

ISSN 0719-482X (versión en línea)

R E V I S T A

TRIBUNA

INTERNACIONAL^{M.R.}

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 4 / N° 8 / 2015

FACULTAD DE
DERECHO

UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Ennio Vivaldi Véjar
Av. Alameda Libertador Bernardo O'Higgins
1058, Santiago

Representante legal

Davor Harasic Yaksic
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Director Departamento Derecho Internacional

Edmundo Vargas Carreño

Director (S) Revista Tribuna Internacional

Mario Arnello Romo

Editor General Revista Tribuna Internacional

Luis Valentín Ferrada Walker

Comité Editorial

Íñigo Álvarez Gálvez (*Universidad de Chile, Chile*)
Gonzalo Aguilar (*Universidad de Talca, Chile*)
José Carlos Fernández Rosas (*Universidad Complutense de Madrid, España*)
Claudio Grossman (*American University, EE.UU.*)
Mattias Kumm (*New York University, EE.UU.*)
Hugo Llanos (*Universidad Central, Chile*)
Cecilia Medina (*Universidad Diego Portales, Chile*)
Elina Mereminskaya (*Universidad de Chile, Chile*)
Mónica Pinto (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Fundador de la Revista Tribuna Internacional

Mario Ramírez Necochea †

Revista Tribuna Internacional M.R.

Publicación del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su objetivo es fomentar la reflexión, el debate, el análisis y la comunicación sobre el derecho internacional en forma pluralista y con rigor científico. Se publica cada semestre en los meses de junio y diciembre mediante convocatoria abierta a la publicación de artículos y monografías inéditos, comentarios de jurisprudencia, reseñas y comentarios de libros, en los campos de derecho internacional público y privado, derecho internacional de los derechos humanos y relaciones internacionales, tanto en castellano como inglés.

La Revista Tribuna Internacional fue creada por Decreto Exento N° 8.466 de la Rectoría de la Universidad de Chile, de 22 de marzo del 2011.

Volumen 4/ N° 8 / 2015
www.tribunainternacional.uchile.cl
ISSN 0719-482X (versión en línea)

Departamento de Derecho Internacional
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Av. Santa María 076, 4° piso
Providencia, Santiago de Chile

Diseño y producción:

Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de la publicación, siempre que se reconozca y cite el/ la/ los/ las autor/a/es/as y la publicación, no se realicen modificaciones a la obra y no se la utilice para fines comerciales.

“Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos”

Irene Gabriela García Corona, 2013, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 395 pp.

Por Yvonne Georgina Tovar Silva¹

La obra *Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos* de Irene Gabriela García Corona nos ofrece una interesante perspectiva en torno al arbitraje de inversión, a partir del cuestionamiento central en torno a si puede aplicarse la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) para atraer derechos adjetivos, contenidos en normas que garantizan el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los inversionistas².

Dicho planteamiento fue utilizado en el caso *Maffezini c. España*, en el cual el tribunal arbitral decidió que sí era posible realizar dicha atracción. Dicho caso ha generado un debate doctrinal y jurisdiccional, con opiniones encontradas y decisiones opuestas como en *Plama c. Bulgaria*.

En esta problemática que envuelve al sistema de arbitraje inversor-Estado, la hipótesis planteada es que únicamente en circunstancias excepcionales es posible atraer derechos adjetivos a través del uso de la CNMF del tratado referencia al tratado base. En su comprobación, la autora emplea la sistematización de las decisiones y laudos esencialmente contradictorios, compilación y análisis de las opiniones sostenidas en la doctrina relacionada con la jurisdicción y competencia de los tribunales arbitrales formados en el marco del arbitraje inversor-Estado contemplados en *acuerdos internacionales de inversión* o en *contratos de Estado internacional*.

Así, en los cuatro capítulos que componen la obra, el lector encontrará diversas líneas de investigación en lo que concierne a la evolución del marco jurídico de la protección de las inversiones en el Derecho Internacional, el funcionamiento del sistema internacional de arreglo de controversias en materia de inversión, las reglas de interpretación de los tratados en el

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente estudiante del Magíster en Derecho Internacional: Comercio, Inversiones y Arbitraje impartido por la Universidad de Heidelberg y la Universidad de Chile.

² Cf. GARCÍA CORONA, Irene Gabriela. *Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. XXV.

Derecho Internacional, así como a la atracción de disposiciones relativas a la solución de controversias a través de la CNMF.

El primer capítulo, dedicado al estudio del marco jurídico, desarrollo y trasfondo de la protección de las inversiones, nos ofrece un panorama general en torno a los alcances y estructura de dichos instrumentos jurídicos, que facilita el posterior análisis y profundización de la regulación de las inversiones. Al efecto, se destaca el dinamismo del desarrollo del derecho de inversión extranjera nacional e internacional a partir del primer acuerdo bilateral de promoción y protección de las inversiones, celebrado entre Alemania y Pakistán de 1959. A partir de él observamos una transición de las posturas en torno a las inversiones, en el sentido que mientras en la década de 1960 se manifestaba un énfasis en el concepto de soberanía por parte de los países en desarrollo, lo que en materia de inversiones significó que la ganancia e intereses de los inversores extranjeros se subordinaran a los intereses nacionales del Estado anfitrión; en los años de 1990, se retornó a la corriente tradicional de la protección de las inversiones, con la liberalización del mercado y de la inversión extranjera.

En la conformación del orden económico mundial tradicional, la autora identifica la posición particular de los países industrializados, de los en vías de transición, de los en desarrollo y de los menos desarrollados, cada uno de estos grupos con una diversa aproximación hacia la negociación de las inversiones extranjeras. Frente a ello destaca lo adecuado que resulta la Organización Mundial de Comercio como instancia para comenzar con las negociaciones sobre un tratado multilateral de inversiones, bajo una negociación justa³.

Señalado lo anterior, la autora aborda la protección de las inversiones en el Derecho Internacional, destacando la protección diplomática, el rol de la Corte Internacional de Justicia en conflictos en materia de inversión, los tratados plurilaterales para la protección de las inversiones y los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI).

Por lo que concierne a la protección diplomática, el inversor extranjero puede optar por este medio, bien para solucionar un conflicto en materia de inversión o bien cuando un laudo emitido por algún tribunal arbitral internacional no es cumplido por el Estado condenado⁴.

En el marco de los tratados plurilaterales para la protección de inversiones, la autora destaca el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Tratado sobre la Carta de la Energía.

En cuanto a los APPRI, la autora señala que éstos representan en la actualidad los instrumentos jurídicos internacionales más importantes en el ámbito de la inversión extranjera, en los cuales intervienen países desarrollados, países en transición o en vías de desarrollo⁵.

³ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, p. 7.

⁴ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, p. 10.

⁵ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, p. 49.

Dentro de la estructura de dichos acuerdos, es posible encontrar una parte sustantiva, que recoge los estándares absolutos y relativos –en donde encontramos la cláusula de trato nacional y de la nación más favorecida, entre otras– y un mecanismo de solución de controversias. En este punto la autora nos invita a considerar la importancia de que el APPRI sea acorde y refleje las políticas domésticas en materia de economía y desarrollo del Estado anfitrión y de esta manera sea posible alcanzar los objetivos planeados con mayor facilidad⁶.

Finalmente, se aborda el derecho nacional de las inversiones, cuyo objetivo es proveer un escenario amigable para atraer inversiones extranjeras⁷ e igualmente se refiere a los *contratos de Estado internacionales* como fuente de afluencia de *inversión extranjera directa* a un Estado anfitrión, los cuales a su vez incluyen una cláusula arbitral que pretende tanto equilibrar a las partes como lograr una internacionalización del contrato⁸.

En el capítulo segundo, intitulado “Arreglo de Controversias en Materia de Inversión”, encontramos la posibilidad de que el inversionista acuda a los tribunales nacionales del Estado anfitrión para dirimir la controversia o bien ante un tribunal arbitral, que falle conforme al Derecho Internacional y sea un foro especializado en controversias entre sujetos de derecho internacional público y sujetos de derecho internacional privado. Entre los tribunales arbitrales encontramos el Procedimiento *ad hoc* y las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, instituciones privadas de arbitraje y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

La autora estima que el CIADI es el sistema más adecuado para dirimir controversias en materia de inversión entre inversores extranjeros y Estados. Entre las notas que sobresalen de dicho sistema se encuentra el impedimento de los tribunales nacionales para decidir sobre la anulación de un laudo arbitral CIADI, la renuncia a la inmunidad soberana del Estado en cuestiones de jurisdicción en caso de someterse al arbitraje del CIADI, así como los requisitos exigidos para someter una controversia en el ámbito del Convenio del CIADI, en los que encontramos el consentimiento al arbitraje (*ratione voluntatis*), el carácter de inversionista extranjero y Estado anfitrión como partes involucradas (*ratione personae*), así como el material – inversión (*ratione materiae*). Se sintetiza igualmente el procedimiento arbitral del CIADI, el cumplimiento del laudo, así como los recursos de aclaración, revisión y anulación.

En caso de que el Estado anfitrión no sea parte del Convenio del CIADI, resultará aplicable el Mecanismo Complementario del CIADI y su Reglamento, el cual a diferencia del CIADI, sí prevé que los laudos pronunciados bajo las Reglas de dicho Mecanismo Complementario sean sujetos de modificación, anulación y revisión por los tribunales nacionales del lugar donde se llevó a cabo el arbitraje.

⁶ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, pp. 59-60.

⁷ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, p. 63.

⁸ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, pp. 74-75.

El último tema que ocupa a la autora en el capítulo segundo, se refiere a las consultas, periodos de espera, renunciaciones y otros procedimientos previos o preparatorios previstos en tratados multilaterales y bilaterales con el fin de otorgar oportunidad a las partes de resolver sus diferencias de manera amistosa previo inicio del procedimiento arbitral⁹.

El capítulo tercero se hace un estudio detallado de la CNMF en el derecho de las inversiones. Al efecto, la autora destaca la dificultad existente al aplicar dicha cláusula en atención a los distintos alcances que tienen entre sí los acuerdos bilaterales en materia de inversión¹⁰. Junto a lo anterior, surge la cuestión de que dicha cláusula se ha aplicado a derechos sustantivos, lo que lleva a la autora a preguntarse si es posible que bajo ella se atraigan disposiciones relativas a la solución de diferencias. En este punto, resalta el caso *Maffezini c. España* el cual ha abierto un nuevo paradigma de protección no utilizado con anterioridad¹¹.

Igualmente la autora se refiere a una serie de ejemplos de CNMF que han sido tema controvertido debido a su formulación, como sucede con los APPRI's España-Argentina, Alemania-Argentina y Bulgaria-Chipre.

Otro tema de interés en la obra que nos ocupa, son las reglas de interpretación de tratados en Derecho Internacional. Al efecto, la autora identifica a la interpretación original realizada por las partes y a la interpretación de los tratados derivada de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en cuyos artículos 31 y 32 se contemplan las reglas generales de interpretación así como los medios de interpretación complementarios. Lo anterior nos invita a considerar cómo la acertada comprensión del derecho de las inversiones requiere de la comprensión previa del Derecho Internacional general.

En este tema es posible destacar la manera en que la autora aterriza el principio de interpretación teleológica y de efectividad en los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversión, como se aprecia de los casos *Noble Ventures c. Rumania*, *Lauder c. República Checa*, *CMS c. Argentina*, *MTD c. Chile* y *Aguas del Tunari c. Bolivia*¹². A partir de lo anterior, la autora enfatiza la importancia de la aplicación de la regla interpretativa de la Convención de Viena por los tribunales arbitrales internacionales en materias de inversión, así como de otros métodos interpretativos en la fundamentación y motivación de sus fallos¹³.

El último tema del capítulo tercero, refiere a la interpretación de tratados y la CNMF en los casos conocidos por la Corte Internacional de Justicia, los cuales a consideración de la autora son relevantes respecto a la interpretación de las CNMF¹⁴. En este rubro, se realiza una semblanza de los caso de la *compañía petrolera Anglo-Iraní (Reino Unido c. Irán)*, el caso concerniente a los *Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c.*

⁹ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, p. 141.

¹⁰ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, p. 154.

¹¹ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, p. 155.

¹² Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, pp. 192-195.

¹³ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, pp. 197-203.

¹⁴ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, p. 204.

Estados Unidos) y el caso *Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)*, que fungen como referentes del caso *Maffezini c. España*.

La mención de la interpretación en el arbitraje nos invita a reflexionar en torno a la manera en que dicha actividad puede contribuir a lograr la coherencia y uniformidad en materia de inversión y a dar dinamismo a la aplicación de las normas en la solución de controversias¹⁵.

Finalmente, el capítulo cuarto, intitulado “Atracción de disposiciones relativas a la solución de controversias a través de la Cláusula de la Nación Más Favorecida (CNMF o MFNC)”, contiene un análisis casuístico para profundizar en la cuestión sobre si pueden atraerse los derechos previstos en la cláusula de solución de controversias inversor-Estado.

En este análisis, la autora realiza la siguiente clasificación de laudos arbitrales por su temática:

- a) El uso de la CNMF para evitar el periodo de espera, en donde destacan casos como *Occidental Petroleum c. Ecuador*, *Maffezini c. España*, *Siemens c. Argentina*, *Camuzzi International S.A. c. Argentina*, *Gas Natural c. Argentina*, *National Grid c. Argentina*, *Suez/AWG c. Argentina* y *Wintershall c. Argentina*.
- b) Evitar el agotamiento de recursos judiciales internos, en donde la autora aborda el origen y naturaleza jurídica de dicho requisito como derecho internacional consuetudinario.
- c) Atracción de la cláusula de bifurcación, que indirectamente ha sido tratado en el caso de *Hochtief c. Argentina*.
- d) Acceder a la jurisdicción arbitral internacional, en donde se analizan los casos de *Plama c. Bulgaria*, *Berschader c. Rusia* y *Telenor c. Hungría*.
- e) Atracción de una instancia revisora, en donde si bien no se ha presentado ningún caso práctico, dicha posibilidad se prevé a partir de las disposiciones del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos de América para crear una instancia de apelación.
- f) Atracción de pretensiones contractuales a través de la CNMF, en donde se mencionan los casos de *Salini c. Jordania* e *Impregilo c. Pakistán*.

El último tema que ocupa el capítulo cuarto se refiere a la subsunción de la argumentación basada en las corrientes Maffezini y Palma, en donde la autora, a partir del estudio de dichos casos, determina como límites a la jurisdicción del tribunal arbitral el consentimiento claro e inequívoco de las partes al arbitraje, el que el resultado de la abolición del periodo de espera de

¹⁵ Cf. GAZZINI, Tarcisio. “General Principles of Law in the Field of Foreign Investment”. *Journal of World Investment & Trade*, 2009, Vol. 10, núm. 1, pp. 118-119.

18 meses en combinación con el sometimiento de la controversia a los tribunales locales no altere el régimen de solución de controversias en su conjunto y el orden público¹⁶.

Así, en el contexto del desarrollo del arbitraje como medio de relativa autocomposición¹⁷, la presente obra reviste de un especial interés práctico y didáctico. En el orden práctico, encontramos que dicha problemática nos exhorta a buscar soluciones tendientes a proveer seguridad y certeza jurídica en controversias de inversionistas y Estado anfitrión, con la respectiva discusión en torno al proceso de la integración y armonización de estándares y mecanismos del arbitraje en materia de inversiones¹⁸. Desde una perspectiva didáctica el lector encontrará una interesante aproximación al método de estudio de casos para determinar los alcances de una norma o principio en materia de inversiones y de esta manera, fomentar el debate y el desarrollo doctrinal en la materia.

¹⁶ Cf. GARCÍA CORONA, *Arbitraje de inversión...*, *op.cit.*, pp. 329-344.

¹⁷ Cf. CIURO CALDANI, Miguel Angel. “Aportes jurisprudenciales para la comprensión de las perspectivas regional y universal del arbitraje comercial internacional”. *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (AHLADI)*, 2009, Vol. 19, p. 240.

¹⁸ Cf. ORREGO VICUÑA, Francisco. “Foreign Investment Law: How Customary is Custom?”. *Estudios Internacionales*, 2005, Vol. 38, núm. 148, pp. 80-84.