

International Centre for Settlement of Investment Disputes

1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433 U.S.A.
Telephone: (202) 458-1534 Faxes: (202) 522-2615 / 522-2027
Web site: <http://www.worldbank.org/icsid>

CERTIFICATE

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

v.

Republic of Chile

(ICSID Case No. ARB/01/7)
Annulment Proceeding

I hereby certify that the attached document is a true copy of the Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile signed by the Members of the *ad hoc* Committee.



Ana Palacio
Secretary-General

Washington, D.C., March 21, 2007

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

v.

The Republic of Chile

(ICSID Case No. ARB/01/7)

(Annulment Proceeding)

Decision on Annulment

Members of the *ad hoc* Committee

H.E. Judge Gilbert Guillaume
Professor James Crawford
Dr. Sara Ordóñez Noriega

Secretary of the Committee

Mr. Ucheora Onwuamaegbu

Representing the Claimants:

Mr. Oscar M. Garibaldi
Mr. Eugene D. Gulland, and
Ms. Karin Kizer
Covington & Burling
Washington, D.C.

Representing the Respondent:

Mr. Claudio Castillo Castillo
Jefe División Jurídica
Ministerio de Economía de Chile
and
Mr. Ronald E.M. Goodman and
Ms. Gaela K. Gehring Flores
Winston & Strawn LLP
Washington, D.C.

Date of Dispatch to the Parties: 21 March 2007

TABLE OF CONTENTS

	<i>paragraph</i>
A.	THE ANNULMENT PROCEEDINGS 1
B.	THE DISPUTE BETWEEN THE PARTIES 11
C.	THE TRIBUNAL'S AWARD 22
	(1) Overview 23
	(2) The Tribunal's findings on fair and equitable treatment 27
	(a) The fair and equitable treatment standard 27
	(b) Application of the standard to the facts 29
	(c) The Tribunal's treatment of Chile's notice argument 32
	(d) The Tribunal's finding on the role of FIC approval 34
	(e) The Tribunal's finding on regulatory risk 37
	(f) The Tribunal's conclusion on fair and equitable treatment 38
	(3) The Tribunal's finding on contributory fault 39
	(4) The Tribunal's assessment of damages 41
D.	THE GROUNDS FOR ANNULMENT 43
	(1) Introduction 43
	(2) Manifest excess of powers 44
	(3) Serious departure from a fundamental rule of procedure 49
	(4) Failure to state reasons 50
	(5) The scope of annulment authority 52
E.	THE GROUNDS FOR ANNULMENT APPLIED 55
	(1) Relationship between grounds for annulment 55
	(2) Serious departure from a fundamental rule of procedure 56
	(3) Fair and equitable treatment: manifest excess of powers 58
	(a) Failure to apply international law 61
	(b) Failure to apply Chilean law 72
	(c) Unauthorised <i>ex aequo et bono</i> determinations 76
	(4) Fair and equitable treatment: failure to state reasons 78
	(a) The implications of FIC approval 82
	(b) Chile's "urban policy" 84
	(c) Inconsistency of Chilean conduct and the "unity of the State" 87
	(d) Conclusion 90
	(5) Contributory fault 93
	(6) The assessment of damages 102
	(7) Conclusions 107
F.	COSTS 109
G.	DECISION 113

A. THE ANNULMENT PROCEEDINGS

1. On 20 September 2004, the Republic of Chile (“Chile” or “the Respondent”) filed with the Secretary-General of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID” or “the Centre”) an application requesting the annulment of an Award dated 25 May 2004 rendered by the Tribunal in the arbitration commenced by MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. (collectively “the Claimants” or “MTD”).

2. The Application was made within the time period provided in Article 52(2) of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the “ICSID Convention”). In it, the Respondent sought annulment of the Award on three of the five grounds set out in Article 52(1) of the ICSID Convention, specifically that: the Tribunal had manifestly exceeded its powers; that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; and that the Award has failed to state the reasons on which it is based. The Application also contained a request, under Article 52(5) of the Convention and Rule 54(1) of the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (the “Arbitration Rules”), for a stay of enforcement of the Award pending decision on the Application for Annulment.

3. The Secretary-General of ICSID registered the Application on 30 September 2004 and on that date, in accordance with Rule 50(2) of the, ICSID Arbitration Rules, transmitted a Notice of Registration to the parties, at the same time forwarding to the Claimants copies of the Application and accompanying documentation. The parties were also notified that, pursuant to ICSID Arbitration Rule 54(2), the enforcement of the Award was being provisionally stayed.

4. By letter of 18 January 2005, in accordance with Rule 52(2) of the Arbitration Rules, the parties were notified that the *ad hoc* Committee had been constituted, and was composed of Judge Gilbert Guillaume, Professor James Crawford and Dr. Sara Ordoñez Noriega. The parties were further notified by letter of 24 January 2005, that Judge Gilbert Guillaume had been designated President of the Committee, and on 16 March 2005, the Centre sent to the parties copies of Declarations signed by Members of the Committee pursuant to ICSID Arbitration Rule 52(2).

5. The first session of the Committee was held on 23 March 2005, at the premises of the World Bank in Paris, France, and several issues of procedure were agreed and decided. Also, at that meeting, the Claimants made a request under Arbitration Rule 54(2) for the stay of enforcement of the Award to be terminated unless appropriate security was put in place by Chile. The Committee, having heard oral arguments of the parties in that regard, established the schedule for the parties to file any further submissions that they would have in writing. By agreement of the parties, the thirty-day deadline for a decision under Arbitration Rule 54(2) was extended on the understanding that the Committee would make its decision promptly after the written submissions.

6. In its Decision of 1 June 2005, the Committee ordered that the stay of execution be continued without the need for Chile to put any security in place.¹ It did so on the ground that the only prejudice the Claimants would suffer was in respect of delay which is, however, incidental to the Convention system of annulment and could be remedied by the payment of interest in the event the annulment application is unsuccessful. In particular the Committee noted Chile's representations (a) that the ICSID Convention has been fully implemented under Chilean law, with the consequence that an ICSID award is to be given exactly the same effect as a final judgment of the Chilean courts, and (b) that in conformity with its established practice, Chile will promptly comply with the present Award, if it is not annulled.²

7. In accordance with the procedural timetable laid down by the Committee at its first session on 23 March 2005, and as agreed by the parties, the Respondent filed its Memorial in support of the request for annulment on 25 July 2005, the Claimants filed a Counter Memorial on 7 December 2005, the Respondent filed a Reply on 25 January 2006, and on 8 March 2006, the Claimants filed a Rejoinder. The Respondent's Memorial was accompanied by an Expert Opinion of Mr. Jan Paulsson; annexed to its Reply was a Supplemental Opinion of Mr. Paulsson and an Expert Opinion by Sir Arthur Watts. The Claimants' Counter-Memorial was accompanied by an Expert Opinion of Professor Christoph H. Schreuer; Supplementary Comments by Professor Schreuer were annexed to its Rejoinder.

¹ MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. v. The Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/01/7) (Annulment Proceeding), Decision on the Respondent's Request for a Continued Stay of Execution, available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/MTD.pdf>.

² Decision on the Respondent's Request for a Continued Stay of Execution, paras. 29, 35 (citing Chilean Presidential Decree No. 1304, *Diario Oficial*, 9 January 1992).

8. A one-day hearing in this annulment proceeding was held at the World Bank offices in Paris on 10 April 2006, at which counsel for both parties presented their arguments and submissions, and responded to questions from the Members of the Committee. The parties subsequently made observations on the transcripts made of the hearing, which have been taken into account by the Committee. Present at the hearing were: Members of the Annulment Committee: H.E. Judge Gilbert Guillaume, Professor James Crawford, and Dr. Sara Ordoñez Noriega; Secretary of the Committee: Mr. Ucheora Onwuamaegbu; Claimants' representatives: Mr. Oscar Garibaldi, Mr. Eugene D. Gulland, and Ms. Karin Kizer, of Covington & Burling, and Mr. Azmil Khalid and Mr. Vincent Lee of MTD Equity Sdn Bhd. and MTD Chile S.A.; and representatives of the Respondent: Mr. Ronald E.M. Goodman, Ms. Gaela K. Gehring Flores, Ms. Geraldine Fischer, and Mr. Kelby Ballena of Winston & Strawn LLP, Mr. Claudio Castillo Castillo, Head of the Legal Division, Ministry of Economic Development and Reconstruction of Chile, Mr. Eduardo Bobadilla Brinkmann, Legal Counsel of the Ministry of Economic Development and Reconstruction of Chile, and Mr. Eduardo Escalona Vásquez, Legal Counsel of the Ministry of Economic Development and Reconstruction of Chile.

9. In the absence of any agreed request by the parties to vary the rules of procedure laid down in the ICSID Convention and the Arbitration Rules, the annulment proceeding was conducted in accordance with the applicable provisions of Section 3 of Chapter IV of the ICSID Convention and the Arbitration Rules.

10. In the course of the present proceedings, Members of the Committee have deliberated by various means of communication, including a meeting in Paris on 11 April 2006, and have taken into account all pleadings, documents and testimony before them.

B. THE DISPUTE BETWEEN THE PARTIES

11. Following discussions with various Chilean officials, MTD Equity Sdn Bhd (a Malaysian company) and its wholly owned subsidiary, MTD Chile S.A. (a Chilean company), decided to pursue negotiations concerning a mixed-use planned community in the small town of Pirque, south of Santiago. The proposed site was zoned for agricultural use and, as the Claimants knew, would require rezoning in order to be developed. Following

negotiations with the Chilean owner of the land, Mr. Jorge Fontaine Aldunate, and with three Chilean agencies, the Foreign Investment Commission (“FIC”), the Servicio de Vivienda y Urbanización (“SERVIU”) and the Secretario Regional Ministerial (“SEREMI”), the Claimants entered into a Promissory Contract on 13 December 1996. The Promissory Contract was conditional upon FIC’s approval of the Claimants’ investment. It provided for the development of the land in two tranches and the creation of a Chilean corporation, El Principal Inversiones S.A. (“EPSA”) to be owned 51% by the Claimants and 49% by Mr. Fontaine.

12. On 14 January 1997, the Claimants filed an application with the FIC for approval of an initial investment of US\$17.136 million, for a project described as development of “a township of 600 hectares of Fundo El Principal de Pirque, which will be a self-sufficient satellite city, with houses, apartments for diverse socio-economical strata, schools, hospitals, universities, supermarkets, commerce of all sorts, services and all other components necessary for self-sufficiency.”³ The application was approved by the FIC on 3 March 1997. A standard Foreign Investment Contract was signed by the FIC and the Claimants on 18 March 1997; it provided that MTD would “develop a real estate project on 600 hectares of Fundo El Principal de Pirque. The aforementioned project consists of the construction of a self-sufficient satellite city, with houses, apartments, schools, hospitals, commerce, services, etc.”⁴ After signature of this first Contract, the Claimants made a US\$8.4 million capital contribution to EPSA and with US\$8.736 million purchased 51% of the shares in EPSA from Mr. Fontaine.

13. On 8 April 1997 the Claimants submitted a second application with the FIC for the investment of additional working capital of US\$364,000, which was approved. A second standard Foreign Investment Contract, likewise specifying the location of the project, was signed on 13 May 1997.⁵

14. Both Foreign Investment Contracts contained the following clause:

³ Award, para. 51.

⁴ Award, para. 54.

⁵ Much later, on 9 September 1999, a third Foreign Investment Contract was concluded. It did not specify the location of the Project. *See* Award, para. 84.

4. In any event, it is established that the Foreign Investor shall be subject to the current laws and regulations in effect regarding its activities. The present authorization is without prejudice to any others which, pursuant to such laws and regulations must be granted by the competent authorities.

It was not disputed that the word “others” in clause 4 refers to other authorizations required by Chilean laws and regulations.

15. The zoning of the site at Pirque was covered by the Plano Regulador Metropolitano de Santiago (“PRMS”) and zoning changes for the Project were handled by the SEREMI. On 16 April 1998, the Claimants were informed that the Project was inconsistent with the Government’s urban development policy. On 3 June 1998, the SEREMI wrote to MTD stating that the PRMS would not be changed: therefore the zoning changes required for the Project to go ahead were not approved. The Claimants’ request for assistance from the FIC was rejected. On 4 November 1998, the Minister formally rejected the Project.

16. On 2 June 1999, the Claimants notified the Respondent that an investment dispute existed under the terms of a 1992 Agreement between the Government of Malaysia and the Government of the Republic of Chile for the Promotion and Protection of Investments (the BIT).⁶ At the end of the three-month negotiation period required by Article 6(3) of the BIT before the dispute could be brought to arbitration, the dispute remained unresolved. At the Respondent’s request, the negotiation period was extended by 30 days but no agreement was reached.

17. On 26 June 2001, the Claimants filed the request for arbitration. The Claimants alleged, first, that the Respondent had breached its obligation of fair and equitable treatment under the BIT when, having created and encouraged the strong expectation that the Project was feasible from a regulatory viewpoint in the specific proposed location, it subsequently disapproved that location after the Claimants had irrevocably committed their investment.

18. Secondly, the Claimants relied on the most-favoured-nation clause in Article 3(1) of the BIT, which provides that investments “shall receive treatment which is fair and equitable,

⁶ Agreement between the Government of Malaysia and the Government of the Republic of Chile for the Promotion and Protection of Investments, 11 November 1992 (in force as of 4 August 1995). See Spanish version of the BIT, available at http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_malasia_sp.pdf.

and not less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State.” The Claimants argued that the MFN clause attracted several provisions of other Chilean BITs. In particular it relied on Article 3(1) of the BIT with Denmark,⁷ requiring the host State to observe “any obligation it may have entered into with regard to investments,” an obligation which in this case extended to the Foreign Investment Contracts. The Claimants also contended that the Respondent had breached Article 3(3) of the Treaty with Croatia, which relates to impairment by unreasonable and discriminatory measures, as well as Article 3(2), which provides that when a contracting party had “admitted an investment in its territory, it shall grant the necessary permits in accordance with its laws and regulations.”⁸

19. Thirdly, the Claimants argued that the refusal to grant the necessary permits amounted to an indirect expropriation in breach of Article 4 of the BIT.

20. In respect of these breaches MTD claimed “all damages to which it may be entitled under applicable law, including, without limitation, (a) all *damnum emergens* suffered by MTD as a consequence of the Respondent's breach of the Investment Contracts and the Treaty, including the amounts invested under the Investment Contracts and all costs and expenses incurred by MTD in its efforts to carry out the Project; (b) all *lucrum cessans* that MTD would have derived from its investment had the Republic of Chile allowed the Project to go forward,”⁹ together with costs and compound interest.

21. The Respondent submitted that any damage suffered was caused by a lack of due diligence by the Claimants. The trust placed in Mr. Fontaine, the lack of independent professional advice in the urban sector and the acceptance of an exorbitant land valuation at the time of making the investment were the effective causes of the Claimants’ losses. At no stage did the Respondent or any of its officers commit to grant the planning approval which, as the Claimants knew or ought to have known, was required by law. On the contrary,

⁷ Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of the Kingdom of Denmark concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 28 May 1993 (in force: 3 November 1995): 1935 UNTS 263, available at http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_denmark.pdf.

⁸ The text of the Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of the Republic of Croatia concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 28 November 1993 (in force: 15 June 1996), available at http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_croatia.pdf.

⁹ Request for Arbitration, para. 74(iii).

according to the Respondent, MTD was told in the most explicit terms, at a meeting on 6 November 1996 attended by the Minister and the SEREMI, that there was a major obstacle to the Project in terms of the PRMS. In these circumstances MTD could have had no legitimate expectation as to the feasibility of the Project from a regulatory point of view, a position unaffected by the terms of the Foreign Investment Contracts concluded between the FIC and MTD.

C. THE TRIBUNAL'S AWARD

22. By an award of 25 May 2004, the Tribunal (Dr. Andres Rigo Sureda, President; Messrs Marc Lalonde and Rodrigo Oreamuno Blanco) held, on the one hand, that Chile had breached its obligation of fair and equitable treatment under Article 3(1) of the BIT but, on the other hand, that the Claimants had failed to protect themselves from business risks inherent in their investment in Chile. Responsibility for the loss being equally divided, the Tribunal concluded that the Respondent should pay 50% of the assessed damages, viz., US\$5,871,322.42, plus compound interest, and that each party should pay its own costs and 50% of the costs of arbitration.

(1) Overview

23. Most aspects of the Tribunal's Award are not contested before the Committee and need only be briefly noted. The Tribunal held that:

- (a) MTD Equity was an investor under Article 1(c)(ii) of the BIT; MTD Chile, being wholly-owned by MTD Equity, was deemed to be a Malaysian national for purposes of arbitration proceedings in accordance with Article 6(2); thus both Claimants had standing to claim under the BIT.¹⁰
- (b) There was no breach of the MFN clause (in relation to Article 3(1) of the Denmark BIT) by reason of any alleged breach of the Foreign Investment Contracts. As those Contracts made clear, the authorization to invest was only the beginning of a process which would require further permits and approvals. Since Chile was not in breach of the Foreign Investment Contracts in refusing

¹⁰ Award, paras. 92–94.

permission for the Project, there was nothing on which the umbrella clause in Article 3(1) of the Denmark BIT could operate.¹¹

- (c) Adequate reasons having been provided for Chile's refusal to modify or avoid the PRMS, there was no basis for considering such refusals to be discriminatory.¹²
- (d) The Respondent did not breach the MFN clause (in relation to Article 3(2) of the Croatia BIT) by refusing to change the PRMS to allow the Project to proceed. The Claimants had no right to a change in the normative framework of the country where it invested, and the PRMS was part of that framework. All that the Claimants could expect was that the law be applied.¹³
- (e) Since the Claimants "did not have a right to the amendment of the PRMS," the refusal of permission did not amount to an expropriation; rather the issue was one of unfair treatment by the State when it approved an investment which was against the policy of the State itself at that time.¹⁴

24. Chile also does not contest certain findings of the Tribunal which were consequential upon its finding of a breach of the fair and equitable treatment standard. In particular it does not contest:

- (f) the Tribunal's finding that the Claimants failed to take adequate and reasonable measures to investigate planning issues and to protect themselves in their contractual dealings with Mr Fontaine;¹⁵
- (g) except on two points, its calculation of the total damages;¹⁶
- (h) its finding that compound interest is payable.¹⁷

25. What Chile does contest in these annulment proceedings are the following findings:

¹¹ Award, paras. 179–89.

¹² Award, paras. 190–96.

¹³ Award, paras. 197–205.

¹⁴ Award, paras. 207–14.

¹⁵ Award, para. 168–78.

¹⁶ Award, paras. 215–48. *See infra* para. 25(k) for the points of disagreement.

¹⁷ Award, paras. 249–51.

- (i) the Tribunal’s finding that “approval of an investment by the FIC for a project that is against the urban policy of the Government is a breach of the obligation to treat an investor fairly and equitably,”¹⁸
- (j) its finding that the damages must be shared equally between the parties, on the basis that each was partly responsible for the loss,¹⁹ and
- (k) two specific aspects of the damages calculation: one concerning the assessed price of the land; one concerning the Tribunal’s choice of 4 November 1998 as the cut-of point for damages calculation when 3 June 1998 (or even some earlier date) should have been chosen.²⁰

26. Before turning to the grounds for annulment invoked by Chile and their application to these aspects of the Award, it is helpful to set out in more detail the reasons given by the Tribunal for reaching the challenged decisions.

(2) The Tribunal’s findings on fair and equitable treatment

(a) *The fair and equitable treatment standard*

27. Article 2 of the BIT is entitled “Promotion and Protection of Investments.” Article 2(2) provides that:

Investments of investors of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party.

Article 3(1) (entitled “Most Favoured Nation Provisions”) provides:

Investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall receive fair and equitable treatment, and no less favourable than that granted to the investments made by investors of any third State.

There are thus not one but two provisions in the BIT providing that investments “shall receive fair and equitable treatment.” Furthermore, Article 4(1) of the Croatia-Chile BIT provides that the right to fair and equitable treatment shall “not be hindered in practice.”

¹⁸ Award, para. 166; *see, generally*, Award, paras. 107–67; Request for Annulment, paras. 52–81.

¹⁹ Award, paras. 242–46; Request for Annulment, paras. 82–83.

²⁰ Award, para. 240(ii); Request for Annulment, paras. 84–85.

After drawing attention to the various sources of the obligation in the BIT,²¹ the Tribunal referred in generic terms to the “obligation to treat investments fairly and equitably.”²²

28. While noting that the parties appeared to agree on the meaning of the fair and equitable treatment standard, the Tribunal discussed aspects of the standard, concluding that:

[I]n terms of the BIT, fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a pro-active statement . . . rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors.²³

After citing a passage from the award in the *TECMED* case²⁴ it concluded: “This is the standard that the Tribunal will apply to the facts of this case.”²⁵

(b) Application of the standard to the facts

29. Turning to the application of this standard to this dispute, in its presentation of this part of its claim the Claimants identified the key question as follows:

Whether the state of Chile may properly enter into a binding foreign investment contract that specifies the purposes and location of a particular investment project while, at the same time, knowing (and not telling the investor) that the Government will never allow the investor to carry out the project that is the premise of the contract.²⁶

To this question the Tribunal gave a negative answer.²⁷

30. In principle, given the Tribunal’s interpretation of the fair and equitable treatment standard (to which the Committee will return), Chile could have responded to this question in four ways. First, it could have argued that it was not the policy of Chile at the time the investment was made that the Project would never be allowed and that the definitive decision not to allow it was taken later: on that basis there would have been no inconsistency between

²¹ Award, paras. 105(i), 107, 113, 116.

²² See *infra* paras. 78–79 on the relation between the various sources of obligation and the Tribunal’s *dispositif*.

²³ Award, para. 113; see also Award, paras. 109–13 for the discussion.

²⁴ Award, para. 114 (citing *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)00/2, (2003) 10 ICSID Reports 130, 192–93, para. 154).

²⁵ Award, para. 116.

²⁶ Award, para. 129 (quoting Claimants’ Reply on the Merits, para. 36).

the Foreign Investment Contracts and the eventual planning decision. Second, it could have argued that Chile's urban development policy for the region was settled and was adverse to the Project but that the Claimants were expressly put on notice of this fact. Third, it could have argued that the "binding foreign investment contract" to which the Claimants refer did not entail any commitment by Chile as to the location of the Project but was simply indicative. Fourth, it could have argued that irrespective of the answers to the first three questions, the Claimants took the risk that their project might not be approved.

31. It must be stressed that while the Respondent made the second, third and fourth of these arguments before the Tribunal, it did not make the first. To have done so would have been inconsistent with its primary defence on the facts, which was based on the alleged meeting of 6 November 1996. Under Article 52 of the ICSID Convention, an annulment proceeding is not an appeal, still less a retrial; it is a form of review on specified and limited grounds which take as their premise the record before the Tribunal. Thus the core question for the Committee is – assuming for the moment that the Tribunal made no annulable error in its formulation of the fair and equitable treatment standard – whether any annulable error was made in answering the three basic arguments put before it.

(c) *The Tribunal's treatment of Chile's notice argument*

32. Before the Tribunal, the Respondent placed heavy reliance on a meeting which it said took place on 6 November 1996, between Mr. Edmundo Hermosilla (then Minister of MINVU), the SEREMI (Mr. Sergio González Tapia) and representatives of MTD, at which explicit warnings were given that the Project was contrary to current planning regulations and faced corresponding difficulties.²⁸ This date is significant in that it was before MTD signed the Promissory Contract (13 December 1996), applied for initial FIC approval of the investment (14 January 1997) or did any other of the acts which qualified it as an investor in Chile. The meeting was referred to in the letter from the SEREMI of 3 June 1998 which was the first written notification to MTD that permission would not be granted to change or avoid the PRMS. No contemporary record was kept of the meeting of 6 November 1996, and the

²⁷ See Award, paras. 163, 166, 189, 196, 214, 240(ii) for different expressions of this finding.

²⁸ Award, para. 48 (quoting Counter-Memorial, para. 24).

Claimants denied that it had occurred, or at least that it was attended by any representative of MTD.

33. The Tribunal having set out the arguments of the parties²⁹ addressed this factual issue at some length,³⁰ but in the event declined to resolve it.³¹ Instead the Tribunal said that it would “analyze the situation with and without the meeting and to what extent the conduct of the parties is consequent with the statements allegedly made by Chilean officials and the Claimants’ representatives,” at this and other meetings.³² It noted that if categorically negative warnings had been given at these meetings, it would have been “inconsequential for the Claimants to seek the FIC’s approval for an investment considered unfeasible by high level officials of the Respondent.”³³ After discussing the scope and meaning of FIC approval it concluded:

[W]hether the meeting of November 6, 1996 took place or not does not affect the outcome of these considerations. In fact, if it did take place, it is even more inexplicable that the FIC would approve the investment and the first two Foreign Investment Contracts would be signed. Minister Hermosilla and the FIC were different channels of communication of the Respondent with outside parties, but, for purposes of the obligations of Chile under the BIT, they represented Chile as a unit, as a monolith, to use the Respondent’s term.³⁴

Thus the Tribunal would have held that there was a breach of the fair and equitable treatment standard whether or not the Claimants had been put on notice of the Respondent’s policy as to urban development of areas to the south of Santiago such as Pirque. That being so, it did not (as the Respondent notes)³⁵ make detailed findings as to what may have been said at other meetings.

²⁹ Award, paras, 117, 124, 126.

³⁰ Award, paras, 150–59.

³¹ Apart from the lack of any contemporary documentation of any kind (except the word “Malaysia” in the Minister’s diary), it was unclear which MTD officers were present, if any. Evidence was adduced that two of the main MTD officers involved were not in Chile at the time.

³² Award, para. 152. Other meetings or encounters, held or planned to be held between the parties in the period prior to the SEREMI’s letter of 3 June 1998, are referred to at Award, paras. 44, 50, 58, 59, 60, 63, 67, 70, 71, 72, 73, 153. There were also controversies about inconsistent Chilean statements after that date, which the Tribunal mentioned but did not resolve: Award, paras. 156–57.

³³ Award, para. 158.

³⁴ Award, para. 166.

³⁵ See Application for Annulment, paras. 7, 11, 19, 20, 25, 27.

(d) *The Tribunal's finding on the role of FIC approval*

34. In the event a more significant controversy in terms of the Tribunal's conclusion concerned the role of the FIC in the process of foreign investment. Before the Tribunal the Claimants' position was that they had a right vis-à-vis Chile to develop the Project on the land in question by reason of their contract with the FIC, an organ of the Chilean State, albeit that various permissions had to be obtained before this right could be implemented. The Respondent's position was that all the FIC could do in law, and all it did in fact, was to give permission for the import of the necessary capital.

35. The Tribunal adopted neither of these positions. After succinctly stating the positions of the Parties, the Tribunal concluded that the FIC's approval, signified in the Foreign Investment Contracts, had a distinct significance which was not limited to the right to import capital:

Approval of a Project in a location would give *prima facie* to an investor the expectation that the project is feasible in that location from a regulatory point of view.³⁶

Even accepting the limited significance of the Foreign Investment Contracts for purposes of other permits and approvals that may be required, they should be at least in themselves an indication that, from the Government's point of view, the Project is not against Government policy.³⁷

36. It gave three reasons for reaching this conclusion:

(1) The terms of the Law establishing the FIC and giving it power to approve on behalf of "the Chilean State the inflow of foreign capital under this Decree-Law and to stipulate the terms and conditions of the corresponding contracts" (Article 12).³⁸

(2) The requirement that the Application, and the resulting Foreign Investment Contract, must specify the location of the investment: "A change in the location of the investment would require a change in the contract and hence, the approval of the FIC."³⁹

³⁶ Award, para. 163.

³⁷ Award, para. 189.

³⁸ Award, para. 162.

³⁹ Award, para. 162.

(3) The composition of the FIC, made up of Ministers and the President of the Central Bank (Article 13): “the ministerial membership of the FIC is by itself proof of the importance that Chile attributes to its function, and it is consequent with the objective to coordinate foreign investment at the highest level of the Ministries concerned.”⁴⁰

(e) *The Tribunal’s finding on regulatory risk*

37. In any event, the Respondent argued, the risk is always on the investor to ascertain local legal requirements and to obtain necessary approvals and permits, a position confirmed by Article 4 of the Foreign Investment Contracts. Independently of any meetings held or warnings given, the regulatory risk was exclusively on the investor. The Tribunal agreed up to a point but drew a distinction:

The Tribunal agrees that it is the responsibility of the investor to assure itself that it is properly advised, particularly when investing abroad in an unfamiliar environment. However, in the case before us, Chile is not a passive party and the coherent action of the various officials through which Chile acts is the responsibility of Chile, not of the investor.⁴¹

Chile claims that it had no obligation to inform the Claimants and that the Claimants should have found out by themselves what the regulations and policies of the country were. The Tribunal agrees with this statement as a matter of principle, but Chile also has an obligation to act coherently and apply its policies consistently, *independently of how diligent an investor is*. Under international law (the law that this Tribunal has to apply to a dispute under the BIT), the State of Chile needs to be considered by the Tribunal as a unit.⁴²

(f) *The Tribunal’s conclusion on fair and equitable treatment*

38. Thus the Tribunal drew a distinction between individual permissions and licenses, which the investor had to obtain under the law of the host State, and the question whether the Project was possible from a regulatory point of view.

The Claimants contacted officials of the Respondent from the very beginning in May 1996. It is only in June 1998, almost two years after the supposed November 6, 1996 meeting, that the SEREMI González informed the Claimants in writing about the policy against changing the zoning of El

⁴⁰ Award, para. 163.

⁴¹ Award, para. 164.

⁴² Award, para. 165 (emphasis added).

Principal and modifying the PMRS, and Minister Henríquez rejected the Project

The Tribunal is satisfied, based on the evidence presented to it, that approval of an investment by the FIC based on a project which is against the urban policy of the Government is a breach of an obligation to treat an investor fairly and equitably.⁴³

(3) The Tribunal's finding on contributory fault

39. The second finding challenged by the Respondent concerns the contributory fault of the Claimants. There was ample material on which the Tribunal could conclude that MTD failed adequately to protect itself against regulatory risk, and that finding is not challenged by the Respondent. What the Respondent challenges in these proceedings is the conclusion that MTD's damages should be reduced only by 50% on account of this finding. In its view the real and evident cause of the Claimants' loss was their failure to conduct adequate due diligence prior to signing the contract with Mr. Fontaine. On that basis, imposing 50% of the responsibility on Chile was both arbitrary and unexplained.

40. Having discussed MTD's failings in some detail, the Tribunal said:

The Tribunal decided earlier that the Claimants incurred costs that were related to their business judgment irrespective of the breach of fair and equitable treatment under the BIT. As already noted, the Claimants, at the time of their contract with Mr. Fontaine, had made decisions that increased their risks in the transaction and for which they bear responsibility, regardless of the treatment given by Chile to the Claimants. They accepted to pay a price for the land with the Project without appropriate legal protection. A wise investor would not have paid full price up-front for land valued on the assumption of the realization of the Project; he would at least have staged future payments to project progress, including the issuance of the required development permits.

The Tribunal considers therefore that the Claimants should bear part of the damages suffered and the Tribunal estimates that share to be 50% after deduction of the residual value of their investment calculated on the basis of the following considerations.⁴⁴

⁴³ Award, paras. 165–66.

⁴⁴ Award, paras. 242–43.

(4) The Tribunal's assessment of damages

41. As to quantum, the Tribunal relied on “the classic standard enounced by the Permanent Court of Justice in the Factory at Chorzów: compensation should ‘wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that had not been committed.’”⁴⁵ In calculating the amount of damages the Tribunal accepted Chile’s argument that preparatory expenses prior to 18 March 1997 (the date of signature of the first Foreign Investment Contract) were not recoverable,⁴⁶ but allowed costs of financing.⁴⁷ It then deducted the residual value of the land, which was taken to be the amount offered by Mr. Fontaine in November 2001, an offer the Claimants should have accepted.⁴⁸ The resulting award was 50% of this total by reason of MTD’s contribution to the damage.

42. As to the points in time before and after which MTD’s costs could not be recovered, the Tribunal said only that:

Chile’s responsibility is related to the approval of the transfer of funds by the FIC in spite of the policy of the Government not to change the PMRS. Therefore, the Tribunal considers that expenditures for the Project prior to the execution of the first Foreign Exchange Contract on March 18, 1997 are not eligible for purpose of the calculation of damages even if they could be considered part of the investment. For the same reason, expenditures made after November 4, 1998 – the date on which Minister Henríquez informed the Claimants in writing that the PMRS would not be changed – are also to be excluded from said calculation.⁴⁹

D. THE GROUNDS FOR ANNULMENT

(1) Introduction

43. In its Application the Respondent identifies a large number of perceived defects in the Award’s finding of a breach of the fair and equitable treatment standard and also in its calculation of damages. In terms of the grounds for annulment enumerated in Article 52(1) of the ICSID Convention, the focus is on gaps and apparent contradictions in the reasoning,

⁴⁵ Award, para. 238.

⁴⁶ Award, paras. 217, 240(ii).

⁴⁷ Award, para. 240(iii).

⁴⁸ Award, para. 244.

⁴⁹ Award, para. 240(ii).

i.e., on the failure to state the reasons on which the award is based (Article 52(1)(e)), although there is also reliance on the ground of manifest excess of powers, in particular the failure to apply the proper law and the arrogation without authority of the power to decide *ex aequo et bono* (Article 52(1)(b)) and on serious departure from a fundamental rule of procedure (Article 52(1)(d)). Something should be said about each of these.

(2) Manifest excess of powers

44. In the present case Chile does not deny that there was a protected investment or that there is a dispute concerning that investment. No question of the Tribunal's jurisdiction to decide that dispute is therefore raised. But the ground of manifest excess of powers is not limited to jurisdictional error; it is established that a complete failure to apply the law to which a Tribunal is directed by Article 42(1) of the ICSID Convention can constitute a manifest excess of powers, as also a decision given *ex aequo et bono* – that is to say, in the exercise of a general discretion not conferred by the applicable law – which is not authorised by the parties under Article 42(3) of the Convention. The Respondent claims that there was a manifest excess of powers in the present case on the ground that the Tribunal failed to apply international law or Chilean law as required, and that it effectively decided aspects of the dispute on an *ex aequo et bono* basis.

45. Committees have sought to distinguish between failure to apply the law and error in its application. The Committee in the *MINE* case said:

[A] tribunal's disregard of the agreed rules of law would constitute a derogation from the terms of reference within which the tribunal has been authorized to function. Examples of such a derogation include the application of rules of law other than the ones agreed by the parties, or a decision not based on any law unless the parties had agreed on a decision *ex aequo et bono*. If the derogation is manifest it entails a manifest excess of power.

Disregard of the applicable rules of law must be distinguished from erroneous application of those rules which, *even if manifestly unwarranted*, furnishes no ground for annulment⁵⁰

⁵⁰ *MINE* (1989) 4 ICSID Reports 79, 87 (paras. 5.03–5.04) (emphasis added).

In *CDC*, the Committee put it in the following way: “Regardless of our opinion of the correctness of the Tribunal’s legal analysis . . . our inquiry is limited to a determination of whether or not the Tribunal endeavoured to apply English law.”⁵¹

46. In an expert opinion submitted with the Reply and adopted by the Respondent, Sir Arthur Watts argues that failure to apply the proper law as a ground of annulment should extend to cases where the tribunal makes “a real and substantial mess of the law it was purporting to apply.”⁵² In his opinion:

There comes a stage . . . at which a tribunal, in purportedly applying a rule of law, gets it so wrong that it must be regarded as having disregarded the rule and not really having applied it at all. The purported application of the rule must be so inadequate, and suffused with such fundamental error, that it transcends the mere commission of an error in applying the law and becomes instead a veritable case of its non-application.⁵³

47. Apart from its inconsistency with the test articulated in cases such as *MINE* and *CDC*, the problem with this formulation is that it goes far down the slippery slope of appeal for error of law – error of law combined with adjectives perhaps, but error of law nonetheless. The Committee accepts that the notion of endeavouring to apply the law is not a merely subjective matter. An award will not escape annulment if the tribunal while purporting to apply the relevant law actually applies another, quite different law.⁵⁴ But in such a case the error must be “manifest,” not arguable, and a misapprehension (still less mere disagreement) as to the content of a particular rule is not enough.

48. Similar considerations apply to a claim that a tribunal has decided *ex aequo et bono*. It should be noted that Article 42(3) of the ICSID Convention concerns the determination *ex aequo et bono* of *disputes*, i.e., of the substantial matter referred to the tribunal. This is different from taking into account considerations of fairness in applying the law. For example, individual rules of law will often require fairness or a balancing of interests to be

⁵¹ *CDC Group* (2005) 11 ICSID Reports 237, 252 (para. 45).

⁵² Opinion of 20 January 2006 annexed to the Respondent’s Annulment Reply, para. 25.

⁵³ *Id.* para. 27.

⁵⁴ In *MINE* the Tribunal had referred to Article 1134 of the French Civil Code rather than its Guinean replica, Article 1134 of the Code Civil de l’Union Française. The Committee held that the error did not warrant annulment: (1989) 4 ICSID Reports 79, 96 (para. 6.40). Since there was no evidence that Article 1134 was applied in any different manner in Guinea than in France, the mistake was without incidence.

taken to account. This is the case with the fair and equitable treatment standard itself, the standard the Tribunal was required to apply.

(3) Serious departure from a fundamental rule of procedure

49. Relatively little needs to be said about this ground for annulment. Subsequent committees have approved the following passage from the *Wena Hotels* annulment decision:

The Applicant has to identify the fundamental rule of procedure from which the Tribunal departed and it has to show that such departure has been serious.

[Article 52(1)(d)] refers to a set of minimal standards of procedure to be respected as a matter of international law. It is fundamental, as a matter of procedure, that each party is given the right to be heard before an independent and impartial tribunal. This includes the right to state its claim or its defence and to produce all arguments and evidence in support of it. This fundamental right has to be ensured on an equal level, in a way that allows each party to respond adequately to the arguments and evidence presented by the other

⁵⁵

The issue is thus due process, not the substance of the Award itself, a matter addressed by paragraphs (b) and (e) of Article 52(1) of the ICSID Convention

(4) Failure to state reasons

50. Of more significance to the present case is failure to state reasons. The first Annulment Committee in the *Vivendi* case discussed this in the following terms:

[I]t is well accepted both in the cases and the literature that Article 52(1)(e) concerns a failure to state *any* reasons with respect to all or part of an award, not the failure to state correct or convincing reasons Provided that the reasons given by a tribunal can be followed and relate to the issues that were before the tribunal, their correctness is beside the point in terms of Article 52(1)(e). Moreover, reasons may be stated succinctly or at length, and different legal traditions differ in their modes of expressing reasons. Tribunals must be allowed a degree of discretion as to the way in which they express their reasoning.

In the Committee's view, annulment under Article 52(1)(e) should only occur in a clear case. This entails two conditions: first, the failure to state reasons must leave the decision on a particular point essentially lacking in any expressed rationale; and second, that point must itself be necessary to the tribunal's decision. It is frequently said that contradictory reasons cancel each

⁵⁵ *Wena Hotels*, (2002) 6 ICSID Reports 129, 142 (paras. 56–57), referred to *e.g.*, by the Committee in *CDC Group* (2005) 11 ICSID Reports 237, 248–50 (paras. 34–37).

other out, and indeed, if reasons are genuinely contradictory so they might. However, tribunals must often struggle to balance conflicting considerations, and an *ad hoc* committee should be careful not to discern contradiction when what is actually expressed in a tribunal's reasons could more truly be said to be but a reflection of such conflicting considerations.⁵⁶

Committees in other annulment cases have expressed similar views.⁵⁷

51. The Respondent appears to accept this test, emphasising principally that a Committee can only fill gaps in the reasoning of a tribunal in limited circumstances, i.e., where the missing reason is clearly implied or is so obvious as not to need stating.⁵⁸

(5) The scope of annulment authority

52. In every annulment decision so far, the *ad hoc* committee has proclaimed that it is not a court of appeal from the tribunal.⁵⁹ This is obvious from the language of Articles 52 and 53 of the ICSID Convention as well as from its *travaux*.⁶⁰ But Chile's Application raises a question as to the function of annulment in cases where (as here) there is no jurisdictional error, no obvious procedural failing and no refusal to decide.

53. In his expert opinion appended to the Respondent's Reply, Sir Arthur Watts argues for a more expansive role for annulment Committees in relation to the substantive correctness of ICSID awards. He acknowledges the contrary argument (put in the competing expert opinion of Professor Schreuer):⁶¹

It can be said, of course, that for an *ad hoc* Committee to engage in an assessment of whether the tribunal's misunderstanding or disregard of the applicable law is or is not gross, or whether or not it relates to some major aspect of the applicable law, or whether that major aspect is directly relevant to the case which was before the tribunal, would be for it to enter to an

⁵⁶ *Vivendi* (2002) 6 ICSID Reports 340, 358 (paras. 64–65).

⁵⁷ See, e.g., *Amco Asia I* (1986) 1 ICSID Reports 509, 519–21 (paras. 38–44); *MINE* (1989) 4 ICSID Reports 79, 88–89 (paras. 5.07–5.13); *Amco Asia II* (1992) 9 ICSID Reports 3, 48–49 (paras. 7.55–7.57); *Wena Hotels* (2002) 6 ICSID Reports 129, 145–46 (paras. 77–82); *CDC Group* (2005) 11 ICSID Reports 237, 259–61 (paras. 66–72); *Mitchell v DRC*, decision of 1 November 2006, para. 21.

⁵⁸ See e.g., Reply Memorial, para. 4; Expert Opinion of Sir Arthur Watts, paras. 35–55.

⁵⁹ See *Klöckner* (1985) 2 ICSID Reports 4, 119–20 (para. 61); *Amco Asia I* (1986) 1 ICSID Reports 509, 515 (para. 23); *MINE* (1989) 4 ICSID Reports 79, 87 (para. 5.04), 88 (para. 5.08); *Amco Asia II* (1992) 9 ICSID Reports 3, 39 (para. 7.19), 51 (para. 8.08); *Wena Hotels* (2002) 6 ICSID Reports 129, 135 (para. 18); *Vivendi* (2002) 6 ICSID Reports 340, 357–58 (paras. 62, 64); *CDC Group PLC v. Republic of the Seychelles* (2005) 11 ICSID Reports 237, 248–250 (paras. 34–37); *Mitchell v. DRC*, decision of 1 November 2006, paras. 19–20.

⁶⁰ See C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, CUP, 2001) 88–94 & ff.

⁶¹ C. Schreuer, Opinion of 5 December 2005 annexed to Claimants' Annulment Counter-Memorial.

unacceptable degree into the merits of the tribunal's decision. But there is no greater impropriety in an *ad hoc* Committee acting in this way in the interests of ensuring the fundamental justice of the arbitral process than in such a Committee taking it upon itself to consider complex (and arguable) cases of alleged excess of power (and whether, if the excess has occurred, it is manifest), or whether or not a tribunal has given reasons for its award when the answer to that very question is wrapped in the pages of a complex award, or with what reasons not advanced by the tribunal the *ad hoc* Committee should nevertheless reconstruct (in reality, invent) the tribunal's missing reasoning, or with the assessment whether any of the adverbial or adjectival requirements of Article 52(1) have been satisfied ('properly,' 'manifestly,' 'serious,' 'fundamental'). These are not easy matters to be resolved by applying simple rules, but are matters for judgment, the exercise of which is exactly the task which *ad hoc* Committees are well-placed to perform.⁶²

54. No doubt annulment committees have a role to perform within the ICSID system in ensuring "the fundamental justice of the arbitral process." It is true also that the grounds for annulment do not distinguish formally (as, say, the UNCITRAL Model Law does) between jurisdictional errors and errors concerning the merits of the dispute and that a manifest excess of powers could well occur on a question of merits. At the same time the role of an *ad hoc* committee in the ICSID system is a limited one. It cannot substitute its determination on the merits for that of the tribunal. Nor can it direct a tribunal on a resubmission how it should resolve substantive issues in dispute. All it can do is annul the decision of the tribunal: it can extinguish a *res judicata* but on a question of merits it cannot create a new one.⁶³ A more interventionist approach by committees on the merits of disputes would risk a renewed cycle of tribunal and annulment proceedings of the kind observed in *Klöckner* and *AMCO*. Given that (after an uncertain start) successive decisions of *ad hoc* committees have established with reasonable clarity the extent and limits of the grounds for annulment under Article 52, the Committee believes that "the fundamental justice of the arbitral process" under the Convention is best served by adhering to the established approach. It is reinforced in this view by two considerations, one general and one specific. The general consideration is that Article 52(1) as interpreted by successive committees does give scope for quality control.

⁶² Expert Opinion of Sir Arthur Watts, para. 28.

⁶³ A reconvened tribunal following an annulment will no doubt have regard to the reasoning of an annulment Committee, but it is not formally bound by its views as to any issue on which the first tribunal's award has been annulled. See *Amco Asia II* (1992) 9 ICSID Reports 3, 36–39 (paras. 7.10–7.17). Furthermore, the ICSID practice so far has been to appoint different committee members on a second annulment, whereas

The specific consideration is that in the present case, whether one likes the Tribunal's decision or not, it was reached on a rather narrow and specific ground, without systematic implications for controversial issues of the law of investment protection.

E. THE GROUNDS FOR ANNULMENT APPLIED

(1) Relationship between grounds for annulment

55. In its Annulment Memorial the Respondent tended to present its claim in an aggregated way: for example, it complained of the Tribunal's "failure to apply or explain application of" international law or Chilean law.⁶⁴ Of course an aspect of an award may be vulnerable to challenge on more than one ground, but it is still necessary to distinguish the different grounds for challenge. Failure to apply the proper law (in the sense explained in paragraph 46 above) may involve a manifest excess of powers; failure to explain its application concerns the distinct issue of failure to give reasons. The two may go hand in hand in a given case but they are analytically distinct.

(2) Serious departure from a fundamental rule of procedure

56. It is convenient to deal first with the ground of annulment set out in Article 52(1)(d), "that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure." The Respondent argues that:

[I]n holding that there was a lack of fair and equitable treatment, the Tribunal fails to consider or otherwise respond to abundant evidence presented by the Parties with respect to material issues in dispute that would have affected significantly its holding on liability as well as its assessment of compensation. For example, the Tribunal fails to consider expert evidence presented by both Parties on a range of issues, including the substantive interpretation of the Foreign Investment Contracts and the DL 600, a key element to its determination with regard to fair and equitable treatment. Furthermore, there are numerous instances throughout the Award where the Tribunal simply recounts the important arguments presented by each party but never analyzes or makes determinations regarding such questions. Accordingly, the Tribunal

requests for interpretation or revision as far as possible go to the same tribunal as rendered the award: Art. 50(2), 51(3).

⁶⁴ *E.g.*, Respondent's Annulment Memorial at 56.

seriously departs from its fundamental obligation to accord the parties the right to be heard, and the Award should be annulled.⁶⁵

The matter was not, however, further developed in the Reply or in oral argument.⁶⁶

57. Under Article 52 there is a distinction between a departure from a fundamental rule of procedure and a failure to give reasons for a decision. Failure to give reasons is a separate ground for annulment and there is no reason to think that it is duplicated under the rubric of Article 52(1)(d).⁶⁷ Conceivably an award might recite the arguments of the parties in such a defective or inaccurate way as to evidence a failure to hear the arguments in the first place. But it cannot be suggested that this was the case here. The complaints referred to in the passage cited above will accordingly be dealt with under the rubric of failure to give reasons. There is no indication in the present case of any procedural failure by the Tribunal, let alone a serious one.

(3) Fair and equitable treatment: manifest excess of powers

58. The scope of manifest excess of powers as a ground for annulment has already been discussed.⁶⁸ The Respondent complains that the Tribunal either failed to apply international law and Chilean law to the issues to which they are respectively applicable, or that it applied them in such a cursory and indefensible way as to be tantamount to their non-application.

59. This raises three questions: (1) what law was in truth applicable to a given issue, in accordance with Article 42 of the ICSID Convention; (2) what law did the Tribunal purport to apply to that issue; (3) is there any basis for concluding that the Tribunal's decision involved a manifest failure to apply the applicable law, in the limited sense explained in paragraph 46 above?

60. Alternatively, the Claimants say that in default of any discernible law the Tribunal decided key issues *ex aequo et bono* without being authorised to do so. The Parties agree that

⁶⁵ Respondent's Annulment Memorial, para. 104.

⁶⁶ Transcript, 10 April 2006, at 12.

⁶⁷ Respondent's Annulment Memorial, para. 203 refers to a passage from the *Vivendi* annulment decision in support of annulment on this ground. See (2004) 6 ICSID Reports 340, 362 (para. 83). Although the Committee mentioned in passing that the Tribunal had rendered a "densely reasoned award," it did so in the context of the distinction between "the manner in which the Tribunal proceeded, not the content of its decision." Failure to state reasons goes to the latter, not the former.

the Tribunal was not authorised under Article 42(3) to decide the dispute on an *ex aequo et bono* basis, so here the question is whether it did so and with what consequence.

(a) Failure to apply international law

61. Article 42(1) of the ICSID Convention provides:

(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

The BIT was in force at the time of the events giving rise to the claim. MTD's claim is one for "an alleged breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment by such investor" (BIT, Article 6(1)(ii)), and thus international law as the proper law of the BIT is applicable to that claim and to any defence thereto. The Respondent insists – and the Claimants do not disagree – that the Tribunal had to apply international law as a whole to the claim, and not the provisions of the BIT in isolation.

62. For its part the Tribunal also agreed. It said:

[F]or purposes of Article 42(1) of the Convention, the parties have agreed to this arbitration under the BIT. This instrument being a treaty, the agreement to arbitrate under the BIT requires the Tribunal to apply international law.⁶⁹

It went on to apply international law to such questions as the scope of the MFN clause in relation to other Chilean treaties, to the interpretation of the BIT, in particular its fair and equitable treatment clause, and to reparation including causation and contribution.

63. As to the scope of the fair and equitable treatment standard itself, the Respondent makes two main criticisms.⁷⁰ First it says that the Tribunal confused fair and equitable

⁶⁸ See *supra* paras. 43–47.

⁶⁹ Award, para. 87; see also *id.* para. 112: "This being a Tribunal established under the BIT, it is obliged to apply the provisions of the BIT and interpret them in accordance with the norms of interpretation established by the Vienna Convention on the Law of the Treaties, which is binding on the State parties to the BIT." In fact, Malaysia only became a party to the Convention in 1994, after the conclusion of the BIT: thus the Vienna Convention *qua* treaty does not apply to the BIT (see Vienna Convention, Art. 4). But since the norms of interpretation would apply in any event this point is without incidence so far as the Award is concerned.

⁷⁰ The Respondent also criticises the Tribunal's emphasis on the State of Chile as a single unit or "monolith:" this is discussed in paras. 86–88, *infra*.

treatment with most-favoured-nation treatment under Article 3(1) of the BIT, rendering this aspect of the Award incomprehensible.⁷¹ Secondly and more importantly, that it misapprehended the standard of fair and equitable treatment under the BIT, applying a standard expressed in a dictum of the *TECMED* tribunal which in no way represents international law and which cannot be derived from Articles 2(2) and 3(1) of the BIT by any process of interpretation. The Committee will deal with these points in turn.

64. On the first point, the Committee referred in paragraph 27 above to the two provisions of the BIT which incorporate the fair and equitable treatment standard. It noted the argument that the most-favoured-nation clause in Article 3(1) of the BIT⁷² imported an additional element from the Croatia-Chile BIT.⁷³ The Tribunal discussed this issue in the following terms:

The question for the Tribunal is whether the provisions of the Croatia BIT and the Denmark BIT which deal with the obligation to award permits subsequent to approval of an investment and to fulfillment of contractual obligations, respectively, can be considered to be part of fair and equitable treatment The Tribunal has concluded that, under the BIT, the fair and equitable standard of treatment has to be interpreted in the manner most conducive to fulfill the objective of the BIT to protect investments and create conditions favorable to investments. The Tribunal considers that to include as part of the protections of the BIT those included in Article 3(1) of the Denmark BIT and Article 3(3) and (4) [*sic* – this should read Article 4(1)] of the Croatia BIT is in consonance with this purpose. The Tribunal is further convinced of this conclusion by the fact that the exclusions in the MFN clause relate to tax treatment and regional cooperation, matters alien to the BIT but that, because of the general nature of the MFN clause, the Contracting Parties considered it prudent to exclude. *A contrario sensu*, other matters that can be construed to be part of the fair and equitable treatment of investors would be covered by the clause.⁷⁴

This passage appears to confuse the notion of fair and equitable treatment required by the first part of Article 3(1) of the Malaysia-Chile BIT with the most-favoured-nation treatment

⁷¹ See Chile's Annulment Reply, para. 57; Expert Opinion of Sir Arthur Watts, paras. 64–71.

⁷² Art. 3(1) of the BIT provides: "Investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall receive fair and equitable treatment, and no less favourable than that granted to the investments made by investors of any third State."

⁷³ Art. 4(1) of the Chile-Croatia BIT provides: "Each Contracting Party shall extend fair and equitable treatment to investments made by investors of the other Contracting Party on its territory and shall ensure that the exercise of the right thus recognized shall not be hindered in practice."

⁷⁴ Award, paras. 103–04.

which is required by the second half. The most-favoured-nation clause in Article 3(1) is not limited to attracting more favourable levels of treatment accorded to investments from third States only where they can be considered to fall within the scope of the fair and equitable treatment standard. Article 3(1) attracts any more favourable treatment extended to third State investments and does so unconditionally. However, the uncertainty in the Tribunal's handling of Article 3(1) was without incidence for its resolution of the case. As to Articles 3(1) of the Denmark BIT and 3(3) of the Croatia BIT, these are distinct from the notion of fair and equitable treatment but MTD's claims based on those provisions failed. As to the additional stipulation in Article 4(1) of the Croatia BIT to the effect that the fair and equitable treatment "shall not be hindered in practice," no further reference was made to it in the Award and there is no indication that it affected the outcome in any way.

65. On the second point, the Respondent focuses on the Tribunal's apparent reliance on the following passage from the award in the *TECMED* case for the content of the fair and equitable treatment standard:

[T]o provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the state that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the state to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation.⁷⁵

⁷⁵ Award, para. 114 (quoting *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)00/2, (2003), 10 ICSID Reports 130, 192–93, para. 154).

66. According to the Respondent, “the *TecMed* programme for good governance” is extreme and does not reflect international law.⁷⁶ The *TECMED* dictum is also subject to strenuous criticism from the Respondent’s experts, Mr. Jan Paulsson⁷⁷ and Sir Arthur Watts.⁷⁸ They note, *inter alia*, the difference between the *TECMED* standard and that adopted in other cases, including one the Tribunal also cited in a footnote but without comment.⁷⁹

67. The Committee can appreciate some aspects of these criticisms. For example the *TECMED* Tribunal’s apparent reliance on the foreign investor’s expectations as the source of the host State’s obligations (such as the obligation to compensate for expropriation) is questionable. The obligations of the host State towards foreign investors derive from the terms of the applicable investment treaty and not from any set of expectations investors may have or claim to have. A tribunal which sought to generate from such expectations a set of rights different from those contained in or enforceable under the BIT might well exceed its powers, and if the difference were material might do so manifestly.

68. But however that may be, the Tribunal did not manifestly exceed its powers in the account it gave of the fair and equitable treatment standard, and this for three reasons.

69. The first is that legitimate expectations generated as a result of the investor’s dealings with the competent authorities of the host State may be relevant to the application of the guarantees contained in an investment treaty. This is expressly accepted by the Respondent and in the case-law.⁸⁰ The Committee examines below the question of MTD’s reasonable expectations deriving from the conclusion of the Foreign Investment Contracts.

70. Secondly, in the Committee’s view the formulation of the fair and equitable treatment standard adopted by the Tribunal was that contained in paragraph 113 of the Award, where it said:

⁷⁶ See Chile’s Annulment Reply, para. 57.

⁷⁷ Mr. Jan Paulsson, Expert Opinion, 22 July 2005, paras. 9–14.

⁷⁸ Expert Opinion of Sir Arthur Watts, paras. 93–106.

⁷⁹ Award, para. 114 (citing *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, (2004) 11 ICSID Reports 361, 386, para. 98).

⁸⁰ See Mr. Jan Paulsson, Expert Opinion, 22 July 2005, para. 15; *see also* Transcript of Annulment hearing at 51 (Ms. Gehring Flores).

in terms of the BIT, fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a pro-active statement – ‘to promote,’ ‘to create,’ ‘to stimulate’ – rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors.⁸¹

The *TECMED* dictum was cited in support of this standard, not in substitution for it.

71. Thirdly, a standard formulated in the terms of paragraph 113 is defensible. No doubt the extent to which a State is obliged under the fair and equitable treatment standard to be pro-active is open to debate, but that is more a question of application of the standard than it is of formulation. In any event the emphasis in the Tribunal’s formulation is on “treatment in an even-handed and just manner.” In particular the Tribunal does not express the obligation in such a way as to eliminate the distinction between acts and omissions or to avoid all elements of risk for the investor. That is sufficient for the purposes of Article 52(1)(b) of the ICSID Convention. In short, in articulating this standard there is no indication that the Tribunal committed any excess of powers, let alone that it did so manifestly.

(b) *Failure to apply Chilean law*

72. As noted above, the *lex causae* in this case based on a breach of the BIT is international law. However it will often be necessary for BIT tribunals to apply the law of the host State, and this necessity is reinforced for ICSID tribunals by Article 42(1) of the ICSID Convention. Whether the applicable law here derived from the first or second sentence of Article 42(1) does not matter: the Tribunal should have applied Chilean law to those questions which were necessary for its determination and of which Chilean law was the governing law. At the same time, the *implications* of some issue of Chilean law for a claim under the BIT were for international law to determine. In short, both laws were relevant.

73. The Tribunal said as much. The Claimants had argued that because breach of the Foreign Investment Contracts was internationalised by reason of the umbrella clause in the Danish BIT, therefore the Contracts themselves were governed by international law. The Tribunal disagreed:

⁸¹ Award, para. 113; *see* Award, paras. 109–13, for the Tribunal’s discussion of the standard.

The breach of the BIT is governed by international law. However, to establish the facts of the breach, it will be necessary to consider the contractual obligations undertaken by the Respondent and the Claimants and what their scope was under Chilean Law.⁸²

And in fact the Tribunal applied Chilean law in holding that there had been no breach of contract by Chile:

The Tribunal accepts that the authorization to invest in Chile is not a blanket authorization but only the initiation of a process to obtain the necessary permits and approvals from the various agencies and departments of the Government. It also accepts that the Government has to proceed in accordance with its own laws and policies in awarding such permits and approvals. Clause Four of the Foreign Investment Contracts would be meaningless if it were otherwise. Therefore, the Tribunal finds that Chile did not breach the BIT on account of breach of the Foreign Investment Contracts.⁸³

74. Chile complains that despite its professions that it was applying Chilean law to such questions, in fact the Tribunal did not do so:

The Tribunal fails . . . to mention or explain if or how it applied Chilean law to those parts of its fair and equitable determination that require an interpretation of the Foreign Investment Contracts.

The Tribunal's silence on this issue signifies that the Tribunal failed completely to apply Chilean law to determine the Parties' obligations under or to interpret the substantive meaning of the DL 600 and the Foreign Investment Contracts; thus, the Tribunal manifestly exceeded its power

There is, in fact, no evidence that the Tribunal applied Chilean law. It is true that the Tribunal quoted or paraphrased parts of Articles Three and Twelve through Fifteen of Chile's Foreign Investment Law, the DL 600. But the mere repetition of the articles of the statute is clearly not the application of Chilean law. It is important to note that the Parties submitted lengthy argument, evidentiary support, and fact and expert witness testimony on Chilean law with respect to what the Tribunal coined as one of the 'key issues' or 'key element[s]' of its determination with respect to fair and equitable treatment, namely the scope of approval of the Foreign Investment Contracts. The debate at the heart of this issue was whether Chile's Foreign Investment Law (the DL 600) or the Foreign Investment Contracts approved, as the Republic

⁸² Award, para. 187; *see also id.* paras. 86–87.

⁸³ Award, para. 118.

of Chile asserted, merely the transfer of foreign capital, or, as MTD asserted, the proposed project in the proposed location.⁸⁴

75. In considering the implications of the Foreign Investment Contracts for fair and equitable treatment, the Tribunal faced a hybrid issue. The meaning of a Chilean contract is a matter of Chilean law; its implications in terms of an international law claim are a matter for international law. The Committee will return to the reasons given by the Tribunal for its decision on the implications of the FIC's conduct. For present purposes it is sufficient to say that the Tribunal applied Chilean law to issues governed by it (such as the scope of FIC authority), and that there is no indication that it mischaracterised the scope of Chilean law in its decision on the fair and equitable treatment standard. Whether it got Chilean law (or for that matter international law) right on a matter falling within its jurisdiction is not for the Committee to decide on an annulment application.

(c) *Unauthorised ex aequo et bono determinations*

76. Largely as a corollary of the arguments discussed in the previous two sections, The Respondent argues that since “the underpinnings of the Tribunal’s determinations are unidentifiable,” the inference should be drawn that “the Tribunal appears to be making its determination *ex aequo et bono* (unless the Tribunal is guided, in fact, by no principles).”⁸⁵ In its Reply on the other hand, the complaint essentially concerns the damages determination. There Chile argues that:

The Tribunal’s failure to make any reference to a legal precept in its reduction of the damages award leads to the conclusion that the Tribunal made this determination *ex aequo et bono*.⁸⁶

77. As a general matter there is no indication that the Tribunal asserted any jurisdiction to decide the dispute under Article 42(3) of the Convention, or that the substance of its determination was made in a law-free zone on a basis of general equity. The Committee has already dealt with the question what law the Tribunal did apply; it will deal in the following sections with the adequacy of the Tribunal’s reasoning both as to substance and damages. In

⁸⁴ Chile’s Annulment Memorial, paras. 130–32.

⁸⁵ Chile’s Annulment Memorial, para. 136.

⁸⁶ Chile’s Annulment Reply, para. 68.

light of the Committee's conclusions on those issues, there is no foundation for the claim that the Tribunal exercised power to decide *ex aequo et bono*.

(4) Fair and equitable treatment: failure to state reasons

78. The second major challenge to the decision on the merits concerns the Tribunal's failure to state reasons. It will be recalled that the consistent jurisprudence of annulment committees treats this head of jurisdiction in terms of absence rather than inadequacy or brevity of reasoning – “a failure to state *any* reasons with respect to all or part of an award, not the failure to state correct or convincing reasons.”⁸⁷ It is also established that outright or unexplained contradictions can involve a failure to state reasons.

79. An initial issue concerns outright contradiction. In his Expert Opinion attached to the Rejoinder, Sir Arthur Watts noticed that there appears to be a formal contradiction in Chapter VII of the Award which contains the *dispositif*.⁸⁸ In paragraph 253(1) the Tribunal expressed its principal finding as follows: “The Respondent has breached its obligations under Article 3(1) of the BIT.” In paragraph 253(7), the Tribunal holds that “All other claims filed in this arbitration shall be considered dismissed.” As noted above, the obligation to accord fair and equitable treatment to investments is repeated in the same terms in Articles 2(2) and 3(1) of the BIT.⁸⁹ If the Claimants could be considered to have made two separate claims for breach of the fair and equitable treatment standard, one under Article 2(2) and another under Article 3(1), then the *dispositif* might seem to have upheld one claim and rejected the other without explaining the difference between them.

80. In truth, however, there are neither distinct obligations of fair and equitable treatment under Articles 2(2) and 3(1) of the BIT, nor were there distinct claims for breach of that obligation.⁹⁰ The reference to “other claims” in paragraph 253(7) is a reference to the various claims brought by MTD which the Tribunal dismissed, not the one claim it upheld, and the failure to refer specifically to Article 2(2) in paragraph 253(1) was without incidence for the outcome of the Award. It is not a basis for annulment.

⁸⁷ *Vivendi* (2002) 6 ICSID Reports 340, 358 (para. 64): the whole passage is set out in para. 49, *supra*.

⁸⁸ Expert Opinion of Sir Arthur Watts, 20 January 2006, paras. 62–71.

⁸⁹ *See supra* para. 27.

⁹⁰ *See the Request for Arbitration*, 26 June 2001, paras. 73, 74.

81. Turning to questions of substance, the Tribunal stressed the coexistence of two facts: the FIC’s approval of the Project in terms which specified its location, giving rise to a legitimate expectation that the Project was at least in principle possible from a regulatory point of view, and the determination of the competent planning authorities at that time that the Project was not possible. Relying on the principle of the “unity of the State” vis-à-vis foreign investors, the Tribunal held that this amounted to a breach of the fair and equitable treatment standard in Article 3(1). The Respondent, by argument and through expert evidence, assails these three findings as essentially unreasoned and unsupported by evidence.⁹¹ The Committee will first summarise the reasoning of the Tribunal on each of them before applying the test for annulment laid down in Article 52(1)(e).

(a) *The implications of FIC approval*

82. The Respondent attacks as unreasoned the Tribunal’s finding that:

Approval of a Project in a location would give *prima facie* to an investor the expectation that the project is feasible in that location from a regulatory point of view.⁹²

It argues that “the Tribunal fails to explain how it was in fact possible for MTD to have formulated any expectations, *prima facie* or otherwise, regarding its investment,”⁹³ given the evidence tendered by the Respondent that there could be no such expectation under Chilean law arising from decisions of the FIC and the absence of any evidence that MTD had any such expectation at relevant times.

83. The Tribunal began its consideration of the factual issues in dispute by setting out at length the arguments of the Parties.⁹⁴ It had earlier set out the facts in some detail, indicating which were disputed.⁹⁵ On the implications of FIC approval the following points are recorded in the Award, either as undisputed facts or as findings of the Tribunal:

⁹¹ Respondent’s Annulment Memorial, paras. 138–82; Respondent’s Reply, paras. 6–50; *see also* the Expert Opinions of Mr. Jan Paulsson attached to these pleadings.

⁹² Award, para. 163.

⁹³ Respondent’s Annulment Memorial, para. 138.

⁹⁴ Award, paras. 116–48.

⁹⁵ Award, paras. 39–85.

- The FIC was aware of the proposed Project and was consulted by MTD about it.⁹⁶
- The FIC was an organ of the Chilean State composed of senior ministers and officials; it was stated to have a coordinating role in the admission of investment proposals made to it. “It is . . . evident from the DL 600 that the FIC is required to carry out a minimum of diligence internally and externally.”⁹⁷
- The Foreign Investment Contracts, which was drafted by the FIC, unequivocally specified the location and purpose of the investment.⁹⁸
- Upon its conclusion the first Foreign Investment Contract bound MTD to undertake the investment; a change in the location would have required further FIC approval.⁹⁹
- Article 4 of the Foreign Investment Contracts made it clear that the authorization given was “without prejudice to” other authorisations required by Chilean laws and regulations. The FIC’s authorization to invest in Chile was “not a blanket authorization but only the initiation of a process to obtain the necessary permits and approvals from the various agencies and departments of the Government . . . the Government has to proceed in accordance with its own laws and policies in awarding such permits and approvals.”¹⁰⁰
- The Project Agreement was conditional upon FIC approval of the investment.¹⁰¹

(b) Chile’s “urban policy”

84. The Respondent argues that the “urban policy” on which the Tribunal relied is unspecified and equivocal: sometimes the Tribunal presents it as the policy embodied in the

⁹⁶ Award, paras. 44, 50.

⁹⁷ Award, para. 163; *see also* Award, paras. 53, 162.

⁹⁸ Award, paras. 51, 52, 54, 57, 162.

⁹⁹ Award, paras. para. 162.

¹⁰⁰ Award, para. 188. For the terms of Article 4 *see supra* para. 14.

¹⁰¹ Award, paras. 49, 158.

PRMS, on other occasions it is presented as a policy against changing the PRMS.¹⁰² As to the latter, there was no such policy – and certainly not at the time of FIC approval of the investment. As to the former, MTD was aware of the need for planning approval under the PRMS.

85. On this question, the Tribunal found as follows:

- At the time the Project was approved by the FIC, the SEREMI was of the view (and had informed the Minister) that it could not be implemented.¹⁰³ He never deviated from that view.¹⁰⁴
- The Minister did not attend the relevant FIC meetings, despite provision for attendance of other relevant ministers in DL 600.¹⁰⁵
- There was no proof that MTD was aware of the SEREMI’s opposition to the Project before the signature of the Foreign Investment Contracts; it was “reasonable to assume” that no categorical warnings had been given to MTD as alleged by Chile.¹⁰⁶
- The first written notification from Chile to MTD that the Project was unlikely to be approved was the SEREMI’s letter of 3 June 1998.¹⁰⁷

86. The Respondent argues that “the policy against changing the zoning of El Principal and modifying the PMRS”¹⁰⁸ had not been formed at the time of the first FIC decision. It also argues that the idea of such a “meta-policy” makes no sense: there was nothing but the PRMS and a discretion to modify it or not, a discretion which it was entirely for Chile to exercise. As to this, two points may be made. The first is that Chile’s position before the Tribunal was that the policy against urban development in Pirque already existed at that time

¹⁰² Respondent’s Annulment Reply, paras. 9–26. A point also forcefully made in the two Paulsson opinions.

¹⁰³ Award, paras. 74, 151, 154.

¹⁰⁴ Award, paras. 66, 72, 74, 75, 79, 80.

¹⁰⁵ Award, paras. 53, 161–63.

¹⁰⁶ Award, para. 158; *see also* Award, para. 166.

¹⁰⁷ Award, para. 165.

¹⁰⁸ Award, para. 165.

of the first FIC approval.¹⁰⁹ The second point is that there was evidence before the Tribunal, recorded in the Award, that the position of the planning authorities never changed.¹¹⁰

(c) *Inconsistency of Chilean conduct and the “unity of the State”*

87. Evidently the Tribunal placed considerable emphasis on “the unity of the State” in reaching its determination under Article 3(1). It refers to the point no fewer than four times:

What the Tribunal emphasizes here is the inconsistency of action between two arms of the same Government *vis-à-vis* the same investor even when the legal framework of the country provides for a mechanism to coordinate.¹¹¹

[I]n the case before us, Chile is not a passive party and the coherent action of the various officials through which Chile acts is the responsibility of Chile, not of the investor.¹¹²

Chile also has an obligation to act coherently and apply its policies consistently, independently of how diligent an investor is. Under international law (the law that this Tribunal has to apply to a dispute under the BIT), the State of Chile needs to be considered by the Tribunal as a unit.¹¹³

Minister Hermosilla and the FIC were different channels of communication of the Respondent with outside parties, but, for purposes of the obligations of Chile under the BIT, they represented Chile as a unit, as a monolith, to use the Respondent’s term.¹¹⁴

88. In Chile’s view this ignores the law of the host State and the necessary separation of powers which is the basis for the rule of law. Organs of the State can have different mandates and concerns: inconsistency of policy between them does not necessarily entail any breach of international law. Just because the decisions of the FIC are attributable to the State of Chile is no reason to accord the FIC more authority than it actually had, and to do so is to confuse the distinct concepts of attribution and breach. Despite the Tribunal’s repetition of the “unity” argument, it is left essentially unexplained.¹¹⁵

¹⁰⁹ Cf. *supra* para. 31.

¹¹⁰ Cf. Award, para. 80.

¹¹¹ Award, para. 164.

¹¹² Award, para. 164.

¹¹³ Award, para. 165.

¹¹⁴ Award, para. 166.

¹¹⁵ See, e.g., Respondent’s Annulment Reply, paras. 62–65.

89. The Committee agrees that to mix up attribution and breach would require explanation and would indicate confusion. But it does not agree that the Tribunal committed such an error. For example the conduct of the Mayor of Pirque in his official capacity was attributable to the State,¹¹⁶ but the Tribunal did not suggest that this gave rise to any issue under the BIT. Its point was that the FIC was a senior agency of the State whose formal acts could be regarded as significant in terms of the admission of investment: this, as has been seen, it explained.

(d) Conclusion

90. The question for the Committee is not whether the Tribunal's reasoning is unassailable but whether it is annulable under Article 52(1)(e). This is in the end a matter of appreciation, bearing in mind the distinction between annulment and appeal.¹¹⁷

91. The Committee would make the following points. First, the notion of regulatory feasibility developed by the Tribunal (and applied consistently by it) is not a notion of Chilean law and was not presented as such: it was put forward in the context of Article 3(1) of the BIT. Secondly, it is not incoherent or contradictory to say that in a given situation a Project may go forward for regulatory assessment on the basis that it might be approved in accordance with the law of the host State. The Tribunal did not contradict itself in holding, on the one hand, that MTD could have expected from its contacts and contracts with the FIC that the Project was possible and, on the other hand, that it had no right to planning permission. Thirdly, there was material before the Tribunal – not least the letter of SEREMI González of 3 June 1998 – which supported the Tribunal's conclusion that the competent authorities were at no stage prepared to consider the Project as feasible from a regulatory perspective. The Respondent's version of the meeting of 6 November 1996 was also consistent with this conclusion (and the Claimants' version did not contradict it).¹¹⁸ Fourthly, it was open to the Tribunal to stress, from the perspective of the protection of foreign investment, the mandate and composition of the FIC; at any rate the Tribunal clearly addressed that issue at some length in its reasoning. Moreover it did so not from the point of

¹¹⁶ See, e.g., *Case concerning Elettronica Sicula S.p.a. (ELSI)*, ICJ Reports 1989 at 15, 48–49 (concerning the Mayor of Palermo).

¹¹⁷ See *supra* paras. 48–52.

view of attribution – it is undisputed that the FIC is an organ of the Chilean State and that foreign investment contracts are concluded by the FIC on behalf of the State – but from the point of view of the significance to be attached to the legal act of contracting for a Project in a specified location.

92. In the end the question is whether an informed reader of the Award would understand the reasons given by the Tribunal and would discern no material contradiction in them. In the Committee's view the answer to that question in the present case is that the reasons are sufficiently clear and sufficiently displayed and that they entail no contradiction: thus the case for annulment under Article 52(1)(e) fails.

(5) Contributory fault

93. The Tribunal's finding on this point has already been noted.¹¹⁹ The Respondent attacks it on two basic grounds, both alleging a failure to state reasons.

94. The first concerns causation. In the Respondent's view the Tribunal's own findings as to the due application of Chilean law meant that the Project could never have gone ahead in any event. There is in its view a fundamental discrepancy between the finding that the Foreign Investment Contract gave MTD no right to planning permission (and related findings that applications were properly rejected by the competent Chilean authorities), on the one hand, and the decision that Chile caused any part of the loss, on the other. The Respondent takes as an example the rejection by COREMA (the *Comisión Regional del Medio Ambiente, Región Metropolitana*) of an environmental impact statement for the Project:

The Tribunal's finding that the COREMA acted properly in rejecting the EIS is significant as it means that even if the PRMS could have been modified, MTD could not have gone forward with its project because the COREMA had, as the Tribunal itself found, validly rejected it. It is astounding that the Tribunal recognizes this outcome but does nothing to dispose of the obvious conflict. Based on the foregoing, it is unclear how the Tribunal could find that Chile is directly responsible for MTD's alleged damages. It is even more

¹¹⁸ MTD argued, and seems to have shown, that none of its senior representatives were present. There was evidence that Mr. Fontaine attended but it is not suggested that he represented MTD.

¹¹⁹ See *supra* paras. 37–38.

inconceivable that the Tribunal could announce its finding without providing any explanation as to how it arrived at its conclusion.¹²⁰

95. As the Tribunal recorded, the environmental impact statement was part of an effort by the Pirque Municipal Council to avoid the impact of the PRMS through getting approval for a Sectional Plan. The Sectional Plan proposal was submitted on 11 August 1998; the related environmental impact statement was submitted on 8 September 1998 and rejected on 26 November 1998, after the Minister had finally informed MTD that the PRMS could neither be modified nor avoided.¹²¹ The principal reason COREMA rejected the environmental impact statement – unsurprisingly – was that it was incompatible with the existing zoning for the land, as just affirmed by the Minister.¹²²

96. The Tribunal considered the issue of the COREMA rejection, rather briefly, under the rubric of the claim concerning unreasonable and discriminatory measures. It said:

To a certain extent, this claim has been considered by the Tribunal as part of the fair and equitable treatment. The approval of an investment against the Government urban policy can be equally considered unreasonable. On the other hand, the changes of the PMRS related to Chacabuco or more recently Modification 48, as explained by the Respondent, do not dispense with specific changes of the PMRS when the land is zoned of ‘*silvoagropecuario* interest.’ Therefore, there is no basis for considering the modifications made to PMRS as discriminatory. The Tribunal is also satisfied by the explanation regarding the rejection of the EIS by COREMA.¹²³

97. What the Respondent presents as a question of causation is only addressed by inference in this passage. But the reason is perfectly clear: the breach of the fair and equitable treatment standard discerned by the Committee was not any of the subsequent decisions by Chilean agencies declining to allow the Project.¹²⁴ What was held to be in breach of the fair and equitable treatment standard was the act of the FIC, an organ of the Chilean State, in approving a specific investment by reference to a location where the investment was not possible to be implemented. The Tribunal’s finding to that effect has withstood an annulment challenge, for the reasons given above. Without the FIC’s decision

¹²⁰ Respondent’s Annulment Memorial, para. 189.

¹²¹ Award, paras. 77, 81, 148.

¹²² Award, para. 195 (noting that there were other subsidiary reasons).

¹²³ Award, para. 196.

¹²⁴ “It was the policy of the Respondent and its right not to change it. For the same reason, it was unfair to admit the investment in the country in the first place.” Award, para. 214.

to admit the investment, the loss would not have occurred. By contrast no separate question of causation arose with respect to COREMA's decision of 26 November 1998, or any of the other decisions under Chilean law. The position would have been different had the Tribunal awarded damages by way of *lucrum cessans* for the loss of the Project but it did not, given that MTD never acquired any right to have the Project go ahead.

98. The second ground of complaint as to this finding is that, even if some apportionment of responsibility was appropriate (a process referred to in Respondent's pleadings as comparative negligence)¹²⁵ the Tribunal gave no reason for apportioning the loss on a 50:50 basis:

Due to the Tribunal's failure to state its reasons upon which it diminished the Award by an arbitrary and unexplained fifty percent (and not 100 percent), as well as its manifest failure to apply any law that the Parties agreed to in the BIT (whether the Tribunal applied equity or other unidentified precepts to make its fifty percent reduction), the Award must be annulled.¹²⁶

99. It may be noted that the Respondent does not challenge the decision on contribution as a manifest excess of powers, and rightly not. In the words of Article 39 of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001:

“Contribution to the injury

In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by wilful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought.”

Part II of the ILC Articles, in which Article 39 is located, is concerned with claims between States, though it includes claims brought on behalf of individuals, e.g., within the framework of diplomatic protection.¹²⁷ There is no reason not to apply the same principle of contribution to claims for breach of treaty brought by individuals.

100. The Tribunal had found a breach of treaty at the time of the admission of the investment: without the act constituting the breach (the decision of the FIC), the investment would not have gone ahead. At the same time the Tribunal found that MTD had significantly

¹²⁵ Respondent's Annulment Memorial, para. 193.

¹²⁶ Respondent's Annulment Memorial, para. 194.

¹²⁷ See ILC Articles, Art. 33(2) and commentary, para. (4).

contributed to its own loss, in the manner explained in some detail in the Award. The issue of contribution being thereby raised, the Tribunal proceeded forthwith to an appreciation of the comparative contribution. It estimated MTD's contribution to the damage to be 50% "after deduction of the residual value of their investment calculated on the basis of the following considerations."¹²⁸

101. The Committee agrees with the Respondent that some further reasons for a 50:50 split of damages could have been offered at this stage. But the Tribunal had already analysed the faults on both sides in some detail, holding both to be material and significant in the circumstances. As is often the case with situations of comparative fault, the role of the two parties contributing to the loss was very different and only with difficulty commensurable, and the Tribunal had a corresponding margin of estimation. Furthermore, in an investment treaty claim where contribution is relevant, the respondent's breach will normally be regulatory in character, whereas the claimant's conduct will be different, a failure to safeguard its own interests rather than a breach of any duty owed to the host State. In such circumstances, it is not unusual for the loss to be shared equally. International tribunals which have reached this point have often not given any "exact explanation" of the calculations involved.¹²⁹ In the event, the Tribunal having analysed at some length the failings of the two parties, there was little more to be said – and no annulable error in not saying it.

(6) The assessment of damages

102. The final area of controversy concerns the assessment of damages. The Respondent objects to this determination on two grounds.

103. First, it objects that the Tribunal gave no reason "for holding Chile responsible for the unreasonable price paid for the land."¹³⁰ What the Tribunal did, as noted, was to take the price actually paid, to deduct the amount which MTD should have accepted for the land when

¹²⁸ Award, paras. 242–43.

¹²⁹ As Gray notes in relation to the *Costa Rica Packet* case (1897): C Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987) 23. In that case Arbitrator Martens said little more than that "the losses sustained . . . are not entirely the necessary consequences of this precautionary detention": 5 Moore, *International Arbitrations* (1898) 4948, 4953.

offered by the vendor, and to halve the resulting amount because of MTD's failure to protect itself, a failure which included its failure to protect itself against a refusal of planning permission. In the context, in the Committee's view, the procedure adopted by the Tribunal was adequately explained.

104. Secondly, the Respondent complains of the arbitrary and unexplained way in which, it says, the Tribunal fixed the cut-off date for taking into account as damages the expenses incurred by MTD on the Project:¹³¹

The Tribunal fails to explain why it used Minister Henríquez' letter of 4 November 1998 as the point after which MTD's expenditures would be excluded from the damages calculation. The Republic of Chile presented evidence to the Tribunal of several meetings between MTD and Chilean government officials, which occurred before Minister Henríquez' letter was written, that could have been used as alternative cut-off dates — as well as points at which MTD could have mitigated its losses — for the Tribunal's damages determinations. During these various meetings the Republic of Chile contended that MTD was warned of the regulatory obstacles facing its Project, but the Tribunal fails to determine the substance of many of these meetings.¹³²

And it goes on to list a series of “dates the Tribunal could have used as alternative cut-off dates for its damages determination.”¹³³ In failing to explain the choice of 4 November 1998, the Respondent argues, the Tribunal failed to state the reasons on which a material part of the decision was based.¹³⁴

105. In the passage cited above (as elsewhere in its pleadings), the Respondent misconceives the basis on which the Tribunal made its decision. Had the breach of the fair and equitable treatment standard depended on what was said at particular meetings with Chilean officials prior to the conclusion of the first Foreign Investment Contract, it would have been necessary for the Tribunal to make definitive findings as the content of those meetings.¹³⁵ But this was not the basis for the decision. Rather the Tribunal emphasised that, an organ of the Chilean State having formally agreed in a written contract for the importation

¹³⁰ Respondent's Annulment Reply at 55.

¹³¹ See *supra* para. 39 for the Tribunal's determination on this point.

¹³² Respondent's Annulment Memorial, para. 195.

¹³³ *Id.* para. 196.

¹³⁴ It is also said to be a serious departure from a fundamental rule of procedure. *Id.*, para. 203. The Committee has already dealt with this as a separate ground for annulment. See *supra* paras. 55–56.

of substantial foreign capital for this specific Project, it was not until 3 June 1998 that an official statement that it would be “*inconveniente*” (i.e., inappropriate) to amend the PRMS was made to MTD in writing, and not until 4 November 1998 that the responsible Minister made it clear in writing that the Project would not proceed. The reasons for the Tribunal’s decision in that regard were – as the Committee has already held – given in the Award. That being so it is not to the point that the cut-off for calculation of expenditures failed to take into account what may have been said at prior meetings.

106. In other words, the Tribunal having held that there was a breach of the fair and equitable treatment standard as a result of the Foreign Investment Contract concluded on 18 March 1997, the question to be determined was for how long thereafter it was reasonable for the MTD to incur expenses in the quest for a change in the PRMS to allow the Project to take place. The Tribunal cited the Claimants’ argument that, having made the major authorized commitment of capital in early 1997, “it was reasonable and consistent with MTD’s obligation to mitigate damages for MTD to continue seeking Government approvals even after it became apparent that Government officials were opposing the Project.”¹³⁶ The Tribunal took as the cut-off date 4 November 1998, the date on which the Minister finally informed MTD in writing of his decision that the PRMS would not be changed. In effect, an organ composed of Chilean officials of ministerial rank having admitted in writing the investment, the Tribunal held that it was reasonable for the Claimants to continue to incur expenditure in quest of the Project until a final and definitive ministerial decision was made and communicated in writing to them that their quest could not succeed. The Committee agrees with the Respondent that the reasons given by Tribunal for this aspect of its quantum decision were extremely succinct. But they were not elusive. In the circumstances the Committee is not prepared to annul this minor aspect of the decision under Article 52(1)(e) of the Convention.

¹³⁵ Alternatively, to the extent that things said at those meetings were relied on by the Respondent by way of defence, the Tribunal would have had to hold that the content of the meetings had not been proved.

¹³⁶ Award, para. 114 (quoting Rejoinder, para. 131).

(7) Conclusions

107. In the event the Respondent's application for annulment must be dismissed. But the Committee would wish to emphasise again the actual basis on which the Tribunal's decision has been upheld. In the present case, a foreign investor failed to complete due diligence on a point fundamental to the investment. Land-use control is a core concern for the State, especially in the peripheries of urban areas. Whatever contracts foreign investors may make with the owners of rural land cannot be allowed to disrupt the due application of the law of the host State, nor should the vagueness inherent in such treaty standards as "fair and equitable treatment" allow international tribunals to second-guess planning decisions duly made (as the decisions here were made) in accordance with that law.

108. But criticism of the Tribunal on such grounds misapprehends the very specific basis of its decision, one which it was open to the Tribunal to reach. The Tribunal itself upheld the authority of Chilean planning law against arguments based on a "right to planning permission."¹³⁷ But the flow of foreign investment is also important and the State has undertaken obligations in this regard. In the event what emerged with credit from the examination was the planning process; what could do with improvement, as the Tribunal itself pointed out,¹³⁸ was co-ordination at the level of the FIC.

F. COSTS

109. The Award not having been annulled, the ruling on the costs of the proceedings before the Tribunal stands and the stay of enforcement is automatically lifted as from the date of this Decision (Arbitration Rule 54(3)).

110. It remains to deal with the question of the costs of these annulment proceedings, as to which the Committee has a discretion. In all but one of the concluded annulment proceedings, Committees have made no order for the parties' own costs and have held that ICSID's costs should be borne equally by the parties. They did so not only where the

¹³⁷ See, e.g., Award, para. 188.

¹³⁸ Award, para. 163.

application for annulment succeeded in whole or part but also where it failed.¹³⁹ In the latter cases, the party successful, at least in part before the Tribunal, and successful in any case before the committee had to pay half the costs resulting from the request for annulment.

111. This result might be thought anomalous. However, in the interest of consistency of ICSID jurisprudence and in the circumstances of the present case, the Committee proposes to follow the existing practice. It does so noting that this practice is not without flexibility and admits of exception. In this regard, it observes that in *CDC Group PLC v Republic of the Seychelles*, the committee ordered the unsuccessful respondent to pay both the claimant's and ICSID's costs of the annulment proceedings. The committee noted that the annulment application was "fundamentally lacking in merit" and that the respondent's case was "to any reasonable and impartial observer, most unlikely to succeed."¹⁴⁰ The same cannot be said here. As the Committee has already observed, Chile has expressed reasonable concerns transcending the amounts at stake.

112. The costs of the parties' own representation during the annulment proceedings are likewise within the Committee's discretion. The present case involved a complex and novel question of public importance concerning the assessment of regulatory risk in a case where a formal contract of foreign investment was concluded specifying the location of the investment. Taking into account that both parties were held to be at fault in relation to the dispute, the Committee decides to make no order as to the costs of representation before it.

¹³⁹ In the following seven cases, committees declined to order party costs against the unsuccessful party and split ICSID's costs of the proceedings: *Klöckner* (1985) 2 ICSID Reports 4, 163; *Amco Asia I* (1986) 1 ICSID Reports 509, 542; *MINE* (1989) 4 ICSID Reports 79, 110; *Amco Asia II* (1992) 9 ICSID Reports 3; *Wena Hotels* (2002) 6 ICSID Reports 129, 152; *Vivendi* (2002) 6 ICSID Reports 340, 371; *Mitchell v DRC*, decision of 1 November 2006, para 67.

¹⁴⁰ (2005) 11 ICSID Reports 237, 266 (para. 89).

G. DECISION

113. For the foregoing reasons, the Committee DECIDES:

- (1) The Respondent's request for annulment is dismissed.
- (2) Each party shall bear one half of the costs incurred by the Centre in connection with this annulment proceeding.
- (3) Each Party shall bear its own costs of representation in connection with this annulment proceeding.

/ Signed /

JUDGE GILBERT GUILLAUME
President of the Committee
Date: 16 February 2007

/ Signed /

PROFESSOR JAMES CRAWFORD
Member
Date: 15 February 2007

/ Signed /

DRA SARA ORDONEZ NORIEGA
Member
Date: 12 February 2007

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

v.

La República de Chile

(Caso CIADI No. ARB/01/7)

(Procedimiento de Anulación)

Decisión de Anulación

Miembros del Comité *ad hoc*

El Honorable Juez Gilbert Guillaume
Profesor James Crawford
Dra. Sara Ordóñez Noriega

Secretario del Comité

Sr. Ucheora Onwuamaegbu

En representación de las Demandantes:

Sr. Oscar M. Garibaldi
Sr. Eugene D. Gulland, y
Srta. Karin Kizer
Covington & Burling
Washington, D.C.

En representación del Demandado:

Sr. Claudio Castillo Castillo
Jefe División Jurídica
Ministerio de Economía de Chile
y
Sr. Ronald E.M. Goodman and
Srta. Gaela K. Gehring Flores
Winston & Strawn LLP
Washington, D.C.

Fecha de Despacho: 21 de marzo de 2007

TABLA DE CONTENIDOS

	<i>Párrafo.</i>
A. EL PROCEDIMIENTO DE ANULACIÓN	1
B. LA DISPUTA ENTRE LAS PARTES	11
C. EL LAUDO DEL TRIBUNAL	22
(1) Generalidades	23
(2) Las conclusiones del Tribunal sobre trato justo y equitativo	27
(a) El estándar de trato justo y equitativo	27
(b) Aplicación del estándar a los hechos	29
(c) El tratamiento del Tribunal al argumento de Chile sobre notificación	32
(d) La conclusión del Tribunal sobre el significado de la aprobación del CIE	34
(e) La conclusión del Tribunal sobre el riesgo de regulación	37
(f) La conclusión del Tribunal sobre el trato justo y equitativo	38
(3) La conclusión del Tribunal sobre la culpa concurrente.	39
(4) La conclusión del Tribunal sobre la evaluación de los daños.	41
D. LOS ARGUMENTOS DE LA ANULACIÓN	43
(1) Introducción	43
(2) Manifiesta extralimitación de facultades	44
(3) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento	49
(4) Falta de motivación del Laudo	50
(5) Ámbito de la autoridad de anulación	52
E. LAS CAUSALES DE NULIDAD INVOCADAS	55
(1) Relación entre las causales de anulación	55
(2) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento	56
(3) Tratamiento justo y equitativo: manifiesta extralimitación de facultades	58
(a) No aplicación del derecho internacional	61
(b) No aplicación del derecho chileno	72
(c) Decisiones <i>ex aequo et bono</i> no autorizadas	76
(4) Trato justo y equitativo: falta de motivación	78
(a) Los efectos de la aprobación del CIE	82
(b) La "política urbana" de Chile	84
(c) Incoherencia entre la conducta chilena y la "unidad del Estado"	87
(d) Conclusión	90
(5) Culpa concurrente.	93
(6) La evaluación de los daños	102
(7) Conclusiones	107
F. COSTAS	109
G. DECISIÓN	113

A. PROCEDIMIENTO DE ANULACIÓN

1. El 20 de septiembre de 2004, la República de Chile (“Chile” o “la Demandada”) interpuso ante la Secretaría General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones una Solicitud de anulación de un Laudo de fecha 25 de mayo de 2004 dictado por el Tribunal en el arbitraje iniciado por MTD Equity Sdn Bhd. y MTD Chile S.A. (conjuntamente “las Demandantes” o “MTD”).

2. La Solicitud fue presentada dentro del plazo establecido en el Artículo 52(2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio CIADI”). En ella, la Demandada pretendía la anulación del Laudo con fundamento en tres de las cinco causales estipuladas en el Artículo 52(1) del Convenio CIADI, específicamente que: el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades; que hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y que el Laudo había omitido expresar las razones en las que se sustentó. La Solicitud, asimismo, contenía una petición, bajo el Artículo 52(5) del Convenio y la Regla 54(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, para una suspensión de la ejecución del Laudo mientras estuviese pendiente la Solicitud de Anulación.

3. La Secretaría General del CIADI registró la Solicitud el 30 de septiembre de 2004 y con esa fecha, de conformidad con la Regla 50(2) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “Reglas de Arbitraje”), transmitió una Notificación de Registro a las partes, enviando simultáneamente a los Demandantes copias de tal Solicitud y de la documentación anexa. Las partes también fueron notificadas de que, con arreglo a la Regla de Arbitraje del CIADI 54(2), la ejecución del Laudo quedaría suspendida provisionalmente.

4. Mediante carta de 18 de enero de 2005, conforme a la Regla 52(2) de las Reglas de Arbitraje, las partes fueron notificadas de que el Comité *ad hoc* había sido constituido y estaba conformado por el Juez Gilbert Guillaume, el Profesor James R. Crawford y la Dra. Sara Ordóñez Noriega. Las partes fueron posteriormente notificadas, por medio de carta de 24 de enero de 2005, de que el Juez Gilbert Guillaume había sido designado Presidente del Comité y, el 16 de marzo de 2005, el Centro envió a las partes copias de las Declaraciones

firmadas por los Miembros del Comité con arreglo a la Regla 52(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

5. La primera sesión del Comité se efectuó el 23 de marzo de 2005, en las dependencias del Banco Mundial en París, Francia, y en ella fueron acordados y decididos diversos puntos sobre procedimiento. Asimismo, en dicha reunión, las Demandantes formularon una petición bajo la Regla de Arbitraje 54(2) para que se pusiera fin a la suspensión de la ejecución del Laudo a menos que Chile ofreciera una garantía apropiada. El Comité, escuchados los argumentos orales de las partes al respecto, estableció el cronograma para la presentación, por escrito, de las alegaciones ulteriores que éstas formularan. Por acuerdo entre las partes, el plazo de treinta días para una decisión bajo la Regla 54(2) de las Reglas de Arbitraje fue prorrogado, en el entendido de que el Comité pronunciaría su decisión oportunamente una vez presentados por escrito los argumentos.

6. En su Decisión de 1 de junio de 2005, el Comité ordenó que se mantuviera la suspensión de la ejecución del Laudo, sin necesidad de que Chile constituyera una garantía.¹ Lo anterior, sobre la base de que el único perjuicio que sufrirían las Demandantes era el retardo que, en el evento de que la Solicitud de anulación fuese rechazada, podría ser remediado mediante el pago de intereses y que es incidental al sistema de anulación del Convenio. En particular, el Comité puso de presente, según las declaraciones de Chile: (a) que el Convenio CIADI ha sido implementado íntegramente bajo el derecho chileno, con la consecuencia de que un laudo del CIADI produce exactamente el mismo efecto que una sentencia definitiva de los tribunales chilenos, y (b) que de conformidad con la práctica establecida, Chile dará pronto cumplimiento al presente Laudo, si éste no es anulado.²

7. De conformidad con el calendario de procedimiento fijado por el Comité en su primera sesión de 23 de marzo de 2005, y según lo acordado entre las partes, la Demandada presentó su Memorial de sustentación de la Solicitud de anulación el 25 de julio de 2005; las Demandantes presentaron un Contra Memorial el 7 de diciembre de 2005; la Demandada presentó una Réplica el 25 de enero de 2006 y, el 8 de marzo de 2006, las Demandantes presentaron una Dúplica. Al Memorial de la Demandada se adjuntó una Opinión Experta del Sr. Jan Paulsson; y a su Réplica fue anexada una Opinión Complementaria del Sr. Paulsson y

¹ El texto de la resolución se encuentra online en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/MTD.pdf>.

una Opinión Experta de Sir Arthur Watts. El Contra Memorial de las Demandantes fue acompañado de una Opinión Experta del Profesor Christoph H. Schreuer. Comentarios adicionales del Profesor Schreuer fueron anexados en la Dúplica.

8. Dentro del procedimiento de anulación, el 10 de abril de 2006, en las oficinas del Banco Mundial en París, se llevó a cabo una audiencia de un día de duración, en la que los abogados de ambas partes presentaron sus argumentos y peticiones y contestaron las preguntas de los Miembros del Comité. Las partes, posteriormente, hicieron observaciones a las transcripciones de la audiencia, las que fueron tenidas en cuenta por el Comité. Estuvieron presentes en la audiencia: los Miembros del Comité de Anulación: S.E. Juez Gilbert Guillaume, Profesor James R. Crawford, y Dra. Sara Ordóñez Noriega; el Secretario del Comité: Sr. Ucheora Onwuamaegbu; los representantes de las Demandantes: Sr. Oscar Garibaldi, Sr. Eugene D. Gulland, y Srta. Karin Kizer, de Covington & Burling, y Sr. Azmil Khalid y Sr. Vincent Lee de MTD Equity Sdn Bhd. y MTD Chile S.A.; y los representantes de la Demandada: Sr. Ronald E.M. Goodman, Srta. Gaela K. Gehring Flores, Srta. Geraldine Fischer, y Sr. Kelby Ballena de Winston & Strawn LLP, Sr. Claudio Castillo Castillo, Jefe de la División Jurídica, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile, Sr. Eduardo Bobadilla Brinkmann, Abogado del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile, y Sr. Eduardo Escalona Vásquez, Abogado del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile.

9. En ausencia de solicitudes para modificar las reglas de procedimiento establecidas en el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje, el procedimiento de anulación fue tramitado de conformidad con las disposiciones aplicables de la Sección 3 del Capítulo IV del Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje.

10. En el curso del presente procedimiento, los Miembros del Comité han deliberado por diversos medios de comunicación, incluyendo una reunión en París el 11 de abril de 2006, y han tomado en consideración todas las alegaciones, documentos y testimonios presentados ante ellos.

² Decisión sobre la Solicitud del Demandado de Suspensión Permanente de la Ejecución, párrs. 29, 35, citando el Decreto Supremo No. 1304, *Diario Oficial*, 9 de enero de 1992.

B. LA DISPUTA ENTRE LAS PARTES

11. Tras discusiones con diversos funcionarios chilenos, MTD Equity Sdn Bhd. (una compañía de Malasia) y la subsidiaria de su propiedad, MTD Chile S.A. (una compañía chilena), decidieron continuar las negociaciones relativas a la construcción de una comunidad planificada de uso mixto en la pequeña localidad de Pirque, al sur de Santiago. El sitio propuesto estaba zonificado para uso agrícola y, como las Demandantes sabían, requeriría una nueva zonificación para que pudiera ser desarrollado el proyecto. Con posterioridad a las negociaciones llevadas a cabo con el propietario del terreno, el Sr. Jorge Fontaine Aldunate, ciudadano chileno, y con tres agencias del gobierno de Chile [El Comité de Inversiones Extranjeras (“CIE”), el Servicio de Vivienda y Urbanización (“SERVIU”) y el Secretario Regional Ministerial (“SEREMI”)], los Demandantes celebraron con el Señor Fontaine un Contrato de Promesa el 13 de diciembre de 1996. El Contrato de Promesa estaba condicionado a la aprobación por el CIE de la inversión de las Demandantes. Dicho contrato contemplaba el desarrollo del terreno en dos segmentos y la creación de una sociedad chilena, El Principal Inversiones S.A. (“EPSA”), que pertenecería en un 51% a las Demandantes y en un 49% al Sr. Fontaine.

12. El 14 de enero de 1997, las Demandantes presentaron ante el CIE una solicitud para la aprobación de una inversión inicial de US\$17.136 millones, para desarrollar un proyecto descrito como *“un township, en 600 hectáreas del Fundo El Principal de Pirque, el cual será una ciudad satélite autosuficiente, con casas, departamentos para diversos estratos socioeconómicos, escuelas, hospitales, universidades, supermercados, comercio de toda clase, servicios y todo otro componente necesario para la autosuficiencia.”*³ La solicitud fue aprobada por el CIE el 3 de marzo de 1997. Un Contrato de Inversión Extranjera estándar fue firmado entre el CIE y las Demandantes el 18 de marzo de 1997; en él se disponía que MTD *“desarrollará un proyecto inmobiliario en 600 hectáreas del Fundo El Principal de Pirque. El referido proyecto consiste en la construcción de una ciudad satélite autosuficiente, en casas, departamentos, colegios, hospitales, comercios, servicios, etc.”*⁴ Una vez firmado este contrato, las Demandantes efectuaron un aporte de capital de US\$8.4 millones a EPSA y con US\$8.736 millones compraron el 51% de las acciones en EPSA al Sr. Fontaine.

³ Véase Laudo párr. 51.

⁴ Véase Laudo párr. 54.

13. El 8 de abril de 1997, las Demandantes presentaron ante el CIE una segunda solicitud para invertir US \$364.000 en capital de trabajo adicional, la cual fue aprobada. Un segundo Contrato de Inversión Extranjera estándar, que igualmente especifica la ubicación del proyecto, fue firmado el 13 de mayo de 1997.⁵

14. Ambos Contratos de Inversión Extranjera contienen la siguiente cláusula:

4. En todo caso, se deja establecido que el Inversionista Extranjero quedará sujeto a la actual legislación y reglamentos vigentes en lo relativo a sus actividades. La presente autorización es sin perjuicio de cualesquiera otras que, en conformidad a tales legislación y reglamentación, deban ser otorgadas por las autoridades competentes.

No fue objeto de discusión que la palabra “otras,” en la cláusula 4, se refiere a otras autorizaciones requeridas por las leyes y reglamentos chilenos.

15. La zonificación del sitio en Pirque estaba comprendida en el Plan Regulador Metropolitano de Santiago (“PRMS”) y los cambios de zona para el Proyecto eran manejados por el SEREMI. El 16 de abril de 1998, las Demandantes fueron informadas de que el Proyecto era incompatible con la política de desarrollo urbano del Gobierno. El 3 de junio de 1998, el SEREMI escribió a MTD señalándole que el PRMS no sería modificado; por lo tanto, los cambios de zonificación requeridos para que el Proyecto pudiera continuar no fueron aprobados. La solicitud de asistencia de las Demandantes al CIE fue rechazada. El 4 de noviembre de 1998 el Ministro rechazó formalmente el Proyecto.

16. El 2 de junio de 1999, las Demandantes notificaron a la Demandada la existencia de una diferencia sobre inversión bajo los términos del Tratado de 1992 suscrito entre el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección de Inversiones (el TBI).⁶ Al término del período de negociación de tres meses exigido por el Artículo 6(3) del TBI, para poder someter la diferencia a arbitraje, la disputa seguía sin ser resuelta. A solicitud de la Demandada, el período de negociación fue prorrogado por 30 días, sin alcanzarse acuerdo alguno.

⁵ Más tarde, el 9 de septiembre de 1999, se celebró un tercer Contrato de Inversión Extranjera. Este no especificó la ubicación del Proyecto. Véase Laudo, párr. 84.

⁶ Tratado entre el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección de Inversiones, del 11 de noviembre de 1992 (Fecha de entrada en vigor: 4 de agosto de 1995). Véase El Texto en español del TBI que se encuentra online en http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_malasia_sp.pdf.

17. El 26 de junio de 2001, las Demandantes presentaron la solicitud de arbitraje. Las Demandantes alegaron, en primer término, que la Demandada había infringido su obligación de tratamiento justo y equitativo, contemplada en el TBI, toda vez que, habiendo creado e incentivado la sólida expectativa de que el Proyecto era factible desde el punto de vista de la regulación en la específica ubicación propuesta, y habiendo suscrito un contrato confirmando ese emplazamiento, posteriormente desautorizó esa ubicación cuando ya los Demandantes habían comprometido irrevocablemente su inversión.

18. En segundo lugar, las Demandantes se basaron en la cláusula de la nación más favorecida del Artículo 3(1) del TBI, que establece que las inversiones “*recibirán un tratamiento justo y equitativo, y no menos favorable que aquel concedido a las inversiones hechas por los inversionistas de cualquier tercer Estado.*” Las Demandantes argumentaron que la cláusula NMF hace aplicables varias disposiciones de otros TBI suscritos por Chile; en particular el Artículo 3(1) del TBI con Dinamarca,⁷ que exige al Estado receptor dar cumplimiento a “*cualquier obligación que pudiere haber contraído en relación con inversiones,*” una obligación que en este caso se extendía a los Contratos de Inversión Extranjera. Las Demandantes también adujeron que la Demandada había violado el Artículo 3(3) del Tratado con Croacia, que se refiere a daños ocasionados por medidas no razonables y discriminatorias, así como el Artículo 3(2), que establece que cuando una parte contratante haya “*aceptado una inversión en su territorio, otorgará los permisos necesarios de acuerdo con sus leyes y reglamentos.*”⁸

19. En tercer lugar, las Demandantes sostuvieron que la negativa a otorgar los permisos necesarios constituía una expropiación indirecta en violación del Artículo 4 del TBI.

20. En relación con estas infracciones MTD reclamó, “ todos los daños a que pueda estar facultada bajo el derecho aplicable, incluyendo, sin limitación, (a) todo **damnum emergens** sufrido por MTD como consecuencia de la violación por el demandado de los contratos de

⁷ Tratado entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno del Reino de Dinamarca concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, del 28 de mayo de 1993 (en vigor: 3 de noviembre de 1995): 1935 UNTS 263; también en http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_denmark.pdf.

⁸ El texto del Tratado entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Croacia concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, del 28 de noviembre de 1993 (en vigor: 15 de junio de 1996), se encuentra online en http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_croatia.pdf.

inversión y el Tratado, incluyendo las sumas invertidas bajo los contratos de inversión y todos los costos y gastos incurridos por MTD en sus esfuerzos por llevar a cabo el Proyecto; (b) y **lucrum cessans** que MTD habría obtenido de su inversión si la República de Chile hubiese permitido que el Proyecto continuara,”⁹ más las costas e interés compuesto.

21. La Demandada sostuvo que todo el daño sufrido fue causado por la falta de debida diligencia por las Demandantes. La confianza puesta en el Sr. Fontaine, la ausencia de consejo profesional independiente en el sector urbano y la aceptación de una valoración exorbitante del terreno al tiempo de efectuar la inversión fueron las causas efectivas de las pérdidas de las Demandantes. En ningún momento la Demandada o cualquiera de sus funcionarios se comprometió a otorgar una aprobación de urbanismo que, como las Demandantes sabían o debían haber sabido, era exigida por la Ley. Por el contrario, de acuerdo con la Demandada, MTD fue informada en los términos más explícitos, en una reunión del 6 de noviembre de 1996, a la que asistieron el Ministro y el SEREMI, de que existía un obstáculo mayor en el Proyecto, en términos del PRMS. En estas circunstancias MTD no podía haber tenido una expectativa legítima de la factibilidad del Proyecto desde el punto de vista de la regulación, un aspecto cuyo alcance sobrepasa los términos de los Contratos de Inversión Extranjera celebrados entre el CIE y MTD.

C. EL LAUDO DEL TRIBUNAL

22. Mediante Laudo de 25 de mayo de 2004, el Tribunal (Dr. Rigo Sureda, Presidente; Señores Lalonde y Oreamuno Blanco) sostuvo, por una parte, que Chile había violado su obligación de trato justo y equitativo bajo el Artículo 3(1) del TBI pero, por otra, que las Demandantes habían omitido protegerse de los riesgos del negocio inherentes a su inversión en Chile. Estando dividida por partes iguales la responsabilidad por el daño, el Tribunal concluyó que la Demandada debía pagar el 50% de los daños evaluados, a saber, US\$5.871.322.42, más el interés compuesto, y que cada parte debía pagar sus propias costas y el 50% de las costas de arbitraje.

⁹ Solicitud de Arbitraje, para. 74(iii).

(1) Generalidades

23. La mayoría de los aspectos de la decisión del Tribunal no fueron controvertidos ante el Comité y sólo necesitan una breve referencia. El Tribunal sostuvo que:

- (a) MTD Equity era un inversionista bajo el Artículo 1(c)(ii) del TBI; MTD Chile, siendo totalmente de propiedad de MTD Equity, se consideraba un nacional de Malasia para los efectos del procedimiento arbitral con arreglo al Artículo 6(2); de este modo, ambas Demandantes tenían legitimación para reclamar bajo el TBI.¹⁰
- (b) No hubo infracción de la cláusula NMF (en relación con el Artículo 3(1) del TBI con Dinamarca) por causa de cualquier violación alegada de los Contratos de Inversión Extranjera. Tal como aparece claro en dichos Contratos, la autorización para invertir era únicamente el comienzo de un proceso que requeriría ulteriores permisos y aprobaciones. Dado que Chile no había vulnerado los Contratos de Inversión Extranjera al rehusar el permiso para el Proyecto, no había nada sobre lo cual pudiese operar la cláusula “paraguas” del Artículo 3(1) del TBI con Dinamarca.¹¹
- (c) Habiéndose dado razones adecuadas para la negativa de Chile a modificar o prescindir del PRMS, no existía fundamento para considerar que tales negativas fuesen discriminatorias.¹²
- (d) El Demandado no vulneró la cláusula NMF (en relación con el Artículo 3(2) del TBI con Croacia) al negarse a cambiar el PRMS para permitir que el Proyecto pudiera ejecutarse. Las Demandantes no tenían derecho alguno a la modificación del marco normativo del país donde invirtió, y el PRMS era parte de dicho marco. Lo único que las Demandantes podían esperar era que se aplicara la Ley.¹³
- (e) Dado que las Demandantes “no tenían derecho a la modificación del PRMS,” la denegación de autorización no implicó una expropiación sino, más bien, el

¹⁰ Laudo, párrs. 92–94.

¹¹ Laudo, párrs. 179–89.

¹² Laudo, párrs. 190–96.

¹³ Laudo, párrs. 197–205.

trato injusto por parte del Estado al aprobar una inversión contraria a su propia política vigente.¹⁴

24. Chile además no controvierte ciertas conclusiones del Tribunal que son consecuencia de su afirmación de una vulneración del estándar de trato justo y equitativo. En particular no discute:

- (f) La conclusión del Tribunal de que las Demandantes no adoptaron las medidas adecuadas y razonables para investigar los problemas de urbanismo y para protegerse en sus relaciones contractuales con el Sr. Fontaine;¹⁵
- (g) Salvo en dos aspectos, su estimación de los daños totales;¹⁶
- (h) Su conclusión de que debe pagarse interés compuesto.¹⁷

25. Las siguientes conclusiones son controvertidas por Chile en este procedimiento de anulación:

- (i) La conclusión del Tribunal de que la “*aprobación por parte del CIE de una inversión para un proyecto que contraviene la política urbana del Gobierno constituye una violación al deber de dispensar a un inversionista un trato justo y equitativo*”;¹⁸
- (j) Su conclusión de que los daños deben ser compartidos por igual entre las partes, sobre la base de que ambas fueron parcialmente responsables de éstos;¹⁹ y
- (k) Dos aspectos específicos de la evaluación de los daños: uno concerniente al precio estimado del terreno; el otro relativo a la elección del Tribunal del 4 de noviembre de 1998 como el punto de corte para el cálculo de los daños, cuando se debería haber escogido el 3 de junio de 1998, o incluso una fecha anterior.²⁰

¹⁴ Laudo, párrs. 207–14.

¹⁵ Laudo, párrs. 168–78.

¹⁶ Laudo, párrs. 215–48. Para los puntos controvertidos ver párrafo 25(k) siguiente.

¹⁷ Laudo, párrs. 249–51.

¹⁸ Laudo, párr. 166. Véase generalmente Laudo, párrs. 107–67; Solicitud de Anulación, párrs. 52–81.

¹⁹ Laudo, párr. 242–46; Solicitud de Anulación, párrs. 82–83.

²⁰ Laudo, párr. 240(ii); Solicitud de Anulación, párrs. 84–85.

26. Antes de analizar las causales de nulidad invocadas por Chile y su aplicación a estos aspectos del Laudo, es útil establecer con un mayor detalle las razones esgrimidas por el Tribunal para llegar a las decisiones impugnadas.

(2) Las conclusiones del Tribunal sobre trato justo y equitativo

(a) *El estándar de trato justo y equitativo*

27. El Artículo 2 del TBI se titula “*Promoción y Protección de las Inversiones.*” El Artículo 2(2) prescribe que:

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

El Artículo 3(1), titulado “*Nación Más Favorecida,*” establece:

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

En consecuencia, no existe una, sino dos disposiciones en el TBI que establecen que las inversiones “*recibirán un tratamiento justo y equitativo.*” Más aún, el Artículo 4(1) del TBI Croacia-Chile establece que el derecho a un trato justo y equitativo “*no será obstaculizado en la práctica.*” Después de llamar la atención a las diversas fuentes de la obligación en el TBI,²¹ el Tribunal se refirió en términos genéricos a la “*obligación de tratar las inversiones en forma justa y equitativa.*”²²

28. Al tiempo que el Tribunal puso de presente que las partes parecían estar de acuerdo en el significado del estándar de trato justo y equitativo, analizó aspectos de dicho estándar, que:

*[A]l tenor del TBI, trato justo y equitativo debe entenderse como trato imparcial y ecuánime, que contribuya a alentar la promoción de la inversión extranjera. En vez de imponer un comportamiento pasivo por parte del Estado o condenar los comportamientos perjudiciales para los inversionistas, el TBI define su objetivo en forma activa*²³

²¹ Laudo, párrs. 105(i), 107, 113, 116.

²² Sobre la relación entre las diversas fuentes de obligación y la decisión del Tribunal, véanse párrs. 79–80 siguientes.

²³ Laudo, párr. 113, y para las discusiones véase Laudo, párrs. 109–13.

Después de citar un párrafo del laudo en el caso de *TECMED*,²⁴ concluyó: “*Este es el criterio que el Tribunal aplicará a los hechos del presente caso.*”²⁵

(b) Aplicación del estándar a los hechos

29. En su reclamo, las Demandantes formularon el asunto central en lo atinente a la aplicación de este estándar a la disputa, de la siguiente manera:

*[S]i el Estado de Chile puede válidamente celebrar un contrato de inversión extranjera vinculante, que especifica el propósito y la ubicación de un proyecto particular de inversión, sabiendo, al mismo tiempo (y sin decírselo al inversionista), que el Gobierno nunca permitirá que el inversionista realice el proyecto que es el objeto del contrato*²⁶

A este cuestionamiento el Tribunal dio una respuesta negativa.²⁷

30. En principio, dada la interpretación del Tribunal del estándar de trato justo y equitativo (al que el Comité se referirá más adelante), Chile podría haber contestado la interrogante en cuatro formas. Primero, argumentando que no era la política de Chile, al tiempo de efectuarse la inversión, que el Proyecto nunca pudiese ser aprobado y que la decisión definitiva de no permitirlo fue adoptada con posterioridad; de haber sido esta la respuesta, no se habría presentado contradicción entre los Contratos de Inversión Extranjera y la decisión final de urbanismo. Segundo, pudo haber alegado que la política de desarrollo urbano de Chile ya estaba establecida para la región y era adversa al Proyecto; además, que las Demandantes fueron notificadas expresamente de este hecho. Tercero, pudo haber indicado que “*el contrato de inversión extranjera vinculante,*” al cual las Demandantes se refieren, no importó un compromiso de Chile en relación con la ubicación del Proyecto, sino que su señalamiento fue meramente indicativo. Cuarto, pudo haber argüido que, con independencia de las respuestas a las tres primeras preguntas, las Demandantes asumieron el riesgo de que su proyecto pudiera no ser aprobado.

31. Cabe hacer hincapié en que no obstante que la Demandada formuló el segundo, tercero y cuarto argumentos ante el Tribunal, no esgrimió el primero. Haberlo hecho habría sido inconsistente con su principal defensa de los hechos, basada en la alegada reunión del 6

²⁴ *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)00/2, (2003) 10 Informes CIADI 130, 192–93 (párr. 154), citado en el Laudo, párr. 114.

²⁵ Laudo, párr. 115.

²⁶ Réplica de las Demandantes, párr. 36, citado en el Laudo, párr. 129.

de noviembre de 1996. Conforme al Artículo 52 del Convenio CIADI, un procedimiento de anulación no constituye una apelación y menos aún un nuevo juicio; se trata de una forma de revisión respecto de causales específicas y limitadas, que deben analizarse con base en el expediente conocido por el Tribunal. De este modo, la pregunta central para el Comité es – suponiendo por el momento que el Tribunal no incurrió en un vicio de nulidad en la formulación del estándar de tratamiento justo y equitativo – si el Tribunal incurrió en algún vicio de nulidad, al responder los tres argumentos fundamentales expuestos ante él.

(c) *El tratamiento del Tribunal al argumento de Chile sobre notificación*

32. La Demandada hizo mucho énfasis ante el Tribunal en una reunión que dijo tuvo lugar el 6 de noviembre de 1996, entre el Sr. Edmundo Hermosilla (entonces Ministro de MINVU), el SEREMI (Sr. Sergio González Tapia) y los representantes de MTD, en la que se hicieron advertencias explícitas en cuanto a que el Proyecto contravenía las regulaciones urbanísticas vigentes y enfrentaba las correspondientes dificultades.²⁸ Esta fecha es relevante pues es anterior a la suscripción por MTD del Contrato de Promesa (13 de diciembre de 1996), a la presentación ante el CIE de la solicitud de aprobación inicial de la inversión (14 de enero de 1997), y a la realización de cualquiera de los otros actos que lo calificaron como inversionista en Chile. A esta reunión se alude en la carta del SEREMI del 3 de junio de 1998, que fue la primera notificación escrita a MTD de que no se otorgaría autorización para cambiar o prescindir del PRMS. No se conserva ningún registro coetáneo de la reunión del 6 de noviembre de 1996, y las Demandantes negaron que ella hubiese tenido lugar, o al menos que a ella hubiese asistido algún representante de MTD.

33. El Tribunal, tras exponer los argumentos de las partes,²⁹ trató este aspecto fáctico con alguna extensión³⁰ pero en definitiva declinó resolverlo.³¹ En lugar de ello, el Tribunal declaró que “*analizará la situación suponiendo, primeramente, que la reunión se hubiera celebrado, y luego que no hubiera tenido lugar, y examinará hasta qué punto la conducta de*

²⁷ Véase Laudo, párrs. 163, 166, 189, 196, 214, 240(ii) para diferentes expresiones sobre esta conclusión.

²⁸ Memorial de Contestación, párr. 24, citado en Laudo, párr. 48.

²⁹ Laudo, párrs. 117, 124, 126.

³⁰ Laudo, párrs. 150–59.

³¹ Sin perjuicio de la ausencia de toda documentación contemporánea de cualquier especie (excepto la palabra “Malasia” en la agenda del Ministro), no es claro cuáles funcionarios de MTD estaban presentes, si es que alguno lo estuvo. Se invocó prueba de que dos de los principales funcionarios de MTD involucrados no estaban en Chile en esa época.

las partes es congruente con las declaraciones hechas supuestamente por funcionarios chilenos y por los representantes de las Demandantes.”³² Destacó que si en estas reuniones se hubieran hecho categóricamente advertencias negativas, habría sido “ilógico que las Demandantes solicitaran la aprobación del CIE para una inversión considerada inviable por altos funcionarios de la Demandada.”³³ Luego de discutir el ámbito y sentido de la aprobación del CIE, concluyó:

*El hecho de que la reunión del 6 de noviembre de 1996 se hubiera celebrado o no, no afecta el resultado de estas consideraciones. En efecto, si en verdad la reunión tuvo lugar, es aún más inexplicable que el CIE aprobara la inversión y que se suscribieran los dos primeros Contratos de Inversión Extranjera. El Ministro Hermosilla y el CIE eran dos canales de comunicación diferentes de la Demandada con terceros, pero, a los efectos de las obligaciones contraídas por Chile en virtud del TBI, ambos representaban a Chile como una unidad, como un monolito, para usar la expresión de la Demandada.*³⁴

De esta forma, el Tribunal habría sostenido que existió una infracción del estándar de trato justo y equitativo, bien sea que las Demandantes hubiesen sido informadas o no de la política chilena sobre desarrollo urbano de las áreas del sur de Santiago, tales como Pirque. En vista de ello, no efectuó (como la Demandada indica)³⁵ análisis detallados en relación con lo que pudo haberse declarado en otras reuniones.

(d) La conclusión del Tribunal sobre el alcance de la aprobación del CIE

34. Una controversia más significativa en cuanto a la conclusión del Tribunal, atañe al rol del CIE en el proceso de inversión extranjera. Las Demandantes argumentaron ante el Tribunal que tenían derecho frente a Chile para desarrollar el Proyecto en el terreno en cuestión, dado el contrato firmado con el CIE, órgano del Estado chileno, aun cuando diversos permisos tuviesen que ser obtenidos antes de que este derecho pudiese ser ejercitado. Según la Demandada, todo lo que el CIE podía hacer en derecho, y todo lo que de hecho hizo, era otorgar autorización para la importación del capital necesario.

³² Laudo, párr. 152. Otras reuniones o encuentros, sostenidos o concertados entre las partes en el período anterior a la carta del SEREMI del 3 de junio de 1998, son mencionados en el Laudo, párrs. 44, 50, 58, 59, 60, 63, 67, 70, 71, 72, 73, 153. También hubo controversias sobre declaraciones chilenas inconsistentes, posteriores a esa fecha, que el Tribunal mencionó sin resolverlas: Laudo, párrs. 156–57.

³³ Laudo, párr. 158.

³⁴ Laudo, párr. 166.

³⁵ Véase Solicitud de Anulación, párrs. 7, 11, 19, 20, 25, 27.

35. El Tribunal no adoptó ninguna de estas posiciones. Después de establecer sucintamente las posturas de las Partes, el Tribunal concluyó que la aprobación del CIE, expresada en los Contratos de Inversión Extranjera, tenía un significado adicional, no limitado al derecho de importar capital:

*La aprobación de un proyecto en una determinada ubicación permitiría a un inversionista suponer, prima facie, que su ejecución en esa ubicación es factible desde el punto de vista normativo.*³⁶

*Aun aceptando la limitada importancia de los Contratos de Inversión Extranjera a efectos de la concesión de otros permisos y aprobaciones, dichos Contratos deberían constituir al menos una indicación de que, desde el punto de vista del Gobierno, el Proyecto no transgrede las políticas del Gobierno.*³⁷

36. El Tribunal expuso tres razones para arribar a su conclusión:

(1) Los términos de la Ley que establece el CIE y le confiere la facultad “*de aprobar, en representación del Estado de Chile, el ingreso de capitales del exterior de conformidad con este decreto ley y para establecer los términos y condiciones de los respectivos contratos*” (Artículo 12).³⁸

(2) El requisito de que la Solicitud y el Contrato de Inversión Extranjera consiguiente, deben especificar la ubicación de la inversión: “*Una modificación de la ubicación de la inversión requeriría la modificación del contrato y, por ende, la aprobación del CIE.*”³⁹

(3) La composición del CIE, integrado por Ministros y el Presidente del Banco Central (Artículo 13): “*la composición ministerial del CIE es, en sí misma, prueba de la importancia que atribuye Chile a la función de este órgano y es congruente con el objetivo de coordinar la inversión extranjera al más alto nivel de los ministerios en cuestión.*”⁴⁰

(e) La conclusión del Tribunal sobre el riesgo de la regulación

37. La Demandada alegó que, en todo caso, siempre recae sobre el inversionista el riesgo de determinar los requerimientos legales locales y de obtener las aprobaciones y permisos necesarios, lo que confirmaría el Artículo 4 de los Contratos de Inversión Extranjera. Con

³⁶ Laudo, párr. 163.

³⁷ Laudo, párr. 189.

³⁸ Laudo, párr. 162.

³⁹ Laudo, párr. 162.

⁴⁰ Laudo, párr. 163.

independencia de cualesquiera reuniones sostenidas o advertencias dadas, el riesgo de regulación era exclusivamente del inversionista. El Tribunal lo aceptó hasta cierto punto, pero hizo una distinción:

El Tribunal comparte la opinión de que es responsabilidad del inversionista asegurarse de contar con el asesoramiento apropiado, especialmente si va a invertir fuera de su país, en un entorno desconocido. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, Chile no es una parte pasiva y la coherencia en el proceder de los diversos funcionarios por intermedio de los cuales actúa no es responsabilidad del inversionista sino de Chile.⁴¹

Chile alega que no tenía obligación de informar a las Demandantes y que éstas debieron haber averiguado por sí mismas cuáles eran las normas y políticas del país. El Tribunal comparte, en principio, esta afirmación, pero considera que Chile también tiene la obligación de actuar con coherencia y de aplicar sus políticas de manera sistemática, independientemente de cuán diligente sea el inversionista. Conforme al derecho internacional (que este Tribunal debe aplicar a las diferencias surgidas en el marco del TBI), el Estado de Chile debe ser considerado por el Tribunal como una unidad.⁴²

(f) La conclusión del Tribunal sobre el trato justo y equitativo

38. De esta forma el Tribunal hizo una distinción entre permisos y licencias individuales, las que el inversionista tenía que obtener conforme al derecho del Estado receptor, y la cuestión de si el Proyecto era factible desde el punto de vista de la regulación.

Las Demandantes se pusieron en contacto con funcionarios de la Demandada desde un principio, en mayo de 1996. Sólo en noviembre de 1998, dos años después de la supuesta reunión del 6 de noviembre de 1996, el SEREMI González informó a las Demandantes por escrito de la política contraria al cambio de zonificación de El Principal y a la modificación del PRMS, y el Ministro Henríquez rechazó formalmente el Proyecto

El Tribunal está convencido, basándose en las pruebas que le han sido presentadas de que la aprobación por parte del CIE de una inversión para un proyecto que contraviene la política urbana del Gobierno constituye una violación al deber de dispensar a un inversionista un trato justo y equitativo.⁴³

(3) La conclusión del Tribunal sobre la culpa concurrente

39. La segunda conclusión, que es controvertida por la Demandada, se refiere a la culpa de las Demandantes. Existió abundante material para que el Tribunal pudiera concluir que

⁴¹ Laudo, párr. 164.

⁴² Laudo, párr. 165 (énfasis agregado).

⁴³ Laudo, párrs. 165–66.

MTD no se protegió suficientemente contra el riesgo de regulación, y tal conclusión no es discutida por las Demandantes. Lo que la Demandada controvierte en este procedimiento es la decisión de que los daños de MTD debieran ser reducidos sólo en 50% con base en esta conclusión. A su juicio, la causa real y evidente del daño de las Demandantes fue su omisión de debida diligencia antes de firmar el contrato con el Sr. Fontaine. En este sentido, hacer recaer el 50% de la responsabilidad sobre Chile era a la vez arbitrario y desprovisto de explicación.

40. Luego de analizar las omisiones de MTD con cierto detalle, el Tribunal declaró:

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

El Tribunal considera, por lo tanto, que las Demandantes deben asumir parte de los daños sufridos y estima esa parte en el 50%, una vez deducido el valor residual de su inversión calculado según las consideraciones siguientes.⁴⁴

(4) La conclusión del Tribunal sobre la evaluación de los daños

41. En cuanto a la valoración de los perjuicios, el Tribunal se basó en “*el estándar clásico enunciado por la Corte Permanente de Justicia en Factory at Chorzów: la compensación debe borrar todas las consecuencias de la acción ilícita y reestablecer la situación que, con toda probabilidad, hubiera existido de no cometerse esa acción.*”⁴⁵ Al calcular el monto de los daños, el Tribunal aceptó el argumento de Chile en cuanto a que los gastos preparatorios anteriores al 18 de marzo de 1997 (fecha de la firma del primer Contrato de Inversión Extranjera) no eran susceptibles de indemnización,⁴⁶ pero admitió los costos financieros.⁴⁷ Enseguida dedujo el valor residual del terreno, el que se estimó en la cantidad ofrecida por el

⁴⁴ Laudo, párrs. 242–43.

⁴⁵ Laudo, párr. 238.

⁴⁶ Laudo, párr. 217, 240(ii).

Sr. Fontaine en noviembre de 2001, una oferta que las Demandantes deberían haber aceptado.⁴⁸ La indemnización resultante fue el 50% del total, debido a la contribución de MTD al daño.

42. En cuanto a las fechas admisibles para el cálculo de los daños, el Tribunal expresó únicamente:

El Tribunal ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad de Chile se relaciona con la aprobación de la transferencia de fondos hecha por el CIE, a pesar de que el Gobierno tenía la política de no modificar el PRMS. Por lo tanto, el Tribunal considera que los gastos para el Proyecto efectuados con anterioridad a la ejecución del primer Contrato de Inversión Extranjera el 18 de marzo de 1997 no son admisibles para el cálculo de los daños, aunque se pudieran considerar parte de la inversión. Por la misma razón, los gastos realizados con posterioridad al 4 de noviembre de 1998 -la fecha en que el Ministro Henríquez informó por escrito a las Demandantes que el PRMS no se modificaría- también deben excluirse de dicho cálculo.⁴⁹

D. LOS ARGUMENTOS PARA LA ANULACIÓN

(1) Introducción

43. En su Solicitud, la Demandada identifica un gran número de defectos observados en la conclusión del Laudo acerca de una vulneración del estándar de trato justo y equitativo así como en su estimación de los daños. En términos de las causales de nulidad, enumeradas en el Artículo 52(1) del Convenio CIADI, el enfoque se centra en vacíos y aparentes contradicciones en el razonamiento, i.e., en la falta de motivación del laudo (Artículo 52(1)(e)), a pesar de que también argumenta la causal de manifiesta extralimitación de sus facultades, en particular por la falta de aplicación de la ley correspondiente y por la arrogación del poder de decidir *ex aequo et bono* (Artículo 52(1)(b)) y en quebrantamientos graves de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d)). Se hará referencia a cada uno de ellos.

(2) Manifiesta extralimitación de facultades

44. En el presente caso, Chile no niega la existencia de una inversión protegida o de una disputa concerniente a dicha inversión. Por lo tanto, no se ha planteado cuestionamiento

⁴⁷ Laudo, párr. 240(iii).

⁴⁸ Laudo, párr. 244.

⁴⁹ Laudo, párr. 240(ii).

alguno sobre la jurisdicción del Tribunal para decidir esa diferencia. Sin embargo, la causal de manifiesta extralimitación de facultades, no está circunscrita al error jurisdiccional; se establece que la omisión completa en aplicar el derecho a que está sujeto un Tribunal conforme al Artículo 42(1) del Convenio CIADI puede constituir una manifiesta extralimitación de facultades, como también una sentencia dictada *ex aequo et bono* – esto es, en el ejercicio de una discrecionalidad general no otorgada por el derecho aplicable – que no esté autorizada por las partes bajo el Artículo 42(3) del Convenio. La Demandada reclama que en el presente caso hubo una manifiesta extralimitación de facultades debido a que el Tribunal no aplicó el derecho internacional o el derecho chileno como era debido, y que decidió aspectos de la disputa *ex aequo et bono*.

45. Los Comités han intentado distinguir entre la omisión en aplicar el derecho y el error en su aplicación. El Comité en el caso *MINE* estableció:

[L]a prescindencia por el tribunal de las normas de derecho acordadas constituiría una derogación de los términos de referencia dentro de los cuales el tribunal ha sido autorizado para funcionar. Ejemplos de tal derogación incluyen la aplicación de normas de derecho diversas de las acordadas por las partes, o una decisión basada en ninguna norma de derecho salvo que las partes hayan convenido en una decisión ex aequo et bono. Si la derogación es manifiesta la misma implica un manifiesto exceso de poder.

*La prescindencia de las normas de derecho aplicables debe ser distinguida de la aplicación errónea de dichas normas la cual, aun si es manifiestamente injustificada, no constituye una causal de anulación*⁵⁰

En *CDC*, el Comité lo expresó de la siguiente forma: “*Sin perjuicio de nuestra opinión sobre la corrección del análisis jurídico del Tribunal . . . nuestra averiguación se limita a la determinación de si el Tribunal intentó o no aplicar el derecho inglés.*”⁵¹

46. En una opinión experta sometida con la Réplica y adoptada por el Demandado, Sir Arthur Watts sostiene que la omisión en aplicar el derecho apropiado como un fundamento de la nulidad debiera extenderse a los casos en los que el tribunal efectúa “*un desorden efectivo y sustancial del derecho que estaba tratando de aplicar.*”⁵² En su opinión:

Llega un momento . . . en que un tribunal, al aplicar supuestamente una norma de derecho, lo hace en forma tan errada que debe considerarse como si

⁵⁰ *MINE* (1989) 4 *Informes CIADI* 79, 87 (párrs. 5.03–5.04) (énfasis agregado).

⁵¹ *CDC Group* (2005) 11 *Informes CIADI* 237, 252 (párr. 45).

⁵² Opinión del 20 de enero de 2006 anexada a la Réplica, párr. 25.

*hubiera prescindido de la norma y en realidad no la hubiera aplicado en absoluto. La supuesta aplicación de la norma debe ser tan inadecuada, y envuelta de un error tan elemental, que ella trasciende la mera comisión de un error en aplicar el derecho y deviene, en vez, en un caso auténtico de no aplicación.*⁵³

47. Aparte de su incompatibilidad con el criterio aplicado en casos tales como *MINE* y *CDC*, el problema con esta formulación consiste en que se desciende por la resbaladiza pendiente de la apelación por error de derecho, error de derecho quizá combinado con adjetivos, pero en todo caso error de derecho. El Comité acepta que la noción de esforzarse por aplicar el derecho no es una materia meramente subjetiva. Un laudo no escapará de la nulidad si el tribunal, mientras pretende aplicar el derecho relevante, realmente aplica otro derecho completamente diferente.⁵⁴ Sin embargo, el error debe ser “manifiesto” e indiscutible; no es suficiente un malentendido (y menos aún un desacuerdo) respecto del contenido de una norma particular.

48. Consideraciones similares se aplican a un reclamo de que un tribunal ha fallado *ex aequo et bono*, esto es, con fundamento de equidad general no limitado por el derecho. Debe destacarse que el Artículo 42(3) del Convenio CIADI se refiere a la resolución *ex aequo et bono* de *disputas*, i.e., de la materia sustancial sometida al tribunal. Esto es diferente de tomar en cuenta consideraciones de justicia al aplicar el derecho. Por ejemplo, las normas jurídicas individuales a menudo requerirán que se tome en cuenta la Justicia o se haga un balance de los intereses involucrados. Este es el caso del estándar de trato justo y equitativo, que el Tribunal debía aplicar.

(3) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento

49. Relativamente poco necesita ser dicho acerca de esta causal de nulidad. Sucesivos comités han aprobado el siguiente extracto de la decisión de anulación en *Wena Hotels*:

El Solicitante tiene que identificar la norma fundamental de procedimiento de la que el Tribunal se ha desviado y tiene que probar que dicha desviación ha sido seria.

⁵³ Id., párr. 27.

⁵⁴ En *MINE* el Tribunal se refirió al Artículo 1134 del Código Civil francés en lugar de su homónimo de Guinea, Artículo 1134 del Código Civil de la Unión Francesa. La Comisión sostuvo que el error no ameritaba la anulación: (1989) 4 *Informes CIADI* 79, 96 (párr. 6.40). Dado que no se acreditó que el Artículo 1134 fuese aplicado en Guinea de una manera diferente que en Francia, la equivocación no tuvo repercusión.

*[El Artículo 52(1)(d)] se refiere a un conjunto de criterios mínimos de procedimiento que deben ser respetados como un asunto de derecho internacional. Es esencial, como una materia de procedimiento, que a cada parte se otorgue el derecho a ser oída ante un tribunal independiente e imparcial. Esto incluye el derecho de exponer su demanda o su defensa y de producir todos los argumentos y la prueba en sustento de la misma. Este derecho fundamental debe ser garantizado en un nivel igualitario, de una manera que permita a cada parte responder adecuadamente a los argumentos y pruebas presentados por la otra*⁵⁵

El énfasis es así en el debido proceso, no en la sustancia del Laudo en sí mismo, asunto de que tratan los párrafos (b) y (e) del Artículo 52(1) del Convenio CIADI.

(4) Falta de motivación del Laudo

50. De mayor relevancia para el presente caso es la falta de motivación del Laudo. El Tribunal, en el caso *Vivendi*, discutió esto en los siguientes términos:

[S]e acepta tanto en los casos como en la literatura que el Artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresen sus razones.

*En la opinión del Comité, la anulación conforme al Artículo 52 (1)(e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal. Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un Comité ad hoc debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas.*⁵⁶

⁵⁵ *Wena Hotels*, (2002) 6 Informes CIADI 129, 142 (párrs. 56–57), aludidos e.g. por la Comisión en *CDC Group* (2005) 11 Informes CIADI 237, 248–50 (párrs. 34–37).

⁵⁶ *Vivendi* (2002) 6 Informes CIADI 340, 358 (párrs. 64–65).

En otros casos de anulación, los comités han expresado puntos de vista similares.⁵⁷

51. La Demandada parece aceptar este criterio, enfatizando principalmente que un Comité sólo puede llenar los vacíos en el razonamiento de un tribunal en limitadas circunstancias, i.e. donde la razón faltante esté claramente implícita o sea tan obvia que no requiera ser expresada.⁵⁸

(5) **Ámbito de la autoridad de anulación**

52. Hasta ahora, en cada decisión de anulación, el Comité *ad hoc* ha proclamado que ésta no constituye una corte de apelación de un tribunal.⁵⁹ Esto se evidencia tanto en los términos de los Artículos 52 y 53 del Convenio CIADI, como también en sus *travaux*.⁶⁰ Sin embargo, la Solicitud de Chile plantea un problema sobre la función de la anulación en casos en los cuales (como el presente) no existe error jurisdiccional, falla procesal evidente, ni negativa a decidir.

53. En su opinión experta, adjunta a la Réplica de la Demandada, Sir Arthur Watts argumenta a favor de un rol más amplio de los Comités de anulación en relación con la corrección sustantiva de los laudos del CIADI, dándole un margen de revisión más extenso. Él reconoce el argumento opuesto (planteado en la competente opinión experta del Profesor Schreuer):⁶¹

Puede señalarse, por supuesto, que el hecho de que un Comité ad hoc se dedique a determinar si el error o prescindencia del derecho aplicable incurrido por el tribunal es o no grave, o si se refiere o no a algún aspecto mayor del derecho aplicable, o si ese aspecto mayor tiene importancia directa en el caso sometido ante el tribunal, implicaría inmiscuirse en un grado inaceptable en los méritos de la decisión del tribunal. Pero no existe una impropiedad mayor en un Comité ad hoc que actúa de esta forma en el interés

⁵⁷ Véanse, e.g., *Amco Asia I* (1986) 1 Informes CIADI 509, 519–21 (párrs. 38–44); *MINE* (1989) 4 Informes CIADI 79, 88–89 (párrs. 5.07–5.13); *Amco Asia II* (1992) 9 Informes CIADI 3, 48–49 (párrs. 7.55–7.57); *Wena Hotels* (2002) 6 Informes CIADI 129, 145–46 (párrs. 77–82); *CDC Group* (2005) 11 Informes CIADI 237, 259–61 (párrs. 66–72); *Mitchell v DRC*, resolución de 1 de noviembre de 2006, párr. 21.

⁵⁸ Véanse e.g., Memorial de Contestación, párr. 4; Opinión Experta de Sir Arthur Watts, párrs. 35–55.

⁵⁹ Véanse *Klöckner* (1985) 2 Informes CIADI 4, 119–20 (párr. 61); *Amco Asia I* (1986) 1 Informes CIADI 509, 515 (párr. 23); *MINE* (1989) 4 Informes CIADI 79, 87 (párr. 5.04), 88 (párr. 5.08); *Amco Asia II* (1992) 9 Informes CIADI 3, 39 (párr. 7.19), 51 (párr. 8.08); *Wena Hotels* (2002) 6 Informes CIADI 129, 135 (párr. 18); *Vivendi* (2002) 6 Informes CIADI 340, 357–58 (párrs. 62, 64); *CDC Group PLC v. Republic of the Seychelles* (2005) 11 Informes CIADI 237, 248–50 (párrs. 34–37); *Mitchell v. DRC*, resolución de 1 de noviembre de 2006, párrs. 19–20.

⁶⁰ Véase C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, CUP, 2001) 88–94 & ss.

⁶¹ C. Schreuer, Opinión del 5 de diciembre de 2005 anexada a la Contra-Memoria de Anulación de las Demandantes.

*de asegurar la justicia fundamental del proceso arbitral que dicho Comité asuma considerar casos complejos (y discutibles) de presunto exceso de poder (y si, de haberse producido un exceso, éste es manifiesto), o si el tribunal ha expresado o no las razones para su decisión cuando la respuesta a ese mismo interrogante está envuelta en las páginas de un laudo complejo, o cuando no habiendo el tribunal expresado las razones la Comisión ad hoc debe con todo reconstruir (en realidad, inventar) el razonamiento del tribunal, o con la determinación de si alguno de los requerimientos adverbiales o adjetivos del Artículo 52(1) han sido satisfechos ('apropiadamente,' 'manifiestamente,' 'serio,' 'fundamental'). Estas no son materias de fácil resolución mediante la aplicación de reglas simples, sino materias para razonamiento, cuyo ejercicio es exactamente la labor que las Comisiones ad hoc están bien posicionadas para realizar.*⁶²

54. Es innegable que los comités de anulación tienen una función que desempeñar dentro del sistema del CIADI, que consiste en asegurar “la justicia fundamental del proceso arbitral.” Es cierto también que las causales de nulidad no distinguen formalmente (como, por ejemplo, sí lo hace el Derecho Modelo de UNCITRAL) entre errores jurisdiccionales y errores relativos a los méritos de la disputa, y que una manifiesta extralimitación de facultades bien podría producirse respecto de una cuestión de méritos. Al mismo tiempo, el rol de un Comité *ad hoc* en el sistema CIADI es limitado. No puede sustituir la determinación del tribunal sobre los méritos de la disputa, ni puede dirigir a un tribunal, reasumiendo el caso, sobre la forma en que debe resolver los aspectos sustanciales en litigio. Todo lo que puede hacer es anular la decisión del tribunal: puede extinguir la *res judicata* pero sobre una cuestión de méritos, más no puede crear una nueva.⁶³ Una aproximación más intervencionista de los Comités sobre los méritos de las disputas tendría el riesgo de un ciclo renovado de tribunal y procedimientos de anulación, del tipo observado en *Klöckner* y *AMCO*. Dado que (tras un comienzo incierto) sucesivas decisiones de comités *ad hoc* han establecido con razonable claridad la extensión y límites de las causales de anulación conforme al Artículo 52, el Comité considera que “la justicia fundamental del proceso arbitral” bajo el Convenio es mejor servida adhiriéndose a la postura establecida. Esto se refuerza con dos consideraciones, una general y otra específica. La consideración general

⁶² Opinión Experta de Sir Arthur Watts, párr. 28.

⁶³ Un tribunal reconvenido después de una anulación, sin lugar a dudas considerará el razonamiento de anulación de la Comisión, pero no está formalmente obligado por sus apreciaciones respecto de ningún punto en que el laudo del primer tribunal haya sido anulado. Véase *Amco Asia II* (1992) 9 Informes CIADI 3, 36–39 (párrs. 7.10–7.17). Más aún, hasta ahora la práctica del CIADI ha sido la de designar diferentes miembros de la Comisión en una segunda anulación, mientras que las solicitudes de interpretación o revisión, en la medida de lo posible, son dirigidas al mismo tribunal que dictó el laudo: Art. 50(2), 51(3).

consiste en que el Artículo 52(1), según las interpretaciones dadas por sucesivos comités, permite un control de calidad. La consideración específica, en el presente caso, es que, independientemente de si a uno le satisface o no la decisión del Tribunal, a ella se llegó realmente, con un fundamento acotado y específico, sin inferencias sistemáticas a los asuntos controversiales de la ley de protección de la inversión.

E. LAS CAUSALES DE NULIDAD INVOCADAS

(1) Relación entre las causales anulación

55. En su Memorial de Anulación, la Demandada tiende a presentar su reclamo de una forma condensada: por ejemplo, reclama la “*omisión [del Tribunal] en aplicar o explicar la aplicación*” del derecho internacional o del derecho chileno.⁶⁴ Por supuesto, un aspecto de un laudo puede ser susceptible de impugnación por más de una causal, no obstante lo cual es necesario distinguir entre las diferentes causales de impugnación. La omisión en la aplicación de la ley que corresponde (en el sentido explicado en el párrafo 46 anterior) puede involucrar una manifiesta extralimitación de facultades; la falta de explicación acerca de su aplicación se refiere específicamente a falta de motivación del laudo. Ambas causales pueden estar relacionados íntimamente en un caso, pero ellas son analíticamente diferentes.

(2) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento

56. Es conveniente, primero, tratar la causal de anulación establecida en el Artículo 52(1)(d): “*que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.*” La Demandada argumenta que:

[A]l sostener que faltó un tratamiento justo y equitativo, el Tribunal no consideró, ni respondió de otra forma a la abundante prueba presentada por las Partes respecto de aspectos esenciales en el conflicto, que hubieran afectado significativamente tanto la declaración de responsabilidad como la evaluación de la indemnización. Por ejemplo, el Tribunal no consideró las opiniones de expertos presentadas por ambas Partes en una serie de puntos, incluyendo la interpretación sustantiva de los Contratos de Inversión Extranjera y del DL 600, un elemento clave para su conclusión en relación con el trato justo y equitativo. Más aún, existen numerosas referencias a lo largo del Laudo en las que el Tribunal simplemente reproduce los argumentos importantes expuestos por cada parte sin analizar o extraer conclusiones en relación con dichas cuestiones. Por consiguiente, el Tribunal se desvía

⁶⁴ E.g., Memorial de Anulación del Demandado, p. 56.

*seriamente de su obligación fundamental de otorgar a las partes el derecho de ser oídas, y el Laudo debe ser anulado.*⁶⁵

El asunto, empero, no fue desarrollado posteriormente en la Réplica ni en los alegatos.⁶⁶

57. El Artículo 52 distingue entre quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y la falta de motivación del laudo. La omisión en declarar las razones es una causal independiente de anulación y no existe motivo para pensar que ella haya sido duplicada en el epígrafe del Artículo 52(1)(d).⁶⁷ Cabe imaginar, en primer lugar, que un laudo pudiere referirse a los argumentos de las partes de un modo tan defectuoso o impreciso que evidencie que dichos argumentos no fueron oídos. Sin embargo, no puede sugerirse que esto haya sucedido en el presente caso. Por lo tanto, los argumentos transcritos en el párrafo anterior serán tratados bajo el título falta de motivación. No existe indicación, en el presente caso, de que se hayan cometido quebrantamientos de normas de procedimiento y, menos aún, que estos hayan sido graves.

(3) Trato justo y equitativo: manifiesta extralimitación de facultades

58. Ya ha sido discutido el alcance de la manifiesta extralimitación de facultades como una causal de anulación.⁶⁸ La Demandada reclama que el Tribunal, o bien omitió aplicar el derecho internacional y el derecho chileno a los problemas a los que debería haberlos aplicado, o los aplicó de una forma tan superficial e insostenible que equivale a su no aplicación.

59. Esto plantea tres interrogantes: (1) ¿qué derecho era en realidad el aplicable a un aspecto determinado, de acuerdo con el Artículo 42 del Convenio CIADI?; (2) ¿qué derecho pretendió el Tribunal aplicar a ese aspecto?; (3) ¿existe algún fundamento para concluir que la decisión del Tribunal implicó una manifiesta inaplicación de la ley correspondiente, en el sentido preciso explicado en el párrafo 46 precedente?

⁶⁵ E.g, Memorial de Anulación del Demandado, párr. 104.

⁶⁶ Transcripción, 10 de abril de 2006, p. 12.

⁶⁷ El Memorial de Anulación del Demandado, párr. 203, invoca parte de la decisión sobre anulación en *Vivendi* en apoyo de la nulidad sobre este fundamento: ver (2004) 6 Informes CIADI 340, 362 (párr. 83). Aunque La Comisión mencionó incidentalmente que el Tribunal había emitido un “laudo profusamente razonado,” lo hizo en el contexto de la distinción entre “la manera en que el Tribunal procedió, no del contenido de su decisión.” La omisión en establecer los razonamientos apunta a este último, no a lo primero.

⁶⁸ Véanse párrafos 43–47 anteriores.

60. Alternativamente, la Demandada sostiene que, en defecto de algún derecho identificable, el Tribunal decidió aspectos esenciales *ex aequo et bono* sin estar autorizado para actuar de esa forma. Las Partes convienen en que el Tribunal no estaba facultado bajo el Artículo 42(3) para dirimir la disputa sobre una base *ex aequo et bono*, de manera que la cuestión aquí es si él actuó de esa forma y con qué consecuencias.

(a) No aplicación del derecho internacional

61. El Artículo 42(1) del Convenio CIADI estipula:

(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 en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

El TBI tenía vigencia al momento de los hechos que dieron origen a la demanda. La demanda de MTD es por “*la presunta infracción de algún derecho conferido o creado por este Tratado con respecto a una inversión por dicho inversionista*” (TBI, Artículo 6(1)(ii)), de manera que el derecho internacional, en cuanto derecho apropiado del TBI, es aplicable a esa demanda y a la consiguiente defensa. La Demandada insiste –y las Demandantes no discrepan – en que el Tribunal tenía que aplicar a la demanda el derecho internacional en su conjunto y no aisladamente las disposiciones del TBI.

62. Por su parte, el Tribunal también estuvo de acuerdo. Declaró:

*[A] los efectos del párrafo 1 del Artículo 42 del Convenio, las partes se han sometido a este arbitraje según lo dispuesto en el TBI. Dado que dicho instrumento es un tratado, el acuerdo de arbitraje en el marco del TBI exige que el Tribunal aplique el derecho internacional.*⁶⁹

El Tribunal procedió a aplicar el derecho internacional a cuestiones tales como el alcance de la cláusula NMF en relación con otros tratado chilenos, la interpretación del TBI, en

⁶⁹ Laudo, párr. 87. Ver también id., párr. 112:

“Habida cuenta que este Tribunal se constituyó de conformidad con lo dispuesto en el TBI, el mismo está obligado a aplicar las disposiciones del TBI y a interpretarlas con arreglo a las normas de interpretación establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que es vinculante para los Estados que son parte del TBI.”

De hecho, Malasia sólo se hizo parte de la Convención en 1994, después de la suscripción del TBI: así la Convención de Viena en cuanto tratado no tiene aplicación en el TBI (ver Convención

particular su cláusula de tratamiento justo y equitativo, y la reparación, incluyendo causalidad y culpa de la víctima.

63. Con respecto a la aplicación del estándar de trato justo y equitativo, la Demandada formula dos críticas principales.⁷⁰ Primero, sostiene que el Tribunal confundió el trato justo y equitativo con el tratamiento de la nación más favorecida bajo el Artículo 3(1) del TBI, haciendo incomprensible este aspecto del Laudo.⁷¹ Enseguida, y aún más importante, el Tribunal malinterpretó el criterio de trato justo y equitativo contemplado en el TBI, aplicando un estándar expresado en un *dictum* del tribunal de *TECMED* que no representa el derecho internacional y que no puede ser deducido de los Artículos 2(2) y 3(1) del TBI mediante ningún proceso de interpretación. El Comité tratará estos aspectos a continuación.

64. En cuanto al primer punto, el Comité mencionó en el párrafo 27 anterior las dos disposiciones del TBI que incorporan el estándar de trato justo y equitativo. Puso de presente que la cláusula de la nación más favorecida del Artículo 3(1) del TBI⁷² importaba un elemento adicional del TBI Croacia-Chile.⁷³ El Tribunal analizó este aspecto en los siguientes términos:

La cuestión que se plantea al Tribunal es si las disposiciones del TBI Croacia y del TBI Dinamarca relativas a la obligación de conceder permisos, una vez aprobada una inversión, y al cumplimiento de obligaciones contractuales, respectivamente, pueden considerarse parte de un trato justo y equitativo El Tribunal . . . ha llegado a la conclusión de que, en el marco del TBI, la norma sobre trato justo y equitativo debe interpretarse en la forma que mejor conduzca al cumplimiento del objetivo del TBI de proteger las inversiones y crear condiciones favorables a la inversión. Estima que el considerar como parte de las protecciones del TBI las incluidas en el párrafo 1 del Artículo 3 del TBI Dinamarca y en los párrafos 3 y 4 del Artículo 3 [sic este debiera entenderse Artículo 4(1)] del TBI Croacia está en consonancia con dicho

de Viena, Art. 4). Sin embargo, dado que las normas de interpretación tendrían aplicación en todo caso, este aspecto no tiene incidencia en lo que se refiere al Laudo.

⁷⁰ El Demandado también critica el énfasis que el Tribunal puso en el Estado de Chile como unidad individual o “monolito”: esto es discutido en párrafos 87–89 siguientes.

⁷¹ Véase la Réplica de Anulación de Chile, párr. 57; Opinión Experta de Sir Arthur Watts, párrs. 64–71.

⁷² El Art. 3(1) del TBI establece:

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

⁷³ El Art. 4(1) del TBI Chile-Croacia establece:

“Cada Parte Contratante deberá otorgar un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante y asegurará que el ejercicio de los derechos aquí reconocidos no será obstaculizado en la práctica.”

*objetivo. Confirma esta conclusión el hecho de que las exclusiones de la cláusula NMF se refieren a aspectos tributarios y a la cooperación regional, cuestiones ajenas al TBI que, debido al carácter general de la cláusula NMF, las Partes Contratantes consideraron prudente excluir. A contrario sensu, otras cuestiones que pueden considerarse parte del trato justo y equitativo a los inversionistas sí estarían cubiertos por esta cláusula.*⁷⁴

Este pasaje parece confundir la noción de trato justo y equitativo exigida en la primera parte del Artículo 3(1) del TBI Malasia-Chile con el tratamiento de la nación más favorecida requerida en la segunda parte. La cláusula de la nación más favorecida en el Artículo 3(1) no se limita a atraer los niveles más favorables de trato acordados para las inversiones de terceros Estados sólo cuando los mismos puedan considerarse cubiertos por el estándar de trato justo y equitativo. Tal como sucede con cláusulas NMF en general, el Artículo 3(1) implica cualquier tratamiento más favorable extendido a inversiones de un tercer Estado en forma incondicional. Sin embargo, la incertidumbre en el manejo por el Tribunal del Artículo 3(1) no tuvo incidencia en su resolución del presente caso. Por su parte, los Artículos 3(1) del TBI con Dinamarca y 3(3) del TBI con Croacia son diferentes de la noción de tratamiento justo y equitativo, pero las alegaciones de MTD basadas en dichas disposiciones fueron desestimadas. En relación a la estipulación adicional del Artículo 4(1) del TBI con Croacia en el sentido de que el tratamiento justo y equitativo “no será obstaculizado en la práctica,” el Laudo no contiene ninguna referencia al mismo y nada indica que él haya afectado su resultado en alguna forma.

65. En cuanto al segundo punto, la Demandada se centra en la aparente confianza puesta por el Tribunal en el siguiente pasaje del laudo en el caso *TECMED*, respecto al contenido del estándar de trato justo y equitativo:

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

⁷⁴ Laudo, párrs. 103–04.

*requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación.*⁷⁵

66. Según la Demandada, “el programa *TecMed* para buen gobierno” es extremo y no refleja el derecho internacional.⁷⁶ El dictum en *TECMED* también es objeto de enérgico criticismo por parte de los expertos de la Demandada, Sr. Jan Paulsson⁷⁷ y Sir Arthur Watts.⁷⁸ Estos destacan, *inter alia*, la diferencia entre el estándar *TECMED* y aquel adoptado en otros casos, incluyendo uno que el Tribunal también citó en una nota al pié de página, pero sin hacer comentarios.⁷⁹

67. El Comité puede apreciar algunos aspectos de estas críticas. Por ejemplo, en *TECMED* la aparente confianza del Tribunal en las expectativas del inversionista extranjero como la fuente de las obligaciones del Estado receptor (tal como la obligación de indemnizar por expropiación) es cuestionable. En principio, las obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar. Un tribunal que busca deducir a partir de dichas expectativas un conjunto de derechos distintos de aquellos contenidos en, o que pueden hacerse cumplir bajo, el TBI bien podría extralimitar sus facultades y, si la diferencia fuese sustancial, podría excederlos manifiestamente.

68. Con todo, el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades en la explicación que dio sobre el de estándar de trato justo y equitativo, por tres razones.

⁷⁵ *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)00/2, (2003) 10 Informes CIADI 130, 192–93 (párr. 154), citado en Laudo, párr. 114.

⁷⁶ Véase Réplica de Anulación de Chile, párr. 57.

⁷⁷ Sr. Jan Paulsson, Opinión Experta, 22 de julio de 2005, párrs. 9–14.

⁷⁸ Opinión Experta de Sir Arthur Watts, párrs. 93–106.

⁷⁹ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Case CIADI No. ARB(AF)00/3, (2004) 11 Informes CIADI 361, 386 (párr. 98), citado en Laudo, párr. 114, nota al pié 65.

69. La primera consiste en que, desde cualquier perspectiva, las legítimas expectativas generadas como resultado de las tratativas del inversionista con las autoridades competentes del Estado receptor, pueden ser relevantes para la aplicación de las garantías contenidas en un tratado de inversión. Esto es admitido expresamente por la Demandada y por la jurisprudencia.⁸⁰ El Tribunal examina más adelante lo relativo a las razonables expectativas de MTD derivadas de la celebración de los Contratos de Inversión Extranjera.

70. En segundo lugar, a juicio del Comité, la formulación del estándar de trato justo y equitativo seguido por el Tribunal fue aquella contenida en el párrafo 113 del Laudo, donde se estableció:

[A]l tenor del TBI, trato justo y equitativo debe entenderse como trato imparcial y ecuánime, que contribuya a alentar la promoción de la inversión extranjera. En vez de imponer un comportamiento pasivo por parte del Estado o condenar los comportamientos perjudiciales para los inversionistas, el TBI define su objetivo en forma activa (“promover,” “crear,” “estimular”).⁸¹

La decisión en *TECMED* fue citada en apoyo de este criterio, no en su reemplazo.

71. En tercer lugar, y por sobre todo, un criterio formulado en estos términos es defendible desde el punto de vista del derecho internacional y no compromete una errónea caracterización en el sentido indicado en el párrafo 46 precedente. Hasta qué medida un Estado está obligado a ser pro-activo bajo el estándar de trato justo y equitativo está abierto a debate, pero es más una cuestión de aplicación del criterio que de su formulación; y, en todo caso, el énfasis de la formulación del Tribunal está en el “trato imparcial y ecuánime.” En particular, el Tribunal no expresa la obligación en una forma tal que elimine la distinción entre actos y omisiones o que evite todos los elementos de riesgo para el inversionista. Eso es suficiente para los efectos del Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI. En breve, en la articulación de este criterio no existe indicio de que el Tribunal incurriera en una extralimitación de facultades, menos aún de que lo hiciera manifiestamente.

⁸⁰ Véase Sr. Jan Paulsson, Opinión Experta, 22 de julio de 2005, párr. 15. Véase también Transcripción de la audiencia de Anulación, p. 51 (Srta. Gehring Flores).

⁸¹ Laudo, párr. 113, y para la discusión del Tribunal sobre el estándar véase Laudo, párrs. 109–13.

(b) No aplicación del derecho chileno

72. Según se ha señalado anteriormente, la *lex causae* en este caso, fundada en una infracción del TBI, fue el derecho internacional. Sin embargo, a menudo será necesario para los tribunales de TBI aplicar el derecho del Estado receptor, necesidad reforzada en el caso de los tribunales CIADI por aplicación del Artículo 42(1) del Convenio CIADI. Sea que el derecho aplicable en este caso derive de la primera o de la segunda frase del Artículo 42(1) es irrelevante: el Tribunal debiera haber aplicado el derecho chileno a aquellas materias en las que era necesario para su decisión y en las que el derecho chileno era el derecho que regía. Al mismo tiempo, las implicaciones de algún punto de derecho chileno en una demanda sujeta al TBI son materia que al derecho internacional corresponde determinar. En suma, ambos derechos eran potencialmente relevantes.

73. El Tribunal señaló otro tanto. Las Demandantes habían alegado que debido a que el incumplimiento de los Contratos de Inversión Extranjera había adquirido un carácter internacional como consecuencia de la cláusula “paraguas” del TBI danés, los mismos Contratos eran regidos por el derecho internacional. El Tribunal discrepó:

*El incumplimiento del TBI se rige por el derecho internacional. No obstante, para determinar los hechos del incumplimiento será necesario considerar las obligaciones contractuales asumidas por la Demandada y las Demandantes, y el alcance de dichas obligaciones según la legislación chilena.*⁸²

De hecho, el Tribunal aplicó derecho chileno al sostener que Chile no había incurrido en incumplimiento contractual:

*El Tribunal acepta que la autorización para invertir en Chile no tiene carácter general y que sólo constituye el inicio de un proceso para obtener los permisos y aprobaciones necesarios de los diversos organismos y departamentos del Gobierno. También acepta que el Gobierno debe proceder de conformidad con sus propias leyes y políticas para otorgar tales permisos y aprobaciones. En caso contrario, la Cláusula Cuarta del Contrato de Inversión Extranjera carecería de sentido. Por lo tanto, el Tribunal llega a la conclusión de que Chile no violó el TBI con motivo del incumplimiento de los Contratos de Inversión Extranjera.*⁸³

74. Chile alega que, a pesar de las declaraciones del Tribunal de haber aplicado derecho chileno a dichas cuestiones, en la práctica no lo hizo:

El Tribunal omite . . . mencionar o explicar si o cómo aplicó el derecho chileno a aquellas partes de su determinación respecto del trato justo y equitativo que requieren una interpretación de los Contratos de Inversión Extranjera.

El silencio del Tribunal en este punto significa que el Tribunal omitió completamente aplicar derecho chileno para determinar las obligaciones de las Partes o para interpretar el significado sustantivo del DL 600 y de los Contratos de Inversión Extranjera; de esta forma, el Tribunal manifiestamente se extralimitó en sus facultades

No existe, de hecho, prueba alguna de que el Tribunal aplicara derecho chileno. Es cierto que el Tribunal citó o parafraseó partes de los Artículos Tres y Doce a Quince de la Ley chilena sobre Inversión Extranjera, el DL 600. Sin embargo, la mera repetición de los artículos de la ley, claramente no es la aplicación del derecho chileno. Es importante destacar que las Partes presentaron extensos argumentos, sustento probatorio, y el testimonio de testigos de los hechos y expertos sobre derecho chileno que el Tribunal acuñó como uno de los ‘puntos centrales’ o ‘elemento[s] clave’ de su conclusión sobre el trato justo y equitativo, a saber el ámbito de la aprobación de los Contratos de Inversión Extranjera. El debate en el corazón de este aspecto era si la Ley chilena sobre Inversión Extranjera (el DL 600) o los Contratos de Inversión Extranjera autorizaban, como la República de Chile aseveró, simplemente la transferencia de capital extranjero, o, como MTD afirmó, el proyecto propuesto en la ubicación propuesta.⁸⁴

75. Al considerar los efectos de los Contratos de Inversión Extranjera en el trato justo y equitativo, el Tribunal enfrentó un asunto híbrido. El significado de un contrato chileno es un asunto de derecho chileno; sus implicaciones en términos de una demanda de derecho internacional son un asunto de derecho internacional. El Comité retornará a las razones esgrimidas por el Tribunal para su decisión sobre las implicaciones de la conducta del CIE. Para el presente propósito, basta señalar que el Tribunal aparentemente aplicó derecho chileno a los aspectos regidos por éste (tal como el ámbito de la autoridad del CIE), y que nada sugiere que haya calificado erróneamente el alcance del derecho chileno en su decisión acerca del estándar de trato justo y equitativo. Si se aplicó el derecho chileno (o en su caso el derecho internacional) en forma correcta, en una materia comprendida dentro de la jurisdicción del Tribunal, no corresponde decidirlo al Comité en una solicitud de anulación.

⁸² Laudo, párr. 187. Véase también id., párrs. 86–87.

⁸³ Laudo, párr. 188.

⁸⁴ Memorial de Anulación de Chile, párrs. 130–32.

(c) *Decisiones ex aequo et bono no autorizadas*

76. En forma extensa, como corolario de los argumentos discutidos en las dos secciones anteriores, la Demandada sostiene que, habida cuenta de que “*los fundamentos de las determinaciones del Tribunal no pueden ser identificados,*” cabría inferir que “el Tribunal parece emitir su decisión *ex aequo et bono* (a menos que el Tribunal, de hecho, no haya seguido principio alguno).”⁸⁵ En su Réplica, por otro lado, la alegación concierne esencialmente a la determinación de los perjuicios. Al respecto Chile asevera que:

*La omisión del Tribunal en hacer referencia alguna a un precepto legal en su reducción de la indemnización conduce a la conclusión de que el Tribunal emitió su decisión ex aequo et bono.*⁸⁶

77. En general, nada sugiere que el Tribunal haya declarado cualquier jurisdicción para dirimir la disputa bajo el Artículo 42(3) del Convenio, o que la sustancia de su decisión haya sido tomada con base en la equidad general. El Comité ya trató el tema de la ley aplicada por el Tribunal; en las secciones siguientes se abordará el relativo a la suficiencia del razonamiento del Tribunal, tanto en relación con la sustancia como con los perjuicios. A la luz de las conclusiones del Comité sobre estos aspectos, no existe fundamento para el reclamo de que el Tribunal ejerciera poder para decidir *ex aequo et bono*.

(4) **Tratamiento justo y equitativo: falta de motivación**

78. La segunda impugnación a la decisión es, en importancia, la que atañe a la omisión del Tribunal en declarar las razones en que se fundó para decidir. Cabe recordar que la reiterada jurisprudencia de los comités *ad hoc* ha considerado que esta causal de nulidad hace referencia a la ausencia de razonamiento, más que a la brevedad o impropiedad del mismo – “la omisión de expresar motivo *alguno* respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes.”⁸⁷ También se ha establecido que una contradicción absoluta e inexplicada, puede considerarse una falta de motivación.

79. Una cuestión inicial es la relativa a la contradicción absoluta o categórica. En su Opinión Experta, acompañada a la Réplica, Sir Arthur Watts manifestó que aparentemente

⁸⁵ Memorial de Anulación de Chile, párr. 136.

⁸⁶ Réplica de Anulación de Chile, párr. 68.

⁸⁷ *Vivendi* (2002) 6 Informes CIADI 340, 358 (párr. 64): el pasaje íntegro es transcrito en párrafo 79 siguiente.

existe una contradicción formal en el Capítulo VII del Laudo que contiene la parte dispositiva.⁸⁸ En el párrafo 253(1) el Tribunal expresó su conclusión principal como sigue: “La Demandada ha violado las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1 del Artículo 3 del TBI.” En el párrafo 253(7), el Tribunal declara que “*Todas las demás reclamaciones presentadas en este arbitraje se consideran desestimadas.*” Según antes se indicó, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones es reiterada en los mismos términos en los Artículos 2(2) y 3(1) del TBI.⁸⁹ Si pudiera estimarse que las Demandantes interpusieron dos demandas separadas por incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo, una bajo el Artículo 2(2) y otra bajo el Artículo 3(1), podría parecer que la parte dispositiva del Laudo acogió una demanda y rechazó la otra, sin explicar la diferencia entre ambas.

80. Sin embargo, en realidad, no existen obligaciones distintas de tratamiento justo y equitativo bajo los Artículos 2(2) y 3(1) del TBI, ni se interpusieron demandas diferentes por el incumplimiento de esa obligación.⁹⁰ La referencia a “otras reclamaciones” en el párrafo 253(7) alude a los diversos reclamos presentados por MTD que el Tribunal rechazó, no a la demanda que acogió, y la falta de referencia específicamente al Artículo 2(2) en el párrafo 253(1) no repercutió en las conclusiones del Laudo. Ello no es un argumento para la anulación.

81. En cuanto a las cuestiones de fondo, el Tribunal enfatizó la coexistencia de dos hechos: la aprobación del CIE del Proyecto en términos que especificaba su ubicación, generando una legítima expectativa de que el Proyecto al menos era, en principio, factible desde un punto de vista de la regulación, y la determinación por parte de las autoridades urbanísticas competentes, en esa época, de que el Proyecto no era factible. Basado en el principio de la “unidad del Estado” para con los inversionistas extranjeros, el Tribunal declaró que lo anterior constituía un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo contemplado en el Artículo 3(1). La Demandada, mediante argumentos y testimonio experto, ataca estas tres conclusiones como esencialmente infundadas y no demostradas.⁹¹ El Comité

⁸⁸ Opinión Experta de Sir Arthur Watts, 20 de enero de 2006, párrs. 62–71.

⁸⁹ Véase párrafo 27 anterior.

⁹⁰ Véase la Solicitud de Arbitraje, 26 de junio de 2001, párrs. 73, 74.

⁹¹ Memorial de Anulación del Demandado, párrs. 138–82; Réplica del Demandado, párrs. 6–50. Véanse también las Opiniones Expertas del Sr. Jan Paulsson, adjuntas a estos alegatos.

resumirá el razonamiento del Tribunal respecto de cada una de dichas conclusiones antes de aplicar el criterio para la anulación previsto en el Artículo 52(1)(e).

(a) Los efectos de la aprobación del CIE

82. La Demandada ataca como infundada la conclusión del Tribunal de que:

*La aprobación de un proyecto en una determinada ubicación permitiría a un inversionista suponer, prima facie, que su ejecución en esa ubicación es factible desde el punto de vista normativo.*⁹²

Sostiene que “el Tribunal omite explicar cómo fue de hecho posible para MTD formular cualesquiera expectativas, *prima facie* o de otro modo, respecto de su inversión,”⁹³ atendida la prueba rendida por la Demandada de que no pudo existir tal expectativa bajo el derecho chileno derivada de las decisiones del CIE y la ausencia de prueba de que MTD tuviese alguna tal expectativa en las época relevante.

83. El Tribunal inició su consideración de los aspectos fácticos en disputa exponiendo in extenso los argumentos de las Partes.⁹⁴ Previamente había explicado los hechos con cierto detalle, indicando cuáles eran controvertidos.⁹⁵ En cuanto a los efectos de la aprobación del CIE, los siguientes puntos se encuentran consignados en el Laudo, sea como hechos no discutidos o como conclusiones del Tribunal:

- El CIE estaba informado del Proyecto propuesto y fue consultado por MTD acerca del mismo.⁹⁶
- El CIE era un órgano del Estado chileno compuesto por ministros y funcionarios; se declaró que tenía un rol de coordinación en la admisión de las propuestas de inversión sometidas al mismo: “*resulta evidente que, según DL 600, el CIE debe desplegar un mínimo de diligencia tanto interna como externamente.*”⁹⁷

⁹² Laudo, párr. 163.

⁹³ Memorial de Anulación del Demandado, párr. 138.

⁹⁴ Laudo, párrs. 116–48.

⁹⁵ Laudo, párrs. 39–85.

⁹⁶ Laudo, párrs. 44, 50.

⁹⁷ Laudo, párr. 163. Véase también Laudo, párrs. 53, 162.

- Los Contratos de Inversión Extranjera, redactados por el CIE, especificaban en forma inequívoca la ubicación y propósito de la inversión.⁹⁸
- Con la suscripción del primer Contrato de Inversión Extranjera MTD se obligaba a efectuar la inversión; un cambio en la ubicación del proyecto, habría requerido otra autorización del CIE.⁹⁹
- El Artículo 4 de los Contratos de Inversión Extranjera estableció claramente que la autorización se daba “sin perjuicio de” otras autorizaciones exigidas por la legislación y los reglamentos chilenos. El Tribunal acepta que la autorización del CIE para invertir en Chile “no tiene carácter general y que sólo constituye el inicio de un proceso para obtener los permisos y aprobaciones necesarios de los diversos organismos y departamentos del Gobierno . . . el Gobierno debe proceder de conformidad con sus propias leyes y políticas para otorgar tales permisos y aprobaciones.”¹⁰⁰
- El Contrato de Promesa estaba condicionado a la aprobación de la inversión por el CIE.¹⁰¹

(b) La “política urbana” de Chile

84. La Demandada alega que la “política urbana,” en que el Tribunal se basó, es imprecisa y equívoca: algunas veces el Tribunal la presenta como la política incorporada en el PRMS, y otras como una política en contra del cambio del PRMS.¹⁰² En relación con esta última, afirma la Demandada que no existió tal política y ciertamente no existía al tiempo en que el CIE aprobó la inversión; en cuanto la primera, MTD sabía que se necesitaba la aprobación urbanística, conforme al PRMS.

85. Sobre el particular, el Tribunal concluyó que:

⁹⁸ Laudo, párrs. 51, 52, 54, 57, 162.

⁹⁹ Laudo, párr. 162.

¹⁰⁰ Laudo, párrs. 188. En cuanto a los términos del Artículo 4, véase párrafo 14 anterior.

¹⁰¹ Laudo, párrs. 49, 158.

¹⁰² Réplica de Anulación del Demandado, párrs. 9–26; un punto también expuesto enérgicamente en ambas opiniones de Paulsson.

- Para la época en que el Proyecto fue aprobado por el CIE, el SEREMI era de la opinión (y así lo había informado el Ministro) de que aquél no podría ser ejecutado.¹⁰³ Él jamás abandonó ese parecer.¹⁰⁴
- El Ministro no concurrió a las reuniones importantes del CIE, a pesar de la norma del DL 600 que contempla la asistencia de otros ministros relevantes.¹⁰⁵
- No se probó que MTD tuviera conocimiento de la oposición del SEREMI al Proyecto antes de la firma de los Contratos de Inversión Extranjera; era “razonable suponer” que ninguna advertencia categórica había sido dada a MTD, como Chile alegó.¹⁰⁶
- La primera notificación escrita de Chile a MTD, de que era improbable que el Proyecto fuera aprobado, fue la carta del SEREMI de 3 de junio de 1998.¹⁰⁷

86. La Demandada sostiene que “*la política contraria al cambio de zona de El Principal y de la modificación del PMRS*”¹⁰⁸ no se había formado para la época de la primera decisión del CIE. Asimismo, argumenta que la idea de una supuesta “meta-política” carece de sentido: no existía sino el PRMS y una discreción para modificarlo o no, discreción cuyo ejercicio competía exclusivamente a Chile. A este respecto, cabe hacer dos precisiones: la primera, que la posición de Chile ante el Tribunal fue la de sostener que la política en contra del desarrollo urbano en Pirque ya existía al momento de la primera aprobación del CIE¹⁰⁹; la segunda, que presentó prueba ante el Tribunal, consignada en el Laudo, de que la posición de las autoridades urbanísticas nunca cambió.¹¹⁰

(c) *Incoherencia entre la conducta chilena y la “unidad del Estado”*

87. Evidentemente, el Tribunal puso considerable énfasis en la “unidad del Estado” para llegar a su conclusión bajo el Artículo 3(1). El Laudo se refiere al punto no menos de cuatro veces:

¹⁰³ Laudo, párrs. 74, 151, 154.

¹⁰⁴ Laudo, párrs. 66, 72, 74, 75, 79, 80.

¹⁰⁵ Laudo, párrs. 53, 161–63.

¹⁰⁶ Laudo, párr. 158. Véase también Laudo, párr. 166.

¹⁰⁷ Cf párr.31 anterior

¹⁰⁸ Laudo, párr. 165.

¹⁰⁹ Laudo, párr. 165.

¹¹⁰ Laudo, párr. 80.

*Lo que el Tribunal pone de relieve aquí es la incoherencia en el proceder de dos sectores del gobierno frente al mismo inversionista, incluso cuando el marco jurídico del país otorga un mecanismo de coordinación.*¹¹¹

*[E]n el caso que nos ocupa, Chile no es una parte pasiva y la coherencia en el proceder de los diversos funcionarios por intermedio de los cuales actúa no es responsabilidad del inversionista sino de Chile.*¹¹²

*Chile también tiene la obligación de actuar con coherencia y de aplicar sus políticas de manera sistemática, independientemente de cuan diligente sea el inversionista. Conforme al derecho internacional (que este Tribunal debe aplicar a las diferencias surgidas en el marco del TBI), el Estado de Chile debe ser considerado por el Tribunal como una unidad.*¹¹³

*El Ministro Hermosilla y el CIE eran dos canales de comunicación diferentes de la Demandada con terceros, pero, a los efectos de las obligaciones contraídas por Chile en virtud del TBI, ambos representaban a Chile como una unidad, como un monolito, para usar la expresión de la Demandada.*¹¹⁴

88. En opinión de Chile, lo anterior desconoce el derecho del Estado receptor y la necesaria separación de poderes que es la base del estado de derecho. Los órganos del Estado pueden tener diversas obligaciones y preocupaciones: la inconsistencia de política entre ellos no implica necesariamente una infracción del derecho internacional. La sola circunstancia de que las decisiones del CIE sean atribuibles al Estado de Chile no justifica conceder al CIE mayor autoridad que la que realmente tenía, y proceder de esa forma es confundir los conceptos diferentes de atribución e incumplimiento. De esta forma, nuevamente, a pesar de la repetición por el Tribunal del argumento de la “unidad,” éste esencialmente es dejado sin explicación.¹¹⁵

89. El Comité concuerda en que mezclar atribución e infracción requeriría de una explicación e importaría una confusión, si no una errónea caracterización del derecho. Sin embargo, el Comité no comparte la idea de que el Tribunal hubiere incurrido en tal yerro. Por ejemplo, la conducta del Alcalde de Pirque, en su condición oficial, fue atribuible al Estado,¹¹⁶ pero el Tribunal no sugirió que esto diera lugar a algún problema ante el TBI. Su planteamiento es que el CIE era un órgano del Estado de rango superior, cuyos actos formales

¹¹¹ Laudo, párr. 163.

¹¹² Laudo, párr. 164.

¹¹³ Laudo, párr. 165.

¹¹⁴ Laudo, párr. 166.

¹¹⁵ Véase e.g., Réplica de Anulación del Demandado, párrs. 62–65.

podían ser considerados significativos en términos de la aceptación de la inversión: esto, como se ha visto, lo explicaba.

(d) Conclusión

90. La pregunta para el Comité no es si el razonamiento del Tribunal es inobjetable, sino si es anulable con arreglo al Artículo 52(1)(e). Esto es, en definitiva, un asunto de apreciación, teniendo en cuenta la distinción entre nulidad y apelación.¹¹⁷

91. El Comité declara lo siguiente: primero, la noción de factibilidad de regulación desarrollada por El Tribunal (y aplicada consistentemente) no es un concepto de derecho chileno y no fue presentada como tal: fue propuesta por el Tribunal en el contexto del Artículo 3(1) del TBI. Segundo, no es incoherente o contradictorio afirmar que, en una situación dada, un Proyecto puede avanzar y continuar con la evaluación de la regulación, sobre la base de que podría ser aprobado conforme al derecho del Estado receptor. El Tribunal no se contradijo al sostener, por una parte, que MTD pudo haber esperado de sus contactos y contratos con el CIE que el Proyecto fuese factible y, por otro, que no tenía derecho a un permiso urbanístico. Tercero, se presentaron pruebas ante el Tribunal –entre las que se destaca la carta del SEREMI González de 3 de junio de 1998– que sustentaron la conclusión del Tribunal de que las autoridades competentes en ningún momento estuvieron dispuestas a considerar que el Proyecto era factible desde la perspectiva de la regulación. La versión de la Demandada acerca de la reunión del 6 de noviembre de 1996 también era consistente con su conclusión (y la versión de las Demandantes no la contradijo).¹¹⁸ Cuarto, era potestativo del Tribunal poner énfasis, desde la perspectiva de la protección de la inversión extranjera, en las facultades y la composición del CIE; el Tribunal en su razonamiento se refirió claramente y con alguna extensión a ese aspecto. Más aún, el Tribunal lo hizo no desde el punto de vista de la atribución –es indiscutible que el CIE es un órgano del Estado chileno y que los contratos de inversión extranjera son celebrados por el CIE en representación del Estado– sino desde la visión de la trascendencia que debe asignarse al acto jurídico de contratar para un Proyecto en una ubicación específica.

¹¹⁶ Véase e.g., *Case concerning Elettronica Sicula S.p.a. (ELSI)*, ICJ Reports 1989 p. 15, 48–49 (relativo al Alcalde de Palermo).

¹¹⁷ Véanse párrafos 48–52 anteriores.

¹¹⁸ MTD sostuvo solamente, y parece haberlo acreditado, que ninguno de sus representantes superiores estuvieron presentes. Se rindió prueba de que el Sr. Fontaine concurrió, pero no se sugiere que él representara a MTD.

92. En definitiva, la pregunta es si un lector informado del Laudo comprendería las razones expuestas por el Tribunal e identificaría alguna contradicción fundamental en ellas. En opinión del Comité, la respuesta a dicho interrogante, en el presente caso, es que las razones son suficientemente claras, están suficientemente expuestas y no existe contradicción material en ellas. Por lo tanto, no se configura la causal de anulación consagrada en el Artículo 52(1)(e).

(5) Culpa concurrente

93. La conclusión del Tribunal a este respecto ya ha sido destacada.¹¹⁹ La Demandada la impugna con dos argumentos básicos, ambos fundamentados en la falta de motivación.

94. El primero se refiere a la relación de causalidad. A juicio de la Demandada, las propias conclusiones del Tribunal respecto de la debida aplicación del derecho chileno significaban que el Proyecto no habría podido continuar bajo ninguna circunstancia. En concepto de la Demandada, la apreciación del Tribunal contiene una discrepancia fundamental entre la conclusión de que el Contrato de Inversión Extranjera no confería a MTD un derecho a un permiso urbanístico (y las inferencias adicionales de que las solicitudes fueron debidamente rechazadas por la autoridades chilenas competentes), por un lado, y la decisión de que Chile había causado parte de los daños, por el otro. La Demandada pone como ejemplo el rechazo por COREMA (la *Comisión Regional del Medio Ambiente, Región Metropolitana*) de la declaración de impacto ambiental del Proyecto:

La conclusión del Tribunal de que COREMA actuó adecuadamente al rechazar la DIA es importante en cuanto significa que aun si el PRMS hubiese podido ser modificado, MTD no podría haber proseguido con su proyecto por cuanto COREMA, tal como el propio Tribunal declaró, lo había rechazado válidamente. Es increíble que el Tribunal reconozca esta conclusión pero no haga nada para tratar el obvio conflicto. Basado en lo anterior, no es claro cómo el Tribunal pudo deducir que Chile es directamente responsable de los daños reclamados por MTD. Es aun más inconcebible que el Tribunal pudiera anunciar su inferencia sin suministrar ninguna explicación de la forma en que arribó a su conclusión.¹²⁰

95. Como el Tribunal dejó constancia, la declaración de impacto ambiental era parte de un esfuerzo del Concejo Municipal de Pirque por evitar el impacto del PRMS mediante la

¹¹⁹ Véanse párrafos 37–38 anteriores.

¹²⁰ Memorial de Anulación del Demandado, párr. 189.

obtención de la aprobación de un Plan Seccional. La propuesta de Plan Seccional fue presentada el 11 de agosto de 1998; la declaración de impacto ambiental correspondiente lo fue el 8 de septiembre de 1998 y fue rechazada el 26 de noviembre de 1998, luego de que el Ministro hubiese informado finalmente a MTD que el PRMS no podría ser modificado ni evitado.¹²¹ La causa principal por la que COREMA rechazó la declaración de impacto ambiental –como parecería obvio – era su incompatibilidad con zonificación existente del terreno, justo como el Ministro lo había afirmado.¹²²

96. El Tribunal consideró el rechazo por la COREMA en forma más bien escueta; al tratar las medidas irrazonables y discriminatorias, señaló:

*Hasta cierto punto, esta reclamación ha sido examinada por el Tribunal como parte del análisis relativo al trato justo y equitativo. La aprobación de una inversión contraria a la política urbana del Gobierno puede considerarse igualmente irracional. Por otra parte, los cambios del PRMS en relación con Chacabuco o, más recientemente, la Modificación No. 48, como explica la Demandada, no eximen de la obligación de realizar cambios específicos en el PRMS cuando los terrenos están clasificados como de “interés silvoagropecuario.” Por consiguiente, no hay base para considerar que las modificaciones introducidas al PRMS son discriminatorias. El Tribunal también se da por satisfecho con la explicación sobre el rechazo del EIA por parte de COREMA.*¹²³

97. Lo que la Demandada presenta como una cuestión de causalidad, cabe reconocer, sólo aparece en forma implícita en este pasaje. Pero la razón es perfectamente clara: la infracción del estándar de trato justo y equitativo percibida por el Comité no se produjo en ninguna de las decisiones posteriores de las entidades chilenas que declinaron autorizar el Proyecto.¹²⁴ Lo que se sostuvo que configuró el incumplimiento del criterio de tratamiento justo y equitativo fue el acto del CIE, un órgano del Estado chileno, al aprobar una inversión específica con referencia a una ubicación en la que no era posible su ejecución. La conclusión del Tribunal a ese respecto resiste un cuestionamiento de nulidad, por los motivos antes expuestos. Sin la decisión del CIE de admitir la inversión, el daño no se habría producido. Por el contrario, ninguna cuestión independiente de causalidad fue alegada en relación con la decisión de COREMA del 26 de noviembre de 1998, o con cualquiera de las

¹²¹ Laudo, párrs. 77, 81, 148.

¹²² Laudo, párr. 195 (nótese que hubo otros argumentos subsidiarios).

¹²³ Laudo, párr. 196.

¹²⁴ “Se trataba de la política del Demandada y de su derecho a no modificarla. Por la misma razón, fue injusto admitir la inversión en el país.” Laudo, párr. 214.

otras decisiones tomadas conforme al derecho chileno. Distinta habría sido la posición si el Tribunal hubiese ordenado la reparación de los perjuicios derivados de la pérdida por la no ejecución del Proyecto, por la vía del lucro cesante, lo que no hizo, dado que MTD nunca adquirió el derecho a que el Proyecto siguiera adelante.

98. El segundo argumento de reclamo en relación con esta conclusión es que, incluso si alguna distribución de la responsabilidad fuese apropiada (un proceso aludido en los alegatos de la Demandada como una negligencia comparativa),¹²⁵ el Tribunal no ofreció razón alguna para distribuir la pérdida en una base 50:50:

Atendida la omisión del Tribunal en declarar sus razones sobre las cuales redujo la indemnización en un cincuenta por ciento arbitrario y carente de explicación (y no en un cien por ciento), como también su manifiesta falta en aplicar derecho alguno acordado por las Partes en el TBI (sea que el Tribunal aplicara la equidad u otros preceptos no identificados para realizar su reducción de cincuenta por ciento), el Laudo debe ser anulado.¹²⁶

99. Cabe destacar que e la Demandada, correctamente, no cuestiona la decisión sobre culpa de la víctima como un exceso manifiesto de poderes. En palabras del Artículo 39 de los Documentos de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001:

Contribución al perjuicio

Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.

La Parte II de los Artículos de la CDI, en la que está ubicado el Artículo 39, trata de los reclamos entre Estados, aunque incluye reclamos presentados en representación de individuos, e.g. dentro del sistema de protección diplomática.¹²⁷ No existe razón para no aplicar el mismo principio de contribución a demandas interpuestas por individuos por incumplimiento de un tratado.

100. El Tribunal encontró un incumplimiento del tratado al momento de la admisión de la inversión; sin el acto constitutivo del incumplimiento (la decisión del CIE), la inversión no se

¹²⁵ Memorial de Anulación del Demandado, párr. 193.

¹²⁶ Memorial de Anulación del Demandado, párr. 194.

¹²⁷ Véanse Artículos de CDI, Art. 33(2) y comentario, párr. (4).

hubiese realizado. Asimismo, el Tribunal resolvió que MTD había contribuido significativamente a su propio daño, como se explica con cierto detalle en el Laudo. Habiendo sido alegado el tema de la culpa compartida, el Tribunal procedió inmediatamente a efectuar una apreciación de la contribución comparativa. El Tribunal estimó que la contribución de MTD al daño era de un 50% “una vez deducido el valor residual de su inversión calculado según las consideraciones siguientes.”¹²⁸

101. El Comité concuerda con la Demandada en que podrían haberse dado en este punto razones adicionales para una división 50:50 de los daños. Sin embargo, el Tribunal ya había analizado las culpas de las partes con algún detalle, sosteniendo que, dadas las circunstancias, ambas eran substanciales y significativas. Como sucede a menudo en situaciones de culpa concurrente, y la función de las dos partes que contribuyeron al daño era muy diferente, su medición entrañaba dificultad, por lo que el Tribunal tenía un cierto margen de discrecionalidad para su estimación. Asimismo, en un reclamo atinente a un tratado de inversión en el cual la concurrencia de culpas es relevante, el incumplimiento del demandado normalmente tiene un carácter regulatorio, en tanto que la conducta del demandante es omisiva en la protección de sus propios intereses, más que violatoria de deberes para con el Estado receptor. En tales circunstancias, no es extraño que el daño sea compartido por partes iguales. Los tribunales internacionales que han abordado este tema, con frecuencia, no han dado ninguna “explicación exacta” de los cálculos efectuados.¹²⁹ En síntesis, habiendo el Tribunal analizado con alguna extensión las omisiones de ambas partes, no había mucho más que decir, y no se incurría en un error, que diera lugar a la anulación del Laudo, por no decirlo.

(6) La evaluación de los daños

102. La última área de controversia se refiere a la valoración de los perjuicios. La Demandada objeta este cálculo con base en dos argumentos.

¹²⁸ Laudo, párrs. 242–43.

¹²⁹ Según Gray destaca en relación al caso *Costa Rica Packet*: C Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987) 23. En ese caso, el Árbitro Martens señaló poco más que “los daños producidos . . . no son completamente las consecuencias necesarias de esta detención provisional”: (1897) 5 Moore, *International Arbitrations* (1898) 4948, 4953.

103. Primero, que el Tribunal no dio razones “*para declarar responsable a Chile por haber pagado un precio no razonable por el terreno*”.¹³⁰ Lo que el Tribunal hizo, según se señaló, fue considerar el precio realmente pagado, descontar el monto que MTD debió haber aceptado por el terreno cuando éste le fue ofrecido por el vendedor, y dividir en dos el monto resultante, atendida la omisión de MTD en protegerse a sí misma, que incluyó la de no haberse resguardado contra el rechazo del permiso urbanístico. En este contexto, a juicio del Comité, el procedimiento que el Tribunal adoptó fue explicado adecuadamente.

104. Segundo, la Demandada reclama por la forma arbitraria e inexplicable en que, según afirma, el Tribunal determinó la fecha de corte para incluir como perjuicios los gastos en que incurrió MTD por concepto del Proyecto:¹³¹

*El Tribunal omite explicar por qué utilizó la carta del Ministro Henríquez del 4 de noviembre de 1998 como el punto a partir del cual los gastos de MTD serían excluidos del cálculo de los daños. La República de Chile presentó pruebas ante el Tribunal de diversas reuniones entre MTD y funcionarios del gobierno chileno, las que tuvieron lugar con anterioridad a la redacción de la carta del Ministro Henríquez, y que pudieron ser utilizadas como fechas de corte alternativas – así como puntos en los que MTD pudo haber mitigado sus pérdidas- para las determinaciones de los daños por el Tribunal. Durante estas diversas reuniones la República de Chile sostuvo que MTD fue advertida de los obstáculos de regulación que su Proyecto enfrentaba, pero el Tribunal omite determinar la importancia de muchas de estas reuniones.*¹³²

La Demandada enumera a continuación una serie de “*fechas que el Tribunal pudo haber utilizado como fechas de corte alternativas para su determinación de daños.*”¹³³ Al no explicar la elección del 4 de noviembre de 1998, sostiene la Demandada, el Tribunal no expresó las razones sobre las cuales se basaba una parte esencial de su decisión.¹³⁴

105. En el pasaje precitado (como también en sus alegatos), la Demandada se equivoca respecto de la base sobre la cual se funda la decisión del Tribunal. Si el incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo hubiese dependido de lo que se dijo en determinadas reuniones con funcionarios chilenos, previas a la celebración del primer Contrato de Inversión Extranjera, el Tribunal habría tenido necesariamente que referirse en forma precisa

¹³⁰ Memorial de Réplica del Demandado Anulación p.55.

¹³¹ Para la determinación del Tribunal sobre este punto, véase párr. 39 anterior.

¹³² Memorial de Anulación del Demandado, párr. 195.

¹³³ Id., párr. 196.

¹³⁴ También se sostiene que es una seria desviación de una regla fundamental de procedimiento (id párr. 203). La Comisión ya se ha referido a esto como un argumento separado de anulación: véanse párrs. 55–56 anteriores.

al contenido de dichas reuniones.¹³⁵ Sin embargo, ello no constituyó la base de la decisión. Por el contrario, el Tribunal enfatizó que, habiendo un órgano del Estado chileno acordado formalmente, en un contrato escrito, la importación de capital extranjero sustancial para este Proyecto específico, fue sólo el 3 de junio de 1998 cuando se dirigió una declaración oficial por escrito a MTD, indicándole que sería “*inconveniente*” (i.e., inapropiado) modificar el PRMS, y sólo el 4 de noviembre de 1998 cuando el Ministro responsable dejó claro y por escrito que el Proyecto no continuaría. Las razones de la decisión del Tribunal sobre ese particular – como el Comité ya lo ha señalado – fueron dadas en el Laudo. De este modo, carece de relevancia el hecho de no haber considerado lo que pudo haber ocurrido en las reuniones anteriores, para determinar la fecha de corte para el cálculo de los gastos.

106. En otras palabras, en vista de que el Tribunal declaró que hubo una infracción del estándar de trato justo y equitativo como resultado del Contrato de Inversión Extranjera celebrado el 18 de marzo de 1997, lo que procedía determinar era por cuánto tiempo desde esa fecha en adelante era razonable que MTD incurriera en gastos en la búsqueda de una modificación del PRMS para permitir que el Proyecto pudiese ejecutarse. El Tribunal citó el argumento de las Demandantes de que, habiendo efectuado el mayor compromiso autorizado de capital a comienzos de 1997, “*resultaba razonable y consistente con la obligación que tenía MTD de mitigar los daños, que continuara buscando las aprobaciones del Gobierno incluso después de que llegó a ser evidente que los funcionarios del Gobierno se oponían al Proyecto.*”¹³⁶ El Tribunal consideró como fecha de corte el 4 de noviembre de 1998, fecha en que el Ministro finalmente informó por escrito a MTD su decisión de que el PRMS no sería modificado. En efecto, dado que un órgano compuesto de funcionarios chilenos de rango ministerial había admitido por escrito la inversión, el Tribunal declaró que era razonable que las Demandantes continuaran incurriendo en gastos en búsqueda de hacer viable el Proyecto hasta que la decisión ministerial final y definitiva fue adoptada y comunicada a ellas por escrito, señalándoles que su objetivo no tendría éxito. El Comité concuerda con la Demandada en que las razones dadas por el Tribunal respecto de su decisión sobre el quantum fueron extremadamente sucintas. Sin embargo, no fueron

¹³⁵ Alternativamente, en la medida que las materias tratadas en dichas reuniones fueron asumidas por el Demandado como una forma de defensa, el Tribunal habría tenido que declarar que el contenido de las mismas no había sido acreditado.

¹³⁶ Réplica, párr. 131, citado en el Laudo, párr. 231.

evasivas. En estas circunstancias, el Comité no está dispuesto a anular este aspecto menor de la decisión conforme al Artículo 52(1)(e) del Convenio.

(7) Conclusiones

107. En definitiva, la solicitud de anulación de la Demandada debe ser desestimada. Sin embargo, el Comité desea enfatizar nuevamente la verdadera base sobre la cual la decisión del Tribunal ha sido confirmada. En el presente caso, un inversionista extranjero faltó a la debida diligencia en un aspecto fundamental de la inversión. El control de uso de la tierra es una preocupación central para el Estado, especialmente en las periferias de las zonas urbanas. Cualquiera sean los contratos que los inversionistas extranjeros puedan celebrar con los propietarios de terrenos rurales, no puede permitirse que los mismos perturben la debida aplicación del derecho del Estado anfitrión, como tampoco que la vaguedad inherente en dicho tratado de criterios tales como “tratamiento justo y equitativo” debiera permitir a los tribunales internacionales revisar las decisiones de planificación debidamente adoptadas (como las que fueron tomadas en este caso) de conformidad con ese derecho.

108. Sin embargo, criticar al Tribunal con tales argumentos es malinterpretar el fundamento mismo de su decisión, a la que podía llegar libremente. El mismo Tribunal confirmó la autoridad del derecho urbanístico chileno contra los argumentos basados en un “derecho a permiso urbanístico.”¹³⁷ No obstante, el flujo de inversión extranjera también es importante y el Estado ha asumido obligaciones a este respecto. En definitiva, lo que aparece acreditado es el proceso urbanístico, según el mismo Tribunal declaró,¹³⁸ pero lo que podría haberse hecho mejor era la coordinación al nivel del CIE.

F. COSTAS

109. Considerando que el Laudo no ha sido anulado, se mantiene lo resuelto en materia de las costas de los procedimientos ante el Tribunal y se levanta automáticamente, a partir de la fecha de esta decisión la suspensión de su ejecución (Regla de Arbitraje 54(3)).

110. Resta por decidir lo relativo a las costas del presente este procedimiento de anulación, tema sobre el cual existe discrecionalidad por parte del Comité. En todos los procedimientos

¹³⁷ Véase e.g. Laudo, párr. 188.

¹³⁸ Laudo, párr. 163.

de anulación concluidos, con la excepción de uno, los Comités no han resuelto acerca de las costas de las partes y han declarado que las del CIADI deben ser asumidas por ellas por partes iguales. Procedieron de esa forma tanto en aquellas solicitudes de anulación que fueron acogidas como en las que fueron desestimadas.¹³⁹ En los casos más recientes, la parte exitosa, al menos parcialmente ante el Tribunal, y que haya triunfado en cierto grado ante el comité, tuvo que pagar la mitad de las costas resultantes del proceso de anulación.

111. Este resultado podría parecer anómalo. No obstante, con el interés de ser consistente con la jurisprudencia del CIADI y dadas las circunstancias del presente caso, el Comité opta por seguir la práctica existente. Lo hace advirtiendo que esta práctica no es inflexible y admite excepciones. Al respecto, observa que en *CDC Group PLC v. Republic of the Seychelles*, el Comité ordenó al demandado perdedor a pagar tanto las costas del demandante como las costas del CIADI del procedimiento de anulación. El Comité puso de relieve que la solicitud de anulación “carecía fundamentalmente de mérito” y que el caso del demandado “para cualquier observador razonable e imparcial era más improbable que tuviera éxito.”¹⁴⁰ Lo mismo no puede predicarse en este caso. Tal como el Comité ya ha observado, Chile ha expresado preocupaciones razonables que trascienden los montos en discusión.

112. Las costas de representación de cada una de las partes durante el proceso de anulación también pueden ser fijadas discrecionalmente por el Comité. En este proceso se planteó una cuestión compleja y novedosa de importancia pública, respecto de la evaluación relativa a los riesgos de regulación en un caso en el que se había celebrado un contrato formal de inversión extranjera especificando la ubicación de la inversión. Teniendo en cuenta la culpa compartida de las partes en la disputa, el Comité opta por no dar ninguna orden en relación con las costas de representación.

¹³⁹ En los siete casos siguientes, los Comités declinaron aplicar las costas de la parte en contra de la perdedora y dividieron las costas de los procedimientos de CIADI: *Klöckner* (1985) 2 Informes CIADI 4, 163; *Amco Asia I* (1986) 1 Informes CIADI 509, 542; *MINE* (1989) 4 Informes CIADI 79, 110; *Amco Asia II* (1992) 9 Informes CIADI 3; *Wena Hotels* (2002) 6 Informes CIADI 129, 152; *Vivendi* (2002) 6 Informes CIADI 340, 371; *Mitchell v DRC*, resolución de 1 de Noviembre de 2006, párr. 67.

¹⁴⁰ (2005) 11 Informes CIADI 237, 266 (párr. 89).

G. DECISIÓN

113 Por las razones precedentes, el Comité DECIDE que:

- (1) La Solicitud de anulación de la Demandada es desestimada.
- (2) Las partes sufragaran por mitades las costas y gastos incurridos por el Centro en relación con el presente procedimiento de anulación.
- (3) Cada parte sufragará sus propios costos de representación en relación al presente procedimiento de anulación.

/ Firma /

JUEZ GILBERT GUILLAUME
Presidente del Comité
Fecha: 16 de Febrero de 2007

/ Firma /

PROFESOR JAMES CRAWFORD
Miembro
Fecha: 15 de Febrero de 2007

/ Firma /

DRA SARA ORDONEZ NORIEGA
Miembro
Fecha: 12 de Febrero de 2007