

En el Tratado de Libre Comercio firmado con Corea del Sur ¿es necesaria la inclusión de una cláusula de solución de controversias dada la existencia de una cláusula de nación más favorecida?



GONZALO SORIANO CASTILLO

Abogado por la Universidad de Lima.
Miembro Asociado de **ADV Editores**.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Analizando la Jurisprudencia.
 1. Caso Emilio Agustín Maffezini vs Reino de España.
 2. Caso Siemens A. G. vs La República Argentina.
 3. Caso PALMA Consortium Limited vs República de Bulgaria.
 4. Caso WINTERSHALL AKTIENGESELLSCHAFT vs La República Argentina.
- III. El caso TIB Perú – Corea del Sur.
- IV. Conclusión.



I. INTRODUCCIÓN

En las últimas dos décadas, el Perú tomó la decisión de atraer inversiones extranjeras al país y para abrir nuevos mercados a través de Tratados Internacionales Bilaterales (en adelante TIB). A raíz de este ideal, el país ha celebrado Tratados de Libre Comercio (en adelante TLC) con las economías más importantes del mundo, como Estados Unidos de América, la Unión Europea, la República de China y Tailandia, entre otros.

En ese mismo sentido, el Perú y Corea del Sur firmaron en marzo de 2011 un TIB que mejoraría sus relaciones económicas bilaterales, siendo el objetivo principal de Perú la apertura de más mercados en Asia para lograr un incremento en su producción interna.¹ El pacto fue ratificado por ambos poderes legislativos y entró en vigor en agosto de ese mismo año.

El acuerdo bilateral entre los dos países alcanzó el récord de \$ 1,98 millones de dólares americanos en el año 2010, duplicando la cantidad registrada en el año 2006,² ello conforme a los objetivos principales de este acuerdo, el cual sería la eliminación de los aranceles dentro de 10 años después de que el pacto entre en vigor.

Pero hay otro objetivo importante que el Perú persigue con este TIB: atraer la inversión de Corea del Sur hacia nuestro país, teniendo en cuenta que este país peninsular es ahora una de las diez mayores economías del mundo.³

En este sentido, ambos países acordaron tener una sección de inversión que incluye, al igual

que la mayoría de los tratados internacionales, una Cláusula de "Nación Más Favorecida" (en adelante, NMF). Las Cláusulas de NMF crean una conexión entre dos acuerdos de inversión, garantizando que las partes en un tratado proporcionarán un trato igual o mejor que el tratamiento que dan marco de otros tratados, convirtiéndose en una cláusula sustancial de la liberalización económica en el área de inversiones.⁴ Este tipo de cláusulas evitan las distorsiones que podrían ocurrir si la liberalización fuese más selectiva.

Además, el TIB también incluye una Sección de Solución de Controversias (en adelante, SDC) con el fin de garantizar un proceso imparcial y ahorrar camino para resolver las diferencias que cualquier inversionista pueda tener con el gobierno anfitrión o viceversa.

Este acuerdo comercial en particular establece la necesidad de un periodo de seis meses para las negociaciones antes de fijar cualquier controversia:

"3. Cualquier controversia de esta índole que no haya sido resuelta dentro de un plazo de seis meses a partir de la fecha de la solicitud de consultas y negociaciones podrán presentarse a los tribunales judiciales o administrativos de la Parte implicada o al arbitraje. En este último caso, el inversionista tiene la opción, entre cualquiera de los siguientes:

(A) el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista contendiente sean partes del Convenio del CIADI;

1. Ministry of Foreign Exchange of Peru at: http://www.mincetur.gob.pe/newweb/Portals/0/comercio/tlc_corea/ (Last accessed on April 28th, 2011).
2. Reuters at: <http://blogsouthamericanews.blogspot.com/2011/03/perusouthkoreasignfreetrade.html> (Last accessed on April 28th, 2011).
3. International Monetary found at: <http://www.imf.org/external/country/index.htm> (Last accessed on April 28th, 2011).
4. Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Most –Favored— Nation Treatment in International Investment Law, Organization for Economic Cooperation and Development (2004).

(B) Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente o la Parte del inversionista contendiente, pero no ambas, sea parte del Convenio del CIADI;

(C) Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, o
(D) Cualquier otra institución arbitral o cualquier otro reglamento de arbitraje, si las partes contendientes así lo acuerden.⁵

Tener esta coexistencia de una cláusula NMF y la de SDC bajo el mismo acuerdo da pie a una vieja e interesante discusión académica que de hecho surge de nuevo. Dada la existencia de una Sección de Solución de Controversias en los últimos TLC suscritos con otros países, y debido a la decisión de ambas partes de incluir un beneficio de Nación Más Favorecida en su TLC, ¿hace que este beneficio se aplique también a los SDC acordados por ellos? Y si esto es así, ¿existen limitaciones para su aplicación?

En una amplia variedad de casos, tribunales arbitrales han sido solicitados para deducir una cláusula NMF en un TIB, a fin de determinar si se extiende a una disputa — resolución. Sus decisiones no han sido uniformes o consistentes; distintos tribunales incluso han llegado a conclusiones contradictorias.

Lo que este artículo pretende es analizar las implicaciones de las cláusulas y secciones a continuación, revisando los casos más importantes en los que los tribunales han expresado su opinión al respecto.

La respuesta a estas preguntas es muy importante para los futuros conflictos que puedan

surgir en el marco de un TIB con estas características, ya que determinaría si la cláusula de SDC sería vinculante entre ellos o si en la práctica cualquiera de las partes pudiera pedir la aplicación de la cláusula de SDC de otro BIT firmado por la contraparte. Esto puede dejar abierta una ventana de posibilidades.

II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) es una institución internacional con más de ciento cuarenta Estados miembros, cuyo principal objetivo⁶ es proporcionar medios para la conciliación y el arbitraje de las controversias internacionales de inversión. CIADI es considerada como la institución de arbitraje internacional más importante para los inversores — solución de controversias con el Estado.⁷

Bajo las reglas de esta institución, algunos tribunales han emitido diversos laudos relativos a la discusión sobre este estudio, estableciendo la jurisprudencia pertinente. A continuación un análisis de los más notables y relevantes.⁸

Es importante mencionar que en el marco del sistema del CIADI no hay mecanismo para promover la seguridad y la previsibilidad. Pero esto no significa que las decisiones de sus tribunales no puedan ser citados por las partes en un caso particular. Siendo esas decisiones no vinculantes para el Tribunal para resolver la disputa.

1. Caso Emilio Agustín Maffezini vs Reino de España.⁹

5. Peru — South Korea BIT chapter 9. The entire BIT is available in the webpage of the Ministry of Foreign Exchange of Peru at: http://www.mincetur.gob.pe/newweb/Portals/0/comercio/tlc_corea/texto_acuerdo.html (Last accessed on April 28th, 2011).

6. ICSID webpage at: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home (Last accessed on April 28th, 2011).

7. *Ibid.*

8. (ICSID Case No. ARB/04/14) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic.

9. ICSID case No ARB/97/7, IIC85 (2000).

El señor Maffezini era un inversor argentino en España que tuvo una disputa con el Reino de España, debido a algunas inversiones que había realizado en el país unos años antes. Presentó su disputa al arbitraje del CIADI bajo el TLC Argentina — España a pesar de que el tratado tiene una cláusula de solución de controversias, que exige recurrir previamente a los tribunales locales por un período de 18 meses.¹⁰

El señor Maffezini alegó que la cláusula NMF contenida en el Tratado Argentina — España obligó a España tratar a todos los inversores argentinos de una forma no menos favorable que a otros inversores. Como resultado de ello, invocó la cláusula NFM a fin de obtener la cláusula de Solución de Diferencias más favorable del BIT entre España y Chile.¹¹

Sobre los hechos del caso, el Tribunal entendió que era la voluntad de los países signatarios del TLC el cubrir la SDC dentro de las disposiciones de la cláusula NMF¹², ya que ambas partes establecen que la cláusula de NMF cubre “todas las cuestiones objeto de este Acuerdo”.¹³

Por lo tanto, a criterio del Tribunal, el reclamante demostró que la cláusula NMF incluida en el TLC Argentina — España, cubrió la SDC del tratado. Por ello, basándose en las disposiciones más favorables contenidas en el TLC entre Chile – España, el reclamante tiene derecho a someter la controversia a arbitraje instantáneo sin acceso a los Tribunales Españoles.

En este caso, el Tribunal tomó la decisión de incluir la SDC conforme a las disposiciones de NMF porque entendieron que era el deseo de los países cuando se firmó el TLC. Además de la decisión en este caso concreto, el Tribunal declaró que cuando este tipo de controversias se establecen, es importante determinar cuál es la intención de los países eran antes las diferencias suscitadas.

2. Caso Siemens A. G. vs La República Argentina.¹⁴

Siemens AG (en lo sucesivo “Siemens”) es una empresa multinacional constituida en Alemania que hizo algunas inversiones en el sector de las telecomunicaciones en Argentina. Después de algunas diferencias en lo que respecta a sus inversiones, se somete una controversia a arbitraje en la CIADI¹⁵ bajo las disposiciones del TLC República Federal de Alemania — Argentina; a pesar del hecho de que el tratado tiene una cláusula de solución de diferencias, que exige recurrir previamente a los tribunales locales.

Siemens declaró que la cláusula NMF contenida en el TLC Argentina — Alemania incluyó una cláusula NMF que cubrió la SDC¹⁶, por lo que para obtener un tratamiento no menos favorable, la cláusula SDC del Tratado Argentina y Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones debe aplicarse era la cláusula SDC de este último tratado el que debía aplicarse.¹⁷

10. Nigel Blackaby and Constantine Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration* 480 (2009).

11. Agreement between Government of the Argentine Republic and the Kingdom of Spain for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. Concluded on October of 1991.

12. *Supra* Note 9.

13. *Supra* note 9 paras. 53, 14 *Supra* note 9 paras. 64.

14. ICSID Case No. ARB/02/8).

15. Agreement between Government of the Argentine Republic and the Federal Republic of Germany concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments. Concluded on April of 1991.

16. *Supra* note 15 Paras 31.

17. *Supra* note 15 Paras 25.

El Tribunal consideró que el TIB Argentina — Alemania enuncia que la cláusula NMF cubre “todo arreglo de controversias”.¹⁸ El acceso a los mecanismos de la DSS es parte de la protección ofrecida por el Tratado y que están cubiertos por la cláusula MFN.¹⁹

En esta ocasión, el Tribunal basó su decisión en el caso del señor Maffezini, el análisis de la importancia de la voluntad de las partes al firmar el TIB para determinar el alcance²⁰ de la cláusula NMF. De nuevo un Tribunal estableció que la voluntad era el factor a tener en cuenta para resolver este tipo de controversias. Cada caso debe ser estudiado con sus propias características para determinar las implicancias. No hay una regla *per se* que se aplique a estos casos.

3. Caso PALMA Consortium Limited vs República de Bulgaria.²¹

Nova Plama AD (en adelante “Nova Plama”), es una empresa de Chipre que era propietaria de una refinería de petróleo en Bulgaria, lo que representa 96,78% del capital de Nova Plama. El demandante alega que el Gobierno Búlgaro deliberadamente habría creado numerosos problemas graves para Nova Plama.²²

La solicitud invocó las disposiciones de arbitraje del CIADI de la Carta de la Energía y la disposición de NMF de un TIB entre el Gobierno de la República de Chipre y el Gobierno de la República Popular de Bulgaria. Según el demandante, las acciones de Bulgaria violan la Carta de la Energía, a la que tanto Bulgaria y Chipre son partes.²³

En este caso, el argumento de NMF para hacer frente a las disposiciones SDC de otro acuerdo internacional fue descartado. El Tribunal tomó en consideración las rondas de negociaciones e incluso las declaraciones de los negociadores para inferir que Chipre y Bulgaria no consideran la extensión de la cláusula NMF a las disposiciones de Solución de Controversias en otros TIBs.

Este caso es de especial relevancia, ya que el Tribunal, siguiendo el mismo razonamiento que en los casos Maffezini y Siemens, destacó la importancia de interpretar y deducir las verdaderas intenciones de las partes cuando se incluye una cláusula NMF en un TIB.

Para el Tribunal, no puede presumirse que los Estados contratantes hayan acordado que las disposiciones de su acuerdo podrían ser desplazadas por la incorporación de las disposiciones de solución de controversias de otros tratados negociados por una de las partes contratantes con una parte diferente en un contexto totalmente diferente.²⁴

Caso WINTERSHALL AKTIENGESELLSCHAFT vs La República Argentina.²⁵

La historia de este caso comienza cuando Wintershall Aktiengesellschaft (en adelante “Wintershall”) estableció una disputa con Argentina. Ellos argumentan que el Gobierno de Argentina no había cumplido con los derechos y garantías otorgadas a los inversionistas alemanes en los términos pactados en su TIB.²⁶

18. *Supra* note 15 Paras 103.

19. *Supra* note 15 Paras 102.

20. *Supra* note 15 Paras 103.

21. ICSID Case No. ARB/03/24.

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

24. *Supra* note 23 paras. 183.

25. ICSID Case No. ARB/04/14).

26. *Supra* note 25.

Wintershall declaró que el Tratado Bilateral Argentina — Alemania incluyó una cláusula de nación más favorecida que cubría el SDC²⁷ para el fin de obtener un trato no menos favorable,²⁸ la SDC del TIB Argentina y EE.UU debe aplicarse.

En este caso, cuando Alemania y Argentina firmaron el TIB, Argentina aún no había entrado en un tratado de inversión único bajo el cual fue concedido al inversionista acceso directo al arbitraje, por lo que para el Tribunal, que muestra claramente que los Estados contratantes, nunca “tuvieron en mente” la posibilidad de que cláusula de resolución de conflictos de otro TIB.²⁹ El Tribunal consideró que esto era determinante para darse cuenta de cuáles son las verdaderas intenciones de las partes contratantes eran.

En este caso, las partes alegaron una gran variedad de la jurisprudencia, por lo que el Tribunal tenía que equilibrar todo ello con el fin de tomar una decisión, señalando que cualquiera de esta jurisprudencia es vinculante para ellos. De nuevo el argumento predominante para resolver el rompecabezas era la verdadera intención de las partes. Dado que no fue escrito, tenían que deducir lo que era el momento de firmar el TIB.

III. EL CASO TIB PERÚ – COREA DEL SUR

Perú y Corea del Sur son dos naciones guiadas por los gobiernos que durante la última década han creído que la apertura de sus mercados y la exportación de sus productos al mundo son algunas de las mejores formas de impulsar

sus economías con el fin de alcanzar sus objetivos de desarrollo. Esto se demuestra con los Tratados Internacionales que han estado negociando y firmando en los últimos años.³⁰

Debido a su situación geopolítica y el tamaño de su mercado local, Corea no tiene otra opción que confiar en el mercado internacional para apoyar a sus expectativas de crecimiento. Desde el año 2003, se han firmado acuerdos de libre comercio con Chile, Perú, Singapur, la Unión Europea y los EE.UU.³¹

Por otro lado, el Perú es un país rico en recursos naturales que necesita abrir nuevos mercados y recibir inversiones para seguir creciendo a las mismas tasas impresionantes que aparecen en los últimos años.³² Durante la última década, el país ha firmado más de diez acuerdos de libre comercio, como con los EE.UU., Corea del Sur, Europa, China y México.³³

En este proceso, ambos países han adquirido cierta experiencia relevante en la negociación de este complejo y difícil tipo de acuerdos. Ellos han aprendido de sus errores del pasado y de la jurisprudencia internacional a fin de evitar futuros conflictos políticos y legales, debido a las cláusulas mal negociadas.

En el TIB Perú y Corea del Sur, los dos países fueron muy cuidadosos en el momento de redactar las cláusulas, y el riesgo de incluir a los SDC conforme a las disposiciones NMF por error o ignorancia incluso fue sin duda una de sus preocupaciones. Una breve revisión del acuerdo podría dejar a esa conclusión.³⁴

27. Paras 21. 29 Agreement signed on October 2, 1991.

28. *Supra* note 25.

29. *Supra* note 20 Paras 95. 31 U.S. Department of State at: <http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/2800.htm> (Last accessed on April 28th, 2011).

30. Park, Y. Korea's FTA Policy Structure. Dong Eui University (2010).

31. *Ibid.*

32. Peru: poverty amid progress. Times Magazine at: <http://www.economist.com/node/11332813> (Last accessed on April 28th, 2011).

33. *Ibid.*

34. *Supra* Note 1

El acuerdo, como la mayoría de los TIBs, incluye una disposición NMF en el que se comprometen a dar a los inversionistas de la otra parte del tratado, un trato no menos favorable que a los inversionistas de una Parte, sólo que esta vez se hizo una excepción. Se estableció en el marco del anexo A de la exclusión del Mecanismo de Solución de Controversias de los alcances de la NMF³⁵

En esta ocasión, ambos países se aseguraron de expresar su verdadera voluntad en caso se presente una disputa sobre este tema. Ellos claramente redactaron lo que habían acordado evitando cualquier argumentación o interpretación en contrario.

Por esta declaración bilateral, si la "intención" es el factor determinante para resolver la inserción de la SDC en virtud de la cláusula NMF, los inversores no podrían ser capaces de alegar que la cláusula NMF incluye las disposiciones de solución de controversias en cualquier conflicto planteado en el futuro sobre la sección de la inversión.

IV. CONCLUSIÓN

La libertad de voluntad es un punto fundamental en los tratados de promoción del comercio y la inversión, ya que cualquier acuerdo, tiene como premisa principal la voluntad de las partes para crearlos. Esto se refleja en las cláusulas y disposiciones que contienen. Sin el deseo y la intención de ambas partes de crear cláusulas obligatorias y llegar a un acuerdo, no sólo las cláusulas no tendrían sentido, pero el propio tratado carecería de objeto.

Como se ha expuesto, a fin de determinar cualquier vinculación entre las disposiciones de la Sección de Solución de Controversias y MFN, es

crucial cavar tan profundo como sea posible y determinar cuál es la verdadera intención de los firmantes. Hay algunos casos en que para hacerlo, los tribunales tuvieron que ir a los registros e incluso tomar declaraciones a las personas involucradas en la negociación. Finalmente ambas partes están obligadas únicamente por el deseo de hacerlo en sus propios términos y condiciones.

En esta investigación la cuestión propuesta era si, dada la existencia de una Sección de Solución de Diferencias en otros Tratados Bilaterales Internacionales suscritos anteriormente por el Perú con otros países, y debido a la decisión de ambas partes de incluir un beneficio de Nación Más Favorecida en su TIB, ¿ese beneficio se aplica a la Sección de Solución de Diferencias? La respuesta para este caso en particular es que no, no se aplica, ya que ambas partes fueron muy diligentes al expresar su voluntad de no incluirlo.

En la presente investigación se realiza una descripción y un análisis de muchos casos en que la cláusula NMF fue aplicable también para el SDC, y en todas ellas una de las partes alegó que no era su intención hacerlo al negociar el TIB. Por desgracia, no fueron capaces de expresarse correctamente y sin lugar a dudas.

Con el fin de expresar adecuadamente sus voluntades, ambos países deben ser muy cautelosos y cuidadosos en la negociación y la inserción de las disposiciones legales que se incluyen en el acuerdo, se debe tener en cuenta que los tratados van a crear relaciones de largo tiempo, una palabra puede cambiar totalmente el significado de este acuerdo, y que esto podría conducir a consecuencias no deseadas e imprevistas.

35. *Supra* Note 1

36. Literally as follows: "For greater certainty, treatment "with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments" referred to in paragraphs 1 and 2 of Article 9.4 does not encompass dispute resolution mechanisms, such as those set out in Section B, that are provided for in international treaties or trade agreements."