

CAPÍTULO 10

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
INVERSIONISTA-ESTADO

Fernando Cantuarias S.*

Franz Kundmüller C.**

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

** Profesor del curso de Conciliación, Mediación y Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LOS TLC

El vertiginoso ritmo de expansión del derecho internacional de las inversiones (DII) ha seguido evolucionando durante los últimos años. Esto se aprecia en el ámbito bilateral, regional e interregional. Solo en el año 2005 se han celebrado 162 acuerdos internacionales de inversiones (AII), con lo que el número total acumulado de estos al mismo año asciende a 5.500¹. Este universo incluye una amplia gama de AII que conforman el DII, entre los que encontramos el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos (APC).

Las reglas especializadas para el arbitraje entre Estados e inversionistas, se vienen incluyendo en forma intensiva en los AII desde la década de 1960. Sin embargo, su uso y aplicación comenzó a darse mucho después.

Es recién en 1987 cuando se produce el primer arbitraje basado en un tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones (TBI) y tramitado ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados del Banco Mundial (CIADI).

Pero desde la década de 1990, el número de casos arbitrales en materia de inversiones ha crecido significativamente, llegando a 256 en el año 2006, de los cuales 161 corresponden al CIADI y 92 a otros foros internacionales. Solo a partir del año 2000 se registra una ligera reducción en la afluencia de casos de este tipo².

Argentina es el país con mayor número de arbitrajes inversionista-Estado³. Según un informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo del año 2007 (UNCTAD), Argentina registra 39 casos derivados de

¹ UNCTAD, IIA Monitor, International Investment Agreements; UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/7; 2006, p. 2.

² UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking, UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, 2007, p. 7.

³ Ver: KUNDMÜLLER, Franz; «El arbitraje inversionista-Estado. Apuntes a partir del caso Argentino». En: *Revista Jurídica del Perú*, t. 86, 2008, pp. 375-382.

la crisis del año 2001 y 2 casos de litigio inversionista-Estado ajenos a la crisis, comprendiendo así un total de 41 casos⁴.

1.1. Los ámbitos privado y público y el DII

Las normas de DII incorporadas en los capítulos de inversiones de los tratados de libre comercio (TLC) y en los TBI se orientan por la necesidad de procurar los medios jurídicos para el balance que debe de existir entre dos factores en el tiempo y sobre la base de la problemática de administración de poder que supone la relación entre inversionistas y Estados⁵. Es decir, el balance entre lo privado y lo público⁶, en el eje de relación que conecta lo nacional o doméstico y lo internacional. En la práctica se trata de una de las expresiones del derecho transnacional contemporáneo⁷.

1.1.1. El ámbito privado

El primer factor consiste en la importancia del interés privado y el rol del DII para coadyuvar al crecimiento económico y al desarrollo⁸, otorgando estabilidad a las inversiones y diversas seguridades jurídicas a los inversionistas. En tal sentido, los capítulos de inversiones usualmente comprendidos en los TLC, así como las disposiciones de los TBI, resultan primordiales.

⁴ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, ob. cit., p. 8. Le siguen México (17 casos), Estados Unidos (11 casos), República Checa (11 casos), Federación Rusa (9 casos), Moldavia (9 casos), India (9 casos), Egipto (8 casos), Ecuador (8 casos), Rumania (7 casos), Polonia (7 casos), Canadá (7 casos) y Ucrania (6 casos).

⁵ Cheng, Tai-Heng, «Power, Authority and International Investment Law». En: *American University International Law Review*, vol. 20, 2005, p. 500.

⁶ Una reflexión sobre el arbitraje, lo público y lo privado se encuentra en: BULLARD, Alfredo, «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». En: *Revista Peruana de Arbitraje*, nro. 2, 2006, pp. 155-227.

⁷ ZUMBANSEN, Peer, «Transnational Law». En: *Encyclopedia of Comparative Law*, Jan Smits (editor), 2006, pp. 738-754.

⁸ En el entendido que las inversiones efectivamente conducirían al crecimiento económico global y tomando en cuenta que la doctrina no es pacífica y registra diversas posturas al respecto; ver: Mc MICHAEL, Philip, *Development and Social Change*, Pine Forge Press, California, London, New Delhi, 2000; VANDEVELDE, Kenneth, «Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties». En: *Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, p. 501; VANDEVELDE, Kenneth, «The Economics of Bilateral Investment Treaties». En: *Harvard International Law Journal*, vol. 41, 2000, p. 469; y MORAN, Theodore, *Inversión extranjera directa y desarrollo*, Oxford University Press, 2000, México D. F.

Lo son, en especial, para la regulación y tutela transnacional de los factores económicos que tienen que ver con el flujo sostenido o sostenible de inversiones y con las diversas relaciones jurídicas conexas, en el eje de las relaciones entre Estados, así como en el eje de las relaciones entre Estados e inversionistas extranjeros.

Es dentro de este marco conceptual que se hace necesario el suministro de los correspondientes medios especializados de gestión y solución de conflictos. Su diseño y puesta en práctica se adecua al ámbito transfronterizo, donde se registra la dinámica económica inherente a las inversiones extranjeras⁹.

Se suman a lo dicho las obligaciones de tipo positivo y negativo, previstas en los AII, algunas de las cuales se explicarán más adelante, a partir de las estipulaciones contenidas en el APC. Las primeras son aquellas que suponen el ejercicio del poder del Estado ante determinadas amenazas en contra de la inversión o los inversionistas, obligando a que el Estado actúe brindando las garantías del caso mediante obligaciones positivas. Las segundas son prohibiciones expresas u obligaciones negativas, que obligan a los Estados en el marco de los AII¹⁰.

La concurrencia de estos y otros elementos, que en gran medida obedecen a la proliferación de los AII¹¹, demuestra que durante la última globalización se encuentra en curso la conformación de un mercado global (*global marketplace*), que incluye pero no se limita al flujo de inversiones y que conforma la base para el derecho transnacional contemporáneo, del cual el DII forma parte.

⁹ A lo que, a efectos de promover inversiones, se debe agregar la relevancia de una variada gama de factores, como son: la seguridad jurídica interna, el riesgo país, la competitividad, las capacidades institucionales públicas y privadas, la vigencia del estado de derecho, el nivel de confianza ciudadana en las instituciones públicas y privadas, el derecho interno especializado en la materia y los tratados internacionales en vigencia para el país, entre muchos otros. Por lo pronto, UNCTAD informa respecto del volumen de cambios jurídicos e institucionales producidos en el ámbito global por parte de los países del mundo en materia de inversiones, en donde se puede apreciar una proyección interesante que demuestra la evolución de la última globalización, dado que mientras en 1991 solamente 35 países introdujeron cambios en sus regímenes de inversiones, en el año 2003 lo hicieron 82 países; es decir, más del doble. A su vez, mientras en 1991 solamente se pudieron registrar a escala global unos 80 nuevos tipos de regulación administrativa más favorables a la inversión extranjera; en el año 2003 se registraron 220. En: UNCTAD, *World Investment Report, The Shift Towards Services*, 2004, ISBN 92-1-112644-4, p. 8.

¹⁰ ROBBINS, Joshua, «The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties». En: *University of Miami International and Comparative Law Review*, vol. 13, 2006, p. 403.

¹¹ Siguiendo la nomenclatura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). En: www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068&lang=3.

En efecto, hoy se está dando además la creciente «transabilidad global» de las fuerzas laborales¹² y el impacto de las nuevas tecnologías¹³. A lo que se suma la «economización del derecho internacional»¹⁴, el resurgimiento y consolidación de una gama de instituciones jurídicas especiales como la *lex mercatoria*¹⁵ y el arbitraje internacional en sus expresiones domésticas e internacionales. El arbitraje en inversiones es parte de este contexto y hoy se encuentra regulado en un número considerable de TBI, TLC y en otros AII, como los acuerdos sobre doble tributación, los acuerdos preferenciales de comercio e inversiones y otros.

En este punto también debemos destacar la importancia e influencia de las estructuras jurídicas y fuentes del tipo *soft law* o de «Derecho blando»¹⁶, en la forma de las leyes modelo, como la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)¹⁷.

Pero también nos referimos al rol que cumplen en los AII los reglamentos de los centros de arbitraje, aplicables a las relaciones jurídicas en el marco del DII y a partir de la incorporación de sus cláusulas tipo a los contratos e incluso a los tratados.

A lo que se suman otras fuentes principales del derecho arbitral contemporáneo, como el Protocolo de Ginebra de 1923¹⁸, la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras¹⁹, la

¹² STEINGART, Gabor, «Globalisierung: Gleicher Lohn für Gleiche Arbeit». En: *Spiegel Magazin*, 11 de setiembre de 2006, www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,436345,00.html.

¹³ En especial, a partir de los medios de comunicación de alcance global, la computadora e internet; estos últimos como extensión de las capacidades intelectuales y mentales de las personas; DE TRAZEGNIES, Fernando, «El dilema de la globalización: ¿universalización o articulación?», ponencia presentada en la Universidad Carolina de Praga. En: <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafda.htm>. Ver además sobre evolución del conocimiento y la tecnología, entre otros temas: RAMENTOL, Santiago, *Teorías del desconcierto*. Editorial Urano Tendencias, 2004, p. 168.

¹⁴ KUNDMÜLLER, Franz, «El arbitraje y los tratados de libre comercio». En: *Revista Peruana de Arbitraje*, nro. 1, 2005, pp. 132-133.

¹⁵ TEUBNER, Günther, «Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria». En: *European Journal of Social Theory*, 2002, pp. 199-217.

¹⁶ DI ROBILANT, Anna, «Genealogies of Soft Law». En: *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 499.

¹⁷ Ver: www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

¹⁸ Ver: www.jurisint.org/doc/html/ins/es/2000/2000jiinses57.html.

¹⁹ Ver: www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html.

Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados²⁰, entre otras que hoy resultan necesarias para el comercio en tiempos de la última globalización²¹.

En efecto, es el caso de las directivas para la actuación de pruebas en sede arbitral de la International Bar Association de 1999²² y de los cánones sobre incompatibilidades y conflicto de interés en el arbitraje, aprobadas por la misma institución en 2004²³. Ambos «cuerpos jurídicos» son para o extraestatales y se aplican con mucha frecuencia en los arbitrajes internacionales, ya sea por decisión de los árbitros o por acuerdo entre las partes en litigio, no obstante que no se trata de «reglamentos» desde la perspectiva estrictamente positivista.

En consecuencia, constatar este tipo de prácticas de incorporación que van «endureciendo» o haciendo exigibles para las partes una serie de estipulaciones para el manejo del arbitraje, por la vía del contrato y el acuerdo de voluntades o mediante la decisión de los árbitros; da pie a que cierto sector de la doctrina postule hoy válidamente la existencia de la *lex mercatoria procesal*²⁴.

Finalmente, no menos importante es la producción de *soft jurisprudence* en materia de DII, la misma que condiciona e influye los desarrollos jurídicos y la forma como la relación entre Estado e inversionistas tiende a estructurarse paulatinamente a escala global en los AII; en particular, en lo que concierne a la concepción de las obligaciones de tipo positivo y negativo enunciadas líneas arriba.

1.1.2. El ámbito público

Por otro lado, el segundo factor nos remite a lo público y consiste en que, al mismo tiempo que el DII brinda tutela a la inversión y al inversionista, también garantiza jurídicamente el pleno respeto a la soberanía²⁵ de los Estados en

²⁰ Ver: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>.

²¹ KUNDMÜLLER, Franz, «La densidad de la última globalización y el arbitraje en inversiones». En: *Agenda Internacional, Instituto de Estudios Internacionales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIII, nro. 24, 2007.

²² Ver: www.ibanet.org/images/downloads/IBA%20rules%20on%20the%20taking%20of%20Evidence.pdf.

²³ Ver: www.ibanet.org/images/downloads/guidelines%20text.pdf.

²⁴ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, «Globalization of Arbitral Procedure». En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, pp. 1313-1333.

²⁵ Sobre soberanía, ver: ANAND, R. P., «Sovereign Equality of States in International Law». En: *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Marinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 17-221.

función de los intereses que este tutela, a partir de los compromisos internacionales asumidos. Esto se da en el marco de las disciplinas especializadas en inversiones contenidas en los AII. Dichas disciplinas no prescinden de los principios inherentes a la concepción jurídica del Estado. De lo contrario, los Estados no ratificarían tratados internacionales en materia de DII.

Pero cabe tener en cuenta que estas disciplinas del DII están estructuradas a partir de un proceso de desarrollo conceptual orientado por la necesidad de mantener la armonía con el derecho internacional público, en un contexto jurídico global que hoy marca el declive del «estadocentrismo moderno»²⁶. En consecuencia, se ha incentivado la transición de un modelo de Estado principalmente «prestador de servicios» hacia un modelo de Estado «garante y regulador de los mercados»²⁷.

En suma y por otro lado, ante la expansión del *global marketplace*, queda claro que lo público debe equilibrarse con lo privado y viceversa. Los países «importadores» de capital e inversiones incentivan dicho equilibrio mediante la ratificación de AII, en un contexto global transnacional que demuestra que la inversión extranjera directa ha crecido en un exorbitante 2.000% en menos de 20 años²⁸.

Es así como los países importadores de capital compiten hoy por captar inversiones extranjeras en el *global marketplace*. El Perú es un país importador de capital que no constituye una excepción en este competitivo ámbito global para atraer inversiones. Esto se debe a sus crecientes necesidades internas y a sus limitaciones para captar inversiones.

Un reciente estudio explica que el Perú tiene un déficit general de inversión en infraestructura. El déficit por este concepto asciende a 30.365 millones de dólares; es decir, cerca de 40% del PBI nacional hacia el año 2006. El déficit era en aquel entonces superior a la deuda pública peruana²⁹.

Esto limita severamente las posibilidades de desarrollo del país; en especial, cuando las fuentes internas de financiamiento y el ahorro interno resultan insufi-

²⁶ Sobre las etapas de la globalización: KUNDMÜLLER, Franz, «La densidad de la última globalización y el arbitraje en inversiones», ob. cit., p. 121.

²⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 36-58.

²⁸ STEINGART, Gabor, *Globalisierung: Gleicher Lohn für Gleiche Arbeit*, ob. cit.

²⁹ Ver DU BOIS, Fritz y TORRES, Javier, «Déficit y sobrecostos de la economía peruana». En: *Revista de Economía y Derecho*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2006, p. 7.

cientes para cubrir necesidades de inversión. A lo que se suman los costos de los pasivos sociales que subsisten y merecen atención prioritaria. Los indicadores económicos nacionales que proyecta el país en el ámbito internacional grafican lo dicho³⁰.

Adicionalmente y según algunas fuentes, a efectos de incrementar la competitividad del Perú³¹ y asegurar su inserción global, resultaría indispensable triplicar las inversiones en infraestructura, pasando del actual 1% del PBI a 3%³². Sin perjuicio de que no ha existido unidad de criterio respecto de la forma como se configuran y definen los esperados efectos positivos de la inversión³³, los estudios más recientes demuestran que los AII y, en especial, los TBI contribuyen efectivamente a atraer inversiones hacia los países importadores que son parte en los mismos³⁴.

1.2. El arbitraje en inversiones como factor de balance público-privado

Precisamente una de las más importantes estructuras jurídicas de «balance» en este contexto de globalización económico-jurídica es el arbitraje entre inversionistas y Estados previsto en los AII. Lo que, dependiendo de los contenidos del marco jurídico establecido en el respectivo AII, permite a un inversionista originalmente sometido a los tribunales nacionales del territorio del Estado receptor, iniciar un arbitraje en forma directa contra dicho Estado y hacerlo incluso ante un foro arbitral internacional.

El inversionista puede entonces proceder a iniciar el arbitraje sin necesidad de tener que recurrir a los medios tradicionales de protección jurídica internacional e incluso sin necesidad de agotar las vías internas previas de solución de controversias ante dicho Estado. Generalmente y para activar el arbitraje, se debe de tratar de una inversión extranjera «cubierta» por el respectivo AII.

³⁰ Ver indicadores de las Naciones Unidas para el caso peruano en: <http://unstats.un.org/unsd/mdg/Data.aspx?cr=604>.

³¹ Ver reporte del Foro Económico Mundial sobre competitividad: www.weforum.org/en/index.htm.

³² Declaraciones de José Luis Guasch, consejero regional de América Latina para la Regulación y la Competencia del Banco Mundial. En: Agencia de Noticias Andina, 10 de octubre de 2006, www.andina.com.pe/NoticiaDetalle.aspx?id=100789.

³³ MORAN, Theodore, *Inversión extranjera directa y desarrollo*, Oxford University Press, 2000.

³⁴ NEUMAYER, Eric y SPESS, Laura, *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?*, LSE Research Online; available online: February 2006, En: <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>.

1.2.1. Inviabilidad de otras opciones de gestión de conflictos

Las opciones tradicionales de gestión o solución de controversias no podrían «competir» con las características estructurales que ofrece el arbitraje en materia de inversiones. Estas vienen desarrollándose geoméricamente durante la última globalización³⁵. Dichas opciones para resolver este tipo de conflictos se encuentran hoy prácticamente en desuso o pasaron a la historia y consistían en:

a) Recurrir a la jurisdicción estatal del Estado receptor de la inversión; b) lo que es aún más inusual: recurrir a la jurisdicción del Estado del inversionista; c) recurrir a la jurisdicción de un tercer Estado; o d) recurrir al uso de la fuerza como en las épocas de la *gunboat diplomacy* del siglo XIX y principios del siglo XX.

La última opción es hoy inadmisibile y en los tres primeros casos encontramos las limitaciones técnicas propias³⁶ de la jurisdicción estatal «estática» o los lógicos problemas derivados de la falta de confianza entre las partes en conflicto. Como se aprecia a partir de diversas fuentes, la jurisdicción estatal «estática» no ha sido concebida ni diseñada para abocarse eficiente ni eficazmente a la solución de controversias internacionales de raigambre jurídico-económica, alcance transfronterizo y expresión dinámica, como es el caso del conflicto entre Estados e inversionistas en materia de inversiones extranjeras³⁷.

Las limitaciones de la jurisdicción estatal «estática» son en este ámbito especializado en inversiones similares a las que encontramos en la gestión y solución de conflictos comerciales de alcance intra o transfronterizo, donde dichas limitaciones determinan que hoy sea usual y hasta necesaria la aplicación del arbitraje comercial nacional o internacional, según el caso³⁸.

³⁵ Lo que abunda a favor de la teoría de la deslocalización del arbitraje. Ver AL FARHAN, Farhan, «The Procedural Law Applicable to Arbitration: The Seat Theory & Delocalization Theory». En: www.cailaw.org/academy/magazine/farhan_paper.pdf.

³⁶ Con esto no se niega el rol preponderante que legítimamente corresponde a la jurisdicción estatal nacional, la misma que finalmente concurre con otros medios de solución de controversias de carácter nacional e internacional, como el arbitraje, la conciliación y otros. De donde surge la necesidad de promover la eficiencia y perfeccionamiento de los vasos comunicantes que existen entre todos estos medios y la actividad jurisdiccional del Estado, a fin de asegurar consolidar en la práctica el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales del Estado y la competitividad de las economías nacionales en el ámbito internacional.

³⁷ CALLIESS, Graft-Peter, «Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System». En: *German Law Journal*, vol. 2, nro. 17, 2001, p. 2.

³⁸ WEINBERG, Karyn, «Equity in International Arbitration: How Fair is 'Fair'? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition». En: *Boston University International Law Journal*, vol. 12, 1994, p. 227.

1.2.2. El DII como derecho transnacional descentralizado y su efecto de equilibrio

El DII tiene entonces entre sus fines generar el equilibrio entre los dos «polos» o ámbitos antes descritos; los mismos que se encuentran vinculados, pero no siempre lo están en forma pacífica o armónica. Para ello y como se verá más adelante, el DII suministra normas sustantivas y adjetivas.

De modo que en la actualidad diversas fuentes doctrinarias llegan incluso a sustentar que dicho equilibrio entre lo público y privado es indispensable para la gobernabilidad global³⁹. Lo que se explica porque estamos en un mundo globalizado que carece de un «Poder Judicial» centralizado de alcance mundial. Es así como resulta indispensable recurrir a fórmulas jurídicas especiales y descentralizadas, como el arbitraje entre inversionistas y Estados.

Se trata de una necesidad que surge a partir de la realidad de la proliferación de AII, así como debido al incremento de la inversión extranjera a escala global.

1.2.2.1. *Lo público, la soberanía y sus riesgos*

Para mayor abundamiento, tengamos en cuenta que, dentro del estado de derecho⁴⁰, la soberanía estatal supone la plena libertad del ejercicio del poder proveniente de una colectividad autodelimitada territorialmente y organizada institucionalmente bajo la forma de un Estado.

Esta libertad de ejercicio del poder soberano del Estado puede ser democrática o no, pero tiene ciertamente más probabilidades de ponerse en

³⁹ WÄLDE, Thomas, «The Umbrella (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases». En: *Transnational Dispute Management*, vol. 1, nro. 4, 2004, pp. 1-87.

⁴⁰ LINEAU, Odette, «Who is the 'Sovereign' in Sovereign Debt?: Reinterpreting a Rule-of-Law Framework from the Early Twentieth Century». En: *The Yale Journal of International Law*, vol. 33, 2008, pp. 62-111.

práctica⁴¹, ante la eventual ocurrencia de cambios bruscos de circunstancias⁴² o debido a diversos tipos de amenazas internas o externas⁴³.

En ambos casos se podrá verificar cómo se activan los procesos de toma de decisiones políticas en función del interés público de cada país. La sola existencia «en potencia» de esta posible decisión política, también puede ser percibida como una potencial amenaza. Si esto luego se materializa en una decisión, se generará el respectivo costo de transacción. También se podrá generar un costo a partir de la simple idea del eventual, puro y simple ejercicio del poder estatal soberano en un contexto específico, ya que este constituye un factor de riesgo.

Como se sabe, estos tienden a incrementarse si la estructura institucional y jurídica interna carece de la robustez o predictibilidad necesarias y si no ofrece «pesos y contrapesos» en los procesos de toma de decisión, ante la «fragilidad» del estado de derecho en el ámbito local.

Esto se agrava cuando dicho déficit institucional tampoco garantiza la representatividad política necesaria para la legitimidad de dichos procesos y en la medida que «lo imprevisible» se haga más frecuente que «lo previsible».

Es pertinente precisar en este punto que los AII más recientes como el APC contienen disposiciones que se refieren a los regímenes de exoneración de responsabilidad del Estado respecto de las decisiones de este ante determinados hechos que impliquen un estado de necesidad, riesgos ambientales o cuando se trata de las funciones regulatorias, entre otros⁴⁴.

1.2.2.2. La estructura trilateral de relaciones en el DII

Las decisiones soberanas justamente configuran entonces una parte importante del riesgo político, el mismo que es «percibible» y genera consecuencias

⁴¹ GANTZ, David A., «The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement». En: *American University International Law Review*, vol. 19, 2004, p. 683.

⁴² Precisamente los instrumentos jurídicos de los que se vale el DII, sirven para prevenir los cambios de circunstancias abruptos, precisando las consecuencias que ello tiene en términos de responsabilidad del Estado y «estabilizando» las relaciones jurídico-económicas que comprende la inversión extranjera en los países receptores de inversión. En la legislación peruana esta concepción «estabilizadora» se expresa en los «contratos ley» previstos constitucionalmente.

⁴³ CHENG, Tai-Heng, «Power, Authority and International Investment Law», ob. cit.

⁴⁴ BJORKLUND, Andrea, «Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment: The State of Necessity as a Circumstance Precluding Wrongfulness». En: *International Law Association Committee on the International Law of Foreign Investment*, Toronto Conference, 2006.

económicas muchas veces de gran envergadura para los países importadores de capital. Este impacto se produce tanto al interior de las fronteras territoriales, como allende las respectivas fronteras.

Esta percepción de riesgo y su dimensión económica condicionarán, finalmente, a la estructura trilateral de las relaciones jurídicas y económicas⁴⁵ que comprende la inversión extranjera en el ámbito transnacional. Esto implica, en distintos niveles, la interacción entre el inversionista extranjero, el estado receptor y el Estado de la nacionalidad del inversionista⁴⁶. Sin embargo y como es obvio, esta interacción trilateral demanda seguridad jurídica, estabilidad, predictibilidad y, por ende, racionalidad jurídico-económica.

Es evidente entonces que frente a los lógicos riesgos que derivan del potencial ejercicio del «poder omnímodo y soberano» del Estado, es pertinente contar con las garantías jurídicas e institucionales que hagan posible «racionalizar» esta problemática, hacerla «jurídicamente previsible y asegurable».

Para ello se recurre hoy al DII y, por ende, a la racionalización económico-jurídica de la mencionada estructura relacional trilateral y a los correspondientes medios de gestión de conflictos como el arbitraje en inversiones. Esto opera en conjunto como un potencial o real contrapeso a la realidad del ejercicio del poder soberano estatal, inclusive en el caso de las consecuencias derivadas de las prácticas inherentes a la «Realpolitik».

De ahí que para algún sector de la doctrina, el arbitraje inversionista-Estado implica simplemente una cesión de poder soberano por parte de este a favor de aquel, ante la ocurrencia de determinados supuestos previstos en el respectivo AII y en la necesidad «de interés público» que consiste en captar inversiones para el desarrollo económico⁴⁷.

⁴⁵ En efecto, dada la posible existencia de un AII celebrado entre Estados y que puede estar conformado de diversas formas; entre otras, en el capítulo de inversiones de un TLC o en las cláusulas de un TBI. Dichos acuerdos contienen, por regla general, las disposiciones para la solución de controversias entre los Estados parte, pero, por otro lado, también contienen disposiciones para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, en donde el inversionista no deja de ser nacional del Estado que suscribió el respectivo acuerdo internacional de inversiones y, por ende, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, mantiene su derecho a la correspondiente protección diplomática y otros derechos, de ser el caso.

⁴⁶ UNCTAD, *Train for Trade*, DITE/UNCTAD; Sección 1, *Alcance de los acuerdos internacionales en materia de inversión*, 2003, p. 8.

⁴⁷ HONG, Lin Yu, «Explore the Void: An Evaluation of Arbitration Theories». En: *International Arbitration Law Review*, vol. 8, nro. 1, 2005, pp. 14-22.

Generalmente los AII distinguen entre los medios de solución de controversias entre los Estados parte y los medios de solución de controversias entre Estados e inversionistas.

1.3. El «evolucionismo» en el DII

Por otro lado, el arbitraje especializado en inversiones viene evolucionando en un contexto global e histórico, que, desde la perspectiva del derecho internacional consuetudinario, se ha caracterizado por no contar en materia de inversiones extranjeras con normas de derecho internacional universalmente aceptadas, a diferencia de lo que ocurre en otras áreas del derecho⁴⁸. Esto fluye de los casos Barcelona Traction y ELSI, en el ámbito del derecho internacional público.

1.3.1. El caso Barcelona Traction

Fue tramitado ante la Corte Internacional de Justicia hacia 1970, en los tiempos del mundo bipolar anterior a la última globalización. En este caso la Corte encontró «sorprendente» constatar que en los últimos 50 años el DII se había desarrollado incipientemente y que no se contaba con normatividad «general o universalmente aceptada» que respondiera a las necesidades propias del crecimiento de las inversiones y a la expansión de las actividades económicas internacionales de las corporaciones transnacionales, verificando así el carácter descentralizado del DII y sus debilidades⁴⁹.

En el caso en mención, la Corte Internacional de Justicia rechazó la posibilidad de que los accionistas de una empresa belga puedan motivar que el Estado del cual son nacionales pueda recurrir a la Corte; en particular, debido a la inexistencia de un tratado o acuerdo internacional, tal como se describe en el sumario publicado por la misma Corte y debido a que la compañía había sido establecida en Canadá⁵⁰.

⁴⁸ Por el contrario, lo que ha ocurrido es que se ha abordado el tema de las inversiones a partir de una serie de instituciones jurídicas preexistentes, como el derecho de los individuos a recibir protección diplomática de su Estado de origen, las inmunidades soberanas de los Estados, la obligación de agotar previamente las vías de derecho interno, entre otras.

⁴⁹ SALACUSE, Jeswald y SULLIVAN, Nicholas, «Do BITS Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain». En: *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, p. 87.

⁵⁰ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1999, p. 246.

1.3.2. El caso ELSI

En otro contexto, en el caso ELSI, tramitado en la década de 1980, en el marco del tratado bilateral de amistad, navegación y comercio de Estados Unidos e Italia y también ante la Corte Internacional de Justicia; a partir de la ocurrencia de un perjuicio supuestamente generado por el Estado italiano en contra de una empresa americana, se percibe un ligero cambio respecto del caso Barcelona Traction.

Dejamos enunciado este caso, en lo que concierne al arbitraje entre Estados derivado de una controversia sobre inversiones, en la medida en que de acuerdo con algún sector de la doctrina, implicaría un avance respecto del Barcelona Traction, pero finalmente confirmaría el carácter descentralizado del DII⁵¹:

«Although the ELSI dispute turned on a treaty and not on customary rules of international law, the ICJ apparently retreated from its prior decision in the Barcelona Traction case, which restricted states' standing under customary international law to espouse the claims of its nationals who own shares in a foreign corporation»⁵².

En suma, jurídicamente, la ausencia de un marco jurídico preestablecido, homogéneo y de alcance universal o multilateral para el tratamiento de las inversiones así como de las controversias en materia de inversiones, ha determinado la necesidad de contar con fórmulas especializadas como las que actualmente ofrecen descentralizadamente los TLC, los TBI y, en general, los AII⁵³. Dichas normas concurren con otros tratados internacionales especializados⁵⁴.

⁵¹ MURPHY, Sean (1991); «The Elsi Case: an Investment Dispute at the International Court of Justice». En: *Yale Journal of International Law*, vol. 16, 1991, p. 393.

⁵² Lo que traducimos como: «Sin perjuicio de que el caso ELSI derivó de un tratado y no de las reglas consuetudinarias de derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia aparentemente se retractó de su decisión anterior adoptada en el caso Barcelona Traction que limitó la posibilidad de que los Estados dentro del derecho internacional consuetudinario puedan hacer suyos los reclamos de sus nacionales que poseen acciones en empresas extranjeras».

⁵³ SYKES, Alan, «Public versus Private Enforcement of international Economic Law: Standing and Remedy». En: *Journal of Legal Studies*, vol. 34, 2005, p. 662.

⁵⁴ Por ejemplo, en cuanto al fracaso de la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD) para constituir un tratado multilateral en materia de inversiones (MAI), Graham califica de «victoria pírrica de alcance global» la que lograron ciertas organizaciones no gubernamentales (ONG), al haber provocado a fines de la década de 1990 la suspensión de las respectivas negociaciones multilaterales.

1.3.3. ¿Hasta la vista, Doctrina Calvo?

Dentro de contextos históricos determinados surgieron en América Latina las doctrinas Calvo y Drago⁵⁵. Se trataba de una respuesta jurídica regional y legítima frente a la «diplomacia de las cañoneras» o *gunboat diplomacy*, desplegada por las potencias económicas de principios del siglo XX. La época coincide con el periodo de máxima expansión de fortalezas y capacidades de los principales Estados nación del mundo.

Esta «diplomacia» violenta y coercitiva fue aplicada en contra de los países de América Latina por fuerzas navales extranjeras durante la primera década del siglo pasado y fines del silo XIX. El motivo era poner en práctica el cobro forzoso de deudas de los Estados latinoamericanos por la vía militar. Por ejemplo, es lo que ocurrió en 1902 cuando Venezuela fue atacada por fuerzas navales conjuntas de Alemania, Reino Unido e Italia para el cobro de 70 mil libras esterlinas de la época⁵⁶.

La Doctrina Calvo, por otro lado, fue en el ámbito regional y en la práctica un grave factor limitante para el desarrollo del arbitraje en América Latina. Este factor prevaleció durante varias décadas. Como se ha señalado, esta situación se registra desde inicios del siglo XX, consagrando la jurisdicción exclusiva y excluyente de los tribunales estatales locales. Ello, no obstante que también es

Esto desembocó finalmente en el retiro de Francia de las negociaciones el 14 de octubre de 1998. Francia alegó para su retiro de las negociaciones que el MAI no prosperaría; en especial, en lo referente a una serie de temas y dificultades de consenso en el ámbito cultural y de las inversiones extranjeras. Algunos analistas han sostenido que la postura del Gobierno francés obedecía más bien y en realidad a la necesidad política de mantener en ese momento la coalición gubernamental o «cohabitación» de la derecha, a la que justamente pertenecía el primer ministro Chirac. El retiro de Francia de las negociaciones del MAI satisfacía el interés de las fuerzas de la coalición socialista-comunista que justamente cogobernaba con el ministro Chirac. Esta situación se impuso y finalmente determinó el retiro de Francia de las negociaciones. Con el retiro de este país de las negociaciones del MAI, la alianza política interna francesa se mantuvo, pero se frustraron las negociaciones multilaterales y, por ende, la posibilidad de contar con un tratado multilateral unificado sobre la materia; ver: GRAHAM, Edgard, «Regulatory Takings, Supranational Treatment and the Multilateral Agreement on Investment: Issues raised by Nongovernmental Organizations». En: Symposium «The International Regulation of Foreign Direct Investment: Obstacles & Evolution. National Treatment of Foreign Investment: Exceptions and Conditions», *Cornell International Law Journal*, 1998, pp. 613-614.

⁵⁵ La Doctrina Drago es un complemento de la Doctrina Monroe de no ingerencia extranjera en los países de las Américas. Establece la prohibición del uso de la fuerza para lograr el resarcimiento económico entre Estados. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Editorial Heliasta, t. II, Buenos Aires, 1979, p. 767.

⁵⁶ KISHOIYAN, Bernard, «The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law». En: *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 14, 1994, p. 327.

cierto que la Doctrina Calvo contribuyó a establecer el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros ante los órganos jurisdiccionales internos, buscando ofrecer una protección jurídica ante el uso de la fuerza en los términos antes descritos⁵⁷.

Adicionalmente, si bien la Doctrina Calvo y la cláusula del mismo nombre disponían la renuncia de los extranjeros a la protección diplomática de su país de origen, lo cierto es que ni la cláusula ni la doctrina en mención tuvieron jamás un efecto persuasivo o coercitivo para limitar efectivamente dicha protección en el marco del derecho internacional.

Es decir, si el Estado correspondiente a la nacionalidad del inversionista así lo determinaba soberanamente, simplemente dicho Estado procedía a la protección de sus nacionales en territorio latinoamericano, emprendiendo las acciones del caso y haciendo efectivo el endoso correspondiente, «elevando» la controversia que originariamente era entre un particular y un Estado, para convertirla en una controversia entre el Estado de la nacionalidad del particular y el Estado contra el cual se formulaba la reclamación originaria y que supuestamente había causado el perjuicio⁵⁸.

Por este y otros motivos, no obstante su incorporación a las Constituciones de los países de la región y a diferencia del derecho a la protección diplomática y de la puesta en práctica del principio de agotamiento previo de las vías procesales internas⁵⁹, la doctrina en mención no llegó a constituir derecho internacional consuetudinario⁶⁰.

Sin embargo, podemos señalar que existen diversas expresiones jurídicas del siglo XX que podrían tener relación con la doctrina en mención, como ocurre en el marco del DII respecto de la obligación del inversionista a no formular solicitud de reclamación diplomática a su país de origen, cuando se encuentra

⁵⁷ CREMADES, Bernardo, «Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America. A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues». En: *Dispute Resolution Journal*, mayo-julio de 2004, pp. 78 y ss.

⁵⁸ RAMACCIOTTI, Beatriz, *Estudios de derecho internacional*, Instituto Peruano de Relaciones Internacionales, Gráfica Nuevo Mundo, Lima, 1990, pp. 73 y ss.

⁵⁹ VAN HARTEN, Gus y LOUGHLIN, Martin, «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law». En: *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 121.

⁶⁰ KISHOIYAN, Bernard, «The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law», ob. cit.

sujeto al sistema de solución de controversias del CIADI. Esto se aprecia del Convenio CIADI, de conformidad con el artículo transcrito a continuación⁶¹:

Artículo 27

1) Ningún Estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este convenio, salvo que este último Estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

2) A los efectos de este artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

2. EL ARBITRAJE EN LOS TLC

Si bien los casos Barcelona Traction y ELSI significan una evolución paulatina en el tratamiento de las controversias entre Estados derivadas de inversiones, así como lo es la paulatina extinción o transformación de la Doctrina Calvo⁶², lo cierto es que los entes privados, personas naturales o jurídicas han carecido tradicionalmente del *ius standi* inmediato.

Las personas naturales han tenido limitaciones legales para poder comparecer ante los tribunales internacionales, como ante la Corte Internacional de Justicia y su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional. No cabe duda que esta situación ha variado significativamente durante la última globalización y que el APC no constituye una excepción, pues forma parte de esta tendencia.

2.1. Evolución histórica de los AII y sus disposiciones

Las posibilidades de acceso directo de un inversionista privado a un foro internacional de solución de controversias han estado históricamente mediatizadas

⁶¹ Ver: www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm.

⁶² Sobre la historia de la solución pacífica de controversias entre Estados: DONNER, Ruth, «The Procedure of International Conciliation: Some Historical Aspects». En: *Journal of the History of International Law*, vol. 1, 1999, pp. 103-124.

por el hecho y la necesidad de que su Estado de origen le brinde la protección diplomática del caso⁶³, para luego y por la vía del endoso⁶⁴, el mismo Estado hacer suya la reclamación del inversionista⁶⁵, con la finalidad de recurrir al foro arbitral correspondiente o con la finalidad de buscar soluciones políticas o diplomáticas que pongan fin a la controversia⁶⁶.

Evidentemente que esta estructura pasa por el interés soberano del Estado para brindar la protección del caso al ciudadano de su nacionalidad y que aquel solicite oportunamente la protección, en el ejercicio de sus derechos ciudadanos⁶⁷.

Esta concepción jurídica de la figura del endoso a partir de un acto soberano y la resistencia histórica de los Estados para proporcionar protección diplomática y representar los intereses de sus connacionales o subrogarse en la posición de estos mediante el endoso, pasó a convertirse en la mayor motivación para el desarrollo de los AII; en especial de los TBI, en las décadas de 1970 y 1980.

En este contexto se forman las normas especializadas para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, recogidas en la estructura jurídica híbrida del NAFTA y de los sucesivos AII, en plena etapa inicial de la última globalización⁶⁸.

2.1.1. Importancia para el DII de los tratados Jay de 1794

El origen de los instrumentos jurídicos internacionales contemporáneos que hoy sirven de marco jurídico para regular las relaciones entre inversionistas y Estados,

⁶³ Resulta de interés para el Perú el Caso Canevaro ocurrido a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, entre el Perú e Italia, citado en: revista *Caretas*, «El Caso Canevaro», nro. 1660, Lima, 2001.

⁶⁴ RAMACCIOTTI, Beatriz, *Estudios de derecho internacional*, Instituto Peruano de Relaciones Internacionales, ob. cit., pp. 73 y ss.

⁶⁵ Pero bajo este esquema, la protección estatal se ha basado consuetudinaria en el derecho a la protección diplomática y no en la tutela estatal a partir del derecho internacional de las inversiones.

⁶⁶ WILTSE, Jessica, «An Investor State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas: Lessons from NAFTA Chapter 11». En: *Buffalo Law Review*, vol. 51, 2003, p. 1152.

⁶⁷ El Estado se encuentra en libertad (soberana) de proceder al endoso y, por otro lado, los derechos del nacional son irrenunciables, de modo que la prohibición de recurrir a la protección diplomática contenida en la legislación de América Latina, a partir del auge de la Doctrina Calvo, no llegó a tener el carácter vinculante de otras normas de derecho internacional; RAMACCIOTTI, Beatriz, *Estudios de derecho internacional*, Instituto Peruano de Relaciones Internacionales, ob. cit.

⁶⁸ WILTSE, Jessica, «An Investor State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas: Lessons from NAFTA Chapter 11», ob. cit., p. 1151.

conformando la base del DII, se ubica en los primeros acuerdos esencialmente comerciales concertados por Estados Unidos durante los tiempos inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en la forma de acuerdos de navegación, amistad y comercio. En aquel entonces, la regulación de las inversiones no se encontraba expresamente prevista de la forma en que hoy lo hace un AII, un TBI o un TLC de última generación⁶⁹.

Cabe destacar en este punto que, en esencia, los TLC contemporáneos incorporan en el respectivo capítulo de inversiones⁷⁰ la estructura jurídica transnacional propia de un TBI y de los correspondientes medios de gestión de conflictos, incluyendo el arbitraje inversionista-Estado. Tanto en los TLC como en los TBI se hace hoy viable el acceso directo o *ius standi* del inversionista, dándole a este la posibilidad de iniciar un arbitraje en contra de un Estado ante un foro internacional y creando así un nuevo estándar internacional que paulatinamente tiende a consolidarse en el ámbito del DII⁷¹.

Siguiendo con la evolución histórica de las estructuras jurídicas especializadas para el tratamiento de la inversión, es recién con posterioridad a 1946 cuando Estados Unidos procedió a la ratificación de 23 TBI, cosa que se extendió hasta el año 1966, reeditando así la tradición de los tratados Jay, celebrados con el Reino Unido durante los tiempos postcoloniales⁷². Como se ha precisado, los tratados Jay incorporaron por primera vez en tiempos modernos la entonces muy controvertida posibilidad de que los particulares puedan litigar contra un Estado en el ámbito del derecho internacional⁷³.

⁶⁹ SALACUSE, Jeswald y SULLIVAN, Nicholas, «Do BITS Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain», ob. cit., p. 75.

⁷⁰ Nos referimos, por ejemplo, al capítulo 11 del NAFTA, al capítulo correspondiente del TLC Chile-Estados Unidos o al capítulo correspondiente del TLC CAFTA-Estados Unidos.

⁷¹ MANNING-CABROL, Denise, «The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors». En: *Law and Policy in International Business*, vol. 26, 1995, p. 1169.

⁷² La ratificación de dichos tratados no fue pacífica en Estados Unidos, como señala Alford: «When news of the terms of the treaty broke, there were literally mobs in the streets. Chief Justice John Jay was declared a traitor and burned in effigy. George Washington's reputation was assailed as never before, with Thomas Jefferson describing the treaty as a 'monument of venality'». Ver ALFORD, Roger P., «The American Influence on International Arbitration». En: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, 2003, p. 72.

⁷³ TIETJE, Christian, «Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten». En: *Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht*, Martin Luther Universität, Halle-Wittenberg, Heft 10, p. 5.

Claro que la experiencia de los tratados Jay, aunque definidos como «veniales» por Thomas Jefferson, corresponden a una época específica, propia de hace más de 200 años, cuando en 1794, el negociador americano John Jay⁷⁴ generó facilidades en el marco de los acuerdos de amistad, comercio y navegación, para que los acreedores británicos, en tiempos de la «descolonización» americana, recurran a la vía arbitral para resolver disputas derivadas de supuestas usurpaciones de patrimonio una vez concluida la guerra de la independencia.

En aquella época Estados Unidos era una nación «subdesarrollada», emergente y deudora. Adicionalmente, las políticas de Estado de Estados Unidos se encontraban orientadas por los principios del nacionalismo económico⁷⁵. En aquella época, la alternativa tremendamente onerosa para resolver controversias hubiera sido nuevamente la guerra.

2.1.2. La relevancia después de la Segunda Guerra para el DII

La «primera etapa de desarrollo de los AII», cuyo antecedente fueron los tratados Jay, no logró una expansión significativa en el caso de Estados Unidos. Posteriormente y luego de la Segunda Guerra Mundial, son los países europeos los que toman la iniciativa, dando lugar a la «segunda etapa de desarrollo de los AII». Esta se intercala con la primera etapa, en la década de 1950⁷⁶. En este caso, una de las motivaciones históricas para la negociación y ratificación de TBI fue el proceso de descolonización respecto del remanente de colonias europeas. Estas resultaron emancipándose a raíz de los resultados de la Segunda Guerra Mundial.

Adicionalmente y como consecuencia de la guerra mundial, los «perdedores» y sus antiguas colonias, pasaron a ser importadores netos de capital, ante la devastación que dejó el conflicto. En este punto resulta de sumo interés tener en cuenta que tanto los tratados Jay, como el CIADI, surgen en momentos diferentes de «descolonización», mientras que la génesis de los TBI europeos está influenciada por las situaciones económicas críticas y hasta desastrosas de sus promotores y por su necesidad de atraer inversiones, en medio del surgimiento del bipolarismo como modo de organización geoestratégico global.

⁷⁴ En su oportunidad, presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos.

⁷⁵ AGUILAR ALVAREZ, Guillermo y PARK, William, «The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11». En: *Yale Journal of International Law*, 2003, p. 266.

⁷⁶ SALACUSE, Jeswald y SULLIVAN, Nicholas, «Do BITS Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain», ob. cit.

2.1.2.1. El modelo europeo de AII

Por otro lado y en el ámbito global, la República Federal de Alemania inició la «segunda etapa de desarrollo» de los AII. Lo hizo mediante la firma de un TBI con Pakistán en 1959 y procediendo luego a firmar una serie de acuerdos similares con otros países en vías de desarrollo. Hoy sigue siendo el país europeo con mayor volumen de TBI⁷⁷.

Suiza, Francia, Reino Unido y Países Bajos siguieron el ejemplo alemán. Precisamente se atribuye al primer TBI alemán la incorporación de la primera «cláusula paraguas», que se nutre del principio del *pacta sunt servanda*, para brindar protección jurídica y cobertura del tratado internacional a los contratos, autorizaciones o acuerdos de inversión celebrados entre Estados e inversionistas y facilitando así la calificación y tipificación de las relaciones jurídicas eventualmente no cubiertas por las protecciones propias del derecho internacional, subsumiéndolas al marco jurídico del AII y transformándolas en relaciones cubiertas por el respectivo acuerdo, una vez verificado el cumplimiento de determinados requisitos⁷⁸.

Hacia la década de 1970, los países europeos ya habían firmado cerca de 170 TBI⁷⁹, la gran mayoría de estos con sus propias antiguas colonias. Una serie de factores han sido identificados como promotores de la expansión de los AII y, en especial, de los TBI europeos de la post-Segunda Guerra Mundial, por contraste con la no expansión de los acuerdos promovidos por Estados Unidos, correspondientes a la primera etapa antes descrita. Desde la doctrina se sostiene que los acuerdos europeos de la llamada «segunda etapa» eran menos exigentes y más flexibles, en tanto que respondían a criterios y necesidades propias de la economía y el comercio.

Las características antes mencionadas se apreciaban en lo que concierne a demandar garantías legales respecto de temas como la libre convertibilidad, la abolición de requisitos de *performance* o rendimiento de las inversiones en el territorio del Estado receptor, la protección respecto de las expropiaciones, entre

⁷⁷ UNCTAD, *IIA Monitor, International Investment Agreements*, ob. cit.

⁷⁸ WÄLDE, Thomas, «The Umbrella (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases», ob. cit.

⁷⁹ SALACUSE, Jeswald y SULLIVAN, Nicholas, «Do BITS Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain», ob. cit.

otros factores, destacando su mejor adaptación a los tiempos de descolonización del periodo histórico respectivo.

2.1.2.2. *El relanzamiento del modelo Estados Unidos de AII*

El éxito del modelo europeo determinó que finalmente en 1981 Estados Unidos lanzaran un nuevo programa de desarrollo de TBI, tomando en cuenta la experiencia europea en la materia y la coyuntura internacional de la época⁸⁰. Dicho programa ha sido renovado en dos oportunidades⁸¹, una en 1994 y la otra en 2004, mediante el perfeccionamiento del respectivo «modelo de TBI» de Estados Unidos⁸².

En setiembre de 2004, Estados Unidos ya habían firmado 45 TBI⁸³. A su vez, un fenómeno reciente es el que concierne a la exportación de capitales por parte de países no occidentales, procediendo también estos a negociar TBI en forma creciente. Es así como en 1997, Japón ya había firmado 4 TBI y Kuwait había firmado 22⁸⁴. La última modalidad de incorporación de reglas de derecho internacional de las inversiones es la que se produce en el caso de los TLC de última generación.

Entender entonces al arbitraje entre inversionistas y Estados establecido en el marco de los AII solo es posible en la medida en que se tenga en cuenta la vinculación de las disciplinas que encontramos sobre esta materia, tanto en los antiguos tratados «tipo Jay», como en los TBI y TLC que vienen evolucionando y proliferando en forma notable durante la última globalización.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 74.

⁸¹ Es pertinente señalar que esta iniciativa se complementa en Estados Unidos con la ley especializada correspondiente. En la actualidad, The Trade Act 2002, que fija los objetivos para las negociaciones internacionales que llevan a cabo Estados Unidos, sirve de guía a los negociadores americanos desde agosto de 2002 en las negociaciones del TLC con Chile, Singapur y en la OMC, incluyendo las negociaciones del TLC con los países andinos y el CAFTA. Estos objetivos establecen la necesidad de que exista un balance entre la posibilidad de que los inversionistas americanos puedan recurrir directamente al arbitraje entre inversionistas y Estados, pero, por otro lado, señala la necesidad de que se protejan los intereses de Estados Unidos, como potencial demandado en estos escenarios. GANTZ, David A., «The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United Status-Chile Free Trade Agreement», *ob. cit.*, p. 705.

⁸² *Ibidem*, p. 690.

⁸³ Por contraste, Cuba mantiene una agresiva política de desarrollo de TBI, habiendo negociado en la década de 1990 más de 40 TBI. PÉREZ L, Jorge y TRAVIESO D., Matías, «The Contribution of BITS to Cuba's Foreign Investment Program». En: *Law and Policy in International Business*, 2001, p. 570.

⁸⁴ SALACUSE, Jeswald y SULLIVAN, Nicholas, «Do BITS Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain», *ob. cit.*

En todos estos casos, pero con algunas variaciones, se verifica la posibilidad que los Estados puedan ser llevados a tribunales arbitrales internacionales por los interesados que actúen de conformidad con lo establecido en un acuerdo internacional de inversiones. Así se está creando paulatinamente un nuevo estándar internacional⁸⁵. Evidentemente, los modelos jurídicos que en estos casos sirven para que los privados puedan tener *ius standi* han evolucionado notablemente a lo largo del tiempo⁸⁶.

En esencia, la *ratio legis* del capítulo de inversiones en un TLC de última generación como el APC⁸⁷ tiene dos propósitos, con miras a la armonización y creación de balances entre lo público y lo privado en el ámbito jurídico transnacional, que, a efectos del DII, comprende la relación trilateral de los principales actores involucrados en una inversión.

El primer propósito consiste en suministrar un conjunto de estándares obligatorios para el tratamiento de las inversiones y de los inversionistas, por parte del Estado receptor de la inversión. Dichos estándares incluyen, por ejemplo, la definición de inversión cubierta, el trato nacional, el trato de la nación más favorecida⁸⁸, el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, las restricciones a la aplicación de requisitos de desempeño, la libertad

⁸⁵ TIETJE, Christian, «Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten», ob. cit., p. 17.

⁸⁶ Si bien casi el 100% de la literatura sobre arbitraje y solución de controversias entre inversionistas y Estados se concentra en la necesidad de privilegiar y facilitar el acceso de los inversionistas a los sistemas o foros internacionales, cabe referir en este punto que la Convención CIADI contiene disposiciones que permiten que también un Estado recurra en contra de un inversionista, en vía de conciliación o arbitraje. Esto está previsto en los artículos 28 y 36 de la Convención. No obstante, la aplicación de la convención depende del consentimiento manifestado por las partes en un acuerdo internacional de inversiones o en un convenio arbitral especial y sus estipulaciones. Por otro lado, la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones consagró en su oportunidad el principio de igualdad en el caso AMCO: «Thus, the Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host state, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of developed and of developing countries». Citado por: UNCTAD, *Course on Dispute Settlement, International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, 2.1. Overview; 2003, p. 11.

⁸⁷ Además del capítulo de inversiones, los TLC de última generación comprenden normas que regulan los siguientes temas: Acceso a Mercados (Productos Industriales, Textiles, Agricultura); Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; Administración Aduanera; Reglas de Origen; Servicios; Propiedad Intelectual; Políticas de Competencia; Compras del Estado; Barreras Técnicas al Comercio; Salvaguardias y Medidas Disconformes; Solución de Controversias; Transparencia y Asuntos Institucionales; Asuntos Laborales; Asuntos Ambientales; Fortalecimiento de Capacidad Comercial; Cooperación.

⁸⁸ Ver el caso Maffezini vs. España, respecto de la aplicación de este principio al arbitraje entre inversionistas y Estados. En: http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf.

de designar o nombrar personal especializado y las libertades de tránsito de ejecutivos, la libertad de transferencia de fondos y la protección respecto de las expropiaciones directas o indirectas de carácter predatorio. Estas disposiciones suelen estar agrupadas en la sección A de los capítulos de inversiones⁸⁹.

El segundo propósito, no menos importante, consiste en que la sección B de dicho capítulo regula los medios de gestión de conflictos entre inversionistas y Estados, los mismos que resultan de aplicación exclusiva para los casos en que se vulneren las disposiciones de la sección A del capítulo de inversiones. En consecuencia, la sección B contiene disposiciones para que los inversionistas puedan recurrir a un arbitraje especializado en la materia.

2.2. Inversión cubierta y arbitrabilidad en el APC Perú-Estados Unidos

El APC contiene en su capítulo 10 sobre inversiones las disposiciones sobre DII que obligan a las partes (Estados) del tratado. Estas comprenden la sección A (artículos 10.1 al 10.14) sobre reglas o derechos sustantivos del DII y la sección B (artículos 10.15 al 10.27) sobre medios de solución de controversias. A lo que se suma una sección C sobre definiciones. Las secciones en mención son parte del universo jurídico del DII que hoy se encuentra plasmado en alrededor de cinco mil AII a escala global.

Es usual que a las secciones A, B y C se incorporen los anexos correspondientes. En el caso del capítulo 10 encontramos del anexo 10-A al 10-H, que definen con mayor claridad y precisión una serie de temas recogidos en el articulado del cuerpo principal del capítulo 10, especialmente respecto del contenido de las secciones A y B.

Las disposiciones del capítulo 10 no son ajenas al DII ni exclusivas del APC, ya que adoptan estructural, sustantiva y adjetivamente el modelo jurídico generalmente recogido en un número muy amplio de AII que se encuentran hoy vigentes en el mundo; en especial en los TLC y en los TBI, los mismos que a su vez han ido evolucionando a partir de la jurisprudencial arbitral generada en el marco de dichos AII.

Por otro lado, el artículo 10.1 define el ámbito de aplicación del capítulo 10 y la cobertura del mismo, precisando «para mayor certeza», que las disposi-

⁸⁹ GANTZ, David A., «The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United Status-Chile Free Trade Agreement», ob. cit.

ciones del capítulo no se aplican a inversiones preexistentes al APC (ver numeral 10.1.3.). Esta disposición es de suma importancia, pues evita las incertidumbres que se pudieran generar a partir de controversias preexistentes al acuerdo. En consecuencia, las controversias preexistentes no están cubiertas por el APC⁹⁰.

Adicionalmente, el numeral 10.2.1 precisa la relación entre el capítulo 10 y los demás capítulos del APC, destacando que «en el caso de existir cualquier incompatibilidad entre este capítulo y otro capítulo, el otro capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad».

En todo caso, el capítulo 10 debe ser leído y entendido a la luz de las definiciones contenidas formalmente en el tratado, específicamente en el artículo 10.28 (sección C, capítulo 10). Este artículo contiene el detalle de los conceptos definidos en el capítulo 10, en lo referente a una gama de temas como la inversión, el inversionista, la parte y otros más.

Las definiciones en mención forman parte del tratado y configuran obligaciones y derechos internacionales para las partes en el APC y en su oportunidad, para las partes en conflicto en el marco del capítulo 10, incidiendo así en la posibilidad o imposibilidad de someter a arbitraje determinada controversia.

De hecho uno de los mecanismos de defensa que se suelen utilizar en los arbitrajes desarrollados, a partir de los AII por parte de los Estados, consiste en tratar de demostrar que la controversia deriva de una inversión «no cubierta», ya sea por no encontrarse esta tipificada en el AII o porque cronológicamente la controversia se presentó en un momento en el que el AII no estaba vigente ni brindaba cobertura.

Es así como en el capítulo 1 del APC, en la parte que se refiere a las Definiciones Generales del APC, consta el concepto de «inversión cubierta» que rige para todo el tratado y que a su vez remite al artículo 10.28 de la sección C que se ha citado anteriormente:

⁹⁰ Los tribunales arbitrales que resuelven controversias en el ámbito de los AII y dentro del marco del DII establecen su competencia a partir de la materia, el factor cronológico (aplicación del AII en el tiempo) y la persona que inicia las actuaciones arbitrales; es decir, se debe de tratar de un inversionista, una inversión y todo ello bajo el ámbito de aplicación temporal del AII. La doctrina y jurisprudencia arbitral derivada de AII abunda respecto de estos factores de definición de competencia y el ejemplo específico de la conjugación de estos factores se encuentra plasmado en el reglamento de arbitraje del CIADI. Ver www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm.

«*inversión cubierta*: significa, con respecto a una parte⁹¹, una inversión, de acuerdo a la definición del artículo 10.28 (capítulo de Inversiones, Definiciones), en su territorio de un inversionista de otra parte que exista a la fecha de entrada en vigor de este Tratado o sea establecida, adquirida, o expandida posteriormente».

Tanto las definiciones contenidas en el capítulo 10 del APC como la definición general de «inversión cubierta» antes citada son de suma importancia y establecen con precisión los alcances y límites de lo que se entiende técnica y jurídicamente como inversión dentro del APC, condicionando así la arbitrabilidad de las controversias.

Si de conformidad con el APC nos encontramos ante una controversia que no verse sobre una inversión cubierta, en consecuencia, estaríamos ante una controversia que no podría ser resuelta en aplicación de ninguno de los medios de solución de conflictos tipificados por la sección B del capítulo 10; en suma, tampoco sería arbitrable.

2.2.1. Excepciones a la «inversión cubierta» que concurren en el capítulo 10

2.2.1.1. *Medidas disconformes*

Adicionalmente al concepto de «inversión cubierta» se debe de tomar en cuenta el efecto de las «medidas disconformes»⁹² a que se refiere el artículo 10.13 del capítulo 10. De modo que dichas medidas, por ejemplo, han sido listadas en el anexo I del APC⁹³, a efectos de que no se genere ningún efecto que permita o sirva de base para que un inversionista pueda recurrir al sistema de solución de controversias por la presunta violación de las disciplinas del DII contenidas en la sección A del capítulo 10.

⁹¹ Se refiere a la parte Estado, que es parte en el tratado (APC) debidamente ratificado.

⁹² De conformidad con el diccionario comercial de la Organización de Estados Americanos (OEA): «Una medida disconforme es cualquier ley, regulación, procedimiento, o práctica que viola ciertos artículos del acuerdo de inversión. Por ejemplo, una ley que prohíba al inversionista de otro país miembro ser propietario de una fábrica no es conforme con el artículo sobre trato nacional». En: www.sice.oas.org/dictionary/IN_s.asp.

⁹³ La relación de medidas disconformes listadas por el Perú pueden consultarse en: www.tlperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-PERU.pdf. Del mismo modo, las de Estados Unidos se pueden consultar en: www.tlperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-EUA.pdf.

Por ejemplo, en la relación de diversas medidas disconformes listadas por el Perú, se encuentra la disposición constitucional peruana que prohíbe la propiedad de extranjeros en zona de frontera⁹⁴. De modo que un inversionista titular de una «inversión cubierta», de conformidad con el capítulo 10, no podría en este caso alegar la violación del trato nacional regulado en la sección A del capítulo 10 del APC, como causal para activar el medio de solución de controversias, en caso las autoridades peruanas le prohibieran legítimamente ser propietario de terrenos en zona de frontera.

2.2.1.2. Medio ambiente

El artículo 10.11 del capítulo 10 precisa que «nada en este capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental».

Esta disposición también recoge una tendencia internacional que se registra en el DII, cuando se trata de la protección del medio ambiente. En consecuencia, el prerrequisito es que la medida de protección ambiental debe ser compatible con el capítulo 10, pero se fundamentará en la necesidad de tomar en cuenta las necesidades de carácter ambiental. Esto implica que el Estado mantiene sus atribuciones de imperio en lo referente a los temas materia de comentario en este punto.

2.2.1.3. Régimen de denegación de beneficios

El artículo 10.12 precisa los supuestos en los que no cabe que el inversionista o la inversión cuenten con los beneficios reconocidos en el capítulo 10. Entre otros criterios detallados en el artículo, encontramos el de la nacionalidad de los propietarios de una empresa así esta haya sido constituida en el territorio de uno de los Estados parte del APC, cuando la nacionalidad de dichos propietarios es diferente a la de los Estados parte en el APC.

Otro criterio utilizado es el de la relevancia de las actividades comerciales, entre otros. El artículo permite contar con mayor precisión para identificar a

⁹⁴ *Ibidem*, www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-PERU.pdf.

los que efectivamente tienen derecho a los beneficios del APC, incluyendo la posibilidad de recurrir a los correspondientes medios de solución de controversias previstos en la sección B del capítulo 10.

2.2.1.4. Expropiaciones y bienestar público, anexo 10-B

El numeral (b) del anexo en mención precisa que «salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente».

El concepto de «bienestar público» recogido en este anexo es diferente al «propósito público» que recoge el artículo 10.7 sobre expropiación e indemnización. En el segundo caso, se precisa mediante una nota a pie de página referida al artículo, que «para mayor certeza, para los propósitos de este artículo, el término 'propósito público' se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario. La legislación interna puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como 'necesidad pública', 'interés público' o 'utilidad pública'».

En tal sentido, el «propósito público» es la motivación de la expropiación tutelada por el derecho público, pero, a su vez, se distingue claramente del acto de imperio mediante el cual el Estado lleva a cabo sus prácticas regulatorias ordinarias y con el fin de preservar el «bienestar público» en ámbitos como salud, seguridad y medio ambiente.

Mientras en el caso de la expropiación (directa o indirecta), el inversionista (que califique como tal) expropiado tiene derecho a una indemnización y para ello podría eventualmente activar el mecanismo de solución de controversias contenido en el capítulo 10; tenemos, por otro lado, que en el caso de los actos regulatorios no discriminatorios del Estado no resulta aplicable el concepto de expropiación directa o indirecta regulado por el artículo 10.7 antes citado y no cabe reclamación alguna por la vía de la sección B del capítulo 10.

2.3. Los temas sustantivos del DII en los AII

Como ya se ha adelantado, en cuanto a los temas referidos a asuntos sustantivos sobre DII que requieren hoy mayor atención a partir de las experiencias derivadas

de los arbitrajes entre inversionistas y Estados, encontramos los regímenes de trato nacional, la cláusula de la nación mas favorecida, el estándar mínimo de trato: trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, el régimen de expropiaciones, entre otros.

Estas disciplinas se incorporan en los AII. Los AII suelen a su vez ser materia de interpretación en los arbitrajes inversionista-Estado. El tratamiento de estas disciplinas también comprende una evolución en la forma como son reguladas en los diversos AII; en especial, desde su incorporación primigenia a los primeros TBI, en la década de 1950, pasando por el NAFTA y por los AII posteriores al NAFTA.

Si extendemos un poco el análisis y nos remitimos a lo ya explicado líneas arriba, en realidad los AII actuales implican una evolución respecto de lo que eran los contenidos elementales de los acuerdos internacionales de amistad, navegación y comercio, que antecedieron a su vez a los primeros AII y cuyos orígenes se remontan al siglo XVIII⁹⁵.

2.3.1. Régimen de transferencias, requisitos de desempeño y designación de ejecutivos

El APC Perú-Estados Unidos contiene normas negativas que prohíben las limitaciones a las transferencias y el establecimiento de requisitos de desempeño. En cuanto a lo primero, se establecen excepciones en el artículo 10.8.4, que tipifica los casos en los que se puede establecer prohibiciones a las transferencias. En todo caso, ello debe de corresponder a *la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relacionadas* a los asuntos descritos por el mismo artículo.

Del mismo modo, en el artículo 10.9 se especifica el régimen de tratamiento a los requisitos de desempeño. Finalmente, en el artículo 10.10 se precisa el tratamiento a ejecutivos y directores de empresas. En todos estos casos se trata de obligaciones articuladas en función de los fines de libre comercio que persigue el APC.

⁹⁵ Ver SALACUSE, Jeswald y SULLIVAN, Nicholas, «Do BITS Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain», ob. cit., p. 75.

2.3.2. Trato nacional

En lo referente a las disposiciones sobre trato nacional del inversionista, se entiende que dicho trato debe ser «no menos favorable» que el que reciben los nacionales. A esto se suma la condición de «circunstancias similares» que determinan qué cosa es lo «favorable» y de dónde fluye que la clave para calificar el trato nacional radica en la forma cómo se debe entender el concepto del trato nacional en «circunstancias similares», tanto para los extranjeros como para los nacionales.

Sin embargo, como se observa en la jurisprudencia arbitral producida caso por caso, este asunto ha sido interpretado arbitrariamente en distintos términos. De conformidad con el análisis que formula UNCTAD, una inadecuada regulación del trato nacional podría generar la peculiar situación de que, por ejemplo, una empresa transnacional que califique como inversión o inversionista, que eventualmente cuente con una facturación global incluso superior al PBI del país receptor, pueda recibir el mismo trato que una pequeña empresa local, por la simple razón de operar empresarialmente en «circunstancias similares» a una pequeña empresa nacional⁹⁶.

De modo que a la luz de la jurisprudencia arbitral existente, surge la necesidad de regular con mayor precisión los alcances de la cláusula de trato nacional, a efectos de prevenir la inequidad en el tratamiento de nacionales y extranjeros, a partir de las diferencias de escala y asimetrías antes descritas.

En todo caso, bajo el modelo de regulación negativo de los AII, en lo referente al trato nacional, queda prohibido brindar al inversionista un trato que no sea equivalente o «no menos favorable» al trato que reciben los nacionales⁹⁷.

Cabe destacar que el artículo 10.3 del capítulo 10 del APC otorga protección sin restricciones al inversionista en lo que concierne al trato nacional. De acuerdo con las tendencias que derivan de la evolución de los AII en el marco del DII, se aprecia la paulatina consolidación del trato nacional⁹⁸.

⁹⁶ Cf. UNCTAD; *Ibidem*.

⁹⁷ Cf. ROBBINS, Joshua; *ibidem*, p. 420.

⁹⁸ Ver: WALLACE, Don y BAILEY, David, «The Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow Exceptions». En: *Cornell International Law Journal*, vol. 31, 1998, p. 615.

2.3.3. Cláusula de la nación más favorecida

Por otro lado, también siguiendo las recomendaciones de UNCTAD, para el caso de la cláusula de la nación más favorecida sería conveniente que los nuevos AII contengan disposiciones redactadas con mayor precisión.

Así se evitaría que en futuros arbitrajes los tribunales arbitrales tengan que referirse a laudos inconsistentes entre sí, como los recaídos en los casos *Maffezini*, *Tecmed*, *Salini* y *Plama*.

Por ejemplo, el anexo III del Modelo de TBI de Canadá establece un método que podría servir de base para atender este tipo de inconsistencias, pues solamente funciona hacia adelante, excluyendo de plano la aplicación de cualquier tratado bilateral o multilateral vigente con anterioridad, excluyendo dichos tratados previos como base para aplicar los beneficios que reconoce la cláusula en mención⁹⁹.

En este caso también se produce la comparación con el tratamiento que reciben otros inversionistas nacionales de terceros países, de modo que mediante la cláusula de la nación más favorecida, no cabe brindar un tratamiento «menos favorable» que el que reciben terceros inversionistas, debiendo ello estar regulado en los respectivos AII¹⁰⁰.

El artículo 10.5. sobre cláusula de la nación más favorecida en el capítulo 10 del APC contiene una nota a pie de página que excluye de manera expresa del ámbito de aplicación del artículo de la referencia a la aplicación de los medios de solución de controversias por esta vía, con lo que se ha tomado en cuenta la casuística arbitral; en particular, el caso *Maffezini*, donde un inversionista accedió a un arbitraje por vía de la cláusula de la nación más favorecida, no obstante que el respectivo AII no contenía una disposición al respecto.

En efecto, la nota en mención señala: «Para mayor certeza, el trato 'con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones', a que hacen referencia los párrafos 1 y 2 del artículo 10.4, no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los señalados en la sección B, que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones».

⁹⁹ UNCTAD, *Investor State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, ob. cit., p. 59.

¹⁰⁰ ROBBINS, Joshua, «The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties», ob. cit.

La cláusula de la nación más favorecida demuestra cómo interactúan las estructuras jurídicas comprendidas en el DII, de modo que las disposiciones de otro AII pueden ser aplicadas a otro AII, siempre que se demuestra que son más favorables y en la medida que exista relación entre las partes involucradas. En ese sentido, la cláusula de la nación más favorecida es una expresión del derecho transnacional¹⁰¹.

2.3.4. Estándar mínimo de trato

2.3.4.1. *Trato justo y equitativo*

El primer antecedente registrado respecto del trato equitativo, lo encontramos en la Carta de La Habana de 1948¹⁰². Por otro lado, la heterogeneidad jurisprudencial arbitral en la interpretación de lo que se entiende por «trato justo y equitativo», dio lugar en el caso del NAFTA, a una interpretación de la Comisión de Libre Comercio del Tratado.

Esta es la instancia facultada por el mismo tratado para pronunciarse al respecto. La Comisión NAFTA estableció que la expresión «estándar mínimo de trato de conformidad con el derecho internacional», recogida en el artículo 1105(1) del capítulo de inversiones, se debía interpretar de la siguiente manera¹⁰³:

- 1) El artículo 1105(1) establece que el derecho internacional consuetudinario¹⁰⁴ referido al estándar mínimo de trato de los extranjeros,

¹⁰¹ CONE, Sydney, «The Promotion of Free Trade Areas viewed in Terms of Most Favoured Nation Treatment and 'Imperial Preference'». En: *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, 2005, p. 563.

¹⁰² Sobre la evolución del principio, ver: OECD, *International Investment Law: A Changing Landscape*, ISBN 92-64-01164-1, 2005, pp. 73-125.

¹⁰³ Según acuerdo de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA del 31 de julio de 2001. Ver: www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp.

¹⁰⁴ Para mayor claridad, cabe citar a Gantz, cuando formula algunos comentarios respecto del derecho internacional y el derecho internacional consuetudinario, en lo que concierne a las dificultades para establecer jurídicamente los alcances objetivos de lo consuetudinario: «International law presumably means the full range of sources in the hierarchy set forth in the Statute of the International Court of Justice. Thus, customary international law is indicated in Article 38(1)(b) of the ICJ Statute as: 'a usage felt by those who follow it to be an obligatory one, or a general and consistent practice of status that they follow from a sense of legal obligation', and is only a subset of the broader idea of international law. But it is not always clear what 'customary international law' means, particularly in terms of the extent to which treaty law and judicial decisions are relevant in determining whether a legal principle has become

constituye un estándar mínimo a disposición de las inversiones de los inversionistas de la otra parte (Estado, en el tratado).

- 2) El concepto de «trato justo y equitativo» y «protección y seguridad plenas» no requieren de un tratamiento adicional o que vaya más allá de lo previsto al respecto en el derecho internacional consuetudinario en materia de estándar mínimo de trato de los extranjeros.
- 3) Precisando que en el caso se haya producido una vulneración de otras disciplinas del NAFTA o de otro tratado internacional, ello no da lugar a que se haya producido una vulneración al artículo 1105(1).

Como era de esperar, el tratamiento jurisprudencial e institucional de estos temas, también ha condicionado e influido en las negociaciones desarrolladas posteriormente, tanto en el caso del TLC Estados Unidos-Chile, como en el caso del TLC Estados Unidos-Singapur y en el caso de las negociaciones del CAFTA y del APC Perú-Estados Unidos en orden a que determinan la necesidad de lograr una mayor precisión en los términos del capítulo de inversiones.

El trato justo y equitativo se está regulando hoy con mayor precisión en los últimos AII¹⁰⁵. Tanto el modelo de TBI de Canadá como el de Estados Unidos establecen que el trato justo y equitativo así como la protección y seguridad plenas no requieren de un tratamiento que vaya más allá de los requerimientos establecidos por el derecho internacional consuetudinario, en lo que respecta al estándar mínimo de trato a favor de los extranjeros, estableciendo en forma positiva que los inversionistas tendrán acceso a la justicia en los términos que señala el derecho internacional consuetudinario¹⁰⁶.

Es así como en el capítulo 10 del APC Perú-Estados Unidos, se ha establecido en el anexo 10-A:

customary international law and is thus binding upon states. As one scholar has noted (Mark Janis): the determination of customary international law is more an art than a scientific method». GANTZ, David A., «The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement», ob. cit., p. 715.

¹⁰⁵ Ver: OECD, *International Investment Law: A Changing Landscape: A Companion Volume to International Investment Perspectives*, ISBN92-64-01164-1, 2005, pp. 73-125.

¹⁰⁶ ROBBINS, Joshua, «The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties», ob. cit., p. 425.

Derecho Internacional Consuetudinario

Las partes confirman su común entendimiento que el «derecho internacional consuetudinario», de manera general y tal como está específicamente referido en el artículo 10.5, resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al artículo 10.5, el trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros.

Esta disposición establece los alcances del concepto de derecho internacional consuetudinario para las partes, en lo que concierne a la protección de los derechos económicos e intereses de los extranjeros. Se trata de un tema complejo que remite a una serie de disciplinas del derecho internacional. Entre otras, la protección diplomática y el agotamiento de las vías previas, que a su vez se encuentran reflejadas en diversos casos en los que estos temas han sido tratados por parte de la Corte Internacional de Justicia, como el *Barcelona Traction*, el caso *ELSI* y otros¹⁰⁷.

En el modelo de TBI de Estados Unidos se ha adoptado una estructura de regulación que remite hoy al derecho internacional consuetudinario, estableciendo que el trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar al interesado el acceso a la justicia administrativa, civil o criminal; mientras que la protección y seguridad plenas son aquellas que razonablemente pueden proveer las autoridades policiales nacionales en armonía y cumplimiento con el derecho internacional consuetudinario¹⁰⁸.

El artículo 10.5.2.a del capítulo 10 del APC precisa que: «trato justo y equitativo» incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo».

107 BRUNO, Roberto, *Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis*. En: www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html.

108 OECD, *International Investment Law: A Changing Landscape: A Companion Volume to International Investment Perspectives*, ob. cit., p. 60.

2.3.4.2. *Protección y seguridad plenas*

La cláusula de la protección y seguridad plenas se remonta a los tiempos de los tratados Jay y de diversos acuerdos de amistad, comercio y navegación del siglo XIX y principios del siglo XX. Por regla general se le asocia a la cláusula de trato justo y equitativo, precisándose también en el caso de la protección y seguridad plenas, al igual que en lo referente al trato justo y equitativo, que en ningún caso el inversionista recibirá en este sentido un trato menor al establecido en el derecho internacional consuetudinario.

En esencia se trata que los inversionistas reciban por parte del Estado las seguridades del caso que demuestre que se ha dado la «debida diligencia» ante determinadas circunstancias a partir de las cuales se requiere que dicho Estado mantenga la protección y seguridad plenas. Tanto en el caso *Asian Agricultural Products Ltd. vs. Sri Lanka*, como en el caso *ELSI*, se puede apreciar este criterio de «debida diligencia» aplicado por los respectivos tribunales. El primero en el ámbito inversionista-Estado; el segundo, en el ámbito de las relaciones entre Estados¹⁰⁹.

De acuerdo con lo que señalan algunas fuentes doctrinarias, resulta complicado determinar el nivel de protección que debe proveer un Estado a efectos de garantizar la «debida diligencia» en cada caso. A partir del caso *Asian Agricultural Products Ltd.* antes referido, el tribunal arbitral ha dejado enunciadas dos posibles vías. La primera, a partir de una aproximación objetiva, que otorga el mismo tratamiento a todos los Estados receptores de inversión, obligándolos a proporcionar al inversionista la protección y seguridad «legítimamente esperada por parte de un Estado moderno y organizado».

La segunda posibilidad, que en concepto del tribunal arbitral de *Asian Agricultural Products Ltd.* estaría siendo descartada paulatinamente, es la de la aproximación subjetiva, basada en «las relativamente limitadas capacidades de las autoridades locales en determinado contexto, a efectos de ofrecer protección y seguridad».

Bajo esta perspectiva, cada caso debería ser evaluado en forma diferente¹¹⁰. Otros casos que caben traer a colación son el de *Genin vs. Estonia y Olguin*

¹⁰⁹ ROBBINS, Joshua, «The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties», ob. cit., pp. 425-429.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 428.

vs. Paraguay¹¹¹. En ambos se trata de arbitrajes tramitados ante el CIADI. Los tribunales respectivos rechazaron reclamaciones por supuesta carencia de protección y seguridad plenas derivadas de actos no criminales o de carácter no físico, pero tomando en consideración que los inversionistas fueron negligentes en ambos casos, al no haber tomado las medidas preventivas correspondientes, pero sin precisar categóricamente que las reclamaciones derivadas de actos no criminales o de carácter no físico, efectivamente, no se encuentran amparadas por la cláusula de protección y seguridad plenas.

Otro caso que se suele citar con frecuencia es el caso Loewen vs. Estados Unidos, en el marco del NAFTA, donde el demandante alegó la mala conducta de terceros como una violación del principio materia de comentario, sin que el tribunal arbitral acogiera su pretensión y sin que se produzca un laudo a su favor¹¹².

2.3.5. Expropiación directa e indirecta

El APC prohíbe la expropiación directa, salvo en los casos previstos taxativamente en el mismo capítulo 10 artículo 10.7. En consecuencia, solo cabe la expropiación cuando la medida obedezca a un propósito público, sea realizada de manera no discriminatoria, tenga como correlato el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización (en aplicación de la fórmula Hull) y se lleve a cabo de conformidad con el debido proceso. En tal sentido, el artículo en mención simplemente acoge la doctrina internacional y el derecho internacional consuetudinario sobre la materia¹¹³.

Otro ámbito que también merece atención es el que se refiere a las expropiaciones regulatorias o indirectas y a las notas interpretativas incorporadas a los AII luego de ser adoptadas por los entes competentes como la Comisión de Libre Comercio del NAFTA.

En el primer caso, debería de existir un balance entre el derecho de un país a regular soberanamente su economía y el razonable interés comercial del

¹¹¹ Ver: www.worldbank.org/icsid.

¹¹² Ver: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Award-2.pdf>.

¹¹³ NORTON, Patrick. «A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation». En: *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, p. 474.

inversionista¹¹⁴. Conviene destacar en este punto que tanto el modelo de TBI canadiense como el de Estados Unidos, contienen novedosas reglas para facilitar este equilibrio.

En los dos modelos se utilizan anexos con listas detalladas que clarifican las actividades regulatorias de los Estados, incluyendo diversos factores de evaluación, como el impacto económico de la medida regulatoria, su posible interferencia con las expectativas del inversionista, entre otras.

En el caso del APC Perú-Estados Unidos, como se ha detallado líneas arriba, se incorporó un esquema similar, donde se hace referencia a la regulación que lleva a cabo el Estado. Esto está previsto en el anexo 10 B del capítulo 10 de inversiones, destacando la prevalencia y validez de los actos regulatorios no discriminatorios en materia de bienestar público. De conformidad con el tratado, estos actos regulatorios en modo alguno pueden ser considerados como medidas expropiatorias directas ni indirectas¹¹⁵.

Es así como el numeral (b) del anexo en mención precisa que, «salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente».

El concepto de «bienestar público» recogido en este anexo es diferente al de «propósito público» que recoge el artículo 10.7 sobre expropiación e indemnización. En el segundo caso, se precisa mediante una nota a pie de página referida al artículo, que «para mayor certeza, para los propósitos de este artículo, el término 'propósito público' se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario. La legislación interna puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como 'necesidad pública', 'interés público' o 'utilidad pública'».

En tal sentido, el «propósito público» es la motivación de la expropiación tutelada por el derecho público, pero, a su vez, se distingue claramente del acto de imperio mediante el cual el Estado lleva a cabo sus prácticas regulatorias ordinarias y con el fin de preservar el «bienestar público» en ámbitos como salud, seguridad y medio ambiente.

¹¹⁴ Ver: OECD, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law, Working Papers on international Investment Law*, nro. 2004/4, 2004.

¹¹⁵ Ver: www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf.

En resumen, en el caso de la expropiación directa o indirecta, el inversionista que califique como tal y que sea expropiado tiene derecho a una indemnización y para ello podría eventualmente activar el mecanismo de solución de controversias contenido en el capítulo 10. Por otro lado, en el caso de los actos regulatorios no discriminatorios puestos en práctica por el Estado, simplemente, no resulta aplicable en principio el concepto de expropiación directa o indirecta regulado por el artículo 10.7 antes citado y no cabe, en principio, reclamación alguna por la vía de la sección B del capítulo 10 del APC.

2.3.6. Interpretación del tratado y arbitraje

En lo que se refiere a la interpretación del tratado a llevarse a cabo por los entes especiales derivados de los AII, un antecedente interesante es el que se encuentra en el caso de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, la misma que produce interpretaciones del tratado, a efectos de clarificar los alcances de determinadas cláusulas, lo que armoniza perfectamente con los alcances de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados¹¹⁶.

Una estructura similar ha sido recogida en el capítulo 20 del APC Perú-Estados Unidos¹¹⁷. En tal sentido, el artículo 10.22.3 señala que «una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este acuerdo, conforme al artículo 20.1.3 (Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal y toda decisión o laudo emitido por un tribunal deberá ser compatible con esa decisión».

En el siguiente artículo 10.23, se establecen disposiciones adicionales respecto de las interpretaciones que haga la Comisión de Libre Comercio en lo que concierne a los anexos del APC. En consecuencia, la Comisión cuenta con atribuciones que van a influenciar el funcionamiento de los tribunales arbitrales que se constituyan de conformidad con la sección B del capítulo 10, contando así con una potencial limitación a su discrecionalidad, siempre que se den los supuestos previstos en el mismo capítulo 10 y en el marco de las funciones que precisa a su vez el capítulo 20 para la Comisión de Libre Comercio.

¹¹⁶ UNCTAD, *Investor State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, ob. cit., p. 60.

¹¹⁷ Ver: www.tlperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/20.Administracion.pdf.

3. EL SOMETIMIENTO DE UNA RECLAMACIÓN A ARBITRAJE

La sección B del capítulo 10 del APC establece el mecanismo que corresponde aplicar cuando un inversionista reclama la violación de alguno de los derechos sustantivos dispuestos en la sección A de este capítulo o de una autorización de inversión o de un acuerdo de inversión.

3.1. Condiciones y requisitos previos al inicio del arbitraje

3.1.1. ¿Quién tiene legitimidad para iniciar un arbitraje?

El artículo 10.16.1 autoriza a que el inversor pueda someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue que el Estado receptor de la inversión ha violado una obligación establecida en la sección A del capítulo 10, una autorización de inversión o un acuerdo de inversión y, como consecuencia o resultado de dicha violación, ha sufrido pérdidas o daños.

La misma norma también autoriza a que el inversor, en representación de una empresa constituida en el Estado receptor de la inversión, que sea una persona jurídica de propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, pueda someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue que el Estado receptor de la inversión ha violado una obligación establecida en la sección A del capítulo 10, una autorización de inversión o un acuerdo de inversión y, como consecuencia o resultado de dicha violación, la empresa ha sufrido pérdidas o daños. Si el reclamo es amparado, el pago será a favor de la empresa (artículo 10.26.2)¹¹⁸.

Conforme a las definiciones contenidas en la sección C del capítulo 10, «inversionista de una parte significa una parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la parte, que intenta realizar, a través de acciones concretas, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene

¹¹⁸ Remitimos al lector a BJORKLUND, Andrea K., HANNAFORD, John F. G. y KINNEAR, Meg N., *Investment Disputes Under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, 2006, pp. 1116-1-1116-41, para un análisis más profundo de cómo interactúan ambos supuestos en el NAFTA.

doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva»¹¹⁹.

Por su parte, «acuerdo de inversión significa un acuerdo escrito¹²⁰ entre una autoridad nacional¹²¹ de una parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra parte, en virtud del cual la inversión cubierta o el inversionista se base para establecer o adquirir una inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo, que otorga derechos a la inversión cubierta o al inversionista:

- a) respecto a los recursos naturales que una autoridad nacional controla, como para su explotación, extracción, refinamiento, transporte, distribución o venta;
- b) para proveer servicios al público en representación de la parte, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua o telecomunicaciones; o
- c) para realizar proyectos de infraestructura, tales como construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos o gasoductos que no sean de uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno»¹²².

Por último, «autorización de inversión significa una autorización otorgada por la autoridad de inversiones extranjeras de una parte a una inversión cubierta o a un inversionista de otra parte». A la fecha de entrada del APC, ninguno de los Estados miembros cuenta con autoridad alguna que otorgue autorizaciones de inversión.

¹¹⁹ Sobre qué se entiende por «inversión» y por «inversionista», ver el artículo del doctor Javier Tovar Gil, publicado en esta obra.

¹²⁰ La nota 12 entiende que «acuerdo escrito» se refiere a un acuerdo escrito, ejecutado por ambas partes, donde en un solo instrumento o en múltiples instrumentos se crea un intercambio de derechos y obligaciones vinculando a ambas partes bajo la ley aplicable estipulada en el artículo 10.22.2. Para mayor certeza, a) un acto unilateral de una autoridad administrativa o judicial, tales como un permiso, licencia o una autorización emitida por una parte solamente en función de su capacidad regulatoria, o un decreto, orden o sentencia, por sí misma; y b) un decreto u orden de consentimiento administrativo o judicial, no deberán ser considerados un acuerdo escrito.

¹²¹ La nota 13 define a la «autoridad nacional» como «una autoridad de nivel central de gobierno».

¹²² En el anexo 10-H se realizan mayores precisiones acerca del concepto de «acuerdo de inversión». Conforme al mismo, los convenios de estabilidad jurídica otorgados al amparo de los decretos legislativos 662 y 757 pueden constituir uno de los múltiples instrumentos escritos que conforman un acuerdo de inversión. Sin embargo, una violación de estos convenios de estabilidad jurídica, por sí solos, no constituye una violación del acuerdo de inversión.

3.1.2. Plazos y trámites a seguir

El inversionista tiene tres años (artículo 10.18.1) para someter a arbitraje una controversia (artículo 10.16.4), plazo que comienza a computarse a partir de la fecha en que el inversor tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada y conocimiento de que él o la empresa que representa sufrió pérdidas o daños¹²³.

Conforme al artículo 10.16.2, el inversor por lo menos 90 días antes de que someta una reclamación a arbitraje, debe entregar al Estado receptor de la inversión una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje. Aquí deberá especificar: a) el nombre y dirección del demandante y, si representa a una empresa localmente constituida, el nombre, dirección y lugar de constitución de dicha empresa; b) por cada reclamo, la disposición del APC, de la autorización de inversión o el acuerdo de inversión que se habría violado; c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y d) la reparación que se solicita y el monto de los daños reclamados¹²⁴.

Cumplidos los 90 días desde que fuera presentada la notificación de intención de someter la reclamación a arbitraje y siempre que además hayan transcurrido al menos seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación (artículo 10.16.3), el inversionista puede someter su reclamación a arbitraje¹²⁵.

Con la información proporcionada en la intención de arbitraje y los plazos exigidos, se supone que las partes en disputa podrán previamente intentar resolver sus diferencias mediante consultas y negociaciones (artículo 10.15)¹²⁶.

¹²³ Sobre una experiencia similar en el NAFTA, ver: BJORKLUND, Andrea K., HANNAFORD, John F. G. y KINNEAR, Meg N., *Investment Disputes Under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, ob. cit., pp. 1116-34-1116-38. En esta obra se analizan los casos NAFTA Pope & Talbot vs. Canadá, Feldman vs. Estados Unidos, Mondev vs. Estados Unidos, Glamis Glod vs. Estados Unidos y Grand River Enterprises vs. Estados Unidos, en los que se trata esta materia.

¹²⁴ En el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos-América Central y República Dominicana (CAFTA) existe una disposición similar. Sobre este particular, GANTZ, David A., «Settlement of Disputes Under the Central American-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement». En: *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 30, 2007, p. 370, indica: «This requires something more than simple 'notice' pleading, given the language about the legal and factual basis for each claim. With the similarity of this language to NAFTA, claimants under CAFTA-DR can draw on the NAFTA practice, in which the notice of intent is typically ten to fifteen pages, and it is probably reasonable to assume that the CAFTA-DR Free Trade Commission will eventually issue guidelines for such notices, as has occurred in NAFTA».

¹²⁵ *Ibidem*, p. 371.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 371.

Por último, para que el inversor pueda someter válidamente por cuenta propia o en representación de una empresa constituida en el Estado receptor de la inversión una controversia a arbitraje, conforme al artículo 10.18.2 este y la empresa a la cual representa, de corresponder, al momento en que presentan al Estado receptor de la inversión su notificación escrita de intención de someter la reclamación a arbitraje deben renunciar por escrito a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue constituye una violación^{127 128}.

Aquí cabe aclarar que, cuando se trate de una alegada violación a la sección A del capítulo 10 del APC, al inversor peruano y a su empresa, en caso corresponda, les bastará renunciar a iniciar o continuar una actuación¹²⁹. En cambio, conforme al anexo 10-G, un inversionista norteamericano no podrá someter a arbitraje una alegada violación, si previamente él o la empresa a quien representa ya ha alegado la violación de una obligación de la sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo¹³⁰. En todo caso, el APC permite que se inicien o continúen solicitudes de medidas cautelares ante un tribunal judicial o administrativo del Estado receptor de la inversión, que no involucren el pago de daños monetarios y siempre que tales medidas se interpongan con el único propósito de preservar los derechos e intereses del inversor o de la empresa que representa mientras se encuentra en trámite el arbitraje.

En lo que se refiere a una alegada violación a una autorización de inversión o a un acuerdo de inversión, no cabrá acudir a la instancia arbitral prevista en el APC, si previamente el inversor o la empresa que representa han sometido

¹²⁷ En el NAFTA destaca el caso *Waste Management Inc. vs. México*, en el que se analizó una disposición similar a la contenida en el APC Perú-Estados Unidos. Ver UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, ob. cit., pp. 30-31.

¹²⁸ A esta exigencia se le conoce en doctrina como una «Cláusula de selección de vías sin vuelta en U». Leer a: CREMADES, Bernardo M. y CAIRNS, David J. A., «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados». En: *Revista Internacional de Arbitraje*, nro. 1, Bogotá, 2004, p. 75.

¹²⁹ GANTZ, David A., «Settlement of Disputes Under the Central American-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement», ob. cit., p. 374. «The CAFTA-DR provisions do not on their face appear to require a choice between international arbitration or local court action at the outset. Rather once arbitration is initiated, the local option is no longer available, so existing actions must be terminated and new ones cannot be initiated». Esta es la misma regla aplicable conforme al APC.

¹³⁰ Para mayor certeza, el punto 2 del anexo 10-G establece que en este caso «dicha elección será definitiva y el inversionista no puede a partir de ese momento, someter la reclamación a un arbitraje bajo la sección B».

la misma violación alegada ante un tribunal administrativo o Corte del Estado receptor de la inversión o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante (artículo 10.18.4)¹³¹.

3.2. Reglas arbitrales aplicables

Si no ha sido posible solucionar una controversia mediante consultas o negociaciones, un inversionista afectado puede remitir el reclamo a arbitraje. El APC en su artículo 16.16.3 reconoce cuatro alternativas, que los Estados miembros previamente han consentido en aceptar¹³²:

- a) Al CIADI, siempre que tanto el Estado receptor de la inversión, como el otro Estado del cual el inversionista sea su nacional, sean parte del Convenio CIADI¹³³.
- b) A las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que solo uno de los Estados parte del APC sea miembro del CIADI.
- c) A un arbitraje ad hoc bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL¹³⁴.
- d) A cualquier arbitraje institucional o ad hoc que las partes expresamente acuerden.

En el caso del APC Perú-Estados Unidos no existe realmente una alternativa entre los supuestos a) y b), ya que ambos Estados son miembros del CIADI y, para acceder al Mecanismo Complementario del CIADI, uno de los Estados no debe ser miembro del Convenio CIADI¹³⁵. Además, el supuesto d) general-

¹³¹ El artículo 10.18.4.b establece que, en este caso, «esa elección será definitiva y el demandante no puede, a partir de ese momento, someter la reclamación a arbitraje conforme a la sección B». Ver para el caso del TLC Chile-Estados Unidos, que dispone reglas similares: GANTZ, David A., «The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement», ob. cit., pp. 755-758.

¹³² Artículo 10.17.1. del APC: «Cada parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta sección y de conformidad con este acuerdo». Leer a: PAULSSON, Jan, «Arbitration without Privity». En: *ICSID Review -Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, nro. 2, 1995, pp. 234 y ss.

¹³³ El Convenio CIADI y su Reglamento de Arbitraje se ubican en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf.

¹³⁴ Las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL se ubican en: www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-2.pdf.

¹³⁵ BROCHES, Aron, «El arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)». En: *Estudios sobre arbitraje comercial internacional*, segunda edición, Centro de Estudios

mente será aplicable tratándose de «acuerdos de inversión»¹³⁶, ya que difícilmente el inversionista tratará de forzar un foro arbitral particular para la solución de los conflictos referidos a la sección A del capítulo 10 del APC, cuando ya tiene asegurado la opción del CIADI o de un arbitraje ad hoc bajo reglas de UNCITRAL.

Por lo tanto, cuando se trate del reclamo de una violación a la sección A del capítulo 10 del APC, las opciones realmente son entre los supuestos a) y c); es decir, entre el arbitraje CIADI y un arbitraje ad hoc bajo reglas de UNCITRAL.

No es el momento ni la oportunidad para analizar a fondo las ventajas y desventajas de un mecanismo arbitral u otro. Bástenos indicar que la experiencia en la solución de controversias en materia de inversiones demuestra que la vía más utilizada por los inversionistas para reclamar la violación de sus derechos como tales es el recurrir al CIADI¹³⁷.

Sin embargo, para acceder al CIADI no basta que un TBI o un TLC como es el caso de APC lo prevea. El artículo 25 del Convenio CIADI establece tres condiciones para acceder a la jurisdicción del CIADI¹³⁸ que, de no cumplirse, una controversia solo podría ser remitida al arbitraje ad hoc bajo reglas de UNCITRAL.

En consecuencia, el inversor en algunos casos solo tendrá como «alternativa» el arbitraje ad hoc bajo reglas de UNCITRAL¹³⁹.

Comerciales (Ceco), Madrid, 1983, p. 252; LEAHY, Edward R. y ORENTLICHER, Diane F., «Enforcement of Arbitral Awards issued by the Additional Facility of the International Centre of Settlement of Investment Disputes (ICSID)». En: *Journal of International Arbitration*, vol. 2, nro. 3, 1985, pp. 15-16; y GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, «The International Centre for Settlement of Investment disputes —The Mexican Experience». En: *Journal of International Arbitration*, vol. 19, nro. 3, 2002, p. 237.

¹³⁶ Por ejemplo, muchos convenios de estabilidad jurídica y contratos de concesión pactados por el Estado peruano con inversionistas foráneos contienen pactos de sometimiento a arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Sobre este particular, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2007, pp. 842-881.

¹³⁷ REED, Lucy, PAULSSON, Jan y BLACKABY, Nigel, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 2004.

¹³⁸ Los tres requisitos son: a) que exista consentimiento por escrito de someter el conflicto al arbitraje del CIADI; b) que la disputa sea entre un Estado miembro y el nacional de otro Estado miembro; y c) que se trate de una disputa de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión. Sobre las condiciones y su cumplimiento, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ob. cit., pp. 592-713.

¹³⁹ Por ejemplo, en lo que se refiere a la nacionalidad de una persona natural, el artículo 10.28 del APC establece que si dicha persona natural «tiene doble nacionalidad, se considerará exclusivamente un

En todo caso, conforme al artículo 10.16.5, las reglas arbitrales aplicables (CIADI o UNCITRAL, según corresponda) serán las vigentes en la fecha del reclamo y se aplicarán «salvo en la medida en que sea modificado por este acuerdo»¹⁴⁰.

3.3. Composición del tribunal arbitral

Una de las reglas especiales que se superponen a las reglas arbitrales aplicables es la dispuesta en el artículo 10.19, referida a la selección y designación de árbitros. Esta norma establece que, salvo que las partes convengan otra cosa, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros. Un árbitro será designado por cada parte y el tercer árbitro que presidirá el tribunal será designado por acuerdo de las partes.

En caso un tribunal arbitral no se ha constituido en un plazo de 75 días contado a partir de la fecha en que la reclamación fue sometida a arbitraje (artículo 10.16.4)¹⁴¹, el secretario general del CIADI, a petición de una de las partes, designará a los árbitros faltantes.

nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva». En consecuencia, en base al APC, una persona natural con nacionalidad norteamericana y peruana podría demandar en sede arbitral al Estado peruano, si es que demuestra que su nacionalidad dominante y efectiva es la norteamericana.

Sin embargo, conforme al Convenio CIADI, dicha persona natural tiene que ser nacional de un Estado Contratante del Convenio CIADI y, al mismo tiempo, no deberá ser nacional del Estado receptor de la inversión en dos momentos: cuando se dé el consentimiento para arbitrar ante el CIADI y cuando se presente la solicitud de arbitraje ante el CIADI. Jurisprudencia del CIADI (Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba y Timothy T. Wahba vs. República Árabe de Egipto (Caso ARB/02/9)), ha considerado que cuando un inversionista persona natural es nacional del Estado receptor de la inversión en alguno de los dos momentos antes identificados, no resulta de aplicación la nacionalidad dominante y efectiva.

En consecuencia, en este caso, no se encontraría habilitada la jurisdicción del CIADI, aunque, en base al APC, el inversionista podría iniciar un arbitraje ad hoc bajo reglas de UNCITRAL.

¹⁴⁰ GANTZ, David A., «Settlement of Disputes Under the Central American-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement», ob. cit., pp. 375-376.

¹⁴¹ Conforme al artículo 10.19, una reclamación se considera sometida a arbitraje, cuando: a) En el caso de un arbitraje CIADI, su secretario general recibe una solicitud de arbitraje conforme a sus Reglamentos; y b) En el caso de un arbitraje ad hoc bajo Reglas UNCITRAL, cuando el demandado recibe el escrito de demanda.

3.4. Consolidación de reclamos

Según sus términos, el APC permite que más de un inversionista pueda iniciar reclamos generados del mismo evento que dio motivo a un incumplimiento del tratado¹⁴².

Ante esta situación, el artículo 10.25 contiene directivas respecto a la consolidación de disputas, tanto de aquellas directamente planteadas por inversionistas como respecto de las deducidas por ellos en representación de empresas. Esta disposición tiene como antecedente las reglas del NAFTA¹⁴³.

A la fecha, la experiencia en materia de consolidación de procedimientos arbitrales es limitada, ya que, hasta donde tenemos conocimiento, solo se han reportado dos casos NAFTA sobre este particular¹⁴⁴.

En efecto, nos estamos refiriendo a las decisiones de los tribunales de acumulación, en los seguidos por Cantor Corporation vs. Estados Unidos de América, Tembec et al. vs. Estados Unidos de América y Terminal Forest Products Ltd. vs. Estados Unidos de América, orden de consolidación de 7 de setiembre de 2005¹⁴⁵; y Corn Products International Inc vs. México (Caso ARB(AF)/04/1) y Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. vs. México (ICSID ARB(AF)/05/5), orden de consolidación de 20 de mayo de 2005¹⁴⁶.

Ambas solicitudes de consolidación recibieron respuestas distintas. Mientras que en el caso contra México se decidió no consolidar las demandas arbitrales aun cuando se referían a reclamos conexos debido, esencialmente, a que ambos demandantes eran competidores en el mismo mercado, en el caso contra Estados

¹⁴² UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, ob. cit., p. 32. «...considering that the same set of measures implemented by a host country may affect numerous foreign investors, it is not uncommon that the same facts and circumstances are litigated by different investors in different tribunals». Leer también a: SUAREZ ANZORENA, Ignacio, «Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión». En: *Lima Arbitration*, nro. 1, Lima, 2006, www.limaarbitration.net/LimaArbitration3.pdf, pp. 113 y ss.

¹⁴³ ALVAREZ, Henri C., «Arbitration under the North American Free Trade Agreement». En: *Arbitration International*, vol. 16, nro. 4, 2000, p. 414.

¹⁴⁴ No es nuestra intención describir aquí el procedimiento que corresponde seguir en estos casos. Quién desee profundizar en este tema, conviene que lea a: FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, «Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras». En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 11, 2006, p. 12; SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, «Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión», ob. cit., pp. 117-118.

¹⁴⁵ La decisión se ubica en: www.state.gov/documents/organization/53113.pdf.

¹⁴⁶ La decisión se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/Corn_Archer_order_en.pdf.

Unidos se ordenó la consolidación, ya que, al tratarse de demandas conexas, era justo y eficiente que se resolvieran conjuntamente¹⁴⁷.

3.5. Algunas reglas particulares

3.5.1. La identificación del lugar del arbitraje

Conforme al Convenio CIADI, la única normatividad aplicable al arbitraje es el propio convenio y sus reglamentos¹⁴⁸, sin que resulten de aplicación las normas arbitrales del lugar del arbitraje. Así, la elección del lugar del arbitraje únicamente dependerá de la conveniencia de las partes, del tribunal arbitral y del propio CIADI como entidad administradora del arbitraje.

Justamente por esta razón, los artículos 62 y 63 del Convenio CIADI disponen que un procedimiento arbitral se tramita en la sede del Centro (sito en Washington D. C., Estados Unidos), salvo que medie acuerdo entre las partes, en cuyo caso el procedimiento arbitral se podrá desarrollar en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje, en la de cualquier institución con la que el CIADI tenga convenio e, inclusive, en cualquier otro lugar que el tribunal arbitral apruebe, previa consulta con el secretario general del CIADI.

En cambio, cuando un arbitraje se desarrolla fuera del ámbito del CIADI, como bien explica Mantilla-Serrano, el lugar oficial del arbitraje «opera como un vínculo jurídico que permite... definir el marco jurídico en el que se desarrollará el procedimiento arbitral, definir los jueces que serán normalmente competentes para ciertas funciones de apoyo judicial al arbitraje, y conferirle una 'nacionalidad' al laudo que se dicte»¹⁴⁹.

Se trata pues de una decisión de la máxima importancia, porque la determinación del lugar del arbitraje significará la aplicación de la legislación de dicha sede y la potencial intervención de su Poder Judicial¹⁵⁰.

¹⁴⁷ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, ob. cit., pp. 32-34.

¹⁴⁸ Artículo 44 de la Convención del CIADI.- «Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las reglas de arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta sección, en las reglas de arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el tribunal».

¹⁴⁹ MANTILLA-SERRANO, Fernando, «Ley de Arbitraje», Iustel, Madrid, 2005, pp. 157-158.

¹⁵⁰ Ver infra punto nro. III.6.

El artículo 10.20.1 del APC simplemente dispone que las partes pueden convenir en la sede legal donde haya que celebrarse cualquier arbitraje y que, a falta de acuerdo, «el tribunal arbitral determinará dicho lugar... siempre que el lugar se encuentre en el territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York».

En estos casos, la experiencia del NAFTA demuestra que los árbitros escogen el lugar del arbitraje luego de consultar con las partes y de que estas últimas suelen argumentar extensamente sobre esta cuestión¹⁵¹.

3.5.2. Decisión preliminar sobre jurisdicción

Independientemente de cualquier otra objeción contra la jurisdicción del tribunal arbitral, el artículo 10.20.4 establece que un tribunal arbitral deberá decidir como cuestión previa cualquier objeción del Estado receptor de la inversión de que, como cuestión de derecho, la reclamación no es una que encuentra amparo en el capítulo 10 del APC.

Esta objeción deberá presentarse a más tardar al momento en que el Estado receptor de la inversión deba presentar su contestación de la demanda, debiendo el tribunal arbitral suspender cualquier actuación sobre el fondo del litigio, fijar un cronograma de actuaciones para la consideración de la objeción y emitir la resolución correspondiente.

Es más, si el Estado demandado presenta esta solicitud dentro de los 45 días siguientes a la constitución del tribunal arbitral, este último deberá resolver la objeción en forma expedita, a más tardar 150 días después de la fecha de la solicitud, existiendo una extensión extraordinaria de 30 días más (artículo 10.20.5).

Detrás de estas disposiciones, lo que existe es el interés de evitar la presentación de demandas frívolas. Por ello, el siguiente inciso de este artículo habilita la posibilidad de sancionar con las costas a la parte pedidora¹⁵².

¹⁵¹ ALVAREZ, Henri C. «La escogencia del lugar del arbitraje». En: *Revista Internacional de Arbitraje*, nro. 3, Bogotá, 2005, p. 17. Ver la decisión acerca del lugar del arbitraje de 28 de noviembre de 1997, en los seguidos por Ethyl Corporation vs. Canadá; la decisión respecto al lugar del arbitraje de 21 de octubre de 2001, en los seguidos por UPS vs. Canadá; y, la decisión acerca del pedido de cambio de la sede del arbitraje de 14 de marzo de 2002, en los seguidos por Pope & Talbot Inc. vs. Canadá, entre otros.

¹⁵² GANTZ, David A., «The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United Status-Chile Free Trade Agreement», ob. cit., pp. 758-761; y, GANTZ, David A., «Settlement of Disputes Under the Central American-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement», ob. cit., pp. 376-378.

3.5.3. La transparencia en el arbitraje

Con la finalidad de elevar los niveles de transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados¹⁵³, el NAFTA fue el primer tratado en esta materia que aceptó el acceso público al expediente arbitral, incluido el laudo; la realización de audiencias abiertas al público; y la intervención de *amicus curiae*¹⁵⁴. El APC Perú-Estados Unidos recoge los mismos postulados en los artículos 10.20.3 y 10.21:

«Artículo 10.20.3. El tribunal estará facultado para aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* que provengan de una persona o entidad que no sea una parte contendiente. Cada comunicación deberá identificar su titular y cualquier persona u organización que ha proveído o proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación de la comunicación»¹⁵⁵.

Artículo 10.21. Transparencia de las Actuaciones Arbitrales

1. Con sujeción a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con prontitud a las partes no contendientes y los pondrá a disposición del público:

- a) la notificación de intención;
- b) la notificación de arbitraje;
- c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el artículo 10.25;

¹⁵³ Sobre los antecedentes de esta corriente que promueve una mayor transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados, leer a: TWEEDDLE, Andrew, «Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception». En: *Arbitration International*, vol. 21, nro. 1, 2005, pp. 60-61.

¹⁵⁴ Ver, por ejemplo, la Declaración Conjunta de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, sobre la participación de partes no contendientes, de 7 de octubre de 2003. En: www.economia.gob.mx/work/sncl/negociaciones/Controversias/pdfs/participacion.pdf. Ver también los portales de Canadá (www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-e.asp), de Estados Unidos (www.state.gov/sl/c3439.htm) y de México (www.economia.gob.mx), en los que se ubicará toda la información acerca de los procedimientos arbitrales seguidos por inversionistas conforme a este tratado.

¹⁵⁵ Como indicó el tribunal arbitral en la resolución de 19 de mayo de 2005, en el caso *Aguas Argentinas S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. y Vivendi Universal S. A. vs. República Argentina* (Caso ARB/03/19), «...el papel de *amicus curiae*... es similar al de un amigo de la Corte, tal como ha sido reconocido en ciertos sistemas jurídicos y, recientemente, en un cierto número de procedimientos internacionales. En esos casos, una persona que no es parte en la diferencia ofrece, en calidad de 'amigo', proporcionar a la Corte o tribunal sus perspectivas especiales, argumentos, o conocimientos especializados sobre la controversia, usualmente en forma de un escrito o presentación *amicus curiae*». La resolución se ubica en: www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0319-AC-sp-pdf.

d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y

e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal.

2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información protegida deberá informarlo así al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación...¹⁵⁶.

3.5.4. La ley aplicable al fondo de la controversia

El artículo 10.22.1 establece que una reclamación referida a una violación de la sección A del capítulo 10 de APC deberá ser resuelta «de conformidad con este acuerdo y con las normas aplicables del derecho internacional».

Esta disposición que otorga un rol protagónico al derecho internacional¹⁵⁷, se encuentra recogida en innumerables tratados sobre la materia¹⁵⁸ y la doctrina y la jurisprudencia reconocen su plena aplicación¹⁵⁹.

¹⁵⁶ GANTZ, David A., «The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United Status-Chile Free Trade Agreement», ob. cit., pp. 747-752.

¹⁵⁷ Que conforme al artículo 38(1) de la Corte Internacional de Justicia, tiene las siguientes fuentes: «1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales o la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...».

¹⁵⁸ Por ejemplo, en el NAFTA, en el Protocolo de Colonia del Mercosur, en el Tratado de la Carta de la Energía y el los TBI, Canadá-Uruguay (artículo XII(7)), Canadá-Venezuela (artículo XII(7)), Canadá-Ecuador (artículo XIII(7)), Argentina-México (artículo 10(5)), Argentina-Venezuela (artículo 11(4)), El Salvador-Argentina (artículo 11(6)) y Perú-Canadá (artículo 40), entre muchos otros.

¹⁵⁹ SACERDOTI, Giorgio, «Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards». En: *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, nro. 1, 2004, p. 26; REED, Lucy, PAULSSON, Jan y BLACKABY, Nigel, *Guide to ICSID Arbitration*, ob. cit., p. 47. Ver además, los laudos CIADI Antoine Goetz y otros vs. República de Burundi (Caso ARB/95/3), Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. República Árabe de Egipto (Caso ARB/99/6) y la sentencia de una Corte de Apelaciones de Suecia de 15 de mayo de 2003, en el proceso de anulación de laudo arbitral seguido por la República Checa vs. CME Czech Republic B.V.

Por su parte, el artículo 10.22.2 dispone que un litigio referido a una autorización de inversión o a un acuerdo de inversión deberá ser resuelto conforme a las normas legales especificadas en los mismos y, a falta de acuerdo, conforme a la legislación del Estado receptor de la inversión, incluidas sus normas sobre conflictos de leyes y las normas del derecho internacional que resulten aplicables.

Esta disposición es muy similar a la contenida en el artículo 41.2 del Convenio CIADI, por lo que resultará más que necesario hacerle seguimiento a los laudos dictados y que se emitan en el futuro en este centro de arbitraje supranacional.

A la fecha y en líneas generales, se ha establecido que aun cuando las partes hayan pactado la aplicación del derecho del Estado receptor de la inversión, el derecho internacional siempre tendrá dos funciones: La primera función consiste en llenar vacíos y cubrir lagunas. Así, por ejemplo, en el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. República de Egipto* (Caso ARB/84/3), los árbitros recurrieron directamente al derecho internacional para cubrir lagunas del derecho nacional aplicable.

La segunda función por la cual el derecho internacional se aplicará por encima de una legislación nacional pactada es cuando esa legislación o los actos practicados bajo su marco violan el derecho internacional. Si bien esta función también ha sido afirmada en varios fallos arbitrales, se mantiene la duda acerca de sus reales alcances, ya que una cosa es que el derecho internacional se aplique en casos extremos¹⁶⁰, y otra muy distinta que se aplique siempre por encima de la legislación nacional pactada por las partes, como parece ser la posición asumida por muchos tribunales arbitrales CIADI¹⁶¹.

¹⁶⁰ CHUKWUMERIJE, Okezie, «International Law and Article 42 of the ICSID Convention». En: *Journal of International Arbitration*, vol. 14, nro. 3, 1997, pp. 91-97.

¹⁶¹ En ese sentido, recomendamos revisar, entre otros, la decisión sobre anulación de la Comisión Ad Hoc en *Klockner Industrie-Anlagen GmbH, Klockner Belge S.A. y Klockner Handel-smaatschappij B.V. vs. República del Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (Caso ARB/81/2), el segundo laudo arbitral emitido en el caso *Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. y P.T. Amco Indonesia vs. República de Indonesia* (Caso ARB/81/1) y el laudo en *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. vs. República Bolivariana de Venezuela* (Caso ARB/00/5).

3.5.5. Intervención del Estado que no es parte en la controversia y decisiones de la Comisión de Libre Comercio

El artículo 10.20.2 permite que el Estado de nacionalidad del inversionista pueda presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal arbitral, respecto a la interpretación del APC. Así, por ejemplo, en el NAFTA en el caso *Feldman vs. México*, tanto Estados Unidos como Canadá presentaron sendos informes acerca de cómo entendían que debía interpretarse dicho tratado frente a los hechos alegados por la demandante¹⁶².

Por su parte, el artículo 10.22.3 expresamente autoriza a que la Comisión de Libre Comercio pueda dictar una decisión en la que se declare la interpretación de una disposición del APC y, conforme al artículo 20.1.3, esa decisión será obligatoria para un tribunal arbitral al momento de resolver¹⁶³. Por ejemplo, en el NAFTA donde existe una disposición similar, la Comisión de Libre Comercio el 31 de julio de 2001 dictó una nota de interpretación clarificando el contenido del artículo 1105 que ha condicionado, desde entonces, la interpretación que, respecto de esta disposición, han desarrollado los diferentes tribunales arbitrales NAFTA¹⁶⁴.

Por último, el artículo 10.23 dispone que cuando el Estado receptor de la inversión afirma como defensa que la medida que se alega como violatoria se encuentra dentro del ámbito de aplicación del anexo I o el anexo II, a su solicitud, el tribunal arbitral solicitará a la Comisión de Libre Comercio una interpretación sobre el asunto. Dentro de los 60 días siguientes la Comisión de Libre Comercio presentará su decisión, la cual será obligatoria para el tribunal arbitral. Si no se presenta la decisión, el tribunal arbitral decidirá sobre el asunto¹⁶⁵.

¹⁶² GANTZ, David A., «Settlement of Disputes under the Central American-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement», ob. cit., p. 376.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 381.

¹⁶⁴ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, p. 42. Ver supra punto 2.3.4.1.

¹⁶⁵ GANTZ, David A., «Settlement of Disputes Under the Central American-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement», ob. cit., p. 381. En el NAFTA, solo una vez se ha presentado esta situación.

3.5.6. Laudos y remedios¹⁶⁶

El artículo 20.26.1 establece que el tribunal arbitral únicamente puede otorgar por separado o en combinación: a) daños pecuniarios y sus intereses; y b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado pueda pagar daños pecuniarios y sus intereses en lugar de la restitución. Además, los árbitros pueden imputar las costas¹⁶⁷.

Por su parte, el artículo 10.26.3 expresamente establece que un tribunal arbitral no está autorizado para ordenar el pago de daños que tengan el carácter punitivo¹⁶⁸.

Por último, el artículo 10.20.9 introduce una iniciativa novedosa, por medio de la cual, a solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral antes de dictar un laudo sobre responsabilidad deberá comunicar a las partes una propuesta de decisión. Dentro de los 60 días siguientes, las partes podrán presentar sus comentarios, los cuales serán considerados por el tribunal al momento de laudar, dentro de los 45 días siguientes de vencido el plazo concedido a las partes. Este mecanismo, sin embargo, no será de aplicación, si está vigente una vía de apelación¹⁶⁹.

Como bien indica Gantz¹⁷⁰, este procedimiento ha sido designado para permitir a las partes (en especial, al Estado receptor de la inversión), que puedan comentar acerca del contenido del laudo antes de que se convierta en definitivo, de manera similar al procedimiento que ya se encuentra previsto en la Organización Mundial del Comercio.

¹⁶⁶ Sobre los remedios que se pueden otorgar en el derecho internacional de las inversiones, leer a: WALDE, Thomas W., «Remedies and Compensation in International Investment Law». En: *ILA Committee on International Law of Foreign Investment*, 2005, www.ila-hq.org/pdf/foreign%20investment/ILA%20paper%20walde.pdf.

¹⁶⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ob. cit., pp. 329-342.

¹⁶⁸ ALVAREZ, Henri C., «Arbitration under the North America Free Trade Agreement», ob. cit., p. 329.

¹⁶⁹ Ver infra punto III.6.

¹⁷⁰ GANTZ, David A., «Settlement of Disputes under the Central American-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement», ob. cit., p. 382.

3.6. Recursos contra los laudos y su reconocimiento y ejecución en terceros Estados

Cuando el laudo ha sido emitido conforme al Convenio CIADI, este dispone en su artículo 53(1) que el «laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio».

Una de las ventajas de arbitrar bajo el Convenio CIADI es que contra un laudo no procede recurso alguno ante el Poder Judicial de los Estados, debiendo la parte interesada deducir única y exclusivamente los recursos previstos por el Convenio CIADI¹⁷¹, los mismos que se tramitarán y resolverán hacia el interior del propio sistema CIADI, con prescindencia de cualquier intervención distinta.

Una vez que el laudo conforme a las disposiciones del CIADI es ejecutable ¹⁷² el artículo 54 del Convenio CIADI dispone que todo «...Estado contratante reconocerá el laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado...»¹⁷³.

Así, cualquiera de las partes que requiera hacer valer un laudo CIADI podrá recurrir a la instancia judicial de cualquiera de los Estados contratantes, con la finalidad de proceder al reconocimiento y la ejecución del laudo. El laudo deberá ser reconocido sin que proceda revisión alguna en la forma o en el fondo¹⁷⁴.

¹⁷¹ Los recursos previstos son los de rectificación, aclaración, revisión y anulación de laudo. Leer: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ob. cit., pp. 762-780.

¹⁷² Y que se cumpla con el plazo de 120 días a partir de la fecha en que se dictó el laudo, sin que ninguna de las partes haya solicitado la revisión o anulación del mismo o se haya concluido, en su caso, dichos recursos (artículo 10.26.6 del APC).

¹⁷³ BROCHES, Aron, «Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution». En: *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 2, nro. 2, 1987, p. 317. «The language of the provision leaves no doubt that it obligates Contracting States to give effect in the domestic legal order to the binding and obligatory force of an award decreed by Article 53 of the Convention and to do so whether or not they or any of their nationals had been parties to the dispute. Contracting States have two obligations: to recognize an award as binding and to enforce the pecuniary obligations imposed by it. The award is equated to a final court decision for both purposes».

¹⁷⁴ O'NEILL JR., Philip D., «American Legal Developments in Commercial Arbitration Involving Foreign States and State Enterprises». En: *Journal of International Arbitration*, vol. 6, nro. 1, 1989, p. 133; y TORIELLO, Pierluigi, «The Additional Facility of the International Centre for Settlement of Investment Disputes». En: *The Italian Yearbook of International Law*, vol. IV, 1978-1979, p. 82.

Sin embargo, el artículo 55 del Convenio CIADI establece que los Estados contratantes ejecutarán un fallo dictado contra un Estado de conformidad con sus disposiciones domésticas sobre inmunidad en materia de ejecución.

Esto significa que si bien las Cortes de los Estados contratantes están obligadas a reconocer un laudo dictado en contra de un Estado, es posible que si en el foro se reconoce algún tipo de inmunidad en la ejecución, el laudo no pueda ejecutarse sobre todos o algunos de los bienes del Estado en falta^{175 176}.

En cambio, cuando el laudo ha sido emitido conforme a las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL¹⁷⁷, a diferencia del Convenio CIADI, dicha decisión podrá ser objeto de recurso de anulación en las Cortes del lugar del arbitraje¹⁷⁸ y, además, en caso requiera hacerse valer en un tercer Estado, deberá seguirse el procedimiento de reconocimiento y ejecución previsto en la Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros¹⁷⁹.

Sobre lo primero, existe a la fecha un número importante de laudos que se han emitido al amparo de TBI y de TLC que han sido sometidos a procedimientos de anulación en el lugar del arbitraje. Entre estos, destacamos el laudo NAFTA de 30 de agosto de 2000 en los seguidos por Metalclad Corporation vs. México (Caso ARB(AF)/97/1)¹⁸⁰, que fue parcialmente anulado por la Corte Suprema de British Columbia, Canadá¹⁸¹, aplicando para el efecto la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de ese país¹⁸².

¹⁷⁵ Leer: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ob. cit., pp. 781-796.

¹⁷⁶ Obviamente el Estado receptor de la inversión que haya perdido un laudo deberá ejecutarlo dentro de su territorio (artículo 10.26.7). Si lo incumple o no lo acata, se establecerá un panel arbitral para una determinación en el sentido de que el incumplimiento o desacato de los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones del APC y para que se dé una recomendación conforme al artículo 21.13, en el sentido de que el Estado receptor de la inversión acate o cumpla el laudo definitivo.

¹⁷⁷ El artículo 10.26.6 del APC establece que no se puede solicitar la ejecución del laudo, hasta que haya transcurrido 90 días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte haya iniciado un procedimiento de anulación o, iniciado este, no haya concluido.

¹⁷⁸ ALVAREZ, Henri C., «Arbitration Under the North American Free Trade Agreement», ob. cit., p. 376; y VAN HARTEN, Gus, «Judicial Supervision of NAFTA Chapter 11 Arbitration: Public or Private Law?». En: *Arbitration International*, vol. 21, nro. 4, 2005, pp. 493-506.

¹⁷⁹ Ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ob. cit., pp. 42-78 y 373-553.

¹⁸⁰ El laudo se ubica en: *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, pp. 165 y ss.

¹⁸¹ El fallo de la Corte Suprema de British Columbia de 2 de mayo de 2001 se ubica en: www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/trans-2may.pdf.

¹⁸² Esta sentencia, sin embargo, ha sido duramente criticada. Ver COE JR., Jack J., «Domestic Court

Identificamos seguidamente el laudo NAFTA de 12 de diciembre de 2002 en los seguidos por Marvin Roy Feldman Karpa vs. México (Caso ARB(AF)/99/1), que fue recurrido en anulación ante la Corte Superior de Justicia de Ontario, la que, sin embargo, declaró sin lugar el pedido¹⁸³.

Por último, existe un tercer laudo NAFTA en los seguidos por S.D. Myers, Inc. vs. Canadá ante la Corte Federal de Canadá, que fue desestimado el 13 de enero de 2004¹⁸⁴.

Como se aprecia, el estado actual es que el Poder Judicial del lugar del arbitraje analizará la validez del laudo bajo reglas de UNCITRAL dictado al amparo de un TBI o de un TLC conforme a su legislación local aplicable a los arbitrajes privados.

Por último, en lo que se refiere al reconocimiento y la ejecución de los laudos en un tercer Estado al amparo de la Convención de Nueva York, destacamos dos fallos dictados por las Cortes de Alemania y Suecia, que han reconocido un laudo ad hoc dictado en Estocolmo al amparo del BIT Alemania-Federación Rusa¹⁸⁵.

Sin embargo, legítimamente se mantiene la expectativa acerca de si este tratado ideado principalmente para el reconocimiento y la ejecución de laudos privados¹⁸⁶, será de utilidad para garantizar la eficacia de laudos sobre inversiones contra Estados¹⁸⁷.

Control of Investment Awards: Necessary Evil or Achilles Heel within NAFTA and the Proposed FTAA?». En: *Journal of International Arbitration*, vol. 19, nro. 3, 2002, p. 194; RUBINS, Noah, «Judicial Review of Investment Arbitration Awards». En: *Transnational Dispute Management*, vol. 2, nro. 2, 2005, pp. 42-43; y SACERDOTI, Giorgio, «Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards», ob. cit., p. 41.

¹⁸³ El fallo judicial se ubica en: www.economia-snci.gob.mx/sphp-pages/importa/sol_contro/consultoria/casos_Mexico/Marvin/revision/031203_Decision_Chilcott.pdf.

¹⁸⁴ El fallo judicial se ubica en: www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/ReasonsforOrder.pdf.

¹⁸⁵ Caso Sedelmayer vs. Federación Rusa. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Suecia de 15 de junio de 2005 se ubica en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/sedelmayer-Svea-Judgmen.ENG1.doc>.

¹⁸⁶ Por ejemplo, existe un potencial problema con aquellos Estados que se han adherido a la Convención de Nueva York apelando a la reserva comercial. Si bien es cierto el artículo 10.26.10 del APC Perú-Estados Unidos establece que cualquier controversia que se someta al arbitraje deberá ser considerada como de naturaleza comercial, a los efectos de lo dispuesto en el artículo I de la Convención de Nueva York, obviamente este acuerdo no alcanza a terceros Estados miembros de la Convención de Nueva York que se hayan adherido al tratado apelando a la reserva comercial, cuando se recurra a ellos tratando de reconocer y ejecutar un laudo de inversiones.

¹⁸⁷ UNCTAD, «Occasional Note 'International Investment Disputes on the Rise'», 29 de noviembre de 2004. En: www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/webiteit20042_en.pdf, p. 1. «In addition, there are at least 54 cases (cumulative) outside ICSID, as compared to two at the end of 1994. The cumulative total

Finalmente, debemos de destacar que el artículo 10.20.10 del APC dispone la potencial existencia futura de un tribunal de apelaciones¹⁸⁸.

Para aquellos que seguimos de cerca el desarrollo del derecho internacional de las inversiones, sabemos que la propuesta bajo comentario se dio en un escenario de crítica debido a la percepción de que no existiría predictibilidad y consistencia en el arbitraje sobre inversiones¹⁸⁹, esencialmente debido a los casos Ronald S. Lauder vs. República Checa y CME Czech Republic B.V. vs. República Checa¹⁹⁰. Además, también existía desde el campo del NAFTA la preocupación de que los procesos arbitrales eran poco transparentes¹⁹¹.

Si bien desde que se hicieron públicas las percepciones identificadas en el párrafo precedente mucho se ha avanzado en materia de transparencia, especialmente en recientes TLC y TBI, como es el caso del APC Perú-Estados Unidos¹⁹²,

of all known cases brought under bilateral, regional (e.g. NAFTA) or plurilateral (e.g. Energy Charter Treaty) agreements that contain investment clauses, or international investment agreements (IIAs), is now 160». Alguno de estos 54 casos arbitrales sobre inversiones seguidos fuera del ámbito del CIADI probablemente permita dar una pronta respuesta.

¹⁸⁸ El anexo 10-D también dispone que: «Durante un plazo de tres años a partir de la fecha de entrada en vigor de este acuerdo, las partes considerarán la posibilidad de establecer un órgano de apelaciones o mecanismo similar para revisar los laudos dictados de conformidad con el artículo 10.26, en los arbitrajes iniciados después de haber establecido el órgano de apelaciones o mecanismo similar».

¹⁸⁹ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz, «El arbitraje y los tratados de libre comercio». En: *Revista Peruana de Arbitraje*, nro. 1, Lima, 2005, pp. 173-174.

¹⁹⁰ En efecto, ambos fueron procedimientos arbitrales UNCITRAL con contenido casi idéntico iniciados al amparo de los TBI Estados Unidos-República Checa (Lauder demandó como nacional norteamericano) y Holanda-República Checa (aquí demandó una empresa local que era de propiedad de una empresa holandesa que a su vez era de propiedad de Lauder), respectivamente, por la supuesta violación de los derechos del inversionista en un *joint venture* en una empresa de televisión. Ambos casos eran tan similares, que inclusive en el primero de los arbitrajes (el iniciado por Lauder) se planteó la posibilidad de acumular ambos procedimientos, lo que no se pudo lograr por la negativa del gobierno de la República Checa.

El 3 de setiembre de 2001 se dictó el laudo arbitral en el caso Ronald S. Lauder vs. República Checa, fallándose a favor del demandado en todos sus extremos (el fallo se ubica en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>). Sin embargo, apenas diez días después, el tribunal arbitral en un laudo parcial en el caso CME Czech Republic B.V. vs. República Checa encontró responsable al demandado por la violación de varias disposiciones del BIT Holanda-República Checa (el laudo parcial se ubica en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf>) y el 14 de marzo de 2003 en un laudo final condenó a la República Checa a pagar más de 350 millones de dólares (el laudo se ubica en: http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_000.pdf). Sobre este particular, leer a: GARCÍA, Carlos G., «All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration». En: *Florida Journal of International Law*, vol. 16, 2004, pp. 340-352.

¹⁹¹ BROWER II, Charles H. «Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back». En: *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, 2001, pp. 44-46.

¹⁹² Ver supra punto 3.5.3.

lo cierto es que iniciativas como la de crear una instancia de apelación no van a desaparecer mientras se mantenga la percepción de que los tribunales arbitrales no son capaces de garantizar predictibilidad y consistencia en sus fallos. Solo el tiempo dirá si esta por ahora posibilidad se convierte en una realidad, trastocando así el marco actualmente aplicable a los recursos contra los laudos en materia de inversiones.

4. CONCLUSIONES

El DII ha evolucionado significativamente a lo largo del siglo XX, nutriéndose de una gama de disciplinas jurídicas y económicas. Dicho proceso seguirá su curso a lo largo del presente siglo, impulsado por las dinámicas inherentes a la última globalización.

Del mismo modo y dada la gran proliferación de AII, el DII no es ajeno a la producción jurisprudencial que se ha dado en los arbitrajes entre Estados e inversionistas en el marco de los AII.

El capítulo de inversiones del APC está inserto en este contexto jurídico económico, ante la ausencia de un tratado multilateral en materia de inversiones. En tal sentido, las normas sustantivas contenidas en el capítulo en mención así como las normas para la regulación del arbitraje especializado en materia de inversiones, son una expresión y una prolongación del proceso evolutivo antes mencionado, conformando dos ejes para la comprensión integral del DII.

Es así como, por ejemplo, podemos constatar que una serie de *leading cases* han cumplido y seguirán cumpliendo un rol importante en la conformación del DII contemporáneo. Paradójicamente y a diferencia de lo que ocurre en el derecho anglosajón, dichos casos no han producido ni generado jurisprudencia vinculante.

No obstante, la doctrina especializada informa que la jurisprudencia derivada de dichos casos es «influyente» y ha sido tomada en cuenta en las negociaciones de los últimos AII, no siendo el APC una excepción. De modo que los contenidos jurisprudenciales en mención han impregnado el proceso de producción jurídica que han auspiciado los Estados al ratificar dichos AII.

Este es un fenómeno que se ha dado sin perjuicio de los casos también comentados por la doctrina y respecto de los cuales se señala la presunta «inconsistencia» de cierta jurisprudencia arbitral en materia de inversiones.

Aún así, es indiscutible la relevancia del arbitraje internacional sobre inversiones, como medio especializado de solución de controversias y como fuente de producción jurídica de primera importancia. En tal sentido, la estructura jurídica, la metodología y la práctica del arbitraje en el ámbito del DII, nos permite afirmar que este tipo o competencia arbitral especializada es hoy inevitable, en el mercado que reúne a los importadores y exportadores de inversiones.

Esto se debe a que el arbitraje en inversiones se ubica precisamente en el punto de encuentro de la oferta y la demanda de inversiones a escala global, estructurado sobre la base de tratados internacionales que vinculan a los Estados, en función de sus respectivos objetivos estratégicos.

Por otro lado, atendiendo a las grandes necesidades que existen en el Perú en materia de inversión e infraestructura, el APC ofrece un modelo de regulación internacional que corresponde a los estándares del DII. Su adecuada utilización y puesta en práctica también implica un inevitable proceso de adecuación y creación de capacidades, además de un gran reto para nuestro país.

Otra característica que dimana del DII y del arbitraje especializado en la materia es que ambos comprenden disciplinas que se ubican en el punto de encuentro entre lo público y lo privado. De ahí su complejidad y alto nivel de especialización. Es así como se explica la creciente relevancia de diversos aspectos como los temas ambientales, sociales y otros en los DII, que integran la novísima *opinio juris* sobre la materia y que han sido recogidos en el APC.

Finalmente, debemos destacar que el buen aprovechamiento de las inversiones exige a los Estados y a los inversionistas adecuarse a los principios, reglas y características del DII. El arbitraje en inversiones es el medio a través del cual se materializa dicho proceso de adecuación. En tal sentido, resulta indispensable que nuestro país cuente con la correspondiente capacidad de respuesta institucional, académica y profesional.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ALVAREZ, Guillermo y PARK, William (2003). «The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11». En: *Yale Journal of International Law*.
- ALFORD, Roger P. (2003). «The American Influence on International Arbitration». En: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19.
- ALVAREZ, Henri C. (2000). «Arbitration under the North American Free Trade Agreement». En: *Arbitration International*, vol. 16, nro. 4.
- (2005). «La escogencia del lugar del arbitraje». En: *Revista Internacional de Arbitraje*, nro. 3, Bogotá.
- BJORKLUND, Andrea (2006). «Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment: The State of Necessity as a Circumstance Precluding Wrongfulness». En: *International Law Association Committee on the International Law of Foreign Investment*, Toronto Conference.
- BJORKLUND, Andrea K. y otros (2006). *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International.
- BROCHES, Aron (1983). «El arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)». En: *Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional*, segunda edición, Centro de Estudios Comerciales (Ceco), Madrid.
- (1987). «Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution». En: *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 2, nro. 2.

- BROWER II, Charles H. (2001). «Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back». En: *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40.
- BULLARD, Alfredo (2006). «Enemigos íntimos. el arbitraje y los contratos administrativos». En: *Revista Peruana de Arbitraje*, nro. 2.
- CALLIESS, Graf-Peter (2001). «Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System». En: *German Law Journal*, vol. 2, nro. 17.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (2007). *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).
- CHENG, Tai-Heng (2005). «Power, Authority and International Investment Law». En: *American University International Law Review*, vol. 20.
- CHUKWUMERIJE, Okezie (1997). «International Law and Article 42 of the ICSID Convention». En: *Journal of International Arbitration*, vol. 14, nro. 3.
- CREMADES, Bernardo (2004). «Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America. A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues». En: *Dispute Resolution Journal*, mayo-julio.
- CREMADES, Bernardo y CAIRNS, David J. A. (2004). «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados». En: *Revista Internacional de Arbitraje*, nro. 1, Bogotá.
- FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique (2006). «Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras». En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 11.
- GANTZ, David A. (2004). «The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement». En: *American University International Law Review*, vol. 19.
- (2007). «Settlement of Disputes under the Central American-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement». En: *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 30.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco (2002). «The International Centre for Settlement of Investment disputes —The Mexican Experience». En: *Journal of International Arbitration*, vol. 19, nro. 3.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle (2003). «Globalization of Arbitral Procedure». En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36.

- KISHOIYIAN, Bernard (1994). «The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law». En: *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 14.
- KUNDMÜLLER, Franz (2005). «El arbitraje y los tratados de libre comercio». En: *Revista Peruana de Arbitraje*, nro. 1.
- (2007). «La densidad de la última globalización y el arbitraje en inversiones». En: *Agenda Internacional, Instituto de Estudios Internacionales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIII, nro. 24.
- (2008). «El arbitraje inversionista-Estado, apuntes a partir del caso Argentino». En: *Revista Jurídica del Perú*, t. 86.
- MANNING-CABROL, Denise (1995). «The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors». En: *Law and Policy in International Business*, vol. 26.
- MANTILLA-SERRANO, Fernando (2005). *Ley de Arbitraje*. Madrid: Iustel.
- MORAN, Theodore (2000). *Inversión extranjera directa y desarrollo*. México D. F.: Oxford University Press.
- NORTON, Patrick (1991). «A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation». En: *American Journal of International Law*, vol. 85.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) (2004). *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in international Investment Law*, Working Papers on international Investment Law, nro. 2004/4.
- PAULSSON, Jan (1995). «Arbitration without Privity». En: *ICSID Review -Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, nro. 2.
- RAMACCIOTTI, Beatriz (1990) *Estudios de derecho internacional*. Lima: Instituto Peruano de Relaciones Internacionales, Gráfica Nuevo Mundo.
- REED, Lucy y otros (2004). *Guide to ICSID Arbitration, Kluwer Law International*. La Haya.
- ROBBINS, Joshua (2006). «The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties». En: *University of Miami International and Comparative Law Review*, vol. 13.

- SALACUSE, Jeswald y SULLIVAN, Nicholas (2005). «Do BITS Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain». En: *Harvard International Law Journal*, vol. 46.
- SORNARAJAH, M. (1999). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press.
- SUÁREZ ANZORENA, Ignacio (2006). «Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión». En: *Lima Arbitration*, nro. 1, Lima, www.limaarbitration.net/LimaArbitration3.pdf.
- TRAZEGNIES, Fernando de. «El dilema de la globalización: ¿universalización o articulación?», ponencia presentada en la Universidad Carolina de Praga. En: <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafda.htm>.
- TWEEDDLE, Andrew (2005). «Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception». En: *Arbitration International*, vol. 21, nro. 1.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD) (2003a). *Train for Trade*, DITE/UNCTAD; Sección 1, Alcance de los Acuerdos Internacionales en Materia de Inversión.
- (2003b). *Course on Dispute Settlement, International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, 2.1. Overview, 2003.
- (2006). *IIA Monitor, International Investment Agreements*, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/7; 2006.
- (2007). *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIA/2007/3.
- VAN HARTEN, Gus (2005). «Judicial Supervision of NAFTA Chapter 11 Arbitration: Public or Private Law?». En: *Arbitration International*, vol. 21, nro. 4.
- VANDEVELDE, Kenneth (2000). «The Economics of Bilateral Investment Treaties». En: *Harvard International Law Journal*, vol. 41.
- (1998). «Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties». En: *Journal of Transnational Law*, vol. 36.
- WÄLDE, Thomas (2004). «The Umbrella (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases». En: *Transnational Dispute Management*, vol. 1, nro. 4.

- (2005). «Remedies and Compensation in International Investment Law». En: *ILA Committee on International Law of Foreign Investment*, www.ila-hq.org/pdf/foreign%20investment/ILA%20paper%20walde.pdf.
- WILTSE, Jessica (2003). «An Investor State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas: Lessons from NAFTA Chapter 11». En: *Buffalo Law Review*, vol. 51.