control empresarial lo ejerce en última instancia una compañía que no tenga nacionalidad de un país signatario del Convenio. Responder a esta interrogante, permitiría aclarar el concepto de control que subyace al régimen de protección de las inversiones en el ámbito internacional, en cuanto a si se trata o no de un control *efectivo*.

El problema fue debatido en el caso *Autopista Concesionada de Venezuela (Autocoven), C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Dicha controversia surgió a raíz de una inversión efectuada por una empresa mexicana que constituyó en territorio venezolano una empresa, Autocoven, con el fin de operar como concesionaria para la construcción y atención de autopistas. México no es parte del Convenio de Washington, por lo cual las partes acordaron someter sus eventuales controversias a un arbitraje interno. Al mismo tiempo pactaron que "si el accionista o accionistas mayoritario(s) de la concesionaria llegara(n) a ser nacional(es) de un país en el que se encuentra vigente el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", procedería el arbitraje del CIADI. Asimismo, acordaron "atribuirle a la concesionaria una persona jurídica venezolana sometida a control extranjero (...), el carácter de 'Nacional de otro Estado Contratante' para todos los fines de la aplicación de esta Cláusula y de las disposiciones del Convenio".<sup>25</sup> Posteriormente, el inversionista mexicano, con aprobación del Gobierno venezolano, transfirió el 75% de las acciones de Autocoven a una sociedad que era su subsidiaria que se había constituido y operaba en Florida. Al surgir la controversia entre Autocoven y Venezuela, y siendo EE.UU. un Estado parte del Convenio de Washington, la empresa acudió al CIADI.

Venezuela se oponía a la jurisdicción del CIADI e invocaba a favor de su postura que el art. 25.2.b se refería al control extranjero *efectivo*.<sup>26</sup> Sostenía que la participación mayoritaria de la empresa estadounidense había sido una mera formalidad, ya que el control efectivo lo seguía ejerciendo la matriz mexicana. Aunque el tribunal se mostró de acuerdo con que no son los criterios formales, sino aquellos económicos, los que mejor reflejan la realidad, finalmente rechazó la interpretación propuesta por Venezuela.<sup>27</sup> Explicó que el art. 25, en lugar de restringir los criterios aplicables, deja abierta su determinación a través de la decisión autónoma de las partes.<sup>28</sup> Éstas habían definido el control extranjero en virtud de la participación mayoritaria en el capital, sin haber especificado el carácter efectivo del control. El tribunal, asimismo, señaló que el lugar de constitución de la persona jurídica era el criterio decisivo para determinar su nacionalidad.<sup>29</sup> Paralelamente indicó que no contaba con antecedentes para 'levantar el velo societario' de la empresa estadounidense y declararla mexicana para los efectos del pleito. Esto, debido a que no se trataba de una sociedad ficticia con la cual se buscara cometer un fraude a la ley o un abuso de derecho. En cambio, era una sociedad de larga trayectoria empresarial tanto en el mercado de EE.UU. como a nivel internacional.<sup>30</sup>

En resumen, la solución del tribunal se basó, primordialmente, en la interpretación de la cláusula contractual convenida por las partes, evaluada a la luz de los límites establecidos por el art. 25.2.b. y declarada admisible dentro de este marco. Una conclusión fundamental que surge de este caso consiste en que sólo procede recurrir al levantamiento del velo societario para ampliar el ámbito de protección de los inversionistas extranjeros y no para restringirlo, a menos que usar el criterio de constitución significara amparar una conducta abusiva o



fraudulenta.<sup>31</sup>

Por su parte, la conclusión que se desprende del caso *Autocoven* ha sido puesta en tela de juicio en el marco de otra controversia planteada ante el CIADI, a saber, *Tokios Tokel-s v. Ukraine*. En dicha ocasión, la solicitud de arbitraje fue presentada por una sociedad lituana que había constituido una empresa subsidiaria en Ucrania, manteniendo el 100% de las acciones de esta última en su poder. La demandante se basaba en el APPI suscrito entre los dos países e invocaba múltiples violaciones a los derechos del inversionista. Tales violaciones se expresaban en diversas actuaciones hostiles por parte de las autoridades del Estado receptor, y que ella atribuía a una persecución de carácter político.<sup>32</sup>

Lo particular del caso se explica por el hecho de que el 99% del capital de la sociedad lituana se encontraba en manos de nacionales ucranianos, lo que a juicio de este país inhabilitaba al CIADI para conocer del caso, tanto en virtud del art. 25.1 como según lo que establecía el citado APPI. Este último consagraba que la nacionalidad de las personas jurídicas dependía del lugar de su constitución. Asimismo, contemplaba la posibilidad de extender el ámbito de aplicación del APPI a sociedades constituidas en un tercer país, pero controladas por nacionales de los Estados partes. En otras palabras, recurría a la técnica del levantamiento del velo societario y determinaba la nacionalidad de las personas jurídicas conforme al criterio del control.

Ucrania sostenía que este precepto debía interpretarse no sólo para ampliar el ámbito de aplicación del APPI, sino que también para reducirlo,<sup>33</sup> ya que la norma reflejaba un principio general de primacía del criterio económico por sobre uno formal.<sup>34</sup> Sin embargo, el tribunal rechazó los argumentos de Ucrania, afirmando que el art. 25.2.b del Convenio de Washington no se aplicaba para restringir la jurisdicción del Centro.<sup>35</sup> Tal como en el caso *Autocoven*, de las circunstancias no se desprendía que hubiese existido alguna conducta abusiva por parte del inversionista, que justificara la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario.<sup>36</sup> Por lo anterior, concluyó que la sociedad lituana debió ser tratada como 'nacional de Otro Estado'. Paralelamente, declaró que las acciones que ésta poseía en la subsidiaria establecida en el país demandado, constituían una inversión, sin importar de dónde había provenido el capital para efectuarla.<sup>37</sup>

En este caso no se discute la nacionalidad de la empresa local en el contexto del art. 25.2.b, dado que Ucrania, el Estado receptor, en ningún momento había consentido en otorgarle el trato específico previsto por esta norma. Más bien, la polémica se desarrolla en torno a la nacionalidad de la sociedad lituana, autora de la inversión. No obstante esta diferencia, la conclusión del tribunal con respecto a la determinación de la nacionalidad de las sociedades coincide con aquella elaborada en el caso *Autocoven*. Es decir, tanto el concepto de control extranjero como el de la nacionalidad de las empresas, únicamente se definen con ayuda del levantamiento del velo societario, con tal de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio de Washington y no viceversa.

El caso *Tokios Tokel\_s v. Ukraine* llama la atención por el hecho peculiar de que el presidente del tribunal arbitral haya emitido una opinión disidente del dictamen oficial, y cuya objeción principal fuera dirigida en contra de la 'filosofía' del fallo.<sup>38</sup> En esa opinión disidente se sostiene que la decisión alcanzada por el tribunal arbitral es disconforme con los objetivos y el espíritu del Convenio de Washington, a saber, promover la inversión extranjera, facilitando la resolución de conflictos entre los Estados receptores de la inversión y los inversionistas extranjeros. Aunque, en principio, no fuera relevante la nacionalidad de los sujetos bajo cuyo control se encuentre una sociedad, en una constelación igual a la que se presentó en este caso era necesario hacer una excepción. Ello con tal de mantener el CIADI como un foro de resolución de controversias internacionales, dejando aquellas entre el Estado y sus ciudadanos para el derecho interno.

Según lo que establece el art. 31 de la Convención de Viena, en relación a la interpretación

de los tratados, el art. 25 del Convenio de Washington debió haber sido interpretado de conformidad con los propósitos del tratado. Para definir la nacionalidad del inversionista, es indispensable tener en cuenta que el objetivo del CIADI es la promoción de las inversiones internacionales, sin que tengan importancia inversiones nacionales. Se plantea que, aunque las partes posean autonomía de la voluntad a la hora de adoptar los criterios de la nacionalidad de las sociedades, ella no las puede llevar a fijarla fuera de los límites previstos por el Convenio del CIADI.<sup>39</sup> A juicio del presidente del tribunal, en este caso ni siquiera se trataba de aplicar la doctrina del levantamiento del velo. Más bien, en virtud de los hechos reales, el CIADI carecía de jurisdicción para conocer de dicha controversia.<sup>40</sup>

Los argumentos que aduce la opinión disidente logran convencer en términos generales, destacándose aquel que se refiere a la necesidad de mantener las disputas entre el Estado y sus nacionales en el ámbito de la justicia interna. Sin embargo, esa postura parece desconocer la actual complejidad de las estructuras empresariales de la economía global. Si el inversionista de un Estado se estableciera en otro, desarrollando allá una actividad empresarial efectiva -pudiendo acceder a las fuentes del financiamiento, tecnología, know-how de ese país-, su empresa sufriría de una limitación poco justificable al momento de invertir en su país de origen, dado que no contaría con los mismos derechos que sus competidores extranjeros. En cambio, la solución mayoritaria ofrece una herramienta más flexible que, por un lado, permite alcanzar una solución conforme con los objetivos del Convenio de Washington. Por otro lado, permite atender a las circunstancias de cada caso particular, evitando que se otorgue protección a un inversionista que intente abusar de un concepto formal de nacionalidad.

En síntesis, por regla general, la nacionalidad de las personas jurídicas se determina sobre la base del criterio del lugar de su constitución. Al mismo tiempo, sólo sería procedente definir la nacionalidad de las sociedades con el criterio del control, para ampliar el ámbito de aplicación del Convenio de Washington. Por último, levantar el velo societario para restringir el ámbito de aplicación del Convenio corresponde tan sólo cuando el inversionista nacional no haya desarrollado ninguna actividad real por medio de su empresa constituida en el extranjero.

### III. LOS ACUERDOS DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE INVERSIONES

Otra fuente normativa de la cual podemos extraer antecedentes sobre la nacionalidad de las personas jurídicas en el ámbito internacional la constituyen los Acuerdos de Protección y Promoción de Inversiones (APPIs). Éstos representan una herramienta aceptada mundialmente,<sup>41</sup> destinada a crear un escenario favorable para la llegada de la inversión extranjera. Ello se alcanza, principalmente, garantizando al inversionista un trato no discriminatorio, derecho a las remesas de utilidades al exterior, una indemnización adecuada en casos de expropiación y la posibilidad de resolver las eventuales controversias con el Estado receptor en foros arbitrales internacionales.

El [cuadro siguiente](#) grafica las formas en que los APPIs suscritos por Chile resuelven el tema de la nacionalidad de las sociedades, siendo necesario aclarar algunos aspectos metodológicos. El análisis se refiere únicamente a los acuerdos en vigor, dejando fuera aquellos suscritos pero no ratificados. Asimismo, varios APPIs contienen definiciones idénticas, por lo que, por razones de espacio, no han sido incluidas en el siguiente cuadro. La fecha indicada al lado del nombre del país socio es la correspondiente a la fecha de la suscripción del acuerdo. Al señalar las fechas, queda ilustrado el hecho de que no ha existido una forma coherente de definir la nacionalidad de las personas jurídicas en los APPIs chilenos, recurriéndose indiscriminadamente a diversos conceptos. Por último, debe entenderse que el criterio de 'constitución según la ley nacional' abarca también el de 'organización según las leyes de ese país', lo cual permite cubrir aquellas personas jurídicas que no necesitan de un acto constitutivo para su creación.



**Cuadro I**

**Requisitos que debe cumplir una persona jurídica para ser considerada nacional de un Estado contratante del APPI**

<b>APPI</b>	<b>Requisitos</b>	<b>Concepto calificado de personas jurídicas "nacionales"</b>
Argentina (1991)	Sede social en el territorio nacional	No se contempla
Alemania (1977) Italia (1993)	Constitución/sede	No se contempla
España (1991)	Constitución/sede	"No obstante pertenezcan a personas extranjeras"
Grecia (1996)	Constitución/actividades económicas	No se contempla
Malasia (1992) Bélgica (1992) Finlandia (1993) Dinamarca (1993) Ecuador (1994) Croacia (1994) Portugal (1995) Rep. Checa (1995) Corea (1996) El Salvador (1996) Austria (1997)	Constitución/sede/actividades económicas	No se contempla
Suecia (1993)	Constitución/sede	Constituidas en un tercer país; controladas efectivamente por nacionales o por personas jurídicas de una de las partes contratantes (según la columna del medio)
Australia (1996)	Constitución/actividades económicas	Constituidas en un tercer país; propiedad de o controlada efectivamente por nacionales o por personas jurídicas de una de las partes contratantes (según la columna del medio)
Bolivia (1994) Perú (2002) Venezuela (1994)	Constitución/sede/actividades económicas	Constituidas en cualquier país; controladas efectivamente por nacionales o por personas jurídicas de una de las partes contratantes (según la columna del medio)
Suiza (1999)	Constitución/sede/actividades económicas	Constituidas en cualquier país; controladas efectivamente por nacionales o por sus personas jurídicas de una de las partes contratantes (según la columna del medio)
Francia (1992)	Constitución/sede	Controladas directa o indirectamente por nacionales o por personas jurídicas de una de las partes contratantes (según la columna del medio)

Del cuadro anterior se desprende que la casi totalidad de los APPIs definen la nacionalidad de una persona jurídica sobre la base del criterio de que su constitución se haya llevado a cabo

en un país signatario del acuerdo. La única excepción la constituye el APPI con Argentina, dado que acoge, solamente, el criterio de la sede social. Al mismo tiempo, en ninguno de los APPIs la constitución de la persona jurídica en un Estado parte basta por sí sola para calificarla como nacional. Más bien, se establecen requisitos adicionales, exigiendo o que la empresa tenga su sede social en este mismo país (p. ej., España, que además confirma que la nacionalidad de los socios es irrelevante en este contexto) o bien que desarrolle sus actividades económicas en el país de su constitución (p. ej., Grecia). Sin embargo, la gran mayoría de los APPIs combina los tres criterios, con lo cual una persona jurídica se considera nacional de un Estado parte, cuando fue constituida en su territorio, y en ese mismo lugar tiene su sede social y desarrolla sus actividades económicas. El establecimiento del conjunto de estos requisitos permite asegurar que sólo las personas jurídicas efectivamente vinculadas con el país signatario queden beneficiadas por el APPI.

Sin perjuicio de lo anterior, existen siete acuerdos que consagran un método adicional para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas, el cual se aparta de la constitución como criterio fundamental. Para los efectos de estos APPIs, una persona jurídica se considera nacional si se encuentra efectivamente controlada por ciudadanos del país signatario o por personas jurídicas, que, por su parte, se consideran nacionales en virtud de los aspectos previamente explicados (constitución -sede social- actividades económicas). En este contexto, la nacionalidad de los miembros de una persona jurídica que pueden ejercer control sobre ella influye en forma decisiva en la determinación de la nacionalidad de la sociedad.

Al mismo tiempo, es posible establecer ciertas diferencias entre los siete acuerdos en análisis, con respecto al criterio adicional aludido. Así, los APPIs con Suecia y con Australia se refieren a personas jurídicas controladas por los inversionistas nacionales, que hayan sido constituidas en un tercer país, que no sea una de las partes contratantes. Ello quiere decir que el acuerdo no cubriría a las sociedades locales constituidas con capitales extranjeros. Por su parte, los APPIs con Bolivia, Perú, Venezuela y Suiza hablan de personas jurídicas constituidas en "cualquier país". Lo anterior permite sugerir que dichos acuerdos se extienden también a las empresas locales, controladas por los inversionistas de la otra parte.<sup>42</sup> La misma conclusión se advierte con respecto al APPI entre Chile y Francia, el cual no indica el lugar en que la persona jurídica debió haber sido constituida. En cambio, para la aplicación del acuerdo es suficiente que la empresa en cuestión sea controlada por los nacionales de los Estados contratantes.

En este contexto, queda por esclarecer qué concepto de control contemplarían esos acuerdos. Tres de los siete APPIs en análisis -con Suiza, con Venezuela y con el Perú- no contienen ninguna precisión al respecto. Los cuatro acuerdos restantes definen el concepto de control sobre la base de las siguientes evidencias:

**Cuadro 2**  
**Evidencias del control según los APPIs**

APPI	Participación societaria	Influencia sobre la administración
Francia	<ul style="list-style-type: none"> <li>– La calidad de sucursal</li> <li>– Participación directa o indirecta que permite ejercer control efectivo (en especial, más del 50% del capital)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Voto decisivo, directo o indirecto, en los órganos ejecutivos</li> <li>– Influencia por otros medios sobre su actividad</li> </ul>
Suecia	<ul style="list-style-type: none"> <li>– La calidad de sucursal</li> <li>– Participación directa o indirecta que permita un control efectivo (en particular, más de 50% del capital)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Los votos controlados directa o indirectamente por los inversionistas que hagan posible el ejercicio de control</li> </ul>
Bolivia Australia	Participación substancial directa o indirecta en el capital de la persona jurídica que permita el control efectivo (en particular, más del 50% o una participación accionaria mayoritaria)	El control directo o indirecto del derecho a voto que permita: <ul style="list-style-type: none"> <li>– el ejercicio de un poder de decisión sobre la administración y las operaciones, o</li> <li>– el ejercicio de un poder de decisión sobre la composición del directorio o de cualquier otro cuerpo directivo.</li> </ul>

Como se vio en su oportunidad, el Convenio de Washington no contiene una definición del concepto de 'control', lo que hace más valiosos, para el derecho de inversiones extranjeras, los antecedentes que proveen estos últimos APPIs.<sup>43</sup> El cuadro permite apreciar que la situación de control se visualiza con ayuda de dos criterios. El primero, dice relación con la participación mayoritaria en el capital societario y, el segundo, con la posibilidad directa de guiar la actividad administrativa dentro de la empresa.

En el contexto que nos interesa, la participación mayoritaria como criterio para definir el control refleja de forma más idónea la idea de que una compañía constituye un vehículo para la participación en el tráfico mercantil y, en última instancia, atiende a los intereses de las personas que están tras ella.<sup>44</sup> En la actualidad, está generalmente reconocido que la creación de una persona jurídica no se debe únicamente a la fusión de intereses económicos de varias personas, sino que corresponde a una forma legítima de participación en el tráfico mercantil y cuyo principal privilegio consiste en la responsabilidad limitada que se les otorga a los socios.<sup>45</sup> Aunque una sociedad tiene personalidad jurídica propia, beneficio del cual no se puede abusar a expensas de los terceros,<sup>46</sup> su nacimiento se debe a un proyecto empresarial de sus socios. Más aún, se estima que el principal incentivo para efectuar una inversión es la posibilidad de aumentar las ganancias, minimizando al mismo tiempo los riesgos.<sup>47</sup> Para alcanzar esta meta, el inversionista necesita poder determinar el desarrollo de su proyecto y mantener el control sobre su empresa.<sup>48</sup> Por lo anterior es preciso concluir que la nacionalidad de los socios, efectivamente, permite evaluar la nacionalidad de la persona jurídica respetando la realidad económica que la rodea.<sup>49</sup>

La participación mayoritaria en el capital societario, que según los APPIs permite ejercer el control es de más del 50%, monto que constituye un umbral relativamente alto. La cifra usual corresponde al 10%: Se estima que por debajo de este nivel de participación se trata de una inversión de portafolio, es decir, de carácter financiero. En cambio, una inversión superior al

10% se considera inversión directa, ya que permite influir en la suerte del proyecto empresarial.<sup>50</sup> Sin embargo, cabe tener presente que los criterios de control consagrados en los APPIs aparecen más bien como presunciones. Por lo tanto, una participación inferior al 50% también podría otorgar a un inversionista el control sobre una sociedad, si el resto de las acciones se encuentra distribuido entre un gran número de accionistas no vinculados entre sí.

Sin perjuicio de lo anterior, las dudas que surjan en un caso particular podrían ser resueltas recurriendo al segundo criterio de control, el de influencia sobre la administración de la empresa. La participación en el capital societario, que otorga al inversionista los votos necesarios para nombrar y revocar a los administradores, le permitiría influir en las decisiones que ellos tomen. De esta manera, el inversionista estaría en condiciones de ejercer el control sobre la sociedad.<sup>51</sup> En virtud de ello, la nacionalidad de esta persona jurídica va a ser la del socio controlador, sea que ejerza un control en forma directa o indirecta.

En este sentido, llama la atención el APPI entre Chile y Francia, que describe el control como posesión del voto decisivo, directo o indirecto, en los órganos ejecutivos o como la influencia sobre su actividad por otros medios. Dicho enfoque refleja la doctrina francesa del levantamiento del velo societario, aplicable a los casos de quiebra provocada por intervención culpable de cualquiera de las personas que tengan influencia, de hecho o de derecho, sobre la administración de la sociedad.<sup>52</sup> Sin embargo, en el marco del Acuerdo con Francia, esta norma debería tener una lectura restrictiva: La influencia de los nacionales de los Estados signatarios no puede desvincularse de la participación económica en la empresa. Este tipo de acuerdos se celebra para brindar protección a aquellas personas nacionales que acepten riesgos comerciales en el país de la contraparte. Por ello, considerar como francesa una sociedad vietnamita que cuente con un gerente francés parece contradecir los objetivos del tratado.

#### IV. LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

Entre los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile conviene distinguir entre aquellos que, en materia de inversión extranjera, siguen la práctica de la Organización Mundial de Comercio y no regulan el tema de inversión en forma directa.<sup>53</sup> En ellos, la inversión extranjera aparece como una de las modalidades del comercio de servicios. La referencia alude al llamado tercer modo que se denomina 'presencia comercial'<sup>54</sup> y se encuentra recogido por el TLC con EFTA y por el Acuerdo entre Chile y la Unión Europea. Por otro lado, en los TLC con EE.UU. y con Corea del Sur se contempla un capítulo independiente dedicado a la inversión extranjera. La diferencia entre estas dos formas de regulación consiste en que la última abarca tanto el derecho al establecimiento dentro del país receptor, sobre la base del principio de no discriminación, como los mecanismos de protección de los intereses de los inversionistas en la etapa posterior a su establecimiento.<sup>55</sup> En cambio, los acuerdos celebrados por Chile con los países europeos regulan únicamente la entrada de la inversión extranjera, suponiendo que el tema de su protección posterior se aborda en el marco de los APPIs.<sup>56</sup>

A continuación, se presenta la forma en que dichos instrumentos internacionales abordan el tema de la nacionalidad de las personas jurídicas. Tal como en el [cuadro 1](#), la expresión 'constitución' con respecto a una sociedad se usa también para la 'organización' de empresas, las cuales, según algunos derechos nacionales, no requieren ser 'constituidas'.

**Cuadro 3**  
**Nacionalidad de las personas jurídicas según los TLC**

<b>TLC</b>	<b>Requisitos</b>	<b>Inclusión de las empresas locales</b>
<b>EE.UU. Corea</b>	<b>Constitución (también como sucursal) /actividades comerciales</b>	<b>Inversión: Una empresa (o acciones u otras formas de participación) controlada directa o indirectamente por el inversionista</b>
<b>EFTA</b>	<b>Constitución/actividades comerciales</b>	<b>Establecimiento: la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica; o la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación</b>
<b>Unión Europea</b>	<b>Constitución/sede: condicionado con que las 'operaciones comerciales sustantivas' se lleven en el territorio del país receptor</b>	<b>Establecimiento: la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica; o la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación</b>

De este cuadro se desprende que una sociedad tendría la nacionalidad del Estado según cuyas leyes se ha constituido u organizado y en cuyo territorio desarrolla sus actividades comerciales. A primera vista, los acuerdos se basan en el concepto formal de nacionalidad de las personas jurídicas y no incluyen la posibilidad de definirla en función de la nacionalidad que poseen sus socios. Lo anterior se aplica también a las empresas locales. En ningún caso ellas figuran como sujetos de inversión. Más bien, en los acuerdos con los países europeos aparecen como una forma del establecimiento del inversionista, es decir, como objeto de la inversión. En cambio, en los otros dos TLC se conciben, explícitamente, como objetos de la inversión.<sup>57</sup>

Por otro lado, los TLC con EE.UU. y con Corea reconocen que la inversión puede encontrarse regida por sus normas, aun cuando la sociedad se encuentre bajo el control indirecto de los nacionales de los Estados signatarios. Es decir, se otorga protección a las inversiones efectuadas por intermedio de sociedades constituidas en países que no sean partes de los TLC, pero que atienden a los intereses económicos de los inversionistas nacionales de los Estados signatarios. Dicha solución no pasa por alterar la nacionalidad de la sociedad local, debido a que ésta no es sujeto de la inversión, sino su objeto. Sin embargo, se basa en el levantamiento del velo societario, a la hora de determinar la nacionalidad de la compañía que ejerce el control.

Al mismo tiempo, el TLC con EE.UU. ocupa la técnica del levantamiento del velo, también para restringir el ámbito de aplicación del Tratado. Lo anterior es posible con respecto a las sociedades controladas por nacionales de un país con el cual ese Estado no mantiene relaciones diplomáticas o para evitar un fraude con respecto a las restricciones de un embargo (art. 10.11.1). Así, una sociedad constituida en Chile, y controlada por un inversionista cubano, no podrá gozar de protección, para las inversiones que efectúe en el territorio de EE.UU. En otras palabras, esta empresa no perderá su calidad de 'enemiga' por el mero hecho de su constitución según las leyes de un país signatario del TLC.<sup>58</sup>

Asimismo, el Estado receptor de la inversión puede denegar los beneficios del TLC a una sociedad constituida en el territorio de otra Parte, cuando ésta se encuentra controlada por nacionales de un tercer Estado y no tenga actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte (art. 10.11.2.a). Por ejemplo, una sociedad constituida en Chile por inversionistas alemanes, que no realice actividades mercantiles en nuestro país, no gozará de



la protección que le habría correspondido en virtud del TLC con EE.UU. Lo mismo se aplica a una empresa controlada por los nacionales del Estado receptor de la inversión, cuando no efectúe actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte (art 10.11.2.b). Así, quedan descartados de la protección que brinda este tratado los inversionistas chilenos que constituyan una sociedad en territorio estadounidense y, a través de ella, vuelven a invertir en Chile, sin haber desarrollado actividades comerciales reales en el país del norte.

Dichas excepciones buscan prevenir lo que en el derecho internacional privado se denomina fraude a la ley, el que consiste en una alteración artificial de los factores de conexión. Por un lado, pretenden impedir que los nacionales de terceros países se beneficien del TLC, si no contribuyen a elevar el bienestar de los países signatarios, desarrollando en sus territorios proyectos empresariales. Con la misma lógica, se impide que una inversión nacional se transforme, artificialmente, en extranjera. Con ello, el TLC ofrece una solución adecuada al problema del caso *Tokios Tokel-s v. Ukraine*: Permite respetar tanto los objetivos de las normas sobre la protección de las inversiones como la realidad del mundo económicamente globalizado.

## V. INTERRELACIÓN DE LOS DISTINTOS MECANISMOS REGULATORIOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

A continuación, se busca establecer una relación entre los distintos regímenes normativos presentados anteriormente, bosquejando la forma en que los diversos conceptos de nacionalidad de las personas jurídicas se puedan potenciar mutuamente.

En primer lugar, cabe preguntarse si en el ámbito de aplicación del Convenio de Washington, en el que no se contempla un mecanismo para atribuir una determinada nacionalidad a una sociedad, se podría recurrir a la ayuda de un APPI. La respuesta es simple cuando existe un APPI aplicable al caso en cuestión: Un concepto de nacionalidad consagrado en un APPI tiene cabida también en el marco del Convenio. Sin embargo, lo anterior tiene su limitación: Sólo si el CIADI tiene jurisdicción en virtud del art. 25 del Convenio de Washington se puede proceder a analizar su competencia conforme a un APPI.<sup>59</sup>

Más controvertido parece el tema de que si el concepto consagrado en uno de los APPIs puede extenderse a los acuerdos suscritos con otros países. El problema se ha discutido con respecto a la nacionalidad de las sociedades locales. Se ha planteado que, en silencio de un acuerdo, procede su interpretación amplia, lo que permite reconocer a la sociedad local su carácter de inversionista extranjero. Ello debido a que el objeto y fin de los APPIs consiste en "proteger no tanto a los inversores de las partes en abstracto sino, más concretamente, a las *inversiones* que realizan en el territorio de la otra parte".<sup>60</sup> Tal objetivo no se alcanzaría si la aplicación del tratado se viera impedida por cuestiones formales, es decir, por la exclusión de las inversiones realizadas a través de sociedades locales sometidas al control de un inversionista extranjero. Aunque dicha técnica interpretativa, en principio, merezca aprobación, podría crear dificultades en el evento de que una sociedad local solicite el arbitraje del CIADI. Según el art. 25.2.b del Convenio de Washington, el Estado receptor debe haber consentido, aunque sea en forma tácita, a tratar a una sociedad local como extranjera. Tal consentimiento puede derivarse de un APPI que en forma directa garantice a los nacionales de la otra Parte que las sociedades locales en que inviertan se considerarán como sujetos de inversión extranjera. A falta de una referencia correspondiente, la única forma en que este requisito del art. 25.2.b pueda estimarse cumplido la constituye un acuerdo explícito entre la empresa y el Estado. Sin embargo, no debe olvidarse que los accionistas (también aquellos minoritarios) se encuentran protegidos frente a las medidas adoptadas contra la sociedad local, según se ha explicado anteriormente.<sup>61</sup>

Por otro lado, un recurso técnico-jurídico que permite extender el concepto de nacionalidad contemplado en un APPI a los demás acuerdos lo ofrece la cláusula de la nación más favorecida (cláusula NMF), incluida en todos los acuerdos sobre las inversiones. En virtud de



esta cláusula, un Estado se compromete a otorgar a los nacionales de su contraparte un trato no menos favorable de aquel que se llegue potencialmente a otorgar a los nacionales de algún tercer Estado.

En los últimos tiempos, la cláusula NMF ha jugado un papel preponderante en varios conflictos en materia de inversiones. Los criterios de aplicabilidad de la cláusula NMF en el ámbito de los APPIs han sido analizados en profundidad en la controversia *Maffezini v. Spain*. En el APPI entre Argentina y España, aplicable al caso, se contemplaba que las partes, antes de someter la controversia a un tribunal internacional, tenían que presentarla a la justicia nacional del país receptor de la inversión. No obstante, el demandante argentino invocaba la cláusula NMF contenida en el acuerdo antes mencionado e indicaba que el APPI entre Chile y España carecía de una disposición semejante, lo que significaba que España brindaba un trato más favorable a los inversionistas chilenos.

De la decisión sobre la aplicabilidad de la cláusula, dependía si el tribunal del CIADI tenía jurisdicción para juzgar el caso. Las deliberaciones de los árbitros abordaron diversos puntos.<sup>62</sup> En primer lugar, determinaron que el lenguaje utilizado en la cláusula NMF del APPI entre Argentina y España era lo suficientemente amplio como para incluir también los mecanismos de solución de controversias.<sup>63</sup> Segundo, se determinó que el tratado con el tercer país se refería a la misma materia que el APPI Argentina-España. Ello justificaba extender las disposiciones sobre la solución de controversias del APPI España-Chile, al beneficiario de la cláusula NMF.<sup>64</sup> Tercero, para un inversionista extranjero la justicia internacional constituye una forma más beneficiosa de resolución de conflictos que aquella ofrecida por la justicia nacional del país receptor, lo cual confirma que el trato otorgado por España a los inversionistas chilenos era más favorable. Por último, se constató que no se trataba de materias sometidas a consideraciones de políticas públicas, lo que habría podido frenar la aplicación de la cláusula NMF.<sup>65</sup> En resumen, el tribunal arbitral afirmó su jurisdicción en contra del tenor literal del APPI correspondiente.<sup>66</sup>

Las deliberaciones del caso anterior han sido retomadas y ampliadas por el tribunal del CIADI en la controversia *Siemens AG v. The Republic of Argentina*.<sup>67</sup> Por su parte, en el caso *TECMED v. México*, el tribunal estimó improcedente aplicar a este caso específico la cláusula NMF. Sin embargo, la sentencia no contiene un rechazo genérico en cuanto a la aplicabilidad de la cláusula NMF en el marco de los APPIs.<sup>68</sup> Asimismo, la cláusula NMF contenida en el APPI Chile-Malasia desempeñó un papel crucial en el caso *MTD Equity & MTD Chile v. Chile*.<sup>69</sup> En virtud de ella, fueron aplicadas las normas sobre trato justo y equitativo de los APPIs suscritos por nuestro país con Dinamarca y con Croacia.<sup>70</sup>

Sobre la base de estos antecedentes es factible concluir que el concepto amplio de nacionalidad de las sociedades consagrado en uno de los APPIs suscritos por un país puede y debe aplicarse en virtud de la cláusula NMF a los demás socios. Con ello, la inversión de un nacional, por ejemplo, de Finlandia efectuada en Chile a través de una empresa constituida en Rusia, debería verse protegida por el APPI suscrito entre Chile y Finlandia. El hecho que no exista un acuerdo semejante con Rusia no puede considerarse un obstáculo, si la sociedad rusa se encuentra bajo el control de inversionistas finlandeses; es decir, atiende los intereses económicos de los nacionales de ese país. Este resultado se alcanzaría invocando el mejor trato que Chile otorga a los inversionistas de Suecia, Francia, Suiza, etc., en virtud de los APPIs suscritos con estos países. El mejor trato se expresa en la posibilidad que tienen los nacionales de estos países de invertir en Chile de forma indirecta, según las necesidades propias del grupo empresarial y sin que la protección que se les garantice sea anulada por una apreciación formal de su nacionalidad. El resultado alcanzado con esta técnica interpretativa no afecta materias de orden público, ya que la definición de la nacionalidad de personas jurídicas con ayuda del levantamiento del velo societario no es una solución ajena al ordenamiento jurídico chileno, tal como se desprende de los demás tratados suscritos.

Por su parte, los APPIs suelen excluir del ámbito de aplicación de la cláusula NMF aquel trato

más favorable que resulte aplicable en virtud de los acuerdos que crean zonas de libre comercio.<sup>71</sup> Es decir, un trato más favorable que sea el resultado de los TLC celebrados con EE.UU., Corea, EFTA, etc., no sería extensible a los nacionales de un país signatario de un APPI. Una restricción semejante la contiene el TLC con Corea (art. 10.4). En cambio, el Tratado de Libre Comercio con EE.UU. consagra la cláusula NMF sin establecer excepción alguna a su ámbito de aplicación (art. 10.3). Ello hace pensar que un trato más favorable acordado en el proceso de creación de una zona de libre comercio con otros países o a través de un APPI se aplicaría a los nacionales de Chile y de EE.UU. respectivamente.

Por último, la nacionalidad de sociedades definida en algunos APPIs sobre la base del criterio de control, a largo plazo, podría llegar a considerarse como una regla de derecho internacional consuetudinario. Dentro del escenario de la proliferación de acuerdos bilaterales en materia de inversiones surgen opiniones que califican estos acuerdos como una expresión de la costumbre internacional.<sup>72</sup> En este contexto se plantea que un inversionista goza de protección, a pesar de que el Estado receptor no haya suscrito un acuerdo con su país de origen, pero sí celebró los APPIs con otros socios comerciales. De este último hecho se deduce que el Estado receptor reconoce, generalmente, los derechos básicos de las personas que inviertan en su territorio.<sup>73</sup>

Se sostiene, asimismo, que ante la situación en que el país receptor no haya suscrito ningún APPI, pero sea signatario del Convenio de Washington, los precedentes desarrollados en el proceso de aplicación de los APPIs pueden servir como fuentes normativas, dado que constituyen parte del derecho internacional y éste resulta aplicable en virtud del art. 42 del Convenio.<sup>74</sup> El derecho internacional sería aplicable no sólo para llenar lagunas en el derecho nacional del Estado receptor, sino en el caso de conflicto entre estos dos regímenes normativos.<sup>75</sup>

La polémica pregunta sobre la relación entre los acuerdos internacionales y el derecho consuetudinario ha sido tratada intensamente en la jurisprudencia arbitral del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA).<sup>76</sup> En el caso *Mondev v. USA*, el tribunal apuntó a la alta difusión de los APPIs y a su carácter uniforme y, por otro lado, subrayó la naturaleza evolutiva del derecho internacional. Sobre la base de estas consideraciones señaló: "Such a body of concordant practice will necessarily have influenced the content of rules governing the treatment of foreign investment in current international law".<sup>77</sup> Por su parte, el tribunal del caso *UPS v. Canada* dio a entender que no observaba una contradicción inconciliable entre lo que es el derecho internacional consuetudinario y los tratados interestatales: "(...) multilateral treaties may have an important role in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them".<sup>78</sup>

A la luz de estos antecedentes es probable que el contenido de los APPIs y demás acuerdos, en el futuro, llegue a considerarse como expresión del derecho consuetudinario. Con ello, mientras más difusión tenga el concepto de nacionalidad basado en el criterio de control, sea en esos acuerdos, sea vía interpretación de la jurisprudencia arbitral, también podría consolidarse una costumbre internacional en tal sentido. Dicho resultado sería conforme con los objetivos y propósitos del marco regulatorio de la inversión extranjera y correspondería al tratamiento diferenciado al cual se encuentra sometido hoy el principio de la personalidad jurídica propia de las sociedades.

## VI. LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO CONCEPTO FUNCIONAL

La determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho internacional contemporáneo se desarrolla en un ambiente de tensión creada por la oposición de dos principios. Por un lado, se encuentra el *principio de la personalidad jurídica propia de la sociedad*, distinta a la de los socios. De ello se desprende que la nacionalidad de las sociedades se determina *prima facie* por el lugar de su constitución. El principio opuesto puede describirse

en forma abreviada como el de la *realidad económica* y permite, en casos excepcionales, pasar por alto la personalidad jurídica propia de las sociedades y juzgar la conducta de las personas naturales que se encuentran tras su apariencia. En materia de inversiones transfronterizas, la técnica del levantamiento del velo societario se ocupa para ampliar el ámbito de protección que se brinda a los inversionistas extranjeros. Es decir, el principio de la realidad debe prevalecer en el marco regulatorio de la inversión extranjera, para que este régimen cumpla sus objetivos sin quedar estancado en limitaciones de carácter formal.

Tal como la personalidad jurídica propia de las sociedades constituye una herramienta técnico-jurídica creada por hombres para la satisfacción de sus necesidades económicas, de manera semejante, el concepto de la nacionalidad de las personas jurídicas representa una forma abreviada para expresar los diversos grados de vinculación que este ser artificial puede tener con un ordenamiento legal determinado. En virtud de su carácter instrumental, el concepto puede ser sometido a una interpretación formal o, bien, a una interpretación que atiende a las estructuras de la realidad. Finalmente, su significado concreto siempre se obtiene a la luz de los objetivos que se persiguen en un conjunto normativo específico.

## NOTAS

<sup>1</sup> El énfasis de la investigación está puesto en las personas jurídicas de derecho privado y, en particular, aquellas con fines de lucro, dada su relevancia práctica y las dificultades dogmáticas que surgen a la hora de juzgar sobre su nacionalidad. Por lo anterior, las expresiones 'personas jurídicas' y 'sociedades', 'compañías' o 'empresas' se usarán como sinónimas.

<sup>2</sup> Ver Fernández Villamayor, A., *El régimen legal de la sociedad anónima en Chile*, 2ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p. 39; Ducci Claro, C., *Derecho Civil, Parte General*, 3ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 150; Puelma, A., *Sociedades*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 137. Ver opinión minoritaria de Claro Solar, L., quien acoge la teoría de la sede social, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Personas*, Tomo V, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, pp. 468-471.

<sup>3</sup> Sobre el desarrollo histórico de esa concepción ver De Castro y Bravo, F., *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 179 y ss., 189 y ss., 197 y ss.

<sup>4</sup> Mereminskaya, E., "Levantamiento del velo societario", en Martinic, M. D. (Coord.), *Nuevas Tendencias del Derecho*, Lexis Nexis, Santiago, 2004, pp. 423-452.

<sup>5</sup> *Belgium v. Spain, Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 5 de febrero de 1970, reseña del fallo disponible en [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org) (enero 2005).

<sup>6</sup> "A wrong done to the company frequently caused prejudice to its shareholders, but this did not imply that both were entitled to claim compensation". La Corte planteó como excepciones posibles a la regla precedente: Que la persona jurídica haya dejado de existir y que el Estado cuya nacionalidad tiene no esté en condiciones de ejercer la protección diplomática. Ninguna de las dos se aplicaba al caso. *Ibid.*, p. 3.

<sup>7</sup> En este sentido, por ejemplo, Ducci Claro, C., *Derecho Civil, Parte General*, op. cit., p. 150.

<sup>8</sup> *United States of America v. Italy, Case concerning Elettronica Sicula S.p. A. (ELSI)*, 20 de julio de 1989, disponible en [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org) (enero 2005).

<sup>9</sup> Aunque la Corte parecía inclinarse a favor de reconocer la protección indirecta de los inversionistas, no se expresó explícitamente sobre el caso *Barcelona Traction*. Ver Bruno, R., "Access of Private Parties to International Dispute Resolution", *New York University School of*

*Law, Jean Monnet Center*, disponible en <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html> (enero 2005).

<sup>10</sup> Opinión separada del juez Shigeru Oda, disponible en [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org) (enero 2005).

<sup>11</sup> Voto disidente del juez Stephen Schwebel, *Ibid.*

<sup>12</sup> En palabras de un tribunal arbitral del CIADI con respecto a los casos *Barcelona Traction y ELSI*: "The Tribunal considers it unnecessary to discuss the relevance of these cases to the current proceedings. The issues before this Tribunal concern not diplomatic protection under customary international law but the rights of investors, including shareholders, as determined by the Treaty" en *Siemens v. Argentina*, 3 de agosto de 2004, N° 141, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/SiemensJurisdiction-English-3August2004.pdf> (enero 2005).

<sup>13</sup> Kokott, J., "The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment", *International Law Association, New Delhi Conference (2002), Committee on Diplomatic Protection on Persons and Property*, pp. 21-31, pp. 26-27, disponible en [www.ila-hq.org/pdf/Diplomatic%20Protection/DipProtection.pdf](http://www.ila-hq.org/pdf/Diplomatic%20Protection/DipProtection.pdf) (enero 2005).

<sup>14</sup> En *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo* se manifestó que un grupo de empresas no puede, al mismo tiempo, participar en un procedimiento del CIADI a través de una de sus sociedades y gozar de protección diplomática a través de otra. Más bien, la protección diplomática y las demandas propias del inversionista constituyen mecanismos de protección excluyentes, 1 de septiembre de 2000, pp. 7-11, disponible en [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org) (enero 2005). Véase sobre el tema Orrego Vicuña, F., "The Changing Law of Nationality of Claims", *Liber amicorum Ibrahim F.I. Shihat: International finance and development law*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, pp. 503-525; sobre la protección diplomática en general ver la labor de la International Law Commission de las Naciones Unidas, [www.un.org/law/ilc](http://www.un.org/law/ilc).

<sup>15</sup> Decisión sobre jurisdicción en *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, 17 de julio de 2003, N° 45, disponible en [http://ita.law.uvic.ca/documents/cms\\_argentina\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/cms_argentina_000.pdf) (enero 2005).

<sup>16</sup> Sobre la historia de la creación del Convenio de Washington y sus objetivos véase Sedlak, D., "ICSID's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?", *Pennsylvania State International Law Review*, Vol. 23, N° 1, 2004, pp. 147-171.

<sup>17</sup> Broches, A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136, *Recueil des Cours* 331 (1972-II), p. 361, citado en la decisión sobre la jurisdicción *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, 27 de septiembre de 2001, N° 109, disponible en [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org) (enero 2005).

<sup>18</sup> Vivel Chillida, J., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Monografía, Madrid, 1998, p. 108.

<sup>19</sup> Al-Sharmani, M., "Requirements Ratione Personae", *The Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property*, pp. 1-34. En el caso *MINE v. Guinea*, la jurisdicción del CIADI fue afirmada a pesar de que el país de constitución de la persona jurídica no había suscrito el Convenio de Washington, pero sí lo había hecho el país cuyos nacionales tenían el control de aquella persona jurídica, p. 16, disponible en [www.unctad.org](http://www.unctad.org) (enero 2005).

<sup>20</sup> En el borrador preliminar del Convenio, el criterio de control figuraba como único para la definición de la nacionalidad. Sin embargo, fue retirado por ser de aplicación difícil. De lo

anterior se desprende que el criterio principal del Convenio es el de la constitución o de la sede social y sólo como excepción, con respecto a las sociedades locales, puede usarse el criterio de control por parte de los socios. Ver Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, at. 278, citado por decisión sobre la jurisdicción, *Tokios Tokel-s v. Ukraine*, 29 de abril de 2004, N° 42, disponible en [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org) (enero 2005).

<sup>21</sup> Vivel Chillida, J., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, op. cit., pp. 112 y ss.

<sup>22</sup> En el caso *American Manufacturing & Trading v. Republic of Zaire*, el tribunal sostuvo que una participación mayoritaria en una empresa local constituía una inversión efectuada por la empresa estadounidense y, por consiguiente, entraba en categoría de las sociedades previstas por el art. 25.2.b del Convenio. Sin embargo, no era la empresa local quien presentó la demanda, sino el inversionista estadounidense, 21 de febrero de 1997, N° 5.15, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/AmericanManufacturing.pdf> (enero 2005). Consulte Kazutake, O., "Investment Disputes Settlement -by Focusing on ICSID Arbitration", *The Seinan Law Review*, Vol. 34, N° 2-3, 2002, pp. 75-101, con respecto al caso *Holiday Inns v. Morocco*, pp. 82 y s. Ver *MTD Equity & MTD Chile v. Chile*, 25 de mayo de 2004, N° 94, disponible en [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org) (enero 2005).

<sup>23</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, op. cit., N° 57-65, citando más antecedentes arbitrales. En otro caso del CIADI, resuelto de manera semejante, el tribunal tuvo que pronunciarse acerca de si una participación minoritaria indirecta en una compañía argentina se encontraba cubierta por el APPI con EE.UU. Se tomó en cuenta que el inversionista extranjero había sido explícitamente invitado por el Gobierno argentino para participar en los procesos de privatización, para lo cual se le sugirió crear empresas locales, *Enron Corporation and Ponderosa assets, l.p. v. The Argentine Republic*, decisión sobre la jurisdicción, 14 de enero de 2004, N° 42-57, disponible en [www.asil.org/ilib/Enron.pdf](http://www.asil.org/ilib/Enron.pdf) (enero 2005); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E Internacional, Inc. v. Argentine Republic*, 30 de abril del año 2004, N° 50-63, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/LGE-DecisiononJurisdiction-English.pdf> (enero 2005).

<sup>24</sup> Decisión sobre la jurisdicción en *Autopista Concesionada de Venezuela (Autocoven), C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, 27 de septiembre de 2001. En el N° 111 se señala: "En el caso *Amco*, el tribunal consideró que debía llegar hasta el nivel siguiente al de la nacionalidad del Estado receptor; en el caso *SOABI*, el tribunal buscó el control efectivo y avanzó otro paso hasta llegar al control intermedio, es decir, hasta los accionistas mayoritarios de la sociedad que poseía las acciones de la entidad constituida localmente", disponible en [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org) (enero 2005).

<sup>25</sup> Cláusula 64 del Contrato entre Venezuela y el inversionista, citada por el tribunal arbitral en su decisión acerca de la jurisdicción dictada el 27 de septiembre del año 2001. *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*, N° 39 y ss.

<sup>27</sup> *Ibid.*, N° 119.

<sup>28</sup> *Ibid.*, N° 114: "En virtud de la autonomía otorgada a las partes en el Convenio del CIADI, un Tribunal de Arbitraje no puede adoptar una definición más restrictiva del término 'control extranjero' a menos que las partes hayan ejercido sus facultades discrecionales de un modo inconsistente con los fines del Convenio".

<sup>29</sup> *Ibid.*, N° 107.

<sup>30</sup> *Ibid.*, N° 125: "Por otra parte, en lo que concierne a la toma de decisiones en la sociedad, el hecho de que Icatech ejerce sus derechos de voto (como mínimo con respecto a las

cuestiones importantes) de acuerdo con la estrategia de ICA Holding demuestra la coherencia del grupo. Esto no basta, por cierto, para inferir que Icatech es una sociedad de conveniencia".

<sup>31</sup> Cabe añadir que la técnica del levantamiento del velo societario, asimismo ha sido empleada en los casos en que la parte demandante no era la misma sociedad que había firmado la cláusula arbitral, pero las dos formaban parte de un solo grupo empresarial. Se ha optado por imputar el consentimiento expresado por la subsidiaria a la casa matriz. Con ello se busca reflejar la realidad económica del grupo empresarial y se da cuenta de que quien efectivamente había aceptado la jurisdicción del Centro fue la sociedad controladora. En cambio, un proceder contrario que impute la cláusula arbitral suscrita por la matriz a la subsidiaria ha sido rechazado. *Banro American Resources, Inc. and Societé Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>32</sup> La subsidiaria invocaba verse expuesta a excesivas investigaciones y diversas acusaciones de actividades ilícitas, después de haber publicado un libro que presentaba, manera favorable, a uno de los líderes de la oposición ucraniana. Decisión sobre la jurisdicción en *Tokios Tokel-s v. Ukraine*, 29 de abril de 2004, N° 3.

<sup>33</sup> Argumento que fue presentado, asimismo, por Egipto en el caso *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*. El tribunal señaló que era una interpretación posible, pero acogió la argumentación contraria del demandante, indicando que coincidía con la postura unánime de la doctrina, 25 de mayo de 1999, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Wena-1999-Final.pdf> (enero 2005).

<sup>34</sup> *Tokios Tokel-s v. Ukraine*, *op. cit.*, N° 21-23. El tribunal indicó que en algunos APPIs se incluía la excepción que no se aplicara a las sociedades controladas por personas que no sean nacionales de los Estados partes, lo que no era cierto en el caso en cuestión. Véanse N° 34 y ss. El tribunal invocó un fallo anterior del CIADI, *Amco Asia Corp. v. Indonesia*, en el cual se afirmaba que la nacionalidad del controlador de una persona jurídica es irrelevante para los términos del Convenio, *Ibid.*, N° 40.

<sup>35</sup> La decisión se apoyó en los casos *Wena Hotels Ltd. v. Egypt* y *Autocoven v. Venezuela*. *Ibid.*, N° 46-52.

<sup>36</sup> La sociedad fue creada seis años antes de la suscripción del APPI y en ningún momento los socios trataron de ocultar cualquier tipo de la respectiva información de las autoridades ucranianas, *Ibid.*, N° 56.

<sup>37</sup> *Ibid.*, N° 72-82.

<sup>38</sup> N° 1 de la opinión disidente, disponible en [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org) (enero 2005).

<sup>39</sup> *Ibid.*, N° 19.

<sup>40</sup> *Ibid.*, N° 20.

<sup>41</sup> Hasta los fines del año 2003, el número de los APPIs alcanzó 2.265, siendo involucrados en su suscripción 1.575 países. *World Investment Report 2004: The Shift Towards Services*, p. 221, disponible en [www.unctad.org](http://www.unctad.org) (enero 2005).

<sup>42</sup> Véase Díez-Hochleitner, J./Izquierdo, C., "Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRI celebrados por España con países de Latinoamérica", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 7, 2003, pp. 1-27, [www.reei.org](http://www.reei.org) (enero 2005). Los autores señalan: "Respecto de los supuestos de inversión a través de sociedades locales, no cabe duda de que, en atención a la definición de inversión que incluyen, todos los APPRI protegen al



inversor extranjero en tanto que accionista de aquéllas. Esta protección abarca el ejercicio de los derechos sociales, el derecho al dividendo o, en caso de expropiación de las acciones, el derecho a una indemnización por el importe equivalente a su valor. Pero, ¿cabe entender asimismo que la protección alcanza igualmente a la sociedad local?", p. 7.

<sup>43</sup> A lo largo de distintas jurisdicciones y ámbitos legales nos podemos encontrar con diversos conceptos del control. Véase, por ejemplo, el concepto particular de control en que se fundamenta la aplicación extraterritorial del derecho laboral estadounidense en las subsidiarias extranjeras en Siedel, G., "Legal Complexity in Cross-Border Subsidiary Management", *Texas International Law Journal*, Vol. 36, 2001, pp. 611-633, pp. 622-623.

<sup>44</sup> La reforma italiana del año 2003 introdujo una presunción que la participación mayoritaria constituye la base del control que se estima aplicable hasta la prueba de lo contrario. Consulte Galgano, F., "Los grupos societarios", *Foro de Derecho Mercantil*, N° 1, 2003, pp. 7-37. La misma lógica subyace a la regulación alemana relativa a los grupos empresariales (art. 17.2 y 18 de la Ley de Sociedades Anónimas).

<sup>45</sup> En el ámbito nacional, ello se confirma con la creación de una nueva figura del derecho societario, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (Ley 19.857), que, por definición, no nace en virtud de un contrato social, sino que en base a una decisión unilateral de su titular.

<sup>46</sup> Varios ordenamientos legales han reconocido que una persona jurídica tiene su propio objeto, independiente de su giro, que consiste en ser participante del tráfico mercantil y es digno de protección en interés de los terceros. Ver con mayor detalle en Mereminskaya, E., "Levantamiento del velo societario", *op. cit.*

<sup>47</sup> Véase un análisis de los riesgos que enfrenta específicamente un inversionista en los países latinoamericanos en García, C., "All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration", *Florida Journal of International Law*, Vol. 16, N° 2, 2004, pp. 301-369, pp. 320-326.

<sup>48</sup> Véase Vandevelde, K., "The Economics of Bilateral Investment Treaties", *Harvard International Law Journal*, Vol. 41, N° 2, 2000, accedido por la base de datos *Wilson* (diciembre 2004).

<sup>49</sup> Consulte el estudio de Pauly, L./Reich, S., "National Structures and Multinational Corporate Behavior: Enduring Differences in the Age of Globalization", *International Organization*, Vol. 51, N° 1, 1997, pp. 1-30, que con datos empíricos buscan comprobar que los estilos de estructuración y desarrollo de los negocios de grandes empresas siguen siendo determinados por la nacionalidad de su compañía de origen.

<sup>50</sup> Häde, U., "Protection of Foreign Direct Investment in International Law", *Law and State*, Vol. 58, 1998, pp. 51-77, p. 51 y ss.

<sup>51</sup> Galgano, F., "Los grupos societarios", *op. cit.*, p. 20.

<sup>52</sup> Véase Ehricke, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz: Wege zur Vergrößerung der Haftunsmasse abhängiger Konzernunternehmen im Konkurs und Verfahrensfragen: eine rechtsvergleichende Analyse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

<sup>53</sup> Consulte *World Investment Report 2004: The Shift Towards Services*, *op. cit.*, pp. 221 y ss.

<sup>54</sup> Los otros tres modos según el GATS son los siguientes: el suministro de servicios del territorio de un Estado a otro (modo 1); el desplazamiento del consumidor (modo 2), y el desplazamiento del prestador (modo 4).

<sup>55</sup> El art. 10.27 del TLC con EE.UU. define al inversionista como "...una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que tiene el propósito de realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de la otra Parte". Véase Vandeveld, K., "The Economics of Bilateral Investment Treaties", *op. cit.*, quien señala que el enfoque de los APPIs es intervencionista en la etapa previa al establecimiento de la inversión, dado que no se encuentra regulado, dejando margen de maniobra al Estado receptor. Sin embargo, en la etapa posterior a la ejecución de la inversión el enfoque es netamente liberal, excluyendo la posibilidad de intervención pública que pudiera aumentar los beneficios macroeconómicos de la inversión extranjera, discriminando en algunos casos entre los inversionistas nacionales y foráneos.

<sup>56</sup> Los APPIs modelos de EE.UU. y de Canadá tradicionalmente se han referido al trato nacional y de la NMF a diferencia de las llamadas cláusulas 'europeas' de los demás APPIs. Véase "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", *Working Paper on International Investment*, N° 2004/2, p. 4 disponible en [www.oecd.org](http://www.oecd.org) (enero 2005).

<sup>57</sup> La diferencia en cuanto al carácter de sujeto o de objeto de una empresa local se expresa, por ejemplo, en lo que señala el art. 10.21.4 del TLC con Corea: "Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta Sección".

<sup>58</sup> Esta solución proviene del Modelo estadounidense del APPI que fue modificado en el año 2004, incorporándose en él los elementos desarrollados a través del NAFTA y de los TLC con Chile y con Singapur. Si el volumen de un APPI típico no excede 8 páginas, el documento elaborado por The Office of the United States Trade Representative (USTR) y The Department of State amplía sus contenidos hasta alcanzar 40 páginas de volumen. El texto del APPI modelo se encuentra disponible en <http://www.ustr.gov/assets/Trade-Sectors/Investment/Model-BIT/asset-upload-file847-6897.pdf> (enero 2005).

<sup>59</sup> En este sentido, opinión disidente al caso *Tokios Tokel-s v. Ukraine*, *op. cit.*, N° 19.

<sup>60</sup> Díez-Hochleitner, J., "La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras", disponible en [www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf) (enero 2005), p. 7.

<sup>61</sup> Ver *Ibid.*, p. 8.

<sup>62</sup> *Maffezini v. Spain*, decisión sobre la jurisdicción, 25 de enero de 2000, N° 38-64, disponible en [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org) (enero 2005).

<sup>63</sup> "La cláusula de la nación más favorecida sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquel al que se refiere la propia cláusula", *Ibid.*, N° 49.

<sup>64</sup> Se trata del principio llamado *ejusdem generis*. Consulte, especialmente, los arts. 9 y 10 de la propuesta del texto convencional sobre la cláusula NMF elaborada en el año 1978 por la *International Law Commission*, <http://www.un.org/law/ilc/texts/mfnfra.htm> (enero 2005).

<sup>65</sup> Por el contrario, en la mayoría abrumadora de los APPIs suscritos por España se otorgaba al inversionista un acceso directo a la justicia internacional. *Maffezini v. Spain*, *op. cit.*, N° 60-61. El tribunal elaboró una serie de situaciones hipotéticas donde tal conclusión no procedería, por ejemplo, con respecto al requisito del agotamiento previo de las vías administrativas, el cual un Estado puede imponer en el marco del Convenio de Washington o en cuanto a la renuncia a las demás formas de solución de controversias que procede ante un recurso al CIADI. *Ibid.*, N° 63.

<sup>66</sup> Esta decisión ha llevado a algunos países a reconsiderar el lenguaje que usan para redactar

las cláusulas NMF en sus acuerdos sobre inversiones. Así, en el TLC entre los EE.UU. y el CAFTA (Centroamérica), las partes acompañaron la cláusula NMF con una nota a pie de página para expresar su intención negocial y la cual sería eliminada en la versión final del tratado: "The Parties note the recent decision of the arbitral tribunal in *Maffezini* (Arg.) v. Kingdom of Spain, which found an unusually broad most-favoured-nation clause in an Argentina-Spain agreement to encompass international dispute resolution procedures. (...) By contrast the Most-Favoured-Nation Treatment Article of this Agreement is expressly limited in scope to matters "with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments". The Parties share the understanding and intent that this clause does not encompass international dispute resolution mechanisms such as those contained in Section C of this Chapter, and therefore could not reasonably lead to a conclusion similar to that of the *Maffezini* case". Véase en "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", *op. cit.*, nota N° 8 a pie de página.

<sup>67</sup> *Siemens v. Argentina* da decisión sobre la jurisdicción, *op. cit.*, N° 79-110 y N° 118-121.

<sup>68</sup> *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, 29 de mayo de 2003, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas-Spanish.pdf> (enero 2005). El inversionista español invocaba la cláusula NMF para fundamentar la aplicación retroactiva de sus pretensiones que, a su juicio, resultaba del mejor trato que ofrecía a los inversionistas extranjeros el APPI suscrito entre México y Austria. El tribunal sostuvo: "(...) cuestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del Acuerdo, que en realidad conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional, por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes y determinantes de su aceptación del Acuerdo (...) y no pueden, por ende, verse desvirtuadas en su aplicación a través del principio de la cláusula de la nación más favorecida". N° 69.

<sup>69</sup> *MTD Equity & MTD Chile v. Chile*, *op. cit.*

<sup>70</sup> *Ibid.*, N° 100 y ss.

<sup>71</sup> Por ejemplo, art. 3.4 del APPI con Bélgica, art. 4 del APPI con Dinamarca, art. 4.2 del APPI con Perú.

<sup>72</sup> Crítico con respecto a esta posibilidad, Häde, U., "Protection of Foreign Direct Investment in International Law", *op. cit.*, pp. 64-68, citando otras fuentes. Sin embargo, la opinión de este autor data de los fines de los años noventa y no recoge los antecedentes surgidos con posterioridad.

<sup>73</sup> Lowenfeld, A., "Investment Agreements and International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, N° 1, 2003, pp. 123-130, pp. 128 y ss.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>75</sup> Petersman, E.-U., "Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade", *EUI Working Paper Law*, N° 2004/10, pp. 1-51, p. 31, disponible en [www.iue.it](http://www.iue.it) (enero 2005). Art. 42.1: "El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte de la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables".

<sup>76</sup> Gantz, D., "The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States - Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*, Vol. 19, N° 4,

2004, pp. 679-767, pp. 709 y ss. Véase *Pope & Talbot v. Canada*, 31 de mayo del año 2002, N° 9, disponible en [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com) (enero 2005).

<sup>77</sup> *Mondev v. USA*, 11 de octubre de 2002, N° 117, disponible en [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com) (enero 2005).

<sup>78</sup> *UPS vs. Canada*, 22 de noviembre de 2002, N° 84, disponible en [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com) (enero 2005).

## BIBLIOGRAFÍA

Al-Sharmani, M., "Requirements Ratione Personae", *The Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property*, pp. 1-34, en [www.unctad.org](http://www.unctad.org).

Bruno, R., "Access of Private Parties to International Dispute Resolution", *New York University School of Law, Jean Monnet Center*, en <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html>.

Claro Solar, L. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, De las Personas*, Tomo V, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

De Castro y Bravo, F., *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1991.

Díez-Hochleitner, J./Izquierdo, C., "Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIs celebrados por España con países de Latinoamérica", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 7, 2003, pp. 1-27, en [www.reei.org](http://www.reei.org).

Díez-Hochleitner, J., "La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras", disponible en [www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf).

Ducci Claro, C., *Derecho Civil, Parte General*, 3ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.

Ehricke, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz: Wege zur Vergrößerung der Haftungsmasse abhängiger Konzernunternehmen im Konkurs und Verfahrensfragen: eine rechtsvergleichende Analyse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

Fernández Villamayor, A., *El régimen legal de la sociedad anónima en Chile*, 2ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.

Galgano, F., "Los grupos societarios", *Foro de Derecho Mercantil*, N° 1, 2003, pp. 7-37.

Gantz, D., "The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States - Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*, Vol. 19, N° 4, 2004, pp. 679-767.

García, C., "All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration", *Florida Journal of International Law*, Vol. 16, N° 2, 2004, pp. 301-369.

Häde, U., "Protección of Foreign Direct Investment in International Law", *Law and State*, Vol. 58, 1998, pp. 51-77.

Kokott, J., "The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment", *International Law Association, New Delhi Conference (2002)*, pp. 21-31, en [www.ilahq.org/pdf/DiplomaticProtection/DipProtection.pdf](http://www.ilahq.org/pdf/DiplomaticProtection/DipProtection.pdf).

Lowenfeld, A., "Investment Agreements and International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, N° 1, 2003, pp. 123-130.

Mereminskaya, E., "Levantamiento del velo societario", en Martinic, M. D. (Coord.), *Nuevas Tendencias del Derecho*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004.

"Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", *Working Paper on International Investment*, N° 2004/2, p. 4 en [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

Orrego Vicuña, F., "The Changing Law of Nationality of Claims", *Liber amicorum Ibrahim F.I. Shihat: International finance and development law*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, pp. 503-525.

Pauly, L./Reich, S., "National Structures and Multinational Corporate Behavior: Enduring Differences in the Age of Globalization", *International Organization*, Vol. 51, N° 1, 1997, pp. 1-30.

Petersman, E.-U., "Justice as Conflict Resolution: Proliferation, Fragmentation and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade", *EUI Working Paper Law*, N° 2004/10, pp. 1-51, en [www.iue.it](http://www.iue.it).

Puelma, A., *Sociedades*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

Sedlak, D., "ICSID's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?", *Pennsylvania State International Law Review*, Vol. 23, N° 1, 2004, pp. 147-171.

Siedel, G., "Legal Complexity in Cross-Border Subsidiary Management", *Texas International Law Journal*, Vol. 36, 2001, pp. 611-633.

Vandevelde, K., "The Economics of Bilateral Investment Treaties", *Harvard International Law Journal*, Vol. 41, N° 2, 2000, accedido por la base de datos *Wilson*.

Vivel Chillida, J., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Monografía, Madrid, 1998.

*World Investment Report 2004: The Shift Towards Services*, en [www.unctad.org](http://www.unctad.org).

Artículo recibido el 29 de abril de 2005 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 30 de mayo de 2005.