

CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y ENTIDADES REGULATORIAS DESDE EL PRISMA DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Lucas Villagrán Gajardo

Conductas anticompetitivas y entidades regulatorias desde el prisma del arbitraje de inversiones

Marzo 2025



Lucas Villagrán Gajardo

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Privado y del Departamento de Derecho Procesal.

Resumen: Si bien la relación entre el derecho promotor de la competencia y el derecho internacional de inversiones no resulta tan clara, la experiencia muestra que los ilícitos anticompetitivos pueden tener un rol en la afirmación de la jurisdicción y la resolución sustantiva de una disputa ante un tribunal arbitral internacional de inversiones. La jurisprudencia y la doctrina han analizado las disposiciones usualmente contenidas en Tratados Bilaterales de Inversiones que pueden tornarse relevantes ante la constatación de este tipo de ilegalidades. La delimitación de estos puntos de contacto puede resultar fructífera en cuanto a la protección de principios valiosos, tanto desde la óptica doméstica como internacional.

Palabras clave: conductas anticompetitivas – arbitraje – inversión – estándar probatorio – orden público transnacional

Abstract: Although the relationship between competition law and international investment law is not particularly clear, experience shows that anti-competitive wrongdoing can play a role in the assertion of jurisdiction and the substantive resolution of an international investment dispute before an arbitral tribunal. Jurisprudence and doctrine have analyzed the provisions usually contained in Bilateral Investment Treaties that may become relevant to the finding of this type of illegalities. The delimitation of these points of contact may be fruitful in terms of the protection of valuable principles, both from a domestic and international perspective.

Keywords: anticompetitive behavior - arbitration - investment - evidentiary standard - transnational public policy

INTRODUCCIÓN

Aunque conocida la interacción entre las políticas protectoras de la libre competencia y las promotoras de la inversión, ésta permanece inexplorada¹. A grandes rasgos, en el proceso de desarrollo de los Estados, es posible constatar que la política de conclusión de acuerdos internacionales de inversiones forma parte de una estrategia por promover el pluralismo económico, la justicia y el bienestar de los consumidores al interior de sus territorios². A su vez, la política protectora de la libre competencia beneficia la estabilidad macroeconómica y la seguridad jurídica al interior de un Estado, lo cual termina por favorecer la atracción

1 Federica Cristani, “Book Review. International Investment Law and Competition Law”, *ICSID Review* 36, N°2 (2021), 465.

2 Elena Belova, “Anti-competitive Investor Behaviour and Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration” en *International Investment Law and Competition Law*, eds. Katia Fach, Anastasios Gourgourinis y Catharine Titi (Athens: Springer, 2020), 158.

de inversión extranjera³. De esta forma, existe cierta interdependencia entre inversión extranjera, libre competencia y crecimiento económico⁴.

En este contexto, el arbitraje internacional de inversiones es un mecanismo adjudicativo de disputas entre Estados e inversionistas extranjeros, generalmente constituido a través de cláusulas en Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) acordados entre Estados, que representa un espacio en que pueden reflotar y cobrar relevancia los puntos de contacto de estas áreas. Uno de los supuestos en que se manifiesta esta interacción es en las eventuales conductas anticompetitivas de un inversionista extranjero que hayan podido alterar las condiciones normales de un mercado y la competencia justa al interior del ordenamiento de un país anfitrión. Esto último, por ejemplo, se ha manifestado al interior de la Unión Europea, en la cual la regulación comunitaria de la competencia suele jugar un rol central en arbitrajes de inversión⁵.

Dado este panorama, surge la pregunta por la forma en que se manifiestan las interacciones entre estos campos en la dinámica de un juicio de inversiones. En este trabajo se pretenderá presentar la relación entre la constatación de la conducta anticompetitiva de un inversionista y su impacto en un procedimiento de protección de inversiones. Se espera proveer lineamientos que indiquen, primero, cual es la relevancia que tiene el establecimiento de una conducta anticompetitiva en sede jurisdiccional y sustantiva en el procedimiento arbitral de inversiones⁶, y segundo, qué implicancias probatorias conllevan este tipo de situaciones al momento de ser juzgado un caso. Lo anterior, se espera, otorgará luces sobre la relación que puede existir entre el derecho protector de la competencia particular de los Estados y el derecho internacional de inversiones.

I. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

En términos generales, la conceptualización del derecho de competencia desde el punto de vista de las relaciones internacionales involucra todas las normas dirigidas a regular la conducta competitiva de las entidades económicas que actúan al interior de un Estado⁷. En la dimensión internacional, el interés por la regulación de la competencia y el libre mercado en los países pertenecientes al ethos capitalista trasciende, en última instancia, hacia un interés político, en términos que promueve la democratización en el acceso a los bienes y cautela la provisión de bienes públicos⁸.

Por otro lado, la conceptualización del derecho de competencia desde el prisma de los procedimientos internacionales de inversiones no es tan clara. A grandes rasgos, los tribunales arbitrales han adoptados enfoques más o menos restrictivos sobre aquello relativo al derecho de competencia que puede ser considerado relevante en el procedimiento, y han oscilado entre dar preponderancia a normas particulares internas infringidas, o a determinados principios fundamentales domésticos⁹.

3 Wilson A. Jaramillo, "Seguridad jurídica y estabilidad macroeconómica como potenciadores de la atractividad de la inversión nacional y extranjera" en *El derecho económico en tiempos de crisis*, ed. Eddy De la Guerra Zúñiga (Quito: Ediciones Legales, 2020), 435.

4 Ciertamente, el proceso de interdependencia entre protección de inversiones extranjeras y la política de competencia en Chile se ha desarrollado a partir de la integración económica internacional del país desde su ingreso a la OCDE en 2010.

5 Millán R. Casanova, "The Complex Relationship Between Competition Law and Investment Arbitration After Achmea: The *Novenergia v. Spain Case*", en *International Investment Law and Competition Law*, eds. Katia Fach, Anastasios Gourgourinis y Catharine Titi (Athens: Springer, 2020), 203.

6 Es usual en las disputas de inversiones que se produzca la bifurcación entre asuntos jurisdiccionales y sustantivos; es decir, que la discusión sobre la jurisdicción de un tribunal arbitral se produzca en forma previa y separada a los asuntos que atienden al fondo de la controversia.

7 David P. Fidler, "Competition Law and International Relations", *Indiana University Maurer School of Law* 41 (1992), 564.

8 Fidler, "Competition Law and International Relations", 567-569.

9 Belova, "Anti-competitive Investor Behaviour and Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration", 162.

Bajo el primer esquema, los tribunales arbitrales han dado relevancia a la conexión que existe entre la naturaleza de las normas vulneradas y la inversión misma¹⁰. Esto determina que las normas relevantes en el juicio internacional serán particularmente aquellas que se encuentran vinculadas con la constitución de la inversión que se considera vulnerada. Ello representa un enfoque relativamente amplio que coloca una variedad de normativas bajo el escrutinio del tribunal arbitral para evaluar la conducta anticompetitiva de un inversionista¹¹. Por otro lado, bajo el segundo esquema, los tribunales arbitrales han comparado el grado de relevancia entre la infracción de valores domésticos propios del Estado anfitrión y la violación de una disposición del tratado internacional¹². Este enfoque, a diferencia del primero, adopta un cariz axiológico que coloca sobre la balanza la relevancia de los principios internos infringidos y su relación con el procedimiento internacional, más que en la naturaleza de las normas en sí. La literalidad de las disposiciones del TBI y la composición del tribunal serán los determinantes en la elección de un determinado enfoque.

Dicho esto, los tribunales han revisado tanto en la fase jurisdiccional como sustantiva los ilícitos en que han incurrido inversionistas, constatándose la relevancia de estas conductas en ambas dimensiones.

II. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y LA JURISDICCIÓN DE UN TRIBUNAL ARBITRAL DE INVERSIONES

En la gran mayoría de los Estados, las conductas anticompetitivas en que un agente puede incurrir son acuerdos concertados con sus competidores, la intervención ilegal de un proceso licitatorio, el abuso de posición dominante en un mercado, entre otras conductas, todas las cuales constituyen ilícitos que suelen tener consecuencias civiles, penales y administrativas. Cuando la constitución misma de la inversión se ha dado en ilegalidad por la configuración de alguno de estos ilícitos, esto puede tener implicancias en cuanto a la jurisdicción del tribunal ante el cual se presenta la demanda.

En esta línea, muchos tratados contienen cláusulas de legalidad que determinan la necesidad de que la inversión respecto de la cual se busca protección se haya constituido en conformidad a las leyes del Estado receptor. Este tipo de disposiciones suelen acompañar la definición de inversión (propia de cualquier tratado), exigiendo que para que un negocio reciba la protección del acuerdo, este debe haber nacido de conformidad con la legislación del Estado anfitrión¹³.

De esta forma, el efecto de estas cláusulas es que removerá la competencia de un tribunal para conocer de las pretensiones de un inversionista cuando el inversionista no ha cumplido con la ley del Estado al momento de constituir su inversión¹⁴. En supuestos en que la legalidad de la inversión se encuentra en duda por pugnar con las normas protectoras de la libre competencia, estas cláusulas pueden resultar aplicables siempre que la conducta cumpla con los requerimientos sustantivos de la cláusula (es decir, se ajuste a su literalidad) y

10 Belova, "Anti-competitive Investor Behaviour and Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration", 162.

11 Belova, "Anti-competitive Investor Behaviour and Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration", 163.

12 Belova, "Anti-competitive Investor Behaviour and Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration", 163.

13 Alex Khachaturian y Rahim Moloo, "The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law", *Fordham International Law Journal* 34, (Septiembre 2010), 1476. Por ejemplo, el TBI entre Brasil y Chile del año 2015 dispone en su artículo 1.4: "Inversión" significa una inversión directa, esto es, todo activo de propiedad o controlado, directa o indirectamente, por un inversionista de una Parte, **establecido o adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico de la otra Parte**, en el territorio de esa otra Parte, que permita ejercer la propiedad, el control o un grado significativo de influencia sobre la gestión de la producción de bienes o de la prestación de servicios en el territorio del Estado Anfitrión, incluyendo en particular, pero no exclusivamente.

14 Jarrod Hepburn, "In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the "Defence" of Investor Illegality in Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement* 5, (Noviembre 2014), 532. Sin perjuicio de ello, Zachary Douglas cuestiona esta aproximación de la jurisprudencia mayoritaria, argumentando que de las cláusulas de legalidad no se deriva la posibilidad de objetar la jurisdicción de un tribunal arbitral en función de la ilegalidad de la inversión. Zachary Douglas, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Review* 29 (Enero 2014), 172 y siguientes.

se encuentre dentro de la limitación temporal de la disposición¹⁵. En ello, ha sido constatado que resultará relevante para la competencia del tribunal la adquisición ilegal de la inversión; la conducta ilícita posterior al nacimiento de la inversión será, en cambio, una cuestión que atenderá al fondo del asunto¹⁶.

Dicho ello, incluso en ausencia de una disposición expresa de este tipo, la mayoría de los tribunales arbitrales de inversión han construido discrecionalmente un requisito de legalidad de la inversión con fundamento en principios generales o incluso en los preámbulos de los tratados¹⁷. En *Phoenix v. República Checa*¹⁸, *leading case* en esta materia, el tribunal se declaró incompetente bajo el fundamento de que “el propósito del mecanismo internacional de protección de inversiones a través del arbitraje CIADI no puede ser proteger inversiones hechas en vulneración del ordenamiento del Estado anfitrión o realizadas en mala fe (...)”¹⁹. Varios tribunales, tanto dentro como fuera del CIADI, han llegado a conclusiones similares²⁰. Esto implica que los tribunales arbitrales podrían denegar su jurisdicción en función de la conducta anticompetitiva de parte de los inversionistas, cuando la inversión ha sido constituida en vulneración de la legislación del Estado anfitrión²¹.

Por otra parte, la conducta anticompetitiva de un inversionista también podría ser apreciada desde la dimensión del orden público trasnacional (*truly international public policy*) en términos que, por un lado, constituye una serie de actos fraudulentos transgresores del principio de legalidad, y por otro, no se ajusta con los requerimientos del Estado de Derecho²². Por ejemplo, en *Inceysa v. El Salvador*²³, el centro de la disputa jurisdiccional versaba sobre la competencia *ratione voluntatis* y si la inversión había cumplido con los requerimientos legales del Estado anfitrión²⁴. En ello, el tribunal analizó la inversión extranjera a la luz del orden público trasnacional, estableciendo que el respeto de la legalidad interna del Estado constituía en sí mismo un principio de orden público internacional²⁵. A su vez, constató que el respeto por el Estado de Derecho era una preocupación legítima de cualquier país civilizado²⁶. De forma similar, el tribunal de *Churchill Mining v. Indonesia* estableció que una conducta fraudulenta implicaba una contravención al orden público internacional o trasnacional²⁷. En la misma línea, el tribunal arbitral en *Blusun v. Italy* concluyó que el tratado relevante (el Tratado de la Carta de la Energía) no protegía inversiones que fueran ilegales bajo el ordenamiento del Estado anfitrión al momento en que fueran constituidas, pues ello sería contrario al orden público internacional²⁸.

De esta forma, los ilícitos anticompetitivos pueden tener implicancias en la jurisdicción de un tribunal arbitral de inversiones cuando ellos han incidido en la constitución de la inversión. En presencia de una cláusula de legalidad, y sin perjuicio de la literalidad de la disposición, ello constituirá una barrera explícita para que el tribunal adjudique el caso. En ausencia de ellas, la jurisprudencia arbitral ha construido un requisito de legalidad tanto desde el punto de vista interno como desde el *verdadero* orden público internacional que precluye a los tribunales de adjudicar disputas sobre inversiones constituidas ilegalmente.

15 Belova, “Anti-competitive Investor Behaviour and Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration”, 162.

16 Douglas, “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”, 156.

17 Hepburn, “In Accordance with Which Host State Laws”, 532.

18 *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009.

19 *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ¶100: “The purpose of the international mechanism of protection of investment through ICSID arbitration cannot be to protect investments made in violation of the laws of the host State or investments not made in good faith (...)”

20 Belova, “Anti-competitive Investor Behaviour and Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration”, 170.

21 Belova, “Anti-competitive Investor Behaviour and Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration”, 170.

22 Belova, “Anti-competitive Investor Behaviour and Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration”, 170.

23 *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006.

24 *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ¶142 y ss.

25 *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ¶249.

26 *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ¶248.

27 *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, 6 December 2016, ¶493.

28 *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27 December 2016, ¶264.

III. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y EL MÉRITO DE UNA DISPUTA DE INVERSIONES

En términos generales, mientras más amplia sea la regulación de un TBI, mayor es la probabilidad de que el derecho de competencia y la disputa de inversiones se superpongan y entren en tensión²⁹. Esto, por ejemplo, se manifiesta en las cláusulas de Trato Nacional, las cuales determinan que los inversionistas extranjeros obtengan acceso al mercado en los mismos términos que los nacionales, y que obtengan los mismos derechos que los nacionales³⁰. De esta forma, el trato desigual por parte de la autoridad regulatoria podría gatillar la aplicación de esta cláusula y constituir un incumplimiento de las obligaciones del tratado. Ello, de hecho, ha motivado a muchos Estados a incluir cláusulas de trato nacional de sus TBI con China, en orden a regular la diferencia en el tratamiento que podría dar con los inversionistas chinos³¹.

Por otra parte, las cláusulas de Trato Justo y Equitativo comúnmente incluidas en tratados de inversiones también pueden cobrar relevancia ante este tipo de conductas. Estas disposiciones suelen tener una redacción amplia y su objeto es llenar los vacíos dejados por estándares específicos de un tratado³². En este sentido, un deber derivado de estas disposiciones se vincula al requerimiento de transparencia en los procesos administrativos del Estado anfitrión³³, como, por ejemplo, en licitaciones, regulaciones legales y jurisprudencia administrativa que puedan de alguna manera afectar la inversión. La vulneración a este deber podría dar cuenta de una infracción al trato debido al cual tenía derecho la inversión en virtud de la cláusula de Trato Justo y Equitativo.

A lo anterior, cabe añadir que incluso en casos de existencia de cláusulas de legalidad de la inversión, la infracción legal del inversionista a normas protectoras de la libre competencia podría no encontrarse cubierta por la redacción de la disposición, o podría manifestarse posteriormente a la constitución de la inversión. En este caso, el ilícito anticompetitivo del inversionista no limitará la jurisdicción del tribunal, pero puede resultar relevante para el fondo de la disputa³⁴, en términos que puede dar cuenta de la actuación fraudulenta del inversionista o de una infracción a alguno de los estándares del tratado por parte del Estado anfitrión (como la igualdad en el trato entre inversiones extranjera y nacionales o el Trato Justo y Equitativo debido al inversionista externo). En caso de no existir una cláusula de legalidad en el TBI relevante, existirá la posibilidad de afectación de esta ilegalidad en la resolución sustantiva de la disputa por medio de la interpretación proactiva del tribunal.

En este punto, también cabe precisar lo siguiente. Por regla general, los Estados cuentan con entidades administrativas especializadas encargadas de velar por el correcto desenvolvimiento de la competencia al interior de un mercado, las cuales se encuentran además facultadas para adoptar medidas tendientes a procurar aquello. El recurso a los tribunales entonces es, por un lado, necesario como herramienta de poder adjudicativo para aplicar ciertas medidas que estas entidades no se encuentran facultadas para aplicar por sí mismas, y por otro, un medio de revisión de la legalidad de las medidas adoptadas por las agencias. De esta forma, al permitirle a los inversionistas recurrir a un arbitraje internacional por la conducta de un Estado anfitrión, existe la posibilidad de obtener la revisión de medidas administrativas que podría haber tomado el Estado en dos foros distintos³⁵.

29 Dai Tamada, "Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements", *RIETI Discussion Paper Series 15-E-125*, (Noviembre 2015), 2.

30 Andrea K. Bjorklund, "National Treatment," en *Standards of Investment Protection*, ed. August Reinisch (Oxford: Oxford University Press, 2008), 31.

31 Tamada, "Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements", 14-15.

32 Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 122. Por ejemplo, el TBI entre Chile y China del año 2016 dispone en su artículo 6.1: "Cada Parte otorgará a una inversión cubierta un trato acorde con el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas".

33 Tamada, "Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements", 17.

34 David Khachvani, "Legality of Investment", *JusMundi*, (11 de octubre de 2024) <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-legality-of-investment>

35 Hanno Wehland, "Domestic Courts and Investment Treaty Tribunals: The Effect of Local Recourse Against Administrative Measures in the Breach of Investment Protection Standards", *Journal of International Arbitration* 36, N° 2 (2019), 207.

En supuestos en que el inversionista ha concurrido a los tribunales locales para la reclamación de una medida administrativa adoptada por el Estado anfitrión, la jurisprudencia de inversiones ha tendido a tomar la visión de que aquello limita la posibilidad de revisión en el arbitraje de inversiones posterior³⁶. Esto implica que en caso de existir una sentencia judicial interna que acredite la existencia de una conducta anticompetitiva por parte del inversionista, ello tendrá, por regla general el efecto de limitar la discusión sobre la sanción impuesta en el procedimiento internacional, además de tener implicancias en la constatación de una actuación ilegal del inversionista. Más aún, si la vulneración denunciada por el inversionista a nivel internacional dice relación con la sanción denunciada ante los tribunales locales, la única opción viable que poseería el inversionista para constatar la vulneración del tratado sería denunciar la infracción a sus derechos en el pronunciamiento mismo de los tribunales revisores de la medida³⁷ (y no en la imposición de la sanción por la entidad regulatoria). Es decir, la infracción al tratado debiera encontrarse en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, no en la administrativa.

El análisis anterior muestra que la acreditación de una conducta anticompetitiva ya sea como un asunto discutido en el propio procedimiento internacional, o resuelto en una sentencia interna, puede tener implicancias al momento de evaluar la infracción a estándares de un TBI. Si bien la naturaleza de un procedimiento administrativo-sancionador interno tiene una naturaleza y características distintas a las de un arbitraje de inversiones, la conceptualización que han planteado algunos autores del arbitraje de tratado como un derecho administrativo global no es injustificada³⁸. Esta analogía, en términos generales, otorga luces que permiten explicar las interacciones que podrían darse entre el derecho protector de la libre competencia y el derecho internacional de inversiones; y en el supuesto analizado en este artículo, entre la existencia de un ilícito administrativo por un agente de mercado y la demanda en un arbitraje de inversiones.

IV. CUESTIONES PROBATORIAS

Una cuestión que posee relevancia al momento de evaluar la existencia de un ilícito anticompetitivo es el estándar probatorio. Al tratarse de alegaciones con implicancias sancionatorias, estas pueden ser enmarcadas bajo lo que la doctrina y la jurisprudencia del derecho internacional de inversiones califica como alegaciones o controversias “serias”³⁹.

Respecto de este tipo de alegaciones, ellas pueden eventualmente tocar materias criminales, lo cual repercute en que el estándar probatorio clásico de “balance de probabilidades” no resulte apropiado para evaluar la existencia de este tipo de ilícitos, sino que sea necesario aplicar un estándar elevado⁴⁰. Esta perspectiva ha sido adoptada en varios ordenamientos jurídicos como el chileno⁴¹, y también ha sido la posición prevaleciente dentro de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales en materias de inversión.

La razón de ello es que este tipo de alegaciones, en el marco de un arbitraje de inversiones, pueden tener un impacto severo en el planteamiento del caso de la contraparte, que puede llevar a la desestimación de

36 Wehland, “Domestic Courts and Investment Treaty Tribunals: The Effect of Local Recourse Against Administrative Measures in the Breach of Investment Protection Standards”, 208.

37 Véase como ejemplo *Robert Azinian & others v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award, 1 November 1999, ¶199.

38 Gus Van Harten y Martin Loughlin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *The European Journal of International Law* 17, N° 1 (2006), 121-122.

39 Kabir Duggal, “Principles of Evidence in Investor-State Arbitration. Burden, Standards, Presumptions & Inferences”, *Universitet Leiden* (2019), 150; *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009, ¶326. Este calificativo es ocupado para el caso de alegaciones cuasicriminales, que tienen implicancias más allá de solo cuestiones monetarias.

40 Duggal, “Principles of Evidence in Investor-State Arbitration. Burden, Standards, Presumptions & Inferences”, 150.

41 Sin perjuicio de ello, cabe destacar que existen ordenamientos jurídicos como el estadounidense o el neozelandés en los cuales la existencia de este tipo de ilícitos es evaluada a partir del estándar de balance de probabilidades. Para una perspectiva detallada, véase Daniela Becerra Rodríguez, “Hacia la construcción de estándares de prueba en el procedimiento sancionatorio de libre competencia chileno”, *Investigaciones CeCo* (agosto, 2024), <https://centrocompetencia.com/construccion-estandares-prueba-procedimiento-sancionatorio-libre-competencia-chileno/>

la demanda⁴². Ello, por ejemplo, podría presentarse en el caso en que un Estado demandando acusara al inversionista demandante de haberse coludido con los competidores del mercado a nivel interno de forma previa a la constitución de la inversión en el territorio del país, lo cual podría gatillar la declaración de falta de jurisdicción del tribunal (como fue explicado en la sección segunda). De esta forma, dado lo fácil que es presentar argumentos de este tipo y como pueden modificar el desenvolvimiento natural en un arbitraje, se justifica la aplicación de un estándar más exigente⁴³.

Por otro lado, si bien el estándar probatorio aplicable en estos supuestos es usualmente asimilado a lo que en los derechos domésticos es conceptualizado como estándar de “prueba clara y convincente”, han existido algunos árbitros que han sido renuentes a ocupar esta terminología porque ella resultaría inadecuada para abordar este tipo de casos⁴⁴. Ello, sin perjuicio de que han existido tribunales que han hecho expresa mención de esta terminología al momento de optar por un estándar aplicable⁴⁵.

Por último, resulta relevante también que en este tipo de alegaciones suelen existir dificultades probatorias que justifican la admisión de prueba circunstancial. Como destacó el tribunal de *Fraport v. Philippines II*, “considerando la dificultad de probar la corrupción por evidencia directa, la misma puede ser circunstancial. De todas formas, en vista de las consecuencias que tiene la corrupción en la habilidad del inversionista para reclamar la protección del TBI, la evidencia debe ser clara y convincente de forma que haga razonablemente creer que los hechos, como han sido alegados, han ocurrido”⁴⁶.

Desde una perspectiva similar, aunque con una terminología distinta, en *Mr Saba Fakes v. Republic of Turkey* el tribunal estableció que “la carga de la prueba de cualquier alegación de impropiedad es particularmente contundente”⁴⁷. Lo anterior demuestra que, incluso elevándose el estándar aplicable a una alegación de existencia de un ilícito anticompetitivo, existen ventajas probatorias de las cuales gozan los Estados anfitriones para poder acreditar la existencia de ese tipo de abusos en supuestos de escasez de prueba.

V. CONCLUSIONES

La relación entre el derecho protector de la competencia y el derecho internacional de inversiones permanece inexplorada. Lo que se ha pretendido en este trabajo es otorgar luces sobre cómo se podría manifestar esta relación en el arbitraje de inversiones, mecanismo hoy en día ampliamente utilizado para zanjar las disputas entre inversionistas extranjeros y Estados anfitriones.

A grandes rasgos, la existencia de ilícitos anticompetitivos puede influir en el establecimiento de la jurisdicción del tribunal para conocer de la disputa, sea que exista o no cláusulas de legalidad en el tratado de inversiones relevante. La jurisprudencia internacional de inversiones ha construido un requisito que obliga a la legalidad de la inversión para su protección, tanto desde el punto de vista doméstico como desde el llamado “verdadero

42 Duggal, “Principles of Evidence in Investor-State Arbitration. Burden, Standards, Presumptions & Inferences”, 151.

43 Duggal, “Principles of Evidence in Investor-State Arbitration. Burden, Standards, Presumptions & Inferences”, 158.

44 Duggal, “Principles of Evidence in Investor-State Arbitration. Burden, Standards, Presumptions & Inferences”, nota 88.

45 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines [II]*, ICSID Case No. ARB/11/12, Decision in the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, 23 December 2010.

46 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines [II]* ¶479. “The Tribunal holds that considering the difficulty to prove corruption by direct evidence, the same may be circumstantial. However, in view of the consequences of corruption on the investor’s ability to claim the BIT protection, evidence must be clear and convincing so as to reasonably make-believe that the facts, as alleged, have occurred. Having reviewed the Parties’ positions and the available evidence related to the period prior to Fraport’s Initial Investment, the Tribunal has come to the conclusion that Respondent has failed to provide clear and convincing evidence regarding corruption and fraud by Fraport”.

47 *Mr Saba Fakes v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, ¶131. “The Tribunal considers that the burden of proof of any allegations of impropriety is particularly heavy. This burden of proof was not met in the present case.”



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Lucas Villagrán Gajardo, "Conductas anticompetitivas y entidades regulatorias desde el prisma del arbitraje de inversiones", *Investigaciones CeCo* (marzo, 2025),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile