

LA CLAUSULA DE TRANSFERENCIA DE FONDOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSION DE CHILE

Carlos Riquelme*

Resumen: Con miras a estudiar la posibilidad de reforma al estatuto de inversión extranjera en Chile (condensado principalmente en el Decreto Ley 600 chileno) resulta fundamental atender también a los compromisos que este país ha asumido en la materia por medio de determinados Instrumentos Internacionales. Así, este trabajo analiza la cláusula de transferencia de fondos, que es una de las garantías más importantes que contienen estos Acuerdos en favor de los inversionistas extranjeros. Dicha disposición menoscaba sensiblemente las facultades del Banco Central de Chile para adoptar medidas que pueden ser consideradas importantes para la estabilidad de la economía. De igual manera, se revisan las limitaciones a dicha garantía en los Tratados Internacionales en materia de inversiones suscritos por el mismo país.

Palabras Clave: Inversión Extranjera – Chile – Tratados Bilaterales de Inversión – Modelo de Desarrollo – Transferencia de Fondos – Banco Central.

¹ Abogado, Universidad de Chile. Postítulo en Economía y Finanzas para Abogados de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile. L.L.M. en International Law, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Investigador Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Chile. Mail: criquelmer@academia.cl. El autor quisiera agradecer al profesor Carlos Dettleff por sus valiosos comentarios, precisiones y sugerencias a la investigación que llevó a este trabajo.

I. INTRODUCCION

Los Tratados Bilaterales de Inversión (o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) son Tratados Internacionales suscritos entre Estados que establecen determinadas garantías en favor de los inversionistas extranjeros en el territorio del Estado receptor de la inversión. Dichos instrumentos, por regla general, se preocupan de definir la inversión que recibe protección del Tratado, contienen cláusulas que resguardan a los inversionistas en caso de expropiación o de medidas expropiatorias, contemplan

estándares tales como el de trato justo y equitativo o como el de trato de nación más favorecida y, además, incluyen un mecanismo de arbitraje entre el Estado receptor y el inversionista extranjero.¹

Quizás dentro de las garantías más importantes que este tipo de Tratados confieren a los inversionistas extranjeros se encuentra la cláusula de *transferencia de fondos*. En ella se refleja, de un modo particularmente sensible, el equilibrio alcanzado entre los intereses de los inversionistas extranjeros y del Estado receptor de la inversión, intereses que no pocas veces son divergentes.² Esto se debe a que en virtud de dicha cláusula a los inversionistas extranjeros se les autoriza, en términos generales, a repatriar tanto sus capitales como otros activos vinculados a ellos y, en algunos casos, se les permite incluso sin mayores requisitos el internar nuevas sumas de dinero. Desde su punto de vista, la cláusula es atractiva pues de otro modo podrían verse obligados a reinvertir las ganancias de su inversión en el país que la recibe.³ Por otro lado, desde la óptica del Estado receptor, la cláusula puede ser considerada compleja toda vez que una salida o entrada importante de divisas puede generar distorsiones en su economía, tales como la apreciación de su moneda o la generación de burbujas financieras.⁴

Así las cosas, la disposición en comento puede llegar a limitar de forma dramática la “soberanía monetaria” del Estado receptor⁵ mientras concede más prerrogativas a los inversionistas extranjeros. Aquí radica la importancia de las limitaciones a la cláusula de transferencia de fondos, pues fijan los contornos de las medidas que lícitamente pueden imponer los Estados frente a los capitales foráneos en el marco de los Acuerdos de Inversión. No está demás decir que la doctrina ha señalado que, en cláusulas formuladas de manera amplia como son las que figuran por lo general en la práctica chilena, las medidas que pueden imponer los Estados receptores se encuentran restringidas a aquellas que figuran en el texto del respectivo Tratado,⁶ problema que también será analizado en este trabajo.

¹ Cfr. Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment* (3a Ed., Cambridge University Press 2010), p. 175.

² Cfr. Dolzer, Rudolph y Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law* (2a Ed., Oxford University Press, 2012), p. 212.

³ Cfr. Bernardini, Piero. *Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts*, *The Journal of World Investment and Trade*, 235 (2001), p. 243.

⁴ Cfr. Ostry, MJD y Qureshi, MS, *Capital Inflows: The Role of Controls* (IMF STAFF POSITION NOTE 2010) (SPN/10/04), p. 6.

⁵ Cfr. Waibel, Michael. *BIT by BIT—The Silent Liberalisation of the Capital Account*; En Binder et. al. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*, vol 3 (Oxford University Press, 2009), p. 2.

⁶ Cfr. Kolo, Abba y Wälde, Thomas. *Economic Crises, Capital Transfer Restrictions and Investor Protection under Modern Investment Treaties*; *Capital Markets Law Journal*, 3 (2008).

El reciente cuestionamiento al Estatuto de la Inversión Extranjera en Chile (condensado en el Decreto Ley 600) abre la puerta, asimismo, para investigar otro de los aspectos que rigen este tipo de actividad en dicho país, como son los Tratados Internacionales de Inversión y sus respectivas cláusulas de transferencia de fondos. Si se busca modificar este régimen no basta con fijarse en el Decreto Ley ya indicado, sino que se hace necesario centrar los focos también en los compromisos bilaterales que en la materia ha asumido el Estado de Chile. En lo que sigue, se analizará tanto dicha disposición como las limitaciones que encuentra en los Tratados suscritos por ese país, cuestión que resulta relevante si se quiere conocer el *policy space* con que cuenta el Banco Central patrio. Asimismo, se pasará revista brevemente respecto de los problemas que encuentran las limitaciones mencionadas en relación al principio de no discriminación entre inversionistas, presente en algunas *cláusulas de reserva de derechos del Banco Central*. Por último, se presentan las conclusiones de este estudio.

II. LA CLÁUSULA DE TRANSFERENCIA DE FONDOS EN LA PRACTICA CHILENA

Como se señaló, usualmente la cláusula de transferencia de fondos presente en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Chile (así como en los capítulos de Inversión de sus Tratados de Libre Comercio) se encuentra redactada de manera particularmente amplia. Así, por ejemplo, el inciso primero de la cláusula quinta de este tipo de instrumento celebrado entre ese país y la República de Hungría⁷ dispone que: “Cada Parte Contratante autorizará, sin demora, a los inversionistas de la otra Parte Contratante para que realicen la transferencia de los fondos relacionados con las inversiones (...)”

Como se nota, el Tratado protege la transferencia de fondos “relacionados con las inversiones”, expresión presente en la mayor parte de estos Acuerdos suscritos por Chile.⁸ De esta manera, para analizar la protección de la que gozan las transferencias es necesario también determinar el concepto de inversión para efectos del Tratado.⁹

⁷ Una lista completa de este tipo de acuerdos suscritos por Chile se puede encontrar en: Chile. Comité de Inversiones Extranjeras. (s.f.). Listado de Acuerdos Internacionales. Recuperado el 4 de junio de 2014 de <http://www.ciechile.gob.cl/es/publicaciones/listado-acuerdos-internacionales/>

⁸ En este sentido se encuentran los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPIS) suscritos entre Chile y: Austria, Bolivia, Corea del Sur, Costa Rica, República de Croacia, Cuba, Egipto, El Salvador, las Filipinas, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Polonia, República Checa, Rumania, Ucrania y Uruguay.

⁹ Cfr. Dolzer, Rudolf y Schreuer, Cristoph. *supra* nota 3, pp. 95 y ss.

Sin perjuicio de ello, otros Acuerdos de nuestro país protegen la transferencia de “pagos relacionados con la inversión” o de pagos que tengan una “conexión” con la misma.¹⁰ Siguiendo a Hussein, este tipo de cláusulas no protegen todas las transferencias que tengan una vinculación con la inversión, sino sólo aquellas que constituyan “pagos”, de manera tal que quedarían fuera de su órbita aquellas que se limitasen a trasladar fondos desde un lugar hacia otro.¹¹

Por su parte, los Tratados de este tipo suscritos por Chile establecen que las transferencias deben autorizarse “sin demora”, “sin demora injustificada” o “sin demora o restricciones excesivas”. Las transferencias se entenderán autorizadas de esta manera si son concedidas en un plazo que oscila entre quince días y tres meses (dependiendo del Instrumento), contado por regla general desde la solicitud del inversionista extranjero.

Junto a ello, la mayoría abrumadora de los Tratados Bilaterales de Inversión celebrados por el país en comento, luego de fijar el objeto genérico de protección de la cláusula de transferencia de fondos, incluyen una lista meramente ejemplar de activos respecto a los que debe considerarse que poseen una conexión con la inversión. De esta manera, algunos activos reciben la protección necesaria (en este caso, específica) para permitirles a los inversionistas extranjeros el transferirlos desde Chile hacia el extranjero. Así, por ejemplo, el Acuerdo entre Chile y el Reino de Noruega incluye dentro de ellos, los siguientes:

- a) intereses, dividendos, utilidades y otros rendimientos; b) amortizaciones de préstamos relacionados con las inversiones; c) pagos derivados de los derechos enumerados en el Artículo 1, párrafo 2), letra d) de este Convenio; d) el producto de la venta total o parcial de la inversión; e) compensación por la desposesión o pérdida descrita en el Artículo 6 de este Convenio; f) los ingresos de los empleados extranjeros que estén trabajando en relación con una inversión, una vez que se haya cumplido con las exigencias legales.

Así, en dichos casos, los inversionistas extranjeros podrían transferir libremente los fondos que tuviesen una “conexión” con la inversión efectuada, entre los que destacan aquellos incorporados en la lista. En este sentido, cabe resaltar que la cláusula usualmente sólo protege transferencias desde Chile hacia el extranjero.

¹⁰ En este sentido se encuentran los APPIs suscritos entre Chile y: Argentina, Alemania, Ecuador, Finlandia, Noruega, Perú, Suiza y Venezuela.

¹¹ Cfr. Hussein, Amr Abbas Mohamed Adel Abbas. *Bilateral Investment Treaties Treatment of International Capital Movement: Time for Reform?* (University of London, 2011), p. 152.

Sin perjuicio de ello, otros Tratados incluyen dentro de dichos activos los “capitales y cuotas adicionales de capitales utilizados para el mantenimiento y el incremento de las inversiones”.¹² En estos casos, la cláusula se expande y no se limita a proteger los flujos desde nuestro país hacia otros Estados sino que cubre también la entrada a Chile de nuevos fondos en la medida en que se enteren para acrecentar o mantener una inversión que ya se hubiese efectuado. De esta forma, aun cuando pudiesen establecerse limitaciones relacionadas con la entrada de capitales, ellas no serían aplicables al ingreso de inversiones que tuviesen una conexión con una inversión ya efectuada, en tanto el tenor de la cláusula es permisivo y otorga una amplia protección en lo relativo a la transferencia de fondos.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, bien cabe preguntarse si es lícito, desde el punto de vista del Tratado, que el Estado receptor implemente medidas que restrinjan la transferencia de fondos distintas a aquellas consideradas en el propio Instrumento o bien, si puede hacerlo en caso de que no exista expresamente excepción alguna en este sentido (incorporada en la misma cláusula o en un Anexo). En lo que sigue, exploraremos en primer lugar este problema para luego pasar a analizar las limitaciones y excepciones pactadas en los Acuerdos de Inversión chilenos.

III. LIMITACIONES GENERICAS A LA TRANSFERENCIA DE FONDOS

Para analizar el problema antes mencionado, es necesario tener a la vista que no existe un derecho de establecimiento ni de admisión para la inversión extranjera en el derecho internacional consuetudinario.¹³ Como bien señalan los comentaristas, los Tratados de Inversión han abordado esta laguna, principalmente, de dos maneras distintas.

La primera, corresponde al denominado *modelo de admisión*, en virtud del cual:

(...) el Estado receptor no concede un derecho de entrada ni de establecimiento para los inversionistas del otro Estado contratante, pudiendo aplicar cualquier procedimiento de admisión y de *screening* para sus inversiones además de determinar las condiciones bajo las cuales se autorizará a ingresar y a operar en el país a sus inversiones.¹⁴

¹² Como es el caso de los Acuerdos celebrados entre Chile y: Alemania, Argentina, Austria, Ecuador, Finlandia, Hungría, Portugal y Suiza.

¹³ Cfr. Hussein, Amr Abbas Mohamed Adel Abbas. *supra* nota 12, pp. 106-107.

¹⁴ Joubin-Bret, Anna. Admission and Establishment in the Context of Investment Protection; en Reinisch August (ed), *Standards of Investment Protection. Admission and Establishment in the Context of Investment Protection* (Oxford University Press, 2008), pp. 10-11. Traducción libre del inglés: “(...) *the host country does not grant positive*

Esta es la forma en que la mayor parte de los Tratados de Inversión suscritos por Chile se aproximan al problema. Por medio de la segunda forma, los Tratados confieren trato de nación más favorecida y trato nacional al momento de la admisión de la inversión.

En lo que se refiere al primero de los modelos mencionados, los comentaristas han destacado que sin perjuicio de que por medio de él no se concede un derecho reclamable de establecimiento o admisión a los inversionistas extranjeros, se obliga al Estado receptor a respetar sus propias leyes a la hora de admitir o denegar la admisión de los capitales foráneos protegidos por el Tratado.¹⁵ En general, el modelo de admisión se materializa por medio de una disposición específica (llamada usualmente por la doctrina angloparlante como la *in accordance with host state laws and regulations clause*), según la cual la inversión debe cumplir con la legislación y regulaciones del Estado receptor. Como se dijo anteriormente, esta cláusula figura en la mayor parte de los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Chile incorporándose usualmente en el acápite correspondiente a las definiciones. Así, por ejemplo, el numeral 2 del Artículo 1 del Acuerdo entre el mencionado país y la República Checa dispone que:

El término “inversión” comprenderá todo tipo de activos invertidos en relación con las actividades económicas de un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante en conformidad con las leyes y reglamentos de la última e incluirá, en particular, si bien no exclusivamente (...).

Sin embargo, como bien subraya Andrea Carlevaris expresiones similares a la anterior pueden encontrarse en otras cláusulas de los Acuerdos,¹⁶ cuestión que ocurre, por ejemplo, en el caso del Artículo 2 del Tratado entre Chile y Alemania, en el que se lee:

Cada Parte Contratante, de acuerdo con sus disposiciones legales vigentes, permitirá, dentro de su respectivo territorio, las inversiones nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, promoviéndolas en lo posible. En todo caso tratará justa y equitativamente las inversiones.

El asunto a este respecto reside en determinar los efectos de esta disposición desde el punto de vista de la legislación del Estado receptor, del propio del Tratado y, específicamente, del de la garantía que concede en favor de los inversionistas extranjeros en lo que toca a la transferencia de fondos. Una

rights of entry and establishment to investors from the other contracting party, and may apply any admission and screening procedures for foreign investment that it may have or wish to apply and determine the conditions under which foreign investment will be allowed to enter and operate in the country”.

¹⁵ Cfr. Sacerdoti, Giorgio. *The Admission and Treatment of Foreign Investment under Recent Bilateral and Regional Treaties*; *The Journal of World Investment and Trade*, 105 (2000), pp. 108-109.

¹⁶ Cfr. Carlevaris, Andrea. *The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals*; *The Journal of World Investment and Trade*, 35 (2008), p. 37.

interpretación posible de la cláusula en comento sugiere que su principal efecto es el de *consolidar* la legislación doméstica del Estado que recibe la inversión una vez que ella se ha efectuado. Para efectos de este trabajo, la opinión anterior propondría que las potenciales restricciones a la transferencia de fondos contenidas en la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central efectuadas por la mencionada institución podrían aplicarse a inversiones extranjeras sin infringir el cuerpo normativo del Tratado respectivo, aun cuando ninguna de ellas figurase en éste último. Esta sería la opinión, aparentemente, de Lopeandía.¹⁷ Asimismo, parte de esta interpretación puede rastrearse a los argumentos esgrimidos por la República de Bolivia en uno de los casos más polémicos ventilados en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.¹⁸ Nos referimos a *Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/02/3).

En la especie, la demandada (República de Bolivia) argumentó que el Tribunal Arbitral constituido en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones carecía de competencia para conocer del conflicto debido principalmente al contenido del Artículo 2 del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre dicho Estado y los Países Bajos, instrumento invocado por la demandante, Aguas del Tunari S.A.¹⁹ De acuerdo al Tribunal constituido para el efecto, la disposición mencionada establecía que:

Cada Parte Contratante podrá [‘deberá’ según el texto en inglés], dentro del marco de sus leyes y regulaciones, promover la cooperación económica a través de la protección en su territorio de las inversiones nacionales de la otra Parte Contratante. Sin perjuicio de su derecho de ejercer los poderes conferidos por sus leyes o regulaciones, cada Parte Contratante admitirá tales inversiones.²⁰

Como se ve, la cláusula es similar (pero no idéntica) a la propia contenida en la práctica chilena. Aún más, de acuerdo al Arbitraje, la demandada subrayó que el inversionista extranjero sólo podía recurrir a este respecto ante Tribunales bolivianos pues la disposición ya citada del Acuerdo pertinente establecía que la República de Bolivia permitía las inversiones “en el marco de sus leyes y reglamentos” de manera tal que, en tanto su sistema jurídico sometía dichos asuntos a sus Tribunales domésticos, el conflicto debía

¹⁷ Cfr. Lopeandía, Felipe. *Informe Marco Jurídico Nacional E Internacional Sobre Inversión Extranjera Directa En Chile* (CEPAL, Naciones Unidas, 2001), pp. 18 y ss.

¹⁸ De Gramont, Alexandre. *After the Water War: The Battle for Jurisdiction in Aguas Del Tunari, SA v. Republic of Bolivia* (Jul., 23 2014, 10:14 a.m.) Transnational Dispute Management, 3 (2006), Recuperado el 9 de junio de 2014 de <http://transnational-dispute-management.com/article.asp?key=850>.

¹⁹ *Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, pp. 19-20.

²⁰ Citado por el Tribunal, *ibid.*, p. 36.

resolverse en esa sede.²¹ Así, para la demandada la cláusula de *in accordance with host state laws and regulations*, además de consolidar la legislación nacional, extendía y colocaba todos los conflictos derivados de la inversión dentro de la órbita de la competencia de los Tribunales bolivianos, en tanto así lo requería su ordenamiento jurídico. Aguas del Tunari S.A. objetó los argumentos del mencionado país sosteniendo, que “(...) si se llevara a su fin lógico la interpretación dada por el Demandado al Artículo 2, “no existiría ningún arbitraje del CIADI” a lo que añadió que “(...) esa interpretación permitiría también una resurrección indirecta de la Doctrina Calvo”.²²

En la decisión de este asunto el Tribunal Arbitral enfatizó que el Artículo 2 ya citado debía ser interpretado considerando el “objeto y finalidad” del Tratado. Así, desestimó la objeción de la República de Bolivia argumentado que:

(...) es necesario recordar que uno de los principales objetivos del TBI [Tratado Bilateral de Inversión], medido en relación con los motivos que llevaron a su celebración y con sus disposiciones sustanciales, consiste en la determinación del CIADI como foro independiente y neutral para la solución de diferencias relativas a inversiones conforme a un régimen jurídico sustancial aplicable previsto en el TBI. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal concluye que los Estados Partes no pueden haber tenido la intención de que las referencias a la legislación nacional contenidas en el Artículo 2 sean tan amplias como para dejar de lado el objeto y la finalidad del tratado. La interpretación del Demandado permitiría a un Estado receptor de inversiones hacer uso de su responsabilidad afirmativa de “promover la cooperación económica a través de la protección en su territorio de las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante”, transformándola en una oportunidad de introducir la regla de exclusividad de la jurisdicción local en materia de diferencias relativas a inversiones.²³

Sin perjuicio de que en el razonamiento del Tribunal no se trató específicamente la tesis de la *consolidación* de la legislación nacional (que fue mencionada precedentemente), éste podría orientar la argumentación a su respecto. Así, en tanto el Tribunal destacó que el Tratado debe ser interpretado de acuerdo a su “objeto y finalidad”, siendo uno de los principales objetivos del Acuerdo correspondiente el arbitraje en sede del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, podría bien sostenerse que otro corresponde a la libre transferencia de fondos, sin perjuicio de las excepciones que los Estados hayan acordado de manera explícita y específica. Así, el razonamiento del Tribunal podría extenderse para indicar que el restringir la transferencia de fondos, por medio de una disposición genérica (en este caso, la cláusula de *“in accordance with host State laws and regulations”*) y no por medio de una excepción específica incluida ya en la cláusula de transferencia de fondos o en un anexo,

²¹ *Ibíd.*, p. 35.

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*, p. 38.

terminaría por distorsionar el núcleo de protección que el Acuerdo busca configurar para los inversionistas de ambos Estados.

De esta manera, para precaver eventuales litigios que tuvieran como demandada a la República de Chile en momentos en los que se hiciera necesario aplicar alguna de las medidas más severas contenidas en la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, sería recomendable, por lo menos, que se plantease la alternativa de re-negociar el texto de sus Tratados en materia de inversiones.

A mayor abundamiento, cuando la jurisprudencia se ha referido a la cláusula ya mencionada lo ha hecho de una manera diferente a la que ha sido expuesta a propósito de la tesis de la *consolidación* de la legislación nacional. Así, por ejemplo, Kriebaum subraya, citando las reflexiones del Tribunal de *Salini Construttori S.P.A. v. Reino de Marruecos* (Caso No. Arb/00/4) que el objeto de la cláusula en comento corresponde a “(...) prevenir que el Tratado Bilateral proteja inversiones que no deberían ser protegidas, particularmente, porque serían ilegales”.²⁴ Asimismo, agrega que aun cuando los Estados han pretendido entender la cláusula en comento en el sentido de que sería su legislación doméstica la que delimitaría la definición de inversión protegida por el Tratado, dicha interpretación ha sido sistemáticamente rechazada en sede arbitral, cuestión que también resalta Carlevaris.²⁵

De esta forma, de la revisión doctrinaria de los fallos que se han referido a la cláusula de *in accordance with host State laws and regulations* fluye que la opinión de los Tribunales se inclina a sostener que las inversiones ilegales no podrían protegerse por medio del mecanismo de resolución de conflictos del Tratado, toda vez que excederían el consentimiento del Estado para el Arbitraje, siguiendo el Artículo 25 de la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.²⁶ Asimismo, los comentaristas suelen agregar que no cualquier infracción a la legislación del Estado receptor privará de esta protección a la inversión sino que para el efecto ellas deberán referirse a normas fundamentales.²⁷

Como queda en evidencia de acuerdo a lo expuesto, cuando se ha discutido en los arbitrajes la mencionada disposición se ha omitido el argumento de la *consolidación*. Aun cuando ello sólo es

²⁴ Citado por Kriebaum, Ursula. *Chapter V: Investment Arbitration - Illegal Investments* en Klausegger, Christian y Klein, Peter (eds.), *Austria Arbitration Yearbook 2010* (CH Beck, Stämpf & Manz, 2010), p. 306. Traducción libre del inglés: “(...) prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal”.

²⁵ Cfr. Carlevaris, Andrea. *supra* nota 17, p. 37.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Cfr. Kriebaum, Ursula. *supra* nota 25, p. 138.

mostrativo (y no demostrativo), y considerando que el punto es particularmente debatible, cabe precisar que esa interpretación, no se encuentra por regla general, acorde con el objetivo y propósito de los Acuerdos de Inversión suscritos por Chile. Justamente por esto, cuando el Estado de Chile quiso reservarse o establecer determinadas limitaciones a la transferencia de fondos, tendió a hacerlo expresamente, situación que evolucionó en la práctica chilena hasta el último Acuerdo en materia de Inversiones y los últimos Tratados de Libre Comercio con Capítulos relativos a esta materia.

Así, por regla general, la República de Chile, como Estado receptor de la inversión, no podría implementar medidas que limitasen la transferencia de fondos (que se encuentren “relacionados con la inversión” o que constituyan “pagos relacionados con una inversión”, dependiendo del objeto de protección del modelo de Tratado ya analizado), sino ahí donde existiese una excepción explícita incorporada en el texto del Acuerdo. Esto contrasta de manera dramática con las amplias facultades del Banco Central para regular el flujo de divisas desde y hacia Chile, de manera que, en la práctica, este tipo de instrumentos restringen las medidas que puede ejercer legítimamente la mencionada entidad reguladora.

De ello se desprenden tanto la necesidad de un análisis respecto a las limitaciones específicas establecidas en los Instrumentos Internacionales de este tipo como su reconsideración dentro del estatuto de inversión extranjera que rige en nuestro país. A continuación nos ocuparemos del primero de estos problemas.

IV. LAS LIMITACIONES A LA CLAUSULA DE LIBRE TRANSFERENCIA DE FONDOS EN LA PRACTICA CHILENA

En los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscritos por Chile encontramos cuatro limitaciones a la cláusula de transferencia de fondos. La primera, se refiere a una limitación temporal que afecta la repatriación del capital inicialmente invertido. La segunda, se identifica con el cumplimiento previo de determinadas formalidades previstas en la legislación doméstica. La tercera corresponde a una excepción a la cláusula de transferencia de fondos, aplicable cuando el Estado receptor sufre problemas con su balanza de pagos. Finalmente, la cuarta, se identifica con la cláusula de reserva de derechos del Banco Central, que constituye la limitación más importante a este respecto en la práctica de nuestro país.

A. LIMITACIONES TEMPORALES

Prácticamente todos los Tratados en la materia suscritos por Chile incluyen una limitación a la cláusula de transferencia de fondos que se refiere específicamente al momento en el cual el inversionista extranjero puede repatriar su inversión. El periodo de tiempo contemplado por los Acuerdos varía de uno²⁸ a tres años,²⁹ plazo que se cuenta usualmente desde que la inversión se ha efectuado o desde que ha entrado al territorio del Estado receptor.

La limitación en comento tiene por objeto el sustraer del objeto de protección del Tratado a inversiones volátiles, fundadas en las diferencias en los tipos de cambio entre el mercado internacional y el doméstico. De esta forma, la autoridad chilena pretendió proteger la inversión extranjera directa sobre la inversión de portafolio, siendo esta última efectuada típicamente para producir beneficios de corto plazo. Así, Ffrench-Davis subraya que:

A fin de que las exportaciones sigan siendo un motor de crecimiento de la economía chilena, el nivel y la estabilidad del tipo de cambio real son decisivos. Este objetivo podría haber peligrado si las entradas de capital hubieran causado una apreciación excesiva del tipo de cambio y una mayor volatilidad en el evento de revertirse la dirección de los flujos netos.³⁰

Sin perjuicio de lo ya indicado, cabe recalcar que la limitación mencionada se refiere única y exclusivamente a la repatriación del capital invertido, no al resto de los activos protegidos por la cláusula (entre los que pueden encontrarse, como ya hemos visto, las utilidades y las retribuciones del personal que tengan conexión con la inversión en el territorio del Estado receptor).

B. LIMITACIONES CORRESPONDIENTES A LA LEGISLACION DEL ESTADO RECEPTOR

La legislación doméstica del Estado receptor en lo que se refiere específicamente a las transferencias en la mayor parte de los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Chile aparece de maneras distintas. Un primer grupo de Acuerdos se refiere a dicha legislación cuando se preocupa del tipo de cambio de

²⁸ Como ocurre en el caso de los Acuerdos celebrados entre Chile y: Australia, Austria, Bolivia, China, Corea del Sur, Costa Rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Finlandia, Grecia, Guatemala, Honduras, Indonesia, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Reino Unido, República Dominicana, Suecia, Ucrania y Uruguay.

²⁹ En este sentido destacan los Acuerdos celebrados entre Chile y: Alemania, Argentina, España, Francia, Italia, Malasia y Suiza.

³⁰ Ffrench-Davis, Ricardo. *Entre El Neoliberalismo Y El Crecimiento Con Equidad: Tres Décadas de Política Económica En Chile* (Dolmen, 2001), p. 305.

las transferencias.³¹ Otro, incorpora como requisito para las transferencias el cumplimiento de ciertas obligaciones contenidas en el mencionado cuerpo normativo del país que recibe la inversión (como es el caso del cumplimiento de las disposiciones tributarias).³²

Sin perjuicio de ello, es sólo en un número limitado de casos en los cuales se sujeta o condiciona la transferencia de los fondos al cumplimiento de aspectos sustantivos de la legislación del Estado Receptor. Así, por ejemplo, el inciso primero del Artículo 1 del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproco de Inversiones celebrado entre Chile y Malasia dispone que: “Cada Parte Contratante, con sujeción a sus leyes, reglamentos y políticas nacionales, autorizará sin demora injustificada la transferencia (...)”. Lo propio ocurre en el caso del Acuerdo en materia de inversiones suscrito entre Chile y China en el cual se establece que la cláusula de transferencia de fondos “(...) no obstará a que cualquiera de las Partes Contratantes imponga restricciones cambiarias en conformidad a sus leyes y regulaciones aplicables”.³³

Los dos últimos casos anteriormente indicados constituyen una excepción dentro de la práctica chilena. Tal y como puede notarse, en el caso del Tratado Chile-Malasia se condiciona el derecho de los inversionistas a efectuar transferencias no sólo a la legislación del Estado receptor, sino también a sus “reglamentos y políticas nacionales”, formulación que abre la puerta para que el regulador del país en cuestión adopte las medidas que estime pertinentes. Sin embargo, es necesario notar que en dicho caso los contornos de la relación inversionista-Estado seguirían definiéndose por los otros estándares aplicables (como ocurre con el de trato justo y equitativo).

En lo que toca específicamente al Acuerdo entre Chile-China las medidas autorizadas para restringir las transferencias se refieren única y exclusivamente a restricciones cambiarias, las cuales se enmarcan dentro de los controles de cambios internacionales. De acuerdo a Strauss estos mecanismos pueden definirse desde un punto de vista amplio como “medidas administrativas u otro tipo de medidas legales impuestas por una autoridad pública para regular los pagos y transferencias internacionales”.³⁴

³¹ Aquí figuran los Acuerdos celebrados entre Chile y: Australia, Bolivia, Costa Rica, Croacia, Cuba, El Salvador, Filipinas, Guatemala, Honduras, Hungría, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Polonia, República Checa, Ucrania y Uruguay.

³² Como ocurre en el caso del APPI celebrado entre Chile y Rumania.

³³ Traducción libre del inglés: “(...) shall not preclude either Contracting Party from imposing Exchange restrictions in accordance with its applicable laws and regulations”.

³⁴ Strauss, Michael. *Currency Control Definition and Background. International Legal Framework*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford Public International Law, 2013). Traducción libre del inglés:

C. LIMITACIONES RELACIONADAS CON PROBLEMAS CON LA BALANZA DE PAGOS

En un limitado grupo de casos, los Acuerdos suscritos por Chile incluyen una excepción a la cláusula de transferencia de fondos que se relaciona con ciertos problemas económicos que podrían afectar al Estado receptor. En estos Tratados, el Estado en cuestión podría adoptar legítimamente medidas que restringiesen la transferencia de fondos que tengan una “conexión” o que se “relacionen” con una inversión en la medida que se cumplan los mencionados supuestos.

Dentro de este grupo de instrumentos figura el Acuerdo celebrado entre Chile y Colombia, así como del suscrito entre el primer país y Uruguay. Lo propio puede decirse respecto al acápite de transferencias incorporado en el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Australia. Así, por ejemplo, en el numeral 3 de la Adenda al Artículo V del primero de los instrumentos mencionados se lee que:

Ninguna disposición de este Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte Contratante adopte o mantenga medidas que restrinjan las transferencias cuando la Parte afronte dificultades serias en su balanza de pagos, o amenaza de las mismas, siempre que las restricciones sean compatibles con el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, sus anexos y enmiendas ratificados por cada parte.

Como salta a la vista, en estos casos, las medidas en cuestión pueden ser implementadas no sólo cuando el Estado receptor enfrenta dificultades serias en su balanza de pagos, sino también cuando exista una “amenaza” de que ocurra dicha situación. Asimismo, en la medida en que se impongan restricciones, ellas deben ser compatibles con el Acuerdo del Fondo Monetario Internacional. En este sentido, Federico Lupo subraya que los Artículos del Acuerdo mencionado:

(...) contienen obligaciones generales para que los Miembros se abstengan de manipular los tipos de cambio o el sistema monetario internacional con el objeto de evitar ajustes efectivos en su balanza de pagos o de obtener una ventaja competitiva injusta sobre los otros miembros.³⁵

D. LA CLAUSULA DE *RESERVA DE DERECHOS* DEL BANCO CENTRAL

“administrative or other legal measures imposed by a public authority to regulate the making of international payments and transfers”.

³⁵ Lupo, Federico. *The International Regulatory Regime on Capital Flows and Trade in Services*, ADBI Working Paper Series, 338 (2011), p. 7. Traducción libre del inglés: “(...) provide the general obligations on the Members to avoid manipulating Exchange rates or the International monetary system in order to prevent effective balance of payments adjustment or to gain an unfair competitive advantage over other members”.

Finalmente, la limitación más severa que recibe la garantía de transferencia de fondos presente en la práctica chilena se encuentra en la *cláusula de reserva de derechos* del Banco Central. Dicha disposición está incluida exclusivamente en el Tratado de Inversión entre Chile y Uruguay y en los capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio suscritos entre Chile y Australia, Colombia, Corea del Sur, Japón, México y Perú.

En los Tratados el texto de la cláusula es bastante similar y dispone amplias facultades para el Banco Central del Estado receptor (aunque, en algunos casos, sólo para el Banco Central del Estado de Chile cuando dicho país es quien recibe la inversión).

Así, por ejemplo, el Anexo B del Acuerdo de Inversión celebrado entre Chile y Uruguay dispone que:

1. Chile se reserva el derecho del Banco Central de Chile de mantener o adoptar medidas de conformidad con su Ley Orgánica Constitucional (Ley 18.840) u otra normas legales para velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos otorgándosele como atribuciones para estos efectos, la regulación de la cantidad de dinero y de crédito en circulación, la ejecución de las operaciones de crédito y cambios internacionales, como, asimismo, el dictar normas en materia monetaria crediticia financiera y de cambios internacionales. Son parte de estas medidas, entre otras, el establecimiento de requisitos que restrinjan o limiten los pagos corrientes y transferencias desde o hacia Chile, así como las operaciones que tienen relación con ellas, como por ejemplo, establecer que los depósitos, inversiones o créditos que provengan o se destinen al exterior queden sometidos a la obligación de mantener un encaje.
2. No obstante el párrafo 1, la exigencia de mantener un encaje de conformidad con el Artículo 49 N° 2 de la Ley 18.840 no podrá exceder el treinta por ciento (30%) del monto transferido y no se podrá imponer por un período superior a dos años.

Como bien puede notarse, en virtud de esta cláusula el Estado chileno se “reserva el derecho del Banco Central de Chile” para “mantener o adoptar medidas” en conformidad a su legislación (no sólo respecto de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central), siempre y cuando dichas providencias tengan por objeto el “velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos”. Asimismo, destaca que la cláusula ejemplifica determinadas medidas que deben ser consideradas como permitidas desde el punto de vista del Tratado entre las que se encuentran el establecimiento de requisitos específicos para las transferencias (“desde o hacia Chile”), así como el *encaje*.

De acuerdo a Ffrench-Davis esta última herramienta tiene por objeto “(...) incrementar el costo de las entradas de corto plazo (...)”,³⁶ reduciendo la volatilidad de los capitales que ingresan al país. Por medio del *encaje* se requiere al inversionista extranjero el depósito de un porcentaje de la suma a invertirse por un periodo específico de tiempo, lapso en el cual la suma enterada no se aumenta con un interés. En el caso del Acuerdo Chile-Uruguay ya indicado, el plazo máximo del encaje es de dos años y éste no puede exceder al treinta por ciento de los montos transferidos.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, resalta que el abanico de medidas que podría adoptar el Banco Central en virtud de la cláusula en comento es particularmente amplio, pudiendo afectar la gran mayoría de operaciones de los inversionistas extranjeros en el desarrollo de sus negocios. De esta manera, a diferencia de lo que ocurre en la gran cantidad de los Acuerdos de Inversión suscritos por Chile, la disposición de *reserva de derechos* se preocupa de reconfigurar el equilibrio existente entre las facultades del ente regulador nacional y los intereses de los inversionistas extranjeros. En virtud de ella, se protegen de manera sustantiva las facultades del Estado receptor sin necesidad de que se susciten otras circunstancias (como ocurre en el caso de medidas a echar mano en el contexto de dificultades con la balanza de pagos).

Sin embargo, la cláusula concluye estableciendo que el Estado receptor no podría discriminar, a la hora de aplicar estas medidas, entre inversionistas nacionales del otro Estado (en este caso, Uruguay) e inversionistas de terceros Estados. Así, el numeral tercero del anexo en comento dispone que: “Al aplicar las medidas en virtud del presente Anexo, Chile, tal como se establece en su legislación, no podrá discriminar entre Uruguay y cualquier tercer país respecto de operaciones de la misma naturaleza”.

Dicha disposición, emparentada de manera cercana con la cláusula de nación más favorecida, podría minar la posibilidad fáctica de aplicar las providencias ya mencionadas sólo respecto de capitales uruguayos en territorio chileno, toda vez que las mismas no podrían imponerse a inversionistas de terceros Estados que tengan vigentes Acuerdos más permisivos con Chile. De esta forma, podría argumentarse que el efectuar diferencias en el Trato entre inversionistas de diferentes nacionalidades podría ser discriminatorio y, por lo tanto, violatorio del texto del Tratado.

³⁶ Ffrench-Davis, Ricardo. *supra* nota 31, p. 295.

Cabe destacar que la cláusula de nación más favorecida se considera como uno de los pilares del derecho comercial internacional,³⁷ sin perjuicio de que hoy por hoy pueda tenerse como un “compromiso substantivo típico de la mayor parte de los modernos tratados de inversión”³⁸ asumiendo un rol esencial, junto al estándar de Trato Nacional, para promover la liberalización en la materia.³⁹

El inciso primero del Artículo 3 del Proyecto de Artículos sobre la Cláusula de Nación Más Favorecida dispone que por medio de ella se otorga el trato de nación más favorecida por el cual “(...) se entiende un trato otorgado en condiciones no menos favorables que las del trato otorgado por el Estado concedente a cualquier tercer Estado en una esfera definida de las relaciones internacionales con respecto a determinadas personas o cosas”.⁴⁰ Además de ser un estándar contingente (debe figurar en el texto del Tratado para operar), el trato de nación más favorecida se encuentra regido por el principio *ejusdem generis*, en virtud del cual “(...) la cláusula sólo atraerá condiciones referidas a la misma materia o a la misma categoría de asuntos a las que ella se refiere”.⁴¹

En materia de inversiones, Schill explica que la cláusula operaría de la siguiente manera:⁴² Si el Estado A concede una ventaja en materia de inversiones a un inversionista del Estado B y, al mismo tiempo, el Estado A ha suscrito un Tratado de Inversiones con un Estado C que contiene la cláusula de nación más favorecida, entonces, el Estado A debe conceder las condiciones ventajosas a los inversionistas del Estado C (en la medida que se cumplan los requisitos subrayados previamente, i.e., los relativos al principio de *ejusdem generis*).

Tal y como salta a la vista, si bien la disposición contenida en el Tratado Chile-Uruguay no echa mano específicamente del lenguaje propio de la cláusula de nación más favorecida, comparte sus elementos

³⁷ Cfr. Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph. *supra* nota 3, p. 207.

³⁸ Kurtz, Jürgen. *The MFN Standard and Foreign Investment. An Uneasy Fit?*, The Journal of World Investment and Trade, 5 (2004), p. 861. Traducción libre del inglés: “typical substantive commitment of most modern investment treaties”.

³⁹ Cfr. United Nations Conference on Trade and Development. *Most-Favoured Nation Treatment*, UNCTAD series on Issues in International Investment Agreements II. New York, 2010, p. 2.

⁴⁰ Organización de Naciones Unidas. Cláusula de la Nación Más Favorecida, tema 3 del Programa. Recuperado el 23 de febrero de 2015 de http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_257_add1.pdf.

⁴¹ Faya, Alejandro. *The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Agreements. A Tool for Treaty Shopping?*, Journal of International Arbitration, 25 (2008), p. 90. Traducción libre del inglés: “(...) the clause may only attract matters belonging to the same subject matter or the same category of subject as to which the clause relates”.

⁴² Cfr. Schill, Stephan. *Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favoured-Nation Clauses*, Berkeley Journal of International Law, 27 (2009), pp. 506 y ss.

esenciales: no discriminación (entre inversionistas de diferentes Estados) y aplicación circunscrita al principio de *ejusdem generis* (la no discriminación se refiere a operaciones de la *misma naturaleza*).

De esta manera, las condiciones más ventajosas contenidas en los Tratados que no contienen la cláusula de reserva de derechos del Banco Central militarían, en la práctica, en contra de la discriminación de los inversionistas uruguayos minando las posibilidades del regulador chileno para imponer restricciones a la transferencia de fondos respecto de ellos sin violar el contenido del Acuerdo.

De esta forma, el fundamento de la disposición de no discriminación se aproximaría estrechamente al de la cláusula de nación más favorecida y su rol “multilateralizador”⁴³ en lo que a las condiciones relativas a la protección de las inversiones se refiere (que insistirían, de acuerdo a Schill, en el establecimiento de condiciones competitivas a nivel global que permitan la colación eficiente de recursos en el mercado internacional).

E. ESTADO DE NECESIDAD Y RESTRICCIONES A LA TRANSFERENCIA DE FONDOS

Finalmente, en aquellos casos en los cuales los Tratados Bilaterales de Inversión no contemplen excepciones explícitas y específicas a la libre transferencia de fondos, el derecho internacional consuetudinario podría venir en auxilio del Estado receptor.⁴⁴

Así, en tiempos de crisis económica el mencionado Estado podría invocar *estado de necesidad* institución que “excluiría la ilicitud de las medidas incluso si fueron tomadas vulnerando una obligación establecida en el tratado”.⁴⁵ Para estos efectos, el Estado que recibe la inversión debe cumplir con los requisitos de la mencionada institución, los que son particularmente estrictos. De igual manera, debe subrayarse que el Artículo 25 del borrador de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado dispone que:

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con

⁴³ *Ibid.*, p. 521.

⁴⁴ Cfr. Sacerdoti, Giorgio, *BIT Protections and Economic Crises: Limits to Their Coverage, the Impact of Multilateral Financial Regulation and the Defence of Necessity*, ICSID Review, 351 (2013).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 23. Traducción libre del inglés: “would preclude the wrongfulness of the measures even if taken in breach of a treaty obligation”.

relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. 2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:
a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad;
o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.⁴⁶

Comentando esta disposición, Sacerdoti enfatiza que es particularmente difícil para el Estado receptor invocar el *estado de necesidad* en el contexto de una crisis económica. En su opinión ello se debe a que la norma en comento requiere que la medida en cuestión sea “el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente”. Así, agrega que “este es un requisito casi imposible de cumplir: usualmente, las autoridades tienen la opción, al menos en el papel, para elegir entre distintas medidas económicas. La evaluación de aquella que se necesita o la más adecuada rara vez puede efectuarse *ex ante*.”⁴⁷ De igual manera, nuestro autor subraya también que entre las dificultades para invocarlo se encuentra el requisito de que el Estado no haya contribuido a la creación de desmejorada situación económica. En este sentido, indica que “la causalidad en asuntos económicos no puede evaluarse desde un punto de vista estrictamente determinista. Casi siempre podrá encontrarse alguna contribución de parte del país en cuestión, la que normalmente no será insignificante (...)”.⁴⁸ La severidad de las condiciones indicadas en el Artículo es explicada por Kolo y Wälde, quienes hacen presente que si fuera de otra manera “(...) sería utilizada por los Estados para eludir sus obligaciones internacionales lo que sería contrario a la estabilidad y a la predictibilidad del derecho”.⁴⁹

V. CONCLUSIONES

En suma, bien puede notarse que la cláusula de transferencia de fondos contenida en la mayor parte de los Tratados Internacionales en materia de inversiones suscritos por Chile es bastante amplia, de forma que limita sensiblemente el abanico de medidas que podría imponer el Banco Central respecto a los capitales extranjeros protegidos. Ello es cierto incluso en aquellos casos en los cuáles el citado país ha

⁴⁶ Comisión de Derecho Internacional. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Organización de Naciones Unidas, 2002. Recuperado el 22 de febrero de 2015 de <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/478/00/PDF/N0147800.pdf?OpenElement>

⁴⁷ Sacerdoti, Giorgio, *supra* nota 37, p. 24. Traducción libre del inglés: “this is an almost impossible requirement to meet: usually authorities have the option, at least on paper, to choose among different economic measures. The evaluation of which one is required, or appears more effective, can rarely be agreed upon *ex ante*”.

⁴⁸ *Ibid.* Traducción libre del inglés: “causation in economic matters does not lend itself to a strict deterministic evaluation. Some contribution by the country concerned, normally non-insignificant, will almost always be found (...)”.

⁴⁹ Kolo, Abba y Wälde, Thomas, *supra* nota 7, p. 164. Traducción libre del inglés. “(...) it might be used by states to elude their international obligations which would be contrary to the stability and predictability of the law”.

pactado contrapesos expresos a la disposición mencionada, toda vez que, con honrosas excepciones (entre las que destaca la *cláusula de reserva de derechos*), ellos son enumerados específicamente y no alteran sensiblemente la posición de los inversionistas. Así, la disposición se impone como una de las garantías más importantes para los capitalistas de otros países.

Esta es la interpretación que, pensamos, debe seguirse a la hora de entender la disposición mencionada, pues es la que más se ajusta al “objeto y propósito” de este tipo de Instrumento Internacional. De esta manera, y sin perjuicio de que el punto es debatible, estimamos que la tesis de la consolidación (que fue revisada en su oportunidad) es problemática, situación que impone importantes desafíos en materia de inversión extranjera para Chile y otros países en una posición similar.

Si existen serias dudas respecto a la utilidad de los Tratados Bilaterales de Inversión en lo que a la atracción de capitales extranjeros se refiere,⁵⁰ bien cabe preguntarse si la posición *dadivosa* seguida por el Estado de Chile tiene sustentos de peso que la justifiquen. Asimismo, cabe preguntarse también por la necesidad de mantener la vigencia de este tipo de Acuerdos así como de sus respectivas cláusulas de transferencia de fondos.

Las preguntas del caso son delicadas toda vez que se relacionan con aspectos cruciales de la estrategia de inserción chilena en el mercado mundial. Como bien destaca Ffrench-Davis, uno de los factores que respalda dicha estrategia es la estabilidad del tipo de cambio,⁵¹ la que para concretarse puede requerir de la aplicación de medidas que restrinjan las transferencias desde y hacia Chile. Esta es una de las razones que funda el poner en tela de juicio los Tratados Internacionales de Inversión por medio de los cuáles el país en cuestión ha renunciado (con o sin conocimiento) a la gran mayoría de las medidas que podría adoptar el Banco Central respecto de la inversión extranjera. Así, en definitiva, parafraseando las reflexiones de Hugo Fazio respecto al Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos,⁵² si los cimientos de la estrategia de crecimiento del primer país mencionado pueden ser considerados frágiles, ellos se tornan aún más inestables con la práctica en materia de Tratados de Inversiones que, hoy por hoy, empuja a Chile a un futuro particularmente complejo.

⁵⁰ Cfr. *Colen, Liesbeth, Maertens, Miet y Swinnen, Jo. Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI to Developing Countries?; IAP P6/06 (2009).*

⁵¹ Cfr. Ffrench-Davis, Ricardo. *supra* nota 31.

⁵² Cfr. Fazio, Hugo. *TLC: El Amarre Del Modelo* (LOM, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 2004), p. 172.

Precisamente por lo planteado hasta aquí, y en el entendido que se está debatiendo una reforma al estatuto de la inversión extranjera en la República de Chile, estimamos que este tipo de Acuerdos también deberían ser objeto de escrutinio público y de enmienda. Sobre todo porque si existen dos intereses en pugna cuyo equilibrio reflejan estos Instrumentos, éste tiende, al menos en lo relativo a la cláusula de transferencia de fondos, a favorecer a los inversionistas extranjeros. Tal vez llegó el momento de inclinar la balanza en la otra dirección.