Arbitraje de inversión: el dinámico y complejo fenómeno jurídico visto a través de los Tratados Bilaterales de Inversión

Volumen 43 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Arbitraje de inversión: el dinámico y complejo fenómeno jurídico visto a través de los Tratados Bilaterales de Inversión

Giancarlo Peralta Miranda

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
BIBLIOTECA DE ARBITRAJE 2006-2016 DÉCIMO ANIVERSARIO
Universidad Católica San Pablo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje de inversión: el dinámico y complejo fenómeno jurídico visto a través de los Tratados Bilaterales de Inversión

© Giancarlo Peralta Miranda
peralta.giancarlo@gmail.com

© Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© Universidad Católica San Pablo
Urb. Campiña Paisajista S/N Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600 Anexo 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

Primera edición, septiembre 2017
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2017-09718

ISBN: 978-612-47449-1-4
Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

Página

Prólogo 13

Capítulo I
Del Arbitraje de Inversión y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi)

Sub-Capítulo I:
Nacimiento y desarrollo de un fenómeno dinámico y complejo. 17

1. El Arbitraje de Inversión y el Convenio Ciadi
   1.1. Antecedentes 17
   1.2. Aspectos generales sobre el Arbitraje de Inversión 26
   1.3. Arbitraje de Inversión - Convenio Ciadi: una estrecha relación 32
2. Antecedentes del Convenio Ciadi 34
3. Finalidad del Convenio Ciadi 39
4. Características y ventajas competitivas del Convenio Ciadi
   4.1. De las características 42

Sub-Capítulo II:
Aspectos fundamentales sobre la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (Centro Ciadi), según el Convenio Ciadi. 47

1. Consentimiento
   1.1. Los caracteres del consentimiento: voluntario, escrito e irrevocable 48

1.2. Géneros y especies del consentimiento e instrumentos en donde pueden estar contenidos 52
1.3. Limitaciones al consentimiento 60
1.4. Condiciones al consentimiento 63
1.5. «Momento cumbre» del consentimiento 65
1.6. Interpretación del consentimiento 66
2. Requisitos de acceso al Ciadi 68
2.1. Requisitos *ratione personae* 71
2.2. Requisitos *ratione materiae* 84
2.3. Requisitos *ratione temporis* 95
3. Derecho aplicable 98
3.1 Relación entre Derecho Internacional y Derecho Nacional 105
3.2 Prohibición non liquet 112
3.3 Decisión «ex aequo et bono» 114
4. El laudo Ciadi y los recursos en su contra
4.1 Del laudo 115
4.2 De los recursos contra el laudo 117
5. Reconocimiento y ejecución del laudo Ciadi 129
5.1 Del reconocimiento 133
5.2 De la ejecución 134

Capítulo II
De los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)

1. Antecedentes 143
2. La Inversión Extranjera Directa (IED): un breve *introito* para entender los TBI y su objetivo 146
3. ¿Qué son los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)? 149
3.1. ¿Por qué los TBI y no otros instrumentos internacionales? 151
4. Protagonismo de los TBI en el Arbitraje de Inversión
4.1. Protagonismo de los TBI en el Derecho internacional 153

4.2. Protagonismo de los TBI en el Arbitraje de Inversión 159
5. ¿Cómo operan los TBI? 161
5.1. El preámbulo en los TBI
5.1.1. Breve premisa 162
5.1.2. El preámbulo 162
5.2. Definición de «inversión» según los TBI 166
5.2.1. Tipos de cláusulas sobre definición de inversión 168
5.2.2. ¿Más límites a las cláusulas sobre definición de inversión? 175
5.3. Estándares de protección ofrecidos por los TBI 179
5.3.1. Estándares relativos
A. Trato nacional (TN) 181
B. Trato de Nación Más Favorecida (NMF) 188
5.3.2. Estándares absolutos
C. Trato Justo y Equitativo (TJE) 203
a) Transparencia y protección a las expectativas legítimas del inversionista 212
b) Protección frente a la coerción y el acoso 214
c) Debido proceso 216
d) Buena fe 219
D. Plena Protección y Seguridad (PPS) 222
E. Protección en Caso de Expropiación (PCE) 230
F. Libre Transferencia de Fondos (LFT) 247
6. Algunas cláusulas de los TBI que permiten o restringen el acceso al Arbitraje de Inversión
6.1. Cláusula sobre período de espera 250
6.2. Cláusulas jurisdiccionales 253
(i) Cláusula de acceso directo al arbitraje 253
(ii) Cláusula sobre agotamiento de la vía interna 254
(iii) Cláusula de elección de vía 257
6.3. Reclamaciones sobre la base de un tratado y reclamaciones sobre la base de un contrato 260
6.4. Cláusulas paraguas 269

6.5. Cláusula de remanencia y el Ciadi 274
6.6. ¿Cláusula sobre corrupción? 279
7. Rompiendo mitos en el Arbitraje de Inversión: Adiós confidencialidad absoluta. Bienvenida transparencia 286
7.1. La transparencia en los laudos 288
7.2. La transparencia en las actuaciones arbitrales 291
7.3. La transparencia y los amicus curiae 295
8. ¿Funcionan realmente los TBI? 303

Capítulo III
El Ciadi y los TBI en la experiencia peruana

1. Marco legal de las inversiones en el Perú 311
1.1. Hacia la generación de un clima de inversión 311
1.2. Las garantías para las inversiones en el marco legal del Perú 314
1.3. El Arbitraje de Inversión en el marco legal del Perú 317
2. La práctica peruana en la negociación de los TBI 328
2.1. Panorama general de los TBI suscritos por el Perú 330
2.2. Breve análisis de los TBI suscritos por el Perú 335
a. Preámbulo 335
b. Definiciones 337
c. Estándares de protección y/o tratamiento 342
d. Cláusulas de solución de controversias entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante 357
3. La experiencia peruana en el Ciadi 363
3.1. Compagnie Minière Internationale S.A. vs. República del Perú 364
3.2. Industria Nacional de Alimentos S.A. e Idelsa Perú S.A (antes empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A.) vs. República del Perú 364
3.3. Duke Energy International Peru Investments n.° 1 Ltd. vs. República del Perú 367

3.4. Aguaytía Energy, LLC vs. República del Perú 371
3.5. Tza Yap Shum vs. República del Perú 373
3.6. Convial Callao S.A. y CCI-Compañía de Concesiones de Infraestructuras S.A. vs. República del Perú 378
3.7. Renée Rose Levy de Levi vs. República del Perú 380
3.8. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. vs. República del Perú 383
3.9. Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. vs. República del Perú 384
3.10. DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited y The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company vs. República del Perú 387
3.11. Elecnor S.A. e Isolux Corsán Concesiones S.A. vs. República del Perú 388
3.12. The Renco Group Inc. vs. República del Perú 389
3.13. Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú 390
3.14. República del Perú vs. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. 391
3.15. Pluspetrol Perú Corporation S.A., Pluspetrol Lote 56 S.A., Hunt Oil Company of Peru L.L.C., Sucursal del Perú, SK Innovation, Sucursal Peruana, Tecpetrol Bloque 56 S.A.C., Sonatrach Perú Corporation S.A.C. y Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú vs. Perupetro S.A. 392
3.16. Eudoro A. Olguín vs. República del Paraguay 394

Conclusiones sobre un dinámico y complejo fenómeno jurídico 397

Recomendaciones 409

Bibliografía 411

Prólogo

Desde las primeras páginas, este libro cautiva al lector interesado en el arbitraje internacional de inversión y abre una multitud de temas vinculados al arbitraje en general y a ese tipo de arbitraje en particular que desarrolla de forma muy interesante, enriqueciendo intelectualmente incluso a lectores que han tenido experiencia en los arbitrajes de inversión.

Sin duda, el arbitraje es actualmente la forma más utilizada para solucionar conflictos en materias del Derecho relativas a la inversión y a la contratación; y esto es así tanto en el campo nacional como en el internacional.

Ciertamente, el arbitraje no es un invento moderno para poner fin a las disputas. Por el contrario, parecería que es un método de solución de conflictos anterior al nacimiento de los Estados y, por consiguiente, anterior a la administración de justicia por el Estado. Incluso en la Biblia encontramos que cuando hay conflictos sociales se recurre a un tercero imparcial que ponga fin a la controversia de una manera equitativa.

Sin embargo, con la creación de los Estados, la resolución de conflictos entre particulares pasó a manos de la autoridad pública, constituyéndose así –todavía en forma bastante primitiva- lo que sería más tarde la función judicial.

En Grecia y, más tarde, en el Imperio Romano, la labor de lo que hoy consideraríamos de Gobierno se acentuó considerablemente. Y esto llevó a que la solución de conflictos fue buscada en buena medida a través de las formas y las instituciones establecidas por las leyes establecidas

por las leyes. Sin embargo, el Derecho romano fue cediendo ante los poderes cada vez mayores del Emperador y es así como primero se reglamentó el arbitraje y luego Justiniano llegó incluso a prohibirlo

El mundo medieval perdió la unidad nacional y, por consiguiente, los conflictos entre los particulares eran resueltos por el correspondiente señor feudal. Sin embargo, tan pronto los reyes lograron una nueva edificación de países con un gobierno central, la función judicial volvió a aparecer, aunque bastante limitada. Empero, el reconocimiento de las soluciones obtenidas por un acuerdo resultante de la intervención de un tercero escogido por ambos litigantes, se mantuvo.

Los comerciantes no se consideraron satisfechos con ese tipo de justicia para solucionar sus conflictos comerciales. Necesitaban que quienes resolvieran sus controversias fueran personas que conocían lo que era el mundo de los negocios.

Es así como, con el desarrollo del comercio, aparecen corporaciones de comerciantes –básicamente en Italia- con mucha presencia, que no vacilan en crear un sistema de solución de conflictos al margen del sistema jurídico oficial. En esta forma, los comerciantes en conflicto -siempre que fueran miembros de una corporación- podían solicitar un arbitraje a cargo de la cooperación. Es así como encontramos la lex mercatoria que determina la forma de resolver conflictos desde una perspectiva estrictamente mercantil.

Obviamente, durante la Edad Moderna y como consecuencia del sistema político duro impuesto por los últimos Reyes de ese período histórico- estas corporaciones y sus respectivos centros de arbitraje sufrieron numerosos recortes en sus atribuciones. Los reyes emplearon recursos tales como establecer que, si bien los árbitros podían organizarse comercialmente, por encima de todo ello estaba la voluntad real y los árbitros eran tales por el consentimiento real.

La Revolución Francesa parece inicialmente favorable al arbitraje privado. Sin embargo, dada la nueva noción de Estado que prima en su interior y que se orienta a consolidar todas las tareas y obligaciones del Gobierno en un solo sistema, el arbitraje resulta nuevamente controlado, los árbitros son nombrados por el Estado y el interés por el arbitraje decae. Y el S. XIX no se destacó por los arbitrajes en general y, menos aún, por los arbitrajes de inversión.

¿Qué es el arbitraje de inversión? Como decía el Prof. Thomas Waelde, lamentablemente fallecido, "*El arbitraje en materia de inversiones difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional: rige la situación de un inversionista extranjero expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género*".

Por consiguiente, los protagonistas de un arbitraje de inversión no son dos personas en igualdad de condiciones como el comprador y el vendedor. Aquí estamos ante sujetos totalmente diferentes, que no se encuentran en estado de igualdad uno frente al otro. Se trata de sujetos disímiles en sus objetivos y en su capacidad de acción. En consecuencia, se requiere de un tribunal arbitral preparado para resolver teniendo en cuenta las diferencias de poder de uno y otro de los litigantes.

Hasta hace unas décadas, el Estado receptor de la inversión no podía ser demandado por un particular ante un Tribunal internacional. Todo lo que podía hacer el inversionista en el plano internacional era una presión de hecho, a través de su propio Gobierno; presión que podía ser una intervención diplomática, una ruptura de relaciones y, finalmente, si el caso lo justificaba, la acción armada.

Hemos avanzado notablemente en este sentido, permitiendo que el elemento de discusión se encuentre expresado por la razón y no por la fuerza. No cabe duda de que el mundo ha dado un paso importante en este sentido y los beneficios serán remarcables. El inversionista tiene

un canal serio para discutir jurídicamente los derechos que cree tener el derecho de exigir. Frente a la muralla de Derecho Internacional que bloqueaba toda posibilidad de análisis y de laudo independiente, ahora el inversionista sabe que puede defender sus derechos ante un organismo internacional, demandando directamente al país que solicitó la inversión.

El presente libro es un análisis de alta calidad jurídica de todos y cada uno de los puntos que pueden requerir el análisis racional y la discusión en defensa del derecho. Y el autor dela obra ha puesto especial cuidado en analizar todos y cada uno de los puntos importantes de esta institución. Después de resumir las razones y las formas para que se produjera un correcto ejercicio para el derecho del inversionista y el del Estado receptor de la inversión, detalla de manera muy completa lo que son los Tratados Bilaterales de Inversión. Asimismo, describe y explica de manera muy acertada la labor del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y de los Tratados Bilaterales de Inversión. Y, finalmente, luego de estos capítulos de teoría jurídica, el autor analiza la forma concreta como han funcionado el CIADI y los TBI en relación específicamente a los casos en los que de alguna manera ha participado el Perú.

En resumen, considero que este libro no puede dejar de leerse por los abogados que quieran adentrarse en ese mundo fascinante del arbitraje de inversión.

Fernando de Trazegnies Granda.

Capítulo I

Del arbitraje de inversión y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi)

Sub-Capítulo I

Nacimiento y desarrollo de un fenómeno dinámico y complejo

1. El arbitraje de inversión y el Convenio Ciadi

1.1. Antecedentes

1.1.1. De los cañones a la diplomacia de la paz

Bastaría hacer uso de la imaginación y situarnos algunos siglos atrás, contrastando aquella realidad con la actual, para comprobar cuán profundos han sido los cambios experimentados en la solución de controversias; especialmente en la solución de controversias en materia de inversiones.

Ya sea que nos situemos en los precisos instantes en los que la escuadra francesa sitió el puerto más importante de México, Veracruz, en 1838, reclamando una indemnización para los comerciantes e industriales ciudadanos de su país, quienes habían sufrido pérdidas por los conflictos internos que se llevaban a cabo en el país norteamericano, en lo que se conoce como la «Guerra de los Pasteleros» —en alusión al oficio de tales comerciantes—; o situarnos en aquellos días en los

que las flotas británicas anclaron, amenazantes, en costas de lo que hoy es territorio colombiano, en defensa de los intereses del inglés James Mackintosh, quien por 1821, cuando aún existía la Gran Colombia, suscribió un contrato con uno de sus funcionarios, otorgándosele bonos que no le fueron honrados, lo que desencadenó un conflicto que, por causas fortuitas (la tripulación inglesa cayó enferma justo antes de la arremetida), nunca se concretó en un bombardeo, en lo que se conoce como el «Caso Mackintosh»; o acaso transportándonos allá por 1902 en las costas de Venezuela, sitiadas y atacadas por flotas británicas, alemanas e italianas, quienes intercedían por sus connacionales ante dicho país sudamericano, el cual no había honrado las deudas con ellos, en lo que se conoce como el «Incidente de las Cañoneras»; cualquiera de estos escenarios hoy causaría sorpresa, si no repudio e indignación.

En efecto, por aquellos días ésa era la última instancia a la que debían recurrir los inversionistas para hacer valer sus derechos frente a los Estados. Con los años ello fue cambiando progresivamente. Una de las primeras manifestaciones en contra de este proceder provino el mismo 1902, año del mencionado «Incidente de las Cañoneras», por parte del entonces canciller argentino Luis María Drago, quien consagrara la llamada «Doctrina Drago», que, en esencia, se oponía categóricamente al uso de la fuerza para el cobro de deudas con particulares. Asimismo, remarcaba y reivindicaba el reconocido Principio de Soberanía, del cual estaban provistos todos los Estados legalmente reconocidos, principio que ni siquiera los Estados más fuertes podían violar en detrimento de otros, afirmándose también con ello el Principio de Igualdad de los Estados, en virtud del cual todos éstos son entidades de Derecho perfectamente iguales entre sí, sin que ello signifique, claro está, un desconocimiento del legítimo derecho de los Estados a proteger a sus inversionistas. Lo que se pretendía condenar era el menoscabo de la soberanía del país reclamado.

Otra de las ideas concebidas por aquel entonces cobró hegemónica importancia en esta parte del hemisferio. Nos referimos a la reconocida

«Doctrina Calvo», propuesta por el jurista y diplomático argentino —de origen uruguayo— Carlos Calvo, quien además de reivindicar los principios de soberanía e igualdad de los Estados, también postulaba la igualdad entre ciudadanos extranjeros y ciudadanos nacionales, así como el imperio de la jurisdicción territorial. En esencia, la «Doctrina Calvo» planteaba el respeto de la soberanía de los Estados, soberanía que no admite interferencia de terceros y la cual respalda el planteamiento que afirma que los extranjeros (personas naturales o jurídicas) que inviertan en un Estado o contraten una deuda con éste, tendrían los mismos derechos que un nacional de aquel Estado y, por lo tanto, no podían solicitar un nivel de protección más elevado. En caso de pérdidas, éstos sólo podían reclamar ante las cortes del Estado en donde se realizó dicha inversión, evitando así la protección diplomática de su país de origen.[1] Pese a que esta posición fue discutida por la doctrina clásica,[2] no se puede negar su decidida influencia, que fue plasmada constitucional o legislativamente en lo que se conoce como la «Cláusula Calvo», empleada mayoritariamente por los Estados latinoamericanos.

1.1.2. De la protección diplomática al Arbitraje de Inversión

Ya fuera en aquellos tiempos de cañones o posteriormente, cuando primaron formas más civilizadas de reclamar las deudas que los Estados contraían con particulares, nos encontramos con un procedimiento que tampoco ha sido ajeno a los cambios: la protección diplomática.[3]

---

1 Blackaby, Nigel. «El Arbitraje según los Tratados de Inversión y los capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio». En *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario-Legis, 2005, p. 286.

2 Ramacciotti de Cubas, Beatriz. *Estudios de Derecho Internacional*. Lima: IPRI-PNUD, 1992, p. 101.

3 Mecanismo desarrollado como consecuencia de la no disponibilidad de un recurso que pudiera ser accionado por los propios inversionistas. Schreuer, Christoph. «Investment protection and international relations». En *The Law of International Relations*, 2007, p. 345: «Diplomatic Protection was developed as a consequence of the non–availability of international remedies to individuals and corporations under traditional international law».

En virtud de este procedimiento, forma tradicional de reclamación, un inversionista podía pedir protección a su Estado de origen, el cual, por intermedio de una suerte de «endoso» hacía suya la reclamación de su nacional.

Como es de imaginar, tal procedimiento implicaba enormes desventajas no sólo para los inversionistas, sino también para los Estados receptores de inversión. Para los primeros era engorroso acceder a dicha protección, tal como lo grafica el profesor Cantuarias:[4]

> […] el inversionista se veía obligado […] a agotar la vía interna del Estado receptor de la inversión […] Luego había que demostrar la existencia de la nacionalidad del Estado al cual se acudiría en apoyo […] Finalmente, el inversionista se veía envuelto en los quehaceres políticos de los Estados […].

En efecto, pese a que este procedimiento no necesitaba de acuerdo previo, según la costumbre internacional de aquel entonces, los inversionistas tenían que sortear los fueros ordinarios de los Estados receptores de la inversión (con las dilaciones que ello conllevaba), así como esperar una respuesta afirmativa por parte de su Estado para asumir la disputa como suya, aun con los costos diplomáticos y políticos que ésta conllevaría.

Para los segundos, es decir, los Estados receptores de inversión, era incómodo que sus relaciones con otro país se vieran afectadas por la diferencia con un particular, lo cual, generalmente, implicaba el ejercicio de presión por parte del Estado de origen del inversor, el cual, generalmente, era una potencia.

Tal escenario varió. Poco a poco fue cambiando la idiosincrasia y la práctica en la solución de controversias en materia de inversiones. Se

---

[4] Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: UPC, 2007, p. 556. Las notas a pie de página originales se han suprimido.

introdujeron nuevas teorías, que no sólo tenían como objetivo repudiar el uso de la fuerza en desmedro de la soberanía de otros Estados (generalmente más débiles) para cobrar deudas de particulares, sino que también se discutió (y cuestionó) el otro lado del río: el hecho de que un Estado quede prácticamente exento de responder ante obligaciones que voluntariamente había contraído. En este escenario, empieza a tomar forma la Teoría de los Actos de Imperio o de Administración (*Acta Iure Imperii*) y los Actos de Gestión o Comerciales (*Acta Iure Gestionis*), la cual postula que los Estados pueden participar en mecanismos alternativos de solución de controversias —tal como es el caso del Arbitraje— con particulares cuando no actúen ejerciendo su soberanía en actos de administración (*acta iure imperii*), sino cuando actúen como agentes económicos (*acta iure gestionis*).[5] Así, en palabras de Silva Romero:[6]

> Cuando una entidad pública […] actúa en el comercio internacional, ésta pierde su naturaleza «estatal». En otras palabras, cuando una entidad pública salta a la arena del comercio internacional, la misma debe ser y es considerada como un comerciante internacional más y, por lo tanto, a la misma se le aplican las reglas jurídicas que se le aplican a todos los comerciantes internacionales.

Se reconoce, entonces, que los Estados no son entelequias inexpugnables, sino que también son agentes económicos y que, como tales, realizan actos de comercio, no siendo justo que tengan privilegios frente a quienes contratan con éstos, asumiéndose por ello una relación de igualdad entre las partes, Estados y privados, en la que los primeros —figurativamente— descienden un peldaño para estar al mismo nivel que los particulares con quienes hacen negocios. Es ésta la doctrina pre-

---

[5] Salcedo Castro, Myriam. «La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje». Bogotá: Universidad del Rosario. *Op. cit.*, pp. 123-124.

[6] Silva Romero, Eduardo. «El arbitraje examinado a la luz del derecho de las obligaciones. *Introducción*». En: El contrato de Arbitraje. *Op. cit.*, p. xix.

dominante en materia de inversiones, aun a pesar de ilógicos intentos de volver al pasado.[7]

Adicionalmente, se han esgrimido diversos factores (históricos, sociales, económicos, jurídicos y políticos) por los cuales el Arbitraje, en general, el Arbitraje Comercial Internacional y, sobre todo, el Arbitraje de Inversión han cimentado sus bases de manera tan sólida. Entre los mencionados factores tenemos:

- *La globalización*; pues, como fenómeno que abarca las diversas maneras en las que se manifiesta el ser humano (cultura, economía, política, etc.), el Derecho no ha estado exento de esa influencia, obligándolo a adaptarse inexorablemente a los estándares manejados en el mundo y a una realidad dinámica,[8] ya sea adoptando instrumentos internacionales que permitan una estandarización de las reglas y los procedimientos o a través de la creación de legislación interna acorde con tales dispositivos internacionales. Así también, exigiendo a los árbitros de inversiones un mejor entendimiento de lo que ocurre a escala mundial, no sólo jurídica, sino también económicamente.

- *La apertura de los mercados*; que como una de las consecuencias de la globalización, también es factor del auge del Arbitraje de Inversión,

---

7 Véase: Zuleta Jaramillo, Eduardo. «¿El regreso a las cañoneras y Calvo?: Hacia dónde va el Arbitraje entre inversionistas y Estados». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá-Legis: Universidad Sergio Arboleda, 2005, n.º 2, pp. 154-180. Véase, también, sobre una ilógica fórmula en desmedro del sistema Ciadi, *infra*: nota 155.

8 Tal como expresa el profesor Cremades: «Utilizando palabras de [Arnold] Toynbee pudiéramos decir que la economía lanzó al Derecho el reto de la globalización. Nuestra respuesta ha sido bien clara: el arbitraje goza de buena salud porque hemos sido capaces de poner en marcha un procedimiento globalizado». Ver Cremades, Bernardo. «Arbitraje y desarrollo económico mundial». En *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, p. 2. Disponible en: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b–11.php (noviembre de 2015).

en tanto los mercados se abrieron e ingentes capitales empezaron a ser insertados en distintos países y regiones donde las empresas encontraban posibilidades de hacer negocios. Ello, además de desarrollo en los países receptores de dichas inversiones —unos con experiencias más exitosas que otros—, trajo consigo que las empresas soliciten garantías para invertir en dichos Estados; una de aquellas garantías es la posibilidad de que los conflictos entre estas partes sean solucionados en la vía arbitral.

- *La creación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi) y el Centro de Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el Centro)*; lo que, sin duda, es un hito en la historia del Arbitraje de Inversión.[9] Ambos se han consagrado como gran parte del marco legal de las inversiones, otorgando un instrumento internacional con reglas claras respecto del procedimiento a seguirse en caso de una disputa que pudiera tener algún Estado signatario con un inversor, así como un centro neutral que auspicia las conciliaciones o arbitrajes en los que se ventilen tales diferencias, respectivamente.

- *La especialización del arbitraje*;[10] factor que se hace más patente en el Arbitraje de Inversión, pues por su propia naturaleza este tipo de mecanismo arbitral es complejo. No sólo basta conocer el pro-

---

[9] Conejero Roos, Cristián. «Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la Cnudmi en Latinoamérica». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2006, n.º 4, p. 20: «La influencia de ese instrumento internacional [Convenio Ciadi] ha sido innegable en Latinoamérica, si se considera que la reticencia inicial a su ratificación quedó claramente atrás y que más de 15 países de la región se adhirieron a ella».

[10] En el marco del Ciadi esta especialización, que hace del arbitraje el mecanismo más idóneo para la solución de controversias en materia de inversiones, está presente en el Preámbulo del Convenio Ciadi: «[…] en ciertos casos [temas de inversión] el empleo de métodos internacionales de arreglo [Arbitraje de Inversión] puede ser apropiado para su solución».

cedimiento en sí, sino también la especialización en Arbitraje de Inversión, teniendo en cuenta el carácter especial que revisten temas como el consentimiento, requisitos *ratione* personae, *ratione materiae* y *ratione temporis* para acceder a este mecanismo de solución de controversias; así como las propias reglas de procedimiento (sobre todo en arbitrajes llevados a cabo en el marco del Convenio Ciadi y su Centro) y el entendimiento de aspectos propios de este tipo de arbitraje, tales como las cláusulas sobre períodos de espera, cláusulas de elección de vía y las cláusulas sombrilla, entre otros. Más aún, las inversiones inmersas en las disputas pueden versar sobre temas tan específicos como: minería e hidrocarburos, telecomunicaciones, energía, industrias de bienes y de servicios, banca y mercado de capitales, entre otros.

- *La rapidez en la solución del conflicto*; éste es un factor que se suele atribuir como ventaja del Arbitraje. Asimismo, se suele sostener que esto se da, ya sea porque los aparatos judiciales de los Estados, sobre todo los de los países en desarrollo —con las limitaciones que tal condición implica— tienen una carga procesal demasiado grande o porque simplemente sus operadores jurídicos son ineficientes. Sin embargo, nos parece mezquino que se atribuya una virtud al Arbitraje sobre la base de una deficiencia de los aparatos judiciales estatales. El Arbitraje tiene argumentos sólidos y suficientes como para ser preferido aun comparándolo con aparatos judiciales eficientes; hecho que ha sido observado por el mundo de los negocios, el cual requiere de tal dinamismo por ser una de sus características intrínsecas.[11]

[11] Es importante lo expresado por el profesor Cremades respecto de los retos a los que se enfrenta el Arbitraje de Inversión. En tal sentido: «un Arbitraje en cuyo procedimiento los árbitros deben esforzarse para conocer mejor las pretensiones de las partes y poder así decidir con mayor dominio de la causa. El procedimiento arbitral ha de ser mucho más interactivo, exigiendo de los árbitros una aproximación cultural a las respectivas reclamaciones en litigio». Véase: Cremades, Bernardo. «Arbitraje y desarrollo económico mundial». En *Op. cit.*, p. 2.

- *La independencia y autonomía de los árbitros*; cierto es que muchos suelen coincidir en que ventilar procesos en la justicia ordinaria del Estado receptor de la inversión implica una seria posibilidad de que los jueces de dicho Estado se parcialicen con aquella parte. En vista de esta desventaja de los inversionistas frente a los Estados, es que los primeros prefieren acudir al fuero arbitral. No obstante, no pretendemos sostener que constituye un dogma el posible favoritismo de los jueces para con su Estado, pero es imposible negar que éstos, como todo ser humano, tienden a inclinar sus decisiones en razón de las fuertes presiones políticas y sociales a las que se ven sometidos,[12] lo que no pasaría —al menos con tal magnitud— en una disputa entre dos particulares.[13]

- *La multiplicación de instrumentos internacionales sobre inversiones*; no es extraño observar la clara proliferación de AIEIs (Acuerdos de Integración Económica e Inversión) o EIIAs, por sus siglas en inglés (*Economic Integration Investment Agreements*), entre ellos los famosos TLC[14] (Tratados de Libre Comercio), de los TBI (Tratados Bilaterales de Inversión) o BIT, por sus siglas en inglés (*Bilateral Investment Treaties*), de los TDT (Tratados de Doble Tributación) o DTT, por sus siglas en inglés (*Double Taxation Treaties*). Estos instrumentos suelen tener cláusulas que remiten sus disputas al Arbitraje de Inversión —en especial al Ciadi—, lo que ha propiciado

[12] Basta con tomar en consideración el impacto social que los laudos de inversiones provocan en los países demandados, lo cual incluso se suele ver en la justicia ordinaria.

[13] No debemos soslayar el hecho de que sean recursos públicos o intereses colectivos los que estén en juego en caso el Estado pierda una disputa y no «simples» intereses de privados.

[14] Los TLC tratan materias más amplias que los TBI; no obstante, se podría afirmar que los capítulos de inversión que contienen los primeros, analógicamente, cumplen la función de los segundos.

que dicho mecanismo sea el más usado por los países que suscriben tales acuerdos.[15]

1.2. Aspectos generales sobre el Arbitraje de Inversión

¿A qué llamamos Arbitraje de Inversión? Identificamos como arbitraje de inversión a aquella especie (*sui generis*) de arbitraje que, como mecanismo alternativo[16] de resolución de conflictos (MARC), permite a los inversores extranjeros y a los Estados receptores de dicha inversión someter voluntariamente sus diferencias, en principio jurídicas, relativas a dicha materia, a un tribunal arbitral investido con facultades para resolver tales diferencias.

El profesor Kundmüller[17] se refiere al arbitraje (de inversión) como:

> […] un medio de solución de controversias con características universalmente aceptadas, las que suponen la adopción creciente de un standard internacional, que garantiza prácticas, usos y reglas, lo que, de ser correctamente orientado, concede seguridad jurídica y predictibilidad […] es un producto crecientemente armonizado en gran parte del mundo y donde el Arbitraje Icsid no es una excepción.

---

[15] Conejero Roos, Cristián. «Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la Cnudmi en Latinoamérica». Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda. *Op. cit.*, p. 22: «[…] la selección del arbitraje como mecanismo de solución de controversias de contenido económico que involucran a uno o más Estados latinoamericanos también se ha evidenciado en otros acuerdos y convenciones de ámbito regional y subregional, como es el caso del Tlcan, Mercosur y CAN. Lo mismo ha acontecido en acuerdos bilaterales de inversión (TBI)…».

[16] Alternativo a la justicia ordinaria.

[17] Kundmüller Caminiti, Franz. «El Arbitraje entre inversionistas y Estados, el declive del antiguo modelo "estadocéntrico/moderno" de gestión de conflictos, la proliferación de tratados bilaterales de inversiones, el Derecho Internacional de las Inversiones, el Icsid, la globalización y otros temas (des)integrados en diez puntos caleidoscópicos». En *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, p. 15. Disponible en: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/ (noviembre 2011).

Es importante resaltar que el arbitraje es reconocido como el mecanismo idóneo para la solución de controversias en materia de inversiones, no sólo por su especialidad y su dinamismo, sino también por su capacidad de mantener las relaciones comerciales pese a la presencia de un desacuerdo.[18]

Asimismo, este fenómeno también reconoció la relación asimétrica existente entre los sujetos participantes en este tipo de mecanismo de solución de controversias, como bien observa el profesor De Trazegnies:[19]

> Lo que pretende este Derecho en formación [Derecho de la Inversión Extranjera] es colocar en un pie de igualdad al inversionista privado extranjero y al Estado receptor, vinculando así de manera equitativa a una persona de derecho privado con una persona de derecho público que gobierna un país distinto al del origen de la inversión.

En efecto, se suele afirmar que existe una relación asimétrica entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión y que es justamente el Arbitraje de Inversión, que a través de la doctrina de los *Acta Iure Gestionis*, permite que los Estados, para la solución de sus controversias, desciendan —figurativamente— un escalón y se encuentren a la par de su contraparte: el inversor; lo cual no implica la ciega defensa de éste, sino más bien la legítima defensa de las relaciones comerciales en materia de inversiones, en la que más allá de proteger a las partes, se protege el vínculo existente entre ellas y la seguridad jurídica para el normal desempeño de la relación económica que, finalmente, coadyuva al desarrollo de la Nación en donde se asienta una inversión.[20]

---

[18] Rodríguez Márquez, José. «Los métodos alternativos de resolución de controversias». En *Anales de Jurisprudencia*. México D.F., 2000, n.º 247, p. 341.

[19] De Trazegnies Granda, Fernando. «Arbitrando la inversión». En *Lima Arbitration*. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Lima: CPA, 2007, n.° 2, p. 153.

[20] Siendo ello así, no extraña que el Convenio Ciadi exprese en su Preámbulo la importancia de las inversiones para el desarrollo económico.

En concordancia con lo antes manifestado, es natural que se afirme que el arbitraje de inversión, sobre todo en el marco del Ciadi, no es un instrumento para solución de controversias exclusivo de los inversores, sino que también está pensado para que puedan recurrir los Estados anfitriones que vean afectados sus intereses en su relación con el inversionista, idea que fue acuñada en el campo de la práctica en el Centro con el Laudo sobre Jurisdicción emitido en el caso *Amco vs. Indonesia*:[21]

> 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.

Al respecto, encontramos casos tales como Gabón *vs*. Société Serete S.A.,[22] Tanzania Electric Supply Company Limited *vs*. Independent Tanzania Limited[23] y Spyridon Roussalis *vs*. Rumania.[24]

En virtud de lo desarrollado hasta este extremo, es fácil observar claras distinciones entre el arbitraje de inversión y el tipo de arbitraje que comúnmente conocemos.

Por ejemplo, en relación con la llamada «arbitrabilidad subjetiva», entendida ésta como la capacidad que tiene una persona para someterse al arbitraje, observamos que las partes que intervienen en dicho proceso, es decir, un inversionista y un Estado receptor de dicha inversión (también llamado Estado anfitrión), no son los típicos «particulares» que se suelen presentar en tales procesos. En efecto, se trata de un inversionista

---

[21] *Amco Asian Corporation vs. República de Indonesia*. Laudo sobre Jurisdicción de 25 de septiembre de 1983. Caso Ciadi n.º ARB/81/1.

[22] Caso Ciadi n.º ARB/76/1.

[23] Caso Ciadi n.º ARB/98/8, cuyo demandante fue una empresa estatal contra un *joint venture* de privados.

[24] Caso Ciadi n.º ARB/06/1, cuyo demandado, el Estado de Rumania, contrademandó al inversor.

y un Estado soberano —que representa los intereses de una nación—, el cual previamente manifestó la voluntad de someterse al fuero arbitral.[25]

En cuanto a la llamada «arbitrabilidad objetiva», entendida ésta como aquello que es susceptible de ser sometido a Arbitraje, nos encontramos con un objeto distinto del que comúnmente apreciamos en el típico proceso arbitral.[26] En efecto, el objeto, según la mayoría de legislaciones en materia de Arbitraje, enmarca aquello sobre lo cual el sujeto parte del proceso tiene libre disposición.[27] En el caso del arbitraje de inversión, específicamente en aquellos procesos auspiciados por el Ciadi, la arbitrabilidad objetiva abarca aquellas diferencias de naturaleza jurídica provenientes directamente de una inversión.[28] Nuevamente, bien apunta sobre este tema el profesor De Trazegnies,[29] quien afirma que:

> Este tipo de Derecho de la Inversión —y la consecuente modalidad de Arbitraje— no se ocupa de los problemas del inversio-

---

[25] Es pertinente precisar que en este trabajo no se abordarán las teorías por la cuales se cuestiona si es posible o no considerar a un particular o inversor extranjero como un sujeto al cual se le pueden atribuir directamente derechos y obligaciones provenientes de un tratado, tal como se da en el caso en el que la fuente de consentimiento para el Arbitraje de Inversión es un Tratado Bilateral de Inversión (TBI o BIT, por sus siglas en inglés). En tal razón, para los efectos de este trabajo —en concordancia con la doctrina imperante— se afirma que el particular o inversor extranjero tiene capacidad procesal para participar en un arbitraje al amparo de un TBI.

[26] En adición, tal como señala Cremades: «La característica fundamental del arbitraje de inversión consiste en que los derechos sustantivos del inversor se derivan de un tratado entre el Estado nacional del inversor y aquél en donde se lleva a cabo la inversión —conocido como el Estado anfitrión—. Cremades, Bernardo. «Corrupción y arbitraje de inversión». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda-Legis, n.º 3, p. 62.

[27] El artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje, expresa lo siguiente: «Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición…».

[28] Artículo 25 del Convenio Ciadi. Este tema será abordado en detalle en la Sección 2.2, Sub–Capítulo ii del Capítulo i del presente trabajo.

[29] De Trazegnies Granda, Fernando. «Arbitrando la inversión». *Op. cit.*, p. 153.

> nista extranjero con sus proveedores locales ni con ningún otro elemento privado vinculado a su operación. El campo exclusivo […] son las relaciones entre ese inversionista extranjero y el Estado receptor, en tanto que éste, a través de su *ius imperium*, puede perturbar la operación económica normal del inversionista.

Adicionalmente, se ha de considerar que tales diferencias, en su mayoría, tienen implicancias directas en bienes propiedad del Estado receptor,[30] lo cual hace distinto a este tipo de arbitraje.

Dicho lo anterior, cabe añadir que al Arbitraje de Inversión se le atribuye la característica de mixto o híbrido, en tanto no se trata de un conflicto «privado *vs*. privado» ni «Estado *vs*. Estado», sino uno en el que participan, de un lado un inversionista y del otro lado un Estado, lo cual, en términos jurídicos, significó un avance y un cambio que revolucionó la solución de controversias en materia de inversiones, rompiendo con teorías que iban desde el uso de la fuerza hasta la hermética primacía de la soberanía territorial para resolver dichas controversias.

Asimismo, es preciso advertir que el Arbitraje de Inversión al que hemos hecho referencia no se restringe únicamente al que se lleva a cabo bajo los auspicios del Ciadi, siendo que también existen otras alternativas institucionales, tales como los arbitrajes bajo el auspicio de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)[31] o la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otros. O acaso (con menor frecuencia) en el marco de un arbitraje no administrado (arbitraje *ad hoc*).[32] No obstante, para efectos de este trabajo se tomará como base

---

30 Tal como sucede en el tema de los bienes que el Estado pone en concesión.

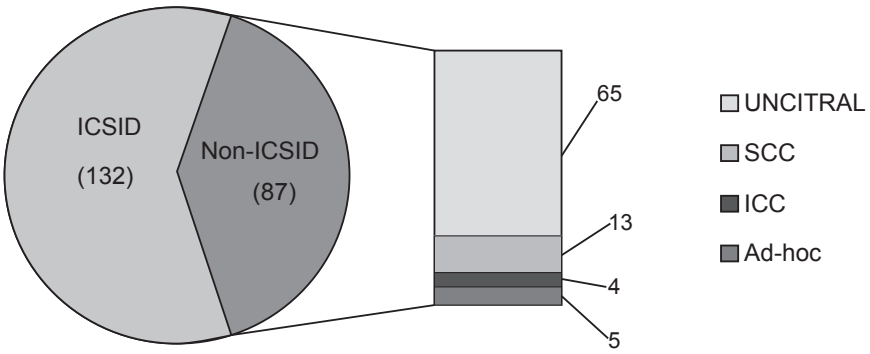
31 Al 2014, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI recibió 791 Demandas de Arbitraje, de las cuales el 10,7 % de los casos, al menos una de las partes era un Estado, una entidad estatal, paraestatal o pública. Véase: http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=26612 (noviembre 2015).

32 Estos arbitrajes, al igual que los que administra la CCI, suelen llevarse sobre la base de la Ley Modelo de Arbitraje de la Uncitral (*United Nations Commission on International Trade Law*).

principal el Arbitraje Ciadi, en virtud de la indiscutible relevancia que han tenido tal Convenio y su Centro en el desarrollo del Arbitraje de Inversión, tal como lo sustenta el siguiente gráfico:

Gráfico n.º 1

Disputes, by rules of arbitration [a]



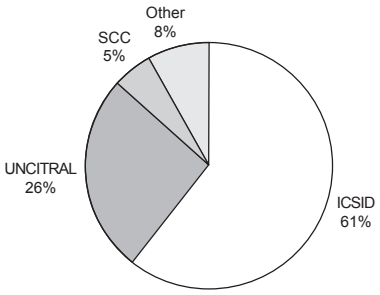
Source: UNCTAD.
[a] As of November 2005.
SCC = Stockholm Chamber of Commerce: ICC = International Chamber of Commerce.

Fuente: Unctad (2013).

El gráfico nos brinda los porcentajes que dan cuenta de la proporción de arbitrajes de inversión según los foros existentes, evidenciando, claramente, cómo el mecanismo ofrecido por el Ciadi o Icsid, por sus siglas en inglés (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) es el más utilizado.

Gráfico n.º 2

Distribution of known ISDS cases



Fuente: Icsid (2015).

Por su parte, este gráfico evidencia la evolución del número de casos Ciadi (que incluyen, aunque en mucha menor cantidad, los llevados a cabo en el marco de su Mecanismo Complementario), que a fines de junio de 2015, según su propia data, contaba con 527 casos: 330 casos concluidos y 197 casos pendientes.[33]

1.3. Arbitraje de inversión – Convenio Ciadi: una estrecha relación

En nuestra opinión, el Arbitraje de Inversión cuenta con dos momentos cumbres —impulsados, a su vez, por la globalización—, éstos son:

i) La adopción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi), y

ii) La proliferación de los Tratados Bilaterales de Inversión[34] (TBI).

---

[33] Ver: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx? (noviembre 2015).

[34] Estos instrumentos internacionales serán analizados con mayor detalle en el Capítulo ii del presente trabajo.

Existe estrecha relación entre el Arbitraje de Inversión y el Convenio Ciadi. Ella se ha venido acentuando en las dos últimas décadas, en las cuales el Arbitraje de Inversión empezó a ser cada vez más común y en donde empezaron a presentarse casos cada vez más seguido, a partir de lo que hemos llamado el segundo momento cumbre del Arbitraje de Inversión, es decir, la proliferación[35] de los TBI.

Los TBI empezaron a coadyuvar con la seguridad jurídica de los Estados receptores, mejorando el clima de inversión, por lo que flujos de inversiones empezaron a arribar a los países suscriptores de dichos tratados, siendo consecuencia natural que, producto de la relación de inversión, algunas de las personas (naturales o jurídicas) establecidas en dichos Estados tuvieran diferencias con éstos, aplicando las garantías ofrecidas por los TBI y escogiendo, mayoritariamente, el Ciadi como foro arbitral para la solución de sus controversias respecto de tales inversiones, en virtud de las características y ventajas que éste ofrece;[36] preferencia que incluso abarca las disputas suscitadas entre países en los que el Estado que interviene no es parte del Convenio Ciadi.[37]

Por lo expuesto y por lo que en líneas siguientes se detallará, el Convenio Ciadi tiene sin duda una estrecha relación con el Arbitraje de Inversión, la cual que se ha venido consolidando con los años y que, creemos, se hará aun más fuerte con el tiempo y con las medidas que

---

35 Hablamos de proliferación y no simplemente aparición de los TBI, ya que como veremos más adelante (Capítulo II) este fenómeno arreció vertiginosamente en número (aunque con velocidad más lenta en calidad) hacia los noventa, pese a que el primer TBI propiamente dicho fue suscrito por Alemania y Pakistán en 1959.

36 Véase: Sección 4, Sub-Capítulo I del Capítulo I.

37 Tal como es el caso de Brasil, Canadá (que suscribió el convenio, pero aún está pendiente de ratificación) y México, cuyas economías son de las más importantes y que han accedido al Ciadi a través de su particular Mecanismo Complementario, en virtud de que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Tlcan o Nafta, según sus siglas en inglés (*North American Free Trade Agreement*) contiene en su cláusula 1120 la posibilidad de someter al Ciadi las disputas que en el marco de dicho TLC puedan suscitarse.

seguramente se tomarán en el futuro y que harán del arbitraje del Ciadi un mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones todavía más eficiente de lo que es en el presente.

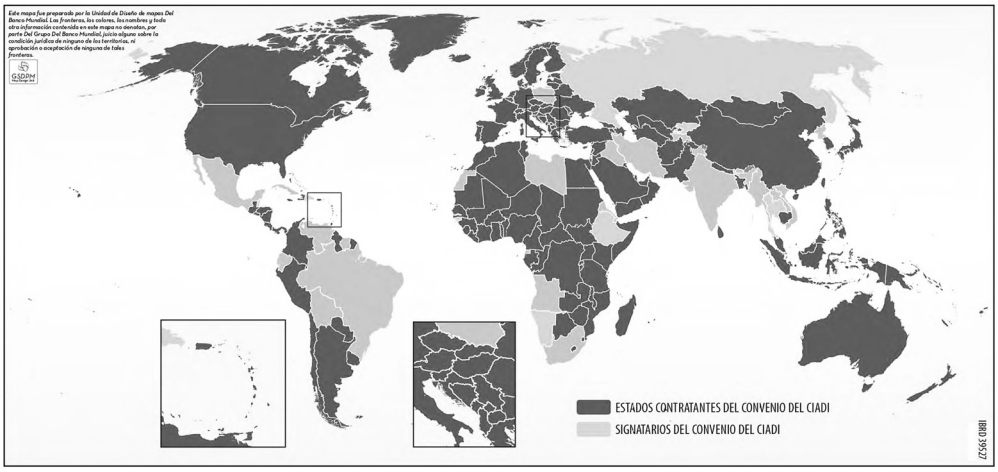
2. Antecedentes del Convenio Ciadi

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi), nació como iniciativa del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial). Su redacción fue encargada al Consejo Administrativo del Banco, el cual está conformado por un representante de cada uno de los Estados Contratantes del Convenio Ciadi,[38] quienes luego de un lustro de preparación concluyeron el texto definitivo, que fue abierto a la firma de los miembros del Banco el 18 de marzo de 1965, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966, cumplidos los requisitos en éste previstos.[39] Sin embargo, no fue hasta el 13 de junio de 1972 que se registra la primera solicitud de Arbitraje en el Ciadi, en el caso Holiday Inn y otros *vs*. Marruecos (Caso n.º ARB/72/1).

[38] Artículo 1(1) del Convenio Ciadi.

[39] Artículo 68(2) del Convenio Ciadi.

Gráfico n.º 3



Fuente: Ciadi (2015).*

A junio de 2015, 159 Estados firmaron el Convenio Ciadi, de los cuales 151 presentaron también los respectivos instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de dicho Convenio,[40] convirtiéndose en Partes Contratantes de tal acuerdo, siendo que sólo 8, pese a suscribirlo, aún no lo hacen.[41] Asimismo, sorprende que, a la fecha, no obstante contar con un importante flujo de inversiones extranjeras, ni Brasil ni India sean parte del Convenio Ciadi.

Respecto de las ratificaciones como instrumento internacional, el Convenio Ciadi tuvo dos etapas cumbre: la primera, constituida por los primeros 4 años de adoptado el texto, de 1965 a 1969, período dentro del cual 52 Estados lo ratificaron. El segundo período está constituido

40 Véase:http://ic Home&pageName=MemberStates_Home (diciembre 2011).

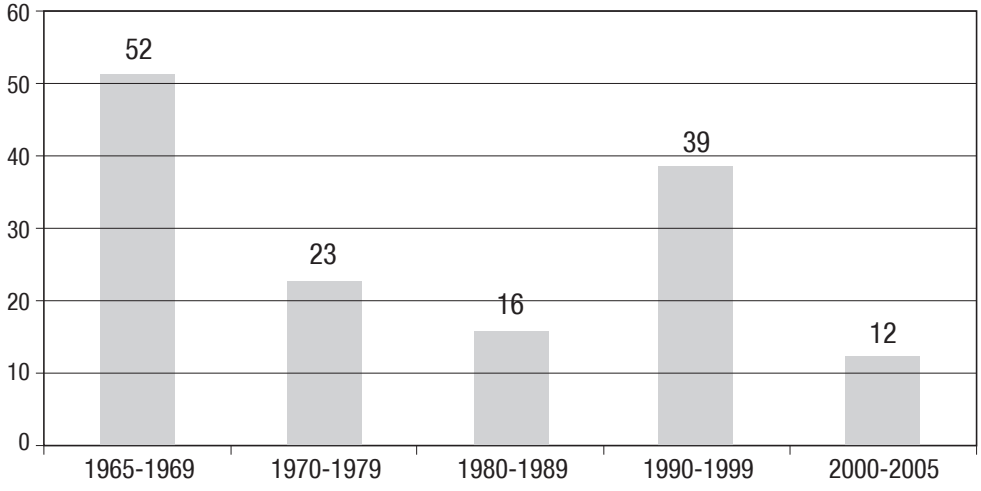
41 Entre ellos: Rusia (1992), Tailandia (1985), República Dominicana (2000) y Etiopía (1965). Véase: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.bak.aspx?tab=AtoE&rdo=BOTH (noviembre 2015).

* Nota: La última incorporación al Convenio Ciadi registrada es la de San Marino, que se adhirió al tratado en abril de 2014 y lo ratificó en 2015.

por casi toda la década de los noventa, en la que 39 Estados hicieron lo mismo. Éste es otro elemento para aseverar que el Arbitraje de Inversión tuvo dos momentos clave: la creación del Convenio Ciadi y su Centro y la proliferación de los BIT y su consiguiente uso como instrumentos de protección de inversiones.

Gráfico n.º 4

Ratificaciones a la Convención del CIADI, 1965-2005



Fuente: Kundmüller Caminiti, Franz y Roger Rubio Guerrero, p. 78. Véase *infra* nota 61.

De otro lado, antes y después de la adopción del Convenio Ciadi hubo (y hay) algunos intentos por brindar un marco de protección a las inversiones; no obstante, éstos fueron sectoriales, es decir, abarcaban algunos temas específicos sobre inversiones, sólo fueron de ámbito regional o simplemente no contaron con el consenso y el respaldo necesarios para constituirse en realidades. Así, entre instituciones y tratados que, de alguna manera, preveían y prevén dicha materia, tenemos: el Fon-

do Monetario Internacional-FMI[42] (1944); el Banco Mundial[43] – BM (1944); las Naciones Unidas – ONU[44] (1945); el Acuerdo General de Aranceles y Tarifas, conocido como el GATT, por sus siglas en inglés – *General Agreement on Tariffs and Trade*[45] (1947); la Carta de La Habana de la Organización Mundial de Comercio – OMC (1948); el borrador de la Convención *Abs – Shawcross* sobre la Inversión Extranjera (1959); la Convención sobre la Propiedad Extranjera de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos[46] – OCDE (1967); la Corporación para la Inversión Privada en el Extranjero u OPIC, por sus siglas en inglés – *Overseas Private Investment Corporation*[47] (1971); el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones[48] o MIGA por sus siglas en inglés – *Multilateral Investment Guaratee Agency* (1985); la Decisión 291[49] de la Comunidad Andina de Naciones – CAN (1991); las Directrices del Banco Mundial sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa[50] (1992); el Tratado de Libre Comercio de América del Norte,[51] Tlcan o Nafta, por sus siglas en inglés – *North American Free Trade Agreement* (1992); el Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnaciona-

---

42 Véase: http://www.imf.org/external/spanish/index.htm.

43 Véase: http://www.bancomundial.org/.

44 Véase: http://www.un.org/spanish/ y http://www.onu.org.pe.

45 Disponible en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#goods (noviembre 2015).

46 Disponible en: http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf (noviembre 2015).

47 Véase: http://www.opic.gov/index.asp o http://www.buyusa.gov/peru/es/281.html.

48 Disponible en: http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf (noviembre 2015).

49 Disponible en: http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC291.doc (noviembre 2015).

50 Disponible en: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/11/10/000094946_99090805303082/Rendered/PDF/multi_page.pdf (noviembre 2015).

51 Disponible en: http://www.naftanow.org/agreement/default_en.asp (noviembre 2015).

les[52] (1993); el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercado Común del Sur (Mercosur), Decisión n.º 11/93;[53] el Tratado sobre la Carta de la Energía (1994); el Proyecto de Texto para la negociación del Acuerdo Multilateral de inversiones[54] o MAI, por sus siglas en inglés – *Multilateral Agreement on Investment* (1998); entre otros.

De las instituciones y documentos antes nombrados, es particular la iniciativa de la OCDE con el MAI, el cual significó el más ambicioso intento de brindar un marco amplio a la protección de inversiones, pese a que no llegó a alcanzar el acuerdo de la comunidad internacional. No obstante, las rondas de trabajo para la preparación del documento dejaron valiosos alcances.[55]

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo precedente, no hay duda alguna de que el Convenio Ciadi es el intento y la realidad más serios y de mayor consistencia en el mundo de la solución de controversias en materia de inversiones. Se ha erigido como el primer y legítimo instrumento internacional que logra brindar un marco jurídico de protección, tanto de inversores como de Estados anfitriones.

---

52 Disponible en: http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r186.htm (noviembre 2015).

53 Disponible en: http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/CMC_1993_Dec_011_ES_Prot.Colonia%20p.Prom.Invers.Mercosur.PDF (noviembre 2015).

54 Disponible en: http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987e.pdf (noviembre 2015).

55 Para mayor información, véase: Unctad. *Lessons from the MAI*. Ginebra: UN, 1999, p. 46.

3. Finalidad del Convenio Ciadi

Tras la evolución que sufrió el tratamiento de la solución de controversias en materia de inversiones a través del tiempo,[56] el Convenio Ciadi trató de absorber las experiencias previas, dando un giro al pasado y proyectándose al futuro a través de propuestas novedosas —aunque algunas de ellas ya recogidas en otros instrumentos que no lograron concretarse— y, sobre todo, pese a la resistencia de algunos países (en su gran mayoría latinoamericanos), éste logró un consenso.

En tal sentido, el Convenio Ciadi tiene como una de sus finalidades *despolitizar los conflictos inversionista-Estado*, evitando la protección diplomática y, claro está, toda forma violenta e incivilizada de reclamación de deudas entre dichas partes. Para tal efecto, contiene una clara disposición, prevista en el 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 […].

No obstante, se debe precisar que el Convenio no elimina la posibilidad de brindar protección diplomática, sino que, más bien, tiene un efecto restrictivo o suspensivo sobre ésta, dejando abierta la posibilidad de recurrir a ella en los casos en los cuales, existiendo un Laudo desfavorable para el Estado receptor de la inversión, dicho Estado contratante del Convenio Ciadi «no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo»;[57] caso en el cual, el Estado de donde es nacional el inversor podría intervenir en la diferencia, por ejemplo, demandando al otro Estado ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

---

[56] *Supra*: Sección 1.1., Sub-Capítulo I del Capítulo I del presente trabajo.

[57] Artículo 27(1) del Convenio Ciadi.

De otro lado, el Convenio Ciadi no sólo apunta hacia la solución de la controversia en sí, sino que también *persigue la promoción del desarrollo económico a través de un clima de inversiones favorable*,[58] en vista de que establece reglas claras en caso se llegara a presentar una situación de diferencias entre el inversor y el Estado anfitrión. En concordancia con ello, el Preámbulo del Convenio expresa que éste se ha creado:

> Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado.

A decir del profesor Schreuer,[59] el Convenio Ciadi fue un gran paso hacia adelante. Afirma que la idea del Convenio Ciadi es estimular las inversiones y afianzar el desarrollo económico a través de la promoción de un estándar de protección, así como el fomento de un cabal clima de inversiones. Con tal motivo, el Convenio crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones[60] (el Ciadi o el Centro).

Tal como lo mencionan Kundmüller y Rubio,[61] el Convenio Ciadi y el Centro constituyen el marco institucional que permite despolitizar los conflictos inversionista – Estado y llevarlos a una esfera neutral con verdaderas garantías de estándares internacionales y eficiencia.

Consideramos muy importante destacar que si bien hace algunos años el balance histórico de casos demostraba, con cifras avasallantes,

---

58 Dañino Zapata, Roberto. «El Ciadi: 40 años después». En *Thémis*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, n.° 53, p. 144.

59 Schreuer, Christoph. «The dynamic evolution of the Icsid system». En Hoffman, Reiner and Christian Tams (eds.). *International Convention on the Settlement of Investment Disputes: Talking Stock After 40 Years*. Einbeck: Nomos, 2007, p. 3.

60 Artículo 1 del Convenio Ciadi.

61 Kundmüller Caminiti, Franz y Roger Rubio Guerrero. «El arbitraje del Ciadi y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte». En *Círculo Peruano de Arbitraje*. Lima Arbitration. Revista del CPA, n.º 1. Lima: CPA, 2006, p. 76.

que la mayoría de éstos eran iniciados por nacionales de países desarrollados contra Estados en vías de desarrollo, esta tendencia, con el tiempo, ha ido dando un giro importante. Hacia fines del 2014, el 40% de los arbitrajes de inversión conocidos en ese año fue iniciado por un país desarrollado contra otro par de su misma condición económica, elevando el porcentaje histórico al 28%, algo poco probable a inicios del auge de este tipo de mecanismos de solución de controversias.[62]

En esa misma línea, otro giro de vital importancia en el arbitraje de inversión es que —también a fines de 2014— el 37 % del total de casos concluidos fueron decididos a favor de los Estados demandados (incluidos los casos en que los tribunales declinaron jurisdicción); el 25 %, a favor de los inversionistas, mientras que el 28 % concluyó con un acuerdo entre ambas partes.[63] Ello ratifica la vigencia del arbitraje de inversión (incluido, por supuesto, el que se lleva en el Ciadi)[64] como sistema de solución de controversias en esa materia, que busca el equilibrio entre países desarrollados y aquéllos en vías de desarrollo, así como la resolución de disputas entre éstos, con equidad, justicia y de manera técnica, logrando legitimidad entre los agentes del sistema.

---

62 Véase: *IIA Issues Note*. *Investor-State Dispute Settlement: Review of developments in 2015*, mayo 2015, n.° 2. Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf (noviembre 2015).

63 *Idem*.

64 Los porcentajes a nivel del Ciadi son bastante similares. Del total de casos (incluidos los llevados a cabo a través de su mecanismo alternativo) decididos, el 25% concluyó con un laudo declinando jurisdicción; el 29% concluyó con un laudo rechazando todas las reclamaciones del inversor; el 45% concluyó con un laudo dando lugar parcial o totalmente a las reclamaciones; y el 1% concluyó con un Laudo donde se decidió que las reclamaciones carecían manifiestamente de mérito jurídico. Véase: Carga de Casos del Ciadi-Estadísticas (Edición 2015-2). Disponible en: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(Spanish).pdf (noviembre 2015).

4. CARACTERÍSTICAS Y VENTAJAS COMPETITIVAS DEL CONVENIO CIADI

4.1. De las características

- *Brinda procesos conciliatorios y arbitrales*; el Convenio Ciadi, a través de su Centro ofrece auspicio en procesos de Conciliación, en los que asiste a las partes a alcanzar un acuerdo. Así también ofrece la posibilidad de un proceso de arbitraje, que comparado con la conciliación es más formal y adversarial, pero que, sin embargo, en el marco del Centro suele tener soluciones acordadas por ambas partes.

- *Es especializado*; el Convenio Ciadi fue creado especialmente para la solución de disputas en materia de inversiones. Su nivel de especialización es tal que tiene como requisito de acceso a su foro que la controversia sea una de tipo legal y que, adicionalmente, emane directamente de una inversión.[65]

- *Es adjetivo*; pues ofrece derechos adjetivos, es decir, procesales. En el Convenio se trata aspectos meramente procesales para la solución de controversias en materia de inversiones, dejando los aspectos sustantivos a los documentos que originan el sometimiento a la jurisdicción del Ciadi, por ejemplo, un TBI.

- *Es auto-contenido*; pues posee un sistema propio de recursos o remedios contra el laudo, así como de su reconocimiento y ejecución, factor que lo diferencia de otros sistemas de solución de controversias.

- *Es neutral*; porque pese a ser parte del Banco Mundial, evidencia que los laudos emitidos en su marco no se parcializan con los inversores ni con los Estados parte de la controversia.

---

[65] Artículo 25(1) del Convenio Ciadi.

4.1.1. De las ventajas competitivas

Dado el carácter de arbitraje institucional, que es el tipo en el que se enmarca el Arbitraje del Ciadi, éste posee considerables ventajas en relación con el arbitraje *ad-hoc*, tales como: modelos estándar de cláusulas de sometimiento a arbitraje, reglas de procedimiento y apoyo institucional para la conducción del proceso; provee un sistema propio de reconocimiento y ejecución de los laudos emitidos en su seno[66] y, asimismo, asegura que el arbitraje no se frustre por el potencial no apersonamiento o rebeldía de una de las partes.

Expuesto lo anterior, no se puede negar que desde la perspectiva del inversor, la posibilidad de acudir al Arbitraje de Inversión es un elemento relevante de la seguridad jurídica y uno de los criterios para la toma de la decisión de invertir en determinado país.[67] Con ello, el inversor obtiene una suerte de garantía de que no se birlarán sus legítimos derechos o que, en todo caso, si ello llegara a ocurrir, un tribunal arbitral especialista en la materia de la controversia y lo suficientemente neutral, resolverá su caso.

De otro lado, tras la explosión económica de la globalización, los inversionistas expandieron sus capitales en distintos lugares, las inversiones producto de ello no estuvieron exentas de diferencias con los

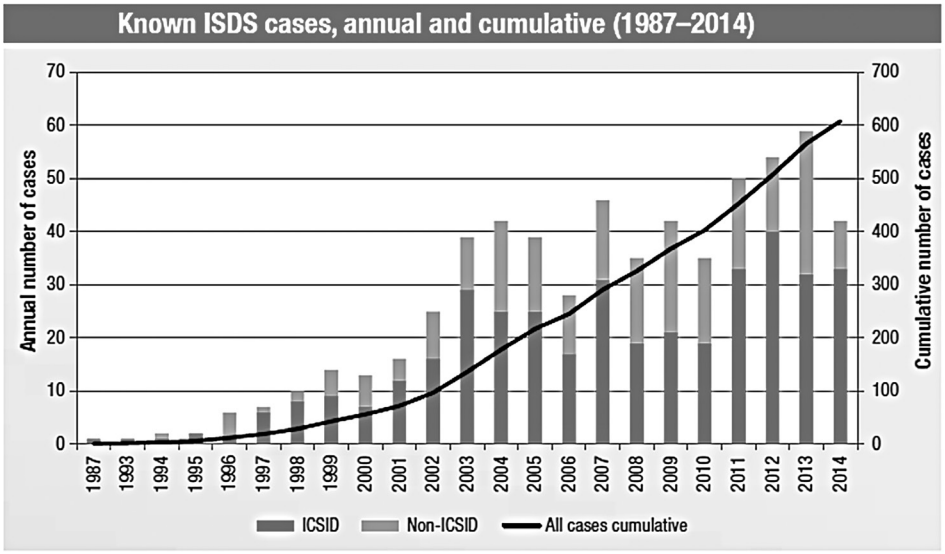
---

[66] Schreuer, Christoph. «The dynamic evolution of the Icsid system». En Hoffman, Reiner and Christian Tams (eds.). *Op. cit.*, p. 4.

[67] Ello se ve reflejado en las estipulaciones de los contratos que vinculan a un inversor extranjero y un Estado receptor de inversión, tal como lo observa nuevamente el profesor Cremades: «La participación de los Estados en el tráfico mercantil internacional y el deseo de recibir inversiones extranjeras les llevó a abandonar sus prejuicios de soberanía para firmar contratos mercantiles internacionales, una de cuyas cláusulas era el sometimiento a Arbitraje». Ver: Cremades, Bernardo. *Op. cit.*, p. 4. Así también: Kundmüller Caminiti. *Op. cit.*, p: 6: «[…] la gestión y solución de controversias entre inversionistas y Estados tiene[n] una importante proyección y es presentada, por regla general, como parte del conjunto de ventajas que ofrecen los países huéspedes o receptores de inversión, a favor del inversionista, garantizándole a éste el acceso a foros internacionales de solución de controversias».

Estados anfitriones, por lo que se buscaba un foro idóneo para brindar soluciones, siendo el Ciadi el que tomó ese rol. En efecto, el gráfico que se presenta a continuación (Gráfico n.º 5) es elocuente respecto de cómo el Ciadi ha recibido la aceptación como foro para la solución de controversias en materia de inversiones, superando, en considerable número, la cantidad de arbitrajes de inversión fuera de su competencia. Asimismo, puede apreciarse la dramática evolución del número de arbitrajes relativos a tal materia:

Gráfico n.º 5



Source: UNCTAD, ISDS database.
Note: Preliminary data for 2014.

De otro lado, desde la perspectiva del Estado receptor de la inversión es evidente que para éste es importante que se le garantice que se le protegerá de posibles demandas ante otros fueros judiciales o arbitrales internacionales paralelamente, además de que se le garantice que no se ejercerá presión sobre él por parte de otro país (que seguro es más fuerte que aquél) bajo las vestimentas de la protección diplomática.

Asimismo, se debe tener en consideración que, por el momento, no existe fórmula internacional que garantice que los poderes judiciales de los Estados respetarán los pactos de sumisión acordados entre las partes,[68] lo que pone en posición privilegiada a un Ciadi que cuenta con mecanismos propios y eficientes para calificar y asumir competencia a través de sus tribunales. Más aún: el Convenio Ciadi es un tratado, lo cual le otorga, *per se,* mayor fuerza para el cumplimiento de sus disposiciones por parte de los Estados parte, pues lo contrario significaría que éstos afrontarían demandas ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) por responsabilidad internacional ante la violación de un tratado, contando, además, con la ventaja de que al poseer un sistema autocontenido, cuenta con su propio mecanismo de reconocimiento y ejecución de sentencias, lo que impide que sus laudos sean revisados fuera del Centro Ciadi.[69]

Lo anterior, sumado al hecho de que el Convenio Ciadi da gran libertad a los Estados parte para la aplicación del Convenio según sus propios intereses, con disposiciones como las referidas a las limitaciones y condiciones del consentimiento —sin que ello implique reserva alguna al Convenio—[70] han contribuido a que el Ciadi haya tenido tanta aceptación, sobre todo en las últimas décadas.[71]

---

[68] Born, Gary. «International Arbitration and formun selection agreements: planning, drafting, and enforcing», citado por: Cantuarias Salaverry, Fernando. «Razones por las cuales el arbitraje es inevitable», p. 4. Disponible en: http://www.upc.edu.pe/RepositorioAPS/0/10/JER/FACULTAD–DERECHO–DECANO/FC7.doc (noviembre 2015).

[69] Suárez Camacho, Gustavo. «El Arbitraje en la exploración y explotación de hidrocarburos en Colombia». *Op. cit.*, p. 345: «Su fortaleza [del arbitraje Ciadi] reside en que no sólo contiene un conjunto de reglas de arbitraje sino que es un convenio internacional (tratado); y, por tanto, no sometido a procedimientos internos de arbitraje del lugar del mismo, *lex fori*».

[70] El Convenio Ciadi no presenta disposición alguna en su texto respecto de reservas a dicho tratado, por lo que disposiciones como las referidas no se pueden tomar como tales.

[71] El Centro registró tantas nuevas solicitudes de arbitraje en los primeros tres meses del año 2004, como en los primeros quince años de vida institucional.

Sub-Capítulo II

Aspectos fundamentales sobre la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el Centro) según el Convenio Ciadi

1. Consentimiento

Resulta ampliamente conocido que el Arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que tiene su origen en el consenso o acuerdo de voluntades de las partes. Es en virtud de esa recíproca voluntad que ambas deciden someter su controversia al fuero arbitral, en vez de ir por el camino que —digamos— naturalmente correspondería, es decir, el camino de la justicia ordinaria o fueros jurisdiccionales de determinado lugar. Ese consentimiento, como manifestación de voluntad, es de vital importancia para poner en ejecución la jurisdicción arbitral y delimitar tanto la competencia de los árbitros como las materias sobre las cuales deberán pronunciarse.

Es evidente que nos encontramos frente a uno de los temas que mayor relevancia tiene en el Arbitraje de Inversión. Para aterrizar en el campo de la práctica esta afirmación teórica, sólo basta revisar los hechos: gran cantidad de Estados demandados ante tribunales arbitrales donde se ventilan controversias relativas a inversiones que cuestionan la competencia de dichos colegiados, suelen hacerlo sobre la base del argumento de la no existencia de consentimiento o que dicho consentimiento es defectuoso, lo cual lleva a los tribunales arbitrales a realizar un minucioso análisis de los documentos de donde se presume que emana el consentimiento y del mismo Convenio Ciadi.

1.1. Los caracteres del consentimiento: voluntario, escrito e irrevocable

El consentimiento en el marco del Convenio Ciadi está tratado, en general, en su Capítulo II, en donde también se incluyen los requisitos de acceso[72] al mecanismo arbitral del Centro, así como las limitaciones[73] y condiciones[74] que los Estados parte pueden imprimir al prestar su consentimiento. Así, el artículo 27(1) del Convenio establece que:

> La jurisdicción [...] se extenderá a las diferencias [...] que las partes hayan consentido [...] someter al Centro. (El subrayado es nuestro).

En efecto, la frase «que las partes hayan consentido» encierra el «carácter voluntario» del Convenio, carácter que es enteramente congruente con la naturaleza jurídica del arbitraje en general, en virtud del cual dos partes deciden voluntariamente someter controversias, existentes o por existir, a este mecanismo de resolución de conflictos.

En general, el carácter voluntario y la libertad sobre la base de los cuales se construye el Arbitraje, se encuentra presente en todo el texto del Convenio Ciadi; ya sea «reconociendo [...] el consentimiento mutuo de las partes»[75] en someter sus diferencias al Ciadi o desde su apertura a la firma aun de Estados que no son miembros del Banco Mundial[76] o en sus demás disposiciones sobre limitaciones o condiciones al consentimiento.

---

72 Véase: Sección 2, Sub-Capítulo II del Capítulo I del presente trabajo.

73 Véase: Sección 1.3, Sub-Capítulo II del Capítulo I del presente trabajo.

74 Véase: Sección 1.4, Sub-Capítulo II del Capítulo I del presente trabajo.

75 Preámbulo del Convenio Ciadi.

76 Con la condición de que éstos sean invitados a suscribirlo por los dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo (del Ciadi) y que, a su vez, se trate de países signatarios del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Ver: artículo 67 del Convenio Ciadi.

En efecto, el Convenio reconoce la idoneidad del mecanismo arbitral (y del conciliatorio) para la solución de controversias en materia de inversiones, dejando la decisión de hacerlo a las partes de esas controversias, tal como lo expresa el Preámbulo de este instrumento:

> Atribuyendo particular importancia a la disponibilidad de medios de conciliación y arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias». (El subrayado es nuestro).

Es pertinente mencionar que la sola firma del Convenio Ciadi o su posterior aprobación y/o ratificación no se pueden leer como manifestaciones de voluntad; es decir, no califican como consentimiento. El mismo tratado expresa claramente ello, también en su Preámbulo:

> Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.

De otro lado, respecto del «carácter escrito del consentimiento», el antes citado artículo 27(1) del Convenio establece que:

> La jurisdicción [...] se extenderá a las diferencias [...] que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. (El subrayado es nuestro).

Queda absolutamente claro que en el marco del Ciadi, el consentimiento debe realizarse de manera escrita, con lo que se pretende evitar ambigüedades, las cuales, sin embargo, como veremos en líneas posteriores, se presentan en la práctica. El requisito de que el consentimiento sea escrito, responde también a que el instrumento en donde está expresado

sirve como medio probatorio[77] de la insoslayable manifestación de voluntad para someter las controversias a la vía arbitral del Ciadi. Tal consentimiento debe ser claro y no meramente interpretado. En ese sentido, no solamente encontramos el consentimiento en documentos escritos o acuerdos entre las partes, lo que en este trabajo llamamos *Consentimiento de Género Explícito,*[78] sino también lo encontramos implícitamente en sus respectivos actos. Por ejemplo, será legítimamente considerado como consentimiento el acto por el cual el demandado se hace presente en el arbitraje ante el Centro, aun si es que no hubiese previo acuerdo escrito de sometimiento a la jurisdicción del Ciadi. Se entiende, entonces, que la continuación del proceso, sin acuerdo previo, también implica lo que en este trabajo llamamos *Consentimiento de Género Implícito*.[79]

De otro lado, tenemos el «carácter irrevocable del consentimiento». Esta irrevocabilidad se refiere a la prohibición de aquel acto unilateral por el cual una de las partes se sustrae del acuerdo de someter la diferencia al arbitraje de inversión bajo los auspicios del Centro, pese a ya haber expresado su consentimiento para hacerlo. En concreto, sobre la base de lo expresado en el artículo 27(1) del Convenio Ciadi, se afirma que una vez otorgado el consentimiento, éste «no podrá ser unilateralmente retirado».

En la misma línea, el Preámbulo del Convenio establece lo siguiente:

> Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias [...] a arbitraje [...] constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente [...] que cumplan los laudos arbitrales[80] […]. (El subrayado es nuestro).

---

77 Véase: Reglas de Iniciación Ciadi, Regla 2, (1) y (2).

78 Véase: Sección 1.2, Sub-Capítulo II del Capítulo I del presente trabajo.

79 *Idem*.

80 No está de más pronunciarnos respecto del pleonasmo en el que se incurre al decir "laudos arbitrales", pues «laudo» significa la decisión tomada por un tribunal arbitral. Este error provendría de confundir aquel término con «sentencias arbitrales», cuyo uso es correcto.

La inclusión de dichas medidas en el Convenio Ciadi y el carácter irrevocable y, en consecuencia, obligatorio del consentimiento, no es otra cosa que una clara expresión del principio de Derecho Internacional *pacta sunt servanda*,[81] reconocido por las naciones civilizadas.

Queda manifiesta la relación del carácter irrevocable del consentimiento y los arbitrajes auspiciados por el Ciadi, en la medida en que ello permite al Centro la continuación de los procedimientos, pese a la desidia o reticencia de una de las partes del proceso a continuar o cooperar con éste, en virtud de que el consentimiento ya fue previamente otorgado y no puede ser retirado de manera unilateral. Así, por ejemplo, el Ciadi tiene mecanismos para la constitución de los tribunales en caso una de las partes no ejerza su derecho de escoger el o los árbitros que le corresponde.[82]

La irrevocabilidad del consentimiento prestado actúa en función de todas sus disposiciones, tales como en lo referente a las limitaciones o condiciones que se impongan. De igual manera, la denuncia del Convenio Ciadi o la resolución, derogación o denuncia de cualquier documento (acuerdo directo o contrato,[83] legislación local o tratado, respectivamente) que lo contenga, no surte efecto sobre dicho consentimiento previamente expresado y/o perfeccionado.

---

[81] Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: «26. *Pacta sunt servanda.* Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Al respecto, comenta Ríos Errán: «*El principio* Pacta Sunt Servanda *obliga a los Estados firmantes de un tratado a realizar los cambios necesarios en sus derechos internos, con el fin de adecuarlos a las disposiciones del tratado, no pudiendo alegar la aplicación de sus derechos internos sobre las disposiciones del tratado sin incurrir en faltas que generarían su responsabilidad internacional por incumplimiento de sus compromisos*». Véase: Ríos Errán, Roberto. «Revisión y solución de controversias. Capítulo xix del TLC ¿*Quid juris*? En *Revista de Derecho Privado*. México D.F.: UNAM, 1996, n.° 20, p. 120.

[82] Véase: artículo 38 del Convenio Ciadi y Regla 4 de las Reglas de Arbitraje Ciadi.

[83] Recordemos la doctrina de la autonomía del convenio arbitral o, de ser el caso, de la cláusula arbitral, por medio de la cual éstos tienen existencia legal independiente y autónoma respecto del documento que los contiene, permaneciendo intactos, así dicho documento fuera afectado en su validez.

1.2. Géneros y especies del consentimiento e instrumentos en donde pueden estar contenidos

Como hemos expresado, el consentimiento ha de estar plenamente manifestado, es decir, debe constar de manera inequívoca. Sin embargo, ello no implica que deba ser siempre explícito, sino que deberá leerse de él la clara manifestación de voluntad de someterse al Ciadi.

En tal sentido, el consentimiento, al que, con un fin didáctico, llamaremos de *género explícito*, puede estar contenido en diversos instrumentos. Siguiendo con el mismo fin, este género de consentimiento (*explícito*), será dividido en dos especies:

i) Consentimiento particular o directo; y

ii) Consentimiento general o indirecto.

1.2.1. Consentimiento de Género Explícito (CGE)

1.2.1.1. CGE particular o directo

Es aquel consentimiento destinado a someter controversias en materia de inversiones al arbitraje —en este caso, en el seno del Ciadi— y que está contenido de modo inequívoco «en un documento» en el cual «se identifican» plenamente, «de manera particular o directa, a las futuras partes» de un Arbitraje de Inversión. Es decir, se identifica el Estado «A» y el inversionista extranjero «B». Esta especie de consentimiento puede estar contenida en:

a. Acuerdo Directo

Las partes «A» y «B» celebran *ex ante* o *ex post* controversia un acuerdo en el cual se comprometen a someter ésta al Arbitraje de Inversión. Dicho acuerdo directo puede tomar la forma de un convenio arbitral o

una cláusula arbitral contenido en un contrato entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista. Ejemplo: un contrato de concesión que en uno de sus anexos contenga un convenio arbitral o, en todo caso, que el contrato contenga una cláusula arbitral.

1.2.1.2. CGE general o indirecto

Es aquel consentimiento destinado a someter al arbitraje controversias en materia de inversiones —en este caso, en el seno del Ciadi— y que está contenido de modo inequívoco «en un documento» en el cual «se identifican de manera «general o indirecta», a las futuras partes de un Arbitraje de Inversión. A diferencia de la anterior especie de consentimiento, en el *Consentimiento general o indirecto* «se identifica» específicamente sólo a una de las partes de la controversia: el «Estado receptor de la inversión, mientras que a la otra se la nombra», de manera general como "inversor" o "inversionista" (extranjero). Es decir, se identifica específicamente el Estado «A» y, en general, sin nombre propio, un inversionista «X». En tal sentido, el lugar de esa parte «X» podrá ser ocupado por aquél que cumpla con las condiciones requeridas por el Estado anfitrión (y, claro está, el Convenio Ciadi).

Es pertinente señalar que esta especie de consentimiento, comúnmente, toma la forma de una oferta lanzada a terceros (inversores extranjeros), también llamada *arbitration without privity*,[84] mediante la cual el Estado receptor anteladamente expresa su disposición; más aún, su manifestación de voluntad de someter todas o determinadas diferencias en materia de inversión al arbitraje, previo cumplimiento de requisitos manifestados en el propio documento. Esta especie de consentimiento será efectivamente perfeccionado una vez que el inversor, con legitimidad para obrar en el arbitraje, haga suya la oferta del Estado, aceptándola por escrito.

---

[84] Véase: Paulsson, Jan. «Arbitration without privity». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journa*l», 1995, vol. 10, n.º 2, pp. 232-257.

Esta especie de consentimiento puede estar contenida en:

a. Legislación local

Mediante la legislación local, los Estados suelen manifestar su oferta de consentimiento al arbitraje en el marco del Ciadi. Dicha oferta puede ser realizada en términos generales, es decir, cualquier tipo de inversión, o restringirla a ciertas materias: minería, hidrocarburos, etc.; así como también contener ciertas condiciones, límites de tiempo o formalidades. Para volverse efectiva, la oferta ha de ser aceptada por el inversor extranjero. Es claro que dicho consentimiento y la materia arbitrable estarán circunscritos o tendrán como límites tales ámbitos o materias.

Las ofertas contenidas en las legislaciones pueden tener como única alternativa al Ciadi o como una entre otras[85] para la solución de controversias en el marco del dispositivo legal del que se trate.

De otro lado, también existen disposiciones en las legislaciones locales respecto de futuros acuerdos sobre consentimiento, pues debemos recordar que no todas las referencias al Ciadi implican de manera automática consentimiento a la jurisdicción de dicho organismo. En tal sentido, existen fórmulas legislativas que se refieren a la solución de controversias a través del Ciadi, mas dejan en claro que una futura acción del Estado o acuerdo entre las partes serán necesarios para activar el consentimiento o hacerlo eficaz. Ésa era la línea seguida, por ejemplo, por El Salvador con el Decreto Legislativo n.º 960, Ley de Fomento y

[85] Además del Arbitraje Ciadi se suelen ofrecer alternativas como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o la Cámara de Comercio de Estocolmo, e incluso la posibilidad de un Arbitraje *Ad Hoc* sobre la base de las reglas de Arbitraje Uncitral. Véase: Gráfico n.º 1 del presente trabajo.

Garantía de Inversión Extranjera de 1988, derogado[86] por el Decreto n.º 732, Ley de Inversiones[87] de 1999.

Asimismo, existen casos en los cuales ciertos países expiden licencias de inversión, en las cuales se especifican las modalidades de solución de disputas.

Como ya hemos mencionado, esta especie que hemos llamado *Consentimiento General o Indirecto*, perteneciente al *Género Explícito*, se presenta como una oferta lanzada por el Estado anfitrión a terceros (inversores extranjeros). Como es natural, para que se perfeccione tal consentimiento, el inversor con legitimidad para obrar en un arbitraje en el marco del Ciadi ha de hacer patente su consentimiento y aceptación respecto de tal oferta; acto que, como ya se ha manifestado, el Convenio requiere que sea escrito.

Es importante señalar que una vez que el consentimiento contenido en una oferta inequívoca del Estado sea aceptado o perfeccionado por el inversionista extranjero, tal consentimiento permanecerá en el tiempo, incluso si la legislación en donde se encontraba la oferta es derogada. Así también, en caso de no existir formalidad requerida por la legislación, se deberá ser flexible, sin dejar de observar el requisito *sine qua non* del Ciadi, es decir, que el consentimiento sea manifestado por escrito.

b. Tratados

El *consentimiento general o indirecto* puede también estar contenido en instrumentos internacionales. Como tales, éstos pueden ser bilaterales o multilaterales. *Stricto sensu*, tanto tratados bilaterales como multilate-

[86] Tal cambio legislativo no hace sino confirmar el dinámico actuar del Derecho Internacional de las Inversiones y del Arbitraje de Inversión, propiciando que legislaciones poco permeables se abran a tendencias cada vez más heterodoxas.

[87] Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_slv_inversiones.pdf (noviembre 2015).

rales no contienen el consentimiento de jurisdicción Ciadi de las partes inmersas en la controversia,[88] en virtud de que el Arbitraje del Centro es híbrido o mixto, es decir, lo conforman un Estado y un inversionista, mientras que las partes de los tratados son dos Estados. Es la oferta de consentimiento del Estado receptor de la inversión, la que se encuentra en el documento; por ello se requiere que el inversor manifieste también la suya, aceptando dicha oferta.

En cuanto a los tratados multilaterales, que son aquellos en los que participan más de dos partes, tenemos el Tlcan[89] (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) o Nafta, por sus siglas en inglés (*North American Free Trade Agreement*), como uno de los tratados multilaterales sobre la base de los cuales con mayor frecuencia se ha accedido al Ciadi. Al respecto, el Tlcan contiene en su «Capítulo xi: Inversiones» dos secciones: «Sección A - Inversión», en la que se establecen los derechos sustantivos que dicho instrumento provee a las Partes y sus nacionales y «Sección B - Solución de Controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte», en la que se proveen derechos adjetivos. Es en esta sección del tratado en la que se señala lo siguiente:

Limitaciones al consentimiento

> […] un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:
>
> (a) El Convenio del Ciadi, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
> (b) Las Reglas del Mecanismo Complementario del Ciadi, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del Ciadi; o […].[90]

---

88 *Supra* nota 40.

89 El texto completo del tratado se encuentra disponible en: http://www.naftanow.org/agreement/default_en.asp (noviembre 2015).

90 Artículo 1120.- Sometimiento de la reclamación al arbitraje.

En efecto, el Tlcan provee la posibilidad del acceso al Arbitraje Ciadi en el marco del Convenio o de las Reglas del Mecanismo Complementario del Ciadi,[91] caso especial, en virtud de que de los tres miembros del Tlcan, sólo Estados Unidos es Parte del Convenio Ciadi, mientras que México no lo es y Canadá sólo lo ha suscrito (no habiendo depositado el instrumento de ratificación, aceptación o aprobación desde el 15 de diciembre de 2006, fecha en la que suscribió el Convenio), con lo que el Convenio aún no se encuentra en vigor para ese Estado.[92] Aun así, no son pocos los laudos emitidos que tienen como origen el consentimiento expresado en el Tlcan.[93]

Otro instrumento internacional multilateral que ha servido de origen del consentimiento para someter disputas de inversiones al Ciadi es el Tratado de la Carta de la Energía[94] o *Energy Charter Treaty* (ECT), acuerdo europeo[95] que en su artículo 26 establece como una de las posibilidades de solución de controversias el arbitraje Ciadi. Como es propio, la oferta existente en este instrumento debe ser aceptada por el inversor por escrito.[96]

---

91 Véase: Sección 5, Sub-Capítulo II del Capítulo I.

92 Artículo 68(2) del Convenio Ciadi.

93 A la fecha, algunos casos en el Ciadi provenientes del Tlcan son: *Metalclad Corporation vs. México*. Caso n.º ARB(AF)/97/1, *Robert Azinian y otros vs. México*. Caso n.º ARB(AF)/97/2, W*aste Management, Inc. vs. México*. Caso n.º ARB(AF)/98/2, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos*. Caso n.º ARB(AF)/98/3, *Marvin Roy Feldman Karpa vs. México*. Caso n.º ARB(AF)/99/1, *Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos*. Caso n.º ARB(AF)/99/2, *ADF Group Inc. vs. Estados Unidos*. Caso n.º ARB(AF)/00/1, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. México*. Caso n.º ARB(AF)/00/2, *Waste Management, Inc. vs. México*. Case n.º ARB(AF)/00/3, *Fireman's Fund Insurance Company vs. México*. Caso n.° ARB(AF)/02/1, *Bayview Irrigation District y otros vs. México*. Caso n.º ARB(AF)/05/1.

94 El texto completo del tratado se encuentra disponible en español en: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/SP.pdf (noviembre 2015).

95 Para mayor abundancia: http://europa.eu/legislation_summaries/energy/external_dimension_enlargement/l27028_es.htm o http://www.encharter.org/ (noviembre 2015).

96 Artículo 26 4), del Tratado de la Carta de la Energía.

Asimismo, encontramos el *consentimiento general o indirecto* en los tratados bilaterales. Uno de los más famosos entre éstos son los llamados Tratados Bilaterales de Inversión[97] (TBI) o BIT, por sus siglas en inglés (*Bilateral Investment Treaties*). Estos tratados suelen contener la oferta de sometimiento a arbitraje por parte de los Estados. En general, los países suscriptores de estos tratados se someten, recíprocamente, a la jurisdicción del Centro a favor de los nacionales del otro Estado en las controversias que podrían suscitarse con éstos.

Al igual que con el consentimiento brindado a través de la legislación local, el consentimiento brindado a través de un tratado no puede ser retirado unilateralmente cuando éste ya ha sido perfeccionado por el inversor, lo cual sucede cuando se acepta dicha oferta. Aun después de denunciado un tratado, el consentimiento que fue perfeccionado con anterioridad a dicha denuncia prevalece.

En términos generales, en el caso del *consentimiento general o indirecto*, se entenderá como aceptada por el inversor extranjero la oferta del Estado anfitrión contenida en la legislación local a través de los posibles siguientes actos:

i) *Promoviendo el proceso*; es decir, el inversor extranjero solicita ante el Ciadi el inicio del arbitraje en virtud del consentimiento expresado en la legislación (si en la oferta del Estado se lee un consentimiento inequívoco);

ii) *Suscribiendo un acuerdo de inversión*; el inversor extranjero suscribe un acuerdo de inversión con el Estado anfitrión (si en la oferta del Estado se especifica que se requiere la suscripción de dicho convenio para perfeccionar su consentimiento);

[97] Dichos instrumentos serán analizados con mayor detenimiento en el Capítulo II del presente trabajo.

iii) Enviando una notificación; el inversor realiza una comunicación escrita en la que acepta la oferta de consentimiento en concordancia con la legislación (si en la oferta del Estado se lee un consentimiento inequívoco y se exige comunicación previa de la parte interesada);

iv) Obteniendo y haciendo uso de la licencia de inversión; en donde está contenida la disposición respecto de la solución de las controversias (si producto de esa licencia se activa el consentimiento del Estado);

v) Aplicando la legislación sobre inversiones; siempre que en ella se especifique el beneficio automático del acceso al arbitraje.

A propósito del *consentimiento general o indirecto*, es pertinente hacer un parangón con el arbitraje en nuestro país, específicamente en el caso del arbitraje en el marco del Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado,[98] y su Reglamento, Decreto Supremo n.º 184-2008-EF. En tal sentido, en estos dispositivos legales, el Estado manifiesta su decisión de llevar a arbitraje nacional y de derecho todas sus controversias en dicha materia.[99]

Por último, encontramos otro consentimiento que, también con fines didácticos, llamaremos de *género implícito*. Este género, sin llegar a ser un concepto forzado, es mucho menos común que el mencionado

---

98 Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado:
«Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos.- Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: [...] b) Solución de Controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje […]».
Así también:
«Artículo 52.- Solución de controversias.- Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato se resolverán mediante los procedimientos de conciliación o arbitraje […]».

99 Que, por cierto, no se trata de un arbitraje «obligatorio», pues ello sería ir en contra de la naturaleza de dicho mecanismo de solución de controversias, simplemente se trata de una manifestación de voluntad «adelantada» por parte del Estado a favor de este mecanismo, por considerarlo el más idóneo.

Género Explícito (particular o directo y general o indirecto) y que, a diferencia de éste, no está contenido en un instrumento previo. En tal sentido, la existencia del *consentimiento de género implícito*, se da cuando no se ha celebrado acuerdo previo entre el inversor y en donde tampoco existe una legislación local o tratado suscrito por el Estado Contratante del Ciadi que someta sus controversias al Centro, pero en cuyo caso el inversionista somete la controversia a este mecanismo y el Estado receptor se allana o contradice los hechos de la disputa, no oponiéndose a que el caso sea resuelto en ese foro, entendiéndose —implícitamente— que el Estado reconoce la competencia del Centro y se somete a ésta.

Es preciso señalar que este consentimiento no deja de ser inequívoco, ni de constar por escrito, ni de ser irrevocable por no haber un convenio arbitral de por medio.

1.3. Limitaciones al consentimiento

El Convenio Ciadi ha sido permeable y consecuente con la naturaleza consensual del arbitraje: introdujo la posibilidad de que los Estados parte de dicho tratado puedan, como acto volitivo, limitar el consentimiento expresado, restringiendo tal manifestación de voluntad (de someter sus controversias en materia de inversiones a los arbitrajes bajo los auspicios del Ciadi) a ciertas materias o cuestiones según su criterio. Se entiende, entonces, que éstas son limitaciones al alcance de la competencia del Centro y la jurisdicción de sus tribunales arbitrales sobre ciertas diferencias por consideraciones del propio Estado, siendo que en ningún caso la limitación al consentimiento será de aplicación retroactiva.[100]

---

[100] En el caso *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. vs. Jamaica* (Caso Ciadi n.º ARB/74/2), a través del laudo sobre jurisdicción del 6 de julio de 1975, se rechazó la oposición por parte de Jamaica sobre la base del argumento de una supuesta limitación al consentimiento. El tribunal sostuvo que no era válida tal posición, en tanto dicha limitación fue posterior al contrato de inversión, documento en el cual se encontraba la cláusula arbitral de sometimiento al Ciadi.

Es necesario precisar que la facultad de los Estados parte para limitar el consentimiento no constituye una reserva, pues se debe tener en cuenta que el Convenio Ciadi no las admite. Basta glosar lo que expresa el *Report of the Executive Directors*[101] (Reporte de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial):

> The provision makes clear that a statement by a Contracting State that it would consider submitting a certain class of dispute to the Centre would serve for purposes of information only and would not constitute the consent required to give the Centre jurisdiction. Of course, a statement excluding certain classes of disputes from consideration would not constitute a reservation to the convention. (El subrayado es nuestro).

En efecto, es clara la opinión de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, al señalar que las limitaciones al consentimiento tienen un fin informativo, no constituyendo de forma alguna reserva al Convenio.[102] Tan es así que en caso de conflicto entre una declaración limitando el consentimiento, bajo los términos del artículo 25(4) del Convenio y una expresión de consentimiento emanada de las partes, esta última prevalecerá.[103]

Señala el artículo 25(4) del Convenio:

> Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción.

---

[101] *Report of the Executive Directors*, 1 Icsid Reports 29. Este documento fue preparado como «exposición de motivos» del Convenio.

[102] Entre otras cosas, porque las reservas tienen otra naturaleza y sus propios y especiales procedimientos, por ejemplo, las objeciones que otro Estado pueda hacer respecto de dicha reserva.

[103] Unctad. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes*. *Module 2.5: Requirements Ratione Materiae*. Ginebra: United Nations, 2003, p. 17.

Es decir, las partes son libres para delimitar su consentimiento, definiéndolo en sus propios términos, excluyendo ciertas clases de disputas o enumerando las cuestiones que someten a la competencia del Ciadi y jurisdicción de sus tribunales arbitrales. Creemos que una de las razones por las cuales se puede hacer esto, es debido al silencio del Convenio respecto de qué es lo que se entiende como «inversión» y la consiguiente libertad de las partes para delimitar dicho concepto (siempre y cuando ello no colisione con el Convenio). Así, si este instrumento internacional hubiera especificado tal concepto, nos hubiéramos encontrado con que la limitación del consentimiento no sería otra cosa que una reserva.

A la fecha, el más reciente antecedente sobre limitación del consentimiento en el marco del Convenio Ciadi, es el caso de la República de Indonesia,[104] país que el 27 de septiembre de 2012 emitió una notificación en la que manifestó que no considerará sometidas a la jurisdicción (competencia) del Ciadi las disputas provenientes de los actos administrativos emitidos por las llamadas «regencias» (*kabupaten*)[105] dentro de su territorio.

Similar decisión adoptó, en su oportunidad, la República del Ecuador, que en el 2007, años antes de su denuncia al Convenio Ciadi, emitió una notificación en la que manifestó que todas las diferencias sobre inversiones derivadas de «actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales, como petróleo, gas, minerales u otros» no serían objeto de consentimiento para efectos de dicho tratado. Manifestó, además, que retiraba su consentimiento a la competencia del Ciadi y jurisdicción de sus tribunales arbitrales para someter las clases de controversias antes mencionadas, expresado en cualquier tipo de do-

[104] Nota de prensa del Ciadi. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%208-Contracting%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf (noviembre 2015).

[105] Este tipo de organización, al igual que las ciudades, tienen en Indonesia gran relevancia administrativa, siendo responsables de proporcionar la mayoría de servicios gubernamentales.

cumento que contenga una oferta en tal sentido, siempre y cuando tal consentimiento no haya sido perfeccionado por la otra parte previamente a la notificación presentada.

En cuanto a la legislación nacional en materia de inversión, si un dispositivo legal se refiriera a un campo específico (por ejemplo, minería) las referencias al Ciadi que se hagan en dicho dispositivo estarían relacionadas con tal materia, no pudiendo ir más allá de aquél y extenderlo a otros campos no previstos en dicha legislación (por ejemplo, telecomunicaciones), con lo cual notamos, una vez más, la presencia de la esfera de la voluntad.

De otro lado, cuando se trate de una oferta emanada de un Estado para someter sus controversias al seno del Ciadi, la aceptación del inversor no puede ir más allá de los límites expresados en la oferta del Estado receptor de la inversión. Así las cosas, si la aceptación de dicha oferta por parte del inversionista no es congruente con los términos de la oferta del Estado, no se habrá perfeccionado correctamente el consentimiento.

Por último, en caso de conflicto entre una declaración bajo el Artículo 25(4) (limitaciones al consentimiento) y una expresión de consentimiento de las dos partes, ésta última prevalecerá.[106]

1.4. Condiciones al consentimiento

Siguiendo el mismo criterio de libertad de los Estados parte para su aplicación, el Convenio Ciadi provee la posibilidad no sólo de establecer limitaciones de alcance al consentimiento, sino también otra posibilidad voluntaria: establecer condiciones al consentimiento que éstos prestan. Estas condiciones han de entenderse como prerrequisitos que el propio Estado impone al inversionista antes de que su consentimiento surta efecto. En ese sentido, las partes del Convenio son libres al elaborar las cláusulas en donde expresan su consentimiento, condicionándolo según

[106] Unctad. *Op. cit.*, Module 2.5, p. 17.

lo crean conveniente, siempre y cuando las disposiciones que se establezcan no sean contrarias al Convenio o los reglamentos del Centro.

Las condiciones al consentimiento (que generalmente se refieren a materias procedimentales) son las siguientes:

a) *Agotamiento de los recursos locales*; sean administrativos o judiciales, previos al arbitraje.

b) *Solución amigable entre las partes*; lo que no implica que el arbitraje sea inamistoso. Esto se refiere más bien a procesos de consultas entre las partes respecto de la diferencia, negociaciones que eviten un proceso adversarial y que se lleven sobre la base de la buena fe.[107] Para evitar todo tipo de intentos de dilación y que la solución amigable de la controversia se dé pronto, se establecen tiempos límites para estas etapas, luego de los cuales, sin haber alcanzado una solución, el acceso al Ciadi queda expedito.

c) *Procedimiento conciliatorio previo*; cuyo resultado, naturalmente, no sea exitoso o cuyo éxito no se haya alcanzado en la totalidad de los temas que comprenden la controversia, abriendo así el camino al arbitraje.

Es importante dejar en claro que una vez dado el consentimiento, su irrevocabilidad también actúa respecto de la obligación del Estado de no introducir nuevas limitaciones y condiciones respecto de aquél. En tal sentido, un Estado no podrá oponer al inversor prerrequisitos no contemplados en el documento que contiene el consentimiento prestado.

---

[107] En efecto, la buena fe es un factor relevante en el tema de las condiciones del consentimiento, en vista de que éstas pueden ser desnaturalizadas cuando se usan como maniobras dilatorias. Cuando ello se ha dado, han existido casos en los cuales tribunales arbitrales que no han observado predisposición alguna por parte de los Estados (quienes generalmente son demandados) para negociar o llegar a una solución amistosa, han decidido no observar esta condición del consentimiento y dar licencia a los demandantes para iniciar el arbitraje.

La facultad que otorga el Convenio Ciadi de establecer condiciones al consentimiento se debe tomar como una excepción, puesto que no obstante ser concebida como un mecanismo para evitar un arbitraje (para casos que, por su moderada complejidad o gravedad, pudieran ser resueltos en la vía administrativa o judicial, mediante negociaciones entre las partes o mediante una conciliación), esto suele ser distorsionado, generalmente por los demandados, quienes utilizan tales mecanismos como maniobras dilatorias, deviniendo estos procedimientos en onerosos, inútiles y perjudiciales.

1.5. «Momento cumbre» del consentimiento

Lo que hemos llamado «momento cumbre del consentimiento» es relevante para efectos de determinar la competencia del Ciadi y la jurisdicción de sus tribunales arbitrales y está representado por la fecha en la que ambas partes acuerdan someterse a dichas competencia y jurisdicción.

Tal como se desprende de lo mencionado en las líneas precedentes, este acuerdo podría no producirse simultáneamente. Para graficarlo mejor: ambas manifestaciones de voluntad podrían no ubicarse en los mismos puntos en una línea de tiempo. Por ejemplo, podría darse el caso (de una oferta abierta o *arbitration without privity*) en el cual el Estado someta de antemano al Ciadi las futuras controversias que pudiera tener con inversores extranjeros, siendo que éstos podrían aceptar dicha oferta cuando aquéllas efectivamente se presentaran. En este caso, el «momento cumbre» estaría dado por la fecha en la cual el inversor acepta la referida oferta lanzada por el Estado, ya sea en una carta dirigida a dicho Estado o a través de la solicitud de arbitraje presentada ante el Centro.

La respuesta o aceptación a la invitación u oferta emanadas del Estado no está sujeta a limitación temporal alguna, mientras ésta esté vigente; salvo que la misma oferta o invitación, en sus propios términos, establezca un límite de tiempo. Por ejemplo, podría darse el caso en que el acuerdo directo, la legislación o el tratado en donde esté contenida una oferta, establezca un período —digamos seis meses— para que la

parte afectada acepte dicha oferta, contado a partir del día en que conoció el hecho dañoso. Está claro que de no haber dicho plazo, el inversionista puede accionar cuando lo crea conveniente.

En este contexto, la posibilidad de que el inversor inicie procedimientos en el Ciadi (a través de la presentación de su solicitud o petición de arbitraje) debe ir de la mano con la verificación de que, en ese momento, la oferta pública del Estado aún se encuentre vigente, para que así ambos consentimientos coexistan en tal instante y el arbitraje sea válidamente iniciado.

1.6. Interpretación del consentimiento

El tema de la interpretación del consentimiento es otro de los que podríamos llamar «álgidos», debido a su importancia para determinar si existe o no competencia y jurisdicción en el marco del Ciadi.

Por un lado, los Estados han hecho hincapié en la necesidad de que los compromisos para arbitrar sus controversias sean interpretados de manera restrictiva, en virtud de que esta posibilidad es una excepción a la regla (del sometimiento a la justicia ordinaria) y una escisión de su soberanía, lo que —digamos— son posiciones menos radicales que aquélla que imperaba décadas atrás, según la cual los Estados no podían declinar de su soberanía para arbitrar con particulares.

De otro lado, los inversores invocan el principio de interpretación *Ut res magis valeat quam pereat*,[108] que quiere decir que al momento de interpretar cláusulas se debe procurar que éstas tengan efecto y no perezcan, principio que busca la preservación de los compromisos legales y que en doctrina europea se conoce como el principio de interpretación *Effet utile*.[109]

---

[108] Unctad. *Op. cit.*, Module 2.3, p. 33.

[109] Sobre este principio, en el contexto de la ya referida Carta Europea de la Energía y su interpretación en la legislación comunitaria europea, Dreier sostiene:

En nuestra opinión, es importante el encuentro de ambas posturas en un equilibrio. Tan cierto como que los inversores no tienen por qué verse afectados en los actos comerciales con los Estados, al refugiarse estos últimos en el manto de la soberanía, cierto es también que la tendencia actual (entre otros factores, por el inevitable proceso globalizador) es que los Estados dejaron posturas recalcitrantes y hoy en día no dudan en suscribir acuerdos en los cuales, previos requisitos, aceptan someter sus controversias a tribunales arbitrales. Así también, es importante recordar que «los procesos ante el Ciadi no deberían ser utilizados como seguros contra malas gestiones del propio inversionista»[110] o contra el razonable y natural riesgo que implica una inversión.

Señalado lo anterior, la interpretación del consentimiento debería tener como brújula la libre voluntad de las partes y la buena fe. Los acuerdos que implican consentimiento no deben ser interpretados restrictiva ni extensivamente, sino en concordancia con la buena fe y el objeto y propósito del Convenio Ciadi.

Así de claro fue el Tribunal para el caso *SPP vs. Egipto*:[111]

> […] jurisdictional instruments are to be interpreted neither restrictively nor expansively, but rather objectively and in good

---

«Regarding the teleological interpretation, it is worth mentioning that the ECJ [European Court of Justice] refers to the so-called *effet utile*, which means that amongst several possible interpretations the one will prevail which best guarantees the practical effect of existing community Law». Dreier, Thomas. «The role of ECJ for the development of copyright in the european communities». Ponencia en el «Annual International Study Days» de la *Association Littéraire et Artistique* (ALAI), en Suiza, en septiembre del 2002.

110 Suárez Anzorena, Ignacio. Ponencia en el Panel: «Inversiones protegidas por los BIT y TLC». En *II Congreso Peruano Internacional de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. Lima, abril 2008. En *Comentario sobre el laudo del caso Eudoro Armando Olguín vs. República del Paraguay*. Caso Ciadi n.º ARB/98/5. Laudo del 26 de julio de 2001.

111 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. República Árabe de Egipto*. Caso Ciadi n.º ARB/84/3. Laudo sobre jurisdicción del 14 de abril de 1988.

> faith, and jurisdiction will be found —but only if— the force of the arguments militating in favour of its preponderant.

De otro lado, uno de los temas que más se discuten respecto de la interpretación, es la aplicación del consentimiento en sucesivos instrumentos legales. El asunto es saber si el consentimiento de las partes de someter las controversias a la jurisdicción del Ciadi también resulta aplicable a las materias reguladas en acuerdos relacionados con el primer documento. Al respecto, los tribunales Ciadi se han inclinado por tomar una amplia visión sobre las cláusulas de consentimiento, en donde el acuerdo de las partes se refleja en sucesivos instrumentos.[112] Las cláusulas Ciadi contenidas en diferentes contratos pueden ser interpretadas como aplicables para toda la operación objeto del contrato.

Por último, debemos tener en consideración que tales aproximaciones sólo serán posibles en la medida de que reflejen las intenciones de las partes.

2. REQUISITOS DE ACCESO AL CIADI

Como todo mecanismo de solución de controversias, el Arbitraje de Inversión también tiene requisitos para que un arbitraje pueda ser válidamente llevado a cabo. En el marco del Ciadi, al igual que el consentimiento, los requisitos de acceso al Centro también se encuentran expresados en el Capítulo II del Convenio.

Los requisitos son una suerte de barrera contra aquellas disputas que se pretendan someter al Centro, que por cuestión de personas, materia o tiempo, éste no pueda dirimir a través de sus tribunales arbitrales; es

---

[112] *Klöckner Industrie–Anlagen GmbH y otros vs. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*. Caso Ciadi n.º ARB/81/2. Decisión sobre anulación del laudo de 3 de mayo de 1985. *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (Soabi) vs. Senegal*. Caso Ciadi n.º ARB/82/1. Laudo sobre jurisdicción, 1 de agosto de 1984 y laudo de 25 de febrero de 1988, entre otros.

decir, allí donde la controversia no es abrazada por el objeto y finalidad del Convenio Ciadi. En tal contexto, la fiscalización respecto del cumplimiento irrestricto de tales requisitos será ejercida en dos estaciones.[113]

La primera estación estaría comprendida por el Secretario General del Ciadi y su facultad de establecer un control preliminar, también conocido en la doctrina como *screening power*. Este control preliminar busca impedir que controversias manifiestamente ajenas al objeto y finalidad del Convenio sean admitidas por el Centro, tal como sucedió en 1985 cuando el Secretario General del Ciadi rechazó una solicitud que pretendía registrar una controversia referida a una mera transacción comercial y no de una inversión en los términos del Convenio.[114] Respecto de dicha facultad, el artículo 36(3) del Convenio Ciadi[115] sostiene lo siguiente:

> El Secretario General registrará la solicitud [de Arbitraje] salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud o su denegación. (El subrayado es nuestro).

En nuestra opinión, éste es un importante aporte del Convenio Ciadi,[116] ya que en virtud de esta facultad se busca impedir que controversias manifiestamente ajenas al objeto y finalidad del Convenio sean admitidas por el Centro, lo cual constituye un beneficio para ambas

---

[113] Podría considerarse una «tercera estación» al recurso de anulación de laudo, en tanto un Comité *Ad Hoc*, bajo la causal de «manifiesto exceso de poderes» podría ejercer control de la arbitrabilidad del conflicto.

[114] *Icsid Annual Report* (1985), p. 6.

[115] Véase también la Regla 6(1)(b) de las Reglas de Iniciación Ciadi.

[116] Como debemos recordar, los centros de arbitraje de la CCI y la Cámara de Comercio de Estocolmo son también sede de algunos arbitrajes de inversión, al igual que el Ciadi; mas la facultad de análisis preliminar de los requisitos de acceso al arbitraje o *screening power* no se observa en dichas instituciones, por lo que tal acto es ejercido únicamente por los tribunales arbitrales.

partes, evitando así dilapidar tiempo y dinero en controversias que, de plano, se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Convenio; evitando, asimismo, que en vano se constituya un tribunal para llegar a la misma y evidente conclusión.[117]

Una manera adicional de fiscalizar el insoslayable cumplimiento de los requisitos de acceso al Ciadi, es la otra de las estaciones a las que nos referimos anteriormente, la cual está comprendida por el tribunal arbitral que conocerá de la controversia y su inexpugnable facultad de decidir sobre su propia competencia. En efecto, la capacidad de un tribunal arbitral de conocer sobre su propia competencia es uno de los pilares del arbitraje, facultad que la doctrina denomina Principio *Kompetenz-Kompetenz*.[118] El Convenio Ciadi no es ajeno respecto de este dogma del Derecho Arbitral, por ello en su artículo 41(1), como una de las facultades del tribunal arbitral, expresa lo siguiente:

> El tribunal resolverá sobre su propia competencia.

Tan contundente como esa sola oración, lo es también el mencionado principio. En efecto, este principio, que inviste al tribunal arbitral con legitimidad para decidir sobre su propia competencia, está directamente relacionado con el cumplimiento de los requisitos de acceso al Ciadi y la jurisdicción que sus tribunales arbitrales puedan tener o no sobre materias sometidas a su conocimiento. En tal contexto, un tribunal arbitral examinará si las partes tienen «legitimidad para obrar» en el arbitraje, tanto desde el punto de vista subjetivo como en el objetivo.

---

[117] Se deben tener en cuenta las palabras «manifiestamente fuera de la jurisdicción»; es decir, la diferencia tiene que estar claramente fuera del ámbito del Convenio, como por ejemplo, que la solicitud sea presentada contra un Estado que no es parte de dicho instrumento. Si hubiera dudas respecto de tales casos o si se requiriera un análisis más exhaustivo, el Secretario dará paso a la continuación del procedimiento.

[118] Sobre el reconocimiento del Principio *Kompetenz-Kompetenz* en nuestro país, ver la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2006, expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 13 (de carácter vinculante, según el Tribunal Constitucional).

El ejercicio de esta facultad por parte del Tribunal puede darse apenas iniciado el proceso (mediante un Laudo parcial o sobre jurisdicción) o al concluirlo (mediante el laudo final, conjuntamente con el fondo de la cuestión sometida a su conocimiento).[119] Asimismo, es preciso mencionar que esta facultad puede ser ejercida sobre todo o parte de la controversia, según sea el caso.[120]

Es evidente que, pese a servir de filtro, las facultades del Secretario General son sólo una parte de las que tiene un tribunal arbitral, debidamente constituido, y que se traducen, principalmente, en la facultad de no admitir una solicitud de arbitraje si ésta se encuentra manifiestamente fuera de la competencia del Convenio Ciadi, como lo establece el referido artículo 36(3) de tal instrumento.

En cuanto a esto último, en el ámbito del Ciadi, encontramos tres clases de requisitos que, una vez cumplidos escrupulosamente, invisten a sus tribunales arbitrales de jurisdicción y competencia para conocer de la controversia sometida al Centro. Estos requisitos pueden ser vistos desde tres ángulos: en razón de la persona (*ratione personae*), en razón de la materia (*ratione materiae*) y en razón del tiempo (*ratione temporis*). A continuación, un mayor análisis sobre ellos.

2.1. Requisitos ratione personae

Como ya se ha mencionado, los arbitrajes en el marco del Ciadi son mixtos o híbridos, es decir, están conformados por un Estado y por un inversionista extranjero. En este contexto, el Convenio establece en su artículo 25 que:

---

[119] Véase: artículo 41(2) del Convenio Ciadi.

[120] Por ejemplo, que de diez elementos que comprende la controversia sometida al Ciadi, el tribunal declare que, por estar cubiertos por el Convenio, siete sean de su competencia y tres no.

> La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias [...] que surjan [...] entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante […].

Siendo ello así, comenzaremos por referirnos al primer sujeto en el marco de los arbitrajes de inversión: los Estados.

2.1.1. Del «Estado contratante»

En estricto, se llama «Estado contratante» o «Estado signatario» a todo aquel Estado que ha suscrito un tratado. Cuando, según los términos del tratado (o, en su defecto, aquellos que estipula la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969) y en atención a los procedimientos internos de un Estado, tal tratado entra en vigencia para aquél, podemos hablar, entonces, de un «Estado parte» del instrumento internacional.[121] En los términos del Convenio Ciadi, creemos que cuando éste se refiere a un «Estado Contratante», en realidad, estrictamente, lo hace respecto de un «Estado parte».[122]

Expresado lo anterior, según el artículo 68(2) del Convenio, éste entra en vigor respecto de cada Estado, treinta días después de la fecha del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, convirtiéndose así en un «Estado contratante» (es decir, lo que el Derecho Internacional reconoce como «Estado parte»).[123] En este contexto, según

---

[121] Véase: Naciones Unidas. *Manual de Tratados*. Preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos. Nueva York: ONU, 2001, p. 56.

[122] Pues, recordemos que, en concordancia con el Derecho Internacional, para un "Estado Contratante", un tratado no necesariamente se encuentra en vigor, siendo que en este caso la obligación de dicho Estado se limitaría a no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor, según el Artículo 19º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

[123] En tal sentido, es claro el Memorándum sobre la Firma y la Ratificación, Aceptación o Aprobación del Convenio Ciadi: «De acuerdo con el Articulo 68, un acta formal de

el Ciadi y su «Lista de Estados contratantes y signatarios del Convenio», el Perú suscribió el Convenio el 4 de septiembre de 1991, depositando el instrumento de ratificación el 9 de agosto de 1993, con lo que el Convenio entró en vigor el 8 de septiembre de 1993, constituyéndose así como «Estado contratante», según los términos del propio Ciadi.

Es preciso recordar que para cuestiones de jurisdicción del Centro, el momento crítico para comprobar la calidad de Estado Contratante es la fecha de registro de la solicitud de arbitraje. Es decir, para que un Estado cumpla con el requisito *ratione materiae* y, por lo tanto, haya legitimidad para obrar subjetiva y pueda formar parte del arbitraje en el marco del Convenio, éste deberá ser Estado contratante al momento en que se registre la solicitud de arbitraje.

El aludido artículo 25 del Convenio también establece que «cualquier subdivisión política» (por ejemplo, un Estado dentro de un Estado federal, una provincia, un departamento, un cantón, etc.) «u organismo público»[124] (un ministerio, una agencia de inversión, una empresa estatal, etc.) «de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado podrá someter controversias».[125]

---

ratificación, aceptación o aprobación del Estado es requisito indispensable anterior a la entrada en vigor del Convenio respecto a dicho Estado». Disponible en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/MembershipFrame.jsp?FromPage=How%20to%20become%20a%20member&PageName=how_to_become_mem# (noviembre 2015).

[124] El concepto de «organismo público» o «agency» (como consta en el Convenio Ciadi en idioma inglés), contrario a «subdivisión política» o «*constituent subdivition*» (Convenio Ciadi, en inglés) está determinado funcionalmente más que estructuralmente; es decir, la naturaleza más que la forma.

[125] Según el Ciadi, el Estado peruano tiene, desde el 11 de octubre de 1996, un organismo público designado, cuyo consentimiento es válido para someter disputas ante el Centro. Nos referimos a Perupetro S.A., que, además, no necesita de aprobación por parte del Estado para hacerlo. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%208-Contracting%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf (noviembre 2015).

De lo anterior se desprenden dos condiciones fundamentales:

i) La subdivisión política o el organismo público debe ser designados ante el Ciadi para tales efectos;

ii) El consentimiento de dicha subdivisión política u organismo público deberá ser aprobado por el Estado al cual pertenecen (salvo que el Estado exprese que no será necesario).

En principio, como acto unilateral de cada Estado, la aprobación no tendría por qué ser comunicada formalmente a alguien; sin embargo, por efectos prácticos, es deseable que tanto el inversor extranjero como la subdivisión política o el organismo público sean notificados de la aprobación, de tal manera que se pueda confiar en la validez del consentimiento.

El Convenio Ciadi no precisa en qué momento debe ser obtenida la aprobación del consentimiento dado por una subdivisión política u organismo público; sin embargo, se debe tener que en cuenta que la validez del consentimiento depende de su aprobación, por lo que, creemos que dicha aprobación del consentimiento debe estar vigente —al igual que la calidad de Estado contratante del Convenio— al momento del registro de la solicitud de arbitraje. No está de más mencionar que dicha aprobación, contenida en un acuerdo entre el Estado receptor y el inversor o en una notificación al Centro, una vez otorgada, adopta carácter irrevocable.

Es de práctica común que los Estados notifiquen al Ciadi la designación de determinado (o determinados) subdivisión política u organismo público, cuya aprobación de consentimiento no será necesaria en un futuro. Esto se hace en términos generales o restringiendo tal facultad sólo a determinadas controversias.

2.1.2. Del «nacional de otro Estado contratante»

Tal como para el Derecho en general, el concepto jurídico de «persona» encierra tanto a la persona física o «persona natural» como a la «persona jurídica». Este concepto no ha dejado de ser observado por el Convenio Ciadi, el cual establece ciertos requerimientos para que una persona califique como «nacional de otro Estado contratante».

Respecto de las «personas naturales», en su artículo 25(2)(a) el Convenio establece que se entenderá como «nacional de otro Estado contratante»:

> […] toda **persona natural** que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud [de conciliación o de arbitraje] [...], la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte de la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte de la diferencia […] (El subrayado y el resaltado son nuestros).

En efecto, en el caso de las personas naturales, el Convenio requiere que dicha persona conserve la nacionalidad de un Estado (contratante) distinto del que es parte de la diferencia en dos momentos:

i) Al brindar su consentimiento de someter la controversia al Ciadi; y

ii) Al registrar la solicitud de inicio del arbitraje.

Respecto de las «personas jurídicas», el artículo 26(2)(b) del Convenio establece que se entenderá como «nacional de otro Estado contratante»:

> […] toda **persona jurídica** que, en la fecha en que las partes presentaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado

> Contratante distinto del Estado parte en la diferencia […] (El subrayado y el resaltado son nuestros).

A diferencia de las personas naturales, que tienen que observar el requisito de la nacionalidad en dos momentos (al prestar el consentimiento y al registrar la solicitud de inicio del proceso), las personas jurídicas requieren observar tal requisito en un solo momento: al prestar el consentimiento. No obstante lo anterior, el mismo artículo contiene una excepción para las personas jurídicas que en ese momento tienen la nacionalidad del Estado parte de la diferencia. En tal sentido, se dice que también se entenderá como «nacional de otro Estado contratante» a:

> [...] las **personas jurídicas** que, teniendo en la referida fecha [de la presentación del consentimiento] la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter [de «nacional de otro Estado contratante»], a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero. (El subrayado y el resaltado son nuestros).

En efecto, el Convenio establece una excepción para que a aquella persona jurídica que al momento de brindar el consentimiento tenga la misma nacionalidad que el Estado parte de la controversia se le pueda, mediante acuerdo, atribuir el carácter de «nacional de otro Estado contratante», mas no se habla de un acuerdo cualquiera. En realidad el acuerdo se halla sujeto a que tal persona jurídica esté efectivamente «sometida a control extranjero». Este criterio queda manifiesto en el laudo emitido por el tribunal del caso *Vacuum Salt Products Ltd. vs. Ghana*:[126]

> […] the parties' agreement to treat Claimant as a foreign national 'because of foreign control' does not ipso iure confer jurisdiction. The reference in article 25(2)(b) to «foreign control» necessarily sets an objective Convention limit beyond which Icsid jurisdiction cannot exist and parties therefore lack power to

[126] *Vacuum Salt Products Ltd. vs. Gana*. Caso Ciadi n.º ARB/92/1. Laudo del 16 de febrero de 1994.

> invoke same no matter how devoutly the may have desired to do so. (El subrayado es nuestro).

Por ello, cierto es que no importa cuán convencidas estén las partes para tratar a una empresa nacional como extranjera, si es que en el caso en concreto no existe un real «control extranjero». En general, la validez de un acuerdo sobre la nacionalidad de un inversionista, entre éste y el Estado anfitrión, dependerá de que se cumplan los llamados requisitos *ratione personae*.

A propósito de lo expresado en el párrafo anterior, debemos manifestar que el Convenio Ciadi no señala definición alguna sobre nacionalidad. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han dado algunas luces respecto de este tema.

2.1.3. Criterios determinantes de la nacionalidad para personas naturales

a. *Ius sanguini*.- Se confiere la nacionalidad en virtud del vínculo consanguíneo con un nacional de determinado Estado.

b. *Ius soli*.- Se confiere la nacionalidad en virtud de haber nacido en determinado territorio de un Estado.

c. *Residencia*.- Se confiere la nacionalidad en virtud de la residencia legal y permanente en el territorio de determinado Estado.

2.1.4. Criterios determinantes de la nacionalidad para personas jurídicas

a. *Lugar de constitución*.- La persona jurídica se considera como nacional del Estado en cuyo territorio fue constituida como tal.

b. *Control extranjero*.- Se da cuando una persona jurídica ejerce control sobre otra, adquiriendo la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se ubica esta última. El control puede ejercerse mediante: i) la propiedad de acciones, ii) el control gerencial o iii) poder de

decisión en la persona jurídica, iv) la propiedad de empresas que, a su vez, sean propietarias de la que es parte de la controversia (control indirecto).

c. *Lugar de administración*.- La persona jurídica se considera como nacional del Estado en cuyo territorio se encuentra la sede principal de dicha persona jurídica o su administración.

De los criterios antes mencionados, los tribunales Ciadi parecen adoptar los dos primeros (lugar de constitución y control extranjero).[127]

Cabe añadir que, de darse el caso en que un inversor, según los criterios antes esgrimidos, contara con más de una nacionalidad y dentro de una de ellas se encontrara la de un Estado que no es Contratante del Convenio, el inversor deberá demostrar que, en efecto, posee la nacionalidad del Estado contratante.

2.1.5. Sobre el «control extranjero»

El tema del control de personas jurídicas sobre otras ha supuesto verdaderos retos en el ámbito de los tribunales arbitrales Ciadi, en virtud de que este campo podría ser susceptible de actos de mala fe o falsas argumentaciones, lo que se ha tratado de impedir con los criterios referidos en párrafos precedentes y con el aporte no sólo de los árbitros de inversiones, sino de la doctrina.

El término «control extranjero» no es definido por el Convenio; sin embargo, es claro que se utiliza como una suerte de barrera que excluye

---

[127] No es en vano mencionar que, en algunos casos, alguna de las partes ha esgrimido la idea de que el criterio para determinar la nacionalidad del inversor deberá seguir lo prescrito por el artículo 42(1) del Convenio Ciadi. Sin embargo, debemos aclarar que tal artículo no sirve para determinar la nacionalidad de las partes, sino el Derecho aplicable para resolver el fondo de la controversia. Para lo primero están los criterios antes mencionados, practicados por los Tribunales Arbitrales del Ciadi.

a los inversores nacionales y a aquéllos nacionales de Estados no-contratantes del Convenio.

En particular, la validez de un acuerdo bajo el cual una persona jurídica es registrada en un Estado no-Contratante del Convenio Ciadi, pero controlada por un nacional de un Estado Contratante, depende del conocimiento del Estado anfitrión de las circunstancias.[128]

En general, tal como apunta Blackaby,[129] en atención a lo expresado por algunos tribunales Ciadi:[130]

> En el Derecho Internacional, el término control es un concepto amplio y flexible, que se refiere no sólo a la mayoría accionaria sino que incluye otros criterios «razonables» como la responsabilidad de la gestión, los derechos de voto, la nacionalidad de los miembros de la junta directiva.

Creemos que es importante resaltar aquello de criterios «razonables», en vista de que puede haber situaciones en las cuales los inversores constituyan empresas, única y exclusivamente para hacer uso de determinadas disposiciones de un TBI en particular,[131] con lo que se desna-

---

[128] Unctad. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.4. Requirements Ratione Personae*. Ginebra: United Nations, 2003, p. 16: «The validity of this agreement would depend on the host State's knowledge of the circumstances underlying the investor's nationality combined with the State's consent to submit to the Centre's jurisdiction».

[129] Blackaby, Nigel. «El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda-Legis, 2004, p. 31.

[130] *Autopista Concesionaria Venezuela C.A. vs. la República Bolivariana de Venezuela*. Laudo sobre jurisdicción del 27 de septiembre de 2001. Caso Ciadi n.º ARB/00/5 y *Vacuum SALT Products Limited vs. República de Ghana*. Caso Ciadi n.º ARB/92/1. Laudo del 16 de febrero de 1994.

[131] Schreuer, Christoph. «The dynamic evolution of the Icsid system». En Hoffman, Reiner and Christian Tams (eds.). *Op. cit.*, p. 5: «The nationality requirements under the Icsid Convention as well as under bilateral treaties had led to some

turalizaría el sistema, constituyéndose aquello que la doctrina anglosajona llama *treaty shopping*. Por ello, el criterio decisivo para considerar a una persona jurídica como controlada, parcial o totalmente, debería estar dado en la medida en que tal persona jurídica actúe con capacidad comercial o capacidad de gestión, ejerciendo funciones o no.

En relación con el *treaty shopping*, encontramos casos en los cuales los tribunales arbitrales han identificado y no admitido el abuso de la construcción de estructuras corporativas, con el fin de favorecerse de los derechos otorgados por un tratado en materia de inversión, como ocurrió con el tribunal arbitral del caso *Tidewater vs. Venezuela*,[132] apoyando su laudo sobre jurisdicción en las decisiones emitidas en los casos *Mobil vs. Venezuela*[133] y *Phoenix vs. República Checa*.[134] Citando a la primera de las mencionadas decisiones, sostuvo:

> 204. Como expresaron los Demandantes, la finalidad de la reestructuración de sus inversiones en Venezuela a través de una compañía controladora holandesa consistió en proteger esas inversiones frente a la violación de sus derechos por parte de las autoridades venezolanas, al obtener acceso al arbitraje del Ciadi a través del TBI. El Tribunal considera

---

creative nationality planning. For instance, an investor may create a company in a particular State for the primary purpose of gaining access to international arbitration».

[132] *Tidewater Inc., Tidewater Investment S.R.L., Tidewater Caribe, C.A., Twenty Grand Offshore, L.L.C, Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C. y Zapata Gulf Marine Operators, L.L.C. vs. República Bolivariana de Venezuela*. Caso Ciadi n.° ARB/10/5. Laudo sobre Jurisdicción del 8 de febrero de 2013.

[133] *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holding, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. vs. República Bolivariana de Venezuela*. Caso Ciadi n.° ARB/07/27. Laudo sobre jurisdicción del 10 de junio de 2010.

[134] Véase: *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. vs. República Oriental del Uruguay*. Caso Ciadi n.º ARB/10/7. Laudo sobre jurisdicción del 2 de julio de 2013, parágrafo 200.

> que se trató de un objetivo totalmente legítimo en la medida que se refería a diferencias futuras.
>
> 205. Con respecto a las diferencias preexistentes, la situación es distinta, y el Tribunal considera que reestructurar inversiones a los solos efectos de obtener jurisdicción en el marco de un TBI para esas diferencias constituiría, para utilizar los términos que entendió en el caso Phoenix, «una manipulación abusiva del sistema de protección de inversiones internacionales en el marco del Convenio Ciadi y de los TBI».[135] (El subrayado es nuestro).

De la decisión glosada podemos concluir que la diferencia entre *treaty shopping* y *treaty planning*, residiría en la temporalidad en la que un inversor decide replantear su estructura corporativa para obtener beneficios relacionados con un tratado en materia de inversión: cuando lo hace en plena existencia de la controversia, nos encontramos frente a un caso del peyorativo *treaty shopping*; cuando lo hace con anterioridad a la existencia de determinada disputa, nos encontramos frente al legítimo *treaty planning*.

Asimismo, es importante resaltar que el mencionado tribunal arbitral practicó una fórmula para confirmar si la reestructuración corporativa fue legítima o no, examinando lo siguiente:

i) Si la disputa existía en el momento de la reestructuración corporativa.

ii) Si la disputa era razonablemente previsible al momento de la reestructuración corporativa.

Al no hallar evidencia de que la controversia existía y de que ello ni siquiera era razonablemente previsible al momento en que se realizó la reestructuración corporativa, el tribunal arbitral del caso *Tidewater vs.*

[135] Véase: parágrafo 144 de dicha decisión.

Venezuela declaró que no hubo abuso del uso del TBI objeto de análisis por parte del inversor.[136]

De otro lado, es común encontrarnos con Estados que solicitan a los inversores constituir una empresa en su territorio, como requisito para iniciar operaciones en el país. En tales casos, el Convenio Ciadi, en las últimas líneas del ya mencionado artículo 25(2)(b), establece una salida sobre la base de dos condiciones:

i) Que ambas partes acuerden atribuirle a tal inversor la calidad de extranjero (pese a haberse constituido en el país anfitrión); y

ii) Que, en efecto, exista un objetivo sometimiento de control extranjero. En tal sentido, no todo acuerdo entre el Estado y el inversionista sobre la nacionalidad extranjera de este último confiere jurisdicción al Centro automáticamente; para ello han de cumplirse las antes mencionadas dos condiciones.[137]

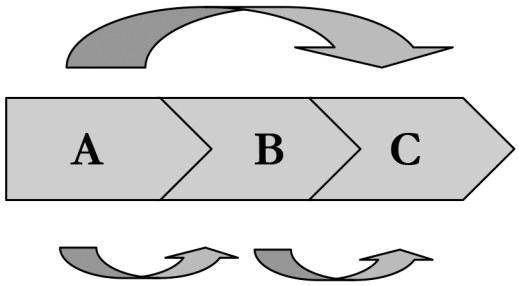
Dentro del tema del control extranjero existe un aspecto que ha suscitado diferentes posiciones: el control indirecto. El control indirecto es aquél que se ejerce sobre empresas, ya sea sobre la base de la titularidad de dicha persona jurídica o del accionariado en otras empresas. Comúnmente se presenta este esquema:

---

[136] Véase: parágrafo 148 de dicha decisión.

[137] Cuando se trate de uno de estos casos, la compañía (generalmente demandante) deberá incluir información respecto del acuerdo con el Estado en torno a su tratamiento como extranjero, al registrar la solicitud de arbitraje en el Centro.

Gráfico n.º 6



De acuerdo con el Gráfico n.º 6, la empresa «C» es la que opera en el territorio del país anfitrión. Esta empresa es controlada, por «B», la que, a su vez, es controlada por la empresa «A», con lo que esta última también controlaría la primera. Ello tendría como consecuencia que la empresa «C», a pesar de estar constituida en el Estado anfitrión, bien podría acudir al Ciadi a través del TBI suscrito por el Estado, de donde es nacional «A» (empresa que ejerce el control indirecto), y el Estado anfitrión. Cabe mencionar que ello dependerá de que exista un real control entre las referidas empresas.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar que no hay una posición legal definitiva respecto del control indirecto. A nivel del Ciadi los tribunales han tomado posturas un tanto diferentes, considerando sólo a aquéllas que tienen control directo sobre las compañías locales o buscando más allá de la primera «capa» e investigando la cadena de control, en lo que en materia corporativa se conoce como «rasgamiento del velo societario».

Es preciso señalar que una empresa registrada en el extranjero sigue siendo una empresa extranjera, aun si es controlada por nacionales del Estado anfitrión.[138]

---

[138] Schreuer, Christoph. «Investment Arbitration: a voyage of discovery». Paper presented at the *SJ Berwin International Arbitration Launch*. Realizado en Londres el 4 de noviembre de 2004, p. 3.

Asimismo, cabe mencionar que la existencia de un acuerdo de sometimiento a la competencia del Ciadi entre un Estado y un inversor con una compañía constituida en dicho Estado, implicaría que tal Estado acordó darle el trato a ésta como extranjera. No obstante, el consentimiento ofrecido por el Estado anfitrión a través de su legislación o un tratado, en términos generales, no podrá tener tal efecto, en tanto en un acuerdo se individualizan a las partes, mientras que en la legislación y en un tratado el Estado realiza una oferta a inversores en general.[139]

2.2. Requisitos Ratione Materiae

Otro aspecto que delimita la competencia y jurisdicción en el marco del Convenio son los llamados Requisitos *Ratione Materiae*, circunscritos en la llamada arbitrabilidad objetiva. Al respecto, el recurrido artículo 25 manifiesta lo siguiente:

> La jurisdicción del Centro se extenderá a las **diferencias de naturaleza jurídica** que surjan **directamente** de una **inversión** entre un Estado Contratante [...] y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. (El subrayado y el resaltado son nuestros).

En tal sentido, observamos la presencia de tres elementos delimitadores dentro de los requisitos *ratione materiae*, que definen la arbitrabilidad objetiva de los procesos a nivel del Ciadi:

i) Que se trate de una diferencia de naturaleza jurídica;

ii) Que la referida disputa provenga directamente de una transacción;

---

[139] Para ello debería existir una disposición específica de tratamiento, en calidad de extranjero, a las compañías constituidas en el territorio del Estado receptor de la inversión.

iii) Que la transacción no sea cualquiera, sino que califique como inversión.

2.2.1. Sobre «diferencia de naturaleza jurídica»

Se sabe, por el Reporte de los Directores Ejecutivos[140] (*Report of the Executive Directors*), que al tiempo de la preparación del borrador del Convenio, los países en desarrollo expresaron su deseo de evitar crear un mecanismo internacional al cual puedan ser sometidas «meras» disputas políticas o comerciales.[141]

Así las cosas, este tipo de diferencias se enmarcan dentro del ámbito de los derechos u obligaciones de carácter legal.

Cabe mencionar que el requisito de que las diferencias sean de naturaleza jurídica es independiente de si éstas serán resueltas mediante conciliación, arbitraje o si, en caso se escoja este último mecanismo, se faculte al tribunal arbitral para decidir sobre la base de la equidad en vez del Derecho.

2.2.2. Sobre «…que surja directamente…»

El Convenio Ciadi requiere que aquella «diferencia de naturaleza jurídica» sometida al Centro, «surja directamente» de una transacción que —como veremos en líneas posteriores— deberá calificar como «inversión», estableciéndose una razonable relación estrecha entre los hechos y la inversión realizada en el territorio del Estado anfitrión.

Los tribunales arbitrales Ciadi se han expresado respecto de que el término «directamente» se refiere a la conexión entre la diferencia y la

---

140 Véase nota n.º 101.

141 *Report of the Executive Directors*, citado por: Unctad. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.5. Requirements Ratione Materiae*. Ginebra: United Nations, 2003, p. 9.

inversión de donde aquélla proviene. Asimismo, el término «directamente» no significa que la inversión deba ser una inversión extranjera directa (IED).[142]

2.2.3. Sobre «inversión»

El término «inversión» ha sido objeto de constante e insoslayable análisis, en vista de que éste se constituye como una importante frontera dentro de los requisitos en razón de materia para acceder al Ciadi, pues funciona como filtro para evitar que cualquier simple operación o transacción comercial sea llevada al Centro, contraviniendo con ello el espíritu y el objeto del Convenio.

Aunque parezca una paradoja, el Convenio Ciadi no define en su texto lo que se entiende por «inversión». Ni siquiera nos acerca al término. Ello se debe, quizás, a cierta libertad para que las partes sean quienes tengan la suficiente discreción para someter controversias que surjan de lo que ellas consideren como inversiones. No obstante, no se trata de que las partes sometan cualquier simple transacción al Ciadi, pues lo expresado en el artículo 25 es un requisito objetivo, es decir, la transacción de donde proviene la controversia debe calificar como inversión.

A propósito de lo referido en el párrafo precedente, la doctrina y los pronunciamientos a nivel del Ciadi han fijado criterios que delimitan cuándo nos encontramos ante una transacción u operación comercial que significa una inversión.[143] Al respecto, es importante reconocer la relevante impronta que ha conseguido dejar el *leading case* en esta materia: el caso Salini vs. Marruecos,[144] cuyo examen (también llamado

---

[142] Unctad. *Op. cit.*, *Module 2.5*, p. 12. A propósito de la IED, véase Capítulo ii del presente trabajo.

[143] Schreuer. Christoph. *The Icsid Convention: A commentary*. Citado por: Unctad. *Op. cit.*, *Module 2.5*, p. 14.

[144] *Salini Constructori S.p.A. e Italstrade S.p.A. vs. Reino de Marruecos*. Caso Ciadi n.º ARB/00/4. Laudo sobre jurisdicción del 31 de julio de 2001.

Test Salini, *Salini's Test* o *Salini Criteria*) permitiría dar cuenta de la existencia o no de una inversión, cuyos elementos constitutivos serían los siguientes:[145]

1. *Duración*.- El proyecto u operación debe tener cierta duración en el tiempo.[146]

2. *Ganancia*.- Deberá existir determinada regularidad en las ganancias (retorno de la inversión) a favor del inversor.

3. *Riesgo*.- El proyecto u operación debe implicar un riesgo razonable para ambas partes.

4. *Sustancia*.- El proyecto u operación debe ser sustancial, es decir, tener relevancia económica.

5. *Desarrollo*.- El proyecto u operación debe contribuir significativamente al desarrollo del país anfitrión.

Estos elementos no son requisitos jurisdiccionales, sino características típicas de lo que es una inversión,[147] criterios que han ido tomando legitimidad dentro de los pronunciamientos de los tribunales arbitrales en el marco del Ciadi. En virtud de ello, la mayoría de tribunales arbitrales han reconocido los elementos del Test Salini, en tanto pueden ser útiles y son tomados como guías, siendo aplicados de manera conjunta

---

[145] Como ya se ha mencionado, los pronunciamientos Ciadi no son precedentes de obligatorio cumplimiento, sin embargo, en virtud de la relevancia que éstos puedan revestir, así como el respeto que adquieren, ellos pueden ser voluntariamente seguidos por sucesivos tribunales arbitrales, lo que ha ocurrido con el laudo sobre jurisdicción del caso Salini, que contiene el llamado *Salini's Test* o *Salini Criteria*.

[146] El tribunal arbitral de Salini reconoció que la duración de la inversión podría —de acuerdo con la doctrina— estimarse entre dos y cinco años, como mínimo.

[147] Unctad. *Op. cit.*, *Module 2.5*, p. 14: «These features should not necessarily be understood as jurisdictional requirements but merely as typical characteristics of investments under the Convention».

y flexible.[148] Asimismo, pueden ayudar a identificar y excluir elementos que no podrían considerarse —ni siquiera ampliamente— como una inversión, a la luz de lo previsto en el Artículo 25 del Convenio Ciadi.[149]

Cabe mencionar que el acuerdo que establezcan las partes respecto de lo que éstas entienden como inversión, puede estar explícito; por ejemplo, que manifiesten indubitablemente que el objeto de un determinado contrato de concesión es una inversión, o implícito; por ejemplo, que el contrato de concesión antes referido, pese a no contener una manifestación indubitable respecto de que su objeto es una inversión, contenga una cláusula tipo del Ciadi, entendiéndose que las partes coinciden en que la transacción se refiere a una inversión.

Sin embargo, el referido acuerdo o la libertad de las partes para expresarse respecto de qué entienden por inversión no es ilimitado, siendo que un tribunal arbitral podrá legítimamente pronunciarse respecto de si dicha operación, en efecto (y a la luz de los criterios antes mencionados) es o no una inversión. Por ejemplo, en el caso *Fedax N.V. vs. Venezuela*[150] analizó diversos TBI y TMI (Tratados Multilaterales de Inversión), sosteniendo que el término «inversión» no podía constreñirse al clásico «aporte de dinero o propiedades en un negocio de forma que éste produzca alguna ganancia o beneficio». Así también, se debe tener en cuenta que podría existir una transacción que de manera independiente no sería considerada como inversión, pero situándola en su contexto (dentro de la operación de la que proviene) sí lo sería, pudiendo ser consecuente con los requisitos *ratione materiae* previstos en el artículo 25(1) del Convenio Ciadi, tal como (en congruencia con el caso

---

148 Véase: *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. vs. República Oriental del Uruguay*. Caso Ciadi n.º ARB/10/7. Laudo sobre jurisdicción del 2 de julio de 2013, parágrafo 200.

149 *Ídem*, parágrafo 203.

150 *Fedax N.V. vs. República de Venezuela*. Caso Ciadi n.º ARB/96/3. Laudo del 9 de marzo de 1998.

Fedax N.V. vs. Venezuela) lo señala el tribunal para el caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. vs.* Eslovaquia:[151]

> An investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which, standing alone, might not, in all cases, qualify as an investment. Hence, a dispute that is brought before the Centre must be deemed to arise directly out of an investment even when it is based on a transaction which, standing alone, would not qualify as an investment under the Convention, provided that the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment. (El subrayado es nuestro).

En el caso especial de los TBI, se sabe que, generalmente, contienen ofertas abiertas mediante las cuales los Estados someten al Ciadi por adelantado sus controversias con futuros inversores, siendo que en tales instrumentos suele haber una disposición que manifieste qué es lo que las partes entienden como inversión.[152]

En tal contexto, diversos pronunciamientos de tribunales arbitrales Ciadi han establecido dos condiciones en razón de materia, que han de cumplirse para que ellos puedan conocer de las controversias cuando el acuerdo de someterse a la jurisdicción del Ciadi proviene de un tratado:

i) La operación debe calificar como inversión en términos del Convenio Ciadi; y

---

[151] *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. vs. República de Eslovaquia*. Caso Ciadi n.º ARB/97/4. Laudo sobre jurisdicción del 24 de mayo de 1999.

[152] Es necesario precisar que la disposición de los TBI en donde se suele explicar qué se entiende por inversión, tiene la forma de una lista en la que se enumeran las transacciones u operaciones susceptibles de ser consideradas como tales. Sin embargo, dicha disposición, generalmente, lleva consigo también una premisa que advierte que tal lista no es definitiva, sino que se enumeran posibilidades a modo de ejemplo.

ii) La operación debe calificar como inversión en términos del tratado.

Señalado lo anterior, se debe tener en cuenta que tales condiciones no siempre coinciden entre sí. Es decir, las categorías de inversiones y el alcance del Convenio Ciadi no siempre coinciden. Por ejemplo, puede darse el caso de que en términos del tratado de donde proviene el consentimiento, la operación sea considerada como una inversión, pero que no sea así en los términos del Convenio (y los autorizados y reconocidos criterios emanados en decisiones de sus tribunales arbitrales). Tal es el caso de algunos TBI que confieren derechos de admisión para los inversores extranjeros, derechos de pre–establecimiento. Por el contrario, el Convenio Ciadi no cubre gastos de una «futura inversión» o proyectos que son meros prospectos o planes;[153] o tal como expresa la autorizada opinión del profesor Schreuer:[154]

> […] under the Icsid Convention there must be an existing investment. Preparatory expenses incurred with a view to a future investment but before the signing of a contract would not be sufficient.

En ese orden de ideas, el proyecto debe haberse formalizado o estar en marcha para calificar como una inversión. Tal como se observó en el laudo del caso *Mihaly International Corporation vs. la República Democrática y Socialista de Sri Lanka*,[155] en el cual el tribunal arbitral sostuvo que los gastos incurridos para responder a una oferta de un contrato pú-

---

[153] Unctad. *Op. cit.*, *Module 2.5*, p. 16: «…some BITs grant a right of admission to covered investors. By contrast, the Icsid Convention does not cover investments that are merely prospective or planned».

[154] Schreuer, Christoph. «Investment Arbitration: a voyage of discovery». *Op. cit.*, p. 3.

[155] Caso Ciadi n.º ARB/00/2. Laudo del 15 de marzo de 2002.

blico (estudios financieros y económicos, etc.) no constituían inversión bajo el BIT aplicable y bajo el Convenio.[156]

Debemos recordar que un Estado podría establecer limitaciones a su consentimiento,[157] en cuyo caso las diferencias a ser sometidas al Ciadi en el marco del tratado serían de menor amplitud que las que podría admitir el Ciadi si el Estado no hubiera limitado su consentimiento. Ello constituye otro ejemplo de que las categorías de inversión en los tratados y el alcance del Convenio no siempre coinciden.

De otro lado, como ya hemos expresado en líneas precedentes, la fiscalización respecto del cumplimiento de los requisitos de acceso al Ciadi será ejercida en dos estaciones: ante el Secretario General del Ciadi, al momento del registro de la solicitud de arbitraje (*screening power*) y por los tribunales arbitrales, mediante un laudo parcial o «de jurisdicción» al inicio del arbitraje, como cuestión previa, o al finalizarlo, junto con el fondo de la controversia, mediante un laudo final, ejerciendo la facultad de decidir sobre su propia competencia (principio *kompetenz-kompetenz*). Esta última estación en la que se fiscalizan los requisitos de acceso al Ciadi, ejercida por un tribunal arbitral, puede darse a pedido de parte o *ex oficio.*[158]

A continuación, algunos casos típicos de inversión:

- Concesiones mineras y petroleras.
- Empresas de generación y distribución de energía.
- Proyectos de infraestructura.
- Concesiones sobre telecomunicaciones.

---

156 Es importante mencionar que para el caso en concreto, el tribunal arbitral destacó el preponderante factor que constituye las diversas oportunidades en las que el Estado manifestó que lo vertido en las negociaciones no creaba ningún tipo de derechos u obligaciones entre las partes.

157 Artículo 25(4) del Convenio Ciadi. Ver Sección 1.3 del Sub-Capítulo II del presente trabajo.

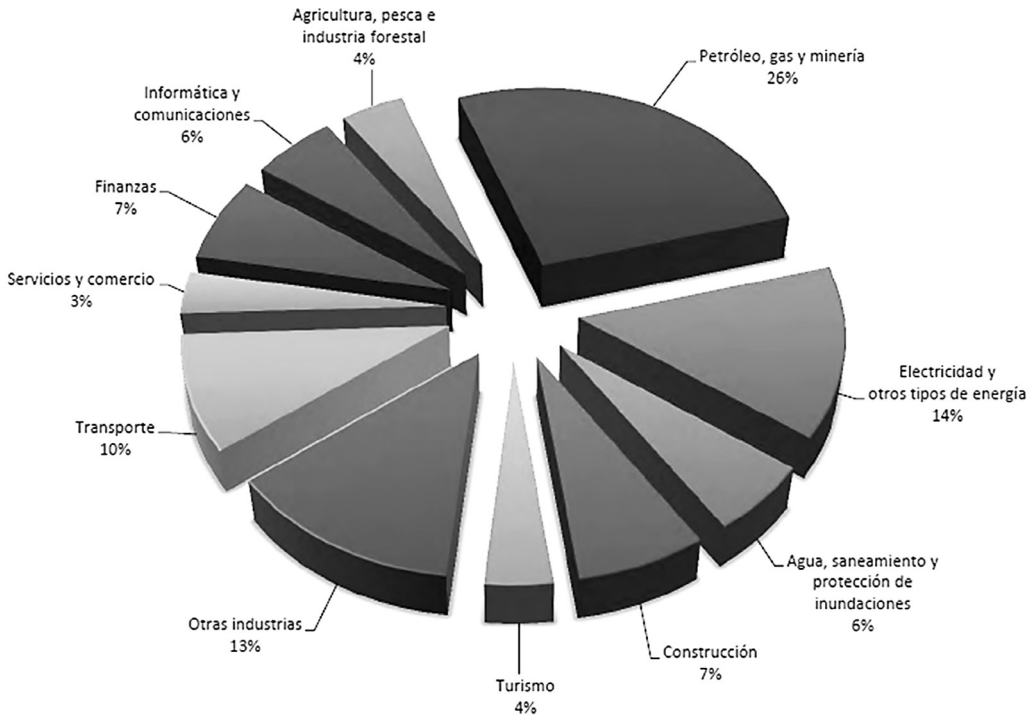
158 Regla 41(2) de las Reglas de Arbitraje Ciadi.

- Empresas de industria y manufactura.
- Servicios de navegación, puerto y transporte.
- Banca. Transacciones financieras de largo plazo (préstamos).
- Mercado de capitales.
- Administración de hoteles y *resorts.*
- Producción y procesamiento de alimentos.
- Administración y disposición de desperdicios.
- Obras de construcción de gran envergadura.
- Empresas de bienes y servicios.

Gráfico n.º 7

Distribución de todos los casos CIADI por sectores de la economía

Distribución de todos los casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario por sectores de la economía :



Fuente: Ciadi (2015)

En esta instancia, cabe preguntarnos lo que sucede en los casos de inversiones referentes al comercio internacional o, para ser más precisos, qué sucedería si un gobierno adopta medidas que afecten tal actividad, teniendo en consideración que existe una entidad en tal ámbito, como la Organización Mundial de Comercio (OMC), que cuenta incluso con su propio mecanismo de solución de controversias.

En nuestra opinión, en cuanto al foro competente para resolver las controversias entre las partes no habría problema alguno, pues el ámbito de aplicación en materia de personas en el seno de la OMC y en el Ciadi, es distinto. En el primero se trata de una controversia en la que participan *Estado vs. Estado*,[159] mientras que en el segundo participan *inversionista vs. Estado*. Asimismo, creemos que las contramedidas o controversias, adoptadas o suscitadas, respectivamente, entre dos Estados miembros de la OMC, a partir de un caso en particular contra un inversor, no afectarían en nada la disposición sobre prohibición de protección diplomática y unidad de foro, establecidas en el artículo 27(1) del Convenio Ciadi, en razón de lo antes expresado, teniendo que ser resueltas por sus propios mecanismos de solución de controversias.

De la misma manera, cabe señalar que en cuanto al caso en particular (de un inversor afectado por una medida en materia de comercio internacional por parte del Estado receptor de la inversión), no habría inconveniente en que el inversor alegue que dicha disputa surge directamente de una inversión, siempre y cuando, claro está, se cumpla con los criterios para calificarla como tal.

En cuanto al caso especial de los instrumentos financieros, nada impide que éstos califiquen como inversión si es que cumplen el rigor de los cinco criterios antes mencionados. Estos instrumentos podrían formar parte integral del todo de una operación calificada como inversión.

De otro lado, algunos préstamos también podrían calificar como inversión; no obstante, lo cierto es que para brindarles tal calificación se deberá recurrir a los criterios.

---

[159] Unctad. *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio (OMC). 3.1. Presentación General. Naciones Unidas*, 2003, pp. 50 y ss.

2.3. Requisitos ratione temporis

El requisito de acceso al Ciadi en razón del tiempo o *ratione temporis*, es también de vital importancia para el arbitraje en el marco del Convenio. En virtud del cumplimiento de éste, un tribunal arbitral puede declararse competente para conocer de las controversias que las partes hayan sometido al Ciadi.

Básicamente, el requisito *ratione temporis* no es otra cosa que la exigencia de que al momento del registro de la solicitud de arbitraje sea posible someter la controversia por estar vigente el consentimiento y, por tanto, ser exigible. Ello también implica la observancia de los posibles límites y/o condiciones que hayan podido imprimir a dicho consentimiento.

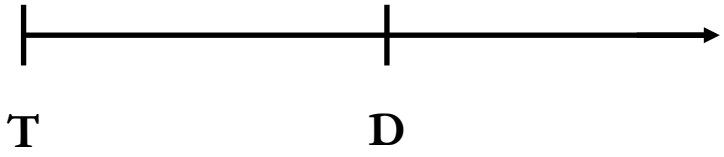
Se deben distinguir tres fechas en cuanto a requisitos *ratione temporis*:

i) la de entrada en vigor del tratado;
ii) la de inicio de la inversión; y
iii) la de inicio de la controversia.

Los tres momentos antes referidos pueden ser identificados en las siguientes variantes que presentan los tratados en los que el Estado expresa su consentimiento para acceder al Ciadi. Así, éstos refieren que el mismo se aplicará a:

a) Disputas (D) acaecidas con posterioridad a la entrada en vigor de dicho tratado (T):

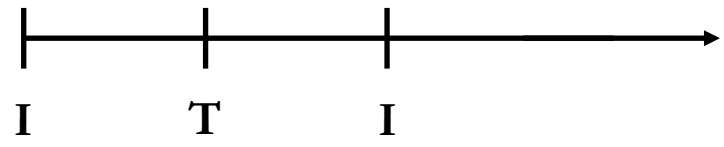
Gráfico n.º 8



En este caso, creemos que estarían consideradas las disputas posteriores a la entrada en vigencia del tratado, pero provenientes de las inversiones anteriores a la vigencia de este. La condición simplemente sería que las disputas sean posteriores a la entrada en vigencia del referido tratado. Sin embargo, un tratado con una disposición como ésta, podría dar lugar a una controversia o, por lo menos, un dilema interpretativo de si es o no aplicable el tratado a las inversiones anteriores a su vigencia.

b) Disputas (D) acaecidas con anterioridad y posterioridad a la entrada en vigor del tratado (T):

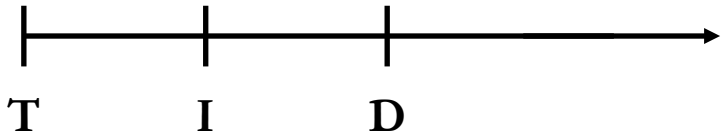
Gráfico n.º 9



En este caso, se actúa retroactivamente desde dos ámbitos: desde el ámbito de la fecha de la inversión y desde el de la fecha de la disputa. Generalmente, se establece que se aplicará el tratado que contiene el sometimiento al Ciadi, incluso para disputas surgidas con anterioridad a su vigencia hasta dentro de un período de tiempo. Por ejemplo: hasta dos años antes de la vigencia del tratado.

c) Disputas (D) sobre inversiones (I) realizadas con posterioridad a la entrada en vigor del tratado (T):

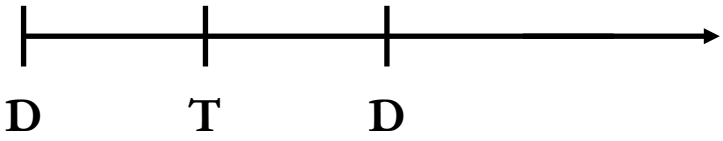
Gráfico n.° 10



En este caso, el hecho de que sólo se aplique el consentimiento para el Ciadi contenido en el tratado para inversiones posteriores a su entrada en vigencia, constituye un filtro de aplicación importante, en tanto no sólo se restringen disputas anteriores a la entrada en vigor del tratado, sino también sobre inversiones anteriores a éste.

d) Disputas (D) sobre inversiones (I) realizadas con anterioridad y posterioridad a la entrada en vigor de un tratado (T):

Gráfico n.º 11



En este caso se establece expresamente que el tratado que contiene el consentimiento para el Ciadi se aplica para disputas posteriores al inicio de su vigencia, provenientes, tanto de inversiones anteriores, como posteriores a la entrada en vigor del referido tratado. A diferencia del primer tipo, la aplicación de las disposiciones del tratado a inversiones anteriores a su vigencia no es materia de interpretación, sino que está expresamente previsto que será para futuras disputas.

A propósito de lo anterior, tal como se ha manifestado en el laudo sobre jurisdicción el Tribunal del Caso *S.G.S. vs. Filipinas*:[160]

> 166. [...] The normal principle stated in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties applies: the provisions of the BIT «do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty». The application of this principle to BIT claims was explored in some detail by a Nafta Tribunal in *Mondev International Ltd. vs. United States of America*. As the Tribunal said (discussing the substantive standards under Chapter 11 of Nafta): «events or conduct prior to the entry into force of an obligation for the respondent State may be relevant in determining whether the State has subsequently committed a breach of the obligation. But it must still be possible to point to conduct of the State after that date which is itself a breach».

En efecto, los actos de un Estado, anteriores a la entrada en vigor de un tratado suscrito por aquél son relevantes para determinar si éste ha cometido una violación de dicho tratado (de ser el caso del literal b. de la aplicación del consentimiento según el tiempo) y si éstos han continuado *a posteriori* de la entrada en vigor (de ser el caso a. y b.).

Por ello, es importante tener en cuenta los términos expresados en el documento que contiene el consentimiento respecto de qué disputas pueden ser sometidas al Ciadi.

3. Derecho aplicable

Tan importante como la arbitrabilidad subjetiva (cuya delimitación está dada por los requisitos *ratione personae*) y la arbitrabilidad objetiva

---

[160] *S.G.S. vs Filipinas*. Caso Ciadi n.º ARB/02/6. Laudo (del tribunal arbitral, no el laudo en singular emitido por uno de los árbitros) sobre jurisdicción del 29 enero de 2004.

(cuya delimitación está dada por los requisitos *ratione materiae*), es el Derecho aplicable, también conocido como la ley aplicable a la controversia, pues será éste el que contenga los parámetros legales sobre la base de los cuales, a la luz de los hechos, se emitirá una decisión.

Hemos de mencionar nuevamente que el Convenio Ciadi no provee normas sustantivas para el arreglo de las controversias en materia de inversiones, sino que, más bien, provee un marco procesal para ello, lo que se constituye como Derecho adjetivo. En tal contexto, las normas sobre la base de las cuales se ha de resolver el fondo de la controversia están constituidas por el llamado Derecho aplicable o ley aplicable, integrando lo que, a su vez, se constituye como Derecho sustantivo.

Pero, según el Convenio Ciadi, ¿en qué consiste el Derecho aplicable? En general, el tema se encuentra previsto por el artículo 42 de dicho instrumento internacional. Así, el artículo 42(1) establece lo siguiente:

> El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las **normas de derecho acordadas por las partes**. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la **legislación del Estado** que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, **y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.** (El subrayado y el resaltado son nuestros).

En virtud de lo expresado en el referido artículo 42(1), observamos la presencia de tres instrumentos jurídicos para resolver el fondo de la controversia:

i) El Derecho acordado por las partes;[161]
ii) La legislación del Estado parte de la controversia (incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado); y
iii) Las normas de Derecho internacional que pudieran ser aplicables.

[161] Que válidamente podría incluir los otros dos instrumentos.

En primer lugar, y nuevamente en congruencia y respeto del «principio de la libre voluntad de las partes» o «principio de autonomía de las partes»,[162] que caracteriza al arbitraje y al Convenio Ciadi. Éste establece que el primer instrumento jurídico para resolver el fondo de la controversia está constituido por las «normas de derecho acordadas por las partes». En realidad, ello puede llevarnos a un sinfín de posibilidades, desde la aplicación del Derecho nacional en su integridad o reservado sólo para algunas materias, pasando por la (menos práctica) aplicación del Derecho nacional de un tercer Estado o el del inversor o hasta la aplicación de diferentes sistemas legales para diferentes partes de la controversia (*Dépeçage*). Asimismo, podrían aplicarse principios del Derecho o instrumentos internacionales, sean éstos tratados o *soft law,* tales como documentos preparados por organizaciones internacionales, referentes a temas específicos (por ejemplo, expropiación), aun con esa característica inherente de no ser vinculantes para los Estados.

Al respecto, suele establecerse que sea el Derecho nacional el que impere para las relaciones contractuales respecto de una inversión. La elección del Derecho nacional del inversionista o de un tercer Estado —como ya hemos visto— es una elección poco práctica, en vista de que la inversión y la posible controversia referente a aquélla podrían estar estrechamente relacionadas con la normatividad del Estado receptor de dicha inversión. Considerando también algo poco práctico que se elija como Derecho aplicable únicamente al acuerdo de inversión, contrato, TBI o acuerdo de integración económica e inversión, según corresponda.

En nuestra opinión es importante señalar que ningún extremo podría llevarnos a una mejor solución de la controversia. Es decir, escoger

[162] Recordemos que tal como explica Rubio: «La autonomía de la voluntad es la piedra angular del Arbitraje; el acuerdo de las partes permite el acceso al Arbitraje y puede estructurar y orientar el desarrollo de un Arbitraje. El convenio arbitral materializa estos acuerdos en distintos planos con la finalidad de asegurar la eficiencia del Arbitraje». Rubio Guerrero. Roger. «Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». En *Thémis*. Lima, 2007, n.° 53, p. 13.

como Derecho aplicable sólo al Derecho internacional o sólo al Derecho del Estado receptor de la inversión no es la mejor opción, pues limitaría en gran medida el uso de instrumentos para la calificación y solución de la controversia. En este sentido, lo primero nos llevaría a principios demasiado generales, a los cuales les haría falta el nivel de detalle y especialización de algunos aspectos técnicos, así como la ubicación en el contexto que conlleva todo asunto de inversión.[163] Lo segundo nos privaría del goce de estándares aceptados por la mayoría de naciones civilizadas que, pese a su alta valla en relación con las que tienen los países en desarrollo, proveen elementos jurídicos importantes para la solución de la controversia. Así las cosas, la aplicación armoniosa del Derecho internacional y del Derecho nacional del Estado anfitrión, acompañada de un correcto balance entre ambos y una sesuda valoración por parte del tribunal arbitral que conoce de la controversia, tendría como resultado la emisión de una eficiente decisión arbitral.

De otro lado, tenemos la situación descrita por el Convenio como «a falta de acuerdo [de las partes]…». En este caso, son dos elementos jurídicos que pueden ser invocados por el tribunal: la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.[164]

En cuanto a «la legislación del Estado que sea parte de la diferencia», podemos mencionar que ésta puede referirse a un sector específico

[163] No obstante, algunos tratados multilaterales prevén como Derecho aplicable el mismo tratado y reglas de Derecho internacional. Ello podría encontrar sustento en la potencial complicación de la aplicación del Derecho interno de más de un país. Asimismo, porque estos tratados multilaterales suelen tener derechos específicos y determinadas pautas de observancia en los procesos de solución de controversias.

[164] La disposición referida no hace sino coadyuvar a sostener la posición que hemos expresado en el párrafo anterior respecto de la idoneidad de la aplicación armoniosa del Derecho internacional y del nacional del Estado anfitrión para la solución de la controversia.

de la economía: minería, hidrocarburos, agricultura, telecomunicaciones, construcción, etc., e incluirse, tal como lo expresa el Convenio Ciadi, las normas de Derecho Internacional Privado de dicho Estado, según corresponda.

Como ya hemos mencionado, la legislación nacional provee el nivel de detalle y especialización de algunos aspectos técnicos, así como la ubicación en el contexto que todo asunto de inversión conlleva. Es decir, se trata de un instrumento mediante el cual se conocen las características y particularidades del tratamiento que dicha inversión tiene en el Estado receptor, lo que se constituye en uno de los elementos de juicio para la identificación del supuesto acto violatorio de las garantías ofrecidas por el Estado.

Cabe mencionar que la aplicación de la legislación y los dispositivos que la conforman no deben colisionar con el Convenio. Serán valorados por el tribunal arbitral en tanto que éstos no contravengan las disposiciones del Ciadi, salvo que el mismo Convenio establezca expresamente la posibilidad de que algunas de sus disposiciones, previo acuerdo de las partes, puedan ser reemplazadas por la voluntad de ellas; siendo todo lo anterior los parámetros de uso de la legislación nacional.

En lo que respecta a «las normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables», el tema parece ser un poco menos claro y hasta polémico, en tanto los estándares ofrecidos por el Derecho internacional suelen tener vallas mucho más altas que las que están previstas en las legislaciones de los Estados receptores de inversión. En tal sentido, antes de pronunciarnos respecto de cuál es la relación entre el Derecho nacional y el internacional, parece pertinente hacer una breve mención de lo que éste implica.[165]

[165] Es claro que no podremos entrar en detalles por motivos metodológicos y de espacio, así como por la amplitud y complejidad del tema.

En concordancia con el Convenio Ciadi, el término «Derecho Internacional» debe ser entendido en el sentido dado por el artículo 38[166] del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ):[167]

a. *Convenios Internacionales*.- Pueden ser de carácter general o particular y las reglas en ellos contenidas deben estar reconocidas expresamente por los Estados que participen de la controversia. Esta fuente del Derecho internacional es, sin duda, la que mayor importancia adquiere en el Arbitraje de Inversión en el seno del Ciadi, pues, como se sabe, el consentimiento originario de muchos de los procesos ventilados en el Centro se encuentra en tratados, ya sea en TBI o en tratados multilaterales referentes a inversiones.

b. *Costumbre internacional*.- Entendida ésta como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho. En tal sentido, es muy común encontrar en pronunciamientos de los tribunales del Ciadi y en TBI, disposiciones (que ya constituyen una práctica permanente) temas tales como: estándar mínimo sobre tratamiento de los extranjeros, expropiación y compensación, prohibición de denegación de justicia, etc.

c. *Principios generales del Derecho*.- Deben ser aquéllos que son reconocidos por las naciones civilizadas y que podrían estar plasmados en sus sistemas legales o en instrumentos internacionales. Estos principios han sido considerablemente tomados en cuenta por los tribunales para la evaluación de los daños provocados por los demandados. Entre otros, encontramos los siguientes principios: *pacta sunt servanda*, *exceptio non adimpleti contractus, stoppel,*

[166] El artículo contiene lo que se conoce como las Fuentes del Derecho Internacional. El texto del Estatuto de la CIJ se encuentra disponible en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php (noviembre 2015).

[167] Report of the Executive Directors: «The term "international law" as used in this context should be understood in the sense given to it by article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice (ICJ), allowance being made for the fact that article 38 was designated to apply to inter-State disputes».

enriquecimiento injusto o indebido, compensación de perjuicios resultantes del incumplimiento de obligaciones contractuales, debido proceso, carga de la prueba por parte del demandante y *res judicata*.

d. *Decisiones judiciales*.- Son las resoluciones de los tribunales internacionales, sobre todo aquéllas emitidas en el marco de la CIJ; sin embargo, es aplicable también en materia de inversiones en algunos aspectos, tan es así que no resulta extraño encontrar referencias de decisiones de la CIJ o de arbitrajes *ad-hoc* en los laudos emanados por tribunales del Ciadi, así como de otros tribunales con jurisdicción según el Convenio.

e. *Doctrinas de los publicistas*.- Entendiéndose ello como los trabajos de juristas de mayor competencia en diferentes temas del Derecho internacional.

Tampoco se descarta el uso de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en temas como «nacionalización» (expropiación). Asimismo, los *guidelines* del Banco Mundial respecto del tratamiento de la Inversión Extranjera Directa (IED);[168] documentos no vinculantes (parte del *soft law* mencionado con anterioridad).

Tampoco se puede dejar de observar el importante papel que la llamada *Lex Mercatoria* ha jugado y juega en el Arbitraje Comercial y de las

[168] UNCTAD. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.6 Applicable Law*. Ginebra: United Nations, 2003, p. 21: «…Icsid tribunals have also referred on occasions to resolutions of the General Assembly on questions such as nationalization. The World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment is another non–binding instrument that is of potential value in Icsid arbitration».

Inversiones,[169] tal como da cuenta de ello el profesor Goldman,[170] señalando que ésta «existe independientemente del binomio Derecho interno-Derecho Internacional Público» y que «nace del comercio internacional como sistematización de prácticas y usos de comercio internacional».

Por último, es necesario remarcar que en el caso de reclamaciones provenientes de un TBI, éste será la primerísima fuente de interpretación, ya sea para efectos del consentimiento o del Derecho aplicable.

3.1. Relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional

Producto de la disposición prevista en la segunda oración del artículo 42(1) del Convenio Ciadi, han surgido inquietudes respecto de la relación existente entre el Derecho internacional y el Derecho nacional, así como también sobre el papel que se le confiere al primero.

La práctica a nivel del Ciadi a través de las decisiones de sus tribunales arbitrales ha dado como resultado el criterio mediante el cual se asignan tres funciones al Derecho internacional en la solución de este tipo de disputas:

1. *Función complementaria*.- En virtud de esta función el Derecho internacional convive armoniosamente con el Derecho interno, siendo que ambos se constituyen como herramientas para la solución de las controversias sometidas al Ciadi.

   Esta función guarda concordancia con el artículo 69 del Convenio Ciadi, que llama a los Estados parte a tomar las medidas legislativas necesarias para que las disposiciones de dicho instrumento interna-

---

[169] Silva Romero, Eduardo. «International Arbitration involving State parties». *Op. cit.*, p. 142: «[…] international arbitrators sometimes add arguments taken from lex mercatoria and the Unidroit Principles».

[170] Citado por: Boutin, Gilberto. *Del reconocimiento de la lex mercatoria en la jurisprudencia panameña*. Panamá: Etude Maitre Boutin, 1998, p. 126.

cional tengan vigencia en sus territorios, lo que implicaría una incorporación de tal instrumento a la legislación interna (aprobación y ratificación del tratado), armonizando las normas pertinentes con el compromiso internacional adquirido.

Asimismo, hemos de recordar que el mismo Convenio Ciadi cree en esta relación de complementación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional, haciendo patente esta idea en la segunda parte del artículo 42(1), al disponer que ambos Derechos podrán ser invocados a falta de acuerdo de las partes respecto del Derecho aplicable. Ello parece decir el tribunal arbitral que reasumió el caso *Amco vs. Indonesia*[171] luego de que el Comité *ad-hoc* ante el cual se tramitó la anulación del laudo, decidiera que dicha causa sea remitida a otro nuevo tribunal para conocerla:

> In any event, the tribunal relieves that its task to test every claim of law in this case first against Indonesian law and then against international law.

Aplicando el caso en general, el referido tribunal estima que ambas herramientas, Derecho internacional y Derecho nacional, conviven y deberían complementarse a la hora de evaluar el caso en particular.

2. *Función supletoria*.- En virtud de esta función, el Derecho internacional llena los vacíos o lagunas que posiblemente pudiera presentar el Derecho nacional del Estado receptor de la inversión.

Al respecto, el tribunal del caso *AGIP S.p.A. vs. República Popular del Congo* sostuvo que la palabra [función] «suplementario» significa, por lo menos, que recurrir a los principios de Derecho inter-

[171] *Amco vs. Indonesia*. Caso Ciadi n.º ARB/81/1. Laudo del 3 de mayo de 1985, caso reasumido el 24 de junio de 1987.

nacional puede hacerse si es para llenar una laguna en la legislación doméstica o para hacerle alguna añadidura necesaria.[172]

3. *Función correctiva*.- En virtud de esta función el Derecho internacional prevalece en ocasiones en las que el Derecho nacional colisiona con aquél, corrigiendo así posibles taras del Derecho interno respecto de lo que se suele llamar «estándar internacional».

Lo que busca esta función es preservar las normas de Derecho internacional inmutables, aquéllas que permanecen incólumes en el tiempo y que existen independientemente de cualquier decisión sobre Derecho aplicable, trascendiendo la libre voluntad de las partes, y constituyéndose en lo que muchos publicistas llaman «Verdadero Orden Internacional» o «verdadero orden público internacional».[173] Aquello es corroborado por la Unctad,[174] al aseverar que:

> The mandatory rules of international law which provide an international minimum standard of protection for aliens exist independently of any choice of law. Their obligatory nature is not open to the disposition of the parties.

De alguna manera, también es convalidado por lo expresado por el Comité *ad-hoc* del caso *Hoteles Wena vs. Egipto*:[175]

---

[172] *AGIP S.p.A. vs. República Popular del Congo*. Caso Ciadi n.º ARB/77/1: «The Word "supplemented" signifies at the very least that recourse to principles of International law can be made either to fill a lacunae in domestic law or to make any necessary additions to it».

[173] En virtud de ello, se puede concluir que un Estado no puede interpretar el Derecho internacional en función de sus normas, sino en función de la Comunidad Internacional.

[174] Unctad. *Op. cit*. *Module 2.6*, p. 10.

[175] *Wena Hotels Limited vs. República Árabe de Egipto*. Caso Ciadi n.º ARB/98/4. Laudo sobre anulación del 5 de febrero de 2002.

> In particular, the rules of international law that directly or indirectly relate to the State's consent prevail over domestic rules that might be incompatible with them.

Creemos que esta función o criterio respecto del rol del Derecho internacional, es la que mayor importancia ha tomado en el ámbito del Ciadi, estableciéndose para evitar los argumentos de los Estados demandados que pretenden justificar actos violatorios en el cumplimiento de sus legislaciones o disposiciones internas. En ese sentido, este criterio respecto de la función del Derecho internacional encuentra su justificación en el Convenio Ciadi a través del mencionado artículo 69, que insta a los Estados parte del Convenio a que tomen las medidas para que dicho instrumento entre en vigor en sus territorios; y, por lo tanto, sus disposiciones estén acordes con el Derecho internacional.

En la misma línea de lo expresado en el párrafo precedente, dicha disposición del Convenio Ciadi está emparentada con el sendero que sigue la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que establece que «una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».[176] Asimismo, un acto del Estado como el anteriormente descrito, significaría la contravención del principio de buena fe, reconocido por el Derecho internacional.[177]

Es preciso mencionar algo de extrema importancia: la práctica arbitral en el Ciadi también ha establecido que el Derecho internacional tiene lugar aun cuando las partes no lo hayan invocado.[178] Así, el tribu-

---

[176] Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

[177] Silva Romero, Eduardo. «La distinción entre Estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, 2004, n.° 1, p. 158.

[178] Schreuer, Christoph. The Icsid Convention: A commentary. *Op. cit.*, par. 63, p. 586.

nal del caso *Southern Pacific Properties (Middle East) vs. República Árabe de Egipto*[179] concluyó lo siguiente:

> Even accepting the Respondent's view that the Parties have implicitly agreed to apply Egyptian law, such an agreement cannot entirely exclude the direct applicability of international law in certain situations. The law of the ARE [Arabian Republic of Egypt], like all municipal legal systems, is not complete or exhaustive, and where a lacunae occurs it cannot be said that there is agreement [...] In such case, it must be said that there is «absence of agreement» and, consequently, the second sentence of article 42(1) would come into play.
>
> [...]
>
> When [...] law contains a lacunae, or international law is violated by the exclusive application of [the State's] law, the Tribunal is bound in accordance with article 42 of the Washington Convention to apply directly the relevant principles and rules of international law. (El subrayado es nuestro).

En efecto, el tribunal establece que ante una laguna en la legislación local o la violación del Derecho internacional por parte de ésta, se aplica aquél (función supletoria y función correctiva, respectivamente).

Asimismo, dicho tribunal arbitral estableció que cuando se escoge expresamente la legislación nacional como Derecho aplicable y, al analizar el caso, nos encontramos con una laguna, existe (respecto de tal extremo) una ausencia de acuerdo, por lo que se aplica el artículo 42(1).[180]

---

[179] *South Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Egipto*. Caso n.º ARB/84/3. Laudo del 20 de mayo de 1992.

[180] Esta posición es perfectamente concordante con el antes mencionado Caso *AGIP S.p.A. vs. República Popular del Congo*. Laudo del 30 de noviembre de 1979 (Caso n.° ARB/77/1).

En tal sentido, consideramos que llegar al extremo de aplicar sólo la legislación local o sólo el Derecho internacional no es la mejor opción, al punto de que podría ser contrario al objeto del Convenio Ciadi, de estimular la inversión a través de la creación de un clima de inversión favorable. Más aún: algunos tribunales arbitrales —como ya lo señalamos— han llegado a la conclusión de que cada caso concreto se debe contrastar con la legislación nacional y luego con el Derecho internacional.

Para hallar el acuerdo de las partes respecto de la elección del Derecho aplicable, los tribunales arbitrales Ciadi suelen revisar los documentos vinculantes para las partes o la misma conducta de ellas que, de manera implícita, podrían elegir el Derecho aplicable.

En cuanto a lo primero, las partes podrían explícitamente, mediante un acuerdo directo (suscrito antes o después del inicio del arbitraje), escoger el Derecho aplicable a través de:

i) Un instrumento en particular;
ii) Un tratado (por ejemplo, un TBI), o
iii) La legislación del Estado receptor.

Un caso particular de acuerdo directo de las partes para la designación del Derecho aplicable y que merece nuestra atención, es cuando las partes convienen las llamadas *cláusulas de estabilización*. En tal contexto, si nos ubicamos en el escenario de una inversión, debemos tomar en cuenta que ésta pasa por distintas etapas en el país anfitrión. Una vez asentada en el lugar y habiendo iniciado actividades, después de un lapso, podría llegar el momento en el que surja una controversia entre el inversor y el Estado receptor. No es extraño pensar —sobre todo en países en vías de desarrollo— que en tal período de tiempo la ley o leyes que se pudieran haber pactado en un inicio como Derecho aplicable, cambien severamente, trayendo consecuencias funestas para el inversor, tales como la resolución del contrato, un marco bajo el cual al inver-

sor le sea imposible continuar con sus actividades o acaso una posible expropiación. Asimismo, podrían presentarse otros cambios menos funestos, pero aún con considerable impacto en las relaciones con el inversor, tales como un incremento exorbitante de los tributos, estándares ambientales o salarios mínimos.[181]

En tal contexto, algunos Estados optaron por la negociación de *cláusulas de estabilización*, lo que implica que por decisión de dicho Estado, se protege al inversor de sucesivos y drásticos cambios en su legislación. De un lado, podría «congelarse» parte del marco jurídico vigente al momento de la suscripción del respectivo convenio de estabilidad jurídica; por ejemplo, en el ámbito del Impuesto a la Renta. De otro lado, también existe la posibilidad de que quepa el cambio del referido marco jurídico, sin mermar los legítimos intereses del inversionista. Es decir, el Estado puede legislar como una de sus facultades soberanas, claro está, pero se compromete a no aplicar ninguna medida que frustre las operaciones del inversor o, en todo caso, si eso llegara a ocurrir, a compensarlo. Esta prerrogativa no se aplica al inversor extranjero en general, sino para determinadas áreas, según el Estado lo considere conveniente.

En cuanto al análisis del Derecho aplicable a través de los actos de las partes, éstas podrían válidamente configurar una implícita elección del Derecho aplicable a través de sus actos, pero para ello debe haber una razonable certeza al respecto, a través de los términos del contrato entre las partes o las circunstancias del caso (la continua referencia a determinado dispositivo legal en los escritos o audiencias orales, por ejemplo).

Es preciso señalar que el mero hecho de que el consentimiento de un Estado emane de su legislación y que el inversor haya aceptado tal oferta, iniciando procedimientos ante el Ciadi, no implica haber escogido el Derecho nacional de dicho estado como Derecho aplicable.

---

[181] Sin duda alguna ello ha despertado polémica en vista de lo que algunos ven como una exagerada restricción del poder de dictar medidas por parte de los Estados.

Una vez más, creemos que es muy importante que los Estados tomen conciencia de los compromisos que asumen ante los inversionistas y ante la comunidad internacional en general, sobre todo con este tipo de cláusulas, que lo que hacen es congelar[182] la ley al tiempo de la celebración del contrato.

Lo cierto es que el tribunal arbitral deberá verificar si las partes han escogido un sistema de Derecho, normas individuales o principios del Derecho. Si las partes no hubieren acordado el Derecho aplicable, el Tribunal recurrirá a la disposición de aplicar el Derecho nacional y el Derecho internacional. Este método es designado para evitar cualquier falta o vacío legal.

3.2. Prohibición non liquet

De otro lado, el artículo 42(2) establece lo que en doctrina se conoce como «prohibición *non liquet*». Así, el Convenio Ciadi establece:

> El tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

Esta disposición tiene como objetivo el amparo legal (traducido en un laudo justo, completo y eficaz) de toda situación sometida ante un tribunal arbitral, aun cuando en el Derecho aplicable se encuentren lagunas o cuando las disposiciones que conforman dicha elección no sean totalmente claras.[183]

---

[182] Unctad. *Op. cit.*, *Module 2.6*. Ginebra: United Nations, 2003, p. 15: «In other words, from the investor's perspective, the law becomes frozen at the time of the contract».

[183] La prohibición *non liquet* no tendría razón de ser si el mismo Convenio no le diera a los árbitros mecanismos para llenar aquellos vacíos u oscuridades a los que hace referencia el artículo 42(2). En tal sentido, las funciones atribuidas al Derecho internacional y su relación con el Derecho interno dan cuenta de dichas herramientas.

La prohibición *non liquet* evita que un tribunal arbitral decida no emitir laudo o lo emita parcialmente sobre la base de posibles lagunas en el Derecho aplicable o su posible poca claridad. Por ello, en la misma línea, en las disposiciones respecto del Laudo, el Convenio establece que éste contendrá «declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes».[184]

Creemos que esta decisión está emparentada o complementada por la disposición contenida en el artículo 44 del Convenio:

> […] Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección [3, Facultades y funciones del Tribunal], en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.

En efecto, tal como la prohibición *non liquet* obliga siempre al tribunal arbitral a emitir Laudo siempre, aun cuando el Derecho aplicable presente lagunas u oscuridades, también se ofrece a éste una herramienta o licencia para hacerlo, a través de la disposición antes citada. Asimismo, encontramos lo expresado en la Regla 19, prevista en las Reglas de Arbitraje del Ciadi, que dota al tribunal de facultad para dictar las «resoluciones necesarias para la sustanciación[185] del proceso».

Como se sabe, para llenar lagunas o aclarar oscuridades en el Derecho aplicable, los árbitros podrán emplear analogías, principios generales del Derecho, decisiones judiciales (de tribunales internacionales o del mismo Ciadi) doctrina o códigos de conducta, según lo amerite.

---

[184] Artículo 48(3) del Convenio Ciadi.

[185] Algunos podrían afirmar que tal disposición no sería de aplicación para la emisión del laudo, sino para las etapas previas a éste. Sin embargo, el vocablo «sustanciación», que utiliza el texto oficial en español del Convenio Ciadi, es un término jurídico previsto como tal en el DRAE. Así se dice, en la segunda acepción de dicho vocablo, lo siguiente: «Conducir un asunto o juicio por la vía procesal adecuada hasta ponerlo en estado de sentencia». Lo cual, por supuesto, incluye el acto de emitir sentencia, es decir, de emitir el laudo.

Por último, cabe señalar que esta disposición es distinta de la que ampara la facultad de un tribunal arbitral de decidir sobre la base de la equidad, en tanto la primera constituye una obligación del tribunal, mientras que lo segundo queda al libre albedrío de las partes, requiriendo acuerdo expreso al respecto.

3.3. Decisión «ex aequo et bono»

El artículo 43(3) del Convenio Ciadi establece que, previo acuerdo de las partes, el Tribunal correspondiente no está impedido de decidir la controversia *ex aequo et bono* o lo que en doctrina nacional conocemos como una decisión proveniente de un «arbitraje de conciencia»[186] o de equidad.

Mediante esta disposición, un Tribunal autorizado por las partes, podrá emitir un laudo sobre la base de «consideraciones extralegales» que impliquen equidad. En nuestra legislación,[187] este concepto se emparienta con los conocimientos y leal saber y entender de los árbitros.

Se dice que la decisión sobre la base de la equidad en vez de Derecho provee una solución justa que toma en cuenta el cambio de circunstancias[188]. Por ello, en virtud de la libre autonomía de la voluntad de las partes, éstas podrían acordar una variación en lo expresado en el artículo 42(1) del Convenio Ciadi a favor de una Decisión *ex aequo et bono* o acaso facultar al tribunal arbitral para ello para determinadas partes o elementos de la controversia. En efecto, todo depende de la decisión y expreso consentimiento de las partes, pues, de no ser así, el laudo emitido podría ser pasible de un recurso de anulación por extralimitación de las facultades del tribunal arbitral.

---

[186] Numeral 3 del artículo 57 del Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje.
[187] Lo cual proviene del artículo 3 de la derogada Ley n.º 26572, Ley de Arbitraje.
[188] UNCTAD. *Op. cit.*, *Module 2.6*. Ginebra: United Nations, 2003, p. 29.

Cabe mencionar que la Decisión *ex aequo et bono* no impide al tribunal la aplicación de normas legales, sino más bien provee al colegiado la facultad de aplicar discreción respecto de cómo decide la controversia, pudiendo prescindir de normas legales, usando principios del Derecho, si lo considera conveniente o no. No obstante, tal discreción no es ilimitada. Un tribunal no puede actuar arbitrariamente. Su decisión debe emitirse sobre la base de un objetivo y consideraciones racionales que deben estar motivadas.[189]

4. El laudo y los recursos en su contra

4.1. Del laudo

Las disposiciones en materia de laudos Ciadi se encuentran en la Sección 4 del Capítulo iv del Convenio. En sí, el Convenio Ciadi no provee ninguna definición de qué se entiende por laudo. No obstante, podemos definir el laudo o sentencia arbitral[190] como la resolución emitida por un tribunal arbitral competente para discutir y resolver las cuestiones sometidas a su jurisdicción. Como hemos manifestado, la decisión de un tribunal puede darse apenas iniciado el arbitraje (mediante un laudo parcial «sobre jurisdicción») o al final de éste (mediante el laudo final, conjuntamente con el fondo de la cuestión).[191] Asimismo, es preciso mencionar que puede resolverse sobre todo o parte de la controversia, según lo dispuesto por las partes o según sea el caso;[192] pudiendo incluso emitirse un laudo que incluya un acuerdo parcial alcanzado por las

---

189 Unctad. *Op. cit.*, *Module 2.6*. Ginebra: United Nations, 2003, p. 30.

190 No es ocioso reiterar que decir «laudo arbitral» es incorrecto por constituir un pleonasmo. Lo correcto es decir laudo o sentencia arbitral.

191 Ver: artículo 41(2) del Convenio Ciadi.

192 Por ejemplo, que de diez elementos que comprende la controversia sometida al Ciadi, el tribunal declare que sólo siete de ellos sean de su competencia, por estar cubiertos por tal instrumento internacional y por los alcances del convenio arbitral suscrito por las partes.

partes sobre algunos puntos de la controversia[193] o que incluya algunos puntos de la controversia resueltos en una conciliación previa.[194]

En general, los laudos Ciadi no difieren sustancialmente de los emitidos en el marco de otras normas de arbitraje internacional. Así, éstos han de ser escritos, tomarse por mayoría de votos,[195] resolver todas las cuestiones sometidas al tribunal arbitral y estar debidamente fundamentados.

Adicionalmente, son dos los aspectos insoslayables que en un laudo Ciadi han de estar presentes:

1. *Agotamiento*.- Es decir, el laudo deberá resolver todas las cuestiones sometidas ante el tribunal.

2. *Fundamento*.- Es decir, el laudo deberá estar debidamente fundamentado, provisto de las razones por las cuales el tribunal arbitral estima tal o cual criterio como decisión.

Ambos aspectos que deberá abordar un laudo Ciadi se encuentran justificados en lo establecido por el Convenio en su artículo 48(3) y en la regla 47(1)(i) de las Reglas de Arbitraje Ciadi. Cabe señalar que la no previsión de tales aspectos aproximaría al laudo a una eventual anulación.

Otro tema vinculado a la figura de los laudos (y sobre todo en el marco del Ciadi), es si éstos constituyen precedentes de observancia

---

[193] Tal como sucedió en el caso *Fedax N.V. vs. Venezuela*. Caso Ciadi n.º ARB/96/3. Laudo del 9 de marzo de 1998.

[194] *Joseph Charles Lemire vs. Ucrania*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/98/1. Laudo del 18 de septiembre de 2000.

[195] La abstención cuenta como voto en contra.

obligatoria para los futuros tribunales arbitrales que se constituyan en su seno.[196] Al respecto, la Unctad[197] señala lo siguiente:

> […] Icsid tribunals and *Ad-Hoc* Committees have repeatedly referred to and relied on previous decisions. But they have also pointed out that they were not bound by these decisions.[198]

En efecto, pese a la notoria práctica de mencionar criterios vertidos en laudos precedentes, no se puede llegar a sostener que los tribunales arbitrales deben seguir obligatoriamente los pronunciamientos que sus pares hayan emitido en anteriores casos. Así como se ha recurrido a pronunciamientos pasados, también se ha procurado señalar que tales decisiones no obligan a futuros tribunales arbitrales a observarlas, siendo éstos los que decidan al respecto.[199]

4.2. De los recursos contra el laudo

El Convenio Ciadi señala taxativamente los recursos que se pueden accionar contra un laudo emitido en el Centro. No sólo ello; en su artículo 53 también deja establecido lo siguiente:

---

[196] En efecto, algunos artículos se han preocupado por abordar temas tales como si corresponde o no hablar de una «jurisprudencia» a nivel del Ciadi (Ver: Silva Romero, Eduardo. «La distinción entre Estado y Administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 1, pp. 156 y 157); o de si hay una doctrina de precedentes en el arbitraje de inversión (Ver: Schreuer, Christoph and Matthew Weiniger. «Conversations across cases. Is there a doctrine of precedent in Investment Arbitration?». En MacLachlan, Shore and Weiniger. Investment Treaty Law. London: Oxford University Press, 2007, p. 18).

[197] Unctad. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.9 Binding Force and Enforcement*. Ginebra: United Nations, 2003, p. 7.

[198] Las notas a pie de página de origen han sido suprimidas.

[199] Véase: *Amco vs. Indonesia*. Laudo sobre jurisdicción del 25 de septiembre de 1983. *Amco vs. Indonesia*. Decisión sobre anulación de laudo del 16 de mayo de 1986. *Letco vs. Liberia*. Laudo del 31 de marzo de 1986.

> El laudo [...] no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto los casos previstos en este Convenio.

En efecto, la característica del Convenio Ciadi de ser autocontenido, a la que nos hemos referido con anterioridad[200] se hace patente con el artículo 53 de dicho instrumento internacional, el cual claramente establece que no existen más recursos que los que éste señala.

A su vez, esta disposición lleva implícita la prohibición de que un laudo Ciadi sea revisado en otro foro que no sea el suyo.[201] Ni otros tribunales arbitrales ni cortes locales podrán revisar las decisiones revestidas con el manto protector del Convenio.[202]

En tal sentido, el Convenio, según la Sección 5 del Capítulo iv, provee a las partes, en principio, de tres recursos contra el laudo: aclaración, revisión y anulación. No obstante, dentro de la Sección 4, en el artículo 49(2), encontramos otras dos acciones, que también incluiremos en la nomenclatura «recursos»: la integración y la rectificación.

---

200 *Supra*: Sección 4 del Sub-Capítulo i, Capítulo i.

201 Según la profesora Álvarez, ello constituye «una de las grandes innovaciones del Ciadi», disposición que «hasta ahora ninguna institución de arbitraje» ha podido igualar. Álvarez Ávila, Gabriela. «Las características del arbitraje del Ciadi». En *Anuario mexicano de Derecho internacional*. México D.F.: Unam, 2002, vol. ii, p. 226.

202 Llama, entonces, poderosamente nuestra atención el caso citado por Kantor y Nolan: «En conexión con los reclamos de CMS Energy en un proceso Ciadi, el Ministerio de Economía y Producción argentino afirmó recientemente que en la opinión de su Gobierno las decisiones de los tribunales Ciadi siguen estando sujetas a la interpretación judicial local, si "contradicen el orden público, son inconstitucionales, ilegales o irracionales o fueron promulgadas en violación de las condiciones [...] impuestas por ambos lados"». Kantor, Mark y Michael Nolan. «El riesgo arbitral de los inversionistas frente a la soberanía». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2005, n.° 3, p. 38.

a. Integración y rectificación

Conocido en inglés como *supplementation*, el recurso de *integración* es aquél por el cual se solicita al tribunal arbitral incorporar o integrar al laudo aquellas cuestiones omitidas involuntariamente por éste al momento de emitir su decisión, pese a que fueron válida y efectivamente sometidas a su jurisdicción y competencia. Este recurso encuentra su base en la disposición del artículo 48(3) del Convenio, que señala que el laudo debe prever todas las cuestiones sometidas al tribunal arbitral.

Es el carácter involuntario de la omisión lo que caracteriza la utilización de este recurso. Una omisión deliberada del tribunal arbitral respecto de un aspecto sometido ante éste, pero no tomado en cuenta en el laudo por discreción del colegiado, daría pie no a un recurso de integración, sino a un recurso de anulación del laudo, por dicha causal, según veremos más adelante.

De otro lado, el recurso de *rectificación* es aquél por el cual se solicita al tribunal arbitral que se corrijan o rectifiquen errores mínimos, tipográficos o de cálculo,[203] o similares en el Laudo.

Cabe mencionar que ninguno de estos dos recursos se utiliza para una revisión de la sustancia o fondo de la decisión del tribunal arbitral. Asimismo, no serán aplicables para las decisiones preliminares al laudo, salvo que éstas sean incorporadas a aquél.

Los llamados a resolver ambos recursos son los miembros del tribunal arbitral que conoció la controversia; de no ser posible ello, otros recursos serán utilizados.

---

[203] Ver artículo 49(2) del Convenio Ciadi; artículo 29 del Reglamento de Arbitraje de la CCI; literal a., numeral 1 del artículo 59 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL).

En nuestra opinión, la razón por la cual ninguno de estos recursos está previsto en la mencionada Sección 5 del Capítulo IV del Convenio, es porque, a diferencia de la aclaración, revisión y anulación, ni la integración ni la rectificación pueden suspender la ejecución del laudo.

Cualquiera de estas dos figuras dependen del requerimiento de las partes. Pueden ser solicitadas dentro de los 45 días de notificado el laudo. Ambos recursos impiden que el plazo de prescripción para los recursos de revisión y de anulación corra hasta que aquéllos sean resueltos.

b. Aclaración

Conocido en inglés como *interpretation*, el recurso de aclaración se emplea cuando existe entre las partes un desacuerdo respecto del significado o alcance del laudo y sus extremos. En tal sentido, el hecho de que exista un desacuerdo entre las partes implica que previamente debió haber una comunicación entre ambas respecto de la aplicación del laudo. Por ello, en el marco del convenio CIADI, no debería llamar la atención si un tribunal arbitral rechaza este recurso si es que previamente las partes no establecieron contacto.

El recurso de aclaración debe ser específico, es decir, señalar los puntos del laudo sobre los cuales las partes difieren. Los pedidos generales no serán aceptados. Adicionalmente, el pedido ha de versar sobre un tema práctico y no de mera y teórica relevancia.

Este recurso no presenta límite de tiempo. En tal sentido, la petición puede ser sometida, cuantas oportunidades se requiera, al tribunal original que conoció la controversia.

La aclaración opera sólo a pedido de parte.

c. Revisión

Conocido en inglés como *revision*, el recurso de revisión es aquél destinado a alterar el laudo original debido al descubrimiento de nuevos y decisivos hechos, los cuales eran desconocidos al momento en que el laudo fue emitido.

Al presentar este recurso, la parte interesada deberá especificar dos cosas:

i) Cuál es el nuevo hecho; y,

ii) Cómo es que ese nuevo hecho es decisivo para afectar el laudo.

En tal sentido, la carga de la prueba que recae sobre el interesado no sólo se refiere al nuevo y decisivo hecho, sino a demostrar que lo ignoraba al momento en que el laudo fue emitido y que dicho desconocimiento no fue producto de su negligencia. De lo contrario, el recurso sería declarado infundado.

Es preciso mencionar que dicho nuevo y decisivo elemento ha de ser una cuestión de hecho y no de derecho.[204]

El criterio para considerar un nuevo hecho «decisivo» está dirigido a la capacidad de éste de cambiar el curso del arbitraje y la decisión emitida, en el sentido de que el hecho podría guiar al tribunal a una decisión distinta de la que tomó si es que hubiera sido conocido con anterioridad. Por ejemplo, un acto legal o ilegal de cualquiera de las partes.

---

[204] Unctad. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.8 Post-Award Remedies and Procedures*. Ginebra: United Nations, 2003, p. 11: «The new element must be one of fact and not of law».

Este recurso ha de ser conocido por el mismo tribunal que emitió el laudo y, de no ser posible, por otro nuevo; ello, a pedido de una de las partes.

Este recurso permite la suspensión de la ejecución del laudo, a pedido de la parte interesada, siendo que el tribunal arbitral que conozca del recurso puede confirmar o revocar tal pedido.

Este recurso, presenta dos límites de tiempo para su interposición. Así, el Convenio Ciadi requiere que sea presentado dentro de los noventa días de descubierto el nuevo hecho, teniendo como límite para ello los tres años desde que el laudo fue notificado a las partes.

d. Anulación

Como hemos manifestado, el Convenio Ciadi deja establecido que no existen más recursos que los que éste señala. Ello incluye, por supuesto, que sus laudos no pueden ser revisados por otro foro que no sea el suyo.

La *annulment* o recurso de anulación del laudo es un mecanismo relacionado íntimamente con la legitimidad del procedimiento de emisión de un laudo en el marco del Ciadi y no con una corrección sustantiva o de fondo. Una vez que ésta es declarada fundada, la disputa es remitida a un nuevo tribunal para que emita un nuevo laudo.

El Convenio ha otorgado amplia libertad para las partes en este aspecto. En tal sentido, este tipo de recurso puede estar sujeto a dispensa o renuncia si es que las partes así lo acordaran. Ello puede hacerse:

i) No solicitando la anulación durante el tiempo límite para hacerlo; o,

ii) Estableciéndolo expresamente.

De igual manera, podría darse el caso de una renuncia tácita, cuando, durante el arbitraje, no se objeta un defecto del laudo pasible de anulación, pese a estar consciente de su existencia. En este último caso y el primero, la parte afectada no podría solicitar la anulación del laudo con posterioridad.

El recurso de anulación puede recaer sobre todo el laudo o sobre parte de éste, incluso si la solicitud fue dirigida a la anulación de toda la decisión. No obstante, producto de la libertad a la que hemos aludido en el párrafo precedente, no se puede anular partes del laudo que no han sido solicitadas, salvo que éstas se encuentren estrechamente relacionadas con la parte que sí fue requerida y, por tanto, la anulación de la primera implique la de las otras. Adicionalmente, esta facultad de discreción de los árbitros para la anulación del laudo tiene otro límite: no deberá prosperar dicho procedimiento en aquellos casos en los cuales no haya una suerte de «injusticia procesal», es decir, una omisión relevante de procedimiento.

Asimismo, con la mencionada libertad otorgada a las partes por el Convenio Ciadi, se entiende también que la anulación del laudo no puede darse *ex oficio*, sino que solamente la invocará la parte interesada.

El recurso de anulación está abierto sólo a los laudos, entendidos éstos como decisiones que ponen fin al arbitraje (incluyendo los laudos sobre jurisdicción). Por lo tanto, no está abierta la posibilidad de anular decisiones sobre aclaración o revisión del laudo; mas sí las decisiones sobre integración y rectificación del laudo, en tanto éstas se integran a tal sentencia arbitral.[205]

El recurso de anulación sólo procede sobre la base de las cinco causales especificadas taxativamente en el Convenio Ciadi y que son las siguientes:

---

[205] Unctad. *Op. cit.*, *Module 2.8*, p. 14.

i) Constitución impropia del tribunal arbitral.- Esta causal podría darse, teóricamente, cuando afecta las reglas sobre nacionalidad de los árbitros o sobre sus calificaciones; también sobre un conflicto de intereses entre éstos y las partes.

En la práctica, esta causal nunca ha sido empleada.[206]

ii) Manifiesto exceso de poderes.- Esta causal tiene como punto de partida y como límite, aquello acordado por las partes. El manifiesto exceso de poderes no es necesariamente un indicador de su gravedad; sólo significa que ha de ser un exceso obvio, lo que implica que puede ser reconocido fácilmente.

El manifiesto exceso de poderes puede manifestarse, por ejemplo, en los siguientes casos:

- *Falta de jurisdicción.*- Ello ocurre cuando el tribunal actúa sin observar el artículo 25 del Convenio. Si alguno de los requerimientos allí establecidos no se cumpliera, nos encontraríamos frente a un caso de manifiesto exceso de poderes por falta de jurisdicción. Por ejemplo: si no se trata de una disputa legal, si la disputa no proviene directamente de una inversión, si una de las partes no cumple con los requisitos *ratione personae* o si la disputa no está cubierta por el consentimiento al arbitraje de inversión.

- *Omisión del ejercicio de jurisdicción.*- Ello ocurre cuando, por medio de un laudo sobre jurisdicción, el tribunal arbitral declina de conocer el fondo de la controversia, pese a que, en los hechos, existe.

- *Omisión en la aplicación del Derecho aplicable.*- Las disposiciones que rigen el Derecho aplicable constituyen elementos esenciales del convenio arbitral de las partes y elemento del marco

[206] UNCTAD. *Op. cit.*, *Module 2.8*, p. 17.

> para la actividad del tribunal arbitral. La violación de ambos elementos implicaría un exceso de poderes.[207]

Es oportuno precisar que la "omisión en la aplicación del Derecho aplicable" no es lo mismo que el "error en la aplicación del Derecho aplicable". Lo primero significaría que el tribunal no aplique lo que las partes acordaron al respecto (lo que sí sería causal válida para anulación del laudo). Lo segundo constituiría un error, mala aplicación o mala interpretación de aquello que las partes acordaron (lo que no sería una causal de anulación válida). Así, el Comité *Ad-Hoc* en el caso *AMCO vs. Indonesia*,[208] sostuvo lo siguiente:

> 23. The law applied by the tribunal will be examined by the *Ad-Hoc* Committee, not for the purpose of scrutinizing whether the Tribunal committed errors in the interpretation of the requirements of applicable law or in the ascertainment or evaluation of the relevant facts to which such law has been applied [...] Failure to apply such law, as distinguished from mere misconstruction of that law, would constitute a manifest excess of powers on the part of the tribunal and a ground for nullity […]. (El subrayado es nuestro).

Al respecto, podemos añadir que ha habido decisiones de los comités *ad-hoc*, estrictas y flexibles sobre los estándares de aplicación del Derecho aplicable, siendo la tendencia imperante la flexible.

- Decisión *ex aequo et bono* sin autorización.– La facultad del tribunal arbitral para decidir *ex aequo et bono* es reconocida por el Convenio Ciadi, pero para que ésta se haga efectiva, ha de ser el acuerdo expreso de las partes el que lo autorice. Lo contrario, implicaría un manifiesto exceso de poder por parte del colegiado.

---

[207] Unctad. *Op. cit.*, *Module 2.8*, p. 18.

[208] *AMCO vs. Indonesia*. Laudo sobre jurisdicción del 16 de mayo de 1986. *Icsid Reports*.

iii) Corrupción de un árbitro.- Se entiende como «corrupción» la conducta impropia inducida por la ganancia personal.[209] Por ejemplo: la aceptación de pagos indebidos, ganancia personal en función del resultado del arbitraje (conflicto de intereses), aceptar favores para beneficio de terceros, etc.

Uno de los interrogantes que gira en torno a esta causal es saber en qué momento se configura el acto de corrupción: ¿cuando se denuncia el hecho con indicios razonables al respecto, cuando existe flagrancia o cuando el delito es confirmado por una sentencia judicial?

No obstante constituir un tema que debiera ser analizado caso por caso, consideramos que, dentro de la técnica «legislativa» que el Convenio Ciadi ha empleado, se han considerado estándares altos, reflejados en el vocablo «manifiestamente» —el cual contiene muchas de sus disposiciones—, razón por la cual consideramos que tendría que presentarse flagrancia en el eventual acto de corrupción de un árbitro para que se configure la causal de anulación del laudo.

Expresado lo anterior, otro interrogante que surge en torno a esta causal es si se debe anular un laudo ante el acto de corrupción de un solo árbitro. En nuestra opinión, es evidente que sí procederá esta causal de anulación si es que la decisión que tomó tal árbitro fue determinante para el resultado final del laudo, ya sea porque con su voto se configuró la mayoría necesaria o porque con éste dirimió la controversia.

Esta causal tiene un tiempo límite especial para accionar, dividido en dos momentos: i) Dentro de los ciento veinte días de conocido el acto y, ii) en un tope de tres años desde que el laudo fue emitido.

---

[209] UNCTAD. *Op. ct.*, *Module 2.8*, p. 21. No obstante, creemos que la corrupción también se presenta cuando se busca favorecer a un tercero.

Es preciso mencionar que esta causal no ha sido invocada hasta ahora.[210]

iv) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.- Debemos entender como «grave» el quebrantamiento que es sustancial y que tiene un efecto material o patente para la parte afectada.

Al respecto, nos llama la atención que el texto oficial del Convenio en español no contemple la palabra «fundamental». En efecto, en el texto oficial en inglés, el Convenio se refiere a esta causal como un quebrantamiento serio (o grave) de una «*fundamental rule of procedure*» o «regla fundamental de procedimiento». Esta observación no es ociosa, en tanto diversos tribunales arbitrales han señalado que no cualquier quebrantamiento de regla de procedimiento constituye causal de anulación del laudo, sino que ésta (además de grave) ha de ser fundamental. En tal sentido, entendemos como «fundamental» algo que no puede ser omitido por su carácter crucial, algo que es insoslayable. En el marco del Ciadi —como lo han manifestado algunos comités *ad-hoc*— no toda regla de procedimiento en el Convenio o en las Reglas de Arbitraje es fundamental.[211] Sí lo será, por ejemplo, si a ambas partes se les niega la oportunidad de ser oídas o si no se cumplen con los requisitos de emisión del laudo.

Respecto del derecho de las partes a ser oídas, es importante precisar que no todo punto razonado por el tribunal arbitral en el laudo tiene que haber sido discutido por las partes. El tribunal arbitral debe tener discreción y libertad para fundamentar sus decisiones, emitir un propio criterio —claro está— respetando los procedi-

---

[210] *Idem*.

[211] Unctad. *Op. cit.*, *Module 2.8*, p. 22: «Not every procedural rule in the Convention or in the Arbitration Rules is fundamental».

mientos. En esta línea, el Comité *ad-hoc* para el caso *Klöckner vs. Camerún*[212] sostuvo lo siguiente:

> […] arbitrators must be free to rely on arguments which strike them as the best ones, even if those arguments were not developed by the parties.

Asimismo, es necesario precisar que una parte que no objetó una irregularidad procesal cuando tuvo la oportunidad de hacerlo, no podrá invocar tal irregularidad luego como causal de anulación del laudo.

v) Falta de motivación del laudo.- Es un principio aceptado que todo tribunal arbitral en el marco del Ciadi (como en todo foro que se precie de justo) debe establecer las razones en las que funda su laudo. Este principio es recogido por la disposición contenida en el artículo 48(3) del Convenio.[213]

Un laudo adolecerá de las razones que lo fundamentan si es que en él no existe un razonamiento lógico y ordenado respecto del camino que se tomó para llegar a sus conclusiones.

Éste fue el criterio adoptado por el Comité *ad-hoc* para el caso *MINE vs. Guinea*,[214] el cual expresó lo siguiente:

> 5.09 In the Committee's view, the requirement to state reasons is satisfied as long as the award enables one to follow how the tribunal proceeded from Point A to Point B and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact or of law.

---

[212] *Klöckner vs. Camerún*. Caso Ciadi n.º ARB/81/2. Decisión sobre anulación del laudo del 3 de mayo de 1985.

[213] «El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado».

[214] *Maritime International Nominees Establishment vs. República de Guinea*. Caso Ciadi n.º ARB/84/4. Decisión del Comité *Ad-Hoc* del 22 de diciembre de 1989.

> This minimum requirement is in particular not satisfied by either contradictory or frivolous reasons. (El subrayado es nuestro).

En efecto, el Comité *ad-hoc* estableció un estándar mínimo para considerar una decisión debidamente fundamentada. A ello se suma la necesidad de que tales razones sean suficientemente relevantes y que, digamos, resulten congruentes con la decisión finalmente alcanzada.

Asimismo, el referido Comité señaló que no puede haber laudo debidamente fundamentado si es que estamos frente a una decisión contradictoria. Entendemos como tal a la decisión que omite fundamentar su decisión en tanto que existen dos «genuinas» razones contradictorias que terminan eliminándose una a otra.[215]

Cabe mencionar que algunos comités, sobre la base de lo previsto en el artículo 48(3) antes aludido, han sostenido que el laudo que omite contener declaración sobre todas las pretensiones de las partes (tal como lo establece dicho artículo) también daría motivo a activar esta causal de anulación del laudo.[216]

5. Reconocimiento y ejecución del laudo

El marco que inviste las figuras del reconocimiento y la ejecución en el ámbito del Ciadi está constituido por la Sección 6 del Capítulo iv

---

[215] *Klöckner vs. Camerún*. Decisión sobre anulación del laudo del 3 de mayo de 1985. Icsid Reports: «…two genuinely contradictory reasons cancel each other out».

[216] En tal sentido, se debe tener en cuenta que el recurso de integración del laudo está destinado a cubrir omisiones de carácter técnico o mínimas. Un laudo que adolece de declaración sobre todas las pretensiones de las partes tendrá que ser atendido por la «falta de motivación del laudo», como causal de nulidad. Será más evidente cuando un tribunal arbitral omita conscientemente pronunciarse sobre un tema sometido ante éste.

del Convenio. Así, el artículo 53(1) reconoce la obligatoriedad de los laudos emitidos en el seno del Ciadi, especificando también que éstos no podrán ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso ajeno a los que el mismo Convenio prevé. Los laudos han de ser cumplidos en todos sus extremos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, en congruencia con las disposiciones que el Convenio establece para tales fines.[217] El deber de reconocimiento y ejecución, naturalmente, también se suspende mientras dicha medida esté vigente.

La aludida prohibición de accionar recurso no previsto en el Convenio contra un laudo Ciadi, se refiere tanto a acciones en fueros arbitrales como en cortes domésticas o nacionales, debiendo los Estados Parte del Convenio, mediante sus tribunales, reconocer y ejecutar dichos laudos con la misma eficacia de la que gozan las sentencias firmes en sus territorios. Esta obligación de cumplimiento y consiguiente prohibición de revisión del laudo involucra, incluso, a la reconocida Corte Internacional de Justicia (CIJ), en cuyo caso las partes son dos Estados, teniendo que acatarlo, configurándose así lo que hemos llamado como «la santidad del laudo Ciadi».

Es particular característica del Ciadi —y a su vez, una ventaja competitiva, como ya lo hemos sostenido— el hecho de que posea su propio sistema de recursos contra sus laudos y, sobre todo, que cuente con un mecanismo propio de reconocimiento y ejecución de éstos. Esto, que le da la característica de «autocontenido», sumado a la independencia de cualquier corte nacional, nos permite concluir que el lugar donde se lleve a cabo un arbitraje de inversión bajo los auspicios del Centro no es relevante para su validez, en tanto las partes de la controversia no pueden accionar contra el laudo otros recursos que no sean los previstos en el Convenio. Tampoco es relevante para su reconocimiento y ejecución,

---

[217] Como hemos manifestado en la Sección 4 del Sub-Capítulo II de este trabajo, la suspensión se otorga, a pedido de parte, en caso se interponga un recurso de aclaración, revisión o anulación del laudo. No se la otorga en caso de integración o rectificación.

pues el Convenio uniformiza tal procedimiento para todos los Estados parte del mismo, haciendo tal obligación insoslayable. Otros instrumentos no cubren la ejecución del laudo, sino que dejan este tema a las leyes nacionales o tratados[218] exigibles al Estado en donde se planea hacer valer la decisión, los cuales, típicamente, proveen de mecanismos de revisión de laudos en la etapa de ejecución.

Una opinión congruente con lo expresado en el párrafo anterior es la esgrimida por la Unctad,[219] para la cual:

> Recognition and enforcement of an award may be sought in any State party to the Convention not just to the State party to the arbitration proceedings and the State of nationality of the investor who was a party to the proceedings.

Debemos señalar que la decisión de la parte interesada de pedir el reconocimiento y posterior ejecución del laudo en determinado lugar, depende exclusivamente de ella, pudiendo hacerlo en cualquier territorio de un Estado parte del Convenio, teniendo en cuenta criterios como la disponibilidad de activos de la parte contraria en el arbitraje de inversión en tal territorio.

La Unctad[220] añade, además, las posibles consecuencias que podría conllevar la inobservancia de tales obligaciones provenientes del Convenio Ciadi:

---

[218] Por ejemplo: la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 o la Convención de Panamá de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional. Para mayor abundancia, ver: Aljure Salame, Antonio. «Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva York y de Panamá sobre Arbitraje Internacional». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 1, pp. 105-121.

[219] Unctad. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.9 Binding Force and Enforcement*. Ginebra: United Nations, 2003, p. 11.

[220] *Idem*.

> Failure of a State party to the Convention to recognize and enforce an award would be a breach of a treaty obligation and would carry the usual consequences of the State responsibility, including diplomatic protection.

En efecto, el incumplimiento de reconocer y ejecutar un laudo Ciadi no sólo acarrea un *default* de las obligaciones entre las partes del arbitraje (en caso se trate de las cortes del Estado demandado), sino que también acarrea la configuración de un acto de responsabilidad internacional, al erosionar las obligaciones que un Estado adquiere al adoptar un tratado (en caso el Estado demandado y cualquier otro Estado parte del Ciadi no cumpla con reconocer y ejecutar el laudo).

Por último, es necesario incidir en el manto protector que provee el Convenio a los laudos emitidos bajo los auspicios del Centro, especificando procedimientos especiales para el reconocimiento y ejecución de aquéllos. Asimismo, tener en cuenta la «ceñida» actuación de los operadores del Derecho en cada país en donde se pretenda el reconocimiento y ejecución de un laudo Ciadi. Nuevamente, bien explica la Unctad[221] que:

> […] the domestic court's or other authority's task is limited to verifying the authenticity of the Icsid awards. It may not re–examine the Icsid tribunal's jurisdiction. It may no re–examine the award on the merits. Nor may it examine the fairness and propriety of the proceedings before the Icsid tribunal. Not even the ordre public (public policy) of the State where recognition and enforcement of an Icsid award is sought is a valid ground for a refusal to recognize and enforce.

En efecto, las cortes nacionales del lugar donde se pretenda reconocer y ejecutar un laudo Ciadi no pueden entrar a conocer el fondo del asunto, tampoco a señalar vicios procesales en aquél (los cuales, en todo caso, debieron ser cuestionados por la parte interesada en su de-

[221] *Idem*.

bida oportunidad), ni mucho menos negarse a reconocer y ejecutar el laudo sobre la base de una supuesta violación del orden público[222] de tal Estado ni cuestiones procesales propias de su legislación.[223] Las cortes nacionales solamente deben limitarse a seguir el procedimiento de reconocimiento y ejecución indicados en el Convenio Ciadi previsto para los laudos emitidos bajo los auspicios del Centro.[224]

5.1. Del reconocimiento

Cuando en el contexto del Ciadi, hablamos de «reconocimiento del laudo», básicamente nos referimos al procedimiento mediante el cual, oficialmente, se le otorga la condición de *res judicata* a una decisión final (laudo) emitida por un tribunal arbitral del Centro; lo cual implica que las partes están prohibidas de accionar recursos contra el laudo en otros foros (arbitrales o judiciales).

En principio, «el laudo es obligatorio para las partes»,[225] por lo tanto, es a través de su reconocimiento que la parte interesada pide que dicha obligatoriedad (y su consiguiente calidad de *res judicata*) sea reconocida en determinado territorio, con el objeto de la futura ejecución de dicha decisión arbitral.

---

[222] *Supra*: notas 173 y 176.

[223] Como ya hemos señalado, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, señala en su artículo 27 que ningún Estado podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

[224] Tal como lo expresa Schreuer, «se creó un régimen autónomo y simplificado para el reconocimiento y ejecución, que excluyó las demás reglas aplicables de [las leyes procesales locales] y los recursos que ellas establecen». Schreuer, Christoph. The Icsid Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Citado por: Kantor, Mark y Michael Nolan. «El riesgo arbitral de los inversionistas frente a la soberanía». *Op. cit.*, p. 42.

[225] Artículo 53(1) del Convenio Ciadi.

En tal sentido, la profesora Herz[226] señala que el reconocimiento en el marco del Ciadi «produce dos efectos: por un lado, el de cosa juzgada, impidiendo que las partes puedan reentablar el litigio ante otro tribunal; y por el otro, transforma al laudo en título ejecutivo». Asimismo, señala que este particular procedimiento de reconocimiento «se trata de una modalidad que dota de efectos ejecutivos al laudo con la sola comprobación de su regularidad formal».

En otras palabras, el reconocimiento sirve para dar una confirmación oficial de que el laudo es auténtico, lo cual constituye un paso para su posterior ejecución.

Dicho esto, el reconocimiento es incondicional. Ningún Estado puede excusarse de reconocer un laudo Ciadi sobre la base de cuestiones procesales. Tampoco podría pedirse la revisión de éste por supuesta violación del orden público del Estado en donde se pide el reconocimiento;[227] ni siquiera la inmunidad de ejecución podría esgrimirse como barrera para el reconocimiento del laudo. Lo que sí podría ser óbice para ello, sería que se haya pedido la suspensión de dicho reconocimiento y ejecución, de acuerdo con los mecanismos previstos en el propio Convenio Ciadi.

5.2. De la ejecución

En virtud de la estrecha relación que existe entre la ejecución de un laudo y la inmunidad de ejecución de los Estados, es importante que, como cuestión previa, la definamos y hagamos distingo entre esta última y la inmunidad de jurisdicción.

---

[226] HERZ, Mariana. «El arbitraje internacional entre Estados e inversores extranjeros y la subasta de bienes del Estado frente al incumplimiento del laudo». En *Revista de Derecho Procesal*, 2006-1.: Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2006, p. 307.

[227] FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. «Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el Ciadi». Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 332.

En principio, la inmunidad de jurisdicción es aquélla que impide que el Estado sea sometido ante tribunales de otros Estados. Esta posición tiene como punto de partida los principios de soberanía y de igualdad de los Estados, sobre la base de los cuales se afirma que ningún Estado puede ejercer soberanía sobre otro (*par in parem non habet imperium*). Como ya hemos sostenido en párrafos anteriores,[228] este punto de vista fue superado por el Convenio Ciadi, lo que ha permitido que inversionistas y Estados puedan someter válidamente sus controversias a foros arbitrales.

De otro lado, la inmunidad de ejecución es aquélla que impide que los Estados sean compelidos a honrar una deuda a través de la ejecución de sus bienes, como sucede con cualquier particular. Actualmente, la inmunidad de ejecución de los Estados no es absoluta. Así, frente a la rigidez del concepto, existe la posición que postula la inmunidad de ejecución de los Estados restringida, que es la que adoptan la mayoría de países.[229] Ello significa que, en efecto, no podrán ejecutarse los bienes de un Estado, bajo la condición de que éstos sirvan para el ejercicio de sus funciones, de su soberanía (bienes ligados a los actos *iure imperii*). Por lo tanto, sí serán ejecutables los bienes que sirvan o estén relacionados con actividades de gestión o comerciales de los Estados (bienes ligados a los actos *iure gestionis*).

Nuevamente, la profesora Herz[230] explica de manera muy clara que:

> […] el grado de interferencia sobre las funciones estatales es mayor cuando se embargan o subastan bienes del Estado extranjero

---

228 *Supra*: Sección 1.1, Sub-Capítulo i del Capítulo i.

229 Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. *Inmunidad restringida de los Estados: no reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral*. Bogotá: MRC, 2006, p. 11. Disponible en: http://www.minrelext.gov.co/WebContentManager/Repositorys/site0/inmunidad_restringida.pdf (noviembre 2015).

230 Herz, Mariana. «El arbitraje internacional entre Estados e inversores extranjeros y la subasta de bienes del Estado frente al incumplimiento del laudo». *Op. cit.*, p. 315.

> que cuando se lo obliga a comparecer ante los estrados judiciales de un tercer país. Una mayor interferencia puede desembocar en conflictos internacionales que los Estados buscan evitar. Esto ha hecho que la práctica internacional diferencie la inmunidad de jurisdicción de la inmunidad de ejecución y que, aun en los Estados más liberales, se reserve la inmunidad de ejecución para determinadas categorías de bienes esenciales al normal desenvolvimiento del afectado.

En la misma línea, Gaillard y Edelstein:[231]

> El hecho de celebrar un pacto arbitral y por ende renunciar a la inmunidad de jurisdicción, no debe ser considerado suficiente para constituir renuncia por parte del Estado a su inmunidad de ejecución, al menos en lo que se refiere a los bienes empleados para sus actividades soberanas.

Sin embargo, no siempre es fácil el reconocimiento de la calidad de los bienes. El profesor Schreuer[232] afirma que en temas de inmunidad de jurisdicción del Estado es aceptado el test que se realiza sobre la base de la naturaleza de la actividad y no en su propósito. Sin embargo, el test de inmunidad de ejecución utiliza el propósito de la propiedad en cuestión, también tomándose en cuenta, a veces, el origen de la propiedad. Así, por ejemplo, un terreno propiedad del Ministerio de Defensa o de Salud que no sirva para la realización propia de las actividades de tales instituciones, sino para fines comerciales, será susceptible de ser afectado para el pago de una deuda, pues a pesar de que la propiedad tiene como origen entidades claves para el desarrollo del Estado, éstos no son usados para los fines inherentes a los referidos Ministerios.

---

[231] Gaillard, Emmanuel y Jenny Edelstein. «Recent Developments in State Immunity from Execution in France: *Creighton vs. Qatar*». *Mealey's International Arbitration Report*, octubre 2000, vol. 15, n.º 10, p. 49.

[232] Schreuer, Christoph. *State Immunity. Some recent developments*. London: Grotius, 1988, pp. 15 y ss.

Existe cierto consenso respecto de algunos bienes del Estado que gozan legítima y efectivamente de la inmunidad de ejecución. Así, por ejemplo, el caso de las cuentas bancarias que sirven para actividades oficiales específicas, que sería el caso de las cuentas destinadas a sostener económicamente las actividades del cuerpo diplomático.[233] Así, a raíz del caso *Letco vs. Liberia*,[234] Letco solicitó la ejecución del Laudo Ciadi en cortes norteamericanas. La Corte del Distrito de Columbia rechazó el pedido del demandante de embargar cuentas bancarias de la Embajada de Liberia en Washington D.C., manifestando lo siguiente:

> The Court presumes that some portion of the funds in the bank accounts may be used for commercial activities in connection with running the Embassy, such as transactions to purchase goods or services from private entities [...] The Court, however, declines to order that if any portion of a bank account is used for a commercial activity then the entire account loses its immunity.

La Corte sigue la correcta lógica de no afectar la inmunidad de ejecución de un Estado sólo por la presunción de que una porción de los fondos funciona para actividades comerciales. Más aún, se debe considerar que tales actividades son auxiliares y que el principal destino de dichos fondos es para la manutención y ejecución de funciones diplomáticas en dicha Embajada.

---

[233] La actividad diplomática y sus bienes están protegidos, además, por tratados en la materia, como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. El Perú ratificó la primera por Decreto Ley n.º 17243. La segunda, pese a no haber sido ratificada, es tomada en cuenta por la Cancillería. Ver:http://www.rree.gob.pe/portal/dcanciller.nsf/0/b7571001257a012705256c5d0072b695?OpenDocument&Click= (noviembre 2015).

[234] *Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) vs. República de Liberia*. Caso Ciadi n.º ARB/83/2. Laudo del 31 de marzo de 1986.

Otros bienes que concitan el acuerdo sobre una inobjetable inmunidad de ejecución son las propiedades militares y los bancos centrales y otras autoridades monetarias.

Algunas legislaciones (que son cada vez menos) requieren que exista un nexo específico entre la controversia y la propiedad objeto de ejecución.

En esta instancia, es importante señalar lo que expresa la Unctad[235] respecto de la inmunidad de ejecución:

> [...] State immunity does not apply to proceedings for the recognition of an award [...] In addition; State immunity does not affect the res judicata effect of an award once it has been recognized. State immunity only comes into play when concrete measures of execution are taken to enforce the award's pecuniary obligations. (El subrayado es nuestro).

Es lógico que se siga ese razonamiento, es decir que la inmunidad de ejecución del Estado no debe afectar la efectividad de un laudo Ciadi. Permitirlo o afirmar lo contrario a lo expresado erosionaría gravemente la efectividad del sistema. La inmunidad restrictiva de ejecución del Estado provee reglas especiales para la ejecución efectiva de la obligación a la que el Estado está sometida, observando procedimientos especiales y excepciones que responden a la naturaleza de dicho Estado, pero de ninguna manera debe tomarse como una exención de su obligación de cumplir con el mandato de un laudo Ciadi y, por ende, de lo establecido en el Convenio.

De otro lado, dice el artículo 54(1) del Convenio Ciadi que:

> […] todo Estado Contratante hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo [previamente reconocido] como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.

---

[235] Unctad. *Op. cit.*, *Module 2.9*, pp. 17 y 18.

En efecto, el Convenio ha tenido cuidado especial en lo que se refiere a las obligaciones declaradas en los laudos. Así, hace distingo entre las obligaciones pecuniarias y las no pecuniarias. Respecto de las primeras, mencionadas literalmente por el Convenio, pesa obligación de reconocimiento y ejecución. En cuanto al silencio sobre las segundas, éste se debe entender como la no aplicación de las disposiciones del Convenio en tales casos, es decir, de obligaciones no pecuniarias. Para hacer más clara la idea: las obligaciones no pecuniarias no están sujetas a ejecución, lo que —obviamente— no significa que no deban ser observadas por los obligados a cumplirlas (generalmente Estados), tan es así que, en efecto, sí son materia de reconocimiento y que, por propia disposición del Convenio, las partes están obligadas a cumplir los laudos en todos sus términos.[236]

Debe quedar claro: las obligaciones no pecuniarias son igualmente obligatorias, pese a que las disposiciones del artículo 54, sobre ejecución, no le son aplicables.[237]

¿Pero a qué nos referimos con medidas no pecuniarias? En realidad, éstas se refieren —y permitiéndonos hacer una somera comparación— a lo que comúnmente en el Derecho Civil conocemos como obligaciones de hacer o de no hacer (una restitución o una obligación de desistirse de continuar cierta acción). Para aclarar el concepto nos sirven algunos ejemplos: la restitución de propiedad confiscada, la entrega de permiso para transferir fondos, el desistimiento de imponer medidas irracionales.

---

[236] El artículo 53 del Convenio, en relación con el laudo, sostiene: «Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido por las cláusulas de este Convenio». La suspensión a la que se refiere el texto, esencialmente, alude a la producida por los recursos de aclaración, revisión y anulación, de ser el caso.

[237] Unctad. *Op. cit.*, *Module 2.9*, p. 14: «Obligations imposed by an award that are not expressed in monetary terms are equally binding even though the enforcement procedure of art. 54 does not apply to them».

Otro aspecto que se debe tener en cuenta es que, tal como lo establece el mismo Convenio Ciadi, los laudos bajo el auspicio del Centro se ejecutarán en concordancia con las normas del Estado en donde se pretenda dicha ejecución.[238] Sin embargo, las normas sobre ejecución de sentencias de dichos Estados no deberán ser óbice para el cumplimiento de la obligación de la parte pertinente del Arbitraje de Inversión en el marco del Ciadi, pues tal como hemos precisado en párrafos anteriores se estaría atentando contra el espíritu del Convenio y minando la eficacia que este instrumento reconoce a sus laudos, entre otros, en su artículo 53(1).

¿Es posible renunciar a la inmunidad de ejecución? En efecto, ello puede ser posible. En tal sentido, Blackaby[239] nos remite a un caso[240] en el que en Francia, en relación con un laudo en contra de Qatar, emitido en el foro de la CCI, se reconoce la renuncia a la inmunidad de ejecución en virtud de lo expresado en ciertas partes del Reglamento CCI.[241]

Se debe recordar que en temas de ejecución de laudos Ciadi, éstos son ejecutados de acuerdo con la legislación del lugar en donde se pre-

---

238 Artículo 54(3) del Convenio Ciadi.

239 Blackaby, Nigel. «El arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina». *Op. cit.*, p. 20.

240 *Caso Creighton Ltda. vs. Qatar*. Corte de Casación, Primera Sala Civil, decisión del 6 de julio de 2000.

241 A lo que se refiere Blackaby es al numeral 6 del artículo 28 del Reglamento de Arbitraje de la CCI: «[…] las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente». Sin embargo, creemos que se deben observar los criterios más básicos de la inmunidad de ejecución restringida según el Derecho internacional. En esa misma línea, Silva Romero menciona lo siguiente: «[…] the Paris Court of Appeal, in its judgement of 10 August 2000 in *Ambassade de la Fédération de Russie en France et al. vs. Compagnie Noga d'importation et d'exportation*, stated that the implicit waiver of immunity from execution affirmed by Creighton [case] applied only to the property of a State or offshoot of a State that was not a used for purpose of a public service». Silva Romero, Eduardo. «International Arbitration involving State parties». *Op. cit.*, p. 143.

tende su reconocimiento. Más aún: el propio Convenio deja en claro que ninguna de sus disposiciones sobre reconocimiento y ejecución se interpretará como derogatoria de las leyes sobre inmunidad del Estado vigentes en cualquier Estado, ya sea vinculadas a ellos o a otros Estados.[242]

Son cinco los únicos casos de ejecución forzada de laudos Ciadi:[243] *Benvenutti & Bonfant vs. Congo* (Caso Ciadi n.º ARB/77/2), *Saobi vs. Senegal* (Caso Ciadi n.º ARB/82/1), *Atlantic Triton vs. Nueva Guinea* (Caso Ciadi n.º ARB/84/1), todos ante cortes francesas; *MINE vs. Nueva Guinea* (Caso Ciadi n.º ARB/84/4), ante cortes suizas y *Letco vs. Liberia* (Caso Ciadi n.º ARB/83/2), ante cortes norteamericanas. Asimismo, el reciente caso de *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile* (Caso Ciadi n.° ARB/98/2), ante cortes españolas.

El reducido número de procesos de ejecución contra Estados nos permite afirmar la evidencia de la efectividad y legitimidad del sistema Ciadi, así como una consciencia por parte de los Estados de que no pueden renegar de las reglas que ellos mismos han aceptado, sin contar con el hecho de que, de hacerlo, en un contexto cada vez más interdependiente, podrían quedar aislados y tener mayores pérdidas (no sólo económicas, sino sociales, políticas y diplomáticas) que la sola obligación soslayada.

---

[242] Artículo 55 del Convenio Ciadi.

[243] Herz, Mariana. «El arbitraje internacional entre Estados e inversores extranjeros y la subasta de bienes del Estado frente al incumplimiento del laudo». *Op. cit.*, p. 305.

Capítulo II

De los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)

1. Antecedentes

Para entender la figura de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o *Bilateral Investment Treaties* (BIT), es necesario entender el contexto previo al nacimiento de estos instrumentos internacionales, así como su desarrollo a través del tiempo hasta nuestros días.

Son diversas las opiniones respecto del origen de los TBI. Unos sostienen que la génesis se encuentra en el Tratado Jay y otros en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación. Lo cierto es que el antecedente —bastante primitivo, ciertamente— más remoto de los TBI, en nuestra opinión, se halla en el llamado Tratado Jay,[244] también conocido como el Tratado de Londres de 1794 (que entró en vigor recién en 1796), suscrito entre Estados Unidos y Gran Bretaña, el cual preveía asuntos aún no resueltos producto de la Revolución Norteamericana, entre los cuales se encontraban aspectos sobre el comercio y el uso del Arbitraje para la solución de controversias relativas a supuestas usurpaciones de propiedad del período de descolonización, así como deudas propias de la guerra, hecho que se constituyó como uno de los más relevantes de la historia del Arbitraje en cuanto a su uso como mecanismo de solución alternativa de controversias se refiere.

---

[244] Llamado así en virtud de John Jay, jefe del cuerpo norteamericano negociador de dicho tratado, y quien posteriormente fuera presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos.

A su vez, el Tratado Jay influyó en la elaboración de uno de los instrumentos más importantes en materia bilateral de principios del siglo xix, los llamados Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (TACN) o *Friendship, Commerce and Navigation Agreements* (FCNA). Pese a que el primer FCNA fue suscrito en 1788 entre Estados Unidos y Francia,[245] no es sino hasta la segunda mitad del siglo xix y principios del siglo xx en que los TACN se convierten en instrumentos cada vez más elaborados y más usados, siguiendo la impronta dejada por el Tratado Jay.[246]

En efecto, los TACN ya demostraban ser instrumentos para «promover relaciones económicas y culturales más estrechas entre ambos pueblos [de los Estados signatarios]», así como ser instrumentos que «fomenten las inversiones de capital mutuamente beneficiosas, que promuevan relaciones comerciales recíprocamente ventajosas», sobre la base de los «principios de tratamiento nacional y de nación más favorecida», tal como lo expresa el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre la República de Nicaragua y los Estados Unidos de América de 1956.[247] Así, Estados Unidos pasaría a ratificar veintitrés de estos tratados hasta 1966.[248]

En este trabajo se considera importante rescatar la relevancia que para el nacimiento de los TBI también tuvo un instrumento no tan

---

[245] Unctad. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in investment rulemaking*. Ginebra: UN, 2007, p. 2.

[246] Aguilar Álvarez, Guillermo y William W. Park. «The new face of Investment Arbitration: Nafta Chapter 11». En *Lima Arbitration*. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Lima: CPA, 2006, n.° 1, p. 15.

[247] Disponible en: http://www.cancilleria.gob.ni/docs/files/us_co56.pdf (noviembre 2015).

[248] Kundmüller Caminiti, Franz. «El arbitraje entre inversionistas y Estados, el declive del antiguo modelo 'Estadocéntrico/moderno' de gestión de conflictos, la proliferación de Tratados Bilaterales de Inversiones, el Derecho Internacional de las Inversiones, el Icsid, la globalización y otros temas, (des)integrados en diez puntos caleidoscópicos». Parte i. En *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, p. 3. Disponible en: http://www.servilex.com.pe (noviembre 2015).

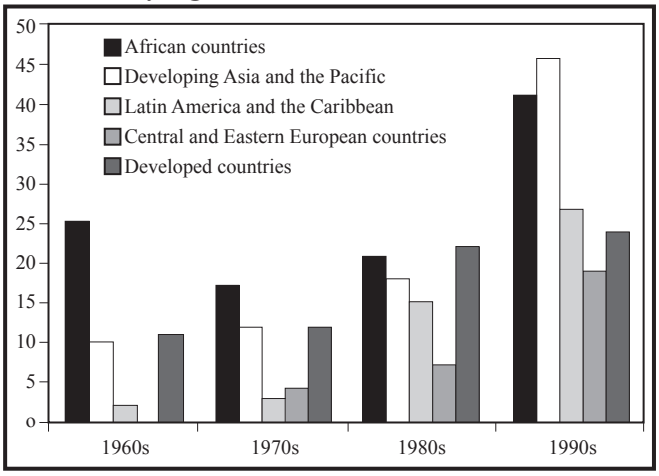
citado en la doctrina. Nos referimos a la *Draft Convention on Investments Abroad* (*Abs-Shawcross Draft Convention*) de 1959, documento que fuera preparado (tras algunas iniciativas anteriores) por parte de un grupo de empresarios europeos, encabezados por Hermann Abs, Director del Deutsche Bank en Alemania y Lord Shawcross, ExProcurador General del Reino Unido. Este instrumento, no obstante no haber sido adoptado al ser sometido ante la entonces *Organization for European Economic Cooperation* (OEEC), fue influyente en la elaboración de los primeros TBI, argumento que puede esgrimirse de la sola lectura de sus disposiciones.

Es bajo la influencia de estos antecedentes que, tal como datan los anales, hacia 1959 se registró el primer TBI, el cual fue suscrito entre Alemania y Pakistán.

La aparición de los TBI coincide con un contexto muy particular, en el cual, producto del desolado paraje social y económico que dejó la II Guerra Mundial, las naciones devastadas se vieron urgidas de mecanismos para lograr la reconstrucción y desarrollo de sus economías, entre aquéllos, la atracción de capitales, así como la obtención y protección de los mismos a través de las inversiones de sus nacionales en otros países con posibilidades de generar riquezas. Como instrumento para la aplicación de tales estrategias, algunas naciones, sobre todo las de Europa Occidental y, en general, los países desarrollados, utilizaron los TBI, tal como da cuenta el siguiente gráfico:

Gráfico n.º 12

Participation of countries in BITs, by region and decade, 1960-1999



Source: UNCTAD database on BITs.

En efecto, luego de la suscripción del primer TBI por parte de Alemania, los demás países desarrollados empiezan a hacer lo propio en las décadas de los sesenta y setenta, sobre todo con países en desarrollo del África y Asia–Pacífico. Por su parte, Latinoamérica lo hace en la década de los ochenta, aunque con más notoriedad en los noventa.

2. LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (IED): UN BREVE INTROITO PARA ENTENDER LOS TBI Y SU OBJETO

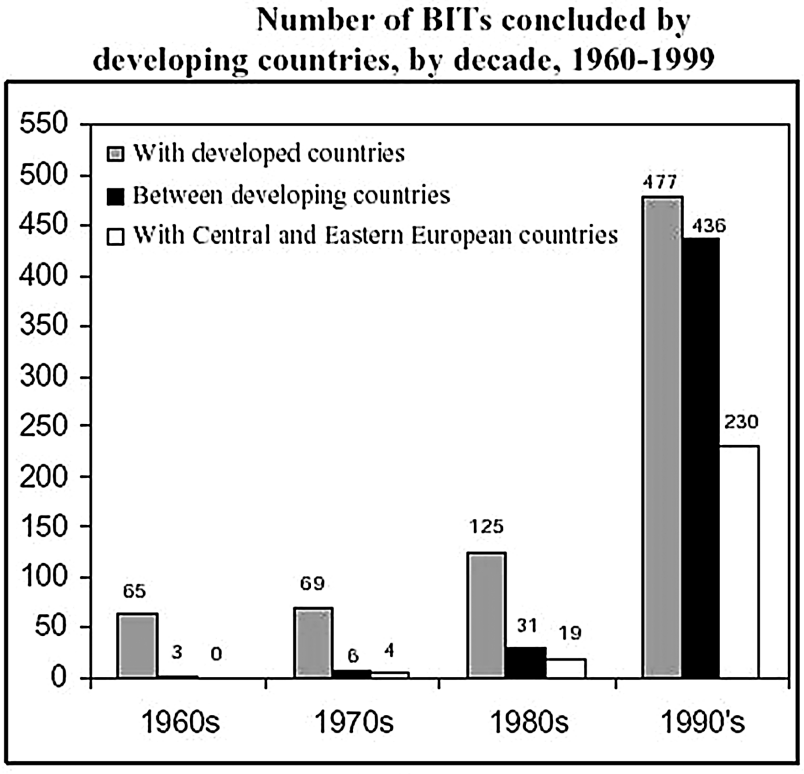
Para entender los TBI es importante tener primero en cuenta el concepto de inversión, más precisamente, Inversión Extranjera Directa (IED) o *Foreign Direct Investment* (FDI), qué tan importante es ésta para los Estados y su rol dentro de los TBI.

Tal cual se menciona en líneas precedentes, en los albores de la etapa de posguerra (II Guerra Mundial), las naciones empezaron a buscar

mecanismos para la facilitación del comercio, obtención de capitales y la protección de los suyos en otras latitudes. Uno de los instrumentos empleados para estos dos últimos fines fueron los llamados TBI.

Esta necesidad de captar capitales, la continua iniciativa y práctica en materia de suscripción de TBI por parte de países de Europa Occidental y Estados Unidos y los beneficios que ello conllevaba, con el pasar de las décadas, provocó que no sólo sean aquéllos los que utilizaran estos instrumentos internacionales, sino también, progresivamente, los países en vías de desarrollo, tal como da cuenta el siguiente gráfico:

Gráfico n.º 13



Source: UNCTAD database on BITs.

A partir de la suscripción del primer TBI en 1959, el número de estos instrumentos internacionales de inversión fue arreciando, mostrando un dramático incremento en la década de los noventa, posterior a la caída del muro de Berlín y la conclusión de una época bipolar; dando paso a la globalización, la apertura de los mercados y a una suerte de aprobación tácita por parte de muchos países al llamado «Consenso de Washington».[249]

En efecto, a finales de los ochenta y, sobre todo, a inicios de los noventa, producto de los eventos antes mencionados, la mayoría de Estados inician reformas en sus legislaciones y la adhesión a instrumentos internacionales en materia económica. Los Estados que antes no lo hacían (sobre todo los latinoamericanos) empiezan a creer en mecanismos como los TBI, que coadyuvarían a las reformas estructurales y legislativas emprendidas y que redundarían en el desarrollo de sus naciones. Así, éstos se empiezan a dar cuenta de que el clásico mecanismo de financiamiento sobre la base del cual se sostenían, es decir los costosos préstamos internacionales, con los a veces inconmensurables intereses que conllevaban, podían ser sustituidos por la recepción de capitales extranjeros. Los Estados se dieron cuenta de que la llamada IED hacía posible —como lo demostraban algunas experiencias previas— el desarrollo del país receptor de dicha inversión y de que los beneficios eran mayores que los costos a asumir.

---

[249] Se llama así al documento que John Williamson preparó en el seno del *Institute for International Economics* y que hace referencia a lo que Washington —entendido éste como el conjunto de instituciones afincadas en ese estado estadounidense, tales como: el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), institutos expertos y organismos económicos de Estados Unidos, «*think tanks*» de la economía— entendía que era el paquete de (10) políticas que debía emplearse para lograr el desarrollo, entre ellas: la liberalización del comercio, la entrada de inversiones extranjeras directas y la privatización. Estas políticas, elaboradas como respuestas al fracaso de las economías comunistas, han sido duramente criticadas por supuestamente no lograr el desarrollo de las naciones pobres, objetivo que persiguen.

En tal sentido, es preciso presentar lo que consideramos como uno de los pocos axiomas existentes en el Derecho Internacional de las Inversiones: el IED es beneficioso para los Estados anfitriones o Estados receptores y, por ende, coadyuva a su desarrollo. De no entenderlo así, los TBI no tendrían razón de ser.

¿Pero qué es lo particular de la IED? ¿Qué ventajas ofrece? La IED no sólo ofrece capital en su acepción más clásica, es decir, dinero, sino también beneficios como: acceso a mejor tecnología, *know-how*,[250] entre otras cosas. Es claro también que genera ingresos al fisco, en tanto las empresas que inyectan capitales en un Estado en particular, tributarán a favor de éste (mientras más rentas tengan, más base impositiva existirá); así también, generarán puestos de trabajo y, con un buen marco legislativo que lo impulse, una correcta responsabilidad social empresarial.

La globalización, los avances tecnológicos y las nuevas formas de hacer negocios, han hecho que lo que llamamos inversión tome cada vez más nuevas y variadas formas, las cuales abordaremos en líneas posteriores; y lo que se constituye en otro de los factores para sostener la tesis del dinamismo y complejidad del arbitraje de inversión.

3. ¿Qué son los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)?

Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o *Bilateral Investment Treaties* (BIT), también conocidos como Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), son tratados suscritos entre Estados que contienen derechos sustantivos y adjetivos en favor de los nacionales (personas naturales o jurídicas) de ambas partes y que tienen como objeto:

---

[250] Entre otros, tribunales arbitrales como el del caso Convial han reconocido la importancia de este tipo de aportes como inversión. Vésase: *Convial Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs. República del Perú*. Caso Ciadi n.° ARB/10/2. Laudo del 21 de mayo de 2013, parágrafo 436.

i) Proteger las inversiones de sus nacionales;

ii) Crear un marco normativo general, previsible y transparente que genere condiciones favorables para el desarrollo de éstas;

iii) Fomentar la cooperación económica entre los Estados Parte de dichos instrumentos internacionales; y, simultáneamente,

iv) Ofrecer uno o más mecanismos de solución de controversias de uso directo por los inversores nacionales de las Partes; sobre todo el arbitraje, garantizando una solución técnica, rápida y eficiente del conflicto.

Se entiende, entonces, que, como tratados, estos instrumentos generan obligaciones internacionales, las cuales han de observarse en estricto respeto del Derecho internacional, en razón de que son los propios Estados los que han convenido (libremente) suscribirlos, con el fin de que las disposiciones que tales instrumentos contienen se apliquen particularmente a favor de sus nacionales. He aquí una característica importante y particular de los TBI, en tanto permiten que, producto del acto de los Estados signatarios, los particulares sean los destinatarios de los derechos contenidos en dichos acuerdos.

En tal sentido, los TBI contienen diferentes cláusulas que los hacen funcionalmente óptimos para, de un lado, garantizar y proteger los derechos de los inversionistas nacionales de las Partes y, de otro lado, establecer un marco transparente de inversión y de promoción del territorio de las Partes como lugar ideal para invertir, lo que, a su vez, se espera redunde en el desarrollo de dicho Estado receptor. Más aún: no sólo ofrecen ello, sino también uno o más mecanismos para la solución de controversias, las cuales pueden referirse a:

i) La interpretación del TBI, en cuyo caso, las partes de la controversia serán ambos Estados; o

ii) La violación de una o más obligaciones (estándares de protección) contenidas en dicho TBI; en cuyo caso, las partes de la controversia serán un Estado y el nacional (persona natural o jurídica) de otro Estado.

3.1. ¿Por qué los TBI y no otros instrumentos internacionales?

En atención al contexto económico actual, cabe preguntarse ¿por qué los TBI y no otros instrumentos internacionales? En este sentido, resulta lógico aseverar que es natural que un mecanismo bilateral sea más fácil de ser negociado y acordado que uno multilateral, en los que la pluralidad de partes es, por lo general, directamente proporcional con sus, a veces, disímiles intereses. De ello da cuenta la no tan lejana experiencia del MAI (*Multilateral Agreement on Investment*), impulsado por la OECD, que fracasó al no encontrar consenso por parte de la multitud de Estados que participaban en su adopción (sobre todo por el contraste: países desarrollados-países en vías de desarrollo).[251]

Otros instrumentos, tales como los Tratados de Libre Comercio (TLC), presentan estructuras mucho más elaboradas y específicas, que suelen tener temas o sectores «sensibles», los cuales generan una mayor dificultad en la negociación. Al respecto, Unctad[252] se refiere en los siguientes términos:

> The more investment agreements go beyond protection issues and in particular attempt to include commitments to liberalize, the more complicated their negotiations become.

La reciente experiencia da cuenta de ello. Por ejemplo, las negociaciones del TLC entre Estados Unidos y algunos países andinos: Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú, instrumento que se aprobara y ratificara en

---

[251] Véase: Sección 2, Sub-Capítulo I del Capítulo I.

[252] Unctad. *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*. Ginebra: UN, 2006, p. 70.

nuestro país y en Colombia, mientras que en Ecuador y Bolivia generó zozobra, polarizando posiciones. De igual manera, lo mismo aconteció en el marco de la negociación de un TLC entre la Unión Europea (UE) y la Comunidad Andina de Naciones (CAN), finalmente, tuvo una trunca por lo menos en negociación conjunta por las heterogéneas y a veces contrapuestas políticas de los países miembros de este último organismo regional; teniendo como consecuencia que dicho TLC fuera aprobado y ratificado solo por Perú y Colombia, teniendo como contra parte a la UE.

Como es sabido, la economía y el mundo de los negocios se encuentran en constante dinámica, lo que hace perentorio que los países y sus nacionales se encuentren aptos para la competencia, tanto en el comercio como en temas de inversión —sobre todo los países receptores de ésta—. Ello conlleva a que los Estados incluyan en sus estrategias económicas y comerciales mecanismos que coadyuven con la generación y promoción de climas idóneos con el fin de captar inversiones y que, de alguna manera, sean de «rápida» negociación, lo que hace elocuente la preferencia de los TBI en el «mercado» de los instrumentos internacionales.

No obstante lo señalado, los TBI parecieran estar tomando formas cada vez más elaboradas, cambiando la antigua práctica, ya que la actual tendencia sugiere que los TBI empiezan a contener disposiciones cada vez más específicas. En tal sentido, estudios de la última década del *Informe sobre las Inversiones en el Mundo* o *World Investment Report*[253] de la Unctad aseveran que:

> Numerically, traditional BITs emphasizing the protection of foreign investment continue to dominate the IIA system. This is particularly true in the case of South–South BITs. Nevertheless, a growing number of BITs include more detailed investment protection provisions, as well as liberalization commitments.

[253] Unctad. *World Investment Report, 2007. FDI in Extractive Industries*. Ginebra: UN, 2007.

Este proceso de mutación hacia disposiciones cada vez más completas y complejas de dichos instrumentos internacionales nos sirve para, una vez más, reiterar la premisa de este trabajo: el Arbitraje de Inversión es un fenómeno dinámico y complejo que, en gran parte, debe estas características a instrumentos internacionales, principalmente a los TBI.

De otro lado, es importante señalar que tal complejidad (y dinamismo) supone un reto para todos los países que pretendan incorporar dentro de sus políticas comerciales y de inversión la suscripción de este tipo de instrumentos internacionales en razón de que se necesita de equipos negociadores cada vez más especializados y, sobre todo, la adecuación de la legislación interna a la obligación internacional contraída, lo que *per se* implica ciertos costos a asumir y recursos por invertir.

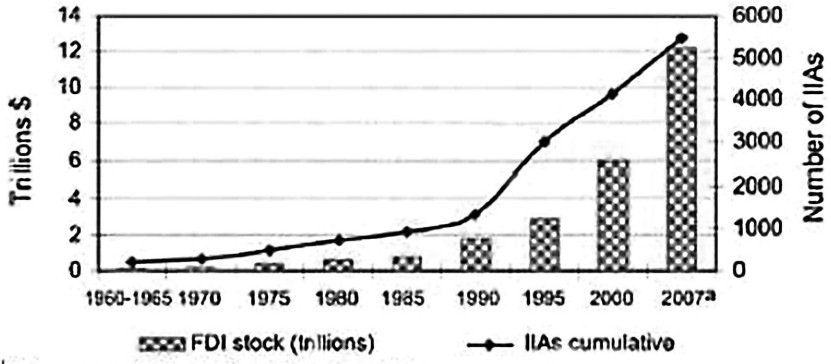
4. Protagonismo de los TBI

4.1. Protagonismo de los TBI en el Derecho internacional

En el Capítulo I del presente trabajo hemos sostenido que el Arbitraje de Inversión tuvo dos momentos cumbres: la creación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Convenio Ciadi) y la proliferación de los TBI. Sobre estos últimos, debemos mencionar que, a la vez, los TBI tienen un preponderante protagonismo en el llamado Sistema de AII (Acuerdos Internacionales sobre Inversiones) o *IIA* (*International Investment Agreements*) *System*, cuyos flujos de Inversión Extranjera Directa (IED o FDI, por sus siglas en inglés), a finales de 2007, ya fluctuaban entre los trece trillones de dólares, tal como lo evidencia el siguiente gráfico:

Gráfico n.º 14

Increase in IIAs and FDI stocks (1960-2007)

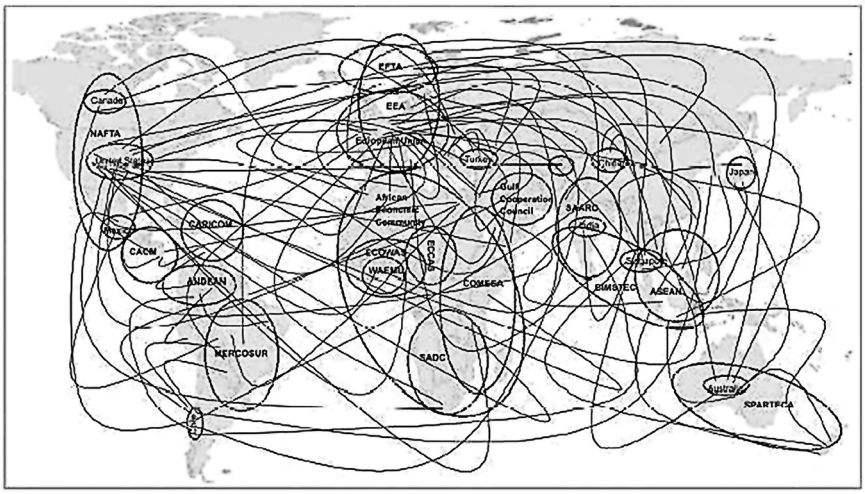


a/ Figure for FDI stocks relates to 2006.

Source: UNCTAD.

No sólo ello, los TBI han conseguido, a través del tiempo, influir en la elaboración de otros instrumentos internacionales, constituidos dentro del llamado *EIIA* (*Economic Integration Investment Agreements*) *System* o Sistema de AIEI (Acuerdos de Integración Económica y de Inversiones) (Gráfico n.º 15), al punto que no es extraño oír que, por ejemplo, los Tratados de Libre Comercio (TLC) contienen un TBI dentro de su estructura.

Gráfico n.º 15



Source: UNCTAD, based on World Bank, 2005, figure 2.2.

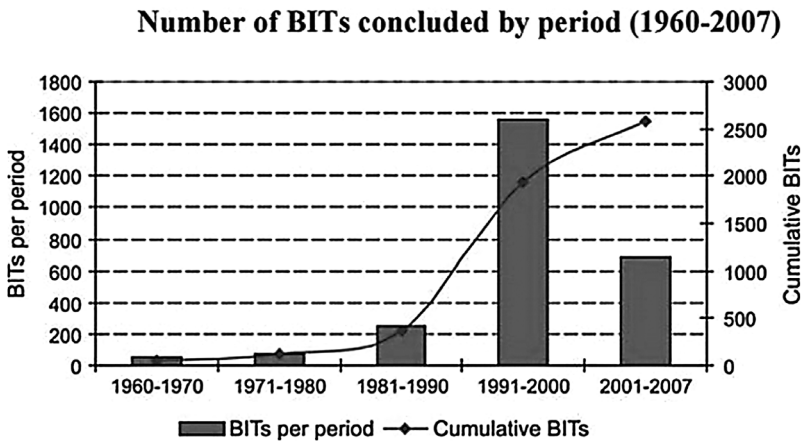
«Spaghetti Bowl» (2005)

En tal sentido, junto con los Tratados de Doble Imposición Tributaria (TDIT) o *Double Taxation Treaties* (DTT) —que a finales de 2007 superaban los 2700—,[254] los TBI —que a finales de 2007 ya superaban la cifra de 2600[255] (Gráfico n.º 16)— han tomado un rol protagónico en el mundo de los instrumentos internacionales, no sólo por la cantidad de instrumentos suscritos y ratificados por los Estados para el fomento de las inversiones en sus territorios, sino por su utilidad para los propios inversores, ante la posibilidad que brindan éstos de solucionar sus controversias con los Estados anfitriones a mecanismos alternativos, principalmente, el Arbitraje de Inversión.

[254] Unctad. *International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*. Ginebra: UN, 2008, p. 25.

[255] *Ídem* (p. 23).

Gráfico n.º 16



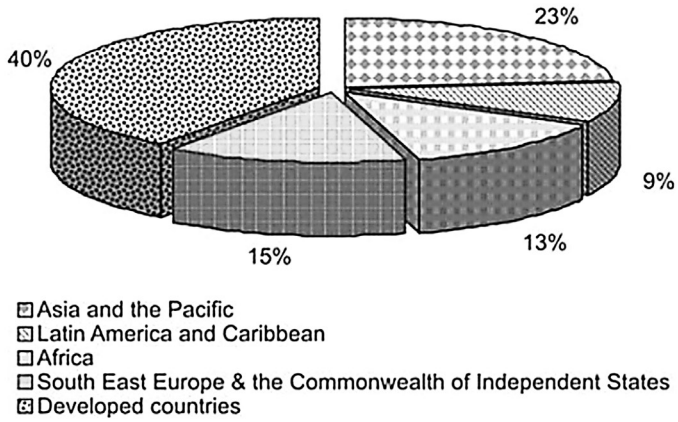
Source: UNCTAD (www.unctad.org/iia).

Entre 1991 y 2000, en plena liberalización de la economía mundial y auge de las inversiones extranjeras, el número de TBI experimentó un inédito incremento, para luego decaer, posiblemente, como consecuencia de la negociación de acuerdos más completos (y complejos), tales como los TLC, cuyos capítulos en materia de inversiones —como ya hemos mencionado— fungen como una suerte de TBI, al tener disposiciones similares.

Señalado lo anterior, observamos que existe una gran práctica dirigida a la suscripción de aquéllos y otros instrumentos en materia de inversión. Así, por ejemplo, en relación con las regiones o continentes con mayor participación en la adopción de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) o *International Investment Agreements* (IIA), Asia-Pacífico tiene una participación mayoritaria (40%), seguido de Latinoamérica y el Caribe (23%), tal como se grafica a continuación:

Gráfico n.º 17

Regional distribution of IIAs (end 2007)



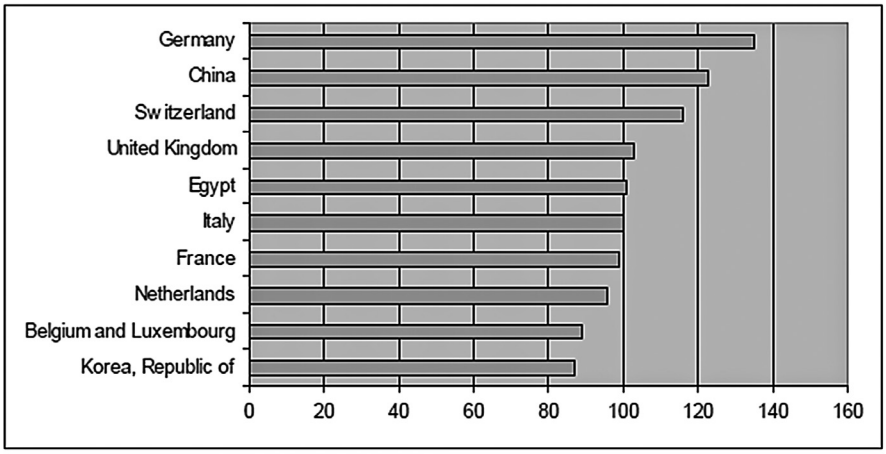
Source: UNCTAD.
Note: The above figures reflect multiple counting (e.g. BITs concluded between countries from Asia and Africa are included in *both* regions).

No es coincidencia que, respecto de las estadísticas sobre países con mayor número de BIT suscritos, Alemania, el país que suscribió el primero de estos instrumentos (con Pakistán), sea el líder,[256] seguido por China y Suiza, tal como detalla el siguiente gráfico, que abarca a las economías *top ten*:

[256] Según el Ciadi, Alemania ya ha pasado la barrera mostrada en los datos de la Unctad, contando actualmente con 147 TBI, mientras que Suiza se encuentra ya en los 127.

Gráfico n.º 18

Top ten total signatories of BITs up to end 2008



Source: UNCTAD (www.unctad.org/iia).

Todo ello le ha valido a los TBI para propiciar opiniones como la siguiente:

> In the later half of the 20th century, Bilateral Investment Treaties (BITs) emerged as the first international agreements exclusively focusing on the treatment of foreign investment […] these agreements rank among the most important of International Law and foreign investment.[257]

En efecto, no es extraño que los TBI hayan tomado el protagonismo que hoy detentan como los primeros acuerdos internacionales centrados exclusivamente en las relaciones entre la inversión extranjera y el Estado receptor de tal inversión.

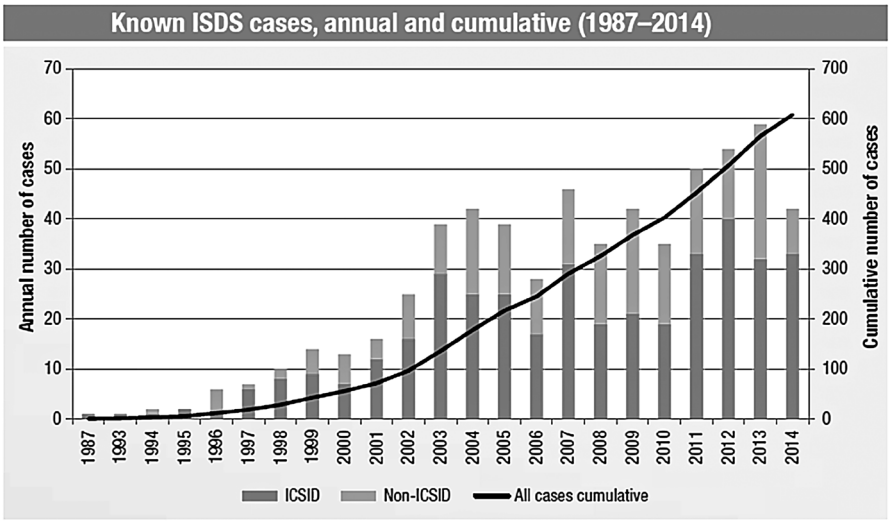
[257] UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006… Op. cit.*, p. 1.

4.2. Protagonismo de los TBI en el Arbitraje de Inversión

Los TBI no sólo han sido importantes en el Derecho internacional, sino que también han cobrado un respetado protagonismo en el Arbitraje de inversión. No obstante, este protagonismo no se adquirió instantáneamente allá en los finales de la década de los cincuenta, sino más bien de manera sostenida en el tiempo, en el cual la figura de los TBI se hizo más conocida y, sobre todo, posteriormente, cuando las inversiones comienzan a crecer producto de una economía globalizada.[258] Sobre este particular, no sólo es conocido el crecimiento de los TBI, tal como lo hemos corroborado en líneas precedentes, sino también el crecimiento de los arbitrajes de inversión. Así, cuando se inició dicho fenómeno (la globalización), no sólo se globalizaron la economía y otros aspectos, sino también los mecanismos de solución de controversias, lo que hizo protagonista al Arbitraje, MARC de los negocios, por antonomasia. Con ello, los arbitrajes de inversión crecieron ostensiblemente, tal como lo sugiere el siguiente gráfico:

[258] Sobre una breve mención de este fenómeno como uno de los factores que contribuyeron al fortalecimiento de la institución arbitral, véase: Sección 1.1, Sub-Capítulo 1 del Capítulo 1.

Gráfico n.º 19



Source: UNCTAD, ISDS database.
Note: Preliminary data for 2014.

En efecto, hacia finales de 2014 se conocían[259] 608 arbitrajes inversionista-Estado en materia de inversión. De éstos, cerca de 350 fueron promovidos bajo los auspicios del Ciadi, mientras que ochenta fueron iniciados bajo las Reglas Uncitral, catorce en el marco de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y otros catorce en el marco de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE).[260]

Expresado lo anterior, y en el marco de nuestro estudio, es oportuno precisar que el primer caso de una disputa de inversiones sobre la base de un TBI registrada en el Ciadi data de 1987, cuando Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL), una sociedad constituida en Hong

[259] Pues se estima que (sobre todo en años pasados) se hayan llevado a cabo algunos otros arbitrajes de inversión, pero que, en salvaguarda de la confidencialidad, no fueron hechos conocidos.

[260] Unctad. International Investment Rulemaking: Stocktaking, challenges and the way forward. Ginebra: UN, 2008, p. 33.

Kong —en tiempos en que aún se encontraba bajo soberanía británica—, registra su solicitud contra Sri Lanka, sobre la base de una supuesta violación del TBI entre el Reino Unido y la República Democrática Socialista de Sri Lanka.[261] Más aún, éste fue el vigésimo cuarto caso registrado ante el Ciadi desde su creación en 1965. Así, hacia 1998 sólo catorce casos sobre la base de un BIT habían sido registrados ante dicho Centro, siendo que sólo dos laudos y dos procesos concluidos por las partes habían sido emitidos. Desde entonces, este número de disputas provenientes de TBI ha venido en franco ascenso, siendo el año 2005 el de mayor número de registros[262] y teniendo en cuenta que algunos países tienen por sí solos considerable cantidad de procesos, la mayoría de ellos provenientes de tales instrumentos internacionales, tal como el caso de Argentina, que tiene más de cincuenta arbitrajes, seguido por México, con dieciocho, y República Checa, con catorce.[263]

Asimismo, considerando el incremento del número de TBI en el Sistema de AII (ya son 2600, aproximadamente) y a la vez que ya son, al menos, setentitrés los Estados (cuarenticuatro en vías de desarrollo, quince desarrollados y catorce de Europa del Este y de la Comunidad de Estados Independientes) que han afrontado arbitrajes de inversión,[264] no sorprende que este mecanismo de solución de controversias continúe en franco ascenso.

5. ¿Cómo operan los TBI?

Para entender cómo operan los TBI, es importante tener en cuenta temas temas vitales que los componen. Así, por ejemplo, la definición de inversión, la cual es de suma importancia en tanto impondrá los alcan-

---

261 *Asian Agricultural Products (AAPL) vs. República Democrática Socialista de Sri Lanka*. Caso Ciadi n.º ARB/87/3. Laudo del 27 de junio de 1990.

262 Unctad. *International Investment Rulemaking… Op. cit.*, p. 33.

263 *Idem*.

264 *Idem*.

ces y límites de la aplicación de estos instrumentos internacionales. Sólo entonces tiene sentido el análisis de los estándares de protección que ofrecen los TBI a dichas inversiones.

5.1. El preámbulo en los TBI

5.1.1. Breve premisa

En nuestra opinión, existen dos aspectos fundamentales para empezar a entender el funcionamiento de los TBI: la importancia de la que están revestidos el preámbulo y la parte del ámbito de aplicación[265] de tales instrumentos internacionales, cuyas disposiciones son la puerta de entrada a los derechos y obligaciones sustantivos que ofrecen los TBI.

5.1.2. El preámbulo

En nuestra opinión, el preámbulo ha sido injustamente desplazado, al punto de no apreciar la real magnitud del rol que éste juega en la interpretación de un tratado. En esta línea, sostenemos que el Preámbulo no es una simple declaración, sino que cumple la función de marco teleológico para los TBI,[266] como una suerte de motivación de lo que éstos persiguen.

Lo anterior no sólo responde a razones dogmáticas, sino a cuestiones eminentemente pragmáticas, pues no se debe soslayar que en todos los casos de arbitrajes de inversión, los tratados son sigilosamente escudriñados por los tribunales arbitrales y las partes, pues de la interpretación de los TBI depende la correcta aplicación de sus disposiciones e incluso la competencia de los paneles arbitrales para conocer de las

---

[265] Este aspecto será abordado en la Sección 6.3 del Capítulo II.

[266] No debemos olvidar que la palabra «preámbulo» significa exordio, que a su vez significa, según el DRAE, «origen y principio de algo», lo que no hace sino poner en evidencia su importancia.

controversias sometidas y, por tanto, lo concerniente a dichos tratados y los derechos protegidos por éstos.

Así las cosas, no debemos olvidar que un tratado debe interpretarse teniendo en cuenta su objeto y fin —he allí la importancia pragmática del Preámbulo—, lo que ha sido recogido en la llamada «Regla General de Interpretación» en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[267] No sólo ello, sino que dicho instrumento internacional también reconoce que el contexto de los términos de un tratado —el cual está obligado a tomarse en cuenta para la interpretación de éste—, lo comprende, entre otros, el texto del instrumento, en el que, por supuesto, están incluidos el preámbulo y los anexos.[268]

No obstante lo expresado, lamentablemente, al preámbulo no se le ha sabido dar la importancia de la que, creemos, está revestido.

De la revisión de varios TBI, encontramos, por ejemplo, que la mayoría ha estandarizado el texto del preámbulo, haciendo una referencia escueta respecto de que la intención de las partes es la "promoción y protección de inversiones", desaprovechando la oportunidad de crear un verdadero marco teleológico que permita una mejor y más justa aplicación de un TBI. Así, por ejemplo, el TBI suscrito entre México y el Reino de España expresa lo siguiente:

> Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre los Estados Unidos mexicanos y el Reino de España
>
> Los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, en adelante «las Partes Contratantes»,
> deseando intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países;

[267] Artículo 31, numeral 1.
[268] Artículo 31, numeral 2.

> proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra; y
> reconociendo que la promoción y protección de las inversiones con arreglo a este Acuerdo estimulan las iniciativas en este campo,
> Han acordado lo siguiente […].

Como se puede apreciar, únicamente se habla de un deseo de «intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco» o que ambos países se proponen «crear condiciones favorables para los inversores». Sin embargo, se subestima la importancia del Preámbulo y se pierde la oportunidad de señalar temas que, no obstante correr el riesgo de ser calificados como verdades de perogrullo, son de vital importancia y parecieran haber sido olvidadas; a saber: la sujeción de tales inversiones a las normas locales —claro está, mientras éstas no sirvan de vehículo para infringir el TBI, asumido como obligación internacional— o el reconocimiento de que los derechos contenidos y respetados en los TBI no pueden ir en desmedro de temas como salud, medio ambiente y defensa —la condición *sine qua non*, insistimos, es que dichas medidas no sean decisiones arbitrarias disfrazadas—.

En este sentido, cabe añadir que los preámbulos no sólo constituyen señales endógenas (para ambas partes del tratado), sino también exógenas (para la comunidad internacional, las dependencias del gobierno de dichos Estados, gobiernos regionales y locales, sociedad civil y sus poblaciones en general) sobre qué es lo que éstos persiguen con la suscripción de los tratados de inversión, como bien grafica la Unctad:[269]

> […] an increasing number of countries have opted to include specific language in their BITs, aimed at making it clear that the objective of investment promotion and protection must not be pursued at the expense of other key public policy goals, such as

[269] Unctad. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006… Op. cit.*, p. 3.

> the protection of health, safety, the environment and the promotion of internationally recognized labour rights.

En efecto, existe una creciente tendencia —aún exigua, en realidad— a incorporar textos que dejen en claro temas tales como el hecho de que el objetivo de la promoción y protección de las inversiones no puede ir en desmedro de metas públicas, como la protección de la salud, defensa, el medio ambiente, el consumidor y los derechos laborales internacionalmente reconocidos. Con ello, quedaría claro que si dos Estados suscriben un TBI que contemple dichos principios (expresados en el Preámbulo), éstos servirán como límites o riberas entre las cuales fluirán la promoción y protección de inversiones.

En congruencia con lo sustentado en líneas precedentes, el TBI Modelo de los Estados Unidos de América del 2012 (o *2012 Model BIT*) ha previsto la siguiente fórmula dentro de su preámbulo:

> Desiring to achieve these objectives [relacionados con la promoción y protección de inversiones, así como el respeto de los derechos de los inversores de las partes del TBI] in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationaly recognized labor rights.

Fórmula similar es la ofrecida por el TBI entre Australia y Egipto de 2001:[270]

> Considering that investment relations should be promoted and economic co–operation strengthened in accordance with the internationally accepted principles of mutual respect for sovereignty, equality, mutual benefit, non–discrimination and mutual confidence;

[270] Disposiciones similares también pueden ser encontradas en los TBI entre Corea del Sur y Trinidad & Tobago del 2002 y entre Estados Unidos y Uruguay del 2005, entre otros.

> Acknowledging that investments of investors of one Party in the territory of the other Party would be made within the framework of the laws of that other Party; and
>
> Recognising that pursuit of these objectives would be facilitated by a clear statement of principles relating to the protection of investments, combined with rules designed to render more effective the application of these principles within the territories of the Parties. (El subrayado es nuestro).

Nos parece por demás oportuna la redacción del Preámbulo del mencionado TBI, en tanto es fiel expresión de las intenciones de las partes (elemento de interpretación de un tratado), en el cual se deja en claro que las relaciones de inversiones y la cooperación económica deben ser promocionadas y fortalecidas en congruencia con los principios internacionalmente reconocidos de *Respeto mutuo de la soberanía*, *Igualdad*, *Beneficio mutuo*, *No discriminación* y de *Confianza mutua*. Asimismo, que las inversiones tienen que hacerse dentro del marco legal del país anfitrión.

En tal sentido, en vista de que no parece ser una práctica muy recurrida por países de nuestra región, incluido el Perú, creemos necesario brindar más atención a la confección de los preámbulos, pues éstos delimitan el marco teleológico sobre la base del cual un TBI podrá ser invocado o no en una controversia relativa a inversiones, lo que, a la larga, redunda en una correcta y eficiente interpretación y aplicación del TBI.

5.2. Definición sobre inversión según los TBI

Tal como hemos mencionado en el Capítulo I de este trabajo,[271] las definiciones de inversión varían según lo que acuerden las partes suscriptoras de un instrumento internacional. Sin embargo, conforme con criterios metodológicos y en congruencia con el propósito de esta investigación,

[271] Sección 2.2, Sub-Capítulo II.

debemos recalcar que, en el marco del Ciadi, no toda operación económica es considerada una inversión, sino que el término ha de ir acorde con lo que el Convenio establece. En tal sentido, las categorías de inversiones y el alcance del Convenio Ciadi no siempre podrían coincidir. Así, puede darse el caso que en términos del tratado de inversión, la operación sea considerada como una inversión, pero que no lo sea en los términos del Convenio Ciadi (y los autorizados y reconocidos criterios emanados en decisiones de sus tribunales arbitrales). Tal es el caso de algunos TBI que consideran meros planes o proyectos o estudios previos para una inversión, lo cual no es estimado como inversión en los términos del Ciadi.[272]

En general, el término «inversión» —en su acepción más primitiva— representa el desembolso de dinero que luego retorna con un adicional en tiempo y espacio ciertos y esperados. Actualmente, el concepto de inversión como monto dinerario ha sido superado, entendiéndose de manera mucho más lata, digamos como aquello destinado a la producción de bienes: muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y que se espera que en el futuro reivindique dicho aporte con una ganancia.

Particularmente, los TBI suelen incluir cinco categorías de bienes:[273]

i) Muebles e inmuebles;
ii) Acciones, obligaciones o créditos de empresas;
iii) Derechos contractuales;
iv) Derechos de propiedad intelectual; y
v) Concesiones.

Se sabe que en materia económica, el vocablo «bienes» está ligado a «patrimonio», en su condición de «mueble o inmueble», por lo que su

[272] Véase: pp. 82 y ss. del presente trabajo.
[273] Unctad. *International Investment Arrangements: Trends and emerging issues*. Ginebra: UN, 2006, p. 19.

acepción se entiende como algo restringida. En los TBI más antiguos encontramos la frecuente utilización del vocablo «bienes de capital» o «inversión de capital»;[274] el vocablo «capital», entendido éste en su acepción económica según el DRAE, como «factor de producción constituido por inmuebles, maquinaria o instalaciones de cualquier género, que, en colaboración con otros factores, principalmente el trabajo, se destina a la producción de bienes».[275] No obstante, de manera más amplia, actualmente se habla de «activos», en cuyo caso, también según el DRAE, se entiende como «conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo, y que se reflejan en su contabilidad», [276] con lo que este vocablo se hace más versátil y amplio.

De otro lado, conviene insistir en que los TBI presentan distintas formas de prever lo que implica «inversiones», que suelen graficar con una lista de operaciones económicas que, de manera exclusiva o no, podrían ser susceptibles de ser llamadas «inversión».

5.2.1. Tipos de cláusulas sobre definición de inversión

En atención a lo expresado anteriormente, identificamos tres tipos de cláusulas sobre la definición de «inversión»:

i) Cláusula *numerus apertus*, abierta u omnicomprensiva;,
ii) Cláusula *numerus clausus* o cerrada; y
iii) Cláusula tautológica o circular.

---

[274] Tal es el caso del primer TBI registrado, el TBI entre Alemania y Pakistán, de 1959.

[275] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia Española*. Madrid: Espasa, 2004, 22.ª edición.

[276] *Idem*.

5.2.1.1. Cláusula «numerus apertus», abierta u omnicomprensiva

Como hemos mencionado, los TBI suelen incorporar una lista de posibles operaciones susceptibles de ser consideradas como inversión (llamada «lista positiva»). La *cláusula «números apertus»*, *abierta u omnicomprensiva*, particularmente, utiliza las frases «todo activo», «cualquier tipo de activo» u otra similar[277] para describir lo que en un TBI se considera una inversión. Asimismo, incluye la referida «lista positiva», que grafica algunas operaciones que potencialmente serán calificadas como inversión, mas dejan en claro que tal lista no es taxativa, exclusiva o que agota lo que puede ser entendido como tal, sino que, por el contrario, pretende abrir el espectro y comprender cualquier operación no prevista en esa lista o una nueva y futura (y, por ende, no contemplada) forma de inversión que pueda ser incluida en la cobertura y protección de dicho tratado.

Tal como lo advierte su nomenclatura, esta cláusula tenderá a ser bastante heterodoxa, permeable y amplia, comprendiendo todo lo que pueda ser considerado un activo, como por ejemplo: bienes muebles e inmuebles, derechos reales, acciones, derechos de participación, bonos, derechos de propiedad intelectual, derechos contractuales, etc.

En esa misma línea, el TBI entre Argentina y Chile[278] presenta la siguiente fórmula:

> 1. El concepto «inversiones» designa, de conformidad con el ordenamiento jurídico del país receptor, todo tipo de bienes que el

[277] Por ejemplo, los TBI de Francia suelen utilizar la frase: «El término 'inversión' designa haberes [o activos] como bienes, derechos e intereses de toda naturaleza y particularmente, pero no exclusivamente […]», tal como el TBI entre Francia y Panamá de 1982: «Le terme "investissement" désigne des avoirs tels que les biens, droits et intérets de toute nature, et plus particuliérement mais non exclusivamente […]».

[278] Similares disposiciones podemos encontrar en el TBI entre Alemania y China de 2003.

> inversor de una Parte Contratante invierte en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de ésta, en particular, pero no exclusivamente:
>
> a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda;
> b) acciones, derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades, como también la capitalización de utilidades con derecho a ser transferidas al exterior;
> c) obligaciones o créditos directamente vinculados a una inversión, regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada;
> d) derechos de propiedad intelectual como, en especial, derechos de autor, patentes, diseños y modelos industriales y comerciales, procedimientos tecnológicos, *know-how* y valor llave;
> e) concesiones otorgadas por entidades de derecho público, incluidas las concesiones de prospección y explotación […]. (El subrayado es nuestro).

Este tipo de cláusula también puede ofrecer una variante mediante la cual excluye ciertas materias que, sobre la base de ese TBI, no serán consideradas como inversión y, por tanto, no serán protegidas por sus disposiciones. Esto se hace patente mediante una lista (llamada «lista negativa») de operaciones que bajo ningún motivo serán consideradas como inversión, utilizando generalmente la frase «pero inversión no significa» o «inversión no incluye» o «quedan excluidas» o cualquier otra similar. Así, por ejemplo, el TBI entre México y España del 2008 (que reemplaza el de 1996), además de expresar:

> 4. Inversión significa, entre otros, los siguientes activos […]. (El subrayado es nuestro).

También sostiene:

> […] pero [inversión] no incluye una obligación de una Parte Contratante o de una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

> d) un préstamo a una empresa […]. (El subrayado es nuestro).

Asimismo:

> […] Quedan excluidas de esta definición [de inversión] las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
> (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios […].
> (El subrayado es nuestro).

Por último, cabe señalar que este tipo de cláusulas suelen ser harto amplias y «su objetivo principal […] es garantizar protección a cuanta forma de inversión sea posible»,[279] siendo, precisamente, las cláusulas que contienen los borradores de negociación sobre la base de los cuales trabajan los países exportadores de capital, buscando una amplia protección de las inversiones de sus nacionales.[280]

En tal sentido, para nosotros es importante que de proponerse la cláusula *numerus apertus,* abierta u omnicomprensiva, los Estados evalúen el amplio nivel de compromiso que adquirirían respecto de las inversiones que se asienten en sus territorios y, en todo caso, evaluar la posibilidad de utilizar la variante de la «lista negativa».

En esa misma corriente, consideramos importante que cuando se apueste por una cláusula *numerus apertus*, abierta u omnicomprensiva —sobre todo cuando no se usa la variante de la «lista negativa»— que se deje expresamente establecido que dichos activos deberán, a su vez, poseer las características clásicas de una inversión: i) duración, ii) ganancia o retorno, iii) riesgo, iv) sustancia y v) desarrollo; criterios ampliamente aceptados en el marco del Ciadi. Encontramos un ejemplo cercano a nuestra propuesta en el TBI entre Estados Unidos y Uruguay del 2005:

---

[279] Unctad. Bilateral Investment Treaties 1995-2006… *Op. cit.*, p. 9.
[280] *Idem*.

Article 1
Definitions

> […] «investment» means every asset […] that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain and profit, or the assumption of risk. (El subrayado es nuestro).

Ello haría no tan extensa la aplicación del TBI, asegurando, a su vez, congruencia con los pronunciamientos en el marco de los arbitrajes de inversión auspiciados por el Ciadi y, sobre todo, asegurando claridad en arbitrajes llevados en instituciones, tales como la CCI o el Centro de Arbitraje de la CCI.

5.2.1.2. Cláusula «numerus clausus» o cerrada

En este tipo de cláusulas también se suele incluir una lista de operaciones susceptibles de ser consideradas como inversión; sin embargo (y a diferencia de la cláusula explicada en el acápite precedente), tiene la particularidad de ser cerrada; es decir, la lista que contiene no sirve sólo de ejemplo, sino que cierra la posibilidad de que otras operaciones, apartadas de lo que prevé expresamente el TBI, puedan ser calificadas como inversión y, por tanto, encontrarse cubiertas por los derechos que éste provee. En tal sentido, en su cláusula de definición de inversión, utilizan el escueto exordio «inversión significa:», enumerando a continuación la «lista positiva».

Ésta es una tendencia nueva, que se suele observar en los TBI de no muy antigua data. Tal es caso del TBI Modelo de Canadá (o *Canadian Model BIT*) del 2004:

Section A-Definitions
Article 1
Definitions

For the purpose Agreement:
[…]
Investment means:
(i) an enterprise;
(ii) an equity security of an enterprise [...]. (El subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar, no existe la afirmación típica de la *Cláusula Numerus Apertus, Abierta u Omnicomprensiva,* que deja en claro que tal lista no es exclusiva o que agota la posibilidad de que otras operaciones o activos califiquen como inversión; la *Cláusula Numerus Clausus o Cerrada* simplemente enumera aquello a lo que el TBI trata como inversión, cerrando la posibilidad de que otras operaciones ajenas a lo previsto expresamente por el TBI sean cubiertas y protegidas por el mismo.

Conviene precisar que aunque este tipo de TBI contemple en su «lista positiva» ciertas operaciones como inversión, ello no quiere decir que las que no lo están no sean inversiones *per se*, sino que por acuerdo y conveniencia de las Partes, éstas decidieron que, pese a que existen otras operaciones que caben efectivamente en la categoría de «inversión», aquéllas no sean cubiertas por dicho TBI, lo que entendemos como una suerte de analogía de la limitación del consentimiento que expresan los Estados frente al Ciadi para que ciertas materias no sean susceptibles de arbitraje.

Cabe señalar que esta cláusula también posee la variante de la «lista negativa», excluyendo expresamente operaciones que bajo ningún motivo serán consideradas como inversión, también utilizando, generalmente, la frase «pero inversión no significa». Así, el referido TBI Modelo de Canadá, en su mismo artículo 1, sostiene:

> But investment does not mean,
> (X) claims to money that arise solely from […]. (El subrayado es nuestro).

En nuestra opinión, aunque algo restrictiva, esta cláusula tiene la virtud de asegurar una mejor precisión sobre qué es lo que se entiende por «inversión»; al nombrar sin ambigüedades las operaciones pasibles de ser calificadas como inversión y, de ser el caso, expresamente aquéllas que no serán cubiertas por el TBI. Sin embargo, el hecho de que un país cierre demasiado las variedades de inversión susceptibles de protección, podría hacerlo ver como un país anfitrión de inversiones poco flexible con éstas, lo que le restaría competitividad frente a otros pares que también están inmersos en la carrera de atracción de inversiones para el desarrollo.

5.2.1.3. Cláusula tautológica o circular

Esta cláusula, también conocida en la doctrina anglosajona como *tautological definition of investment* (definición tautológica de inversión), se caracteriza por redundar en una misma idea para describir lo que significa «inversión». Utiliza la frase «inversión es definida como todo tipo de inversión». Al redundar o circular sobre un mismo eje o idea, lo que se busca con dicha cláusula es abarcar la mayor cantidad de operaciones para que éstas sean cubiertas por el TBI. Ello, a su vez, implica otorgar indirectamente altos grados de discreción para determinar lo que constituye una inversión al tribunal arbitral que pueda conocer acerca de la potencial controversia.

Pese a contener también la variante mediante la cual se elabora una «lista positiva» (abierta o no) de operaciones que podrían constituir una inversión en términos del TBI, la *cláusula tautológica o circular* ha sido objeto de críticas en tanto no aporta suficiente significado.[281]

---

[281] UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006… Op. cit.*, p. 10: «Although, tautological definitions are subject of criticism that they do not add sufficient».

En nuestra opinión, la definición tautológica busca —con buenas intenciones, seguro— que los bienes que proteja el TBI sean aquéllos que concuerden con las características de una inversión. No obstante, este tipo de cláusula da origen a las siguientes preguntas: ¿qué es lo que las partes entienden por «características de una inversión»? ¿Existe uniformidad en tales criterios? Sobre el particular, nos hemos manifestado en favor de seguir la autorizada voz del profesor Schreuer[282] y de los continuos pronunciamientos en el marco del Ciadi, los cuales siguen cinco características particulares de una inversión[283] y que debieran ser incorporadas en algún extremo del TBI para evitar ambigüedades y conflictos de interpretación.

En conclusión, mientras que los Estados que adoptan TBI que en sus textos contienen la cláusula *numerus clausus* o cerrada buscarían reducir la ambigüedad y, la mayor parte de las veces, la cantidad de operaciones susceptibles de ser catalogadas como una inversión cubierta por el TBI; los Estados que adoptan TBI que en sus textos contienen cláusulas tales como la *numerus apertus,* abierta u omnicomprensiva y la tautológica o circular, entendidas como cláusulas amplias, buscarían no escatimar: en la protección de las más diversas categorías de inversiones, sobre todo aquellos nuevos tipos que pudieran surgir en el futuro en el mundo de los negocios; ello, sin la necesidad de enmendar o modificar el tratado. Sin embargo, esto último podría ser perjudicial, en vista de que podrían incluirse inversiones que alguna de las partes no contemplaba incluir o que rebasan su capacidad de comprometerse internacionalmente a través de un tratado de inversión.

5.2.2. ¿Más límites a las cláusulas sobre definición de inversión?

Existe otra posibilidad de limitar las operaciones susceptibles de inversiones desde dentro de la cláusula sobre definición de inversión. Sin embargo, primero debemos remarcar que cuando utilizamos la palabra «limitar», no lo hacemos de manera conservadora, sino simplemente

[282] Véase: nota 143.

[283] Duración, ganancia, riesgo, sustancia y desarrollo.

para mencionar mecanismos que funcionen de acuerdo con los intereses que cada Estado pudiera tener y legítimamente aplicar al negociar un TBI. Además, hay que considerar que los intereses en el campo de la negociación de instrumentos internacionales dependen también de quién sea la contraparte, sobre todo en materia económica, pues los flujos de inversión que se manejan, las balanzas comerciales y demás aspectos económicos, hacen que se implementen estrategias caso por caso.

5.2.2.1 Conformidad con las normas internas del Estado receptor

Señalado lo anterior, dentro de las cláusulas sobre definición de inversión existen otras disposiciones que —cual adjetivos— las modifican o regulan, pudiendo con ello ejercer limitaciones a lo que, en términos del TBI, es factible entender como tal. Así, por ejemplo, podemos restringir dicha cláusula:

i) En función de si la inversión está hecha de acuerdo con las normas del país receptor de la inversión;

ii) En función de si la inversión fue hecha directamente en el territorio de una de las Partes; o,

iii) En función de si la inversión es controlada directa o indirectamente por el inversor que solicita la protección del tratado.

Esta disposición busca, independientemente del tipo de cláusula sobre definición de inversión que se haya adoptado, regular —cual adjetivo— qué tipos de inversiones están cubiertas por el TBI. Así, generalmente se sostiene que la inversión ha de haberse realizado en concordancia con las leyes y regulaciones previstas por el Estado receptor de la inversión. Un ejemplo de esta disposición es la que se encuentra en el TBI suscrito (mas no ratificado)[284] entre Nueva Zelanda y Argentina de 1999:

[284] Disponible en: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/150#iiaInnerMenu (noviembre 2015).

Article 1
Definitions

For the purpose of this Agreement:

[...]

(2) «investment» means[,] in conformity with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, every kind of asset […]. (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar en el texto del referido TBI, la *cláusula numerus apertus,* abierta u omnicomprensiva, está combinada con la disposición de conformidad con las normas internas del Estado receptor de la inversión.

En nuestra opinión, aquélla es una clara forma de asegurar la armonización del TBI con la legislación interna de ambas partes, procurando que cada una (es decir, sus inversores) respete las normas legales de su contraparte, incluidas, por supuesto, sus facultades de regular (permisos y acreditaciones al inversor) y sus políticas públicas (salud, defensa, medio ambiente, etc.). Creemos que esta disposición es pertinente y podría ir de la mano con un Preámbulo que exprese los principios reconocidos por el Derecho internacional de respeto mutuo de la soberanía de cada Estado, igualdad, mutuo beneficio, no discriminación y que la protección de dichas inversiones no vaya en desmedro de las políticas públicas referidas a temas neurálgicos para el Estado, tales como salud, defensa, medio ambiente, trabajo, protección al consumidor, etc.

Esta disposición puede ser perfectamente congruente con nuestra propuesta respecto de una «cláusula sobre corrupción»[285] (inversiones relacionadas con actos de corrupción), en vista de que todo acto de esa

[285] Véase: Sección 6.6 del presente Capítulo.

naturaleza es manifiestamente contrario a toda legislación y regulación en el Estado receptor de inversión.

5.2.2.2. Territorialidad de una inversión

Ésta es otra forma de añadir una particular característica a la definición de inversión. Consiste en prever que toda inversión (sea considerada como fuere según cualquier tipo de cláusula) de cualquier nacional de una de las partes, tenga la característica o requisito de haber sido efectiva o directamente realizada en el territorio de la otra parte contratante. Así, por ejemplo, el TBI entre Argelia y Argentina del 2000 sostiene:

> Artículo 1
> Definiciones
>
> (1) El Término Inversión: designa [...] todo tipo de activo, invertido por un inversor de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante según la legislación de esta última […]. (El subrayado es nuestro).

En nuestra opinión, esta disposición no está hecha en vano, pues podría servir como una suerte de barrera para el llamado *treaty shopping*, evitando, a su vez, múltiples demandas sobre la base del mismo hecho y por un mismo inversor que, a través, por ejemplo, de un *holding* pretende demandar simultáneamente al Estado en lo que comúnmente se conoce como un «proceso paralelo».

Conviene precisar que esta cláusula deberá leerse en estrecha relación con la posible definición de «territorio» que maneje el respectivo TBI.

5.2.2.3. Control de una inversión

Pese a ya habernos pronunciado respecto de esta materia en el marco de los procesos auspiciados por el Ciadi, es preciso señalar que el tema del control de la inversión es una forma de imprimir un requisito a ésta, lo

que es incorporado en la cláusula que la define como tal. En términos prácticos, esta restricción es planteada, tal como lo hicieron Francia y Arabia Saudita en su TBI del 2002:[286]

> 1. Le terme «investissement» désigne tous les avoirs de toute nature, tels que les biens, droits et revenus, détenus ou contrôlés par un investisseur de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante conformément à la législation de celle-ci et, plus particulièrement mais non exclusivement […]. (El subrayado es nuestro).

En efecto, versa el tratado: «activo […] poseído o controlado por un inversor de una de las Partes Contratantes». A la fecha de elaboración de la presente investigación, este tipo de fórmula aplicada por Francia no la hemos hallado en ningún TBI suscrito con país de habla hispana. Todos esos TBI tienen cláusulas por demás amplias u omnicomprensivas, sin la restricción antes comentada, por lo que no se encuentra una traducción oficial del vocablo «détenus» que, en estricto, proviene del verbo «poseer», lo que podría generar ciertos problemas, motivo por el cual creemos que únicamente se ha debido hablar de "control", entendido éste como propiedad.

Cabe mencionar que la «cláusula de definición de inversión» podría ser aún más restringida, si a «control» se hubiera añadido «directo», lo que, sin duda, hubiera hecho más ceñida la definición y aplicación del vocablo «inversión» en el marco del TBI.

5.3. Estándares de protección ofrecidos por los TBI

Tal como hemos manifestado, en nuestra opinión, los TBI contienen disposiciones que los hacen funcionalmente óptimos para, de un lado, (i) *garantizar y proteger los derechos de los inversionistas nacionales de las partes (función garantizadora de derechos)*; lo cual se ve traducido en los

[286] Similar disposición se encuentra en otros TBI suscritos por Estados Unidos.

estándares de protección y/o tratamiento que éstas ofrecen en beneficio de sus inversores y en el hecho de que el Estado en el que recaiga el rol de receptor de inversiones tendrá que respetar tales estándares y que en caso de no hacerlo, el inversor tendrá, por lo menos, la ventaja (en relación con la forma tradicional) de accionar directamente contra el Estado para que sea un tribunal arbitral el que haga, de ser el caso, prevalecer lo acordado por las partes en el TBI.

En este sentido —y sólo para graficarlo por métodos didácticos y atendiendo a las diferencias entre uno y otro—, un TBI funcionaría como una suerte «póliza de seguro», pero no una póliza de seguro contra malas gestiones empresariales,[287] sino contra los actos u omisiones de los Estados receptores de inversión que pudieran lacerar los estándares de protección ofrecidos por dicho instrumento internacional, los cuales los Estados (libremente) se comprometieron a brindar. Funcionamiento que se dará *motu proprio* o a través de la decisión de un tribunal arbitral, que, en términos del tratado, será definitiva y de obligatorio acatamiento por las partes.

De otro lado, los TBI son funcionalmente óptimos también para *ii) «establecer un marco transparente de inversión y de promoción del territorio de las partes como lugar ideal para invertir, lo que se espera redunde en el desarrollo de dicho Estado receptor (función promotora de inversión)»*. Como ya hemos visto, en el contexto económico actual, los Estados reemplazaron (por lo menos en gran parte) el tradicional mecanismo de financiamiento (adquisición de deuda externa) por la captación de inversiones, lo que implicó que muchos Estados adecúen sus políticas y legislaciones para competir con otros Estados que también requieren de dichas inversiones. La normalización o estandarización (con algunas particularidades, *mutatis mutandis*, propias de cada realidad) de las disposiciones, adoptando instrumentos internacionales como los TBI, generó un ambiente propicio para atraer tales inversiones, proyectando

[287] Véase: nota 110, Capítulo I.

transparencia y promoviendo la inversión en sus territorios para coadyuvar al desarrollo de sus naciones.

La práctica en los TBI incluye tradicionalmente seis estándares de protección o tratamiento: (i) trato nacional, (ii) trato de nación más favorecida. Estos dos primeros están considerados en la clasificación llamada «estándares relativos», en tanto se invocan o se hacen válidos a través de la referencia al tratamiento que reciben otros inversores. Asimismo, tenemos los llamados «estándares absolutos», llamados así porque funcionan independientemente del trato que se le pueda dar a terceros inversores, no siendo necesaria referencia alguna. Entre ellos tenemos: (iii) trato justo y equitativo, (iv) plena protección y seguridad, (v) protección en caso de expropiación y (vi) libre transferencia de fondos.

Por último, conviene precisar que estos estándares de protección y/o tratamiento son considerados como principios, los cuales, entre otros, existen y han sido reconocidos por la práctica internacional aun desde antes de que fueran recogidos por los diversos instrumentos internacionales que hoy existen. En este contexto, cabe añadir que son estos principios los que han originado —entre otros— tratados como los TBI y no al revés.[288]

5.3.1. Estándares Relativos

A. Trato nacional

El estándar de protección o de tratamiento llamado «trato nacional» (en adelante, TN) o «*national treatment*» es aquél por el cual un Estado se

[288] Como bien ha señalado el profesor De Trazegnies: «Pero quizá la característica más interesante de este Derecho de la Inversión Extranjera es la preponderancia de los principios tanto sobre el incipiente Derecho positivo internacional como también sobre las legislaciones nacionales […] Por consiguiente, no son los TBIs que dan origen a los principios sino los principios que dan origen a los TBIs». De Trazegnies Granda, Fernando.«Arbitrando la inversión»… *Op. cit.*, p. 160.

compromete a brindar a los inversores extranjeros y/o sus inversiones que operan en su territorio un trato no menos favorable que el brindado a sus nacionales.[289]

Como es evidente, este estándar se halla ligado a un compromiso de no discriminar que, como observaremos, también se encuentra ligado a muchos —si es que no todos— los estándares de protección o tratamiento ofrecidos por los TBI, sobre todo a un «pariente muy cercano» del TN: el Trato de Nación más favorecida.

Cabe señalar que el TN implica una obligación de no discriminar entre un inversor nacional y uno extranjero, lo cual busca impedir una competencia desleal que termine perjudicando a este último frente a preferencias irracionales e injustificadas de Estados receptores para con sus inversores nacionales. Aquella discriminación puede concretarse en una acción o en una omisión por parte del Estado para con los inversores extranjeros. Ahora bien, dicha discriminación tiene un parámetro respecto del cual se determina si un acto se configura como discriminatorio. Ello está constituido por sus acciones u omisiones en relación con sus nacionales. En otras palabras, en el caso del estándar de TN, una acción u omisión es discriminatoria si es que implica una diferenciación negativa entre inversores nacionales y extranjeros, siendo los perjudicados estos últimos.

Nosotros nos referimos no sólo a una «discriminación», sino a una discriminación «negativa». El adjetivo que usamos no es ocioso, pues la realidad nos enseña que ciertamente se pueden dar actos «discriminatorios» o preferenciales entre un inversor nacional y otro extranjero, siendo este último el beneficiario de la preferencia, lo que se podría

[289] Los TBI en donde no se suele incluir una cláusula de TN son aquellos que —entendemos—, procuran no limitar su capacidad para ejercer irrestrictamente un trato más favorable para sus nacionales. Sin embargo, esa intención podría verse frustrada si es que el Estado tiene en dicho TBI una cláusula de nación más favorecida, cuyos efectos veremos en el acápite B de esta sección.

traducir en incentivos y seguridades —tales como los previstos en el propio TBI— de los que un inversor nacional no goza. Al respecto, las posiciones no son pacíficas, pues existen opiniones divergentes respecto de si es idóneo (y hasta constitucional) este tipo de discriminación o preferencias.[290]

De lo anterior, es evidente concluir que la aplicación del estándar de TN implica un examen entre el trato ofrecido a las inversiones o los inversores nacionales de una parte contratante y las inversiones o los inversores extranjeros de la otra parte contratante.

Es necesario precisar que este estándar puede ser susceptible de excepciones, siempre que las partes así lo establezcan. Por ejemplo, el TBI entre Reino Unido y Vietnam del 2002 establece en su artículo 3 lo siguiente:

> Article 3
> National Treatment and Most-Favoured-Nation Provisions
>
> [...]
>
> (3) Notwithstanding paragraphs (1) and (2) of this Article [sobre trato nacional y trato de nación más favorecida], the Government of Vietnam may maintain in force those measures, provided for in Vietnamese Law at the date on which this Agreement was signed and set out in the Annex to this Agreement as exceptions to the grant of treatment not less favourable than that accorded to its own companies or nationals.

[290] De manera anecdótica, recordamos cuando en el II Congreso Peruano Internacional de Arbitraje 2008, llevado a cabo en la ciudad de Lima, Fernando Mantilla Serrano, ExMiembro de la Corte Internacional de Arbitraje de París de la CCI, consultado sobre este tema, se pronunció al respecto con la frase: «¿Y qué?», en alusión a la diferenciación a favor de los inversores extranjeros, sosteniendo que son finalmente los propios Estados los que libremente se comprometen a brindar estándares tan altos de protección.

Estas excepciones pueden estar dadas —como en el caso del citado TBI— en temas tales como: subsidios y ayudas brindadas a las compañías locales, tarifas y en ciertos bienes y servicios bajo el control del Estado; y presentarse en sectores tales como: televisión, prensa, telecomunicaciones, servicios bancarios y de turismo, seguros, etc.[291]

Otro tema recurrente e importante respecto del TN es si éste se aplica indiscriminadamente, es decir, a cualquier inversor y en cualquier área de producción. Al respecto, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE u OECD, por sus siglas en inglés: *Organization for Economic Co–operation and Development*), en su «Declaración sobre la Inversión Internacional y Empresas Multinacionales», suscrita el 25 de julio de 2008 por nuestro país,[292] establece que:

> The national Treatment Instrument sets out member countries' commitment to accord to foreign–controlled enterprises operating in their territories treatment no less favourable than that accorded to domestic enterprises in like situations. (El subrayado es nuestro).

En efecto, para la OECD, este trato no menos favorable en comparación con las inversiones o inversores nacionales debe darse en «situaciones similares» (*like situations* o *in like circumstances*). Esta fórmula ha

---

[291] De hecho, muchos de los TLC suscritos por el Perú contienen este tipo de excepciones, bajo la denominación «medidas disconformes». Véase: cláusula 10.13 del TLC Perú-EEUU.

[292] Es preciso señalar que el Perú no es Parte de la OECD: (aunque es parte del "Programa País", el cual inauguró) y que su adhesión a dicha Declaración tampoco le da ese carácter. Los otros Estados No-Miembros que suscribieron tal declaración son: Argentina, Brasil, Chile, Egipto, Eslovenia, Estonia, Israel, Latvia, Lituania y Rumania. Véase: «Perú se adhiere a la Declaración de la OCDE sobre la Inversión Internacional», disponible en: http://www.oecd.org/document/58/0,3343,en_2649_34487_41107386_1_1_1_1,00.html (noviembre 2015).

sido incorporada en los TBI de las últimas décadas.[293] Así, por ejemplo, el TBI entre Estados Unidos y Ruanda del 2008,[294] en su numeral 1 del artículo 3 sobre TN, establece lo siguiente:

> Article 3: National Treatment
>
> 1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors […]. (El subrayado es nuestro).

Es conveniente señalar que la discriminación proveniente de un Estado podría tomar forma a través de un acto regulatorio (discriminación *de iure*) o a través de un hecho (discriminación *de facto*). Una disposición del tipo del citado TBI implicaría que no todo acto del Estado se consideraría discriminatorio, sino que lo sería cuando la supuesta discriminación o trato distinto entre un inversor nacional y otro extranjero se diera en «circunstancias similares» o «situaciones similares». Así, un trato distinto por parte del Estado receptor de la inversión entre un inversor nacional y otro extranjero no será discriminatorio y violatorio del TBI, si es que tales inversores (o sus inversiones) no estuvieran en «circunstancias similares» o «situaciones similares». De no ser ése el caso, no habría violación de una obligación internacional prevista en el TBI correspondiente, lo que implica la necesidad de realizar un examen caso por caso. Sobre el particular, la Unctad,[295] en concordancia con la práctica arbitral, entiende lo siguiente:

> The inclusion of 'in like circumstances' has led arbitral panels to adopt a «two-step» approach when determining whether a particular measure violates the national treatment standard. Several arbitral tribunals followed an analysis in which the tribunal first verified whether there were in fact differences in treatment

[293] Con una decidida práctica al respecto por parte de Estados Unidos desde los noventa.

[294] Disposiciones similares pueden encontrarse en otros TBI suscritos por Estados Unidos y también en el artículo 2 del TBI entre Japón y Vietnam del 2003.

[295] Unctad. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006… Op. cit.*, p. 36.

> between domestic and foreign investors or their investments. If a difference was found, the tribunal then addressed the issue whether investors or investments were «in like circumstances» […]. (El subrayado es nuestro).

Entonces, serían dos los pasos a adoptar: i) la verificación de si hubo diferencias en el trato y, ii) si tal diferencia de trato existió, verificar si los inversores o sus inversiones estuvieron en «circunstancias similares». Si y sólo si el caso en concreto pasara este *test* (es decir, si hubiera una diferencia y los inversores, nacionales y extranjeros, y sus respectivas inversiones estuvieran en iguales circunstancias), nos encontraríamos con un acto que viola los términos de una cláusula que prevé el TN según la redacción analizada.

No obstante lo anterior, se cuenta con el desafortunado caso entre *Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador*,[296] llevado a cabo bajo las Reglas Uncitral. En este caso (que pese a no llevarse a cabo en el seno del Ciadi también reviste importancia), *Occidental Exploration and Production Company* (en adelante, Oxy) llevó a un arbitraje a Ecuador en virtud del TBI de 1993 entre dicho país y Estados Unidos, una controversia respecto de solicitudes de reembolso del impuesto al valor agregado (IVA). En tal arbitraje, Oxy sostuvo que Ecuador había violado, entre otros, el estándar de TN al haber otorgado dicha devolución a otras empresas (ajenas al sector petrolero, al cual pertenecía la referida transnacional) y no a ella. A su vez, entre otros temas, Ecuador argumentaba que el supuesto acto que Oxy reclamaba como discriminatorio no había sido tal, en tanto no se cumplía con lo que el TBI disponía, es decir, que se refiera a un «trato menos favorable» en relación con el brindado a inversores de otros Estados «en situaciones similares».

La polémica decisión del tribunal arbitral (integrado por Francisco Orrego Vicuña, en calidad de Presidente, Charles N. Brower y Patrick

[296] London Court of International Arbitration Administered. Case n.º UN 3467, del 1 de julio de 2004.

Barrera Sweeney), aun sin tomar en cuenta las discutibles posiciones respecto de la «*fork in the road clause*» y el conocimiento de la materia pese a que la controversia estaba dentro del ámbito tributario, exceptuado por el TBI, sostuvo que Ecuador había violado dicho estándar, no obstante que la denegación de devolución del IVA —que según Ecuador— fue realizada por su autoridad tributaria de manera legal, y siendo además que dicha medida se aplicó para todas las empresas del sector petrolero —rubro en el que se encontraba Oxy—. Asimismo, el tribunal arbitral sostuvo que el TN «en situaciones similares» no tenía el sentido restringido que le atribuía Ecuador, quien sostenía que «en situaciones similares» implicaba un «tratamiento igualitario entre iguales», señalando que el propósito de dicho estándar era proteger a los inversores extranjeros comparándolos con los nacionales, sin importar a qué sector pertenecieran y que con ello —en nuestra opinión— se soslaye la condición de que un acto discriminatorio (menos favorable), para que sea tal, tenga que darse en «situaciones similares».

Para Zuleta Jaramillo,[297] el referido laudo generó una duda fundamental, en tanto se debe recordar que «Ecuador había dado el mismo tratamiento en materia del IVA a todas las compañías exportadoras de petróleo, fueran ellas nacionales o extranjeras; es decir, un tratamiento igual a quienes eran iguales», hecho que lamentablemente no fue previsto por el colegiado. En relación con el mencionado caso, el mismo profesor, acertadamente, cuestiona: «¿Habría violación del tratamiento nacional si no se da a todos los nacionales y extranjeros el mismo tratamiento tributario cualquiera sea su actividad? ¿No es posible entonces para un Estado establecer una tarifa diferencial del IVA, dependiendo de la actividad o de los productos sujetos al gravamen porque ello violaría la obligación de dar al inversionista extranjero el mismo tratamiento que al nacional?».

---

[297] Zuleta Jaramillo, Eduardo. «¿El regreso de las cañoneras y Calvo?: hacia dónde va el Arbitraje entre inversionistas y Estados». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2005, n.º 2, pp. 170 y ss.

Creemos que un Estado tiene la soberana y legítima facultad de establecer tarifas diferenciales del IVA, de acuerdo con criterios técnicos (incluyendo el grado de gravamen según el sector) y que estos actos no deberían ser considerados como violatorios de un estándar de protección previstos por un TBI, siempre que guarden racionalidad y legalidad.

En tal sentido y a manera de conclusión, en opinión nuestra —que apunta hacia una mayor claridad en el Arbitraje de Inversión—, las disposiciones en materia de TN que no establecen fronteras claras «pecan» de radicalmente heterodoxas, pues las interpretaciones que pudieran hacer los tribunales arbitrales en ciertos casos (incluso en casos similares) podrían ser contradictorias;[298] siendo que las disposiciones de TN podrían usarse desatinadamente, llegando al extremo de minar cualquier acto (legítimo, por cierto) de regulación por parte del Estado receptor de inversión, incluso si éste careciera de alevosa intención o simplemente no perjudicara sustancialmente las inversiones de los extranjeros, hechos que, en nuestra opinión, irían en contra de lo que un TBI debería perseguir (fomento de las inversiones con respeto, tanto a los inversores como a los Estados) o de la clara voluntad de este estándar de protección o tratamiento: el establecimiento de una relación inversionista–Estado justa, eficiente y de leal competencia.

B. Trato de nación más favorecida

El estándar de protección y/o tratamiento conocido como «trato de nación más favorecida» (en adelante, TNMF) o *most-favoured-nation treatment* (MFN)[299] es aquél mediante el cual un Estado se compromete a brindar a los inversores extranjeros y/o sus inversiones que operan en su territorio, un trato no menos favorable que el brindado a los nacionales de otros Estados y/o a sus inversiones.

---

[298] En este análisis se debe tomar en cuenta también la falta de obligatoriedad por parte de los colegiados, de seguir decisiones de anteriores tribunales.

[299] También se le conoce como «cláusula de nación más favorecida» (CNMF) o *most-favoured-nation clause* (MFNC).

Como mencionamos en la sección precedente, al igual que el TN, el TNMF también está íntimamente ligado a la obligación de no discriminar.[300] En este sentido, tal discriminación podría darse a través de un acto regulatorio (discriminación *de iure*) o a través de un hecho en concreto (discriminación *de facto*). Sin embargo, esta vez, el parámetro de comparación para determinar si un acto es discriminatorio o no, ya no lo constituye el trato brindado hacia los nacionales del Estado receptor de la inversión o sus inversiones, tal como sucede en el TN, sino el trato brindado hacia inversores nacionales de otros Estados y/o sus inversiones.

En efecto, un Estado quebrará una disposición de TNMF, en tanto ofrezca un trato diferenciado menos favorable al inversor y/o inversiones de su contraparte, teniendo como referente el trato ofrecido a otros Estados.

Concretamente, la aplicación del TNMF es invocada por un inversor que arguye haber recibido un trato menos favorable que los inversores de otros Estados, siendo que para que dicha aplicación sea efectiva, deberán existir por lo menos dos tratados. El primero, que contenga la cláusula de NMF, al cual, con fines didácticos, llamaremos «tratado base» o «tratado vínculo»[301] y el segundo, que contenga las disposiciones que sirvan de parámetro del trato menos favorable, al cual, con los mismos fines, llamaremos «tratado vinculado».

---

[300] Así, por ejemplo, el profesor Gaillard refiere: «The purpose of the MFN standard is to prevent discrimination against the nationals of different countries and ascertain equality of treatment regardless of nationality». Gaillard, Emmanuel. «Establishing jurisdiction through a most-favoured-nation clause». En *New York Law Journal*, junio 2005, vol. 233, n.º 105, p. 1.

[301] Tal como lo expresa la CIJ en el Caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní [Caso CIJ: Compañía de Petróleos Anglo-Iraní (*Reino Unido vs. Irán*), 1951]: «Es este tratado [el llamado "base" o "vínculo"] el que establece el nexo jurídico entre el Reino Unido y un tratado con un tercer país [tratado "vinculado"] y que confiere a ese Estado los derechos de que goza el tercero». Véase: Corte Internacional de Justicia. *Reports*. La Haya: CIJ, 1952, p. 109.

En ese sentido, tal como lo señala el *working paper* sobre TNMF de la OECD:[302]

> Most-Favoured-Nation (MFN) clauses link investment agreements by ensuring that the parties to one treaty provide treatment no less favourable than the treatment they provide under other treaties in areas covered by the clause.

En efecto, se estaría ejerciendo un vínculo indirecto entre distintos tratados y sus disposiciones, creando una suerte de red al generar que las partes de un tratado provean, en concordancia con los alcances de la respectiva cláusula de NMF, un trato no menos favorable a sus contrapartes que el trato que ofrecen bajo otros tratados, lo que evidentemente trae consigo un considerable grado de complejidad al aplicar dicho estándar en ese contexto.

De otro lado, es natural sostener que los posibles alcances y detalles de la aplicación del TNMF variarán según la fórmula o lenguaje planteado en cada tratado. Sin embargo, sea como sea, si el tratado vinculado contempla uno o más temas que no contiene el tratado base o tratado vínculo, dicha materia será *res inter alios acta* y, por tanto, no aplicable a favor del solicitante.

Entonces, es oportuno señalar que tanto en teoría como (sobre todo) en la práctica, este estándar de protección o tratamiento trae consigo algunos interrogantes respecto de su aplicación: ¿El TNMF debe aplicarse teniendo como parámetro cualquier otro Estado vinculado con el Estado receptor de la inversión mediante cualquier instrumento? ¿El TNMF se debe aplicar indiscriminadamente a derechos sustantivos o adjetivos? ¿El TNMF se aplica a cualquier inversor? ¿El TNMF se aplica en cualquier circunstancia? ¿Pueden aplicarse excepciones al TNMF? Entre otros,

---

[302] ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. «Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law». En *International Investment Law: a changing landscape*. París: OECD, 2005, p. 128.

éstos son algunos interrogantes que deberían ser respondidos para una aplicación más coherente y transparente de dicho estándar, interrogantes que abordaremos en los párrafos siguientes.

En relación con sus antecedentes históricos, este estándar de protección o tratamiento fue pilar central de los esfuerzos de la posguerra por establecer un sistema de garantías contra la discriminación en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés: *General Agreement on Tariffs and Trade*) y posteriormente en la Organización Mundial de Comercio (OMC),[303] con lo que, de alguna manera, dados los complejos inconvenientes que su aplicación ha generado, se puede afirmar que su origen y objetivo no fueron considerados al trasladar el TNMF al ámbito de los TBI; tampoco sus consecuencias,[304] lo que ha provocado ciertas colisiones en el Arbitraje de Inversión. El profesor Kurtz[305] es categórico al señalar que:

> The transport of the MFN Standard from trade into the investment fields seems to have been done without any real analysis as to the implications of this transport. The difficulty with this lack of guidance or forethought is amplified by the potentially broader scope of operation for MFN treatment when applied in the investment context.

---

[303] Kurtz, Jürgen. «The MFN standard and foreign investment. An uneasy fit?». En *The Journal of World Investment & Trade*, 2004, vol. 5, n.º 6, p. 861. Agradecemos de manera especial al autor por habernos cedido cordialmente el presente artículo.

[304] Recordemos que el contexto en el GATT es otro. Se habla, en primer lugar, de temas de comercio, los cuales tienen particularidades distintas del tema de inversiones. Asimismo, se ha de recordar que aun en el marco de la OMC, el TNMF posee excepciones y que, pese a que tanto en ese contexto como en el de inversiones se busca evitar discriminaciones, en el primero se busca la liberalización de productos, fin que no persiguen *per se* los TBI. Asimismo, el TNMF, en el marco de la OMC se refiere a temas relacionados con aranceles, los cuales son meridianamente fáciles de cuantificar, mientras lo mismo no sucede en el ámbito de las inversiones.

[305] Kurtz, Jürgen. *Op. cit.*, p. 867.

En efecto, un eventual alcance amplio de la cláusula de NMF en el contexto de las inversiones sin un correcto establecimiento de sus parámetros, podría hacer aún más grande la dificultad en su aplicación. En tal sentido —reiteramos una vez más— el dinámico y complejo fenómeno del arbitraje de inversión (impulsado por los TBI) requiere de precisiones que hagan posible una más clara aplicación de sus instituciones, tales como el TNMF, sin que ello signifique —cabe señalar— la desnaturalización o neutralización de sus efectos positivos.[306]

Por lo pronto, en atención a uno de los interrogantes planteados, consideramos que el TNMF, en el marco de los TBI, no puede medirse con instrumentos internacionales distintos de éstos. Ello implica que siempre deberá tener como parámetro otro TBI suscrito por el Estado en donde un inversor invierte, es decir, el Estado al que se le imputa un trato discriminatorio. Esta idea podría ser concluida de la definición que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas[307] (CDI-NU) ofrece respecto del TNMF:

> Most-Favoured-Nation treatment is a treatment according by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State or to a third State or to persons or to things in the same relationship with that third State. (El subrayado es nuestro).

Tal como lo establece la CDI-NU, el TNMF debe darse en el contexto de la «misma relación», es decir, del mismo tipo de vínculo jurídico. Siendo ello así, por ejemplo, un inversor no podría alegar discriminación por parte del Estado receptor de inversión en función del trato

---

306 Para graficar nuestra opinión, mencionamos que, refiriéndose a las implicancias del caso Maffezini sobre el tema del estándar de NMF (caso que será analizado en líneas posteriores), el profesor Kurtz hace la observación de que éste ha llevado a revisar a algunos Estados sus políticas de TBI en dicho extremo. Véase: KURTZ, Jürgen. *Op. cit.*, p. 883.

307 Véase: http://www.un.org/law/ilc/index.htm (noviembre 2015).

que se brinda a inversores de otros Estados producto de un TLC. En particular, el TBI entre Alemania y China de 2003 señala lo siguiente:

> Article 3
> Treatment of Investment
>
> [...]
>
> (4) The provisions of Paragraphs 1 to 3 [entre ellos, el TNMF] of this Article shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of other Contracting Party to benefit of any treatment, preference or privilege by virtue of:
>
> *a)* any membership or association with any existing or future customs union, free trade zone, economic union, common market;
>
> *b)* any double taxation agreement regarding matters of taxation.

Se puede apreciar que, para mayor claridad, el TBI mencionado prevé una fórmula que contiene la precisión respecto de que, entre otros, el estándar de TNMF no se mide en función de otro instrumento que no sea otro TBI.

De otro lado, existe el interrogante acerca de si este estándar debe aplicarse indiscriminadamente, es decir, a cualquier inversor o inversión y en cualquier circunstancia. En opinión del profesor Kurtz,[308] el alcance de operación del TNMF en la arena de las inversiones es probablemente mucho más amplio que el previsto en el comercio de bienes, pudiendo también extenderse potencialmente a todas las industrias y todas las actividades de inversión.[309]

---

[308] KURTZ, Jürgen. *Op. cit.*, p. 868.

[309] He aquí una de las oportunidades para que los tribunales arbitrales demuestren coherencia a través de sus decisiones, coadyuvando a cerrar las brechas que algunas disposiciones de ciertos TBI podrían provocar.

En este extremo, creemos que sería importante aplicar la fórmula *in like circumstances* o *in like situations* —previamente postulada para el TN—, lo que implicaría que no todo acto del Estado se considere discriminatorio, sino sólo cuando la supuesta discriminación o trato distinto entre un inversor de un Estado en particular y un inversor de otra nacionalidad se diera en «circunstancias similares» o «situaciones similares»; considerando, además, que esta fórmula imprime flexibilidad para permitir un trato diferenciado entre inversores extranjeros que se encuentren objetivamente en diferentes situaciones, es decir, en diferentes sectores de la actividad económica o que se trate de empresas de diferente tamaño.[310] Así, un trato distinto a inversores de distintos Estados no será discriminatorio y, por lo tanto, violatorio del TBI si es que tales inversores (o sus inversiones) no estuvieran en «circunstancias similares» o «situaciones similares», lo que, evidentemente, necesitaría un examen caso por caso. En tal sentido, tomando en cuenta esta sugerencia, lo primero que habría que preguntarse es si los inversores (o sus inversiones) se encuentran en situaciones similares, a saber: si se encuentran en el mismo sector económico. Luego de ello, analizar si, en efecto, hubo discriminación en dicha relación «en circunstancias similares» con tales inversores extranjeros y/o sus inversiones.

En este extremo, es oportuno mencionar que algunas iniciativas, tales como la de la OECD en el *working paper* previamente citado, añaden un elemento de juicio adicional que, de alguna u otra manera, podría ser polémico en cuanto a su subjetividad: establecer por lo menos una pequeña cuota de motivación o propósito en la discriminación. Nosotros hemos decidido no incorporar ese elemento de juicio, pues hay oportunidades en las que, aun en ausencia de «dolo», el Estado, con sus actos, mella sustancialmente la inversión. Ello es más claro en el tema de las expropiaciones, en cuyo caso los tribunales arbitrales se han pronunciado respecto de que no habría necesidad de que sean ejecutadas con «dolo» para que sean consideradas como tales, como veremos más adelante.

---

[310] KURTZ, Jürgen. *Op. cit.*, p. 874.

Entre los instrumentos internacionales que prevén el uso de la fórmula «en similares circunstancias», tenemos, por ejemplo, los TBI Modelo de Canadá y de Estados Unidos, del 2004 y 2012, respectivamente.

Otros de los interrogantes en relación con este estándar es si dicha cláusula debe ser aplicada respecto de aspectos de forma o de fondo, es decir, respecto de derechos adjetivos o de derechos sustantivos previstos por el TBI o también si existen casos en que se exceptúe la aplicación de dicho estándar. Sobre el particular, es oportuno recordar la impronta que dejó el llamado caso Maffezini,[311] que, en realidad, no fue el primer caso en donde se invocó la CNMF proveniente de un TBI,[312] pero sí el que más relevancia ha tenido en la arena arbitral.

Emilio Agustín Maffezini era un ciudadano argentino que invirtió, a través de un *joint venture* con una entidad de propiedad española, en Galicia, en el rubro de producción y distribución de químicos. Tras una serie de eventos, Maffezini presentó una solicitud de arbitraje ante el Ciadi, al amparo del TBI entre España y Argentina (en adelante, tratado base o tratado vínculo) del 3 de octubre de 1991. En dicha solicitud, Maffezini invocó la aplicación de ciertas disposiciones del TBI entre Chile y España (en adelante, tratado vinculado), del 2 de octubre de 1991, en virtud de la cláusula de NMF prevista en el tratado base o vínculo. Para Maffezini, España, producto de las disposiciones del tratado base, le brindaba un trato menos favorable: ello, en relación con los inversores cubiertos por el tratado vinculado. El trato menos favorable —sostuvo— consistía en que la disposición en el tratado base respecto del sometimiento de la controversia previamente al Poder Judicial español (agotamiento de la vía previa)[313] constituía un trato menos favorable que el ofrecido a los inversores beneficiados con el tratado vinculado,

---

311 *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España*. Caso Ciadi n.º ARB/97/7. Laudo sobre jurisdicción de 25 de enero de 2000 y laudo del 13 de noviembre de 2000.

312 Véase: *Asian Agricultural Products (AAPL) vs. República Democrática Socialista de Sri Lanka*. Caso Ciadi n.º ARB/87/3. Laudo del 27 de junio de 1990.

313 Artículo x.

por lo cual, en virtud de la cláusula de NMF previamente citada, pedía que se le aplicara este último, que no preveía la condición del agotamiento de la vía previa, sino que facultaba a los inversores a iniciar directamente un arbitraje,[314] hecho que finalmente fue consentido por el tribunal arbitral.[315]

Es importante citar el presente caso, porque una de las cuestiones sometidas a juicio del Tribunal Arbitral de esta causa, fue si el alcance del estándar de TNMF abarcaba tanto derechos adjetivos (o procesales) como derechos sustantivos (o materiales). Naturalmente, Maffezini sostenía que nada impedía que la cláusula de NMF abarcase tanto aspectos de forma o adjetivos como aspectos de fondo o sustantivos. Su contraparte —en lo que consideramos un argumento, por lo menos, interesante— sostenía, invocando la regla *ejusdem generis*,[316] que la cláusula de NMF se refería sólo a aspectos sustantivos ofrecidos por los instrumentos internacionales, no así a los aspectos adjetivos, procesales o jurisdiccionales, siendo que «la cláusula de la nación más favorecida sólo puede tener aplicación respecto de la misma materia y no puede hacerse extensiva a cuestiones distintas de las previstas en el tratado básico».[317]

Lo cierto es que en el caso Maffezini, el tribunal arbitral consideró que la cláusula de NMF contenida en el tratado base incluía no sólo los

---

[314] Artículo 10.

[315] El profesor Kurtz es firme crítico del laudo emitido en el caso Maffezini, pues señala que dicho colegiado no sustentó este extremo de su decisión, no explicando cómo es que la disposición contenida en el tratado base era menos favorable que la prevista en el tratado vínculo. Véase: Kurtz, Jürgen, *Op. cit.*, p: 880: «The trigger is whether the domestic court pre-condition under the Argentina-Spain BIT accords less favourable treatment' than the direct arbitral mechanism under the Chile-Spain BIT. The Tribunal seems to have assumed that this is the case […]. The lack of a rigorous comparison between the two forms of adjudication is a serious flaw in the Tribunal's reasoning and the one which should (but most likely will not) weaken its influence amongst later arbitral tribunals».

[316] La voz latina *ejusdem generis* quiere decir «del mismo tipo o clase».

[317] *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España*. Caso Ciadi n.º ARB/97/7. Laudo sobre jurisdicción del 25 de enero de 2000, párrafo 41.

aspectos sustantivos, sino también los aspectos adjetivos provenientes de las disposiciones sobre solución de controversias previstas en dicho tratado. Así, el tribunal arbitral señaló:

> A la luz de las consideraciones expuestas, el Tribunal es de la opinión que el Demandante ha demostrado convincentemente que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI [Acuerdo Bilateral de Inversión] Argentina–España comprende las disposiciones sobre solución de controversias de este tratado. Por consiguiente, sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile–España y la política jurídica adoptada por España respecto del tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, el Tribunal concluye que el Demandante tiene derecho a someter la controversia actual a Arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles.[318]

En efecto, el tribunal arbitral no sólo contrastó ambos instrumentos internacionales, sino que también aplicó la Regla General de Interpretación de los Tratados, los Medios de Interpretación Complementarios que provee el Derecho internacional[319] y la regla *ejusdem generis*, que en palabras de la Comisión de Arbitraje de la CIJ, en el marco del caso Ambatielos,[320] implicaba que «la cláusula de NMF sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquél al que se refiere la propia cláusula»;[321] entre otros criterios, para alcanzar su decisión. Sin embargo, se debe hacer la precisión en el sentido de que dicha conclusión fue fuertemente influida, sobre todo, por uno de los elementos de juicio previstos en el tratado base. Nos referimos a un extremo de la disposición del TBI España-Argentina, el cual señalaba lo siguiente:

---

[318] *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España*. Caso Ciadi n.º ARB/97/7. Laudo sobre jurisdicción del 25 de enero de 2000, párrafo 64.

[319] Véase: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículos 31 y 32.

[320] Caso CIJ: Ambatielos (*Grecia vs. Reino Unido*), 1951.

[321] Naciones Unidas. *Reports of International Arbitral Awards*. Nueva York: NN.UU., 1963, p. 107.

> En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte a las inversiones realizadas en sus territorio por inversores de un tercer país. (El subrayado es nuestro).

Tal como hemos resaltado en el párrafo citado, el TBI en análisis disponía la aplicación de la CNMF a «todas las materias» regidas por el tratado, en las que parece lógico ubicar las disposiciones sobre solución de controversias. Sin embargo, a la luz de dicha redacción y de la importancia que revistió este caso, queda el interrogante en el sentido de qué hubiera estimado el tribunal arbitral si no se hubiera presentado tal fórmula en el TBI.[322] En nuestra opinión, lo más idóneo es hacer un análisis caso por caso de los TBI, tal como advierte el profesor Fernández Masiá[323] al comentar la decisión del tribunal arbitral para el caso Salini:

> […] el tribunal pone en manifiesto que, en la actualidad, existen numerosas formas de redacción de este tipo [de cláusulas de TNMF] en los TPPI [Tratados de Promoción y Protección de Inversiones] y que el alcance de cada una de ellas deber ser observado y aplicado en el caso concreto […].

Desde el caso Maffezini hasta la fecha de elaboración de esta investigación, se han emitido decisiones (sobre jurisdicción) en, por lo menos, catorce casos Ciadi relevantes en materia de aplicación del TNMF a las

---

[322] Más aún cuando el propio tribunal arbitral puntualizó que de todos los tratados españoles revisados, «el único que se refiere a 'todas las materias regidas por el presente Acuerdo' en lo que respecta a la cláusula de la nación más favorecida es el suscrito con Argentina». Véase: *Emilio Agustín Maffezini vs. España*. Caso Ciadi n.º ARB/97/7. Laudo sobre jurisdicción del 25 de enero de 2000, párrafo 60.

[323] FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. «Atribución de competencia a través de la Cláusula de la Nación Más Favorecida: Lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), 2007, n.º 13, p 14. Disponible en: http://www.reei.com (noviembre 2015).

disposiciones sobre solución de controversias: Salini(I),[324] Siemens,[325] Plama,[326] Impreglio,[327] Gas Natural,[328] Salini (II),[329] Telefónica,[330] Bayindir Insaat,[331] Wintershall Aktiengesellschaf,[332] Teinver,[333] Kilic Insaat,[334] Garanti Koza,[335] Philip Morris Brand,[336] Giovanni Alemanni.[337] En relación con los principales de ellos, por un lado, Maffezini, Siemens y Gas Natural siguen la misma línea, mientras que Salini y Plama plantean, en principio, lo contrario: ponderando la decisión de las partes como factor

---

[324] *Salini Constructori S.p.A. e Italstrade S.p.A. vs. Reino de Marruecos*. Caso Ciadi n.º ARB/00/4. Laudo sobre jurisdicción del 31 de julio de 2001.

[325] *Siemens vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/02/8. Laudo sobre jurisdicción del 3 de agosto de 2004.

[326] *Plama Consortium Limited vs. República de Bulgaria*. Caso Ciadi n.º ARB/03/24. Laudo sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005.

[327] *Impreglio S.p.A vs. República Islámica de Pakistán*. Caso Ciadi n.º ARB/03/3. Laudo sobre jurisdicción del 22 de abril de 2005.

[328] *Gas Natural SDG S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/03/10. Laudo sobre jurisdicción del 17 de junio de 2005.

[329] *Salini Constructori S.p.A. e Italstrade S.p.A. vs. Reino Jachemita de Jordania*. Caso Ciadi n.º ARB/02/13. Laudo sobre jurisdicción del 29 de noviembre de 2004.

[330] *Telefónica S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/03/20. Laudo sobre jurisdicción del 25 de mayo de 2006.

[331] *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. República Islámica de Pakistán*. Caso Ciadi n.º ARB/03/29. Laudo sobre jurisdicción del 14 de noviembre de 2005.

[332] *Wintershall Aktiengesellschaf vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/04/14. Laudo sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 2008.

[333] *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/09/1. Laudo sobre jurisdicción del 21 de diciembre de 2012.

[334] *Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi vs. Turkmenistán*. Caso Ciadi n.º ARB/10/1. Laudo sobre jurisdicción del 2 de julio de 2013.

[335] *Garanti Koza L.L.P. vs. Turkmenistán*. Caso Ciadi n.º ARB/11/20. Laudo sobre jurisdicción del 3 de julio de 2013.

[336] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. vs. República Oriental del Uruguay*. Caso Ciadi n.º ARB/10/7. Laudo sobre Jurisdicción del 2 de julio de 2013.

[337] *Giovanni Alemanni y otros vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/07/8. Laudo sobre jurisdicción del 17 de noviembre de 2014.

decisivo. Desde ese punto de vista, la incorporación de las disposiciones sobre solución de controversias al alcance de la cláusula de NMF es sólo posible si las partes lo han establecido así claramente y sin ambigüedades.

Un último aspecto por entender del estándar de NMF, es si éste tiene excepciones. En efecto, este estándar tiene excepciones, las cuales, creemos, pueden provenir de dos fuentes: i) del acuerdo de las partes propiamente dicho y ii) de seguir las excepciones generales propuestas por el Tribunal del caso Maffezini. En relación con este caso, la Unctad[338] señala la relevancia sosteniendo que:

> The Maffezini case has shown the importance of clearly delimiting the scope of application of the MFN standard. It caused some countries to adjust the text of the MFN clause in BIT negotiations. This aspect leads to a second issue, namely how BTIs recent address the question of exceptions to the MFN principle.

Tal como nos manifestamos respecto del TN, también en el área del TNMF se debe apuntar a brindar una mayor claridad, que proporcione cierta predictibilidad y legitimidad al Arbitraje de Inversión; ello, sin mellar la naturaleza de dicho estándar y sin caer en extremismos heterodoxos u ortodoxos que puedan desnaturalizar la figura.

Respecto de la primera fuente, la práctica señala que algunos Estados establecen excepciones a dicho estándar, generalmente en temas que versan sobre materias tributarias. Así, por ejemplo, el TBI entre Austria e India de 1999 y el de Corea y Japón del 2002. En este tipo de excepciones también caben aquéllas previstas en los propios TBI respecto del tratamiento otorgado a otros inversores, proveniente de instrumentos en el marco de cualquier nivel de los regímenes de integración, por ejemplo los tratamientos provenientes de un TLC, tal como ya explicamos en líneas precedentes.

---

[338] Unctad. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006… Op. cit.*, p. 39.

En cuanto a las excepciones generales previstas por el tribunal arbitral en el caso Maffezini, se puede decir que todas apuntan a un solo norte: el respeto por «las consideraciones de política pública» que los Estados parte del TBI hubieran podido tener presentes como condición para su intervención en el instrumento internacional. Así, el tribunal arbitral sostiene lo siguiente:

> No obstante que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los arreglos de solución de controversias en el contexto de los tratados sobre inversiones puede llevar al resultado de alcanzar la armonización y ampliación del alcance de tales mecanismos, hay ciertos límites importantes que han de tenerse en cuenta. Como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate […]. (El subrayado es nuestro).

El tribunal arbitral considera de esa manera la frontera de la cláusula de NMF. En esta instancia, es oportuno reiterar nuestra posición de brindar un mayor protagonismo y atención a los preámbulos, pues es en ellos en los que se pueden expresar dichas consideraciones de política pública.

El tribunal arbitral, a modo de ejemplo, esbozó algunos casos en los cuales no aplicaría la cláusula de NMF: i) si una de las partes condicionó su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos (condición que está prevista por el convenio Ciadi), debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de Derecho Internacional; ii) si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada «bifurcación del camino»;[339] iii) si el tratado escoge un mecanismo de arbitraje determinado (por ejemplo, el Ciadi); iv) si las partes han decidido someterse a un sistema de

[339] Este tipo de cláusula será explicada en líneas subsiguientes.

arbitraje altamente institucionalizado, que incorpore reglas de procedimiento precisas (a saber, el Tlcan); entre otros ejemplos.

No obstante su complejidad, no todo el panorama del TNMF es brumoso. Consideramos que el estándar de TNMF coadyuva a normalizar las medidas irracionales[340] que devienen en discriminación, asegurando un escenario de equidad en la competencia, evitando su distorsión y evitando que los inversores sean tratados de manera distinta sólo en razón de su nacionalidad. Asimismo, como bien señala la Unctad, «el estándar de NMF es también una de las herramientas claves que los países en desarrollo más pequeños tienen a su disposición para beneficiarse de un poder de negociación mayor de terceros países».[341]

Este estándar, sin duda, ha cambiado la mirada con la que solíamos ver el Arbitraje de Inversión a través de los TBI, al punto de que, hoy día, los inversores no sólo se preocupan de revisar los TBI suscritos por sus propios Estados, sino también aquéllos que, a través de los suyos y sus cláusulas de NMF, les permitan acceder a mayores beneficios.[342] Entonces, reviste vital importancia que los Estados al renegociar sus TBI o al negociar otros nuevos, así como los tribunales arbitrales al interpretar estos instrumentos y declarar el Derecho pertinente, tengan en cuenta lo referido en líneas precedentes, intentando buscar un justo balance entre la normalización de reglas, la natural lucha contra la irracional

---

340 Decimos «medidas irracionales», pues no toda medida implica una discriminación, sino aquéllas que carecen de sustento lógico o racional o que no están enmarcadas en lo que el tribunal arbitral del caso Maffezini ha llamado «consideraciones de política pública».

341 Unctad. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006… Op. cit.*, p. 38.

342 En el artículo llamado «Latest China-Germany BIT may create important rights for Australian companies», la firma legal MinterEllison, a través de un *newsletter*, explica los beneficios que el TBI entre Alemania y China de 2006 podría brindar a los inversores australianos con inversiones en China, a través de la puerta abierta que significa la cláusula de NMF del TBI entre Australia y China de 1988 y que es más conservador que el primero. Disponible en: http://www.minterellison.com/public/connect/Internet/Home/Legal+Insights/Newsletters/Previous+Newsletters/A+–+B+Latest+China–Germany+BIT (noviembre 2015).

e injustificada discriminación entre inversores, así como la legítima y autónoma facultad de regulación de los Estados.

5.3.2. Estándares absolutos

C. Trato justo y equitativo

Nos encontramos con el que, según varios autores, sería el estándar más importante de todos los que se encuentran en el Derecho internacional de las inversiones, empero, no uno de los que de más claridad está revestido. En tal sentido, es importante la aplicación de lo que en este trabajo hemos llamado uno de los pocos «dogmas» del arbitraje de inversión: las controversias conocidas en el Arbitraje de Inversión deben ser interpretadas caso por caso, sobre todo las que potencialmente surjan invocando este estándar de protección.

Asimismo, como se podrá apreciar más adelante, se advierte que la mayoría de casos en los que se ha invocado este estándar y que han tenido determinada relevancia en la arena del Arbitraje de Inversión se han presentado en controversias que tienen como base el Tlcan, con arbitrajes administrados por el Ciadi (mecanismo complementario) y otros de naturaleza *ad-hoc*, bajo las Reglas Uncitral.

El primer antecedente instrumental en donde aparece el trato justo y equitativo (en adelante, TJE), es la «Carta de La Habana para la Organización Internacional del Comercio» de 1948, instrumento que nunca llegó a entrar en vigor, pero que ya en sus disposiciones contemplaba la necesidad de brindar un «trato justo y equitativo».[343] Esta

[343] El numeral 2 del artículo 11 de la Carta, sobre «Medios para promover el desarrollo económico y la reconstrucción», expresaba: «La Organización [Internacional del Comercio] podrá, en coordinación con otras organizaciones intergubernamentales, cuando fuere pertinente: […] i) asegurar un trato justo y equitativo a la empresa, a la pericia, al capital, a las artes y a la tecnología llevados de un país Miembro a otro». El texto completo del instrumento se encuentra disponible en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf (noviembre 2015).

misma intención —letras más, letras menos— fue plasmada en otros instrumentos, tales como el borrador de la «Convención *Abs-Shawcross* sobre la inversión extranjera» de 1959, el proyecto de la «Convención sobre la protección de la propiedad extranjera» de 1967 de la OECD y el proyecto del «Acuerdo Multilateral sobre Inversiones» de 1998 de la OECD, entre otros elementos del *Soft Law*.

Como ya hemos expresado, el TJE no es uno de los estándares premunidos de mayor claridad. Una parte del debate se ha centrado en si este estándar puede ser equiparado al conocido «nivel mínimo de trato» o «estándar mínimo de trato» ofrecido por el Derecho internacional consuetudinario o si constituye un estándar autónomo adicional al Derecho internacional, en general.

La primera postura señala que este estándar otorga un mínimo de derechos personales, procesales y económicos que han persistido en el tiempo y han sido observados por la comunidad internacional. Este estándar puede ser más exigente donde las reglas del Derecho nacional o las prácticas administrativas sean insuficientes a la luz de los requerimientos del Derecho internacional, siendo éste el que conforma el «estándar mínimo», que es parte del Derecho internacional consuetudinario.[344]

Por su parte, la segunda postura señala que el TJE va más allá del estándar mínimo, otorgando una protección más amplia y más objetiva. En tal sentido, «un tribunal no deberá preocuparse por la determinación de un estándar mínimo, máximo o promedio. Éste deberá decidir si en todas las circunstancias la conducta bajo examen es justa y equi-

[344] Opinión disidente del árbitro Samuel K.B. Asante sobre la base de la cita textual del borrador de la «Convención sobre la Protección de la Propiedad Extranjera» de 1967 de la OECD. *Asian Agricultural Products (AAPL) vs. República Democrática Socialista de Sri Lanka*. Caso Ciadi n.° ARB/87/3, opinión disidente del 15 de junio de 1990.

tativa o injusta o inequitativa».[345] Asimismo, se deben tomar en cuenta los continuos debates que ha concitado la definición de tales términos entre países desarrollados y en vías de desarrollo, lo que difícilmente deja concluir la paridad entre el TJE y el «estándar mínimo» del Derecho internacional consuetudinario.

En nuestra opinión, el sentido que se le dé al TJE deberá depender del análisis caso por caso, sobre la base de un estudio del instrumento que lo contenga y de las demás fuentes y criterios de interpretación disponibles. En esa línea, el Tlcan, como instrumento que contiene disposiciones sobre inversiones similares a los TBI, se ha preocupado por dilucidar la disyuntiva a raíz de la interpretación que se dio al TJE dispuesto en aquél.

El artículo 1105(1) del Tlcan sostiene:

> Artículo 1105.- Nivel mínimo de trato
> 1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. (El subrayado es nuestro).

Para Schreuer,[346] esta disposición llama la atención desde dos ángulos: primero, la referencia al «nivel mínimo de trato» en relación con el Derecho internacional en general y, segundo, la inclusión del principio de trato justo y equitativo en referencia al Derecho Internacional Consuetudinario. En particular, los primeros laudos emitidos producto de

---

[345] Mann, F.A. «British treaties for the promotion and protection of investments». En *British Year Book of International Law*, 1981, n.° 242: «[…] A tribunal would not be concerned with a minimum, maximum or average standard. It will have to decide whether in all the circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair or inequitable».

[346] Schreuer, Christoph. «Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2006, n.° 5, p. 24.

controversias en el marco del Tlcan obviaron el sentido que las partes le habían dado a dicho tratado, tales como en los casos *S.D. Myers vs. Canadá*,[347] en el que se sostuvo que una regla de Derecho internacional puede no ser decisiva al determinar si ha ocurrido una negación del TJE; y *Pope & Talbot vs. Canadá*,[348] en el que se opinó que la disposición del Tlcan no sólo reflejaba el Derecho Internacional Consuetudinario, sino que era adicional a los requisitos del Derecho internacional, pero que, sin embargo, terminó aceptando la primera posición referida, en virtud de que el 31 de julio de 2001, en el marco de sus funciones, la Comisión de Libre Comercio (CLC) del Tlcan emitió una nota interpretativa en la que se estableció que la disposición contenida en el artículo 1105(1) se refiere al nivel mínimo de trato propio del Derecho Internacional Consuetudinario, no siendo necesario que el TJE en aquél previsto requiera de prerrogativas mayores que las que ofrece este Derecho o ir más allá de él. Como bien apuntan Zabludovsky y Gómez Lora:[349]

> Esta nota establece que los conceptos de «trato justo y equitativo» y «protección y seguridades plenas» no implican la obligación de las partes a otorgar un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario. Es decir, se acorta el margen de maniobra de los tribunales arbitrales y éstos no tendrán libertad absoluta para fijar el estándar respecto al nivel mínimo de trato a los inversionistas. Por el contrario, dicho estándar deberá necesariamente estar ligado a los parámetros establecidos previamente, a través del derecho internacional consuetudinario para el trato a los inversionistas extranjeros.

---

[347] *S.D. Myers, Inc. vs. Gobierno del Canadá*. Caso resuelto bajo las Reglas Uncitral. Laudo sobre jurisdicción del 12 de noviembre de 2000.

[348] *Pope & Talbot vs. Gobierno del Canadá*. Caso resuelto bajo las Reglas Uncitral. Laudo del 10 de abril de 2001.

[349] Zabludovsky, Jaime y Sergio Gómez Lora. *Principales retos de la negociación de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos: Disciplinas en materia de inversión*. Buenos Aires: ITAL–ITD, 2005, p. 12.

Sucesivos arbitrajes de inversión han seguido este criterio vinculante de la CLC.[350] No sólo ello, la práctica de Estados Unidos en materia de TLC ha incorporado este criterio, señalándolo expresamente en las disposiciones de estos instrumentos. Así por ejemplo, el TLC con Perú (cuyo nombre exacto es Acuerdo de Promoción Comercial —APC—), suscrito en 2006, señala lo siguiente:

> Artículo 10.5.- Nivel mínimo de trato
> 1. Cada parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
> 2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es un nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de «trato justo y equitativo» y «protección y seguridad plenas» no requieren un trato más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. (El subrayado es nuestro).

El TLC Perú-EE.UU. adopta el criterio de la CLC-Tlcan para evitar los conflictos de interpretación en los que se vieron inmersos los tribunales arbitrales de los primeros arbitrajes producto de tal instrumento. No sólo ello, en busca de inequívoca claridad, añade el mismo artículo que dicho trato implica proveer lo siguiente:

---

[350] Por ejemplo, *Pope & Talbot vs. Canadá*. Laudo sobre perjuicios del 31 de mayo de 2002, que pese a expresar alguna disconformidad con la nota interpretativa de la CLC-Tlcan y hasta de su poder, adoptó el criterio. Por su parte, en *Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos de América*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/99/2, laudo del 11 de octubre de 2002. *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/98/3. Laudo del 26 de junio de 2003. *Waste Management, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/00/3. Laudo del 30 de abril de 2004, entre otros, siguieron sin observación el criterio de la CLC-Tlcan.

> (a) «trato justo y equitativo» incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio de debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.

Existe alguna corriente que plantea que los instrumentos deben evitar caer en excesiva regulación a través de sus disposiciones, dejando, más bien, a discreción de las partes la aplicación de sus disposiciones. Lo cierto es que —creemos— la regulación o modificación de disposiciones en un instrumento de inversión dependerá de cómo se vaya desarrollando el objeto del tratado, procurando mejorar aquellos puntos de los que surgieran demasiados conflictos de interpretación, buscando brindar claridad y predictibilidad; claro está, sin caer en excesos.

De otro lado, la Comisión también estableció que una resolución que sostenga una violación de otra disposición del Tlcan o de un tratado distinto, no significa que se haya violado el artículo 1105(1).[351]

No obstante lo expresado respecto de la idoneidad de clarificar conceptos, como lo hizo en su momento la CLC-Tlcan, es necesario precisar —en palabras del profesor Schreuer—[352] que no se podría afirmar que dicha conclusión deba ser aplicable a otros tratados, especialmente a los TBI. Ello respondería, principalmente, a lo que hemos postulado como uno de los pocos «dogmas» que existen en el Derecho Internacional de las Inversiones, es decir, que cada caso debe ser ponderado en atención a sus particularidades. Así, por ejemplo, en alusión al Tlcan, el citado profesor sostiene que se deben tener en cuenta tres factores:

---

[351] La CLC-Tlcan, textualmente, dice: «3. A determination that there has been a breach of another provision of the Nafta, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of article 1105(1)».

[352] Schreuer, Christoph. «Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral». *Op. cit.*, p. 28.

i) El Tlcan hace referencia expresa a un «nivel mínimo de trato»;

ii) El Tlcan hace la referencia expresa a «Derecho internacional, incluyendo el trato justo y equitativo», sugiriendo su pertenencia al Derecho internacional; y,

iii) La conclusión fue parte de la potestad que tenía el organismo autorizado (CLC).

Lo expresado en el párrafo previo se hace patente en la práctica en arbitrajes que tuvieron como génesis de su reclamo la violación de un TBI.[353]

A la luz de lo anterior, se debe advertir que no existe definición absoluta de lo que implica el TJE, mas sí algunos elementos que suelen ser característicos cuando se hace referencia al mencionado estándar.

En primer término, debemos expresar que los vocablos «justo» y «equitativo» que propugna el referido estándar deben entenderse en relación con el documento que lo contiene. En otras palabras: el trato «justo y equitativo» que el Estado receptor de inversión se comprometió a brindar al inversor extranjero debe ser «justo y equitativo», en congruencia con el objeto y fines del TBI.

En este extremo es oportuno recordar que para interpretar los TBI y cualquier otro instrumento internacional resulta necesario considerar la regla general de interpretación ofrecida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que sostiene que todo tratado

[353] Entre otros, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/00/2. Laudo del 29 de mayo de 2003. *MTD equito Sdn. Bhd.* y *MTD Chile S.A. vs. República de Chile*. Caso Ciadi n.º ARB/01/7. Laudo del 25 de mayo de 2004. *Occidental Exploration and Production vs. República del Ecuador*. Caso Ciadi n.º ARB/. Laudo del 1 de julio de 2004. *CMS Gas Transmisión Company vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/01/8. Laudo del 12 de mayo de 2005.

se debe interpretar de buena fe, de conformidad con el sentido corriente atribuible a los términos de dicho instrumento internacional en su contexto, teniendo en cuenta su objeto y fin. Así las cosas, reiteramos —una vez más— la importancia en la redacción de las cláusulas de un TBI y el Preámbulo, marco axiológico del instrumento, el cual hemos reivindicado en líneas anteriores.[354]

En este orden de ideas, es oportuno traer a colación un caso que ha servido para forjar los gérmenes de lo que hoy los tribunales arbitrales en los arbitrajes de inversión entienden por TJE. Se trata del caso *Neer vs. México*,[355] que pese a no desenvolverse en temas de inversiones, deja una evidente impronta en los intentos de clarificar el concepto de TJE. La Comisión afirmó:

> […] the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. Whether the insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial. (El subrayado es nuestro).

En efecto, llevándolo a la arena del Derecho de las Inversiones, el tratamiento brindado sólo podrá constituir un flagelo a las normas internacionales, en tanto el acto proveniente del Estado sea «atroz», «de mala fe», «deliberadamente negligente» o equitativamente parco; tan alejado de los estándares internacionales «que cualquier hombre razonable e imparcial reconocería su insuficiencia». O, asimismo, tal como

---

354 Véase: Capítulo II, Sección 5.1 del presente trabajo.

355 *Neer vs. México*, opinión de la *United States-Mexico General Claims Commission* del 15 de octubre de 1926. Este caso trata la «falta de diligencia o falta de investigación de parte de las autoridades mexicanas luego del asesinato de Paul Neer».

la CIJ sostuviera en el reconocido caso Elsi:[356] «[…] el desconocimiento deliberado del debido proceso legal, un acto que perturba, o por lo menos sorprende, el sentido de probidad judicial».

Sin embargo, han existido tribunales arbitrales que se han apartado de lo expresado por el criterio del caso Neer, sosteniendo que el TJE puede ser violado aun sin existir mala fe y sin que el acto sea deliberada o notoriamente negligente, tal como sostuvo en su momento el tribunal arbitral en el caso Mondev:[357]

> […] To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith.

En efecto, para tribunales como el citado, en la actualidad[358] no se requiere equiparar lo injusto e inequitativo con lo escandaloso o notorio, pudiendo, asimismo, actuar injustamente aun no obrando de mala fe.[359]

De otro lado, ha existido una corriente de laudos que identifica el factor «discriminación» como detonante del TJE.[360]

---

356 *Electrónica Sicula S.P.A.-Elsi US vs. Italia* de 1989.

357 *Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos de América*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/99/2. Laudo del 11 de octubre de 2002.

358 Esto se debe, tal como expresa el tribunal, a que el caso Neer fue resuelto en 1926, hecho que lo aleja de la visión que hoy por hoy posee el Derecho internacional respecto del TJE; algo que, hasta cierto punto, tiene sentido, sobre todo si tomamos en cuenta la naturaleza dinámica y compleja del arbitraje de inversión.

359 Decisiones que comparten este criterio pueden ser encontradas en los casos: *Pope & Talbot vs. Canadá*. Arbitraje *ad-hoc* sobre la base de las Reglas Uncitral. *ADF Group Inc. vs. Estados Unidos de América*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/00/1. Laudo del 9 de junio de 2003. *GAMI Investments Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Arbitraje *ad-hoc* sobre la base de las Reglas Uncitral. Laudo del 15 de noviembre de 2004, entre otros.

360 *Eureka B.V. vs. República de Polonia*. Arbitraje *ad-hoc* sobre la base de las Reglas Uncitral. Laudo parcial del 19 de agosto de 2005. *MTD Equito Sdn. Bhd. And*

Cabe añadir que no es relevante si el acto proviene de una deficiente ejecución de la norma nacional aplicable o si quien aplicó la norma o ejecutó el acto no estaba facultado para otorgar un trato acorde con los estándares internacionales. Ello no hace más que confirmar lo expresado en líneas anteriores, respecto de la «función correctora» del Derecho internacional sobre el Derecho nacional.

Los esfuerzos de diversos tribunales arbitrales y la preocupación de la doctrina han derivado —como ya sostuvimos— en elementos característicos que suelen componer el estándar de TJE. Así las cosas, se suele identificar:[361]

a) Transparencia y protección a las expectativas legítimas del inversionista

La transparencia implica el establecimiento de reglas claras para los inversionistas, es decir, la existencia de un marco legal para la inversión que sea claro. Condiciones como ésta son, por excelencia, congruentes con el TJE.

Para la transparencia y la protección a las expectativas legítimas del inversionista se necesitan, como mínimo, dos condiciones:

(i) *Conocimiento de las reglas de juego*, es decir, que todas las normas legales que le sean aplicables al inversor, le sean informadas antes de que se las impongan.

(ii) *Normas identificables*, es decir, que las normas o dispositivos legales que le son informados al inversionista puedan identificarse, para con ello individualizar y determinar si el acto estatal es conforme o no con el TJE.

MTD Chile S.A. vs. República de Chile. Caso Ciadi n.º ARB/01/7. Laudo del 25 de mayo de 2004.

361 SCHREUER, Christoph. «Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral». Véase: Sección 3, Sub-Capítulo II del Capítulo I.

En este contexto, «las expectativas legítimas estarán basadas en el marco legal claramente perceptible y en cualquier compromiso y representación hecha explícita o implícitamente por el Estado anfitrión».[362] De violentarse las expectativas legítimamente obtenidas sobre la base del marco legal mencionado, se estaría vulnerando el principio de TJE que los TBI generalmente comprenden.

Pero, ¿qué se entiende por «expectativa legítima»? Pues aquello que el inversionista pretende obtener no de su negocio (porque es él quien asume como tal el riesgo comercial), sino en cuanto a trato por parte del Estado, el cual deberá, por lo menos, evitar ambigüedades y contradicciones en sus actos (de soberanía o de facto). En este sentido, la «expectativa legítima» del inversionista está comprendida por aquellas razones por las cuales éste, en su momento, tomó la decisión de elegir el país receptor de la inversión como destino para sus negocios. Tal como se pronunció el tribunal arbitral en el caso Tecmed:[363]

> […] como parte de tales expectativas, aquél [el inversor extranjero] cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes […] El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en

[362] Schreuer, Christoph. «Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2006, n.° 5, p. 56.

[363] *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º (AF)/00/2. Laudo del 29 de mayo de 2003.

> marcha de su operación económica y comercial. (El subrayado es nuestro).

Hemos de precisar que las expectativas legítimas bajo ninguna circunstancia implicarían la estabilización de la legislación del Estado anfitrión. Tal como bien ha apuntado el profesor Schreuer:[364]

> Un requisito general de estabilización iría más allá de lo que éste [el inversionista] legítimamente puede esperar […] Es claro que una evolución razonable de la ley del Estado anfitrión es parte del ambiente al cual se deben enfrentar los inversionistas […].

En tal sentido, se ha reconocido la soberana facultad de legislar, por ejemplo, en materia ambiental o en materia laboral, sin que ello implique una violación del TJE, siempre y cuando —claro está— exista buena fe, no discriminación ni contradicción por parte del Estado en sus medidas.

b) Protección frente a la coerción y el acoso

La doctrina y distintos tribunales arbitrales en el seno del Ciadi han identificado como un elemento más del TJE la protección contra la coerción y el acoso. En tal sentido, un Estado no podrá hacer uso de su poder soberano y de su maquinaria burocrática para ejercer algún tipo de presión sobre el inversor extranjero, lo que no implica, claro está, que el Estado no pueda exigir de manera razonable el cumplimiento de su legislación, conocida de antemano por el inversionista.

En esa línea de pensamiento, no se debe olvidar que, entre otros, uno de los objetivos perseguidos por los TBI (suscritos libremente por los Estados) es otorgar protección al inversionista, lo que, en sentido figurado, tiene como consecuencia el descenso del Estado de un peldaño en su relación con el inversionista extranjero, equiparando el vínculo

[364] SCHREUER, Christoph. «Tratamiento Justo y equitativo en la práctica arbitral». *Op. cit.*, p. 58.

que ambos tienen en la arena de las inversiones, por lo que el Estado no puede ignorar esa condición de igualdad y hacer uso de su fuerza para ejercer coerción y acoso.

Finalmente, este elemento del TJE ha sido asociado —imprecisa o erróneamente— con otros estándares de protección brindados por los TBI, tal como señala Tudor, al comentar los ya mencionados casos Tecmed, Eureko y Saluka,:[365]

> This situation is to be linked with the one based on discrimination. In general, the claims of the Investors established on the basis of coercion or harassment also argue that the treatment received is far more severe than the one received by national or other foreign Investors […]
>
> In Eureko, the harassment of the Investor by the Polish authorities was dealt with under the «full protection and security» standard. The tribunal dismissed the Investor's claim on this ground but maintained that for such an action to be sufficient for engaging the host State's responsibility, it had to be 'repeated and sustained. Finally, the tribunal in Saluka held that according to the FET the host State «must grant the Investor's freedom from coercion and harassment by its own regulation authorities».

Como prácticas que califican como coerción o acoso se ha señalado: amenazas, falsas afirmaciones, negativa de solicitudes razonables de información relevante, coerción para incursión en gastos innecesarios, coerción para incursión en honorarios legales y el sufrimiento de pérdida de reputación.[366]

---

[365] Tudor, Ioana. *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law and Foreign Investment*. Londres: Oxford University Press, 2008, p. 169. Las notas a pie de página originales han sido suprimidas del texto citado.

[366] *Pope & Talbot vs. Canadá*. Arbitraje *Ad-Hoc* sobre la base de las Reglas Uncitral. Laudo sobre daños del 31 de mayo de 2002.

(c) Debido proceso

No es menester de este trabajo ahondar en la vastísima doctrina procesal y constitucional que ha definido el concepto de «debido proceso». En estas líneas nos referiremos a lo que los tribunales arbitrales en arbitrajes de inversión han considerado como tal. En general, los tribunales arbitrales han entendido el «debido proceso» como probidad judicial, como la rectitud en el ejercicio de la justicia en todos los ámbitos en los que ésta pueda ser ejercida —con lo que, de antemano, ya estamos aseverando que no sólo el Poder Judicial puede quebrantar este aspecto del TJE—.

Es inmensamente reconocida la importancia del debido proceso en todas sus dimensiones, al punto que el mismo Derecho internacional se ha ocupado del tema a través de diversos tratados. En el ámbito del arbitraje de inversión, la mayoría de quebrantamientos al estándar de TJE en su elemento de respeto del debido proceso, ha provenido de denegación de la justicia en asuntos procesales y algunas deficiencias a la hora de reivindicar y ejecutar los derechos de los inversores.[367]

El respeto por el debido proceso y, por lo tanto, del TJE en el marco de un instrumento internacional implica, por lo menos, la existencia de un juicio justo, desprovisto de mala fe y fraude, pero provisto de apertura a la justicia, objetividad e imparcialidad sin barreras o control político.

La «denegación de justicia» ha sido íntimamente ligada al concepto de «debido proceso», como uno de los factores que atentan contra este último. Así, concentrando la opinión de algunos reputados autores, la OECD sostiene que éste puede leerse en tres sentidos:

---

[367] ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*. París: OECD, 2004, p. 28.

> In the broadest sense, it «seems to embrace the whole field of State responsibility, and has been applied to all types of wrongful conduct on the part of the State towards aliens»; it includes therefore acts or omissions of the authorities [...] In the narrowest sense, it is «limited to refusal of a State to grant an alien access to its courts or a failure of a court to pronounce a judgement». There is also an intermediary sense, in which it is 'employed in connection with the improper administration of civil and criminal justice as regards an alien, including denial of access to courts, inadequate procedures, and unjust decisions» […].[368] (El subrayado es nuestro).

En efecto, la denegación de justicia puede leerse como: (i) cualquier acto incorrecto del Estado en su ejercicio de brindar justicia que afecte al extranjero; (i) la misma negativa al acceso a la justicia; o (iii) una inapropiada administración de justicia, traducida en la negativa al acceso a las cortes, procesos viciados y decisiones injustas.

En esta línea, el tribunal arbitral en el caso *Loewen vs. Estados Unidos*[369] claramente establece:

> Neither State practice, the decisions of international tribunals nor opinions of commentators support the view that bad faith or malicious intention is an essential element of unfair and inequitable treatment or denial of justice amounting to a breach of international justice. Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety is enough, even if one applies the interpretation according to it terms. (El subrayado es nuestro).

Para el mencionado colegiado, la ausencia de debido proceso deviene en una manifiesta injusticia que, a su vez, devendría en una contravención de lo «judicialmente propio». No sólo ello, pues el tribunal

---

[368] Las notas a pie de página originales han sido suprimidas del texto citado.

[369] *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/98/3. Laudo del 26 de junio de 2003.

arbitral (en concordancia con otros que han seguido la misma práctica) anota que no representa una práctica general considerar que la mala fe o el dolo es elemento esencial para la violación del TJE en general o de su elemento de debido proceso.

Otro elemento de vicio del debido proceso observado en el arbitraje de inversión, ha sido el desconocimiento del derecho a ser oído y ejercer el derecho de defensa.[370] Así, el tribunal arbitral en el caso *Metalclad vs. México*,[371] a propósito de la denegación de un permiso de construcción en el marco de una inversión, dijo:

> […] el permiso se negó en una reunión del Ayuntamiento del municipio del cual no se notificó a Metalclad, y a la cual no se le invitó ni se le dio la oportunidad de comparecer […]. (El subrayado es nuestro).

En la misma línea, el Tribunal Arbitral en el caso *Middle East vs. Egipto*,[372] sobre la inobservancia del debido proceso y una disposición sobre expropiación del propio TBI que regía la relación de inversión (TBI entre Egipto y Grecia) y las normas internas del país receptor de la inversión, sostuvo:

> […] As the activities on the Poseidon [embarcación de la demandante] had stopped some time before due to the discontinuance of the import activities, it could not be expected that there was always somebody on the ship. The address of the Claimant and his attorney in Egypt were well known to the Authority from its many contacts with the Claimant as can be seen from the letter of the Chairman of the Authority of March 31, 1996 […] The Tribunal finds that the procedure in fact applied here does

[370] SCHREUER, Christoph. «Tratamiento Justo y Equitativo en la práctica arbitral»… *Op. cit.*, p. 77.

[371] *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB/97/1. Laudo del 30 de agosto de 2000.

[372] *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. vs. República Árabe de Egipto*. Caso Ciadi n.º ARB/99/6. Laudo del 12 de abril de 2002.

> not fulfil the requirements of Article 2.2 [disposición sobre TJE] and 4 [disposición sobre protección ante expropiaciones y el debido proceso para ello] of the BIT. (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la violación del TJE no sólo proviene de una violación de los procesos judiciales, sino de la violación de procedimientos administrativos y, en este caso, de las propias disposiciones del TBI.

Por supuesto, una intervención gubernamental en los procedimientos judiciales, quebrantando así la imparcialidad de éstos, también sería incongruente con la obligación internacional de brindar TJE, asumida por el Estado mediante un TBI.[373]

d) Buena fe

La «buena fe» es otra institución del Derecho ampliamente estudiada, razón por la cual, tampoco es nuestra voluntad explayarnos al respecto en estas breves líneas. Sin embargo, tal como precisa el profesor Schreuer:[374]

> […] el principio de buena fe ha sido decantado por el derecho internacional y suministra un antecedente de jurisprudencia y doctrina que resulta útil también en el ámbito de las disputas de inversión.

En este sentido, y para mayor precisión, tal como continúa exponiendo el citado profesor:

---

[373] Véase: Schreuer, Christoph. «Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral»… *Op. cit.*, p. 80; y el caso *Petrobart Limited vs. República de Kyrgyztán*. Laudo del 29 de marzo de 2005.

[374] Schreuer, Christoph. «Tratamiento Justo y Equitativo en la práctica arbitral»… *Op. cit.*, p. 81.

> […] Por ejemplo, se acepta que los instrumentos legales no sean utilizados abusivamente, sino que se apliquen de conformidad con el propósito con el cual fueron creados.[375]

Es sobre esta base que contamos con un primer punto de partida para entender el concepto de «buena fe» en el Derecho internacional: para la existencia de «buena fe» debe existir fidelidad entre las partes y el tratado suscrito, así como para con los fines por los cuales éste fue creado. Podemos concluir, entonces, que, en principio, la buena fe se encuentra impresa en toda relación internacional y que es, por tanto, también aplicable al ámbito de las inversiones y los TBI.

En palabras de Vasciannie:[376]

> Los Estados dejarían de cumplir con […] el estándar de trato justo y equitativo si, entre otras cosas, sus actos configuraran mala fe, negligencia deliberada del deber, claras instancias de falta de razonabilidad o de debida diligencia.

La práctica arbitral en materia de inversiones ha optado por reconocer que la falta de buena fe por parte de los Estados es un elemento violatorio del TJE, llegando a afirmar incluso que este estándar de protección no es otra cosa que «una expresión constitutiva del principio de buena fe reconocido por el Derecho internacional»[377] o que actuar de buena fe es «una obligación básica bajo el principio de trato justo y equitativo».[378]

---

375 *Idem*.

376 VASCIANNIE, Stephen. «The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice». En *British Year Book of International Law*, 1999, vol. 70, p. 135.

377 *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Véase: nota 324.

378 *Waste Management Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/00/3. Laudo del 30 de abril de 2004.

Sin embargo, debemos precisar que existe una tendencia a no considerar la práctica antagónica de la «buena fe» como requisito *sine qua non* de la violación del TJE. En otras palabras, un Estado puede quebrar el TJE y «tratar injustamente a la inversión extranjera sin que necesariamente actúe de mala fe».[379] Es decir, para la violación del TJE «no es menester que la parte estatal haya actuado de mala fe».[380] Siendo ello así, la mala intención y «la mala fe pueden agravar la situación, pero no son un elemento esencial del estándar».[381]

Es prolijo lo que se ha señalado sobre el TJE, pues —como sostuvimos— se trata de uno de los estándares de protección más invocados por los inversores reclamantes en arbitrajes de inversión. Aun con todo eso, creemos que nada está dicho, pues el constante dinamismo de este fenómeno jurídico que es el arbitraje de inversión, emana continuas decisiones que aportan nuevas ideas. No obstante, aquel dinamismo (quiérase o no ver así) ciertamente produce ambigüedades o espacios de «demasiada» discreción, que suele «sorprender» no sólo a los Estados, sino a los mismos inversores que presentan reclamaciones. En tal sentido, en nuestra opinión, existe (una vez más) la necesidad de clarificar conceptos, haciéndolos más certeros y previsibles. A ello, sin duda, aporta la interpretación que hiciera la CLC del Tlcan, tal como hemos apreciado con anterioridad, en el sentido de que el TJE no implica una obligación de las partes de un tratado a otorgar un trato adicional al requerido por el «nivel mínimo de trato» a los extranjeros, propio del Derecho Internacional Consuetudinario, con lo cual el criterio de interpretación tendría límites bien fijados.

Asimismo, respecto de los actos provenientes del Estado que podrían entenderse como violatorios del TJE, creemos que sirve tener en

---

379 *Mondev International Ltd. vs. Estados Unidos de América*. Véase: nota 328.

380 *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Véase: nota 324.

381 *CMS Gas Transmisión Company vs. República Argentina*. Véase: nota 324.

cuenta lo previsto en las conclusiones del tribunal arbitral de *Waste Management vs. México*:[382]

> (1) La falta de cumplimiento de los objetivos de los reglamentos administrativos sin más, no representa necesariamente una violación del derecho internacional. (2) La falta de cumplimiento de los requisitos de las leyes nacionales no es necesariamente una violación del derecho internacional. (3) La prueba de un esfuerzo de buena fe de parte del Gobierno para lograr los objetivos puede compensar las instancias de no observancia de requisitos legales o reglamentarios. (4) La totalidad de los antecedentes —no de hechos aislados— determina si ha habido una violación del derecho internacional.

De otro lado, si bien es cierto que se ha dicho que la mala fe no es requisito esencial para que se quiebre la armonía protectora que ofrece el TJE, constituye también verdad que se trata de un elemento de suma importancia, no teniéndose que entender que esa mala fe deba ser absoluta, evidente, escandalosa, sino simplemente haber existido como conducta o acto desviado de lo que el Derecho aplicable a la relación internacional entre las partes entiende como correcto.

D. Plena protección y seguridad

El estándar de protección y/o tratamiento llamado plena protección y seguridad (PPS) o *full protection and security* (FPS), en inglés, es uno de relativa antigüedad y que ha ido tomando mayor relevancia y forma recientemente, aunque cierto es que todavía no cuenta con el protagonismo de otros estándares, al ser menos invocado.[383]

---

[382] *Waste Management, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Véase: nota 324.

[383] CORDERO MOSS, Giuditta. «Full Protection and Security». En *Standards of Investment Protection*. REINISCH, August (ed.). Londres: Oxford University Press, 2008, p. 131: «The standard of full protection and security is less frequently applied than other standards, hence arbitration practice is not common and the legal literature is rather scarce».

En tal sentido, la PPS ha sido íntimamente ligada al TJE, al punto de que algunos los han considerado lo mismo o, por lo menos, les han atribuido cercana relación. Esta posición proviene de la no poco usual práctica de redactar cláusulas del siguiente tipo:

> Article 2
> Admission and Protection of Investments and Application of Agreement
> [...]
> 2. Each Contracting Party shall in its territory in any case accord such investments by investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment and full protection.[384] (El subrayado es nuestro).

En efecto, el citado TBI utiliza una fórmula que es común entre algunos otros de sus pares. De la redacción pareciera que la plena protección (y seguridad) o *full protection* (*and security*) fuera lo mismo o, por lo menos, una parte del TJE. Tribunales tales como los de *Wena Hotels vs. Egipto*[385] y *Occidental vs. Ecuador*[386] han tomado estas posiciones.

Sin embargo, existe una reciente tendencia a afirmar categóricamente que la PPS es un estándar autónomo e independiente del TJE. Es justamente esta posición con la que coincidimos, pues tal como lógicamente sostiene Schreuer:[387]

---

[384] TBI entre el Gobierno del Reino de Tailandia y el Gobierno de la Federación Rusa del 2002.

[385] *Wena Hotels Limited vs. República Árabe de Egipto*. Caso Ciadi n.° ARB/98/4. Laudo del 8 de diciembre de 2000.

[386] *Occidental Exploration and Production Company vs. República del Ecuador*. London Court of International Arbitration Case n.º UN3467. Laudo bajo las Reglas Uncitral del 1 de julio de 2004.

[387] Schreuer, Christoph. «Introduction: Interrelationship of standards». En *Standards of Investment Protection.* Reinisch, August (ed.). Londres: Oxford University Press, 2008, p. 5.

> […] As a matter of interpretation, it appears unconvincing to assume that two standards, listed separately in the same document, have the same meaning.

En efecto, pareciera ilógico colegir que en un mismo documento se fraseen separadamente dos estándares que supuestamente significan lo mismo. ¿Por qué hacer distinción de algo que es lo mismo o que, por lo menos, persigue un mismo fin?

La autonomía de la PPS ha sido mencionada, por ejemplo, en el caso *Azurix vs. Argentina*,[388] en el que se dijo claramente que:

> En algunos tratados bilaterales de inversión, el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas figuran como un solo estándar, en otros, como protecciones separadas. El TBI está comprendido en esta última categoría; las dos frases que describen la protección de las inversiones aparecen en forma sucesiva como obligaciones diferentes en el artículo II.2(a): «Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de plena protección y seguridad y […]». (El subrayado es nuestro).

Se reconoce las posiciones que la práctica ha ido arrojando, al sostenerse que en algunos instrumentos se considera al TJE y a la PPS como parte de un mismo estándar, mientras que en otros se les considera como autónomos e independientes uno del otro. Al respecto, debemos insistir una vez más en una de las premisas de este trabajo y que hemos considerado como uno de los pocos dogmas de los que goza el arbitraje de inversión: el análisis debe hacerse caso por caso, tal como se hizo en este asunto, en donde el TBI entre la Argentina y Estados Unidos de 1991 no dejaba dudas, al considerar el TJE y la PPS como dos estándares de distinto orden.

---

[388] *Azurix Corp. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/01/12. Laudo del 14 de julio de 2006.

¿Pero a qué nos referimos exactamente con PPS? Este estándar ha sido tradicionalmente considerado como aquél que provee al inversionista seguridad y protección física sobre sus activos e individuos directamente conectados con su inversión. Nos referimos, por ejemplo, a la protección física ante guerras civiles y violencia física, ocupaciones o disturbios,[389] tal como bien afirma el tribunal arbitral del caso *Saluka vs. República Checa*:[390]

> 483. The «full protection and security» Standard applies essentially when the foreign investment has been affected by civil strife and physical violence.

Asimismo, sostiene:

> 484 [...] the standard obliges the host State to adopt all reasonable measures to protect assets and property from threaten or attacks which may target particularly foreigners or certain groups of foreigners. The practice of arbitral tribunals seem to indicate, however, that the «full security and protection» clause is not meant to cover just any kind of impairment of an investor's investment, but to protect more specifically the physical integrity of an investment against interference by use of force […]. (El subrayado es nuestro).

En efecto, el estándar de PPS sirve para proteger específicamente la integridad física de una inversión de interferencias a través del uso de la fuerza.

---

[389] A riesgo de parecer prejuicio, debemos anotar que no es casualidad que un estándar de protección así exista en un contexto en el que encontramos inversores (generalmente de países desarrollados) y países receptores de inversión (general, pero no exclusivamente, países en desarrollo y subdesarrollados) en los que existen confrontaciones que ponen en riesgo las inversiones antes mencionadas.

[390] *Saluka Investments BV vs. República Checa*. Caso resuelto en la Corte Permanente de Arbitraje bajo las Reglas Uncitral. Laudo parcial del 17 de marzo de 2006.

Por nuestra parte, creemos que el estándar de PPS es un tipo de estándar cuya protección se gatilla ante la acción de terceros (o incluso de entidades del propio Estado) que violentan los activos o personas directamente relacionados con la inversión, al provocar un daño físico en éstos. Así, a diferencia del TJE, que requiere un comportamiento del Estado constante y absoluto coherente con tal obligación, la PPS, principal, aunque no exclusivamente, se activa por acciones de terceros, hecho con el cual se activa inmediatamente el deber de protección del Estado. Este deber se refiere a la necesaria conducta de protección del Estado ante los hechos de terceros que vulneran la inversión extranjera; un deber de diligencia razonable que lo obliga a actuar impidiendo el daño o evitando que éste se extienda en perjuicio del inversor extranjero y que pone en evidencia la buena fe con la que toda parte de un TBI debe conducirse.

Como hemos manifestado, se trata, entonces, de un «deber de actuar razonablemente», un «deber de debida diligencia» que recae sobre el Estado cuando la inversión extranjera, traducida en sus activos o personas relacionadas con ésta, corre riesgos físicos. Si el Estado actuara *a contrario sensu,* violaría, automáticamente, el estándar de protección mencionado, incurriendo en responsabilidad, tal como halló en el entonces Estado del Zaire (hoy República Democrática del Congo) el tribunal del caso *AMT vs. Zaire*:[391]

> […] El tribunal considera que es suficiente, tal como lo ha hecho, que Zaire ha incumplido su obligación al no adoptar medida alguna con el fin de asegurar la protección y seguridad de la inversión en cuestión […] Zaire es responsable por no impedir las consecuencias desastrosas de estos hechos que afectaron las inversiones de AMT y que Zaire tenía la obligación de proteger [en virtud de la existencia del respectivo TBI]. (El subrayado es nuestro).

[391] *American Manufacturing & Trading, Inc. vs. República Democrática del Congo*. Caso Ciadi n.º ARB/93/1. Laudo del 21 de febrero de 1997.

No obstante, debemos mencionar que existen voces que postulan que la PPS va más allá del resguardo físico de las inversiones, sobre todo porque existen TBI con cláusulas de PPS que no especifican explícitamente si ese estándar es exclusivo para protección física o si también incluye una protección más allá de ella. Sobre el particular, creemos que la primera posición es la más acertada, en tanto consideramos —con el riesgo de que parezca prejuicio— que la PPS busca hacer cara a la realidad que imperó e impera en algunos países subdesarrollados (los que generalmente reciben las inversiones), en donde se han presentado y se presentan guerras civiles, ocupaciones y disturbios que perjudican los activos y personas directamente relacionados con la inversión emprendida, dado que no son pocas las veces en las cuales incluso tales conflictos son ocasionados por discrepancias por el asentamiento tal inversión. Un claro ejemplo de ello son los conflictos ambientales con las poblaciones en donde se localiza la inversión.

Asimismo, creemos que no se debe confundir el alcance del estándar en sí —descrito en el párrafo anterior— y las herramientas que existen para garantizarlo. Para hacer valer el respeto por la seguridad física de las inversiones extranjeras, existen herramientas, no siendo la única la fuerza pública, sino también el sistema judicial y administrativo del Estado obligado a ofrecer tal estándar, los cuales que se deberán activar en cuanto nazca la obligación de protección. Traemos a escena lo manifestado por la profesora Cordero Moss,[392] quien anotó que:

> […] The protection that the legal system afford in order to prevent or prosecute actions that threaten or impair the physical safety of the investment can be considered as an extension of the just mentioned physical security: both, the police forces and the judicial and administrative systems of the host State, can be engaged in secure the physical safety of a foreign investment […].

[392] Cordero Moss, Giuditta. «Full Protection and Security»… *Op. cit.*, p. 131.

En relación con la hipótesis que avala la interpretación extensiva de la PPS, a través de la cual se considera que ésta protege las inversiones incluso más allá de su integridad física, encontramos a los respetados profesores Dolzer y Schreuer,[393] quienes sostienen lo siguiente:

> Traditionally, the primary *ratio* of the standard [la PPS] was the need to protect the investor against various types of physical violence including the invasion of the premises of the investment. But the contemporary understanding extends beyond physical protection to guarantees against infringements of the investor's rights by the operation of laws and regulation of the host state. This breath of the clause raises issues of delimitation in relation to the scope of other treaty clauses, for instance, fair and equitable treatment or the umbrella clause. Especially when it comes to the protection against the application of laws affecting the security and protection of the investment, the standard may acquire special importance if the treaty does not contain other clauses with a broad scope.

En efecto, tal como reconocen los autores citados, la PPS ha sido, tradicionalmente, reconocida como un estándar de protección dirigido al resguardo físico de las inversiones, por los motivos que en líneas precedentes desarrollamos. Asimismo, los profesores mencionados también reconocen que la interpretación extensiva de la PPS, en la práctica, ha conducido a que ésta se confunda o se traslape con otros estándares, tales como el de TJE, ocurriendo lo mismo con la figura de la «cláusula paraguas».[394] Sin embargo, también resaltan la importancia que tendría este tipo de interpretación cuando el inversor se encuentra frente a tratados que carecen de cláusulas como aquéllas.

Nos permitimos discrepar de la opinión de los respetados profesores Dolzer y Schreuer por tres razones: en primer lugar, porque —como

---

[393] DOLZER, Rudolph y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, p. 149.

[394] Véase: Sección 6.4 del Capítulo II.

ellos mismos han reconocido— la PPS fue concebida, tradicionalmente, para el resguardo físico de las inversiones; fue esa la intención de las partes negociadoras de los TBI y, salvo que exista renegociación de estos instrumentos o la precisión del alcance de sus términos, se les debería seguir aplicando en ese sentido. En segundo lugar, porque la función que se pretende atribuir a la PPS podría ser perfectamente cubierta por otros estándares, tales como el TJE, el TN o el TNMF —según sea el caso—, que se encuentran presentes en casi la totalidad de los TBI vigentes en el marco del Derecho de las Inversiones. Siendo ello así, ¿por qué un tratado repetiría (al menos en lo general) el contenido de dos estándares de protección? En tercer lugar, porque, de encontrarnos frente a un "tratado que no contiene otras cláusulas con un alcance más amplio» («… the treaty does not contain othe clauses with a broad scope…»), se debe precisar que el tema no consiste en otorgar a los inversores beneficios que no fueron contemplados en el tratado, aplicar estándares que no han sido previamente negociados por los Estados; tampoco extender la interpretación de los fines que los existentes persiguen, pues esa no fue la intención originaria de las partes.

En este orden de ideas, creemos que —salvo manifiestas excepciones—[395] el estándar de PPS se refiere a la protección física de los activos de los inversores y no más allá de ello, como se ha pretendido asegurar, por ejemplo, sosteniendo que el retiro de una autorización vital para la operación de la inversión[396] o el cambio en el marco legal que haga imposible la preservación y continuación de los compromisos contractua-

[395] *PSEG Global Inc. and Kenya Ilgin Elektrik Üretim vs. Ticaret Limited Sirketi vs. República de Turquía*. Caso Ciadi n.º ARB/02/5. Laudo del 19 de junio de 2007: «The tribunal is mindful of the fact that this particular Standard has Developed in the context of the physical safety of persons and installations, and only exceptionally will it be related to the broader ambit noted in CME». Lo cual dependerá, sobre todo, de la forma en la que dicho estándar haya sido incorporado en el texto del tratado.

[396] *Antoine Goetz et Consorts vs. República de Burundí*. Caso Ciadi n.º ARB/95/3. Laudo del 10 de febrero de 1999.

les que sustentan la inversión[397] deben ser considerados como violación del estándar de PPS. En estos casos, de comprobarse los hechos, creemos que existiría violación del TJE —salvo que el propio TBI considere al TJE y a la PPS como lo mismo—, en tanto se vulnera la legítima expectativa del inversionista y la buena fe de la relación que lo une con el Estado anfitrión, más no la PPS.

Por último, en la práctica, la PPS adolece de la misma disyuntiva que ronda el TJE: es decir, si se debe considerar que el PPS ofrece una protección acorde con el Derecho Internacional Consuetudinario o con el Derecho internacional en general, posiblemente brindando así una protección más amplia. Sobre este particular, nos remitimos a las opiniones pertinentes, vertidas en la sección anterior sobre TJE.

E. Protección en caso de expropiación

La expropiación ha sido extensamente tratada tanto por el Derecho internacional como por el Derecho nacional. Por su parte, el tratamiento de la expropiación en los instrumentos internacionales tuvo un punto de quiebre hacia inicios del siglo xx, cuando se empezó a introducir en los TACN la llamada Regla Hull, que no es otra cosa que la «compensación completa» o «plena compensación» (*full compensation*) de lo expropiado, es decir, de una compensación «pronta, adecuada y efectiva» (*prompt, adequate and effective*).[398] En un trabajo sobre los TBI, el profesor Guzmán[399] reproduce las palabras, que en comunicación al

---

[397] *CME Czech Republic B.V. vs. República Checa*. Caso administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, bajo las Reglas Uncitral. Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001.

[398] Esta regla toma el nombre del otrora Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Cordell Hull, quien en respuesta a las continuas expropiaciones que sufrían ciudadanos americanos por parte de México, postuló esta regla, de alguna u otra manera, ya esbozada en el Derecho Internacional Consuetudinario.

[399] Guzmán, Andrew. «Explaining the popularity of Bilateral Investment Treaties: Why LDCs sign treaties that hurt them», 1997. Disponible en: http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97–12.html (noviembre 2015).

Gobierno de México, realizara el entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Cordell Hull, quien con ello hiciera masiva la mencionada regla:

> The Government of the United States merely adverts to a self-evident fact when it notes that the applicable precedents and recognized authorities on international law support its declaration that, under every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate and effective payment therefore. (El subrayado es nuestro).

En efecto, el pronunciamiento realizado por Cordell Hull lo que hace es reivindicar aquello que el Derecho internacional ya había reconocido en la práctica: la privación de la propiedad requería que ésta fuera compensada pronta, adecuada y efectivamente. Sin embargo, tal como añade el mismo profesor:

> Although the Hull Rule could, at one time, lay claim to the status of customary international law, it can no longer be said to represent a binding international legal norm. This change in status is the result of disagreement between developed and developing countries as to the validity of the Hull Rule […].[400]

Si bien es cierto que la Regla Hull gozó de gran popularidad entre los instrumentos internacionales del siglo pasado, incluidos los TBI, esto no significa que todos los instrumentos llevaran la «plena compensación» como condición *sine qua non* para su suscripción, siendo que varios países optaron por una fórmula más general, como hablar únicamente de «compensación».[401]

Nótese que nos referimos a la «protección en caso de expropiación» (PCE), no a «prohibición de expropiación» o cualquier otra frase simi-

---

[400] *Idem*.

[401] Por ejemplo, el TBI entre Alemania y Pakistán de 1958.

lar. Es oportuno, entonces, aclarar que nada de lo señalado anteriormente implica que un Estado no pueda expropiar la propiedad privada. De hecho, el mismo Derecho internacional reconoce y respeta la facultad soberana de los Estados de expropiar la propiedad privada. Sin embargo, para que ello se haga efectivo dentro del marco de la legalidad, el Derecho internacional establece condiciones que legitimen dicho acto ante la comunidad internacional. Estos requisitos son:

a. Que exista una causa avalada por una utilidad pública o un interés social, que en doctrina anglosajona se conoce simplemente como *public purpose*;

b. Que no exista discriminación en la medida, disposición que está ligada a la anterior y que impone la lógica en la motivación de la expropiación, al tomarse no sólo contra determinada persona, sino contra todos aquellos a los que alcance la utilidad pública o interés social del caso concreto;[402]

c. Que la medida sea dictada de conformidad con la normativa del Estado, que generalmente tiene una ley que trata la materia, estableciendo que la decisión de expropiación se plasme en otra ley (con todos los procedimientos jurídicos que ello implica), siguiendo, como es lógico, un debido procedimiento especificado en aquella norma; y

d. Que medie una pronta, adecuada y efectiva compensación,[403] que implica que se pague un monto debidamente calculado al momento en el que se efectúa la expropiación, monto que en esta parte del hemisferio se conoce como «justiprecio».

---

[402] No sólo nos referimos a las burdas y lamentables discriminaciones de raza y de nacionalidad, sino que, por ejemplo, se estaría faltando a este requisito cuando en el tramo de una potencial carretera se le expropia el terreno a una sola empresa y no a otra que se encuentra en igual situación y condiciones, en el referido tramo.

[403] Tomando en cuenta lo que anteriormente se ha expresado sobre la Regla Hull.

Como es lógico, la ausencia de uno de los elementos descritos en una potencial expropiación la haría devenir en ilegal, acto que constituiría un ilícito internacional, no sólo por ir en contra del Derecho Internacional Consuetudinario, sino porque se estaría violando el TBI que existe, hecho ilícito que «hace incurrir a dicho Estado en responsabilidad y lo obliga a reparar las consecuencias perjudiciales derivadas de aquél».[404] Esto ha sido denominado como Principio de la Responsabilidad, internacionalmente reconocido y materializado en el caso Chorzow, en el seno de la otrora Corte Permanente de Justicia Internacional:[405]

> […] It is a principle of international Law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself […]. (El subrayado es nuestro).

La Corte dejó establecido así que se reconocía como principio que «la violación de un acuerdo implica una obligación de reparar de manera adecuada», no habiendo necesidad de que ello se halle estipulado en la Convención. Tal como ha señalado la Comisión de Derecho Internacional, la función de la indemnización es «resarcir las pérdidas sufridas como resultado del acto internacionalmente ilícito»,[406] lo que a la larga, en materia de expropiación, acaso no sólo signifique la reparación de los bienes perdidos, sino factores adicionales tales como futuras ganancias, afectadas en perjuicio del inversionista.[407]

---

[404] Benadava, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989, 3.ª edición, p. 153.

[405] Caso concerniente a la Fábrica en Chorzow (*Alemania vs. Polonia*). Corte Permanente Internacional de Justicia. Sentencia del 15 de mayo de 1926.

[406] Véase: *LG&E Energy Corp. y LG&E Capital Corp. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/02/1, parágrafo 34.

[407] Véase: *BP Exploration Company vs. República Árabe de Libia*, 1973.

Ahora bien, conviene mencionar que el concepto de «expropiación» —como casi la totalidad figuras en el Arbitraje de Inversión— no ha permanecido estático, sino que ha ido tomando nuevas y complejas formas aún por cristalizar y madurar. Así las cosas, desde ya debemos advertir que el clásico concepto de «expropiación», como privación de la propiedad a través de la desposesión de ésta (expropiación directa), ha sido rebasado por otra figura: la expropiación indirecta.

De otro lado, se debe advertir que en el universo de TBI existen términos de distinta raigambre, tal como apuntan Dolzer y Stevens:[408]

> The most common terms among the measures under consideration are expropriation and nationalization, but in addition some BITs refer to «dispossession», «taking», «deprivation» or «privation» […] BITs generally do not define expropriation or any of the other terms denoting similar measures of force dispossession […].

Con ello, el uso de diversos términos referidos a expropiación, la poca o nula explicación o aclaración de éstos, la variedad de instrumentos internacionales con cláusulas en esta materia y la dinámica realidad de los negocios, del Derecho de las Inversiones y del Arbitraje de Inversión, han contribuido a que no se tenga un único criterio en materia de expropiación, especialmente en expropiación indirecta.

Se entiende como expropiación[409] en sentido estricto o también llamada «expropiación directa» al acto mediante el cual el Estado o una entidad parte de éste, priva a una persona, natural o jurídica, de la ti-

---

[408] Dolzer, Rudolf y Margrete Stevens. *Bilateral Investment Treaties*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 98.

[409] La doctrina anglosajona ha sido algo más detallista en la utilización de vocablos. Así, *expropriation* implica un acto en singular, una medida individual de expropiación, mientras que *nationalization* se utiliza para las expropiaciones a grandes escalas, en donde el gobierno convierte un gran sector de la industria del ámbito privado al ámbito público a través de un conjunto de actos de expropiación.

tularidad de sus bienes o de sus derechos, lo que tradicionalmente ha implicado la desposesión de éstos. Cabe señalar que, aun por definición,[410] este acto debe estar acompañado de una indemnización y de un propósito público, que casi en la totalidad de casos se materializa mediante ley.

Sin embargo, tal como sostuviéramos en líneas anteriores, no son las expropiaciones directas las que actualmente ocupan el lugar protagonista en el Arbitraje de Inversión, sino lo que se conoce como "expropiaciones indirectas".

Las «expropiaciones indirectas» o *takings* han sido principalmente estudiadas en el Derecho de vertiente anglosajona, sobre todo en los Estados Unidos de América. A las expropiaciones indirectas también se les suele conocer en la arena del Derecho internacional como «medidas equivalentes a expropiación» (*measures tantamount to expropriation*) o expropiaciones de facto.

La diversa gama de TBI (entre otros instrumentos internacionales) y sus disposiciones han dado lugar a que existan distintas variables de expropiaciones indirectas, lo cierto es que —a nuestro entender— el concepto de «expropiación indirecta» puede ser definido en general como una expropiación no tradicional, en tanto el Estado que realiza el acto de privación de la propiedad no lo hace despojando al sujeto de sus bienes o de la titularidad de sus derechos sobre éstos; sin embargo, causa el mismo o equivalente daño como si, en efecto, hubiera procedido de esa forma. En síntesis, se priva de la propiedad sin necesidad de despojar a su dueño de ésta, en tanto las medidas que se toman tienen como resultado la pérdida de valor del bien o de los derechos sobre aquél,

[410] El propio DRAE conceptualiza «expropiación» como: «Dicho de la administración: privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en las leyes».

conduciendo al mismo resultado al que habría llevado una expropiación directa o tradicional.

Creemos necesario precisar que nos referimos a «privación de la propiedad» porque, en efecto, lo que hace una expropiación indirecta —y que es quizás lo que nosotros consideramos su rasgo más característico— es mermar los atributos que ofrece la propiedad (uso, goce o disfrute, disposición y reivindicación), con lo que se «priva» al propietario de ejercer libremente su derecho, pese a conservar la titularidad del bien e incluso poseerlo.

En tal sentido, a diferencia de las expropiaciones directas, el rasgo característico de las expropiaciones indirectas (medidas equivalentes a expropiación) no es la invasión del bien, sino la erosión de derechos asociada con las interferencias del Estado,[411] lo que generalmente deviene en pérdida de los reales beneficios que ofrece la inversión.

Dentro de las expropiaciones indirectas podrían identificarse diversos tipos; sin embargo, nos pronunciaremos sobre las que consideramos las tres más importantes:

1. Expropiación indirecta por pérdida de control

Este tipo de expropiación indirecta consiste en la privación de la propiedad a través de la pérdida de control sobre la inversión. Como es característico de las expropiaciones de facto, en este caso no existe desposesión del bien, sin embargo, existe una mella en las atribuciones innatas a la propiedad y una consecuente pérdida de beneficios que ofrece la inversión.

---

[411] Unctad. Taking of Property. Ginebra: ONU, 2000, p. 20: «It is not the physical invasion of property that characterizes nationalizations or expropriations that has assumed importance, but the erosion of rights associated with ownership by State interferences».

En el caso *Starrett Housing vs. Irán*,[412] respecto de la imposición de un administrador temporal a cargo de la inversión, se sostuvo:

> […] it is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner. (El subrayado es nuestro).

En este caso se encontró que la designación, entre otras cosas, evidenciaba una merma en los atributos de la propiedad, con lo que el inversor se había visto impedido de ejercer los atributos de ésta, hecho que para el tribunal arbitral significó la configuración de una expropiación de facto.[413]

En una disposición que podría estar directamente relacionada con el tema de la pérdida de control de la inversión por interferencia del gobierno como medida equivalente a expropiación, artículo v del TBI entre Canadá y Ecuador de 1996 establece:

> Article v
> Other Measures
>
> 1. (a) A Contracting Party may not require that an enterprise of that Contracting Party, that is an investment under this Agreement, appoint to senior management individuals of any particular nationality.

---

[412] *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems Inc., Starrett Housing International Inc. vs. República Islámica de Irán*. Caso resuelto en el seno del Tribunal de Disputas Irán-Estados Unidos. Laudo del 19 de diciembre de 1983.

[413] Para similar caso, véase: *Tippets, Abbett, MacCarthy, Stratton vs. TAMS*-AFFA Consulting Engineers of Iran. Caso resuelto en el seno del Tribunal de Disputas Irán-Estados Unidos. Laudo del 22 de junio de 1984.

En efecto, la prohibición a que una de las Partes Contratantes del TBI exija a la otra la designación de una persona de determinada nacionalidad para puestos de alta gerencia —consideramos— constituye, de alguna manera, una medida que complementa las disposiciones sobre expropiación indirecta o que, por lo menos, de ser violada, serviría como elemento de juicio para determinar la existencia o no de una expropiación de facto.

El mismo instrumento, en su artículo v, 1(b), también señala:

> Article v
> *Other Measures*
>
> [...]
>
> (b) A Contracting Party may require that a majority of the board of directors, or any committee thereof, of an enterprise that is an investment under this Agreement be of a particular nationality, or resident in the territory of the Contracting Party, provided that the requirement does not materially impair the ability of the investor to exercise control over its investment. (El subrayado es nuestro).

Esta disposición si bien permite al país anfitrión establecer requerimientos de nombramiento en el directorio de la empresa inversora, condiciona de manera explícita tal prerrogativa a que ese requerimiento no signifique en realidad un impedimento para ejercer el control del inversor sobre su inversión, con lo que, junto con las disposiciones sobre expropiación, se blinda aún más al inversionista.[414]

[414] El APC Perú-Estados Unidos tiene disposiciones muy similares a las previamente citadas. Véase: artículo 10.11 del Capítulo x sobre Inversión.

2. Expropiaciones constructivas

Las expropiaciones constructivas son aquéllas conformadas por una suma de actos que por sí solos parecen inocuos, pero cuya suma origina una real privación de la propiedad, al erosionar los atributos de ésta y disminuir el valor de la inversión emprendida. Son estos actos sostenidos en el tiempo que, en conjunto, devienen en perjuicio para el inversionista, acaso la razón por la cual también se conoce a esta expropiación indirecta como *creeping expropriation* o expropiación rastrera, en evidente referencia a que, en algunos casos, furtivamente el Estado va minando los derechos del inversionista a través de medidas que terminan por expropiar la inversión.

Cabe mencionar que como en toda expropiación indirecta, el título sobre la propiedad del bien o el derecho permanece en poder del inversor, pero sus «derechos de uso de la propiedad son disminuidos como resultado de la interferencia del Estado».[415]

La práctica arbitral ha producido algunos ejemplos de actos que han significado elementos de una *creeping expropriation*: venta forzada de acciones de una compañía, interferencias en el derecho a administrar la propia inversión, designación de ejecutivos, denegación de acceso a materiales de trabajo o materia prima, excesivos o arbitrarios cambios en los tributos,[416] el no pago, no reembolso, cancelación, prácticas de exclusión, obstáculos legales inconsistentes.[417]

Por su parte, el tribunal arbitral del caso *Tecmed vs. México*[418] sostuvo:

---

[415] Unctad. Taking of Property… *Op. cit.*, pp. 11 y 12.

[416] *Idem*.

[417] *Waste Management Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/98/2. Laudo del 2 de junio de 2000, opinión disidente del árbitro Keith Highet.

[418] *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/00/2. Laudo del 29 de mayo de 2003.

> […] Si bien estas distintas formas de expropiación [medidas equivalentes a expropiación, entre ellas, las creeping expropriation] tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación […]. (El subrayado es nuestro).

Cabe mencionar que en este caso, el tribunal arbitral fue de la opinión de que las *creeping expropriation* pueden darse también en un solo acto. Sin embargo, nos permitimos discrepar de esa posición en tanto, por definición, este tipo de expropiaciones indirectas se logran «arrastrándose», «reptando», moviéndose disimulada y furtivamente, lo que se consigue con una sucesión de actos (en apariencia inocuos) y no a través de un solo acto. Esta posición creemos que no sólo está avalada por el sentido jurídico, sino semántico del verbo *creep*, que se entiende como acción de avanzar lenta y gradualmente.

En el caso *Phillips Petroleum vs. Irán*,[419] el tribunal arbitral sostuvo:

> The conclusion that the claimant was deprived of its property by conduct attributable to the Government of Iran, including NIOC, rests on a series of concrete actions rather than any particular formal decree, as the formal acts merely ratified and legitimized the existing state of affairs […] in circumstances where the taking is through a chain of events, the taking will not necessarily be found to have occurred at the time of either the first or the last such event, but rather when the interference has deprived the claimant of fundamental rights of ownership and such deprivation is 'not merely ephemeral', or when it becomes an irreversible deprivation. (El subrayado es nuestro).

En el citado pronunciamiento, en efecto, encuentra responsabilidad en Irán por una «cadena de eventos» que constituyen una expropia-

[419] *Phillips Petroleum vs. República Islámica de Irán-* Caso resuelto en el seno del Tribunal de Disputas Irán-Estados Unidos. Laudo del 29 de junio de 1989.

ción indirecta, señalando, además, que ésta se evidencia no en el inicio o el final de esa cadena, sino en el hecho de que se priva al inversor de sus derechos.

Por su propia naturaleza, es en la suma del conjunto de actos aparentemente inocuos, pero finalmente nocivos para el inversor, en los que se encuentra el germen de las llamadas *creeping expropriation*, tal como bien apunta González de Cossío:[420]

> […] la *ratio decidendi* de los casos que han sostenido la existencia de una expropiación constructiva reside en darle un peso debido a la totalidad de actos y su efecto combinado. Resulta especialmente interesante notar que, mientras que uno o varios actos aislados pueden ser insuficientes para llegar a la determinación de una expropiación de facto, su combinación puede ser calificada como tal.

En otras palabras, «la medida en cuestión es la expropiación en sí misma y no meramente una parte subcomponente de la expropiación».[421]

3. Expropiaciones regulatorias

Las «expropiaciones regulatorias» o *regulatory takings* son aquellas expropiaciones indirectas llevadas a cabo en el marco del poder de policía[422] de un Estado o que, en todo caso, provienen de medidas tomadas

---

[420] González de Cossío, Francisco. «Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2006, n.° 4, p. 163.

[421] Opinión disidente del árbitro Keith Highet en el caso *Waste Management Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos*. Caso Ciadi n.º ARB(AF)/98/2. Laudo del 2 de junio de 2000, parágrafo 17.

[422] El concepto «poder de policía» ha sido ampliamente discutido en la doctrina del Derecho Administrativo. No es objeto de este trabajo ahondar al respecto, por lo que advertimos que nos referimos a lo que la doctrina en general ha llamado la facultad del Estado de tomar medidas, ya sea legislando o haciendo ejecutar las

por éste. Tales actos, como expropiación indirecta, no revisten la tradicional desposesión del bien, sino que se evidencia en una interferencia estatal sobre la inversión, minando los derechos sobre ella y causando perjuicio, al punto que tales medidas puedan ser equivalentes a una expropiación.

En el caso *Goetz vs. Burundi*,[423] (en el que a una empresa, controlada por seis ciudadanos belgas, se le retiró un certificado de zona libre —*free zone certificate* — que, entre otras cosas, ofrecía beneficios tributarios internos y para la importación), en el laudo sobre determinación de responsabilidad, el tribunal arbitral manifestó:

> Since […] the revocation of the Minister for Industry and Commerce of the free zone certificate forced them to halt all activities […] which deprived their investments of all utility and deprived the claimant investors of the benefit which they could have expected from their investments, the disputed decision can be regarded as a «measure having similar effect» to a measure depriving of or restricting property within the meaning of article fourth of the investment treaty. (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el tribunal arbitral del caso *CME vs. República Checa*,[424] se pronunció sobre actos del Estado, que a través del Consejo de Medios de Comunicación, interfirieron en derechos contractuales del inversor, provocando que el socio local del inversionista pudiera cancelar el contrato del cual dependía la inversión. En palabras del tribunal:

---

normas, en beneficio del bienestar común, generalmente en materias tales como salud, defensa, medio ambiente, economía, etc.

[423] *Antoine Goetz y otros vs. República de Burundi*. Caso Ciadi n.º ARB/95/3. Laudo del 2 de septiembre de 1998. Cabe mencionar que el Tribunal Arbitral emitió un Laudo sobre determinación de responsabilidad. En este pronunciamiento también se incluyó el acuerdo al cual arribaron las partes sobre otros aspectos.

[424] *CME Czech Republic B.V. vs. República Checa*. Caso administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, bajo las Reglas Uncitral. Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001.

> 601. The basic breach by the Council of the Respondent's obligation not to deprive the Claimant of its own investment was the coerced amendment of the MOA[425] in 1996. The Council's actions and omissions in 1999 compounded and completed the Council's part in the destruction of CME's investment […] Causation arises because the Media Council intentionally required CNTS to give up the right of the exclusive use of the Licence under the MOA […]. (El subrayado es nuestro).

Asimismo, el tribunal arbitral estableció que el acto mediante el cual la autoridad reguladora forzó al inversionista a aceptar la modificación del llamado MOA, en el marco de la adecuación a una nueva ley de medios de comunicación, que implicaba el rompimiento de exclusividad en el uso de la licencia según el acuerdo entre inversor extranjero e inversor nacional, constituía una privación de la inversión, sosteniendo que «un cambio en el marco legal no autoriza al Estado anfitrión a privar a un inversor extranjero de su inversión, a menos que le sea otorgada una compensación».[426] El colegiado añadió:

> 603. Of course, deprivation of property and/or rights must be distinguished from ordinary measures of the State and its agencies in proper execution of law […] The Council's actions and inactions, however, cannot be characterized as normal broadcasting regulations in compliance with an execution of the law, in particular the Media Law. Neither the Council's actions in 1996 nor the Council's interference in 1999 were part of proper administrative proceedings. They must be characterized as actions designed to force the foreign investor to contractually agree to the elimination of basic rights for the protection of its investment (in 1996) and as actions (in 1999) supporting the foreign

[425] El *Memoradum of Association* (MOA) era parte de las «Condiciones para la Licencia» de televisión y definía la cooperación entre CET 21, propietario de la licencia y CNTS, operador de la estación de de televisión, empresa cuya propietaria era el demandante, CME; aprobado por el Consejo de Medios de Comunicación de la República Checa.

[426] Parágrafo 602.

> investor's contractual partner in destroying the legal basis for the foreign investor's business in the Czech Republic [...]. (El subrayado es nuestro).

Por supuesto, tal como apunta el tribunal arbitral, se debe hacer la distinción entre las medidas equivalentes a expropiación y las medidas ordinarias tomadas por un Estado en el ejercicio de su poder de policía. Y es en este punto donde precisamos que las *regulatory takings* no han estado exentas de polémica, en tanto hay opiniones que consideran que disposiciones sobre esta materia, erosionan las facultades de un Estado para brindar leyes en beneficio de su población.

A entender nuestro, sin duda es razonable que el Estado tenga todo el derecho de legislar a favor de los demás, pero tan razonable como ello es que ese beneficio brindado a los demás (generalmente una mayoría) en perjuicio de uno (inversor, en este caso) sea compensado. Asimismo, es importante que los tribunales arbitrales escruten caso por caso, la o las medidas tomadas por el Estado, tomando en cuenta sus soberanas facultades y considerando que los compromisos internacionales con su contraparte en un TBI (en favor de los inversores nacionales) no son los únicos que cumplir, sino que también existen otros, por ejemplo, en materia ambiental, de transparencia, anticorrupción, etc.[427]

Sobre lo anterior, nos parece importante recalcar lo que hemos postulado sobre la importancia del preámbulo, en tanto éste, como marco teleológico de un instrumento internacional, debería contemplar el que las inversiones se asienten y desarrollen de conformidad con el Derecho interno y el Derecho internacional.

---

[427] Lamentablemente, este aspecto de la a veces contraposición de compromisos, que ha llamado nuestra atención, no lo hemos encontrado en casi la totalidad de artículos o libros consultados con motivo de este trabajo, que tratan el tema de las *regulatory takings.*

La práctica en la elaboración de instrumentos internacionales ha arrojado un interesante precedente acogido, por ejemplo, en el APC Perú-Estados Unidos:[428]

> Nada de este Capítulo [Inversiones, Capítulo x] 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.

Aún con mayor amplitud, el TBI Modelo Canadiense de 2004, señala:

> Article 11
> Health, Safety and Environmental Measures
>
> The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor […]. (El subrayado es nuestro).

Disposición como la citada, se repitió en el TBI Modelo de Estados Unidos de 2004, el cual fue, en su oportunidad, objeto de críticas conservadoras por parte de algún sector, que catalogó su redacción como «permisiva», siendo considerado como «desarrollo regresivo del

[428] Artículo 10.11 del Capítulo x. En nuestra opinión, la redacción que presenta la cláusula mencionada es mucho más restrictiva que, por ejemplo, la que presenta el TBI Modelo de 2004 de Canadá, al carecer de una mención explícita sobre materias tales como salud y defensa, como sí figura en el citado modelo de TBI. Asimismo, de no existir disposiciones atenuantes como el artículo 18.1 del Capítulo xviii, que asegura la facultad de las partes para establecer sus propios niveles de protección ambiental, la redacción del 10.11 «pecaría» en exceso de circular.

Derecho internacional».[429] La disposición se mantuvo, en esencia, en el TBI Modelo de dicho país del año 2012, aunque —entre otros— se realizaron algunos agregados, tales como la precisión respecto de qué se entiende por «Ley Ambiental» (*Environmental Law*).[430]

No obstante, en defensa de instrumentos que intentan balancear las a veces opuestas visiones de un mismo tema,[431] debemos recordar que desde cierta data existen TBI u otros instrumentos internacionales en los que se reconoce una realidad inobjetable: el Estado tiene facultades soberanas para ejercer su poder de policía en materias de vital importancia, tales como salud, defensa y medio ambiente. Esta realidad ha sido incluso plasmada en algunos instrumentos parte del *Soft Law*, tales como: la *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* (1961), la *OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property* (1967), *Draft Multilateral Agreement on Investment* (1998), entre otros.[432]

Pero la pregunta subyacente a través del repaso y formulación de algunas sugerencias es: ¿cómo identificar una expropiación indirecta? Se han señalado algunos requisitos:[433]

---

[429] SCHWEBEL, Stephen. «The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: an exercise in the regressive development of International Law». En *Transnational Dispute Management*, 2006, vol. 3, n.º 2.

[430] Véase: numeral 4 del artículo 12 del TBI Modelo de los Estados Unidos de América de 2012.

[431] Acaso por este antagonismo de criterios es que «extraña» una medida de ese tipo en un instrumento internacional de los Estados Unidos, en tanto este país generalmente exporta inversión antes que importarla.

[432] Véase: OECD. «Indirect Expropriation» and the «right to regulate» in International Investment Law. París: OECD, 2004, pp. 7-9.

[433] Véase: UNCTAD. *Investor-State dispute settlement and impact on investment rulemaking*. Ginebra: ONU, 2007, pp. 56-59.

i) Interferencia permanente.- Lo que implica que la privación de la propiedad del inversor no sea simplemente temporal.

ii) Interferencia sustancial.- Si bien los tribunales arbitrales no han exigido una pérdida total de la propiedad, tampoco es que exijan una mera intervención del Estado, pues no todos los actos de éste deben ser considerados expropiación. El punto medio está constituido por la privación «sustancial» de los derechos de propiedad. Un método para ello es la comparación entre la situación de la inversión antes y después de la medida tomada.

iii) Afectación de las legítimas expectativas.- Creemos que las expectativas legítimas están constituidas por aquello que el inversor razonablemente espera de su inversión, en congruencia con los potenciales acuerdos de inversión suscritos con el Estado receptor o de acuerdo con el ambiente legal y comercial existente al momento de emprender la inversión[434].

iv) Proporcionalidad de la medida.- Este requisito no ha sido de aplicación uniforme. Implica la coherencia o proporcionalidad entre el objetivo perseguido por la medida tomada y el impacto de tal medida en la propiedad del inversor.

F. Libre transferencia de fondos

El tema de la libre transferencia de fondos (LTF) ha sido incluido en una multiplicidad de TBI, e incluso podríamos afirmar que en la mayoría de ellos. Sin embargo, éste no ha sido ciertamente un tema que haya concitado el mismo interés de la doctrina y la práctica arbitral, tal como sí lo han hecho los estándares de protección y/o tratamiento antes

[434] Se debe dejar en claro, tal como se ha señalado anteriormente, que los TBI no son pólizas de seguro para malos negocios o contra los riesgos comerciales naturalmente implícitos en una actividad económica.

mencionados, al punto de que ha sido catalogado como «los pasos de niño de la práctica del Arbitraje de Inversión».[435]

Hecha la anotación anterior, debemos mencionar que la LTF permite al inversionista gozar de libre transferencia de todos los pagos relacionados con su inversión.

Cabe mencionar que este estándar responde al hermetismo de antaño por la libre disposición de fondos, sobre todo porque es un tema íntimamente relacionado con algunos problemas generales de la balanza de pagos de un país.[436] Por un lado, los inversores aspiran a gozar de una libre disposición que permita la factibilidad, implementación y rendimiento de su proyecto, mientras que por otro lado, los Estados ejercen ciertas restricciones en virtud de lo que el Derecho internacional consuetudinario reconoce como «soberanía monetaria».

Tal como exponen Dolzer y Stevens,[437] las cláusulas sobre LTF manejan tres temas principales: (i) Tipos de pago o cuotas aplicables a la libre transferencia; (ii) Convertibilidad y tasas de cambio; y (iii) Limitaciones a las transferencias.

A modo de ejemplo, el TBI entre España y Bolivia del 2001 —cuya vigencia concluyó, sin ser ampliada por las partes— presentaba una típica redacción en su artículo 7 sobre transferencias:

> Artículo 7.- Transferencias.
> 1. Cada Parte Contratante garantizará a los inversores de la otra Parte Contratante la libre transferencia de todos los pagos relacionados con sus inversiones y en particular, pero no exclusivamente, los siguientes:

---

[435] SCHREUER, Christoph. «Introduction: Interrelationship of standards»… *Op. cit.*, p. 8.
[436] DOLZER, Rudolf y Margrete STEVENS. *Bilateral Investment Treaties*… *Op. cit.*, p. 85.
[437] *Idem*, p. 86.

a) El capital inicial y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión
b) Las rentas de inversión […]. (El subrayado es nuestro).

El citado TBI presenta una lista de pagos o ítems cubiertos por el estándar; lista que no agota las posibilidades, sino que sirve de mera referencia. Cabe señalar que el instrumento presenta, por ejemplo, la restricción de transferencia en caso de medidas (equitativas, no discriminatorias y de buena fe) destinadas a proteger los derechos de los acreedores.[438]

La cláusula de LTF puede poseer ciertas variaciones o requisitos especiales, tal como, en efecto, sucede con el TBI de 1995 entre Bolivia y Ecuador, que prevé lo siguiente:

Artículo v.- Transferencias
1. Cada Parte Contratante garantizará a los inversionistas de la otra Parte Contratante la transferencia irrestricta de las inversiones y ganancias, siempre que el capital se encuentre registrado ante la entidad nacional competente y previo pago de los impuestos correspondientes, en particular, aunque no exclusivamente, de:
   a) El capital y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento y desarrollo de las inversiones
   b) Los beneficios, utilidades, intereses, dividendos, royalties […]. (El subrayado es nuestro).

En un ejercicio que consideramos acertado, las Partes del TBI otorgaron garantía de libre («irrestricta») transferencia de fondos («inversiones y ganancias»), siempre que el capital se haya encontrado inscrito en la autoridad competente y que el inversor haya pagado los impuestos correspondientes, con miras a preservar la formalidad de la relación comercial.

[438] TBI entre España y Bolivia del 2001, artículo 7, numeral 2, literal a).

Nosotros observamos que este estándar ofrece ciertas garantías, que en caso de ser violadas y ser sometidas a reclamaciones en un arbitraje, serán reclamadas en conjunción con otros estándares, siendo el más cercano el TJE, en tanto este estándar se halla emparentado con disposiciones que impiden la discriminación y exigen equidad.

6. ALGUNAS CLÁUSULAS DE LOS TBI QUE PERMITEN O RESTRINGEN EL ACCESO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Los TBI no sólo son instrumentos internacionales que prevén estándares de protección y/o tratamiento. Estos tratados también prevén disposiciones —digamos— procedimentales, las cuales se activan en tanto el inversor que se considere afectado por la violación de uno de sus derechos previstos en el TBI accione los mecanismos en éste previstos.

En la práctica, tales disposiciones pueden acercarnos o alejarnos del pretendido arbitraje en donde se discutiría la controversia alegada. Estas cláusulas, como varias de las figuras que conforman el dinámico y complejo fenómeno que es el Arbitraje de Inversión, no están exentas de polémica. Es sobre esta premisa que se trabajará la siguiente sección.

6.1. Cláusula sobre período de espera

Los TBI sirven para la etapa confrontacional, pero también nos proveen de herramientas previas a ella. Es por esta razón que a aquellas disposiciones se les suele llamar «período de espera» o «período de negociaciones amistosas».

De alguna manera, el período de espera se constituye en el momento previo a la suspensión de la protección diplomática, en tanto suele ser la última *ratio* previa a la utilización de mecanismos confrontacionales, ya sea en vía judicial o en vía arbitral. En otras palabras, con el período de negociaciones amistosas se cierran los llamados medios políticos o diplomáticos, para continuar con los exclusivamente jurídicos.

¿Pero, cuál es el espíritu de esta disposición? Al otorgarse un período de gracia, se espera que las partes de la controversia,[439] es decir, el inversor de una Parte Contratante del TBI y la otra Parte Contratante (Estado anfitrión) intenten, en la medida de lo posible, ensayar una solución compartida que permita normalizar las relaciones al cesar la disputa, reflexionando también sobre todos los factores que implica el inicio de una etapa confrontacional. Por esta razón también se le suele llamar «período de enfriamiento» o *cooling off period.*

Así, el TBI Argentina y Panamá de 1996, en su artículo 9(1), reza:

> Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por gestiones amistosas.

Por supuesto, es lógico e idóneo que esta etapa tenga una duración. De no ser así, lo que se pretende sea una solución, se convertiría en un problema más al dilatar la controversia. Así las cosas, encontramos en la práctica períodos de tres a seis meses. [440]

Sobre este período, la práctica arbitral no ha sido uniforme. Tribunales arbitrales como el del caso *Lauder vs. República Checa*[441] califi-

---

[439] Hemos hecho la debida precisión porque las partes de la controversia sobre la inversión son distintas de las de una potencial controversia sobre el TBI. En la primera, se trata de un nacional de un Estado Parte del TBI contra el otro Estado Parte (Estado receptor de la inversión). En la segunda, en donde generalmente se trata de diferencias respecto de la interpretación o aplicación del TBI, las partes son ambos Estados suscriptores del TBI. Para ambos casos, los TBI contienen disposiciones procedimentales, en las que se incluyen períodos de espera.

[440] Hemos redactado el párrafo a modo de sugerencia, pues si bien la gran mayoría de TBI establece un período cierto, existen singulares casos en los que no se contempla un lapso para el *cooling off period*, tal como es el TBI Perú-Australia (artículo 13).

[441] *R. Lauder vs. República Checa*. Caso arbitral llevado a cabo bajo las Reglas Uncitral en la *London Court of International Arbitration*. Laudo del 3 de septiembre de 2001.

caron esta etapa como meramente procesal, por lo cual permitieron al inversionista prescindir de dicha etapa y aceptar el inicio del arbitraje. En distinta corriente, el tribunal arbitral del caso *Enron vs. Argentina*[442] sostuvo que la inobservancia de las disposiciones sobre períodos de espera comprometía su jurisdicción. Asimismo, en lo que parece ser una posición media, el tribunal arbitral del caso *Western vs. Ucrania*[443] dispuso, mediante una orden procesal, la suspensión del arbitraje hasta el cumplimiento de los seis meses que requería el correspondiente TBI. Cabe señalar que en este último caso, posterior a tal orden, las partes optaron por poner término a la controversia, al amparo del artículo 43(1) de las Reglas Arbitrales (reglas procesales) del Ciadi. Como es de notar, aquí el período *cooling off* cumplió su cometido.

Ahora bien, distinto es el supuesto en el que se utiliza el *cooling off* como mecanismo de dilación, es decir, cuando pese al acercamiento del inversor, el Estado no responde a sus solicitudes de negociación. Cabe, entonces, la pregunta de si es que resulta lógico mantener el período de espera cuando, por ejemplo, un inversor envía una carta a las respectivas autoridades del Estado solicitando iniciar el período de negociaciones y éstas ni siquiera responden tal solicitud transcurridos dos meses. ¿Tiene algún efecto práctico el mantener la controversia en ese estadio? ¿No se constituye en una devoción por el formalismo? Creemos que hay casos en los cuales queda en evidencia que ante la negativa de un Estado de ensayar una solución negociada con el inversor, no resulta lógico mantener dicho período.

Por otro lado tampoco se deben amparar abusos de los inversores, tales como las conductas procesales de mala fe. Así, por ejemplo, el hecho de iniciar un arbitraje prematuramente con el objeto de ejercer

---

442 *Enron Creditors Recovery Coporation (anteriormente Enron Corporation) y Poderosa Assets, L.P. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/01/3. Laudo sobre jurisdicción del 14 de enero de 2004.

443 *Western NIS Enterprise Fund vs. Ukraine*. Caso Ciadi n.º ARB/04/2. Orden Procesal del 16 de marzo de 2006.

presión sobre el Estado en la etapa de negociaciones. En todo caso, es necesario hacer una evaluación caso por caso, según las disposiciones del respectivo TBI aplicable a la controversia.

6.2. Cláusulas jurisdiccionales

Como hemos manifestado en el acápite anterior, la etapa de uso de los medios políticos o diplomáticos acaba con las negociaciones amistosas, en las que válidamente el Estado de donde es originario el inversor podría interceder por su nacional para que éste procure llegar a una solución que ponga fin a la controversia. Sin embargo, cuando el período de *cooling off* no resulta y la controversia persiste, se da el siguiente paso, que es la etapa de uso de los medios exclusivamente jurídicos. Tal es el caso del TBI entre el Reino Unido y Vietnam de 2002:

> Article 8
> Settlement of Disputes between an Investor and a Host State
>
> (1) Disputes […] which have not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification of a claim, be submitted to international arbitration if either party to the dispute wishes.[444]

Teniendo en consideración el escenario antes descrito, lo que sigue es que nos encontremos ante cláusulas que condicionan o modifican el momento, el tiempo y el propio acceso a determinado mecanismo jurídico de solución de la controversia. Ante ello, contamos con algunas de las siguientes variables:

(i) Cláusula de acceso directo al arbitraje.- Ésta es una cláusula que definitivamente no aparece en todos los TBI. Es, más bien, una suerte de excepción que una regla. Se trata de una cláusula que no objeta el acceso al arbitraje, salvo por el consentimiento prestado, que

[444] TBI Reino Unido y Vietnam de 2002, artículo 8, numeral 1.

generalmente está expresado en el mismo TBI, en un contrato de inversión o las leyes de inversión. Así, el inversor que vea afectados sus derechos, puede acceder al mecanismo arbitral de forma automática. Tal fue el caso de la Ley n.° 43/1974 de Egipto sobre inversiones,[445] es el caso de la Ley sobre Inversiones de Albania de 1993, así como el de algunos contratos de concesión otorgados por el Estado peruano a inversores extranjeros.[446]

(ii) Cláusula de agotamiento de la vía interna.- Esta cláusula es bastante más común que la anterior. Se relaciona con la jurisdicción que, en efecto, brinda al inversor la posibilidad de acudir al arbitraje. Sin embargo, se exige que antes de usar esa prerrogativa, se agote la vía interna (administrativa o judicial) del Estado receptor de inversión, según las disposiciones de cada TBI.[447]

Incluidas en este tipo de cláusulas —pese a algunas posiciones en contrario—,[448] creemos, se encuentran generalmente períodos límites o topes hasta los cuales la controversia puede permanecer en la vía interna (administrativa o judicial), con lo cual, transcurrido el tiempo, habiéndose obtenido un pronunciamiento final o no, el inversionista tendrá expedito el camino para solicitar el arbitraje.

---

[445] Esta ley ha sido reemplazada por una nueva, promulgada a inicios de 2015.

[446] Cabe mencionar que estos instrumentos, en efecto, contienen acceso directo a, por ejemplo, un arbitraje Ciadi, mas requieren que la cuantía de la controversia suscitada exceda determinado monto.

[447] En el ámbito de los arbitrajes Ciadi, esta cláusula encuentra sustento en el artículo 26 del Convenio: «[…] Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al Arbitraje conforme a este Convenio».

[448] Por ejemplo, Schreuer sostiene que no nos encontramos frente a una cláusula de agotamiento de la vía interna cuando el respectivo TBI provee un plazo máximo para la solución de la controversia en los fueros locales, luego del cual recién se tiene acceso al arbitraje. Véase: SCHREUER, Christoph. «Investment Arbitration: a voyage of Discovery». Ponencia en el SJ Berwin International Arbitration Launch, realizado en Londres, 4 de noviembre de 2004.

Cabe mencionar que lo anterior ha merecido comentarios de ciertos tribunales arbitrales, en tanto han diferenciado, por un lado, que un inversionista tenga que acudir a las cortes del Estado anfitrión durante determinado período de tiempo; y, por otro lado, que un inversionista tenga que agotar la vía interna del Estado anfitrión (es decir, que obtenga una sentencia definitiva).

Sea un caso u otro, creemos que ambas situaciones —sobre todo la segunda— podrían hacer más costoso el llegar a una solución de la controversia,[449] al extremo de que han sido llamadas «disposiciones sin sentido, desde un punto de vista práctico»,[450] en tanto se pide sortear un «obstáculo» más para llegar al arbitraje, medida que en no pocos casos suele ser improductiva.

Por ejemplo, el artículo x del TBI entre España y Argentina de 1991 sostiene:

> Artículo x
> Solución de controversias entre
> una parte e inversores de la otra parte
>
> […]
>
> 2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 [referido al período de negociaciones amistosas] no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los Tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión. (El subrayado es nuestro).

[449] *Idem*.

[450] Véase: *Plama Consortium Limited vs. República de Bulgaria*. Caso Ciadi n.° ARB/03/24. Laudo sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005, parágrafo 224.

Como se observa, el TBI promueve como siguiente paso a la etapa de negociaciones amistosas, el sometimiento de la controversia, a petición de una de las partes, a los tribunales locales. Agrega el mismo artículo del TBI:

> 3. La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:
>
> a) A petición de una de las Partes de la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contando a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las Partes […]. (El subrayado es nuestro).

La citada cláusula sostiene que pasados dieciocho meses sin un pronunciamiento o con él (si persiste la controversia) se puede recurrir al arbitraje, en lo que se constituye como una típica cláusula de agotamiento de la vía interna.

En relación con lo anterior, es oportuno preguntarnos qué sucede cuando esa disposición de agotamiento de la vía interna suele ser, en la práctica, un ejercicio pernicioso para el inversionista. ¿Es necesario someterse y/o agotar el, por lo general, vía crucis judicial? ¿Es realmente útil? Pues no existe una respuesta contundente o uniforme sobre ello a nivel de pronunciamientos Ciadi. Sin embargo, parecen primar los casos en que, a través de excepciones a la regla, los tribunales arbitrales han reconocido que estas disposiciones pueden evitarse, en tanto no tienen otro efecto que hacer más lenta y costosa la solución de las controversias en materia de inversión. Así, ya sea a través del TNMF[451]

[451] Véanse: *Maffezini vs. Reino de España*. Caso Ciadi n.º ARB/97/7. Laudo sobre jurisdicción del 25 de enero de 2000, parágrafos 54-64. *Siemens A.G. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/02/8. Laudo sobre jurisdicción del 3 de agosto de 2004, parágrafos 32-110; entre otros casos.

o declarada la disposición como «inefectiva» o «inútil» por el propio colegiado,[452] las disposiciones sobre sometimiento de la controversia a las cortes nacionales, por un tiempo, antes del acceso al arbitraje de inversión han sido sorteadas.

(iii) Cláusula de elección de vía.- Esta cláusula jurisdiccional es la más común de las mencionadas hasta el momento. Se trata de una cláusula mediante la cual, con objeto de la solución de una controversia, se ofrece al inversionista la elección irrevocable entre las cortes nacionales o el arbitraje internacional, razón por la cual también se le conoce como *fork in the road provision* o «cláusula de bifurcación del camino», en evidente alusión a la facultad del inversionista de escoger por una vía u otra.

Una típica disposición como la comentada se encuentra en el TBI entre Chile y Portugal de 1995:

> Artículo 7
> Controversia entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante
>
> […]
> 2. Si mediante dichas consultas [amistosas] no se llegare a una solución dentro de seis meses a contar de la fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá remitir la controversia:

[452] Véanse: *Ambiente Ufficio S.p.A. y otros vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/08/9. Laudo sobre Jurisdicción (en mayoría) del 8 de febrero de 2013, parágrafos 596 y 607. *Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi vs. Turkmenistán*. Caso Ciadi n.º ARB/10/1. Laudo sobre Jurisdicción del 2 de julio de 2013, parágrafo 8.1.21; así como —entre otros— *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/07/26. Laudo sobre jurisdicción del 19 de diciembre de 2012, parágrafo 202. En este último caso, el tribunal arbitral fue categórico en señalar: «[…] A proceeding that can in no reasonable way be expected to reach that target [es decir, que la controversia sea resuelta en dieciocho meses] is useless and unfair to the investor».

> a) a los tribunales locales de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectúe la inversión; o
> b) a arbitraje internacional del […] Ciadi […]
>
> Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al tribunal arbitral, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva. (El subrayado es nuestro).

En palabras de Sánchez Bravo:[453]

> […] si un inversionista desea impulsar una demanda ante un tribunal arbitral, teniendo como fundamento un BIT, no debe haber ejercido previamente o en forma paralela su derecho de acción ante los órganos jurisdiccionales del Estado receptor de la inversión […].

En efecto, la cláusula de elección de vía o *fork in the road provision* implica una elección irrevocable, que, como tal, conlleva que se escoja una vía declinando utilizar la otra, lo cual tiene por objeto evitar que la controversia sea dilucidada paralelamente en dos fueros distintos, con todo lo que ello implica (por ejemplo, que un inversor, según el caso, reciba doble compensación), pese a mantener una misma identidad.

Cabe mencionar que hablar de una misma identidad es hablar de tres elementos coexistentes: (i) los mismos hechos, (ii) las mismas partes, (iii) la misma base legal (causa). Así y sólo así, un tribunal arbitral se podrá inhibir de conocer la disputa por carecer de jurisdicción al haberse llevado ante él una causa que anterior o simultáneamente ha sido llevada a una corte nacional presentando los tres elementos antes mencionados.[454]

---

[453] SÁNCHEZ BRAVO, Guillermo. «El Arbitraje Internacional Ciadi y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITs». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2006, n.º 2, pp. 341 y 342.

[454] Temas como el expuesto emparientan íntimamente las *fork in the road provisions* con los temas relacionados con reclamaciones provenientes de un tratado y las provenientes de un contrato, que se abordarán en la siguiente sección.

En este extremo, es oportuno el comentario del profesor Schreuer,[455] quien destaca la necesidad de diferenciar entre una y otra situación:[456]

> Therefore, in order to determine whether the choice of under a fork-in-the-road clause has been made, it is necessary to establish whether the parties and the causes of action in to the two lawsuits are identical. The lost of access to international arbitration applies only if the same dispute has previously been submitted by the same party to the domestic courts. This principle is now well established and has been confirmed in a considerable number of decisions.

Existe vital importancia en practicar el examen antes mencionado, pues es importante tener claro que no todas las acciones legales que tome el inversor ante las cortes locales implican una elección como la que prevé la cláusula de elección o bifurcación de vías.[457] Pensar que todo ejercicio legal ante cortes locales implica una elección de vía es arribar a la arbitraria, irracional e insostenible conclusión de que dichas disposiciones son trampas para atrapar al inversionista en procesos locales, con la consecuencia de ver cerradas las puertas del arbitraje internacional, sin importar la razón por la cual se acudió a los remedios locales.

Es conveniente, entonces, resaltar que las cláusulas jurisdiccionales constituyen una entrada o salida al Arbitraje de Inversión, por lo que deberán ser debidamente redactadas teniendo en cuenta otras cláusulas del propio TBI que permitan un mejor desempeño de las éstas.

---

[455] Schreuer, Christoph. «Consent to arbitration». En *The Oxford Handbook of Investment Law.* Muchlinski, Peter, Felipe Ortino y Christoph Schreuer (eds.). Reino Unido: OUP Oxford, 2008, p. 849.

[456] Para Christoph Schreuer, el análisis sólo demanda la existencia de dos elementos: identidad de personas e identidad de objeto.

[457] Schreuer, Christoph. «Travelling the BIT route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road». En *The Journal of World Investment & Trade*. Ginebra: Werner Publishing Company Ltd., 2004, vol. 5, n.º 2, p. 249.

Por último, debemos mencionar que según el tribunal arbitral del caso *Maffezini vs. Argentina*,[458] ésta no es una disposición que pueda ser sorteada en virtud de ser invocado el estándar de trato de nación más favorecida, por involucrar una decisión expresa de las partes y un asunto de política pública.[459]

6.3. Reclamaciones sobre la base de un tratado y reclamaciones sobre la base de un contrato

Cercanamente relacionado al tema de la llamada «cláusula de bifurcación de caminos» o *fork in the road provision* se encuentra un tema que ha merecido, tanto en la práctica como en la doctrina arbitrales, protagónica atención en los últimos tiempos: el vínculo existente entre las reclamaciones sobre la base de un tratado (*treaty claims*) y las reclamaciones sobre la base de un contrato (*contract claims*).[460]

La problemática tiene lugar en el siguiente escenario: Surge una controversia entre un inversor extranjero y un Estado anfitrión, encontrándose de por medio un contrato con una cláusula de solución de controversias que somete a las partes al Poder Judicial del lugar donde se desarrolla la inversión o a un arbitraje en ese mismo territorio. Asimismo, en la escena descrita aparece también un TBI entre el Estado anfitrión y el Estado de donde es nacional el inversor extranjero, en cuya cláusula de solución de controversias, las partes (inversor-Estado) se someten, entre otros, a un arbitraje Ciadi.

El escenario antes descrito propone varias preguntas, pero acaso la más relevante sea: ¿a dónde deben acudir las partes para la solución de

---

458 *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España*. Caso Ciadi n.º ARB/97/7. Laudo sobre jurisdicción del 25 de enero de 2000 y laudo del 13 de noviembre de 2000.

459 Véase: Capítulo II, Sección 5.3, literal B del presente trabajo.

460 Este tema se halla también íntimamente ligado a la llamada «cláusula paraguas» o *umbrella clause*, materia que será abordada en la siguiente sección. Es oportuno precisar que lo expresado en el presente acápite no es necesariamente aplicable al siguiente.

sus controversias? Dicho en otras palabras: ¿cuál de los dos fueros es el competente para conocer la controversia?[461]

Los intentos de dar respuesta a los interrogantes no sólo han provenido de la doctrina, sino también de la práctica arbitral. Así las cosas, superado el caso *Lanco vs. Argentina*[462] —cuyo laudo fue cuestionado por los argumentos que sustentaron su decisión—,[463] ha destacado el criterio emanado del laudo en anulación del Comité *Ad-Hoc* del caso *Vivendi vs. Argentina*[464] (también conocido como Vivendi I). Esta decisión revocó la del tribunal arbitral original, el cual se inhibió de resolver las pretensiones relativas al TBI Argentina-Francia, aplicable al caso, en tanto —argumentó— éstas se hallaban directamente relacionadas con los reclamos provenientes del contrato de concesión que unía a las partes, el cual contenía una cláusula de solución de controversias que sometía las disputas a los tribunales judiciales locales. Para el Comité *Ad-Hoc*, esta decisión significó un exceso de poder, causal de anulación en el Convenio Ciadi.[465]

Uno de los principales criterios emanados del laudo en anulación en el caso Vivendi fue que no toda violación de un tratado implica una

---

[461] Es necesario advertir que ni la doctrina ni la práctica arbitral han llegado a un criterio uniforme respecto de este tema; sin embargo, algunas posiciones son cada vez más valoradas y se perfilan como la brújula a seguir.

[462] *Lanco International Inc. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/97/6. Laudo sobre jurisdicción del 8 de diciembre de 1998.

[463] El tribunal arbitral llegó a la conclusión de que era competente para conocer de la controversia porque: (i) la cláusula sobre solución de controversias prevista en el contrato de concesión, previamente acordado por las partes, no calificaba como tal, en tanto la ley argentina sólo preveía el acceso al Poder Judicial; y (ii) el Ciadi, en su artículo 26, prevé que el consentimiento al arbitraje en el marco del Ciadi implica la exclusión de cualquier otro recurso que no sean los previstos en el Convenio.

[464] *Compañías de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/97/3). Laudo del 21 de noviembre de 2000 y laudo en anulación del 3 de julio de 2002.

[465] Al respecto, véase: Capítulo I, Sub-Capítulo II, Sección 4 d) ii) del presente trabajo.

violación de un contrato; ni toda violación de un contrato trae consigo el detrimento de un tratado. No obstante, señaló que hay actos de un Estado que, en efecto, podrían incurrir en la violación de ambos instrumentos. Al respecto, sostuvo:

> 95. En cuanto a la relación entre el incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los artículos 3 y 5 [del TBI, sobre estándares de Trato Justo y Equitativo y Protección en caso de Expropiación, respectivamente] no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un Estado puede violar un tratado sin violar un contrato y viceversa; este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI.[466] (El subrayado es nuestro).

La independencia o autonomía de la que gozan las disposiciones del tratado respecto del derecho nacional encuentra sus bases en las siguientes afirmaciones del Comité *Ad-Hoc*:

> […] El punto se deja en claro en el artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado «Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito»:
>
> La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho ilícito por el derecho interno.
>
> 96. De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato […].[467] (El subrayado es nuestro).

---

[466] *Compañías de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/97/3). Laudo en anulación del 3 de julio de 2002, parágrafo 95.

[467] *Idem*, parágrafos 95 y 96.

Asimismo, el Comité *Ad-Hoc* introduce en la práctica arbitral a nivel de Ciadi un criterio que hasta ahora ha sido el punto de quiebre para el establecimiento o no de competencia sobre reclamaciones contractuales y las provenientes de un tratado:

> 96. […] Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable, en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán […].[468] (El subrayado es nuestro).

En efecto, se trata de lo que en doctrina se conoce como *essential* o *fundamental basis of the claim*, que no es otra cosa que identificar la naturaleza del reclamo presentado ante un tribunal arbitral, es decir, si se trata de un mero reclamo contractual o si se trata de un reclamo con base en un TBI y los derechos que éste reconoce. «Si es el primero, corresponderá respetar el pacto de jurisdicción contractual. En cambio, si lo que se demanda es un derecho al amparo de un BIT, la jurisdicción será la prevista en ese instrumento internacional».[469]

Quedando claro el tratamiento distinto entre una y otra fuente de reclamo, conviene dar una posible respuesta a la disyuntiva de si ante un hecho que presumiblemente viole los derechos provenientes de ambas fuentes, ¿puede un tribunal de un arbitraje de inversión abocarse a conocer una disputa, pese a la existencia de una cláusula sobre solución de controversias en el Contrato que somete la disputa a distinto fuero?

En nuestra opinión, consideramos que, habiéndose hecho la diferenciación entre las reclamaciones de distinta fuente (de un lado, un contrato y del otro, un tratado), un tribunal sí podría pronunciarse sobre el particular, pese a la existencia de una cláusula de solución de con-

---

[468] *Idem*, parágrafo 96.

[469] Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones… Op. cit.*, p. 689.

troversias en el contrato que, por ejemplo, somete las disputas al Poder Judicial local. Y es que, como se debe recordar, se trata de controversias de distinta fuente que, si bien pueden provenir de un mismo hecho, provienen de orígenes legales diferentes: una de un tratado y la otra de un contrato. Más aún: se trata de reclamaciones sobre instrumentos de distinta naturaleza, a los cuales se les aplica órdenes legales distintos (Derecho internacional y Derecho interno, respectivamente). Tal como expresa el tribunal arbitral del caso *CMS vs. Argentina*:[470]

> 76. Este tribunal […] [a]firma por consiguiente que las cláusulas de la Licencia o de sus Condiciones que disponen la presentación de ciertas categorías de controversias a los tribunales nacionales de la República Argentina no constituyen un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal del Ciadi en los términos del Tratado [Bilateral de Inversión, TBI], dado que las funciones de estos instrumentos son diferentes. (El subrayado es nuestro).

Así las cosas, no parece extraño corroborar el hecho de que:

> 44. Muchos otros tribunales arbitrales internacionales han adoptado la posición de que una cláusula de solución de controversias en un contrato subyacente en virtud de la cual las diferencias contractuales son de competencia exclusiva de tribunales o arbitrajes locales no impide a un inversor que es parte en dicho contrato iniciar un procedimiento de arbitraje para hacer valer sus derechos en el contexto de un tratado bilateral de inversión.[471] (El subrayado es nuestro).

Otra cuestión problemática en cuanto a las reclamaciones provenientes de un tratado y las de un contrato es si los tribunales arbitra-

---

[470] *CMS Gas Transmisión Company vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/01/8. Laudo sobre jurisdicción del 17 de julio de 2003.

[471] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/03/19. Laudo sobre jurisdicción del 3 de agosto de 2006.

les están provistos de competencia para conocer sobre las controversias contractuales. La disyuntiva surge a raíz de lo que constituye una clásica fórmula en los TBI y que atribuye competencia al fuero arbitral a:

> Cualquier controversia que pudiera surgir entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante en conexión con una inversión en el territorio de esa otra Parte Contratante […]. (El subrayado es nuestro).

La amplitud de la cláusula modelo citada, a simple vista, dejaría entrever que se refiere a cualquier controversia (no importando su fuente, como dicen algunos) que cumpla con el requisito de estar ligada a la inversión. Ésta o similares disposiciones, tales como el artículo 9(1) del TBI entre Alemania y China de 2003,[472] se consideran distintas de la expresada, por ejemplo, en el artículo 1116 del Tlcan, que dispone que un inversor podrá someter a arbitraje, en el marco de la solución de controversias del tratado (capítulo once), «una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida» en las disposiciones del capítulo de Inversiones (capítulo diez). Esta última disposición reviste más claridad al referirse a una obligación establecida en dicho instrumento (capítulo de Inversiones).

No ha habido una única respuesta para el interrogante planteado. Más aún, las posiciones se han polarizado. En cuanto a la práctica arbitral, son dos los arbitrajes que tomaron protagonismo y han sido materia de diversos comentarios. Se trata de dos arbitrajes que tuvieron hechos relativamente parecidos:[473] *SGS vs. Pakistán*[474] y *SGS vs.*

---

[472] «Any dispute concerning investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party […]».

[473] Para mayor abundancia, véase: Gill, Judith, Matthew Gearing y Gemma Birt. «Contractual claims and Bilateral Investment Treaties: A comparative review of the SGS cases». En *Journal of International Arbitration*, 2004, vol. 21, n.º 5.

[474] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán*. Caso Ciadi n.º ARB/01/13. Laudo sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2003.

Filipinas.[475] Nos referiremos primero a este último, cuya decisión fue emitida con posterioridad al caso que involucraba a Pakistán y cuyos argumentos fueron diametralmente opuestos a su predecesor. Así las cosas, el tribunal arbitral del caso *SGS vs. Filipinas* sostuvo que el TBI en cuestión, que contenía una amplia cláusula como la citada en párrafos anteriores,[476] le autorizaba a resolver cualquier conflicto, provenga ya sea de un tratado o de un contrato entre las Partes. Asimismo, sostuvo que la única manera de restringir su acceso a conocer las reclamaciones contractuales, era que el TBI hubiera presentado un tipo de cláusula de solución de controversias, señalando que tal mecanismo sería usado para resolver disputas «relacionadas con la interpretación de las disposiciones» de ese instrumento.[477] A su vez, se señaló que si un contrato contiene un pacto de solución de controversias, corresponde acudir a él, salvo razones atendibles, tales como la fuerza mayor o supuestos similares. Finalmente (en decisión en mayoría), el tribunal arbitral manifestó no tener jurisdicción para conocer de la controversia en respeto a la cláusula de solución de controversias del contrato.[478]

Sin embargo, nosotros —por las razones que expondremos— nos inclinamos más por la decisión emitida en el caso *SGS vs. Pakistán*. Este tribunal arbitral, en efecto, reconoció la autonomía entre las reclamaciones provenientes de un tratado de las que provienen de un contrato. Por un lado, sostuvo que el TBI entre Suiza y Pakistán, aplicable a la

---

[475] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República de las Filipinas*. Caso Ciadi n.º ARB/02/6. Laudo sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004.

[476] Artículo 8(1) del TBI entre Suiza y Filipinas de 1997: «For the purpose of solving disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party […]».

[477] Así, por ejemplo, el TBI entre México y España del 2006 presenta la siguiente redacción en su artículo IX: «Toda controversia que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante derivada de un presunto incumplimiento de una obligación establecida en este Acuerdo […]».

[478] En el mismo sentido de desacuerdo con el tribunal arbitral del caso *SGS vs. Pakistán*, el del caso *Tokios Tokeles vs. Ucrania*, Caso Ciadi n.° ARB/02/18. Laudo sobre jurisdicción del 29 de abril de 2004, parágrafo 52 y nota a pie de página 42.

controversia, le otorgaba jurisdicción para juzgar sobre las violaciones contra sus disposiciones, alegadas por el demandante. Cabe mencionar que la cláusula sobre solución de controversias contenida en el TBI era amplia —tal como la que hemos venido comentando hasta el momento y que da origen a la disyuntiva señalada—. De otro lado, el tribunal arbitral manifestó que la cláusula sobre sometimiento a arbitraje local contenida en el contrato suscrito por las partes de la disputa era válida, pero única y exclusivamente para las reclamaciones contractuales. Asimismo, sostuvo que la cláusula sobre solución de controversias del TBI, pese a su amplitud, no aplicaba para resolver cuestiones contractuales, pues si ésa hubiera sido la intención de las partes, lo hubieran previsto expresamente.

En nuestra opinión, los criterios vertidos por este tribunal arbitral son correctos. En primer lugar, reconoce la ya aceptada práctica arbitral y doctrinaria de diferenciar las reclamaciones contractuales de las provenientes de un tratado. En segundo lugar, reconoce que esa diferencia se debe a que cada una proviene de un instrumento de distinta naturaleza. En tercer lugar, nos parece pertinente que haya apuntado que si bien existen cláusulas amplias en los TBI, tales como en el caso Suiza-Pakistán, que somete a su jurisdicción «cualquier disputa entre el inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante» del tratado, ello no significa que deba conocer de temas contractuales, sino que las mencionadas disputas tienen que versar sobre los estándares sustantivos previstos en el TBI, tal como se desprende del siguiente párrafo:

> […] if article 9 relates to any dispute at all between an investor and a Contracting Party, it must comprehend disputes constituted by claimed violations of BIT provisions establishing substantive standards of treatment by one Contracting Party of investors of the other Contracting Party. Any other view would tend to erode significantly those substantive treaty standards of treatments.[479] (El subrayado es nuestro).

[479] Parágrafo 150.

Para entender lo expresado, hay que recordar que los TBI promueven y protegen las inversiones. Para ello, estos instrumentos internacionales han adoptado disposiciones varias, encontrándose entre las más importantes los estándares sustantivos de protección y/o tratamiento. En este orden de ideas, pensar que un tribunal pueda, a través de una cláusula de solución de controversias en un TBI, conocer reclamaciones contractuales puras («reclamaciones sobre la base únicamente del contrato, es decir, reclamaciones contractuales que no incluyen algún elemento de, o implican, violación de un estándar sustantivo del TBI»),[480] sin tener en cuenta los estándares antes mencionados, haría devenir en superflua o inútil la protección prevista en los tratados de inversión,[481] protección a través de estándares que supuestamente es la razón principal por la cual estos instrumentos han sido creados. Asimismo, se debe tener en cuenta que los mecanismos de solución de controversias previstos en ellos se crean justamente para dilucidar situaciones en las que un Estado rompe con los compromisos que ha asumido en el tratado.

Cabe mencionar que esto no significa que los Estados no puedan acordar que tribunales arbitrales como los que existen en el Ciadi, en efecto, puedan conocer controversias contractuales puras; de hecho podrían hacerlo, pero ello tendría —en opinión del tribunal arbitral acotado— que hacerse de manera expresa.[482] Explicó el colegiado:

---

[480] Parágrafo 156.

[481] Bastaría, por ejemplo, alegar que un Estado incumplió una simple prestación contractual para que el Derecho Internacional tutele la reclamación, no importando, por tanto, el análisis de la actitud de dicho Estado respecto de los estándares de protección previstos en el TBI. Creemos que ése no parece ser el espíritu de este sistema de solución de controversias.

[482] El profesor Cantuarias refiere el TLC Perú-Estados Unidos como uno de los casos en que un instrumento internacional hace mención expresa de que se aplicará el mecanismo de solución de controversias a ciertos contratos. Así, por ejemplo, el artículo 10.16.1 da «la posibilidad de someter a arbitraje controversias por la violación de una autorización de inversión o de un acuerdo de inversión». Véase: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones… Op. cit.*, p. 699.

> We are not suggesting that the parties cannot, by special agreement, lodge in this Tribunal jurisdiction to pass upon and decide claims sounding solely in the contract. Obviously the parties can. But we do not believe that they have done so in this case. And should the parties opt to do that, our jurisdiction over such contract claims will rest on special agreement, not on the BIT.[483] (el subrayado es nuestro).

Así las cosas, pensamos que, en efecto, puede que haya situaciones en las que un quebramiento de contrato implique también una violación de un TBI; sin embargo, el respectivo tribunal arbitral probablemente se refiera al contrato no para juzgar los aspectos comerciales y consecuencias jurídicas en sí mismas, sino para, a través de los hechos, determinar si el Estado demandado ha incurrido en responsabilidad internacional por quebrar los estándares sustantivos previstos en el TBI. Dicho instrumento internacional tiene un contenido (estándares de protección y/o tratamiento), y es precisamente ese contenido el que debe ser protegido por los mecanismos de solución de controversias que este tratado provee.

6.4. Cláusula paraguas

Ligada a los temas sobre jurisdicción *ratione materiae* y a los de reclamaciones provenientes de un tratado y provenientes de un contrato, está la figura de lo que la doctrina del Derecho Internacional de las Inversiones conoce como «cláusula paraguas». Esta figura —al igual que el tema anteriormente tratado— no ha agotado de ninguna manera su polémica.[484]

---

[483] Parágrafo 161.

[484] En este breve espacio no se pretende agotar el debate en torno de la Cláusula Paraguas, que —en honor a la verdad— necesitaría un completo estudio sobre ella. Para un acercamiento al tema, véase: Wälde, Thomas. «The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration: A comment on original intentions and recent cases». En *The Journal of World Investment & Trade*, 2005, vol. 6, n.º 2 y Anthony Sinclair. «The origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection». En *Arbitration International*, 2004, vol. 20, n.º 4.

Hecha la advertencia, se puede comentar que la «cláusula paraguas»[485] o *umbrella clause* suele aparecer en los instrumentos internacionales con la siguiente o similar redacción:[486]

> Cada parte contratante cumplirá con los compromisos que haya contraído con relación a las inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante. (El subrayado es nuestro).

De ese texto —el cual, creemos, no difiere sustancialmente respecto de otras cláusulas paraguas— ha partido el debate, cuyo meollo se encuentra principalmente en los antagónicos casos *SGS vs. Pakistán*[487] y *SGS vs. Filipinas*,[488] en el que se presentaron hechos y reclamos similares sobre la base de sendos TBI con cláusulas paraguas con ligeras diferencias en su redacción, pero de la misma envergadura jurídica.[489]

---

[485] También conocida como «cláusula sombrilla», «cláusula de cumplimiento de los compromisos».

[486] Debemos decir que las cláusulas paraguas que habitan en distintos TBI y otros instrumentos internacionales son casi idénticas. Consideramos que acaso éste sea el motivo por el cual no existen «medias tintas», sino que el debate se ha polarizado entre los criterios contenidos en las decisiones emitidas en los casos *SGS vs. Pakistán* y *SGS vs. Filipinas*.

[487] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán*. Caso Ciadi n.º ARB/01/13. Laudo sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2003.

[488] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República de las Filipinas*. Caso Ciadi n.º ARB/02/6. Laudo sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004.

[489] El artículo 11 del TBI Suiza-Pakistán decía: «Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party». Por su parte, el artículo x(2) del TBI Suiza-Filipinas decía: «Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investment in its territory by investors of the other Contracting Party».

Se podría señalar que en el primero de ellos se adopta una posición prudencial[490] y en el segundo una interpretación literal.[491]

Quienes sostienen lo que hemos considerado como una interpretación extensiva del contenido de una cláusula paraguas, entienden que éstas tienen el efecto inmediato de «elevar» todas las obligaciones contractuales a obligaciones internacionales, provocando con ello, a la vez, que toda violación de un contrato eleve su estatus a un nivel de violación de un tratado, posición adoptada por el tribunal arbitral de *SGS vs. Filipinas*.[492] A diferencia de ese colegiado, el tribunal arbitral del caso *SGS vs. Pakistán*, no consideró que las cláusulas paraguas «eleven» los compromisos contractuales a compromisos derivados de un tratado. En este sentido, tal como expresa el tribunal del caso *El Paso vs. Argentina*,[493] comentando la citada decisión y aludiendo al TBI aplicable:

> […] el artículo 11 se refiere a compromisos en general, no sólo a compromisos contractuales. Por lo tanto, si se considera que dicho artículo eleva los reclamos contractuales al nivel de los reclamos basados en los tratados, la consecuencia ineludible de ellos es que todos los reclamos basados en cualquier compromiso contenido en todo acto legislativo, administrativo u acto unilateral de otra naturaleza del Estado o de cualquiera de sus

[490] Véase: Laudo sobre jurisdicción del 2003, parágrafo 171: «The appropriate interpretive approach is the prudencial one, summed up in the literature as *in dubio pars mitior est sequenda*, or more tersely, *in dubio mitius*». La nota a pie de página orginal ha sido suprimida.

[491] Véase: Wälde, Thomas. «The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration…». *Op. cit.*, p. 207: «One interpretation is that all foreign contract claims with government agencies are now "lifted" to the level of international law and the direct investor–State arbitration of modern BITs. Such interpretation can find some support in a purely textual reading». Citado por: Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones… Op. cit.*, p. 711.

[492] En esa misma línea, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. vs. Rumania*. Caso Ciadi n.° ARB/05/20. Laudo del 11 de diciembre de 2013, parágrafo 415.

[493] El *Paso Energy International Company vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/03/15.

> entidades o subdivisiones deberán considerarse como reclamos basados en los tratados […].[494]

Lo señalado, haría que la cláusula paraguas de un TBI tenga un campo de acción infinito, acción que, a todas luces, parece no alcanzar la intención de las partes, más aún cuando en los mencionados TBI y en muchos otros, se establecen ciertas excepciones y condiciones que se relacionan directamente con el consentimiento y la jurisdicción de los tribunales arbitrales.

En la misma línea, una consecuencia directa de considerar que las cláusulas paraguas tengan como efecto automático la «elevación» de las obligaciones contractuales a obligaciones internacionales previstas en un tratado, es que los estándares de protección y/o tratamiento devendrían en inútiles. Dicho en otras palabras, ¿para qué han negociado los Estados diversas disposiciones de un TBI, estando entre ellas los estándares de protección, si en la práctica sólo bastaría la cláusula paraguas? En este sentido, tal como hemos señalado en párrafos previos, los estándares de protección y/o tratamiento constituyen el *quid* de los TBI; es sobre estas disposiciones que los tribunales arbitrales Ciadi en materia de inversión se pronuncian como lo ha hecho el tribunal *SGS vs. Pakistán*:

> There would be no real need to demonstrate a violation of those substantive treaty standards if a simple breach of contract, or municipal statue or regulation, by itself, would suffice to constitute a treaty violation on the part of a Contracting Party and engage the international responsibility of the Party […].[495]

Asimismo, no sólo creemos que se tornarían inútiles las disposiciones del TBI, sino que el mismo contrato en mención, específicamente, la cláusula sobre solución de controversias (que en su mayoría someten la disputa a arbitraje local o a las cortes nacionales), que libremente

---

494 Parágrafo 72.
495 Parágrafo 168.

pactaron las partes, quedaría desarticulada a sola voluntad del inversor, algo que —por lo menos nosotros creemos— sería un serio despropósito (cuando no un furtivo intento desesperado por internacionalizar los contratos),[496] que no hace sino alejar a los Estados del Ciadi y cualquier otro foro que pretenda ser instancia neutral para la solución de conflictos sobre inversiones.[497]

Como ya hemos mencionado, el tribunal arbitral del caso *SGS vs. Pakistán* no cierra la posibilidad de que los Estados puedan, en efecto, derivar todas sus controversias en el marco de un contrato con un inversor, sino que esto deberá hacerse de manera expresa.[498] En otras palabras, «de acuerdo, con el tribunal *SGS vs. Pakistán*, la regla estándar es que los Estados no pueden ser estimados como comprometidos. Los Estados sólo se comprometen cuando clara y convincentemente han expresado su intención de comprometerse».[499]

Por último, se debe recordar que no cualquier acto del Estado constituye una violación de un tratado. En nuestra opinión, los actos calificados como internacionalmente ilegales no deben ser simples actos co-

---

[496] Sobre la experiencia en el frustrado intento de internacionalización de los contratos, véase: Nougayrède, Delphine. «Binding States: a commentary on States Contracts and Investment Treaties». En *Business Law International*. Londres: International Bar Association, 2005, vol. 6, n.º 3, pp. 372-397.

[497] Algunos menos heterodoxos dirían, incluso, que la realidad habla de que las controversias se derivan al Ciadi por excepción más que por regla. En este contexto, interpretar de manera tan holgada una disposición de un TBI no sería congruente con la práctica de los Estados.

[498] El mencionado ejemplo del TLC entre el Perú y los Estados Unidos, en el que expresamente se dice que se aplicará el mecanismo de solución de controversias a ciertos contratos. Así, por ejemplo, el Artículo 10.16.1 da «la posibilidad de someter a arbitraje controversias por la violación de una autorización de inversión o de un acuerdo de inversión», documentos que son definidos en el mismo TLC en el artículo 10.28. Asimismo, en un caso parecido, se encuentra el TBI entre Perú y Canadá, el mismo que prevé la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, los inversores aleguen la violación de un CEJ.

[499] Nougayrède, Delphine. «Binding States…». *Op. cit.*, p. 388.

merciales o de gestión del Estado (*acta iure gestionis*), razón por la cual se justifica que un Estado esté a la par de su contraparte (un inversor) y sin prerrogativas especiales, sino que debe tratarse de actos soberanos o de imperio (*acta iure imperii*) que se interponen en el normal desarrollo de una inversión en perjuicio del inversionista. Son estos actos los que, a la luz de los derechos sustantivos previstos en los TBI y el Derecho internacional, miden la ilegalidad del accionar de un Estado. En este sentido, tal como acertadamente señala el profesor Wälde: «It's only when State courts exercise such jurisdiction in a way that breaches a BIT that a BIT discipline comes again into play […] if there is no State power and no abuse involved, they [las cláusulas paraguas] have no role to play». [500]

6.5. Cláusula de remanencia y el Ciadi

Éste es un aspecto que no ha sido muy mencionado en el sector de la doctrina, pero que viene generando cierto interés a la luz de experiencias como la boliviana, la ecuatoriana y la venezolana. Cabe mencionar que ambos Estados decidieron denunciar el Convenio Ciadi el 2 de mayo de 2007, el 6 de julio de 2009 y el 24 de enero de 2012, respectivamente.[501]

La llamada «cláusula de remanencia» o «cláusula de supervivencia» es aquella disposición contenida en un TBI que extiende durante determinado período los beneficios previstos por éste cuando una de las partes decide denunciar el tratado. De esta manera, aun habiendo decidido la culminación de la vigencia del TBI, las inversiones cubiertas por este instrumento gozarán de los mismos estándares de protección

[500] WÄLDE, Thomas. «The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration…». *Op. cit.*, pp. 205-209. Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Arbitraje Comercial y de las Inversiones… *Op. cit.*, pp. 712 y 713.

[501] Las denuncias, según el artículo 71 del Convenio Ciadi, tienen efecto seis meses después de notificado dicho acto, con lo que las fechas determinantes para ambos casos fueron el 3 de noviembre de 2007, el 7 de enero de 2010 y el 25 de julio de 2012, respectivamente.

durante un tiempo, que suele oscilar entre los diez y quince años, según disponga el propio TBI. Así, por ejemplo, el numeral 2 del artículo 13 del TBI entre Bélgica y Camerún de 1980, sostiene:

> Article 13.- Entry into force and duration
>
> […]
>
> 2. In respect of investments made prior to the date of termination of this convention, the above provisions shall remain in force for a further period of 10 years from the day of termination.

Tal como expresa el citado TBI, se trata de extender su protección en beneficio de las inversiones realizadas con anterioridad a la terminación del tratado.

Queda claro, entonces, que las disposiciones del TBI seguirán siendo aplicables durante esta suerte de «tiempo de gracia», lo que naturalmente incluye las disposiciones sobre solución de controversias, las cuales permitirán al interesado iniciar un arbitraje de inversión en virtud del potencial consentimiento expresado en el TBI.

Nosotros creemos que esta cláusula, además de otorgar por un tiempo más las garantías previstas en este tipo de tratados, sería un paliativo de transición. Y es preciso mencionar que no resulta extraño que parte de la decisión de inversión en determinado país implique la contemplación de las garantías que éste ofrece para el asentamiento de capitales en su territorio. En este sentido, los TBI ofrecen estándares de protección que bien pueden ser tomados como garantía de que los derechos de los inversionistas se van a respetar. Así las cosas, si un Estado cambia su política de inversiones y decide denunciar los TBI suscritos y acaso inicia una ola de nacionalizaciones, seguramente el inversionista reconsideraría su decisión y migraría para evitar ser perjudicado. La cláusula de remanencia buscaría, entonces, dar un tiempo (más que) prudencial

para que este proceso de migración, en virtud de la nueva situación, se realice de la manera menos traumática posible, para lo cual podrán contar por un tiempo más con los derechos ofrecidos por el TBI.

Un tema íntimamente ligado con los TBI y a propósito de protección de las cláusulas de remanencia previstas en estos instrumentos internacionales, es la relación que guardan con el Convenio Ciadi y su potencial denuncia. Tal como lo mencionáramos en las primeras líneas de este acápite, las denuncias del Convenio Ciadi por parte de los Estados boliviano, ecuatoriano y venezolano han planteado preguntas como: ¿qué sucede con los TBI que prevén el acceso al Ciadi ante la denuncia de su convenio constitutivo?

Para tratar de responder a esa pregunta, conviene primero saber qué es lo que dice este instrumento en caso un país decida denunciarlo. El Convenio Ciadi en su artículo 71 establece:

> Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación». (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, a continuación, el artículo 72, regulando lo planteado por el artículo 71, apunta:

> Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario. (El subrayado es nuestro).

Según las disposiciones citadas, pasados seis meses de notificada la denuncia del Convenio Ciadi, ésta producirá sus efectos (artículo 71).

Sin embargo, existe una excepción prevista por el artículo 72, el cual, en el fondo, sostiene que la denuncia no tendrá efecto sobre aquel consentimiento de sometimiento al Ciadi prestado con anterioridad a dicha notificación. Este criterio es aceptado sin duda alguna. No obstante, la discusión versa sobre si esta disposición se refiere al consentimiento prestado por ambas partes o únicamente por una de ellas, como ocurriría en el caso en el que un Estado haya hecho una «oferta abierta» o *arbitration without privity*[502] a través de, por ejemplo, un TBI o su legislación local.

Para algunos, como Schreuer,[503] el consentimiento al que se refiere el artículo 72 del Convenio Ciadi debe ser mutuo, es decir, existir un convenio arbitral perfeccionado. Sin embargo, para otros autores como Gaillard,[504] no es necesario que exista consentimiento mutuo, sino que simplemente exista el consentimiento dado por el Estado, lo que en términos prácticos podría manifestarse en un consentimiento adelantado en un TBI o la legislación nacional.

Nosotros coincidimos con esta última posición, primero, porque el artículo mencionado se refiere a que las denuncias «no afectarán a los derechos y obligaciones», de acuerdo con el Convenio, de: (i) el Estado denunciante; (ii) subdivisiones políticas u organismos públicos del Estado denunciante; (iii) nacionales del Estado denunciante, «nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro» Ciadi «dado por alguno de ellos». Es decir, se refiere al consentimiento prestado por cada uno de ellos, según sea el caso. En ningún momento se exige que los consentimientos sean mutuos.

---

[502] Véase: Paulson, Jan. «Arbitration without privity». En *Icsid Review. Foreign Investment Law Journal*, 1995, vol. 10, n.º 2, pp. 232-237.

[503] Schreuer, Christoph. *The Icsid Convention: A commentary*. Londres: Oxford, 2001, p. 1285.

[504] Gaillard, Emmanuel. «The denunciation of Icsid Convention». En *New York Law Journal*, 2007, vol. 237, n.º 122.

Sin embargo, es necesario explicar que la mera referencia o declaración general sobre el Ciadi no implica el consentimiento que mencionamos, sino un consentimiento inequívoco del Estado, en virtud del cual el convenio arbitral pueda quedar perfeccionado, a la sola solicitud de arbitraje presentada por el inversionista. «En otras palabras, para los propósitos del artículo 72 es importante asegurarse que la redacción de la cláusula arbitral en cada tratado de protección de inversión, en efecto, constituya un consentimiento previo del Estado a la jurisdicción del Centro».[505] Si por ejemplo, un TBI provee un acuerdo entre ambas partes para someter la controversia a arbitraje o si contiene una cláusula estableciendo que si por cualquier motivo no estuviera disponible el arbitraje Ciadi[506] (supuesto que incluye su eventual denuncia) se recurrirá a un arbitraje *ad-hoc*. Obviamente, no se podrá aplicar el artículo 72 de Convenio.

Por último, cabe preguntarnos ¿qué ocurriría si se presenta la denuncia del Ciadi y también de un TBI que contiene un consentimiento del Estado por adelantado? En este caso, lo primero es observar si el TBI contiene la comentada cláusula de remanencia. De ser así, como ya se ha explicado, los efectos del TBI se extienden en el tiempo durante el período previsto, por lo que entendemos que, por lo menos durante ese tiempo, el consentimiento del Estado quedaría intacto.

Cabría preguntarse también si una denuncia del Convenio Ciadi podría —de alguna u otra manera— ser considerada como violación de un TBI, en tanto dicho instrumento lo hubiera previsto como foro de solución de controversias. En principio, ello dependerá de si es el único foro ofrecido o si es una de las opciones. Respecto del primer caso, nosotros creemos que podría constituir una violación del TBI, discutible por un tribunal arbitral, aunque cierto es que primero habrá que «convencer al Secretario General del Ciadi al momento del registro

---

505 *Idem*.

506 Véase: artículo 9 del TBI Bolivia-Venezuela del 2000.

de la solicitud de arbitraje».[507] En el segundo caso, todo indica que la denuncia al Ciadi no afectaría a las demás alternativas.[508]

6.6. ¿Cláusula sobre corrupción?

En nuestra opinión, la introducción de una "cláusula sobre corrupción" constituiría una disposición congruente con un TBI que exprese principios reconocidos por el Derecho internacional (mutuo respeto de la soberanía, igualdad, mutuo beneficio, no discriminación) y un estricto respeto por parte del Estado receptor hacia las inversiones, recordando que esto último no sea otorgado en desmedro de las políticas públicas —razonables, claro está—, en temas tan neurálgicos como: salud, defensa, medio ambiente, trabajo, protección al consumidor, etc.

Nuestra propuesta entiende que, en efecto, tal como los TBI prevén obligaciones y sanciones para los Estados que desconozcan los acuerdos previstos en tales instrumentos internacionales, una disposición sobre corrupción no sólo crearía una legítima y necesaria responsabilidad para los inversores como consecuencia de esos actos —tal como la existente para los Estados al hacerse responsables de las acciones de sus funcionarios, así éstos actúen por voluntad propia—, sino que haría un balance público y privado (tan necesario para legitimar aún más el sistema), al incorporarse una disposición que exprese que los TBI no serán aplicables en aquellos casos en los que el inversor fue parte de un acto de corrupción fehacientemente comprobado relacionado con la inversión protegida, no pudiendo así beneficiarse de sus propios e ilegales actos. Como bien sostiene Cremades:[509]

---

[507] Mantilla-Serrano, Fernando. «La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al Ciadi?». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna, 2008, n.° 6, p. 215.

[508] *Idem*.

[509] Cremades, Bernardo. «Corrupción y arbitraje de inversión». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2005, n.° 3, p. 71.

> El inversor extranjero culpable de corrupción no puede contar con la responsabilidad subsidiaria del Estado como fundamento para evadirse de las consecuencias de su propia conducta.

Sin embargo, ello no sólo crea un régimen de responsabilidad para el inversor supuestamente corrupto, sino que también, a su vez, demanda una actitud congruente por parte del Estado, por ejemplo, en casos en los que sus funcionarios se han visto implicados en actos de tal categoría. Sobre este particular, en el caso *Wena Hotels vs. Egipto*,[510] este último, demandado, alegó que el primero realizó pagos a un alto funcionario en torno a la obtención del negocio materia de inversión, hecho que el demandante contradijo. Lo cierto es que Egipto nunca procesó al funcionario implicado, no obstante haber cometido un acto ilícito, de acuerdo tanto con la legislación nacional como con el Derecho internacional. Sobre ello, oportunamente comenta Cremades:[511]

> […] Parece más apropiado considerar que la falta de actuación del Estado constituye una cuestión probatoria, indicativa de que las alegaciones de corrupción carecen de fundamento, y no un obstáculo legal al empleo de la corrupción como medio de defensa.

Pese a tal escenario de incongruencia del Estado, llega a la conclusión de que:

> […] un inversor no debería ser 'eximido' de las consecuencias de realizar estos actos y retener así beneficios indebidos o recuperar indemnizaciones del Estado anfitrión, debido a una respuesta interna inadecuada por parte del Estado a esta clase de conductas.[512]

---

[510] *Wena Hotels Limited vs. República Árabe de Egipto*. Caso Ciadi n.º ARB/98/4.
[511] CREMADES, Bernardo. «Corrupción y arbitraje de inversión…». *Op. cit.*, pp. 73-74.
[512] *Idem*.

Darle cara a este frente —creemos— contribuiría a que la relación de inversión sea transparente y, por lo tanto, beneficiosa para ambas partes. La Unctad[513] grafica el balance entre ambos puntos de vista (Estados-inversores) de la siguiente manera:

> Thus, on the one hand, Governments seek to ensure that TNCs do not benefit of the protection afforded to them in IIAs while resorting to the making of illicit payments that could reduce the expected benefits from their investment to a host State. On the other hand, TNCs would need to be safeguarded from arbitrary, discriminatory or anti–competitive action that either results from the bribery or may be directed towards them under an illegitimate funding that implicates them in a corrupt transaction.

La corrupción no sólo afecta a los inversores, en tanto un acto de corrupción por parte del Estado o uno de sus funcionarios podría cerrarle puertas, perjudicarlos financieramente o colocarlos en una posición de competencia desleal frente a terceros (situaciones que el Estado bien debería evitar), sino que también perjudica a los Estados, quienes, eventualmente, por actos de corrupción por parte de inversores, podrían ver frustradas sus legítimas expectativas de recibir reales flujos de IED, objeto que persiguen los TBI y de lograr procedimientos de contratación estatal transparentes.

Siendo ello así, consideramos que el tema «corrupción» merece atención, en tanto no ha sido incorporado decididamente en los tratados de inversión,[514] aun cuando sí en instrumentos no imperativos o parte del

---

[513] Unctad. *International Investment Agreements: Key issues*. Ginebra: United Nations, 2004, vol. ii, p. 154.

[514] Unctad. International Investment Agreements… *Op. cit.*, p. 155: «It needs to be noted at the outset, however, that bribery is not a core element of IIAs and investment protection. Indeed, the issue is typically not addressed in such agreement».

soft law, incluso los referidos a las transnacionales o TNC (*transnational corporations*), tal como lo señala nuevamente la Unctad:[515]

> The issue of bribery and illicit payments has recently received considerable attention. The topic had already been addressed earlier, at a time when efforts were made to draft international codes of conduct. In the past few years, however, several proposed international agreements have dealt with that issue […].

Cierto es que ha habido iniciativas sobre instrumentos respecto de dicho tema; sin embargo, nosotros tratamos de ir más allá al sugerir insertar en un TBI una disposición de tal naturaleza, que impida que en caso los inversores se vean envueltos en actos de corrupción relacionados con su inversión, éstos no sean beneficiados con la protección del TBI, por ir en desmedro, en principio, de las normas del Estado receptor de inversión (expresadas en las intenciones del Preámbulo y demás extremos del tratado). Ello se hace imperioso en tanto, tal como sucede por parte del Estado, no son pocos los actos de corrupción de inversores que se presentan, queriéndose refugiar posteriormente en tratados de inversión para evitar ser sancionados por el país anfitrión,[516] por lo que los TBI, al ser un dinámico fenómeno jurídico del Derecho de las Inversiones, tendrían que recoger dicha realidad.

---

[515] UNCTAD. *International Investment Agreements: Key issues*. Ginebra: United Nations, 2004, vol. I, p. 30. Estos instrumentos, generalmente, se dedican a la «criminalización» de dichos actos.

[516] Uno de los casos más palpables fue el de la empresa Lucchetti, cuyo representante se favoreció de influencias a través de pagos indebidos para temas relacionados con su inversión, caso que fue llevado hasta el seno del Ciadi. Lamentablemente, el tribunal competente para conocer dicho asunto, por cuestiones de jurisdicción (*ratione temporis*), no llegó a conocer el fondo de la controversia, perdiéndose la oportunidad de tener un precedente contundente. Asimismo, en octubre de 2008, se hizo público el caso de representantes de una petrolera que, en colusión con funcionarios del Estado peruano y *lobbistas*, se habrían valido de pagos indebidos para lograr la concesión de lotes petroleros para su exploración y explotación. Tales hechos evidencian la necesidad de adaptar los TBI a este escenario.

Los efectos de la corrupción, a decir de Cremades,[517] no tendrían impacto en los derechos sustantivos del inversor y, por lo tanto, no se podría anular un TBI por la principal razón de que las partes en aquél son dos Estados. Sin embargo, sí podría haber repercusiones en los derechos adjetivos:

> El efecto de la corrupción sobre los derechos que le otorga el tratado a un inversor será, por tanto, de tipo procedimental. No se le permitirá al corrupto alegar los derechos sustantivos del TBI en su propio beneficio.[518]

Cabe precisar que la definición de «acto de corrupción» o «corrupción» podría estar contemplada en el tratado en la respectiva cláusula de definiciones o dejar dicha la labor al tribunal arbitral que conozca de la potencial controversia, en atención a la legislación local o criterios internacionalmente aceptados. Asimismo, se debe precisar que dichas calificaciones serán relevantes para la aplicación o no del tratado, lo que será independiente de las sanciones de tipo penal y/o administrativas que puedan concurrir.

Finalmente, es oportuno reiterar que una «cláusula sobre corrupción» (inversiones relacionadas con actos de corrupción) como la propuesta en líneas precedentes puede ser perfectamente congruente con las disposiciones sobre «conformidad de la inversión con las normas internas del Estado»,[519] en vista de que todo acto de esa naturaleza es manifiestamente contrario a la legislación y regulación en el Estado receptor de inversión.

Sobre lo anterior, es oportuno comentar que, en los últimos años, los tribunales arbitrales Ciadi (y de otros foros en materia de inversión) han sido receptivos con la teoría de raíces anglosajonas llamada *Clean*

---

[517] Cremades, Bernardo. «Corrupción y arbitraje de inversión»… *Op. cit.*, p. 34.
[518] *Idem*.
[519] Véase: Sección 5.2.1.1 del presente Capítulo.

Hands Doctrine (también conocida como *unclean hands*) o «doctrina de las manos limpias», la cual, *grosso modo*, postula que quien solicite la tutela de un órgano jurisdiccional debe encontrarse exento de conductas ilegales y/o de mala fe relacionadas con el asunto objeto de su demanda o petición. La idea de esta teoría es, básicamente, generar un mecanismo de defensa que promueva equidad entre las partes de una disputa, desvirtuando que la reclamante obtenga beneficios de una actitud reñida con la buena fe y sus propios actos.

Es a partir de la «Doctrina de las Manos Limpias» —entre otros argumentos— que los tribunales arbitrales en materia de inversión han empezado a discutir objeciones jurisdiccionales, abriendo la posibilidad de que un inversor no pueda acudir, por ejemplo, a la jurisdicción del Ciadi si es que la inversión fue realizada cometiendo actos de corrupción. En esa línea de argumentación, el tribunal arbitral del caso *Al-Warraq vs. Indonesia*[520] sostuvo lo siguiente:

> 645. The Tribunal concludes from the above that the Claimant failed to uphold the Indonesian laws and regulations. The Tribunal further considers that the Claimant's action, whether criminal or not, caused a liquidity issue to Bank Century, and his actions have been prejudicial to the public interest, in this case, to the Indonesian financial sector. The Claimant having breach the local laws and put the public interest risk, he has deprived himself of the protection afforded by the OIC Agreement.
> 646. In this regard, the Tribunal is of the view that the doctrine of «clean hands» renders the Claimant's claim inadmissible […].
> […]
> 647. […] The Tribunal finds that the Claimant's conduct falls within the scope of application of the 'clean hands doctrine' and

[520] *Hesham T.M. Al Warraq vs. República de Indonesia*. Caso resuelto bajo las Reglas Uncitral, Laudo del 15 de diciembre de 2014.

> therefore cannot benefit from the protection afforded by the OIC Agreement. (El subrayado es nuestro).

En el mismo sentido, analizando las cláusulas del TBI objeto de la controversia, el tribunal arbitral del caso *Metal-Tech vs. Uzbekistán*[521] se expresó en los siguientes términos:

> 372. On the basis of foregoing analysis, the Tribunal comes to the conclusion that corruption is established to an extent sufficient to violate Uzbekistan. As a consequence, the investment has not been 'implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made' as required by article 1(1) of the BIT.
>
> 373. [Since] Uzbekistan's consent to Icsid arbitration, as expressed in article 8(1) of the BIT, is restricted to disputes 'concerning an investment' […] this dispute does not meet the consent requirement set in article 25(1) of the Icsid Convention. Accordingly, failing consent by the host state under the BIT and the ICSID Convention, this Tribunal lacks of jurisdiction over this dispute. (El subrayado es nuestro).

Tal como se puede apreciar, la «Doctrina de las Manos Limpias» y las disposiciones de «conformidad de la inversión con las normas internas del Estado» han servido —a través de la improcedencia de sus demandas— para cerrar la posibilidad de que inversores que han incurrido en actos de corrupción, es decir, manifiestamente ilegales,[522] obtengan beneficios de los tratados de inversión o leyes que proveen acceso

---

[521] *Metal-Tech Ltd. vs. República de Uzbekistán*. Caso Ciadi n.° ARB/10/3. Laudo del 4 de octubre de 2013.

[522] En casos como *David Minnotte & Robert Lewis vs. República de Polonia*, Caso Ciadi n.° ARB(AF)/10/1, laudo del 16 de mayo de 2014, se ha considerado que para el rechazo de una demanda, el fraude debe ser realmente manifiesto y ligado a la inversión: «[…] where fraud is so manifest, and so closely connected to facts (such as the making of an investment) which form the basis of a tribunal's jurisdiction as to warrant a dismissal of claims […] for want of jurisdiction» (parágrafo 133).

a sistemas de solución de controversias como el Ciadi.[523] En ese sentido, nos mostramos a favor de que violaciones sustanciales a la legalidad de una inversión (tales como el evidente y grave caso de corrupción)[524] sean barreras jurisdiccionales o, por lo menos, en la fase de méritos, para que un tribunal arbitral no reconozca al inversor los beneficios que garantiza un TBI.

7. ROMPIENDO MITOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: ADIÓS, CONFIDENCIALIDAD ABSOLUTA. BIENVENIDA, TRANSPARENCIA

Uno de los conceptos más arraigados en materia arbitral es el de la «confidencialidad», la cual que puede irradiarse a los sujetos que intervienen en el arbitraje: las partes (y sus representantes y asesores), los árbitros, la institución arbitral o la secretaría *ad hoc* y los peritos o testigos, según sea el caso. El Arbitraje de Inversión no ha sido una excepción y (tradicionalmente) siguió la impronta del Arbitraje en general.

---

[523] En sentido contrario a esa postura, véase, por ejemplo: *Yukos Universal Limited (Isle of Man) vs. Federación Rusa*, caso resuelto bajo las Reglas Uncitral (PCA Case n.° AA 227), laudo del 18 de julio de 2014, que en el marco del análisis del *Energy Charter Treaty* (ECT) y cuestionado que las cláusulas de conformidad de la inversion sean una barrera de jurisdicción, sostuvo: «There is no compelling reason to deny altogether the right to invoke the ECT to any investor who has breached the law of the host State in the course of its investment. If the investor acts illegally, the host State can request it to correct its behavior and impose upon it sanctions available under domestic law […]. However if the investor believes these sanctions to be unjustified (as Claimant does in the present case), it must have the possibility of challenging their validity in accordance with the applicable investment treaty. It would undermine the purpose and object of the ECT to deny the investor the right to make its case before an arbitral tribunal based on the same alleged violations the existence of which the investor seeks to dispute on the merits» (parágrafo 1355).

[524] Véase: *Inceysa Vallisoletana, S.L. vs. República de El Salvador*. Caso Ciadi n.° ARB/03/26. Laudo del 2 de agosto de 2006.

Sin perjuicio de lo anterior, los últimos tiempos han evidenciado una práctica menos ortodoxa en el Arbitraje de Inversión, promoviendo una cultura de transparencia que no sólo corresponde al quehacer de este tipo de arbitrajes, sino también a una necesidad de transparencia inherente de los tópicos que son materia de tal mecanismo de solución de controversias. En este sentido, uno de los primeros factores en el tiempo por los cuales la realidad ha cambiado, es que el Ciadi dispone que las disputas que se inician en ese foro, al ser registradas, sean incluidas en la lista de casos, la cual hoy en día se encuentra a disposición de cualquier visitante de la web de dicha institución.[525] Con esta medida se conoce, por lo menos, los datos más básicos correspondientes a la controversia incoada: número de registro, partes, sector de la controversia y miembros del tribunal arbitral. *A contrario sensu*, otras instituciones guardan hermetismo incluso sobre la existencia de una controversia y las partes de ésta.[526]

Cabe señalar que la transparencia puede tener diversos campos de aplicación. Así, por ejemplo, en relación con la publicidad de la existencia de arbitrajes, la publicidad de los laudos, de las audiencias y de las incidencias o actuaciones arbitrales.

Nuestra posición apunta a un verdadero imperio de la transparencia. De la transparencia no como excepción, sino como regla general. En este sentido, una de las razones para ofrecer esta propuesta es la naturaleza de los asuntos que se trata en los arbitrajes de inversión, así como la naturaleza de las partes que intervienen en aquéllos.

En efecto, romper el mito de la confidencialidad, arraigada a una materia ciertamente comercial y de partes netamente privadas, parece necesario, en tanto en el arbitraje de inversión se tratan temas de na-

---

[525] Disponible en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=-CasesRH&actionVal=ListCases (noviembre 2015).

[526] Por ejemplo, los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

turaleza pública, en los que comúnmente se ven implicados recursos de ese orden, así como acuerdos que podrían tener un impacto legal, político y financiero determinante para el Estado parte de la disputa; elementos que hacen necesaria la existencia de transparencia. Y es que no se debe olvidar que, a diferencia del arbitraje comercial, la naturaleza de las partes en un arbitraje de inversión es distinta, en virtud de su constitución híbrida (inversionista-Estado) lo que exige un tratamiento distinto en temas de «transparencia»; congruentes con las responsabilidades que tiene el país anfitrión para con el uso y disposición de los recursos públicos y la elaboración de sus políticas, entre ellas, la adoptada en materia de inversiones.

7.1. La transparencia en los laudos

Como primer paso, nos parece perentoria la publicidad de los laudos emanados de los arbitrajes de inversión. Que sean de público conocimiento no solamente por las razones expuestas en el párrafo precedente (concernientes a la naturaleza de estos arbitrajes y de las partes que intervienen en ellos), sino también porque la transparencia en los laudos permite que estas decisiones mejoren en cuanto a claridad, certeza y congruencia, en razón de que serían escrutados por la comunidad jurídica del Derecho de las Inversiones, en una suerte de control técnico-académico de los laudos, de suma necesidad si es que tenemos en cuenta que no existe en el Ciadi un mecanismo de apelación —en honor a la característica de «instancia única» del arbitraje, con lo cual estamos de acuerdo— o de unificación de criterios de los laudos («jurisprudencia», en sentido estricto), con lo que, de alguna manera, se supliría tal ausencia.

Asimismo, tal como expresa Ortino:[527]

---

[527] Ortino, Federico. «External transparency of Investment Awards». *Working Paper* para la Inauguración de la Conferencia Anual de la *Society of International Economic Law*, julio 2008, p. 14. Nota a pie de página original suprimida. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=1159899 (agosto 2009).

> […] By making all decisions publicly available, the quality of decisions is increased and case–law becomes more rational as tribunal and parties build on the experience and wisdom of past decisions.

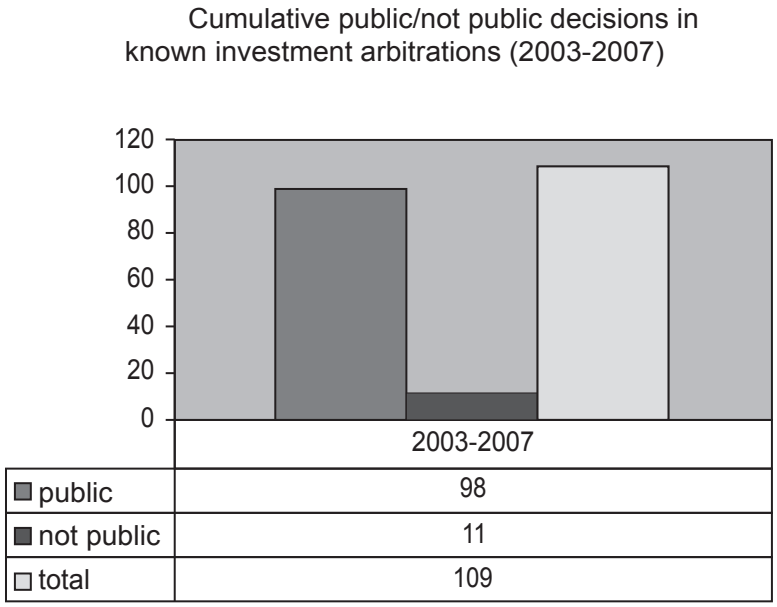
En efecto, pese a que los laudos Ciadi no son de obligatorio seguimiento por, además, tribunales arbitrales, existe la práctica de reconocer ciertos criterios emitidos por anteriores colegiados que sientan bases en el Arbitraje de Inversión en virtud de la calidad de sus laudos.

Pero no sólo ello. Vislumbramos, también, mayor calidad en los laudos, en tanto los tribunales arbitrales sabrán de antemano que sus decisiones serán sometidas a escrutinio académico, por lo que (además del hecho de estar obligados por mandato de los respectivos reglamentos), procurarán emitir laudos coherentes, de calidad y que tomen en cuenta el contexto de la controversia y no sean meras islas «intelectuales» destinadas al ostracismo arbitral.

Muy por el contrario de lo que algunos piensan, medidas como la expresada no pondrían a los Estados en el «ojo de la tormenta», alarmando a los inversores de un Estado que oprime la propiedad privada o se encuentra en sucesivas controversias (salvo que sea efectivamente así), sino que, dará una real lectura de las cosas, pues se debe recordar que no son pocos los casos en los que las demandas arbitrales contra Estados son desestimadas, declarándose la ausencia de responsabilidad internacional. En este sentido, el Ciadi no es una «cacería de brujas», sino que se perfila como un eficiente mecanismo de solución de disputas en materia de inversiones, con beneficios tanto para los Estados como para los inversores.

Cabe mencionar que aunque existe una obligación de confidencialidad absoluta en algunas instituciones y en otros casos las partes no llegan a ponerse de acuerdo para la publicación de los laudos, éstos, tarde o temprano, se hacen conocidos, tal como manda la realidad y como detalla el siguiente gráfico:

Gráfico n.º 20[528]



En efecto, entre los años 2003 y 2007, de 109 laudos de considerable relevancia emitidos en arbitrajes de inversión, noventa y ocho están disponibles públicamente, mientras que sólo once aún no lo habían sido.

Reiteramos que pese a que a veces las partes no se ponen de acuerdo con hacer público su laudo o a que existen algunas disposiciones de confidencialidad, no se hace muy difícil encontrar ciertos pronunciamientos, por ejemplo, a través de Internet. Una realidad que conviene hacer regla.

Sobre este particular, el Ciadi dio un paso importante —aunque, creemos, aún insuficiente— a favor de la transparencia. Así, en el año

[528] ORTINO, Federico. «External Transparency of Investment Awards». *Op. cit.*, p. 10.

2006, se introdujeron cambios a las Reglas de Arbitraje[529] que, entre otros, prevén lo siguiente en la Regla 48(4):

> Regla 48
> Comunicación del laudo
>
> […]
>
> (4) El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal. (El subrayado es nuestro).

A diferencia de la anterior redacción del citado artículo, que sostenía que el Ciadi «podrá», hoy las Reglas de Arbitraje imponen la necesidad de, efectivamente, incluir «prontamente» en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del tribunal, lo que, obviamente, aplica para aquellos casos en los que las partes no prestan su consentimiento para la publicación del laudo. Sin embargo, por las razones expuestas, consideramos de vital importancia que se establezca una disposición de transparencia absoluta de los laudos Ciadi o que, en todo caso, sean publicables, salvo disposición expresa de las partes. Casos tales como los del Tlcan, ponen en evidencia que mecanismos como éste pueden ser adoptados con éxito tanto por los Estados receptores de inversión como por inversores.[530]

7.2. La transparencia en las actuaciones arbitrales

Algunas voces han postulado la necesidad de que la transparencia llegue a niveles procedimentales, es decir, que alcance a las actuaciones arbitrales, permitiéndose así, por ejemplo, que las audiencias orales puedan ser

[529] Véase: Kantor, Mark. «Cambios propuestos a las "Reglas de Arbitraje" del Ciadi». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2005, n.° 3, pp. 111-119.

[530] Véase: anexo 1137.4 del Tlcan sobre publicación de laudos.

públicas, pudiendo ser oídas, según procedimiento, por terceros ajenos a la controversia.

Una de las instituciones que recogió esta idea fue el Ciadi, que en otro de los cambios emprendidos en el 2006, planteó la siguiente Regla:

Regla 32
Actuaciones orales

[…]

(2) Salvo objeción de alguna de las partes, el tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio y funcionarios del tribunal arbitral, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos, el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida. (El subrayado es nuestro).

Esta disposición promueve las audiencias públicas. Sin embargo, deja claro que ante la objeción de una de las partes la medida no prosperará, con lo que, no obstante alentar la transparencia, la disposición no parece ser del todo alentadora. Cabe mencionar que esta modificación a las Reglas de Arbitraje no contiene el texto original de la propuesta de cambio, la cual facultaba al tribunal arbitral a permitir audiencias públicas, debiendo para ello «consultar a las partes tanto como sea posible»,[531] mas no teniendo como obligación que ambas estén de acuerdo, es decir, facultaba al tribunal a decidir la idoneidad de hacer una au-

[531] El texto original de la propuesta decía: «(2) after consultation with the Secretary–General and with the parties as far as possible, the Tribunal may allow other persons…». El texto es parte del *Working Paper* del 2005, en el que se sugerían ciertos cambios a las Reglas de Arbitraje Ciadi. Disponible en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement25 (noviembre 2015).

diencia pública «tras consultas, pero sin requerir consentimiento de las partes».[532]

A diferencia del texto mencionado, el APC Perú-EE.UU. contiene una fórmula mucho más contundente en su artículo 10.21:[533]

> 2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público […].

Sin embargo, como es natural, existen ciertos temas que no pueden ser de público conocimiento por su naturaleza o importancia para la parte interesada. Como bien apunta el profesor De Trazegnies:[534]

> No puede negarse que hay situaciones que se ventilan en los Tribunales Arbitrales que no pueden ser reveladas al público; pero me atrevo a pensar que son la minoría. Los casos que involucran derechos de propiedad intelectual (datos reservados sobre patentes) o secretos del negocio o los mecanismos de control de clientela, no pueden ser puestos a la vista de todo el mundo y, menos aún, de los competidores. De ahí que el secreto o confidencialidad del arbitraje tenga mucho sentido en un gran número de casos.

En efecto, como bien se menciona —y a pesar de nuestra posición protransparencia— es necesario salvaguardar los intereses de las partes, sobre todo cuando existen razones como las expuestas por el mencionado profesor. En este contexto, entre otros, los instrumentos glosados en este acápite también incluyen disposiciones que salvaguardan los intereses de las partes que podrían ser efectivamente perjudicados con la publicidad de las audiencias, estableciéndose que el tribunal podrá abrir

---

[532] Kantor, Mark. «Cambios propuestos a las "Reglas de Arbitraje" del Ciadi»… *Op. cit.*, p. 115.

[533] Similares disposiciones pueden encontrarse en el Modelo de TBI de Estados (artículo 29.2) y en el Modelo de TBI de Canadá (artículo 38.1).

[534] De Trazegnies Granda, Fernando. «La publicidad del arbitraje», p. 3. Disponible en: http://servilex.com.pe (noviembre 2015).

audiencias al público determinando «en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes»[535] o afirmando que, de presentarse el caso, «el tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida».[536]

Las audiencias orales no son el único elemento al que puede aplicársele una decisiva transparencia; de hecho, ha habido iniciativas aun más intrépidas, en las que se prevé hacer de público acceso documentos tales como la solicitud de arbitraje, la demanda, alegatos, actas y decisiones arbitrales. Un ejemplo de lo mencionado es el artículo 29 del Modelo de TBI de Estados Unidos del 2012:[537]

> Sujeto a los parágrafos 2 [adopción de medidas para proteger información por parte del tribunal] y 4 [procedimiento para la protección de información protegida de divulgación], el demandado, después de recibir los siguientes documentos [entre otros, alegatos, escritos, actas de audiencias, decisiones del tribunal], los entregará con prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público […].[538]

Tal como lo prevé la disposición glosada, se requiere que se tenga en cuenta la naturaleza de la información. Sobre el particular, cada instrumento contiene sus propios mecanismos para brindar esa característica a determinada información.[539]

---

[535] Artículo 10.21 sobre Transparencia de las Actuaciones Arbitrales, numeral 2 del APC Perú-EE.UU.

[536] Última parte del numeral 2 de la Regla 32 de las Reglas del Ciadi.

[537] Similares disposiciones se pueden hallar en el Modelo de TBI de Canadá (artículo 38.3) y en el APC Perú-EE. UU. (artículo 10.21.1).

[538] Traducción libre del autor.

[539] Véase: Modelo de TBI de EE.UU. (artículo 29.4), Modelo de TBI de Canadá (artículos 38.3 al 38.8), APC Perú-EE.UU. (artículo 10.21.4).

7.3. La transparencia y los amicus curiae

El tema de los llamados *amicus curiae* o «amigos del tribunal» podría haber sido tratado en el acápite anterior, sobre "la transparencia en las actuaciones arbitrales". Sin embargo, dado el importante rol que, creemos, tiene esta institución hemos considerado darle mención aparte.

Señalado lo anterior, tal como sostuvo el tribunal arbitral del caso *Suez vs. Argentina*:[540]

> […] 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 estos 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* […].

Se entiende entonces que a través de la figura del *amicus curiae* se permite la «entrada» al arbitraje a personas o instituciones que no son las respectivas partes de la controversia. Cabe señalar que no se trata de nuevas partes contendientes en la controversia, sino de personas o instituciones que coadyuvan con el esclarecimiento de ésta. En tal sentido, agrega el tribunal:

> […] Un *amicus curiae* es, como lo indica la expresión latina, un «amigo de la corte', y no una parte en el procedimiento. En otros foros y sistema no ha desempeñado tradicionalmente el

[540] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/03/19. Resolución sobre petición de transparencia y participación de *amicus curiae* del 19 de mayo de 2005, parágrafo 8. Cabe mencionar que esta decisión fue la primera en tratar a nivel Ciadi lo concerniente a los *amicus curiae* y que ello se dio antes de las modificaciones del 2006. Es justamente este caso el que termina por convencer a los encargados, de proponer expresamente la inclusión de esta figura en las Reglas de Arbitraje del Ciadi.

> papel de parte, y el tribunal considera que tampoco lo desempeñaría en un procedimiento del Ciadi. Su papel tradicional en un procedimiento contencioso es ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados que las partes litigantes tal vez no presenten, con el propósito de ayudarla a tomar una decisión […] [E]s una oferta de ayuda, y la autoridad decisoria es libre para aceptarla o rechazarla […].[541] (El subrayado es nuestro).

Por supuesto, existen razones por las cuales esta figura justifica su existencia y una de ellas es el interés público que suscita la materia sobre la cual versa la controversia. Así, en el contexto del Tlcan, el caso *Methanex vs. Estados Unidos*[542] nos da algunas luces respecto de lo comentado:

> 49. There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: there are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a dispute between private persons. The public interest in this arbitration arises from its subject–matter, as powerfully suggested in the Petitions. There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal's willingness to receive amicus submissions might support the process in general and this arbitration in particular, whereas a blanket refusal could do positive harm. (El subrayado es nuestro).

En efecto, el tribunal arbitral en el caso mencionado consideró que existían razones suficientes como para aceptar la figura del *amicus curiae*

---

[541] Parágrafo 13.

[542] *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América*, caso resuelto bajo las Reglas de la Ley Modelo Uncitral; resolución sobre *amicus curiae* del 15 de enero de 2001.

en razón del interés público que recaía sobre la controversia, llegando a concluir que el rechazo a la colaboración que ofrecían los *amicus curiae* podría causar un seguro daño al arbitraje.

En tal contexto, conviene mencionar que los *amicus curiae*, no obstante ser necesarios en algunas oportunidades, también deben responder a reglas y pasar por filtros que demuestren una idoneidad tal que permita al tribunal arbitral decidirse por «abrirles la puerta» al arbitraje, como colaboradores. En este sentido, en otro de los cambios emprendidos por el Ciadi a sus Reglas de Arbitraje, se incorporó expresamente la figura del *amicus curiae* al ámbito del Centro, añadiendo el siguiente texto en la Regla 37:

> Regla 37
> Visitas e investigaciones; presentaciones de partes no contendientes
>
> […]
>
> (2) Después de consultar a ambas partes, el tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte de la diferencia (en esta regla 'parte no contendiente') que efectúe una presentación escrita ante el tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:
>
> (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia.
>
> (b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;
>
> (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.

> El tribunal arbitral deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente. (El subrayado es nuestro).

Es necesario precisar que este texto recoge, en esencia, el criterio emanado de la resolución que diera el tribunal del caso *Suez vs. Argentina* antes mencionado, sobre el pedido de partes no contendientes para presentar escritos *amicus curiae,* tiempo en el cual no se preveía esa figura en las Reglas de Arbitraje Ciadi.

La disposición comentada nos permite señalar algunos de sus puntos más importantes. Así, por ejemplo, estas personas (naturales o jurídicas), que bien podrían ser «el Estado del inversionista y las ONG»,[543] podrían colaborar con presentaciones escritas, con lo que —hasta donde se entiende— no se podrían hacer presentaciones verbales. Para ello, el tribunal arbitral consultará a ambos contendientes, «pero sin requerir el consentimiento de las partes»,[544] quedando expedito entonces para decidir sobre la pertinencia de la participación de los *amicus curiae*. Asimismo, se establece que el tribunal arbitral, entre otras cosas, deberá tener en cuenta: (i) que la presentación deberá ofrecer algo que las partes no hayan aportado, (ii) que la presentación verse sobre el tema materia de la controversia; y que (iii) la parte no contendiente tenga un interés significativo en el procedimiento.

Cabe acotar que nada de lo descrito en el párrafo anterior deberá tener como consecuencia la perturbación del arbitraje o perjuicio para las partes o aquél,[545] pues de ser así, el tribunal arbitral no podrá aceptar

---

[543] KANTOR, Mark. «Cambios propuestos a las "Reglas de Arbitraje" del Ciadi»… *Op. cit.*, p. 116.

[544] *Idem*.

[545] Así, por ejemplo, en su resolución sobre el pedido de cinco ONG para realizar una presentación en calidad de *amicus curiae,* del 12 de febrero de 2007, el tribunal

la presentación del *amicus curiae*. Cabe mencionar que cuando se acepte una presentación de parte no contendiente, las partes de la controversia podrán realizar observaciones sobre ésta.

En nuestra opinión, es necesaria la inclusión de mecanismos que fomenten la transparencia, tal como el *amicus curiae*, en tanto no sólo coadyuvan a una emisión de un laudo más informado, técnico, imparcial y, por tanto, justo; sino que permiten que, de alguna manera, la sociedad civil participe «colaborando» con el tribunal arbitral para la solución de una controversia que tiene fuertes tamices sociales y que, naturalmente, concita y constituye en sí una materia de interés público. En este sentido, a la luz de casos tan polémicos como el de *Aguas del Tunari vs. Bolivia*[546] y las serias preocupaciones sobre la falta de transparencia alrededor esta forma de solución de disputas internacionales,[547] la

arbitral del caso *Suez vs. Argentina*, expresó: «[…] debe resaltarse que el papel de un *amicus curiae* no es el de cuestionar los argumentos o pruebas presentados por las partes. Ésta es función de las partes».

[546] *Aguas del Tunari S.A. vs. República de Bolivia*. Caso Ciadi n.º ARB/02/3. En este caso el tribunal arbitral se negó a permitir los *amicus curiae* sobre la base de una supuesta prohibición de las Reglas de Arbitraje (anteriores a 2006) y del Convenio Ciadi, en lo que se constituye como una postura diametralmente opuesta a la posteriormente tomada por el tribunal arbitral del caso *Suez vs. Argentina*, tal como ha sido repasado en este acápite. Cabe mencionar que la magnitud de este caso en la población boliviana, la crítica al sistema y otros casos similares fueron motivo para que la Secretaría General del Centro presentara las propuestas para modificación de las Reglas de Arbitraje. Para una visión interna de los hechos del complejo caso (conocidos como «la guerra del agua»), véase: Cuba, Jorge. «Agua dulce, victoria amarga». Disponible en: http://www.unesco.org/courier/2000_12/sp/planet2.htm (noviembre 2015) y De la Fuente, Manuel. «La "guerra" por el agua en Cochabamba. Crónica de una dolorosa victoria». Disponible en: http://www.umss.edu.bo/Academia/Centros/Ceplag/AguaMDLF.PDF (noviembre 2015).

[547] Véase: Peterson, Luke Eric. «The global governance of foreign direct investment: madly off in all directions». *Occasional Paper de Dialogue on Globalization*, 2005, n.º 19, p. 1: «[…] there are very serious concerns about the lack of transparency surrounding this form of international dispute resolution […] Recent investor-State disputes have seen multinational firms seek to challenge the imposition of health and environmental measures, various forms of taxation, and even

inclusión del antes comentado numeral (2) de la Regla 37 de las Reglas de Arbitraje del Ciadi, no es otra cosa que un acierto en aras de la transparencia que bien debería ser imitado por otros instrumentos.[548]

Cabe mencionar que disposiciones similares a las previstas en el Reglamento de Arbitraje del Ciadi, así como a las desarrolladas en el presente acápite, han sido recogidas en dos instrumentos internacionales recientemente adoptados (entre 2014 y 2015). En primer lugar, el «Reglamento de la Cnudmi sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado» (RTAI), cuyas disposiciones (de la mano de las Reglas Arbitrales Cnudmi) comprenden un conjunto de normas procesales que garantizan la transparencia y el acceso público a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado. Este instrumento se encuentra a disposición desde el 1 de abril de 2014 y puede ser aplicado a las controversias provenientes de tratados suscritos a partir de tal fecha,[549] e incluso aplicarse a arbitrajes de inversión bajo reglamentos que no sean el Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi, o en procedimientos de carácter especial.

Además de la información general del caso (partes, materia y sector de la economía del objeto de la controversia), lo que postula hacer público este tratado es la solicitud de arbitraje, la respuesta a ella, demanda, contestación de demanda, las opiniones de los expertos y demás documentos relacionados con el caso, incluido, por supuesto, el laudo.

La intención del RTAI se encuentra en su decisión aprobatoria, es decir, la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones

---

the introduction of affirmative action policies designed to promote certain disadvantaged racial or ethnic groups».

548 La modificación emprendida por el Ciadi es un feliz acierto, dado que (excepto por el Tlcan y los modelos de TBI de Estados Unidos y Canadá) la mayoría de TBI carecen de medidas decisivas sobre transparencia.

549 El RTAI también admite su aplicación a tratados suscritos con anterioridad a su vigencia; sin embargo, para ello requiere del consentimiento del inversor.

Unidas el 16 de diciembre de 2013, que contiene la siguiente declaración:

> Creyendo que un reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado contribuiría considerablemente al establecimiento de un marco jurídico armonizado para resolver de forma equitativa y eficiente las controversias internacionales en materia de inversiones, aumentar la transparencia y la rendición de cuentas y promover la buena gobernanza.

En segundo lugar, se encuentra la «Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado» (CTAI), que es un instrumento por el que las partes en los tratados de inversiones aprobados antes del 1 de abril de 2014 expresan su consentimiento a la aplicación del antes mencionado RTAI, el cual se aplicaría, entre otros casos, cuando las partes en el tratado correspondiente así lo acuerden. La CTAI sería, entonces, un mecanismo eficiente y flexible para registrar ese acuerdo.

Las partes de la CTAI tienen flexibilidad para formular reservas a fin de excluir de su aplicación un determinado tratado de inversiones o un determinado reglamento de arbitraje distinto del Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi, concretándose así lo que ellos llaman «enfoque de lista negativa». También pueden declarar que no realizarán ofertas unilaterales de aplicación. Por último, en caso de que se revise el Reglamento sobre la Transparencia, también pueden declarar, dentro de un período de tiempo limitado posterior a dicha revisión, que no aplicarán esa versión revisada.

Es oportuno precisar que La CTAI fue abierta a suscripción de los Estados el 17 de marzo de 2015, aunque aún no ha alcanzado el requisito para su entrada en vigor, que es el depósito de cinco instrumentos, pues a pesar de que Canadá, Finlandia, Francia, Alemania, Suecia, Sui-

za, Siria, Reino Unido, Estados Unidos y Mauritania la han suscrito, a la fecha, sólo este último Estado la ha ratificado.

Así las cosas, creemos que la implementación de las ideas planteadas en este acápite no sólo es una forma de promover la transparencia, sino de fortalecer el sistema, dándole mayor legitimidad a través de la participación de la sociedad civil y tratando de equilibrar la (a veces) dicotomía «intereses privados *vs*. intereses públicos», teniendo como efecto la atenuación de «los miedos y demandas de la sociedad civil debido a la relevancia pública de los laudos provenientes de arbitrajes de inversiones».[550]

Es necesario precisar que todo lo tratado en este acápite bajo el sustantivo «transparencia», no sólo tiene justificación social y política, sino también jurídica y económica. Jurídica, porque otorga legitimidad al mecanismo de solución de controversias llamado Arbitraje de Inversión y económica, porque los costos que implica la implementación de un régimen transparente no se comparan, por citar ejemplos, con los costos a asumir por la denuncia del Convenio Ciadi, so pretexto de la falta de transparencia y los perjuicios que potenciales actos estatales arbitrarios puedan ejercer sobre las inversiones.

La transparencia beneficia a ambas partes: a los Estados, porque, por ejemplo, en materia ambiental, los tribunales arbitrales tendrían una visión técnica de instituciones serias a modo de *amicus curiae,* que permitan emitir decisiones más informadas, descartando que medidas tomadas para la protección ambiental sean discriminatorias y violatorias de los compromisos internacionales en materia de inversión. A los inversores, porque el conocimiento de los detalles del arbitraje, así como la publicación del laudo emitido en aquél (incluyendo los potenciales montos a pagar) se constituirán en «costos políticos» para autoridades irresponsables que meditarán más antes de tomar medidas «populistas».

---

[550] Ortino, Federico. «External transparency of Investment Awards». *Op. cit*., p. 14.

8. ¿Funcionan realmente los TBI?[551]

Bastante conocida es la proliferación de instrumentos internacionales, entre ellos los TBI, los cuales a finales del 2015 ya suman 2928,[552] siendo 179 los países inmersos en este tipo de instrumentos.[553] Bastante conocido es también el número de disputas en materia de inversión, que han tenido como sustento de protección los TBI, disputas que han sido resueltas en distintos foros arbitrales, especialmente en el Ciadi. Sin embargo, a pesar de estos datos —que acaso puedan ser indicadores— surgieron en la doctrina anglosajona algunos cuestionamientos alrededor de la eficacia de los TBI, sobre todo respecto de si éstos verdaderamente estimulan el flujo de inversión extranjera directa (IED) en los países receptores de tal inversión.

Al respecto, se debe advertir que sobre esta materia, la literatura es bastante escasa; y la que existe, viene principalmente de fuente econométrica y no jurídica. Así, entre algunos trabajos —digamos, los más citados— están los de Hallward-Driemeier[554] y Tobin y Rose-Ackerman,[555] quienes, *grosso modo*, se inclinan por concluir en que los TBI no tienen estrecha relación con el incremento de IED (a los cuales, con

---

[551] Debemos reconocer que esta sección del presente trabajo es —por decirlo de alguna manera— osada, en la medida de que no existe abundante información al respecto y que, en caso de existir estudios, éstos son abarcados desde un punto de vista puramente económico. Sin embargo, ante la ausencia de pronunciamientos al respecto por parte de la comunidad jurídica, nos animamos a revisar el tema, tratando de brindar una visión jurídica del fenómeno, no pretendiendo —claro está— siquiera remotamente pensar que nuestra opinión sea un axioma. En todo caso, es nuestra intención fomentar el debate.

[552] Véase: International Investment Agreements Navigator. Disponible en: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA (noviembre 2015).

[553] Unctad. *Recent developments in International Investment Agreements* (2007-June 2008). Ginebra: Naciones Unidas, 2008, p. 2.

[554] Hallward-Driemeier, Mary. «Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit… and they could bite». *World Bank Policy Research Paper*, 2003.

[555] Tobin, Jennifer y Susan Rose-Ackerman. «Foreign direct investment and the business environment in developing countries: The impact of Bilateral Investment

fines didácticos, llamaremos "primera tendencia"); y los de Neumayer y Spess[556] y Salacuse y Sullivan,[557] quienes, *grosso modo*, se inclinan por concluir que los TBI tienen un fuerte impacto positivo en el flujo de IED (a los cuales, con fines didácticos, llamaremos «segunda tendencia»). Asimismo, el trabajo de Aisbett,[558] quien encuentra una relación demasiado débil entre los TBI y la IED, pero sosteniendo una posición menos radical que los trabajos de la primera tendencia.[559]

Uno de los blancos de estudio por parte de la primera tendencia es la reconocida disposición que provee protección en caso de expropiación y las políticas de respeto del derecho de propiedad de los inversionistas. Mientras la segunda tendencia sostiene que los TBI alientan una disminución del riesgo de expropiación, la primera tendencia sostiene una idea más bien inversa: es decir, un Estado con políticas públicas de mayor respeto al derecho de propiedad de los inversores, tiende a suscribir TBI y no al revés.

La primera postura, tras un análisis de las cifras existentes en la relación entre países en vías de desarrollo y países desarrollados miembros de la OCDE, sostiene que el vínculo TBI-IED no es lo que se suele pensar, afirmando que las relaciones son demasiado débiles. Esta debilidad o falta de capacidad para atraer más IED —sostienen— puede que

---

Treaties». *Yale Law School Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper*, 2005.

556 NEUMAYER, Eric y Laura SPESS. «Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?». En *World Development 33* (10), 2005, pp. 1567-1585.

557 SALACUSE, Jesswald y Nicholas SULLIVAN. «Do BITs really work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain». En *Harvard International Law Journal*, 2005, n.° 46, pp. 80-91.

558 AISBETT, Emma. «Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation vs. causation». *MPRA Paper*, 2007, n.º 2255.

559 Nos referimos en esos términos porque Aisbett reconoce que existen limitaciones —sobre todo relacionadas con «endogeneidad»— para la determinación del efecto de los TBI en la IED, al punto que reconoce no poder concluir que estos instrumentos internacionales son ineficientes.

se deba, entre otros factores, a cuestiones ajenas a los TBI, cambios que podrían ocurrir (al tiempo de ratificación del instrumento internacional) en los territorios de las dos naciones parte del tratado, como por ejemplo: reducción de barreras al comercio, crecimiento del *know-how* para negocios del país receptor de la inversión o el hecho de salir a buscar clientes al exterior.[560]

Para la primera tendencia, el efecto inverso en el caso de los derechos de propiedad, los TBI y la IED, parece repetirse en el caso de la calidad de instituciones y el ambiente de inversiones que existe en un país, con lo que se afirma que los TBI son más susceptibles de existir en países con mejores climas de inversión e instituciones más sólidas. Sobre el particular, si en algo coincidimos con la primera postura, es que los TBI no son sustitutos de las políticas económicas y de inversiones de un determinado país. En realidad, estos instrumentos, en vez de sustituir, más bien complementan las medidas tomadas por un Estado para fortalecer las instituciones domésticas.[561]

Sin perjuicio de lo anterior, mostramos nuestro escepticismo respecto de aquella postura que sostiene que los TBI no tienen relación con los flujos de la IED y que los Estados han sobreestimado los efectos de estos instrumentos internacionales, tal como de alguna manera expresa Aisbett:[562]

> It is also possible that there is no evidence of an investment response to BITs simply because there was none. It may be the case that, while governments have always considered BITs economically significant, investors have not.

---

[560] Hallward-Driemeier, Mary. «Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI?...». *Op. cit.*, p. 20.

[561] *Idem*, p. 21.

[562] Aisbett, Emma. «Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment…». *Op. cit.*, p. 36.

Así las cosas, creemos que más allá de la estimación econométrica comentada —la cual, como se puede apreciar, no es uniforme—, es perentorio realizar un análisis jurídico al respecto.

Resulta preciso recordar la teoría de aversión al riesgo, que sugiere que los agentes económicos (y, en general, todos los seres humanos), por naturaleza, buscan evitar o mitigar el riesgo, ya sea evitándolo, diversificándolo o buscando paliativos.

Para aterrizar en la práctica lo sostenido en el párrafo anterior, tomemos el ejemplo de un empresario que realiza estudios de factibilidad sobre el posible asentamiento de una inversión en un país extranjero. Dentro del análisis de idoneidad del lugar a escoger, éste no sólo realizará estudios de carácter financiero, sino también de carácter legal. Particularmente, entre otras cosas, una buena asesoría legal buscará salidas ante posibles contingencias, estando dentro de éstas las posibles controversias que puedan surgir entre tal inversor y el Estado receptor de inversión; con ello, preguntas tales como: ¿qué mecanismos para solucionar controversias estarán disponibles? o ¿qué mecanismos se podrán utilizar para asegurar los derechos del inversionista?, cobrarán vital importancia. En esta línea de pensamiento, nosotros consideramos que los TBI (los beneficios que de éstos se desprenden), en efecto, tienen peso propio en la toma de una decisión de inversión, la cual, de ser positiva, implicará para el Estado anfitrión un aumento del flujo de IED.

En una línea similar de pensamiento, encontramos la opinión de Blackaby:[563]

> Estos instrumentos tienen como propósito promover un ambiente favorable para las inversiones, ya que el inversionista extranjero tendrá que tener en cuenta la existencia de este tipo de

[563] BLACKABY, Nigel. «El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y los tratados de libre comercio en América Latina». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 1, pp. 17 y 18.

> tratados al valorar los riesgos políticos y jurídicos de los posibles negocios que pretenda realizar en la región.

De otro lado, algo en lo que han coincidido los autores de la primera tendencia, es que los TBI pueden atraer inversión al servir como instrumentos de compromiso[564] y que uno de los aspectos económicamente más importantes de los TBI, son los mecanismos de resolución de disputas inversor–Estado directo, que permiten a los inversores realizar reclamaciones sobre violaciones de tratado ante tribunales arbitrales fuera del Estado anfitrión.[565]

En efecto, en el caso de los inversores, éstos obtienen del TBI el beneficio de demandar en la vía arbitral a un Estado por violaciones de un tratado que protege sus derechos como inversionistas. En virtud de sus disposiciones y de la natural aversión al riesgo mencionada en líneas anteriores, podríamos concluir que, en cierto modo, los TBI funcionan como pólizas de seguro. Pólizas de seguro no contra malos negocios o simples «desencantos» por parte de los inversores, sino contra actos arbitrarios del Estado, que *per se* configuran una violación de sus compromisos internacionales libremente adquiridos al suscribir un TBI.

Esa ventaja no queda allí, sino que, de tratarse de un TBI con un consentimiento al Ciadi, el inversionista no sólo cuenta con un sistema arbitral técnico y neutral, sino también con un mecanismo de solución de disputas «autocontenido», el cual otorga ventajas en cuanto a hacer aun más eficientes (en materia de reconocimiento y ejecución) las potenciales decisiones (laudos) emitidas por los tribunales arbitrales,[566] constituyéndose ello, entonces, en un factor importante para los inver-

---

564 Aisbett, Emma. «Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment…». *Op. cit.*, p. 2.

565 *Idem*.

566 Para mayor abundancia, véase: Sección 4 del Sub–Capítulo i del Capítulo i y Sección 5 del Sub-Capítulo ii del Capitulo i del presente trabajo.

sores.[567] Más aún, con los mecanismos arbitrales que están incluidos en la totalidad de los TBI, no sólo se logra asegurar los intereses del inversionista, así como obtener dinamismo y eficiencia (tan deseados en los negocios), sino también cierta predictibilidad,[568] siendo estos factores por demás valorados económicamente, factores que, ciertamente, reducen los costos de transacción y, por ende, reducen los costos de la inversión emprendida.

De otro lado, los Estados también obtienen beneficios de los TBI, tales como una mejor imagen como territorio que garantiza el respeto por la propiedad de los inversores, la suspensión de la protección diplomática (por excelencia, en los arbitrajes Ciadi), evitando así el deterioro de sus relaciones con el Estado de donde proviene el inversor y evitando cualquier indeseada intromisión. Asimismo, no se puede negar que indirecta o directamente, en virtud de los estándares de protección previstos en sus textos, los TBI logran que los Estados sean más competitivos en cuanto a clima de inversión, promoviendo un efecto de atracción para las inversiones extranjeras.[569]

De otro lado, aun reconociendo que los TBI están asociados sólo en un 50 % del aumento de flujo bilateral de IED,[570] la experiencia ha enseñado que los TBI, al proyectar la imagen de compromiso con los derechos de los inversionistas y de otorgar mecanismos que aseguran

---

[567] Hay quienes como Siegman resaltan la importancia económica del Ciadi: «The results […] are a clear indication that the enforcement of a BIT is more effective in attracting FDI, if the respective partner countries have both ratified the Icsid convention». Siegmann, Till. «The impact of Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investments». *Working Paper* n.º 2008-22, University of Saint Gallen Law School, 2007, p. 58.

[568] Para mayor abundancia respecto de la predictibilidad del Arbitraje, véase: Bullard González, Alfredo. «Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?». En *Thémis*, 2007, n.° 53, pp. 71-89.

[569] A nadie ya le debe parecer extraño escuchar que los países «compiten» por inversiones, por ganarse un lugar como arena idónea para la inversión extranjera.

[570] Aisbett, Emma. «Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment…». *Op. cit.*, p. 21.

sus intereses, no sólo tienen efecto bilateral, sino que extienden sus consecuencias y resultados a los nacionales de países que no son parte de determinado TBI, aumentando el flujo de inversiones de esa manera.[571]

En este orden de ideas, a la luz de, por un lado, el creciente número de controversias amparadas en los estándares de protección y/o tratamiento ofrecidos por los TBI y, por otro, la creciente política de los Estados de suscribir TBI o TLC con un capítulo de inversiones que prácticamente se asemeja al TBI, cabe cuestionarse si es correcto afirmar que estos instrumentos no son económicamente importantes para los inversores o que los Estados hayan sobreestimado las capacidades de los TBI.

Resulta necesario precisar que no es que veamos a los TBI como panaceas económicas o jurídicas; sin embargo, cumplen un importante rol tanto para los inversores como para los Estados. Así pues, en el caso de los inversores, puede que en ciertos casos no impidan que los Estados adopten medidas arbitrarias, pero sí que, si eso llegara a ocurrir, el Estado responderá ante un tribunal arbitral internacional sobre su responsabilidad en esos actos incongruentes con sus compromisos adquiridos en virtud del TBI. Por su parte, los Estados, pese a que ceden ciertos aspectos propios de su soberanía (la jurisdicción, por ejemplo) que estaban acostumbrados a utilizar incluso en sus relaciones comerciales con privados, se benefician evitando interferencias de terceros Estados y proyectando una imagen seria, asumiendo compromisos internacionales, generando con ello un mejor clima de inversión.

---

[571] Tan es así que en la actualidad no es extraño observar casos en los que inversionistas buscan obtener beneficios de un TBI (que consideran más beneficioso que el suyo) del que no es parte su Estado de origen, accediendo a éste a través de un socio de determinada nacionalidad o a través de la constitución de una empresa, en lo que la doctrina conoce como el *treaty planning*. Para consultar la diferencia entre *treaty shopping* y *treaty planning*, véase: sección «Sobre el "control extranjero"», en el numeral 2.1, Sub-Capítulo II del Capítulo I del presente trabajo.

Finalmente, otra conclusión que proviene de la práctica, es que el hecho de que varios países en desarrollo que implementaron estrategias de obtención de capitales en los noventa a través de la suscripción de TBI (junto con otras reformas), que hoy en día suscriban dichos tratados ya no sólo con países desarrollados, sino con otros países en vías de desarrollo, es un indicador objetivo de que dichas políticas funcionaron y de que poco a poco su rol no sólo será de importadores de capital, sino también de exportadores de éste.

Capítulo III

Los TBI y el Ciadi en la experiencia peruana

1. Marco legal de las inversiones en el Perú

El Perú, al igual que otros países de la región y del mundo —como veremos a continuación—, durante la década de los noventa tomó medidas que tendían a virar el timón de la economía hacia una concepción distinta de la anterior. De esa manera, la estructura legal en materia de política económica se reformuló, apostando por un régimen económico afiliado a la economía social de mercado. Junto con ello se tomaron otras medidas más específicas en busca de posicionar al país como un lugar idóneo para recibir inversiones.

1.1. Hacia la generación de un clima de inversión

Tal como hemos mencionado con anterioridad, los países en vías de desarrollo sustituyeron el tradicional y acaso oneroso mecanismo de financiamiento a través de préstamos internacionales, por una política de captación de IED que permita coadyuvar a alcanzar sus objetivos económico-sociales, en virtud de los beneficios que genera la inversión, beneficios tales como: paquetes integrados de recursos (financieros, *know-how*, organización administrativa, etc.), riesgo asumido por el propio inversor y la posibilidad de que el IED incida en la productividad del país,[572] entre otros.

---

[572] Kundmüller Caminitti, Franz. «Icsid, "bella durmiente" despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera». Disponible en: http://www.servilex.com.pe (noviembre 2015).

Como parte de la implementación de políticas orientadas a la captación de IED, en esa misma década, el Perú inició un programa de suscripción de TBI.[573] Sin embargo, si bien estos instrumentos coadyuvan al desarrollo de un país, al ofrecer garantías para las inversiones extranjeras y también proyectar una imagen de confianza, convirtiéndose en un elemento más de seguridad jurídica, atractivo para los inversores, los TBI no son la única fórmula para obtener logros en materia de inversión y, por ende, generar el desarrollo del país. En este contexto, es preciso que un Estado procure contar con lo que en materia económica se conoce como «clima de inversión»; es decir, que genere las condiciones adecuadas para que las inversiones que se asienten en el país no asuman otro riesgo (por ejemplo, político) que no sea el innato riesgo comercial existente en todo acto de inversión. Un ambiente en el cual los agentes económicos se desempeñen en el mercado, seguros de que no existirán distorsiones, sobre todo provenientes del mismo Estado y que, de existir, éstas serán corregidas, en primer lugar, por el propio mercado, la oferta y la demanda; y, en su caso, por las agencias de competencia o por los entes reguladores, según corresponda.

¿Pero qué acciones o elementos implica la generación de un clima de inversión? Ciertamente, para generar un clima idóneo para las inversiones no se deben adoptar medidas aisladas, pues de nada serviría. Es necesario tomar una serie de medidas coherentes y concatenadas que en conjunto aseguren el escenario antes mencionado. Así, por ejemplo, es importante que se tomen medidas económicas y políticas respecto de temas como el acceso al mercado, la disponibilidad y costos de los factores de producción, tributación, infraestructura, funcionamiento de la administración, lucha contra la corrupción y estabilidad política.[574]

---

573 Véase: Sección 2 del presente Capítulo.

574 Schreuer, Christoph. «The dynamic evolution of the Icsid system»… *Op. cit.*, p. 1.

En esta corriente, el Perú, consciente de la necesidad de impulsar la inversión privada con miras a cubrir las inmensas brechas[575] que impiden su desarrollo como nación, adoptó en la ya referida década un marco legal que tiende a construir un clima idóneo de inversión, sancionando, entre otras, las siguientes normas:

(i) Decreto Legislativo n.º 668, que liberaliza el comercio exterior.

(ii) Decreto Legislativo n.º 701,[576] que elimina las prácticas que restringen la libre competencia.

(iii) Decreto Legislativo n.º 662, que otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías.

(iv) Decreto Legislativo n.º 757, Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada.

---

[575] Las inversiones cobran mayor importancia si se tiene en cuenta que la brecha en infraestructura (transportes, saneamiento, electricidad, etc.), la mayor de todas, se calculó hasta 2003 en USD 18,000 millones; hasta 2005 en USD 22,879 millones y hasta 2008 en USD 37,760 millones, lo que significa el 30 % del PBI de ese año, según cifras del Instituto Peruano de Economía (IEP). Véase: Instituto Peruano de Economía (IPE). El reto de la infraestructura al 2018. «La brecha en infraestructura en el Perú 2008». Lima: IPE, 2008. Asimismo, hacia 2012, la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN), estimó la brecha de infraestructura en USD 88,000 millones, mientras que según el estudio de Proyectos de Infraestructura en Perú 2015-2017, de *Perú Top Publications*, ésta ascendería a USD 121,000 millones. Disponible en: http://gestion.pe/economia/brecha-inversion-infraestructura-se-cerrara-veinte-anos-sino-se-cambia-ritmo-2131884 (noviembre 2015).

[576] Esta norma fue derogada por el Decreto Legislativo n.º 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, de 2008.

Estas normas buscaban brindar «seguridades para quienes comprometen la propiedad de sus recursos»,[577] sobre la base de que «la idea de sacrificio contenida en el concepto económico de inversión es una de las razones de la protección jurídica de las inversiones»,[578] sin olvidar que «la verdadera causa, o en todo caso la más relevante, es la importancia de la inversión en el crecimiento económico de un país».[579]

1.2. Las garantías para las inversiones en el marco legal del Perú

Dos de las normas sancionadas en aquella época y que revisten gran importancia son el Decreto Legislativo n.º 662, que otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías y el Decreto Legislativo n.º 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada.

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, debemos reconocer que la principal fuente de cambio proviene de la Constitución de 1993, específicamente de su llamado Régimen Económico.[580] Como bien señala Cantuarias:[581]

> La Constitución peruana de 1993 contiene normas que consagran principios esenciales para garantizar un marco jurídico

---

[577] Franco Temple, Agnes. «Garantías para el libre desarrollo de la empresa». En *Retos & desafíos de una economía emergente: el caso peruano*. Lima: Ministerio de Justicia, 1997, p. 21.

[578] Gutiérrez Camacho, Walter. «Derecho Constitucional de la Inversión». Disponible en: http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/articulosactualidad.php (noviembre 2015).

[579] *Idem*.

[580] Al respecto, véase: Rubio Correa, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, tomo iii. *Autores Varios*. *La Constitución Política de 1993 Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, dos tomos y Quispe Correa, Alfredo. *La Constitución Económica*. Lima: Horizonte, 2002.

[581] Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones… Op. cit.*, pp. 811-814. Las notas a pie de página han sido omitidas.

favorable para el desarrollo de la inversión privada en general y de la inversión extranjera en particular, tales como:

(i) la libre iniciativa privada en un marco de economía social de mercado y pluralismo económico;
(ii) la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria;
(iii) la definición del rol subsidiario del Estado en la actividad económica;
(iv) la libre competencia y la prohibición del establecimiento de monopolios y el combate al abuso de posición de dominio;
(v) la libertad de contratar;
(vi) la facultad del Estado de establecer garantías y otorgar seguridades mediante contratos ley;
(vii) la igualdad en el trato para la inversión nacional y extranjera;
(viii) la posibilidad de someter las controversias en las que participa el Estado a tribunales arbitrales nacionales o internacionales;
(ix) la garantía de libre tenencia y disposición de moneda extranjera;
(x) la inviolabilidad de la propiedad y el establecimiento de causales excepcionales que facultan una expropiación previo pago justipreciado; y
(xi) la aplicación del principio de igualdad en materia tributaria y el reconocimiento que ningún tributo puede tener efectos confiscatorios. (El subrayado es nuestro).

En efecto, el marco constitucional comentado contribuyó y contribuye para que las inversiones extranjeras, promovidas y canalizadas generalmente por Proinversión (Agencia de Promoción de la Inversión Privada),[582] se asienten y desarrollen en nuestro país.

Como hemos mencionado, junto con los principios generales establecidos en la Constitución, dos normas tuvieron y tienen especial relevancia: el Decreto Legislativo n.º 662 y el Decreto Legislativo n.º 757. El primero de ellos, sancionado en 1991, provee a las inversiones extranjeras, por un lado, de seguridad jurídica y, por otro (sujeto

[582] Visítese: http://www.proinversion.gob.pe.

a ciertos requisitos), de estabilidad jurídica. Así, en coherencia con el régimen económico adoptado por el texto constitucional, el artículo 1 de la norma, establece:

> (xii) El Estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas y por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales por la legislación nacional […].

Cabe mencionar que el mismo artículo de la norma también presenta una definición de «inversión», contemplándose una lista positiva de las operaciones susceptibles de ser catalogadas como tal, siendo que en su última parte (literal i) se ofrece la posibilidad de que la norma se aplique a «cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país». Al respecto, nos resta comentar que una disposición como la observada, en principio, no revestiría problema para la asignación de competencia de un tribunal arbitral en el marco del Ciadi.

El dispositivo legal comentado contiene disposiciones que se acercan a los estándares de protección y/o tratamiento ofrecidos por los TBI, tales como trato nacional, no discriminación y libre transferencia de fondos.[583]

De otro lado, el Decreto Legislativo n.º 662 provee la posibilidad de que el Estado celebre convenios de estabilidad jurídica,[584] los cuales ofrecen, entre otras cosas, estabilidad del régimen tributario.

Por su parte, el Decreto Legislativo n.º 757, Ley marco para crecimiento de la inversión privada, tiene como objeto establecer derechos,

---

[583] Artículos 2 y 7.

[584] Artículo 10.- Cabe mencionar que esta facultad proviene de la última parte del artículo 62 de la Constitución: «[…] Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente […]».

garantías y obligaciones para personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país.[585] En este dispositivo legal también se desarrollan algunas de las libertades económicas mencionadas anteriormente,[586] las cuales que componen el marco teórico de la Economía Social de Mercado, régimen económico adoptado por el Perú.

En una afortunada disposición, el Decreto Legislativo n.º 757, establece un principio de igualdad entre empresas privadas y empresas públicas, dejando claro que en ningún caso se le otorgará a estas últimas atribuciones de imperio o propias de la administración pública.[587]

Al igual que el Decreto Legislativo n.º 662, el Decreto Legislativo n.º 757 contiene disposiciones que se acercan a los estándares de protección y/o tratamiento ofrecidos por los TBI, tales como la protección en caso de expropiación, libre transferencia de fondos, no discriminación y trato nacional.[588]

De otro lado, el Decreto Legislativo n.º 757 establece el carácter con el que se ha de tratar a los CEJ, dejando en claro que éstos tienen carácter civil y no administrativo,[589] con lo que, en consecuencia, no pueden aplicarse sobre él poderes soberanos para resolverlo, sino que éstos han de ser modificados únicamente por acuerdo de las partes.[590]

1.3. El Arbitraje de Inversión en el marco legal del Perú

Conviene señalar que este acápite bien podría ser parte del anterior, pues como hemos sostenido en este trabajo, el Arbitraje, y sobre todo el

---

585 Artículo 1.

586 Véase: *supra*, nota 581.

587 Artículo 7.- Cabe mencionar, que se considera como excepción las facultades de cobranza coactiva de tributos, delegada por el Estado.

588 Artículos 8, 10, 12 y 38, respectivamente.

589 Artículo 39.

590 Véase: *supra*, nota 584.

Arbitraje de Inversión, es una garantía para la inversión. Dicho ello, es preciso ubicar el origen de las facultades del Estado para someter a arbitraje ciertas controversias con inversionistas. A estos efectos, es lógico que se acuda como primera fuente a la máxima norma en la jerarquía jurídica del sistema legal peruano: la Constitución.

La Constitución del Perú —tal como hemos mencionado— adopta un régimen económico enmarcado en la Economía Social de Mercado. Una de las bases de aquélla es el respeto por las relaciones contractuales, aun cuando se trate de relaciones híbridas, es decir, que tengan una parte privada y otra pública. Así las cosas, el artículo 62 de la Constitución contiene una disposición fuertemente marcada por el llamado principio *pacta sunt servanda*:

> […] Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase […].

Esta disposición es reforzada por la libre autonomía de las partes para crear, modificar, regular o extinguir sus relaciones contractuales, reconocida por la legislación peruana. Asimismo, el referido artículo 62 es reforzado por la previsión de mecanismos para la solución de controversias en materia contractual:

> […] los conflictos derivados de una relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley […].

En efecto, para las relaciones contractuales, los mecanismos de solución de controversias se limitan a la vía judicial y la vía arbitral. Pero cabe preguntarse cuál es la posición del Estado en caso sea parte de una relación contractual. La respuesta la provee el artículo 63 del texto constitucional, que sostiene:

> […] El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de una relación contractual

> a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. (El subrayado es nuestro).

Este extremo del artículo 63 de la Constitución (alejado de toda ortodoxia jurisdiccional) autoriza al Estado y a las personas de derecho público a someter sus controversias contractuales, en primer término, a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Esta frase es piedra angular para que el Estado se someta al Arbitraje de Inversión, sobre todo, el establecido en el seno del Ciadi. Así, un contrato de concesión podría válidamente prever una cláusula de sometimiento a la jurisdicción del Ciadi, porque la Constitución se lo permite.

Asimismo, debemos comentar que ésa no es la única forma de sometimiento al arbitraje, pues el Estado puede someter sus controversias contractuales a arbitraje nacional e internacional, teniendo como límites o fronteras lo expresado en la ley. Sin embargo, cabe preguntarse si esa mención es exclusiva para la norma que rige la materia arbitral, es decir, el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el Arbitraje. En respuesta a la inquietud mencionada, se debe decir que la palabra «ley» prevista en el artículo 63 de la Constitución, creemos, no está referida exclusivamente al Decreto Legislativo n.º 1071, pues no obstante a que es la norma arbitral por antonomasia, no es la única. Sólo por citar un ejemplo, el Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado (LCE), en su artículo 40 prevé lo que se conoce como las «cláusulas obligatorias»[591] en todo contrato con el Estado regulado por esa ley. Así, entre otras, señala:

---

[591] Es preciso aclarar que la cláusula de solución de controversias (que prevé la vía arbitral) contemplada en la LCE no significa de ninguna manera que se erosione la naturaleza voluntaria del arbitraje, «obligando» a la contraparte privada del Estado a arbitrar. Lo que ocurre en este caso es algo muy similar a lo que acontece en el Derecho Internacional de las Inversiones: un Estado puede adelantar su consentimiento para arbitrar. En este caso, el Estado considera que la vía arbitral es la adecuada para solucionar sus conflictos contractuales en el marco de sus adquisiciones. Así las cosas, un particular no está «obligado» a contratar con

> […]
> b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje […]. (El subrayado es nuestro).

En efecto, el Estado ha previsto en el marco de la LCE que uno de los mejores mecanismos de solución de controversias es el arbitraje, legítimamente autorizado por la disposición del artículo 63 de la Carta magna. Cabe añadir que «la forma en que lo disponga la ley», en este preciso caso está dada por el artículo 52 de la LCE, que prevé como aplicable el arbitraje de derecho.

Siguiendo en la arena del marco general en materia arbitral del Estado con los inversores, es preciso resaltar dos innovaciones que trajo consigo el Decreto Legislativo n.° 1071 y que tienen estrecha relación con la materia de este trabajo. Así, por ejemplo, el numeral 2 del artículo 2 sostiene lo siguiente:

> […]
> Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea el Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar prerrogativas de su propio derecho para sustraerse de las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Lo que hace la citada disposición es incorporar una regla de Derecho Internacional Público, prevista, *mutatis mutandi*, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo artículo 27º sostiene que ningún Estado podrá invocar su Derecho interno para sustraerse de sus obligaciones contraídas por un tratado. De la misma forma, cuando se trate de un arbitraje internacional y una de las partes

---

el Estado. Sin embargo, si opta por hacerlo, se encontrará con que quien va a pagar por los bienes o servicios prestados, es decir, el Estado, ha adelantado su consentimiento para arbitrar las potenciales controversias derivadas de los futuros contratos.

de la controversia sea un Estado, éste no podrá desconocer el respectivo convenio arbitral (ni las obligaciones producto de éste) so pretexto de su Derecho interno, lo que, sin duda, constituye un avance en la cultura arbitral del Perú, reconociendo que ningún poder soberano puede usarse en beneficio propio y en detrimento de su contraparte en un convenio arbitral.

Asimismo, el Decreto Legislativo n.º 1071, evidenciando la cada vez más fuerte cultura arbitral que caracteriza al Perú,[592] expresa en su Décimo Cuarta Disposición Complementaria lo siguiente:

> DÉCIMO CUARTA.- Ejecución de un laudo Ciadi
> Para la ejecución de un laudo expedido por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) serán de aplicación las normas que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales, como si se tratare de una sentencia firme dictada por el tribunal existente en cualquier Estado, al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965.

Lo que implica esta disposición es hacer más expeditiva la ejecución de un laudo Ciadi, con lo que implícitamente se reconoce la importancia de tal foro, así como el carácter «no revisable» de sus laudos por las cortes nacionales.

---

[592] Se debe recordar que aun desde la derogada Ley n.º 26572, ya se consideraba a la legislación arbitral como una de las mejores de Latinoamérica, mejorando tal percepción aún más con la sanción del Decreto Legislativo n.º 1071, que ha sabido cubrir ciertos vacíos y mejorado ciertos aspectos de su antecesora. Bernal Gutiérrez, Rafael. «El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.º 1, p. 143: «Cuenta el Perú con la que, en sentir de un grupo importante de doctrinantes, es la más completa legislación sobre la materia […]».

Como ya hemos mencionado, la Constitución y la norma arbitral no son los únicos dispositivos jurídicos que acercan al Estado peruano o a un inversor extranjero a un arbitraje de inversión y al arbitraje en general. Así, por ejemplo, el Decreto Legislativo n.º 662 prevé lo siguiente:

> Artículo 16.- El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú. (El subrayado es nuestro).

Tal como expresa el artículo glosado, el Estado peruano puede someter sus controversias derivadas de los CEJ a tribunales arbitrales constituidos sobre la base de tratados en los que el Perú sea un Estado parte. En esta definición, por ejemplo, podría caber un tribunal arbitral constituido en el marco del Convenio Ciadi, en tanto el Perú es un Estado contratante de dicho instrumento internacional. Sin embargo, nos hemos expresado en términos de «acercamiento» y no de «sometimiento» en tanto, tal como se puede leer de la redacción del citado artículo, no existe un consentimiento diáfano o concluyente para someter la controversia.

En este sentido, la redacción comentada expresa una posibilidad, materializada en el «podrá someter», pero no se refiere a un hecho concreto, como sí se podría leer en una redacción como la que se encuentra en algunas legislaciones de inversión de otros países: «el Estado someterá sus controversias» o la típica «las controversias serán sometidas». La redacción del artículo 16 del Decreto Legislativo n.º 662 es acaso una «declaración de buena intención» del Estado de someter a arbitraje sus controversias derivadas de un CEJ, sometimiento que, en todo caso, tendría que expresarse inequívocamente en tal instrumento, ya sea en una de sus cláusulas o en un convenio arbitral anexado al éste.

Otra disposición similar a la comentada en el párrafo anterior es el caso del artículo 48 del Decreto Legislativo n.º 757,[593] el cual sostiene:

> Artículo 48.- En sus relaciones con particulares, el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación o tratados internacionales, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. (El subrayado es nuestro).

En efecto, este artículo no contiene una manifestación inequívoca, requerida por el Convenio Ciadi como condición para que un tribunal arbitral conozca de una controversia entre un inversor extranjero y el Estado peruano. Sin embargo, se observa determinados elementos que se repiten en el sistema jurídico peruano respecto de la capacidad del Estado para someter sus controversias a arbitraje. Así, por ejemplo, se menciona que tales controversias arbitrales serán las que se refieran a bienes y obligaciones del Estado, siendo que éstos deberán derivar de una relación jurídica patrimonial, de derecho privado o de naturaleza contractual. Asimismo, que estas controversias podrán ser sometidas a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con la legislación o los tratados, tal como ya hemos explicado.

---

[593] Otro claro ejemplo es el artículo 17 del Decreto Supremo n.º 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesiones al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios: «…El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 63 de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior [contratos celebrados entre el Estado y el concesionario sobre indemnizaciones]».

Algo que llama la atención en torno al contexto jurídico antes mencionado, es que de los más de cuatrocientos CEJ que el Estado peruano ha celebrado con inversionistas, sólo una ínfima cantidad contiene cláusulas de solución de controversias que prestan consentimiento a los tribunales arbitrales en el marco del Ciadi. Unos cuantos lo hacen al fuero ordinario y la mayoría de ellos al arbitraje nacional.[594]

Para autores como Cantuarias,[595] esto llama la atención, siendo el arbitraje Ciadi más eficiente que el convencional. Asimismo, respecto de las empresas extranjeras que se asentaron en nuestro país constituyendo una empresa nacional, dice el mencionado autor:

> […] muchas sociedades extranjeras que han invertido en el Perú y para lo cual han tenido que constituir una empresa local, pero claramente controlada por ellas, han perdido la valiosa oportunidad de someter cualquier potencial conflicto al Ciadi.[596]

En realidad, nos permitimos discrepar de esta opinión. Y es que tal como se ha visto en este trabajo, los tribunales Ciadi han aceptado con generosa amplitud el criterio de control para delimitar su competencia *ratione materiae*, observándose, incluso, varios casos en los cuales empresas locales han llevado exitosamente arbitrajes a través de sus *holdings*. Sin embargo, en el escenario descrito por el citado profesor, nosotros recomendaríamos a las empresas que así lo estimen conveniente, negocien con los Estados anfitriones la posibilidad de aplicar la disposición prevista en la última parte del artículo 25(b) del Convenio Ciadi, que permite a los Estados parte atribuirle carácter «extranjero» a empresas constituidas localmente, siempre que éstas se encuentren sometidas a control extranjero.

---

[594] Para mayor abundancia, véase: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones… Op. cit.*, pp. 842 y ss.

[595] *Idem*, p. 844.

[596] *Idem*, p. 855.

Otro caso que llama la atención es el de los «contratos de garantía y medidas de promoción a la inversión», contratos-ley en el ámbito minero, ya que, aun con las grandes inversiones realizadas, ninguno cuenta con un pacto arbitral, sometiéndose todas las controversias a la justicia ordinaria en la ciudad de Lima.[597]

Sin embargo, existen algunos instrumentos jurídicos (CEJ, contratos de concesión - CC; entre otros) que sí prevén el arbitraje Ciadi, ya sea como único mecanismo o como uno de los mecanismos de solución de controversias disponibles. Aquí algunos:

- CC entre el Estado Peruano y el Consorcio Flughafer Frankfurt-Mein Aktiengesellschaff, Bechtel Enterprises International, Ltd., y Cosapi S.A. (Aeropuerto Jorge Chávez) (2000).
- CC entre el Estado Peruano y Terminal Internacional del Sur S.A.A. (Terminal Portuario de Matarani).
- Perú Energy Holdings, LLC de EE.UU. (1996).
- Aguaytía Energy, LLC de EE.UU. (1996).
- MMC (Bermuda) Limited de Bermuda (1996).
- Real Cayman Inc. de las Islas Caimán (British West Indies) (1996).
- Powerfin S.A. de Bélgica (1997).
- American Life Insurance Company (Alico) de EE.UU. (1997).
- Bellsouth Perú BVI Limited de Islas Vírgenes Británicas (1997).
- Perú Agri Industrial Company Limited de Islas Caimán (1997)
- Diveo Perú Inc. de EE.UU. (2001)
- American Life Insurance Company (Alico) de EE.UU. (2001).
- Duke Energy International Peru Investment n.º 1, Ltd. de Bermuda (2001).

Por último, otro aspecto que atañe a Arbitraje de Inversión en la legislación peruana es el de la defensa del Estado en este tipo de fuero. El Perú cuenta con la Ley n.º 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales

[597] *Idem*, p. 859.

de inversión y su reglamento, Decreto Supremo n.º 125-2008-EF.[598] En general, estos dispositivos buscan articular un sistema que permita una coordinación y respuesta eficientes ante posibles controversias internacionales de inversión. En este sentido, la norma procura centralizar, definir procedimientos, internalizar costos y estandarizar acciones frente a potenciales controversias en materia de inversión.

Como ámbito de aplicación, estos dispositivos alcanzan a las controversias suscitadas en virtud de:

(i) Acuerdos celebrados entre el Estado (incluye entidades públicas) e inversionistas extranjeros: contratos de privatización, de concesión, de compraventa o transferencia de acciones de empresas estatales CEJ, licencias de explotación de hidrocarburos, entre otros.

(ii) De la manera más amplia, todo tratado que contenga disposiciones en materia de inversión y que establezcan mecanismos de solución de controversias entre el inversionista y el Estado peruano.

A través de sus artículos 5(a) y 5, la Ley y su Reglamento, respectivamente, muestran una buena intención que no llega a ser plenamente feliz. Estas disposiciones establecen que toda entidad pública que suscriba un acuerdo o tratado en materia de inversión que contenga cláusulas que remitan a mecanismos de solución de controversias internacionales, debe informar al Coordinador del Sistema, es decir, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), sobre tal suscripción, enviándole una copia del acuerdo. Sin embargo, es claro que para este entonces, el texto del tratado ya ha sido adoptado, lo que hace toda coordinación posterior poco menos que estéril. Más aún, pese a las disposiciones generales

[598] Cabe mencionar que estos dispositivos legales no colisionan con el Decreto Legislativo n.º 1068, que crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado, y su Reglamento, Decreto Supremo n.º 017-2008-JUS, en tanto éstos, de conformidad con su Segunda Disposición Complementaria Final, exceptúan su aplicación a los procesos referidos en la Ley n.º 28933.

que deben procurar tener este tipo de acuerdos,[599] nosotros creemos que la negociación de estos instrumentos debería ser multisectorialmente coordinada, justo en la etapa de negociación o, posteriormente, en la adopción del tratado. Una coordinación *ex ante* y no *ex post* a la adopción del tratado, para con ello conseguir un texto que contenga una visión multisectorial debidamente coordinada.

Las normas especifican, asimismo, que las entidades públicas deberán alertar al MEF en cuanto exista una posibilidad o una notificación respecto del sometimiento de una controversia en materia de inversión a los mecanismos previstos en el instrumento concerniente.

Como ya hemos mencionado, el Coordinador del Sistema es el MEF, el cual tiene facultades de dirección y organización. Por su parte, la Comisión Especial es el órgano de actuación del Sistema, en tanto será el encargado de representar al Estado en potenciales controversias en materia de inversión. Este grupo de trabajo lo conforman representantes de los ministerios de: Economía, Relaciones Exteriores, Justicia y Proinversión, participando asimismo, como «miembros no permanentes», un representante del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y de la entidad pública implicada en la controversia, según corresponda.

La Comisión Especial tiene, entre otras, la facultad de formular proyectos de normas legales con el fin de facilitar su labor y mejorar la capacidad de respuesta del Sistema. Asimismo, tiene la facultad de proponer fórmulas de transacción, conciliación o solución amistosa de controversias, ya sea en etapa de negociación bilateral, en una conciliación o en un arbitraje. Para ello, esta fórmula deberá ser aprobada por

[599] Según el artículo 13 de la Ley: a) Contemplar un período de negociación o trato directo no menor a 6 meses; b) Uso de sistemas neutrales de solución de controversias; c) establecer la responsabilidad entre las partes por los gastos en el potencial Arbitraje o Conciliación; d) Establecimiento de obligación del inversor de comunicar al Coordinador (el MEF) sobre el inicio de la etapa de negociación o trato directo.

el Consejo de Ministros mediante Resolución Suprema, refrendada por los ministros de los ramos concernientes.

Por último, mediante el artículo 22 del Reglamento, el Estado peruano reafirma su cultura arbitral, disponiendo que en la negociación de acuerdos y tratados a los que se le aplica estos dispositivos legales, se deberá proponer el sometimiento a mecanismos neutrales de solución de controversias, dentro de ellos, por supuesto, el Arbitraje de Inversión.

2. LA PRÁCTICA PERUANA EN LA NEGOCIACIÓN DE TBI

Tal como se ha venido expresando en este trabajo, el dinámico y complejo fenómeno jurídico que es el Arbitraje de Inversión repercutió tanto en países desarrollados como en países en vías de desarrollo. Una de las razones para que ello se haya dado así, ha sido el creciente número de TBI suscritos en las décadas de los ochenta y, sobre todo, en los noventa. El Perú no permaneció ajeno, siendo que en esta última década suscribió 27 de los 33 TBI con los que cuenta en la actualidad.[600]

Como observaremos en líneas posteriores, este fenómeno jurídico no ha permanecido estático y en gran parte se debe a sus principales actores: los TBI. Para nosotros, desde la suscripción del primero de ta-

[600] Estrictamente hablando, el Perú cuenta con 33 TBI. Sin embargo, en la respectiva cuenta no hemos incluido los capítulos de Inversión contenidos en los tratados de libre comercio entre Perú y Estados Unidos, Perú y Chile, Perú y Singapur, Perú y Canadá, Perú y China, Perú y Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA, por sus siglas en inglés), Perú y Corea, Perú y México, Perú y Costa Rica, Perú y Panamá, Perú y Japón, Perú y Guatemala, Perú-Colombia y la Unión Europea, Perú y Honduras, así como Perú y la Alianza del Pacífico (Chile, Colombia y México), los cuales cumplen exactamente la misma función: proteger al inversionista extranjero y generar un mecanismo de seguridad jurídica en esa materia. Cabe mencionar que la estructura y composición de estos capítulos es similar a la de un TBI y, en muchos casos, superior y más prolija.

les instrumentos internacionales[601] hasta la presente década, éstos han experimentado dos fases o etapas. A los ubicados en la primera etapa, situada desde 1959 hasta aproximadamente inicios del 2000, los llamaremos «TBI de Primera generación». A los ubicados en la segunda etapa, situada aproximadamente desde el 2000 en adelante, los llamaremos «TBI de Segunda generación».

En general, podríamos aseverar que las diferencias entre los instrumentos de ambas etapas estriban en temas tales como:

a. *Complejidad*.- Mientras que los TBI de Primera generación guardan una complejidad moderada, los TBI de Segunda generación contienen disposiciones más complejas, en tanto se empieza a trabajar más temas y los compromisos se hacen cada vez más amplios y variados. Del mismo modo, los estándares de protección y/o tratamiento presentan disposiciones cada vez más específicas, contrarios a las disposiciones generales observadas en los TBI de Primera generación.

b. *Precisión*.- Como consecuencia de lo anterior, los TBI de Segunda generación precisan las nuevas, complejas y variadas disposiciones. Así, por ejemplo, algunos de estos instrumentos internacionales precisan que los estándares de TJE y PPS deben ser equiparados al estándar mínimo de trato reconocido por el Derecho Internacional consuetudinario;[602] algunos otros precisan que los estándares de TN y TNMF deben aplicarse sólo en «circunstancias similares».[603]

c. *Liberalización*.- Los niveles de compromiso en los TBI de Primera generación suelen ser más conservadores que los que se encuentran en los de Segunda generación, siendo que éstos asumen vallas altas, liberalizando de manera notoria las inversiones. Así, por ejemplo,

---

601 Perú-Tailandia, suscrito el 15 de noviembre de 1991.

602 Véase: Sección 5.3, literales A y B del Capítulo II del presente trabajo.

603 Véase: Sección 5.3, literales C y D del Capítulo II del presente trabajo.

muchas de las cláusulas de solución de controversias ya no exigen el agotamiento de la vía previa como requisito para el acceso al arbitraje.

d. Responsabilidad.- Uno de los aspectos más positivos de los TBI de Segunda generación es que al haber elevado los compromisos de los Estados para con los inversionistas, también han sabido prever disposiciones que dejan en claro que el funcionamiento de los TBI y sus disposiciones no pueden ir en contra o debilitar la facultad de los Estados de legislar en materias de salud, defensa y medio ambiente.

2.1. Panorama general de los TBI y TLC suscritos por el Perú

Como ya hemos mencionado, a la fecha, el Perú ha suscrito treinta y trés TBI (no incluidos en ese número sendos capítulos de inversión previstos en los TLC con distintos países, cuya función es equivalente), habiendo suscrito veintisiete (27) de tales instrumentos internacionales en la década de los noventa:

Gráfico n.º 21

País	Fecha de Suscripción	Inicio de Vigencia
Tailandia	15.11.91	15.11.93
Suiza[604]	22.11.91	23.11.93
República de Corea[605] (Concluido)	03.06.93	20.04.94
Bolivia	30.07.93	19.03.95
Reino Unido (Gran Bretaña)	04.10.93	21.04.94
Francia	06.10.93	30.05.96
Paraguay	31.01.94[606]	18.12.94
República Checa	16.03.94	06.03.95
Colombia	26.04.94	21.03.04
Suecia	03.05.94	01.08.94
Italia	05.05.94	18.10.95
Rumania	16.05.94	01.01.95
China[607]	09.06.94	01.02.95
Argentina	10.11.94	24.10.96
España	17.11.94	17.02.96[608]

[604] Existen referencias especiales sobre aplicación y vigencia en función del Capítulo de Inversiones del TLC entre Perú y los Estados de la AELC o EFTA (República de Islandia, Principado de Liechtenstein, Reino de Noruega y Confederación Suiza), suscrito el 14 de julio de 2010 y vigente, respecto de Suiza y Liechtenstein, a partir del 1 de julio de 2011. Asimismo, el artículo 5.7 del referido TLC señala que otros tratados suscritos entre Perú y los Estados Parte del EFTA tienen sus propios mecanismos de solución de controversias, no siendo aplicables al capítulo sobre inversión del TLC.

[605] Con referencias especiales sobre vigencia en función del Capítulo de Inversiones del TLC entre Perú y la República de Corea, que entró en vigor el 1 de agosto de 2011.

[606] Fecha según la web del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Según el International Investment Agreements Navigator de la Unctad, la fecha es 1 de febrero de 1994.

[607] Con referencias especiales sobre vigencia en función del Capítulo de Inversiones del TLC entre Perú y la República Popular China, que entró en vigor el 1 de marzo de 2011.

[608] Fecha según la web del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Según el International Investment Agreements Navigator de la Unctad, la fecha es 16 de febrero de 1996.

Portugal	22.11.94	18.10.95
Dinamarca	23.11.94	17.02.95
Países Bajos	27.12.94	01.02.96
Alemania	30.01.95	01.05.97
Noruega[609]	11.03.95[610]	05.05.95[611]
Finlandia	02.05.95	14.06.96
Malasia	13.10.95	30.04.98[612]
Australia	07.12.95	02.02.97
Venezuela	06.02.96	18.09.97
El Salvador	13.06.96	15.12.96
Ecuador	07.04.99	09.12.99
Chile (Concluido)	02.02.00	03.08.01
Cuba	10.10.00	25.11.01
Colombia (Protocolo)	07.05.01	21.03.04
Singapur[613] (Concluido)	27.02.03	12.08.06
Bélgica[614]	12.10.05	11.09.08
Estados Unidos (TLC)	12.04.06	01.02.09
Chile (TLC)	22.08.06	01.03.09
Canadá	14.11.06	20.06.07
Colombia	11.12.07	30.12.10
Canadá (TLC)	29.05.08	01.08.09
Singapur (TLC)	29.05.08	01.08.09

609 Véase: supra, nota a pie de página n.º 616.

610 Fecha según la web del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Según el International Investment Agreements Navigator de la Unctad, la fecha es 10 de marzo de 1995.

611 Fecha según la web del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Según el International Investment Agreements Navigator de la Unctad, la fecha es 9 de mayo de 1995.

612 Fecha según la web del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Según el International Investment Agreements Navigator de la Unctad, la fecha es 22 de noviembre de 2008

613 De conformidad con el artículo 10.20 del TLC Perú-Singapur, el TBI de 2003 entre ambos países quedó sin efecto con la entrada en vigencia del primero. No obstante, se pueden someter controversias amparadas en el TBI, siempre que se trate sobre controversias sobre inversiones realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia del TLC (1 de agosto de 2009) y con la condición de que no hayan transcurrido más de tres años de tal vigencia.

República de Corea (TLC)	21.03.08[615]	01.08.11
Japón	21.11.08[616]	10.12.09
República Popular China (TLC)	28.04.09	01.03.10
Islandia (TLC AELC)	14.07.10	01.10.11
Liechtenstein (TLC AELC)	14.07.10	01.07.11
Noruega (TLC AELC)	14.07.10	01.07.12
Suiza (TLC AELC)	14.07.10	01.07.11
Estados Unidos Mexicanos (TLC)	06.04.11	01.02.12
Costa Rica (TLC)	21.05.11	01.06.13
Panamá (TLC)	25.05.11	01.05.12
Japón (TLC)	31.05.11	01.03.12
Guatemala (TLC)	06.12.11	Pendiente
Colombia y Unión Europea (TLC)	26.06.12	01.06.13
Alianza del Pacífico[617] (TLC)	10.02.14	Pendiente
Honduras (TLC)	29.05.15	Pendiente
Acuerdo de Asociación Transpacífico[618]	Negociado	Pendiente
El Salvador	En negociación	Pendiente
Turquía	En negociación	Pendiente

Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú/*International Investment Agreements Navigator*/Acuerdos Comerciales del Perú (2015).
Elaboración: Propia

[614] Llamamos de esa forma al TBI suscrito entre el Perú y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa de 2005.

[615] Fecha según la web del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Según el International Investment Agreements Navigator de la Unctad, la fecha es 14 de noviembre de 2010.

[616] Fecha según la web del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Según el International Investment Agreements Navigator de la Unctad, la fecha es 1 de febrero de 1994.

[617] Bloque conformado por Perú, Chile, Colombia y México.

[618] Bloque conformado por Canadá, Chile, Estados Unidos, México y Perú, por América; Brunei, Japón, Malasia Singapur y Vietnam, por Asia; así como Australia y Nueva Zelanda, por Oceanía.

Como lo muestra el Gráfico Nº 21, el primer TBI suscrito por el Perú tuvo como contraparte a Tailandia, allá por 1991; mientras que, a la fecha, el último suscrito es el TBI Perú-Japón[619] del 2008. Como se podrá observar en líneas posteriores, la evolución entre uno y otro ha sido notable. Asimismo, con el gráfico se puede corroborar que el año en el que Perú suscribió más TBI fue 1994, con doce de estos instrumentos internacionales; mientras que el año en el que suscribió más TLC fue 2011, con 5 de tales acuerdos.

La gran mayoría de estos tratados forman parte de lo que hemos llamado TBI de Primera generación, por lo que cuentan con estándares de protección y compromisos bastante altos, denotando, en algunos casos, poca precisión, dejando mucho de discreción para cuando deban ser interpretados, hecho que ha ido cambiando, tal como demuestran los últimos instrumentos suscritos.

Algo que no se dice en artículos especializados, pero que sí se ha escuchado en algunos foros académicos que han tratado el tema, es que la mayoría de TBI suscritos por el Perú tienen muchas fallas y deficiencias. Creemos que ello no deja de ser verdad en algunos casos, sin embargo, debemos tomar en cuenta que esto podría explicarse con factores tales como la incipiente política sobre inversiones de principios de la década de los noventa, que pretendía remediar pasadas malas experiencias económicas y reformar el Estado. Asimismo, se debe recordar que para inicios de esa década, la volcánica arremetida de arbitrajes de inversión recién empezaba a desnudar los problemas que significaba la poca precisión de algunos estándares de protección y/o tratamiento de algunos TBI y lo que, en consecuencia, se constituyó como el rebalse de la realidad ante la teoría contenida en estos instrumentos.[620]

---

[619] El texto de este TBI fue base del Capítulo de Inversiones del TLC Perú-Japón, suscrito en 2011 y vigente desde 2012.

[620] Éste es otro factor que nos permite comprobar la principal premisa de nuestro trabajo: el Arbitraje de Inversión es un complejo y dinámico fenómeno jurídico, principalmente, debido a los TBI.

Tal carácter incipiente ha sabido corregirse poco a poco en los TBI de Segunda generación suscritos por el Perú, con lo que se augura una mejor práctica a futuro, con instrumentos mucho más precisos, más conscientes de la realidad y prevenidos por la experiencia de pasados arbitrajes de inversión y los pronunciamientos que de éstos han emanado.

Ahora bien, para un mejor estudio, a continuación se analizarán algunos de los temas más relevantes tratados en los diversos TBI suscritos por el Perú, comparándolos con algunos instrumentos, realizando comentarios y sugerencias al respecto.

2.2. Breve análisis de los TBI suscritos por el Perú

a. Preámbulo

En este trabajo hemos llamado la atención de la subestimada y poco utilizada importancia del Preámbulo en un instrumento internacional como los TBI,[621] hecho que, lamentablemente, ha sido una constante en aquéllos suscritos por el Perú, sobre todo los de Primera generación. Así, el siguiente texto, que proveniente del TBI Perú-China de 1996, es representativo de lo que podemos observar en los demás instrumentos:

> convenio entre el gobierno de la república del perú y el gobierno de la república popular china sobre promoción y protección recíproca de inversiones
>
> El Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China (en adelante denominados las «Partes Contratantes»);
>
> Con la intención de crear condiciones favorables para las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante;

[621] Véase: Sección 5.1 del Capítulo ii.

> Reconociendo que el fomento, la promoción y la protección recíprocos de tales inversiones conducirán a estimular la iniciativa de negocios de los inversionistas e incrementarán la prosperidad en ambos Estados;
>
> Deseando intensificar la cooperación económica de ambos Estados sobre una base de equidad y beneficio mutuos;
>
> Han convenido lo siguiente […]. (El subrayado es nuestro).

Consideramos que pese a estipular aspectos positivos, tales como la creación de condiciones favorables para las inversiones, la protección y fomento de éstas y la prosperidad de los Estados, este Preámbulo es aún escueto. Así, como marco teleológico del instrumento, estimamos que el referido Preámbulo, pudo, por ejemplo, haber previsto aspectos tales como: la sujeción de esas inversiones a las normas locales —claro está, mientras éstas no sirvan de vehículo para infringir el TBI, asumido como obligación internacional— o el reconocimiento de que los derechos contenidos y respetados en los TBI no pueden ir en desmedro de temas como los relativos a salud, medio ambiente y defensa —insistimos en que la condición *sine qua non* es que dichas medidas no sean medidas arbitrarias disfrazadas—.

Este aspecto parece estar siendo abordado en la nueva práctica de negociación a través de los TBI, como lo demuestran los TBI de Segunda generación, tal como el —a la fecha— el último suscrito, a fines del 2008, con el Japón, que en su extremo pertinente establece:

> ACUERDO CELEBRADO ENTRE LA REPÚBLICA DEL PERÚ Y JAPÓN PARA LA PROMOCIÓN, PROTECCIÓN Y LIBERALIZACIÓN DE LA INVERSIÓN
>
> […]
>
> Reconociendo que estos objetivos pueden lograrse sin necesidad de flexibilizar las medidas de aplicación general en materia de salud, seguridad y medio ambiente […].

Este método fue adoptado también, sólo en materia ambiental, aunque con una redacción aun más categórica, en el artículo 10.11 del Capítulo de Inversión del APC Perú-Estados Unidos:[622]

> Artículo 10.11.- Inversión y el medio ambiente:
>
> 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.

Lamentablemente, salvo excepciones, ninguno de los preámbulos de los TBI suscritos por el Perú parece recoger un verdadero marco axiológico para el resto de sus disposiciones; ni siquiera aquéllos de segunda generación; rescatando el caso del TBI Perú-Bélgica del 2005, que incluye una Exposición de Motivos que, por lo menos, ayudaría a interpretar la voluntad de las partes en caso se requiera interpretar el tratado.

Finalmente, nos parece propicio que un Preámbulo haga explícito que los fines antes contemplados en las disposiciones comentadas, se realicen en concordancia con principios internacionalmente reconocidos, tales como el respeto mutuo de la soberanía, igualdad de los Estados, no discriminación y buena fe. Cabe mencionar que este tipo de disposiciones ha sido adoptado sólo por el TBI Perú-Australia de 1995.

b. Definiciones

Todos los TBI contienen una disposición dedicada a definir ciertos términos en ellos expresados. Sin embargo, para los efectos de este estudio,

---

[622] Esta disposición bien puede ser parte de un Preámbulo. En el caso del APC Perú Estados Unidos, fue parte del cuerpo principal del texto (artículo 10.11), pues a diferencia de los TBI, los capítulos de inversión de los TLC (y, en general, cada capítulo) no contienen preámbulos. Disposición similar puede encontrarse en el TLC Perú-Canadá, artículo 11.

hay dos términos cuyas definiciones nos interesan especialmente: «inversión» e «inversor», en tanto circunscriben los ámbitos de aplicación material u objetivo (*ratione materiae*) y personal o subjetivo (*ratione personae*) y de los TBI.

- *Inversión.*- Todos los TBI suscritos por el Perú presentan cláusulas abiertas u omnicomprensivas, es decir definen este término como «cualquier tipo de activo» u otra frase similar, abarcando gran cantidad de posibilidades. Asimismo, con excepción del TBI entre Perú-Italia de 1994,[623] todos los TBI suscritos por el Perú presentan una lista positiva de posibles operaciones económicas susceptibles de ser consideradas inversiones; sin embargo, dejan en claro que tal lista no es taxativa ni exclusiva. Así, por ejemplo, el TBI Perú-Suecia de 1994, establece:

> ARTÍCULO 1
> Definiciones
>
> Para los fines del presente convenio:
>
> 1. El término «inversión» significará cualquier clase de activo, invertido por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, a condición de que la inversión haya sido hecha de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la otra Parte Contratante, e incluirá en particular, aunque no exclusivamente:
>
>   (a) bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos de propiedad, tales como hipotecas gravámenes, prendas, usufructo, arrendamiento con opción de compra y derechos similares;

[623] El artículo 1(1) reza: «El término "inversiones" significará cualquier tipo de propiedad invertida, antes o después de la entrada en vigencia de este convenio, por una persona natural o jurídica de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esa Parte, independientemente de la forma legal escogida, así como del marco legal».

(b) acciones de participación, acciones o certificados de reintegro y otras formas de participación en sociedades o sociedades de riesgo compartido;
(c) derechos sobre dinero o cualquier prestación que tenga un valor económico;
(d) derechos de propiedad intelectual, procesos técnicos, nombres comerciales, conocimientos tecnológicos, derechos de llave y otros derechos similares; y,
(e) concesiones conferidas por ley, decisiones administrativas o bajo contrato, incluyendo concesiones para explorar, desarrollar, extraer o explotar recursos naturales […]. (El subrayado es nuestro).

La citada disposición, representativa de la experiencia peruana en la adopción de TBI, nos muestra los cinco elementos que, en general, se repiten en todos estos instrumentos, salvo en los TBI Perú-Rumania de 1994, Perú-Ecuador de 1999 y Perú-Cuba del 2000, que contienen además: «reinversión de beneficios»; Perú-Australia de 1995, que prevé además: «actividades relacionadas con inversiones, tales como la organización y funcionamiento de una inversión de instalaciones comerciales, la adquisición, ejercicio y disposición de derechos de propiedad, la recaudación de fondos y la compra y venta de moneda extranjera» y los TBI de Segunda generación, que contienen definiciones sobre inversión bastante más elaboradas, incluyendo «listas negativas», es decir, listas que contienen lo que no se considera inversión.[624]

Asimismo, es importante resaltar que la citada disposición contempla la frase «…a condición de que la inversión haya sido hecha de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la otra parte contratante…», la cual establece un vital elemento para garantizar la legalidad de las inversiones y los asuntos (incluidas las potenciales reclamaciones o controversias) relacionados con ella. La referida disposición se repite,

[624] Véase: artículo 1(2) del TBI Perú-Bélgica del 2005, artículo 10.28 del APC Perú-Estados Unidos, artículo 1 del TLC Perú-Canadá y el artículo 1 del TBI Perú-Japón del 2008.

aunque con distintas redacciones, en los TBI Perú-Bolivia de 1993[625], Perú-Corea de 1993,[626] Perú-Reino Unido de 1993,[627] Perú-Italia de 1994,[628] Perú-Argentina de 1994,[629] Perú-China de 1994,[630] Perú-España de 1994,[631] Perú-Paraguay de 1994,[632] Perú-Portugal de 1994,[633] Perú-República Checa de 1994,[634] Perú-Rumania de 1994,[635] Perú-Suecia de 1994,[636] Perú-Alemania de 1995,[637] Perú-Australia de 1995,[638] Perú-Finlandia de 1995,[639] Perú-Noruega de 1995,[640] Perú-El Salvador de 1996[641] y Perú-Venezuela de 1996.[642]

Comentario aparte merece la disposición prevista en el TBI Perú-Japón del 2008, que dentro del concepto «inversión» incluye tres de los cinco elementos característicos esbozados en el Test Salini.[643]

- *Inversor.-* Para definir la palabra «inversor» (o «inversionista»), los TBI se remiten a definir generalmente otros dos vocablos que la conforman: «persona» y «sociedad» (a veces también llamada «empresa»). Al primero de ellos se les suele definir como «persona natu-

[625] Artículo 1(1).
[626] Artículo 1(1).
[627] Artículo 1(a).
[628] Artículo 1(1).
[629] Artículo 1(1).
[630] Artículo 1.1.
[631] Artículo 1.2.
[632] Artículo 1.1.
[633] Artículo 1.1.
[634] Artículo 1.1.
[635] Artículo 1(1).
[636] Artículo 1(1).
[637] Artículo 1(1).
[638] Artículo 1.1.
[639] Artículo 1(1).
[640] Artículo 1.1.
[641] Artículo 1.1.
[642] Artículo 1(1).
[643] Véase: Sección 2.2 del Capítulo I del presente trabajo.

ral que posee la nacionalidad de cada parte contratante». El segundo vocablo es el que suele tener mayores variantes, siendo la más representativa la redacción que se encuentra en el artículo 1(d)(ii) de TBI Perú-Reino Unido de 1993:

> Artículo 1
> Definiciones
> Para los efectos del presente Convenio:
> […]
> (d) «Compañías» designa:
> […]
> […] personas jurídicas, incluyendo compañías privadas y comerciales y demás asociaciones con o sin personería jurídica, que ejerzan una actividad económica comprendida en el ámbito del presente Convenio y constituidas de acuerdo a las leyes […]. (El subrayado es nuestro).

Cabe mencionar que el criterio de «constitución» o «incorporación» es el que más abunda en estos instrumentos suscritos por el Perú, existiendo disposiciones similares a la glosada, por ejemplo, en los TBI Perú-Tailandia de 1991, Perú-Corea de 1993, Perú-Dinamarca de 1994, Perú-Noruega de 1995, Perú - Malasia de 1995, Perú-Ecuador de 1999, Perú - Cuba del 2000, Perú-Singapur de 2003 y los capítulos de inversión de los TLC Perú-Estados Unidos y Perú-Canadá. Sin embargo, también existen TBI que además del criterio de constitución o incorporación, añaden el criterio de sede, tales como los TBI Perú-Portugal de 1994, Perú-Argentina de 1994, Perú-Chile del 2000 y Perú-Bélgica del 2005.

Asimismo, algunos TBI han previsto como criterio el tema del control de las empresas como criterio (ya sea como requisito adicional o alternativo), tales como los TBI Perú-Bolivia de 1993, Perú – Paraguay de 1994, Perú-Australia de 1995 (como alternativa al criterio de sede); Perú-Suecia de 1994 (como adicional al criterio de sede); Perú-España de 1994, Perú-Países Bajos de 1994 y Perú-El Salvador de 1996 (como adicional al criterio de constitución).

c. Estándares de protección y/o tratamiento

c.1) Trato nacional

Este estándar se halla incluido en casi la totalidad de TBI suscritos por el Perú.[644] Sin embargo, su tratamiento no ha sido el mismo. Lo más común es encontrarlo de manera autónoma, aunque también en una redacción que también comprende al TNMF. La razón podría encontrarse en la naturaleza de ambos estándares, pues se trata de estándares relativos.[645] La redacción más representativa la podemos encontrar, por ejemplo, en el artículo 3(1) del TBI Perú-Suecia de 1994:

> ARTÍCULO 3
> Tratamiento de las inversiones
> (1) Ninguna de las Partes Contratantes deberá, en su territorio, someter las inversiones o rendimientos de los inversionistas de la otra Parte Contratante a un trato no menos favorable que aquél que conceda a las inversiones o rendimientos de sus propios inversionistas o a las inversiones o rendimientos de inversionistas de cualquier tercer Estado. (El subrayado es nuestro).

De otro lado, el TN puede encontrarse vinculado a otros estándares de protección, siendo la combinación más común que hemos identificado la del TJE, tal como da cuenta el artículo 3 del TBI Perú-Suiza de 1991:

> ARTÍCULO 3
> Protección, tratamiento
> […]
> Cada Parte Contratante garantizará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones efectuadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante. Este tratamiento no

[644] Con excepción de los TBI Perú – España de 1994, Perú – Malasia de 1995, Perú-Australia de 1995 (con la particularidad de sí otorgarlo no como estándar general, sino sólo en caso de compensación en caso de pérdidas) y Perú-Singapur del 2003.

[645] Véase: Sección 5.3 del Capítulo II del presente trabajo.

> será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio por sus propios inversionistas o que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas de la nación más favorecida, cuando este último tratamiento sea más favorable. (El subrayado es nuestro).

Como se puede observar, la disposición citada no presenta la típica redacción sobre TN, sino que la vincula con otro estándar de protección: el TJE. Disposiciones similares se pueden encontrar en los TBI Perú-Paraguay de 1994,[646] Perú-República Checa de 1994,[647] Perú-China de 1994[648] y Perú-Chile del 2000.[649]

De la misma manera, el TN también puede encontrarse dentro de otras disposiciones del TBI o disposiciones referidas a otros estándares, por ejemplo, en materia de compensación en caso de pérdidas por conflicto armado (casi la totalidad de TBI) y el particular caso del TBI Perú-Países Bajos de 1994,[650] que vincula el TN a la PPS.

Algo que lamentablemente hemos identificado es que, salvo los TBI Perú-Rumania de 1994 y Perú-Japón del 2008; y los capítulos de inversión de los TLC suscritos por el Perú, los demás instrumentos de Primera y Segunda generación, no contienen el importante añadido de que este trato es aplicable «en situaciones similares», pues como ya hemos señalado,[651] es necesario que se tenga en cuenta que algunas medidas son tomadas en razón de la naturaleza de determinados sectores, por lo que una medida sólo sería violatoria del TN si es que discrimina entre nacionales y extranjeros que se encuentran en «circunstancias» o «situaciones similares».

---

646 Artículo 4.2.
647 Artículo 3.1.
648 Artículo 3.2.
649 Artículo 4.1.
650 Artículo 3.2.
651 Véase: Literal A., Sección 5.3 del Capítulo II del presente trabajo.

Es preciso mencionar que para el TN, al igual que para el TNMF, todos los TBI han previsto excepciones, tal como da cuenta el artículo 4 del TBI Perú-Reino Unido de 1993:

> ARTÍCULO 4
> Excepciones
>
> Las disposiciones del presente Convenio relativas a la concesión de un trato no menos favorable que aquel concedido a los nacionales o compañías de cada una de las Partes Contratantes o de cualquier tercer Estado, no se interpretarán de modo que obliguen a una Parte Contratante a brindar a los nacionales o compañías de la otra el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de:
>
> a. Cualquier actual o futura unión aduanera o acuerdos internacionales similares de los cuales cualquiera de las Partes Contratantes sea o pueda ser parte, o
> b. Cualquier acuerdo o convenio internacional relacionado total o parcialmente a tributación o cualquier legislación interna relacionada total o principalmente a tributación" (el subrayado es nuestro).

Es claro que de no haberlo previsto así, el alcance de las cláusulas de TN y de TNMF sería inconmensurable, generando más problemas que las posibles soluciones que pretende brindar.

c.2) Trato de nación más favorecida

Este estándar aparece en todos los TBI suscritos por el Perú. Sin embargo, tal como comentáramos respecto del TN, su tratamiento no ha sido uniforme. Lo más común es encontrarlo de manera autónoma, aunque también en una redacción que comprende al TN. Una vez más, la razón podría encontrarse en la naturaleza de ambos estándares, pues se trata de estándares relativos.[652] Así por ejemplo, una común redacción es la que presenta el artículo 3 del TBI Perú-Dinamarca de 1994:

---

[652] Véase: Sección 5.3 del Capítulo II del presente trabajo.

artículo 3
Protección de la inversión

[…]

(2) Ninguna de las Partes Contratantes someterá, en su territorio, a las inversiones efectuadas por inversionistas de la otra Parte Contratante o a los rendimientos de tales inversiones, a un trato menos favorable que el acordado a sus propios inversionistas o a los inversionistas de cualquier tercer Estado, el que de estos criterios sea más favorable. (El subrayado es nuestro).

El TNMF, al igual que el TN, también puede estar vinculado con otro estándar de protección, siendo el más común de ellos el TJE. Disposiciones de este tipo se encuentran en los TBI Perú-Suiza de 1991,[653] Perú-Paraguay de 1994,[654] Perú-República Checa de 1994,[655] Perú-China de 1994,[656] Perú-España de 1994[657] y Perú-Chile del 2000.[658]

Nos remitimos a los comentarios vertidos en el anterior acápite (sobre TN) en lo correspondiente a la ausencia de la frase «en situaciones similares» y en las excepciones al TNMF.

c.3) Trato justo y equitativo

El TJE es otro de los estándares de protección que aparece en todos los TBI suscritos por el Perú, siendo el que mayor presencia y ponderación tiene, al punto de aparecer en ciertos Preámbulos como uno de los principios generales que contemplan algunos de éstos, tal como da cuenta un extremo del instrumento suscrito entre el Perú y los Países Bajos de 1994:

653 Artículo 3.2.
654 Artículo 4.2.
655 Artículo 3.1.
656 Artículo 3.2.
657 Artículo 4.5.
658 Artículo 4.1.

> Reconociendo que un Convenio sobre el tratamiento a ser acordado a tales inversiones estimulará el flujo de capital y tecnología, así como el desarrollo económico de las Partes Contratantes y que es deseable un tratamiento justo y equitativo de las inversiones. (El subrayado es nuestro).

Disposiciones similares pueden encontrarse en los TBI Perú-Suecia de 1994, Perú-Dinamarca de 1994, Perú-Finlandia de 1995, Perú-Ecuador de 1999, Perú-Cuba del 2000.

No obstante, la práctica más generalizada en la adopción de estos tratados ha considerado de manera autónoma al TJE, encontrándose con mayor frecuencia disposiciones como las que se pueden apreciar en el artículo 2(3) del TBI Perú-Argentina de 1994:

> ARTÍCULO 2
> Promoción y protección de inversiones
> […]
> Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias. (El subrayado es nuestro).

Disposiciones similares se encuentran en los TBI Perú-Corea de 1993,[659] Perú-Bolivia de 1993,[660] Perú-Gran Bretaña de 1993,[661] Perú-Francia de 1993,[662] Perú-Suecia de 1994,[663] Perú-Italia de 1994,[664] Perú-República Checa de 1994,[665] Perú-Dinamarca de 1994,[666] Perú

[659] Artículo 2.2.
[660] Artículo 3.1.
[661] Artículo 2.2.
[662] Artículo 3.
[663] Artículo 2.2.
[664] Artículo 2.3.
[665] Artículo 2.2.
[666] Artículo 3.1.

y Países Bajos de 1994,[667] Perú-Portugal de 1994,[668] Perú-Alemania de 1995,[669] Perú-Finlandia de 1995,[670] Perú-Malasia de 1995,[671] Perú-Australia de 1995,[672] Perú-Venezuela de 1996,[673] Perú-El Salvador de 1996,[674] Perú-Ecuador de 1999,[675] Perú-Cuba del 2000,[676] Perú-Singapur del 2003,[677] Perú-Bélgica del 2005[678] y Perú-Japón del 2008.

Asimismo, este estándar de protección y/o tratamiento también puede encontrarse contemplado junto con otros. Una de las referidas disposiciones combinadas es la que relaciona al TJE con el TN y el TNMF, tal como lo grafica el artículo 4 del TBI Perú-España de 1994:

> artículo 4
> Tratamiento
>
> 1. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.
> 2. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas en un territorio por inversores de un tercer país que goce del tratamiento de Nación Más Favorecida. (El subrayado es nuestro).

667 Artículo 3.1.
668 Artículo 2.1.
669 Artículo 2.1.
670 Artículo 2.4.
671 Artículo 2.2.
672 Artículo 3.2.
673 Artículo 3.1.
674 Artículo 4.1.
675 Artículo 3.1.
676 Artículo 3.1.
677 Artículo 3.2. Cabe mencionar que esta disposición maneja un término algo distinto de los demás, llamando al TJE «trato justo e imparcial».
678 Artículo 3.1.

Disposiciones similares se hallan en los TBI Perú-Suiza de 1991,[679] Perú-Corea de 1993,[680] Perú-Paraguay de 1994,[681] Perú-China de 1994,[682] Perú-España de 1994,[683] Perú-Noruega de 1995[684]y Perú-Chile de 2000.[685]

De igual manera, se halla la variante del artículo 4 del TBI Perú-Tailandia de 1991:

> ARTÍCULO 4
> Tratamiento a la inversión
> (a) Las inversiones de los nacionales o sociedades de las partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante, así como los beneficios provenientes de las mismas, recibirán un tratamiento justo y equitativo y no menos favorable que lo acordado respecto de las inversiones y beneficios de los nacionales y sociedades de esta Parte Contratante o de cualquier tercer Estado. (El subrayado es nuestro).

Encontramos disposiciones similares en los TBI Perú – República Checa de 1994,[686] Perú-Colombia de 1994,[687] Perú-Rumania de 1994,[688] Perú-Malasia de 1995.[689]

---

679 Artículo 3.2.
680 Artículo 3.1.- Este TBI cuenta con la particularidad de tener también otra disposición de TJE autónoma (artículo 2.2.).
681 Artículo 4.2.
682 Artículo 3.2.
683 Artículo 4.2.
684 Artículo 4.2.
685 Artículo 4.1.
686 Artículo 2.2.
687 Artículo 3.1.
688 Artículo 3.1.
689 Artículo 3.1.- Este TBI cuenta con la particularidad de tener también otra disposición de TJE autónoma (artículo 2.2.).

Otro aspecto que comentar en la práctica de adopción de TBI respecto de este estándar de protección, es la escasa, pero afortunada precisión que presentan los TBI de Segunda generación y algunos de Primera generación. Nos referimos a la precisión de que el TJE se debe interpretar de conformidad con el nivel mínimo de trato ofrecido por el Derecho internacional general o el Derecho internacional consuetudinario, con los efectos que ello tendría.[690] Disposiciones al respecto, por ejemplo, encontramos los TBI Perú-Francia de 1993 y Perú-Venezuela de 1996, refiriéndose ambos a un TJE de conformidad con los principios del Derecho internacional (general); Perú-Bélgica de 2005 y Perú-Japón de 2008, ambos refiriéndose a un TJE de conformidad con los principios del Derecho internacional consuetudinario, al igual que los capítulos de inversión de los TLC suscritos por el Perú.

c.4) Plena Protección y Seguridad

Otro estándar incluido en la práctica de adopción de TBI del Estado peruano, aunque con menos frecuencia, ha sido el de PPS.[691] Este tratamiento tampoco ha seguido un patrón uniforme, sino más bien se lo ha contemplado con varias denominaciones: «plena protección y seguridad jurídica»,[692] «entera protección y seguridad»,[693] «amplia y ple-

---

690 Véase: Sección 5.3, literal C del Capítulo II del presente trabajo.

691 Este estándar no ha sido previsto en los TBI Perú-Tailandia de 1991, TBI Perú-Suiza de 1991 (ni en el Capítulo de Inversión del TLC Perú-AELC del 2010), TBI Perú-Paraguay de 1994, TBI Perú-Italia de 1994, TBI Perú-Rumania de 1994, TBI Perú-España de 1994, TBI Perú-Portugal de 1994, TBI Perú-Noruega de 1995 (ni en el Capítulo de Inversión del TLC Perú-AELC del 2010), TBI Perú-Finlandia de 1995 (ni en el Capítulo de Inversión del TLC Perú-AELC del 2010), TBI Perú-El Salvador de 1996, TBI Perú-Chile de 1999.

692 TBI Perú-Bolivia de 1993, artículo 5(1); TBI Perú-Reino Unido de 1993, artículo 2(2); TBI Perú-Argentina de 1994, artículos 2(2) y 4(1); TBI Perú-Venezuela de 1996, artículo 2(2); TBI Perú-Ecuador de 1999, artículo 2(2); TBI Perú-Cuba del 2000, artículo 2(2).

693 TBI Perú-Colombia de 1994, artículo 3(1).

na protección y seguridad»,[694] «permanente protección y seguridad»,[695] «protección»,[696] entre otros.

La forma más común en la que ha sido considerado el estándar de PPS ha sido la autónoma, es decir, sin relación alguna con otro estándar. No obstante, en años anteriores, algunos solían pensar que la PPS parte del TJE; ello, quizás en razón de la más común práctica en la redacción de este estándar, lo que, sin embargo —como ya hemos afirmado— no le resta la autonomía de la que goza. De ello da cuenta lo previsto en el artículo 2(2) del TBI Perú-República de Corea de 1993:

> ARTÍCULO 2
> Promoción y protección a las inversiones
> […]
> (2) A las inversiones hechas por los inversionistas de cada Parte Contratante, se les otorgará un trato justo y equitativo, y gozarán de plena protección y seguridad dentro del territorio de la otra Parte Contratante. (El subrayado es nuestro).

Disposiciones similares se encuentran en los TBI Perú-Bolivia de 1993,[697] Perú-Gran Bretaña de 1993,[698] Perú-República Checa de 1994,[699] TBI Perú-Colombia de 1994[700] 2(4).

La PPS está recogida de manera autónoma, por ejemplo, en el artículo 5(1) del TBI Perú-Francia de 1993:

> ARTÍCULO 5
> (1) Las inversiones efectuadas por nacionales o sociedades de una Parte Contratante gozarán de plena protección y segu-

694 TBI Perú-Francia de 1993, artículo 5(1).
695 TBI Perú-Tailandia de 1991, artículo 3(2).
696 TBI Perú-Singapur del 2003, artículo 3(2).
697 TBI Perú-Bolivia de 1993, artículo 5(1).
698 Artículo 2(2).
699 Artículo 2.2.
700 Artículo 3(1).

> ridad en el territorio y en el área marítima de la otra parte Contratante. (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 2(4) del TBI Perú-Suecia de 1994 establece que:

> artículo 2
> Promoción y protección de inversiones
> […]
> (4) Las inversiones efectuadas de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio son realizadas, gozan de la plena protección de este Convenio. (El subrayado es nuestro).

De las disposiciones sobre PPS contenidas en los TBI suscritos por el Perú, destaca particularmente la contenida en el que nos vincula con Argentina, pues tal figura se encuentra en dos extremos del referido instrumento internacional. Por un lado, el artículo 2(2) sostiene que:

> artículo 2
> Promoción y protección de inversiones
> […]
> (1) Las inversiones realizadas por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esta última gozarán de la plena protección de este Convenio" (el subrayado es nuestro).

De otro lado, en el acápite «Expropiaciones» (artículo 4), se establece lo siguiente:

> artículo 4
> Expropiaciones
>
> (1) Las inversiones realizadas por inversores de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad

> jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante" (el subrayado es nuestro).

A propósito de las citas antes realizadas, creemos que tal redacción no es la más feliz, pues abre la puerta a la polémica del porqué se estableció en dos extremos distintos del TBI. ¿Son distintos? ¿Es la misma figura para dos situaciones diferentes? Una posible explicación a la diferenciación, es que se haya considerado el artículo 4(1) como la PPS en puridad y que el artículo 2(2) sea una suerte de «cláusula paraguas». [701]

c.5) Protección en caso de expropiación

Éste es uno de los estándares de protección que más se ha incluido en los TBI suscritos por el Perú; aparece en todos estos instrumentos internacionales, mostrando, sobre todo, similitudes y algunas diferencias referidas al detalle con el que han sido redactadas tales disposiciones.

El primer punto en común es que todas las cláusulas que contemplan este asunto están referidas tanto a las expropiaciones directas como a las indirectas.

Así, por ejemplo, el artículo 5(2) del TBI Perú-Francia de 1993 establece lo siguiente:

> ARTÍCULO 5
>
> […]
>
> (2) Las Partes Contratantes no adoptarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea privar, directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenecen en su territorio […]. (El subrayado es nuestro).

[701] Véase: Sección 6.4 del Capítulo II del presente trabajo.

En efecto, todos los TBI suscritos por el Perú comprenden no sólo expropiaciones directas sino también indirectas, refiriéndose a ellas como «cualquier otra medida cuyo efecto sea privar, directa o indirectamente […] de las inversiones que les pertenecen».

Un caso particular en cuanto a técnica para la redacción de estas cláusulas es, por ejemplo, la prevista en el TBI Perú-Tailandia de 1993, en tanto en su cláusula sobre definiciones[702] contempla la de «expropiación»:

> artículo 1
> Definiciones
>
> […]
> (6) El término «expropiación» incluirá además actos de ejercicio de soberanía equivalentes a la expropiación, así como medidas de nacionalización. (El subrayado es nuestro).

De otro lado, se aprecia que los principios o requisitos sobre los cuales debería ejercerse el soberano derecho de un Estado a expropiar son, en general, los mismos. Así, se contempla una casi uniforme presencia de elementos como: necesidad pública o interés social, no discriminación, debido procedimiento en la toma y ejecución efectiva de la medida, así como —por supuesto— una compensación justipreciada.

Así, por ejemplo, el artículo 7 del TBI Perú-Bélgica del 2005 señala:

> Artículo 7
> Medidas privativas y restrictivas de la propiedad
>
> Cada Parte Contratante se compromete a no adoptar ninguna medida de expropiación ni nacionalización ni cualquier otra medida que tenga efecto, directa o indirectamente de privar a

[702] Artículo 1(6).

> los inversionistas de la otra Parte Contratante de sus inversiones en su territorio.
>
> Si por razones de utilidad pública, necesidad, seguridad o interés nacional se requiere de una derogación de lo estipulado en el párrafo 1, se deberán cumplir las siguientes condiciones:
>
> a) Se tomarán las medidas conforme al debido proceso legal;
> b) Las medidas no serán discriminatorias, ni contrarias a ningún compromiso específico;
> c) Las medidas estarán acompañadas de estipulaciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva […]. (El subrayado es nuestro).

Sobre el particular, se aprecian los elementos para que una expropiación se dé acorde con el Derecho Internacional, pero, asimismo, se aprecia la inclusión de la Regla Hull de compensación, es decir, una compensación pronta, adecuada y efectiva.[703] Esta regla se repite, entre otros, en los TBI Perú-Reino Unido de 1993,[704] Perú-República Checa de 1994[705] y Perú-Suiza de 1994.[706]

Una disposición que se repite en no pocos TBI es la de la remisión al Poder Judicial o, en su caso, a la autoridad competente para la revisión de la legalidad, el monto y, eventualmente, la forma de pago de la indemnización por la expropiación realizada.[707]

Finalmente, cabe mencionar que la gran mayoría posee disposiciones respecto de la necesidad de que la indemnización sea realizada al

---

703 Véase: Sección 5.3, literal E. del Capítulo II del presente trabajo.

704 Artículo 6(1).

705 Artículo 5(1).

706 Artículo 5(1)(c).

707 Entre otros, TBI Perú-Tailandia de 1993, artículo 5(2); TBI Perú-Reino Unido de 1994, artículo 6(3); TBI Perú-República Checa de 1994, artículo 5(2); TBI Perú-Alemania de 1997, artículo 4(4).

precio del valor de la propiedad en el mercado justo antes de hecha pública la decisión de expropiación.

c.6) Libre transferencia de fondos

Éste es otro de los estándares previstos con mayor recurrencia en los TBI suscritos por el Estado peruano. No obstante, como hemos referido con anterioridad, este estándar de protección no ha concitado el profundo interés que sí han conseguido los demás.[708]

Básicamente, encontramos tres tipos de redacción o métodos para contemplar disposiciones sobre libre transferencia de fondos en los TBI. Así, por ejemplo, hallamos una fórmula tan simple y básica como la prevista en el artículo 7 del primer TBI suscrito por el Perú, TBI Perú-Tailandia de 1991:

> artículo 7
> Transferencia de capitales y de las ganancias de inversiones
>
> Cada Parte Contratante garantizará a los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante la libre transferencia de capital de sus inversiones, y los beneficios de las mismas […] sin demora, en moneda libremente convertible al tipo de cambio vigente en el mercado al momento de la transferencia.

Este tipo de disposiciones son directas, simples y sin ninguna excepción. Fórmulas como la glosada se pueden encontrar, por ejemplo, en el TBI Perú-Reino Unido de 1993.[709]

Asimismo, hallamos disposiciones algo más comprensivas, en las cuales, además de preverse qué es lo que implica el compromiso de libre transferencia de fondos, se brindan ejemplos de operaciones que pue-

[708] Véase: Sección 5.3, literal F. del Capítulo ii del presente trabajo.
[709] Artículo 5.

den contemplarse como tal. Así, el artículo 6 del TBI Perú-República Checa de 1994, señala:

> Artículo 6
> Transferencias
>
> Las Partes Contratantes garantizarán la transferencia de los pagos relacionados con inversiones y retribuciones […]. Tales transferencias incluirán en particular, aunque no exclusivamente:
>
> a) Capital y sumas adicionales para mantener o incrementar la inversión;
> b) Beneficios, intereses, dividendos y otros ingresos corrientes […].

En efecto, este tipo de fórmula establece una lista de transacciones que eventualmente podrían estar cubiertas por la protección del TBI, dejando claro que tales ejemplos no son exclusivos y/o excluyentes.

Disposición similar a la antes referida se puede encontrar, por ejemplo, en el TBI Perú-Bolivia de 1993.[710]

Finalmente, una fórmula que no sólo determina qué implica el estándar de libre transferencia de fondos y ofrece ejemplos de transacciones que podrían estar cubiertas, sino que también ofrece restricciones o excepciones para tales transferencias. Así, uno de los primeros instrumentos en establecer este tipo de excepciones es el TBI Perú-Colombia de 1994:[711]

> artículo 6
> Repatriación de los capitales y de las ganancias de inversiones
>
> […]

[710] Artículo 4(1).
[711] Artículo 6(3).

> (1) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior [enumeración y alcance de la libre transferencia de fondos] las Partes Contratantes podrán establecer restricciones a la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión en el caso de dificultades graves de sus balanzas de pagos […].

Disposición similar a la antes referida se puede encontrar, por ejemplo, en el TBI Perú-Cuba del 2000, con el adicional de presentar las excepciones a modo de lista.[712]

d. Cláusulas de solución de controversias entre una parte contratante y un nacional de la otra Parte contratante

Para nosotros no cabe duda de que éstas suelen ser las cláusulas más importantes de un TBI, en tanto —generalmente— contienen el consentimiento al mecanismo que solucionará las controversias y, por ende, la puerta de entrada al Ciadi. Siendo ello así, estas cláusulas son las primeras en ser escrutadas y estudiadas, pues determinarán —*prima facie*— en qué foro se resolverán las controversias suscitadas entre una parte contratante del TBI y el nacional de la otra parte contratante.

Así las cosas, uno de los primeros temas que llama la atención, es el de las disposiciones llamadas «períodos de espera» o *cooling off periods*. En la práctica peruana, estas cláusulas presentan tres fórmulas. La primera de ellas (la mayoritaria) es la que establece un período de soluciones amistosas de seis meses, luego del cual quedará abierta la posibilidad de acudir a un arbitraje de inversión y/o a la autoridad competente del país anfitrión, según se haya pactado. Así, por ejemplo, el artículo 9 del TBI Perú-Finlandia de 1995 establece:

---

712 Artículo 4(3).

ARTÍCULO 9
Controversias entre un inversionista y una parte contratante

(1) Cualquier controversia de una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante relacionada a una inversión comprendida en el ámbito de aplicación del presente Convenio será, en la medida de lo posible, dirimida amigablemente entre las partes de la controversia.
(2) Si tal controversia no ha sido dirimida amigablemente dentro de un plazo de seis meses a partir de la fecha en que se solicitó una solución amistosa […]. (El subrayado es nuestro).

Similares disposiciones se encuentran en los TBI: Perú-Bolivia de 1993,[713] Perú-Francia de 1993,[714] Perú-República Checa,[715] Perú-Italia de 1994,[716] Perú-Rumania de 1994,[717] Perú-Argentina de 1994,[718] Perú-España de 1994,[719] Perú-Portugal de 1994,[720] Perú-Alemania de 1995,[721] Perú-Malasia de 1995[722], Perú-Venezuela de 1996,[723] Perú-Ecuador de 1999,[724] Perú-Cuba del 2000[725] y Perú-Bélgica del 2005.[726]

[713] Artículo 11(2).
[714] Artículo 8(2).
[715] Artículo 8(2).
[716] Artículo 9(3).
[717] Artículo 8(2).
[718] Artículo 10(2).
[719] Artículo 9(2).
[720] Artículo 7(2).
[721] Artículo 10(2).
[722] Artículo 7(3).
[723] Artículo 10(2).
[724] Artículo 8(2).
[725] Artículo 8(2).
[726] Artículo 11(2).

Otra fórmula menos común es utilizar «períodos de espera» de tres meses, tal como prevén los TBI: Perú-Reino Unido de 1993,[727] Perú-Colombia de 1994,[728] Perú-Suecia de 1994,[729] Perú-Dinamarca de 1994,[730] Perú-Países Bajos de 1994[731] y Perú-El Salvador de 1996.[732]

Existe otra fórmula que, a nuestro juicio, constituye un error. Se trata de aquélla mediante la cual el «período de espera» no cuenta con un límite de duración. Siendo ello así, cabría preguntarse cuándo estoy apto para iniciar el arbitraje. No establecer un plazo máximo de período de trato amistoso generaría una discusión (más) entre las partes respecto de cuándo es que el demandante está apto para someter la controversia al mecanismo heterocompositivo de solución. Ejemplos de este proceder son los TBI: Perú-Tailandia de 1991,[733] Perú-Suiza de 1991[734] y Perú-Australia de 1995.[735]

Otro de los temas que concita interés es el del arbitraje de inversión como mecanismo de solución de controversias en los TBI. De los mecanismos de solución de controversias contemplados en estos instrumentos internacionales, en la práctica peruana encontramos que —sin duda— el arbitraje de inversión es el preponderante, siendo el Ciadi el foro más recurrido.

En este orden de ideas, apreciamos cláusulas que ofrecen como mecanismos de solución de controversias la autoridad competente del Estado receptor de la inversión (tribunales judiciales o administrativos, según corresponda), así como la conciliación y el arbitraje de inversión

[727] Artículo 10(2).
[728] Artículo 12(2).
[729] Artículo 8(2).
[730] Artículo 9(2).
[731] Artículo 9.
[732] Artículo 11(2).
[733] Artículo 10.
[734] Artículo 9(2).
[735] Artículo 13(2).

—además, claro está, del trato directo—. Así, cuando se opta por el arbitraje, se presentan distintas situaciones.

Los TBI pueden ofrecer, como primera opción, el acceso a la autoridad competente del Estado receptor de la inversión. La autoridad competente puede ser tanto un tribunal judicial como administrativo. De hecho, son la mayoría de TBI de la práctica peruana los que ofrecen como primera vía la autoridad competente. En relación con el arbitraje de inversión, el acceso a la autoridad competente puede constituirse como un requisito previo o vía de agotamiento previa para acceder al mecanismo arbitral. El único TBI que contempla esta fórmula es el TBI Perú-Suiza de 1991, el cual establece en sus artículos 9(2) y 9(3), lo siguiente:

> ARTÍCULO 9
> Solución de controversias entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante
>
> […]
> (2) Si estas consultas [es decir, el trato directo] no conducen a una solución, la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.
> (3) Si en un plazo de dieciocho meses no existe una decisión de los tribunales nacionales competentes sobre el fondo del asunto, o si existiendo tal decisión una de las partes en la controversia considera que la misma infringe una disposición del presente Convenio, la controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral *ad-hoc* […]. (El subrayado es nuestro).

En efecto, en este caso, la puerta de entrada al arbitraje es el haber accedido, primero, a las cortes nacionales, si y sólo si no hay una decisión al respecto en dieciocho meses o si ésta infringiera —a criterio de una de las partes— el TBI, quedaría abierta la posibilidad de ir al arbitraje.

Otra fórmula es la de, en efecto, prever el acceso a la autoridad competente del Estado receptor de la inversión, no siendo una vía previa, sino simplemente uno de los mecanismos disponibles, junto con la conciliación y el arbitraje de inversión. Son la mayoría de TBI los que presentan —con algunas variantes que los hacen distintos entre sí— esta alternativa. Por ejemplo, el artículo 7(3) del TBI Perú-Portugal de 1994 sostiene:

> Artículo 7
>
> […]
>
> 3. Como alternativa a lo previsto en el párrafo anterior [es decir, acceso a la autoridad competente del Estado anfitrión] el inversionista puede someter la controversia a arbitraje, por recurso, sea:
>
> a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrada [sic] en Washington el 18 de marzo de 1965 (Ciadi); o
>
> b) A un tribunal arbitral *ad-hoc* constituido de acuerdo a las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) […]. (El subrayado es nuestro).

Disposiciones similares pueden apreciarse en los TBI: Perú-Bolivia de 1993,[736] Perú-Paraguay de 1994,[737] Perú-Colombia de 1994,[738] Perú-Suecia de 1994,[739] Perú-Italia de 1994,[740] Perú-Argentina de 1994,[741] Perú-España de 1994,[742] Perú-Portugal de 1994,[743] Perú-Alemania de

[736] Artículo 11.
[737] Artículo 8.
[738] Artículo 12.
[739] Artículo 8.
[740] Artículo 9.
[741] Artículo 10.
[742] Artículo 9.
[743] Artículo 7.

1995,[744] Perú-Australia de 1995,[745] Perú-Venezuela de 1996,[746] Perú-El Salvador de 1996,[747] Perú-Ecuador de 1999,[748] Perú-Cuba del 2000[749] y Perú-Bélgica del 2005.[750]

Cabe mencionar que de todos los instrumentos internacionales en materia de inversión suscritos por el Perú, sólo el TBI Perú-Cuba del 2000[751] no prevé el arbitraje Ciadi, sino uno *ad-hoc*.

Finalmente, emparentado con la posibilidad de acudir a los tribunales competentes o al arbitraje de inversión, se encuentra la llamada «cláusula de elección de vías» o *fork in the road clause*, que tal como se ha expresado,[752] son cláusulas que ante la elección de tal o cual mecanismo (autoridad competente o arbitraje de inversión) no hay opción de cambio. Una vez elegida una vía, no existe posibilidad de acudir a la otra. Ejemplo de lo anterior es la cláusula contenida en el artículo 8(3) del TBI Perú-Cuba del 2000:

> Artículo 8
> Arreglo de Controversias entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante
>
> […]
>
> (3) Una vez que se haya sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al arbitraje internacional, bajo alguno de los foros indicados, la elección de tal procedimiento será definitiva. (El subrayado es nuestro).

---

744 Artículo 10.
745 Artículo 13.
746 Artículo 10.
747 Artículo 11.
748 Artículo 8.
749 Artículo 8.
750 Artículo 11.
751 Artículo 8.
752 Véase: numeral iii) de la Sección 6.2 del Capítulo ii del presente trabajo.

Disposiciones similares pueden apreciarse en los TBI: Perú-Colombia de 1994,[753] Perú-Argentina de 1994,[754] Perú-Venezuela de 1996,[755] Perú-El Salvador del 1996,[756] Perú-Ecuador de 1999,[757] Perú-Cuba del 2000[758] y Perú-Bélgica del 2005.[759]

En general, los resultados de la práctica peruana tanto a nivel de negociación de TBI como de arbitrajes de inversión, ha tenido como resultado una mejora de las disposiciones previstas en dichos instrumentos internacionales. Se pasó de TBI escuetos, generales y poco analíticos (TBI de primera generación) a aquéllos que desarrollan al detalle las figuras del arbitraje de inversión que a lo largo de este trabajo hemos estudiado, logrando reglamentar, clarificar, precisar y —por qué no decirlo— mejorar la calidad de instrumentos internacionales que suscribe nuestro país.

3. La experiencia peruana en el Ciadi

A la fecha de la elaboración de este trabajo, el Perú ha participado —directa o indirectamente— en dieciséis arbitrajes en el marco del Ciadi, casi la totalidad de ellos en condición de demandado (trece casos). A primera impresión, esta estadística podría brindarnos una visión negativa de nuestro país como anfitrión de IED; sin embargo, se maneja un promedio de casos interesante en relación con otros países de la región y del mundo. Además, tal como sostiene Santistevan de Noriega:[760]

---

753 Artículo 12.
754 Artículo 10.
755 Artículo 10.
756 Artículo 11.
757 Artículo 8.
758 Artículo 8.
759 Artículo 11.
760 Ponencia en el «III Congreso Peruano Internacional de Arbitraje. "Hacia la consolidación del Arbitraje"», llevado a cabo en Lima-Perú el 29 y 30 de abril de 2009. Esta afirmación, al 2015, podría seguir catalogándose de cierta.

> A la fecha, podemos decir que el balance peruano es bastante positivo, pues el Perú ha ganado la mayoría de los casos y las estrategias de defensa y la manera de litigar han venido perfeccionándose.

El comentario es valedero, no obstante que ciertos casos no pueden ser tomados como ciencias exactas, es decir, declarar que existe, claramente, un vencedor y un perdedor, mas sí referirnos en términos generales a una experiencia positiva o poco afortunada, siendo esta primera calificación de la que, como veremos, goza el Perú a través de su paso por el Ciadi en los siguientes arbitrajes:

En calidad de demandado:

3.1. Compagnie Minière Internationale Or S.A. vs. República del Perú

Registrado el 28 de octubre de 1998 como Caso Ciadi n.° ARB/98/6; tuvo como tribunal arbitral a: Ian Brownlie (Reino Unido), Presidente, Henri Álvarez (Canadá) y Keith Highet (EEUU). Éste fue el primer Arbitraje de Inversión en el que Perú participó en el Ciadi, cuyo consentimiento partió del TBI entre Perú y Francia de 1993.

Este caso, relacionado con un proyecto minero aurífero, concluyó sin un pronunciamiento sobre el fondo de la materia en controversia, debido al acuerdo al que arribaron las partes, por lo que el 23 de febrero de 2001 se declaró la conclusión de las actuaciones arbitrales, en lo que podríamos considerar la primera experiencia positiva del Perú en la arena del Arbitraje de Inversión.

3.2. Industria Nacional de Alimentos S.A. e Idalsa Perú S.A. (antes Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A.) vs. República del Perú

Registrado el 26 de marzo de 2003 como Caso Ciadi n.° ARB/03/4; tuvo como tribunal arbitral a: Thomas Buergenthal (EE.UU.), Presi-

dente, Jan Paulsson (Francia) y Bernardo M. Cremades (España). Ésta constituyó la segunda experiencia peruana en el Ciadi y tuvo como origen el consentimiento (supuestamente) contenido en el TBI entre Perú y Chile de 2000.

Los demandantes (en adelante, Lucchetti) eran propietarios de una fábrica situada en las cercanías de una zona ambientalmente protegida. A través de la Municipalidad de Lima, entre 1997 y 1998, se anularon los permisos obtenidos por Lucchetti; no obstante, dicha empresa acudió al Poder Judicial para obtener los permisos de construcción y funcionamiento. Tras su operación por dos años, la Municipalidad de Lima dispone la clausura y demolición de la fábrica, tras hacerse públicos unos vídeos en los cuales se mostraban reuniones entre los directivos de la empresa y Vladimiro Montesinos, exjefe de facto del Servicio de Inteligencia del Perú, y en donde ambas partes se prometían apoyo e influenciar en los magistrados del Poder Judicial, respectivamente.

Ocurrido lo anterior, Lucchetti registró la solicitud de arbitraje sobre la base del TBI entre Perú y Chile, vigente en días anteriores al cierre de la fábrica por parte de la Municipalidad de Lima. Lucchetti sostuvo que el Perú había violado dicho instrumento internacional al no brindar las protecciones que éste ofrecía para garantizar las inversiones en el territorio de los países contratantes, el trato justo y equitativo que se le debía proporcionar a éstas y a los propios inversionistas, así como la protección en caso de expropiación.

Por su parte, el Estado peruano planteó una contienda a la jurisdicción del tribunal arbitral, argumentando:

(i) Incompetencia *ratione temporis*, pues el TBI invocado por el inversionista no aplicaba para las controversias surgidas antes de su vigencia.

(ii) La controversia presentada ante el Ciadi ya había sido anteriormente sometida al Poder Judicial peruano por el propio inversionista, lo cual atentaba contra la cláusula *fork in the road* prevista en dicho instrumento.

(iii) Incompetencia *ratione materiae*, pues el TBI sólo protege las inversiones realizadas de acuerdo con las disposiciones legales de la parte contratante, lo cual no habría sido respetado por Lucchetti.

Estos cuestionamientos, a la luz de los argumentos sostenidos tanto por Lucchetti como por el Perú, significaban un extenso y prolijo debate no sólo para las partes en contienda, sino para el Derecho Internacional de las Inversiones, sobre todo por el tercer punto antes mencionado, que no es poco común en ciertas controversias en materia de inversiones. Sin embargo, el tribunal arbitral del caso Lucchetti se pronunció únicamente sobre el cuestionamiento *ratione temporis*, determinando no tener competencia para conocer el fondo de la controversia, pues ella se inició con anterioridad a la vigencia del TBI invocado por el inversor para acudir al Ciadi.

Para llegar a tal conclusión, a través de su Laudo sobre Jurisdicción del 7 de febrero de 2005, el tribunal arbitral practicó un test, el cual ya ha sido referido en ciertos casos como «El test Lucchetti» o «*Lucchetti test*». Básicamente, el colegiado manifestó que para comprobar si un hecho constituía o no la misma controversia, se debe:

(i) Establecer en qué medida los hechos que son la causa real de dos controversias difieren entre sí o si son idénticos;

(ii) Examinar si ambas controversias tienen identidad de objeto;

(iii) Examinar si los hechos o consideraciones que dieron origen a la controversia anterior han seguido ocupando lugar en la controversia ulterior.

Esta decisión fue llevada a un procedimiento de anulación de laudo Ciadi, registrándose el 1 de julio de 2005 y conformándose el siguiente Comité *Ad- Hoc*: Hans Danelius (Suecia), Presidente, Andrea Giardina (Italia) y Franklin Berman (Reino Unido), quien emitió una decisión en discordia.

En su laudo, en mayoría, del 5 de septiembre de 2007, el Comité *Ad-Hoc* confirmó la decisión emitida por el tribunal arbitral, manifestando que éste no se había extralimitado en sus funciones, sino que realizó un análisis adecuado de la excepción *ratione temporis*, señalando que las causales de anulación de un laudo Ciadi son específicas y ni siquiera si las razones invocadas en el aquél fueran erróneas podría dejarse sin efecto tal decisión; disponiendo —al igual que el tribunal arbitral— que cada parte asuma sus costos que tanto el arbitraje inicial y como el procedimiento de anulación generaron.

De esta manera el caso concluyó con lo que podríamos identificar como una experiencia positiva para el Perú.

3.3. Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. vs. República del Perú

Registrado el 24 de octubre de 2003 como Caso Ciadi n.° ARB/03/28, tuvo como Tribunal Arbitral a: Yves Fortier (Canadá), Presidente, Guido Santiago Tawil (Argentina) y Pedro Nikken (Venezuela). Éste fue el primer caso cuyo consentimiento para someterse al Ciadi partió de un CEJ.

La controversia versó sobre una acotación formulada por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), que Duke Energy consideró discriminatoria y atentatoria contra su derecho de libre transferencia de fondos, señalando que dicho organismo estatal violaba el CEJ que le brindaba estabilidad tributaria.

La controversia tuvo como antecedente la suscripción de cuatro CEJ entre Dominion y el Perú, destinados a conceder garantías y estabilidad jurídica en la adquisición del 60% de Egenor, en el marco de una de las privatizaciones en nuestro país, paquete de acciones que fue adquirido con posterioridad por Duke Energy, aumentando su accionariado al adquirir el 30 % en la bolsa y 10 % de los trabajadores de la empresa.

Por su parte, el Estado peruano planteó una contienda a la jurisdicción del tribunal arbitral, argumentando:

(i) Incompetencia *ratione materiae*, sosteniendo que la inversión protegida por el CEJ suscrito por Duke Energy no era la misma inversión que la que había dado origen a la controversia de fondo, la cual había iniciado antes de la suscripción del CEJ.

(ii) Incompetencia *ratione personae*, sosteniendo que la persona protegida por el CEJ celebrado no coincidía con la persona afectada por la acotación tributaria.

(iii) Incompetencia *ratione temporis*, pues la cláusula de arbitraje contenida en el CEJ suscrito el 24 de junio de 2004 no facultaba al tribunal arbitral a conocer retroactivamente la controversia referida a hechos que ocurrieron antes.

Fue este último extremo sobre el cual el tribunal arbitral concentró su fundamentación en su decisión sobre jurisdicción del 1 de febrero de 2006. Para el colegiado se tenía que hacer distinción entre las cuestiones de hecho que componen la controversia y el momento en que ésta surge como cuestión jurídica —calificación relevante para la competencia en los arbitrajes Ciadi—. Así, concluyó que el momento decisivo es:

> […] el momento en que surge entre las partes la diferencia de naturaleza jurídica y no el momento en que tuvieron lugar las cuestiones de hecho en las que se basa la diferencia. [761]

En el caso concreto, para el tribunal arbitral la controversia de naturaleza jurídica no surgió con los actos de fiscalización de la Sunat a Egenor (adquirida por Duke Energy), sino con el requerimiento de pago de USD 48'000,000.00, lo que ocurrió con posterioridad al CEJ suscrito por la demandante el 24 de julio de 2001.

Lo que llamó la atención en tal decisión sobre jurisdicción, además, fue que el concepto de inversión se obtuvo del Derecho Internacional de las Inversiones, concepto válido sólo en principio, no a la luz de considerar que nos encontrábamos ante un caso cuyo consentimiento partía de un CEJ y no de un acuerdo internacional de inversión.

Tal como comentan Kundmüller y Loredo:[762]

> […] lo primero que llama la atención de la Decisión sobre Competencia es que no ha sido resuelta sobre la base de la legislación peruana —como era previsible en el marco del artículo 42 del Convenio Ciadi— sino en función de los precedentes establecidos por otros tribunales arbitrales Ciadi y a la luz de normas y principios de orden internacional.

Así, el tribunal arbitral entiende que el proceso de privatización conllevó una serie de actos que, como unidad, pueden ser considerados como inversión, no considerando que la intención de las partes fue, en

---

761 *Duke Energy International Perú Investments n.° 1, Ltd. vs República del Perú*. Caso Ciadi n.° ARB/03/28. Laudo sobre jurisdicción del 1 de febrero de 2006, párrafo 148 (traducción libre).

762 kundmüller, Franz y Álvaro Loredo. «Las sorpresas de la decisión sobre competencia en el procedimiento de arbitraje entre Duke Energy International Peru Investments n.° 1 LTD. (demandante) y la República del Perú (demandado)». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna, 2007, n.° 5, p. 374.

realidad, que el concepto de inversión no debía regirse por el TBI, sino por la fuente primigenia de la relación de inversión establecida entre las partes: el CEJ y la ley peruana, tal como correspondía.

Llama la atención, asimismo, la utilización del criterio de «unidad de la inversión» para la decisión sobre competencia, siendo que éste ha sido invocado por los tribunales arbitrales Ciadi para resolver cuestiones de fondo.

Expresado lo anterior, el 24 de diciembre de 2008, el Perú presentó su recurso de anulación de laudo, cuyo Comité *Ad-Hoc* lo integraron: Campbell Alan McLachlan (Nueva Zelanda), Presidente, Dominique Hascher (Francia) y Peter Tomka (Eslovenia). Básicamente, el Perú solicitó la anulación de laudo por la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal arbitral, concerniente con su decisión sobre jurisdicción y sus enfoques *ratione materiae* y *ratione temporis*, así como una indebida aplicación del CEJ.

Por su parte, a través de su Decisión sobre Anulación, el Comité *Ad-Hoc* se pronunció al respecto, desestimando el recurso formulado por el Perú —entre otras razones— porque el tribunal arbitral no realizó prejuzgamiento del fondo, sino una determinación acerca de si le correspondía o no conocer el fondo de ésta en su decisión sobre jurisdicción. Asimismo, el Comité *Ad-Hoc* sostuvo que el tribunal arbitral tampoco excedió sus poderes; no sólo tuvo en consideración el Derecho internacional al interpretar el convenio arbitral que le dio competencia, sino también la legislación peruana, que incluso utilizó para referirse al concepto de inversión en el marco del CEJ. Finalmente, el Comité *Ad-Hoc* manifestó que el tribunal arbitral sí motivó su laudo; disponiendo, asimismo, que Perú cubra todos los costos del Ciadi en relación con el procedimiento de anulación, lo que significó la conclusión del caso y la primera derrota del Perú en el ámbito del Arbitraje de Inversión en el marco del Convenio Ciadi.

3.4. Aguaytía Energy, LLC. vs. República del Perú

Registrado el 17 de julio de 2003 como Caso Ciadi n.° ARB/06/13, tuvo como tribunal arbitral a: Robert Briner (Suiza), Presidente, William Rowley (Reino Unido-Canadá) y Claus von Wobeser (México). Éste fue el segundo caso Ciadi proveniente de un consentimiento a dicho foro contenido en un CEJ que, como demandado, le tocó afrontar al Perú.

Se trata de la controversia surgida en el marco de un contrato de concesión de transmisión eléctrica, el cual se blindó a través de la celebración de un CEJ. Aguaytía formuló tres reclamaciones en las que —sostuvo— se le trató con discriminación.

La particularidad del presente caso es que, por primera vez, el Perú no cuestionó la jurisdicción del Ciadi, sino que asumió un bloque de defensa directamente en la etapa de fase de méritos. Esto, según Tovar Gil y Ferrero Costa,[763] se debió a que el Estado peruano buscó demostrar que no hubo ninguna discriminación en perjuicio de Aguaytía y que, además, todo análisis por parte del tribunal arbitral debía limitarse a examinar si se había cumplido o no con la obligación contractual en el marco del CEJ, es decir, si se había estabilizado la legislación, según dicho instrumento. Así, «…el planteamiento integral del caso permitió al tribunal conocer con todo detalle el marco legal integral vigente en la República del Perú y ver la consistencia de su política de inversiones…».[764]

El Perú sostuvo que la reclamación del inversor no tenía fundamento, pues no cabía asimilar la situación de la línea de transmisión de Aguaytía a la de las demás, no configurándose discriminación por

---

763 Tovar Gil, María del Carmen. «Defensa del Estado y Defensa del Inversionista». Ponencia presentada en el «III Congreso Peruano Internacional de Arbitraje». Lima, 29 y 30 de abril de 2009.

764 *Idem*.

un trato diferenciado en situaciones que no eran equivalentes desde ninguna perspectiva.

Este caso presenta una línea comparativa respecto del ya comentado caso Duke Energy, pues al igual que en el anterior, el tribunal arbitral, a través de su laudo del 18 de agosto de 2008, interpretó que la competencia adquirida como consecuencia de un consentimiento proveniente de un CEJ estaba circunscrita a si el Estado anfitrión de la inversión había cumplido o no con la función principal de aquellos instrumentos: la estabilización de la legislación al momento de suscripción del contrato con el inversor. No obstante, la línea comparativa deja las similitudes al proseguir el análisis, pues el tribunal arbitral del caso Duke sostuvo que la violación de un CEJ no sólo se perpetraba cuando se modificaba y aplicaba una nueva legislación al inversor cubierto por un CEJ, sino cuando se aplicaban sus cláusulas de manera irrazonable o arbitraria.

El correcto alejamiento del criterio adoptado en el caso Duke por parte del tribunal arbitral del caso Aguaytía tiene su fundamento en que no confundió la función de un CEJ con el marco de inversiones del Perú. Así, no extendió los efectos del Decreto Legislativo n.° 662, Ley de Promoción de la Inversión Extranjera, a los efectos que aquel acuerdo de estabilización realmente concedía al inversor, pues se debía tener en consideración que la principal fuente para determinar los alcances del CEJ estaba en lo dispuesto en el propio instrumento.

El caso concluyó con un laudo categóricamente favorable para la República del Perú, denegando las pretensiones contenidas en la demanda formulada por Aguaytía, condenado a tal empresa a correr con los costos administrativos del Ciadi de ambas partes. El inversor no solicitó la anulación del laudo, con lo cual ésta podría considerarse como la tercera victoria peruana en un arbitraje de inversión ante el Ciadi

3.5. Tza Yap Shum vs. República del Perú

Registrado el 12 de febrero de 2007 como Caso Ciadi n.° ARB/07/6, tuvo como tribunal arbitral a: Judd L. Kessler (Estados Unidos), Presidente, Hernando Otero (Colombia) y Juan Fernández-Armesto (España).

Se trata de la controversia surgida entre el ciudadano chino Tza Yap Shum y el Estado peruano, producto de acotaciones realizadas por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) a la empresa en la cual había invertido dicho ciudadano, TSG Perú SAC. La controversia se amparó en el TBI suscrito entre Perú y China en 1994, constituyéndose en el tercer caso en el que el Estado peruano fue demandado ante el Ciadi sobre la base de uno de estos instrumentos internacionales.

Tza Yap Shum demandó al Estado peruano, entre otros, por supuestas brechas a los estándares de protección TJE, LTF y, fundamentalmente, PCE, como consecuencia de acotaciones emitidas por la Sunat. La defensa peruana cuestionó que el ciudadano chino llevara al Ciadi su reclamación, en tanto éste no habría sido un inversionista cubierto por la protección del mencionado TBI. Asimismo, sostuvo que no hubo inversión con anterioridad al surgimiento de la disputa y que ésta no fue, *prima facie*, sometida como reclamo de expropiación. Finalmente, que el Estado peruano no había otorgado su consentimiento para someter el asunto a arbitraje.

En cuanto a la invocación del demandante del TNM, el tribunal arbitral estimó que nada hacía concluir que las disposiciones del TBI Perú-China permitían extender la cláusula de jurisdicción a cuestiones distintas de las relacionadas directamente con eventuales expropiaciones, pues ella no había sido la inicial intención de las partes al suscribir dicho instrumento.

La materia fundamental de discusión en la polémica decisión sobre jurisdicción del tribunal arbitral y por la cual éste se declaró competente para conocer la controversia, fue la relacionada con el estándar de PCE. La tesis fundamental del Perú fue sostener que el artículo 8.3. del TBI Perú-China no permitía al colegiado decidir sobre si existe o no expropiación; ello, en virtud de que sólo tendría acceso a pronunciarse sobre el monto de la eventual compensación.

En efecto, el referido artículo 8 del TBI Perú-China parece ser claro, al establecer lo siguiente:

> 1. Cualquier controversia entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativa a una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, resuelta amigablemente, a través de negociaciones entre las partes de la controversia.
> 2. Si la controversia no se puede resolver a través de negociaciones dentro de un plazo de seis meses, cualquier parte de la controversia podrá someter la misma al tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión.
> 3. Si una controversia que involucra el monto de compensación por la expropiación no puede ser resuelta dentro de un plazo de seis meses después de recurrir a negociaciones según se especifica en el párrafo 1 de este Artículo, ésta puede ser sometida, a solicitud de cualquiera de las partes, al arbitraje internacional del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) […] Cualquier controversia relativa a otros asuntos entre un inversionista de cualquier Parte Contratante y la otra Parte Contratante puede ser sometida al Centro si las partes en la controversia así lo acuerdan […]. (El subrayado es nuestro).

Lo que en primeros términos se desprende del texto del tratado es que cualquier controversia entre un inversionista y uno de sus estados Contratantes debe ser resuelta por la vía amistosa (artículo 8.1.) y que, en caso no haya sido así, ésta se someta —como regla— a los tribunales

del Estado receptor de la inversión (artículo 8.2.). Sin embargo, establece una excepción: que si una controversia "que involucra el monto de compensación por la expropiación" no puede ser resuelta por vía de negociación, ésta podrá ser sometida al Ciadi (primera parte del artículo 8.3.). Establece también que «cualquier otra controversia» (es decir, distinta de las que involucran el monto de compensación) entre un inversionista y el Estado receptor de la inversión, podrá también ser sometida al Ciadi si y sólo si las partes de la controversia así lo acuerdan (segunda parte del artículo 8.3.).

Sin embargo, para el tribunal arbitral, la palabra «involucrar» —según su interpretación del referido TBI— implicaba que la controversia, para poder ser resuelta en el Ciadi, debía «incluir» la determinación de un monto de compensación y no que se circunscriba a aquélla. Es decir, al contrario de lo planteado por el Perú respecto de que sólo se podían tratar «montos de compensación por expropiación», el tribunal arbitral sostuvo que tal premisa no sólo implicaba el monto en sí, sino todo lo que estuviera relacionado con ello, con lo cual se abrió la posibilidad de tratar —a discreción de ese colegiado— materias «conexas». Este razonamiento fue esgrimido por el tribunal arbitral sobre la base de dos ideas fundamentales: (i) una cláusula de solución de controversias demasiado restrictiva, sería contraria a la promoción de las inversiones, fin que persigue todo TBI; (ii) una interpretación restrictiva originaría que los inversionistas no puedan acudir jamás al arbitraje.

Al respecto, es oportuno resaltar lo expresado por Tovar Gil:[765]

> El problema es entonces cómo aborda el tribunal lo que es objeto y fin y el contexto del Tratado. El objeto del Tratado no es otorgar acceso a arbitraje internacional. El objeto del Tratado

[765] Tovar Gil, María del Carmen. «Comentarios a la decisión sobre jurisdicción y competencia en el caso planteado ante un tribunal Ciadi contra la República del Perú por el Sr. Tza Yap Shum». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna, 2010, n.° 10, p. 183.

> es promover las inversiones. La promoción de las inversiones se hace en la forma como los estados parte mejor lo consideren y como establezcan en el Tratado […].

En efecto, un aspecto que no siempre es tenido en consideración por ciertos tribunales arbitrales —sobre todo, cuando se trata de ponderar el estándar de TNMF— es que las partes de un tratado celebran un acuerdo en función de sus intereses y necesidades, las cuales responden a realidades determinadas, sobre todo en materia económica.

En este orden de ideas, el tribunal arbitral del caso comentado no tuvo en consideración que el instrumento suscrito por Perú y China correspondía a una época en la que ésta última se mostraba poco permeable con mecanismos alternativos a su justicia ordinaria, tal como lo es el Arbitraje. Basta con una revisión de los TBI suscritos por China en la época en que se celebró el tratado con Perú, para darse cuenta de esta ineludible verdad. Por ello, efectuar una interpretación amplia del TBI Perú-China no se condice con el contexto en el que éste fue suscrito, ni con la intención que las partes tuvieron en aquel entonces.

Hay que agregar, asimismo, que no todos los TBI pueden mirarse a través del mismo cristal, máxime si éste, incluso, carece de ciertos estándares de protección. Tal como agrega, al respecto, la citada autora:

> Se podrá debatir sobre la efectividad, pero eso no da pie para inferir pistas que permitan a los árbitros adecuar el texto del tratado a concepciones particulares sobre qué atrae y qué no atrae inversiones. Sería incorrecto pues afirmar que todo tratado de inversiones debe necesariamente incluir todas las garantías ofrecidas por el derecho internacional.[766] (El subrayado es nuestro).

En resumen, la interpretación realizada por el tribunal arbitral, consideramos, fue demasiado amplia, provocando que el término «incluye»

---

[766] Tovar Gil, María del Carmen. «Comentarios a la decisión…». *Op. cit.*, p. 189.

o «involucra» no limite las controversias que pueden ser llevadas al Ciadi, a *contrario sensu* de lo que quisieron prever las partes.

Cabe mencionar que en la etapa de méritos, a través del laudo emitido el 7 de julio de 2011, el colegiado halló responsable a la República del Perú, considerando que las acotaciones y medidas tomadas por la Sunat contra las cuentas del inversor chino fueron arbitrarias y constituyeron medidas equivalentes a expropiación (expropiación indirecta), disponiendo que cada parte asuma sus propios costos administrativos ante el Ciadi y los irrogados por su defensa.

Expresado lo anterior, el 9 de noviembre de 2011, el Perú presentó su recurso de anulación de laudo, cuyo Comité *Ad-Hoc* lo integraron: Dominique Hascher (Francia), Presidente, Donald McRae (Canadá-Nueva Zelanda) y David Williams (Nueva Zelanda). Este Comité *Ad-Hoc* fue reconstituido dos veces, como consecuencia de la renuncia de sus miembros, quedando finalmente constituido de la siguiente manera: Dominique Hascher (Francia), Presidente, Donald McRae (Canadá-Nueva Zelanda) y Kaj Jobér (Suecia).

Básicamente, el Perú solicitó la anulación de laudo porque —entre otros argumentos— el tribunal arbitral habría extralimitado manifiestamente sus facultades, no habría motivado su decisión y habría violado gravemente una norma fundamental de debido proceso. Así, como ya se ha mencionado, el Perú sostuvo que el TBI materia de interpretación sólo concedía la posibilidad de que en el presente arbitraje Ciadi se discutiera «el monto de compensación por la expropiación», tal como expresaba dicho instrumento internacional. Al ignorar esa disposición, el tribunal arbitral habría excedido sus facultades. A ello se aunó que dicho colegiado habría ignorado la opinión de los negociadores del TBI (tanto chinos como peruanos) que manifestaron que las partes contratantes, en su oportunidad, pretendieron, por política internacional, limitar la jurisdicción del Ciadi.

Por su parte, a través de su Decisión sobre Anulación del 12 de febrero de 2015, el Comité *Ad-Hoc* se pronunció al respecto, desestimando el recurso formulado por el Perú —entre otras razones— porque el tribunal arbitral tenía la facultad de interpretar el TBI en análisis; siendo que aun cuando éste se haya equivocado al interpretarlo, ello no habría alcanzado el estándar de «manifiesto» exceso de facultades, requerido por la correspondiente causal de anulación prevista en el Convenio Ciadi,[767] ya que la labor del referido comité no tenía como tarea encontrar «la mejor interpretación», sino verificar que el tribunal arbitral haya emitido una decisión razonada y, por tanto, no arbitraria. Manifestando, además, que el tribunal arbitral sí motivó su decisión, el Comité *Ad-Hoc,* rechazó la solicitud de anulación en su totalidad y dispuso que el Perú cubra el 80 % de todos los costos administrativos del Ciadi en relación con el procedimiento de anulación, lo que significó la conclusión del caso y la segunda derrota del Perú en el ámbito del Arbitraje de Inversión en el marco del Convenio Ciadi.

3.6. Convial Callao S.A. y CCI-Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs. República del Perú

Registrado el 2 de febrero de 2010 como Caso Ciadi n.° ARB/10/2; tuvo como tribunal arbitral a: Yves Derains (Francia), Presidente, Eduardo Zuleta (Colombia) y Brigitte Stern (Francia). Éste constituye el cuarto caso en el cual se demandó al Perú sobre la base de un acuerdo internacional sobre inversiones, específicamente, el TBI Perú-Argentina de 1994.

El caso se originó por la construcción de un peaje e implementación de un tramo vial cercano al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, producto de un contrato de concesión suscrito por Convial (sociedad

[767] Es interesante destacar que el Comité *Ad-Hoc*, inteligentemente, fundamentó parte de su decisión en pronunciamientos relacionados con casos en los cuales intervino el Perú, en búsqueda —creemos— de una suerte de legitimación.

conformada, para efectos del contrato de concesión, por las demandantes) y la Municipalidad Provincial del Callao (MPC).

En su defensa, el Perú cuestionó la competencia del tribunal arbitral para conocer de la controversia por argumentos *ratione materiae, personae* y *voluntatis*. Asimismo, rechazó las imputaciones de los demandantes, quienes alegaron que el Estado peruano habría violado varios estándares de protección contemplados en el TBI objeto de análisis, tales como PCE, TJE, medidas injustificadas o discriminatorias, PPS, TNM, entre otros.

Mientras que las demandantes sostuvieron que la MPC no colaboró con el contrato, el Perú manifestó que Convial sólo buscaba sustraerse de sus compromisos a través de imputaciones sobre supuestas violaciones al TBI en análisis. Asimismo, el Estado peruano argumentó que Convial no realizó una verdadera inversión (o, en su caso, que ella era nula) en el marco del Convenio Ciadi, en tanto nunca cumplió con todas sus prestaciones y no realizó su inversión «de conformidad con las leyes y reglamentaciones» del país, tal como lo disponía el artículo 1(1) del TBI Perú-Argentina.

A través del laudo del 21 de mayo de 2013, el tribunal arbitral se pronunció tanto sobre los cuestionamientos a su competencia como sobre la materia de fondo discutida por las partes. Así, el colegiado se declaró competente para conocer de los méritos del caso, en tanto la inversión sí existió; prueba de ello fue que la MPC no declaró la nulidad del contrato, sino la caducidad, lo que implicaba la existencia de dicho acto jurídico, que luego se dejó sin efectos. Asimismo, manifestó que no habría habido fraude en la licitación, ya que la propia conducta del Estado peruano así lo demostró al otorgar la buena pro, siendo que tampoco se logró demostrar la existencia de fraude o mala fe. A ello se sumó la calificación como inversión del proyecto, no sólo por su aporte al Estado peruano, sino por la duración que éste tenía previsto.

En cuanto a los méritos del caso, el tribunal arbitral manifestó que la decisión de declarar la caducidad por parte de la MPC no constituyó una facultad exorbitante del Estado, un *acta iuris imperii*, sino un remedio contractual, expresamente previsto —y, por tanto, pactado— en dicho instrumento. Asimismo, afirmó que no había habido presión política, sino que, al contrario, las autoridades ediles habían esperado las conclusiones de la Contraloría General de la República para, sobre esa base, tomar las medidas legales correspondientes, con lo cual, en conjunto, no se habían violado ni la PCE ni la PPS. En relación con el TJE, el tribunal arbitral fue categórico al manifestar que la protección de meras expectativas contractuales no podía ser garantizada por tal estándar de protección internacional, no hallando, tampoco, elemento soberano que haya frustrado las expectativas legítimas de Convial; tampoco que se le haya discriminado.

En virtud de lo expuesto, el tribunal arbitral rechazó las pretensiones de Convial, declarando que el Perú no violó el TBI vinculado a la controversia, condenando a dicho concesionario al pago de las costas en las que incurrió el Estado peruano en su defensa, estimadas en poco más de USD 2'000.000.00. El inversor no solicitó la anulación del laudo, con lo cual ésta podría considerarse como la cuarta victoria peruana en un Arbitraje de Inversión ante el Ciadi.

3.7. Renée Rose Levy de Levi vs. República del Perú

Registrado el 20 de julio de 2010 como Caso Ciadi n.° ARB/10/17; este arbitraje tuvo como tribunal arbitral a: Rodrigo Oreamuno (Costa Rica), Presidente, Bernard Hanotiau (Bélgica) y Joaquín Morales Godoy (Chile). Constituyó el quinto caso en el que se demandó al Estado peruano sobre la base de un acuerdo internacional sobre inversiones, específicamente, el TBI Perú-Francia de 1993.

En este caso, la señora Levy alegó una irregular y arbitraria intervención, disolución y liquidación del entonces Banco Nuevo Mundo

(BNM) por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS). Básicamente, la demandante sostuvo que el Perú había violado los estándares de TJE, TN, PPS, PCE y que había sido sujeta a discriminación por parte del Estado peruano.

En su defensa, el Perú cuestionó la competencia del Tribunal Arbitral para conocer de la controversia por argumentos *ratione personae* y *materiae*. Asimismo, rechazó las imputaciones de los demandantes, respecto de las supuestas brechas a los estándares de protección del TBI materia de análisis.

A través del laudo, en mayoría, del 26 de febrero de 2014, el tribunal arbitral se pronunció tanto sobre los cuestionamientos a su competencia como sobre la materia de fondo discutida por las partes. Así, el colegiado se declaró competente para conocer de los méritos del caso, en tanto la señora Levy acreditó su nacionalidad francesa, manifestado, además, que el hecho de que ella cuente con otras nacionalidades, no bloquea la protección que el TBI Perú-Francia le pudiera proveer. Asimismo, el colegiado manifestó que la inversión realizada por la señora Levy, en efecto, calificaba como tal a la luz del Convenio Ciadi y el propio TBI, siendo una inversión acorde con la legislación peruana en materia bancaria, como lo acreditó la SBS al autorizar las operaciones del BNM. En relación con su cuestionamiento sobre un posible *treaty shopping* o «abuso del proceso», el tribunal arbitral manifestó que el Perú no logró acreditar la mala fe de la demandante, precisando, además, que la transferencia de acciones realizada en su oportunidad por miembros de la familia Levy hacia la demandante ocurrió cinco años antes de que ella acuda al Ciadi, por lo que no se podía determinar que haya «manufacturado jurisdicción», como arguyó el Estado peruano, por lo que rechazó cada uno de los cuestionamientos realizados con el fin de que el tribunal arbitral no conozca el fondo de la controversia.

En cuanto a los méritos del caso, el tribunal arbitral manifestó que el Perú no quebró el TJE, en tanto la SBS cumplió con sus funciones,

realizando las labores de supervisión para garantizar la estabilidad del sistema financiero, al punto que el BNM no reclamó por las sanciones que se le impusieron en su oportunidad. Asimismo, concluyó que la señora Levy no acreditó en el arbitraje que la SBS y/o el Estado peruano hayan actuado de mala fe, teniendo como objetivo que el BNM pierda su cartera de clientes, hostigándolo e induciéndolo a la insolvencia. La señora Levy tampoco acreditó que la decisión del Banco Central de Reserva (BCR) de no otorgar el préstamo solicitado por el BNM haya sido arbitraria, ya que dicha entidad debía solicitar garantías para ello, con lo cual el BNM no cumplió.

De otro lado, en relación con el TN, el tribunal arbitral no halló forma de comparar la posición del demandante respecto de la de otros bancos, pues ello no había sido acreditado con las pruebas aportadas. Asimismo, sostuvo que no hubo violación de la PPS ni denegación de justicia, pues el BNM pudo, en su oportunidad, recurrir lans resoluciones de la SBS desfavorables para sus intereses, contando el Perú, a través de sus órganos jurisdiccionales, con remedios para ello, precisando que su función como colegiado no es la de conocer de apelaciones a las sentencias dictadas en tal fuero.

Finalmente, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que la intervención en el BNM fue necesaria, pues éste incumplió constantemente sus obligaciones en el marco del sistema financiero. Más aún: sobre la base de los informes contables de los peritos, se constató que el BNM presentó problemas financieros aún más álgidos que los señalados en su oportunidad, constatándose con ello que no era un banco solvente, por lo que la intervención de la SBS fue lícita, justificada e inevitable.

En virtud de lo expuesto, el tribunal arbitral se declaró competente para resolver la controversia, pero en la etapa de méritos rechazó las pretensiones de la señora Levy, declarando que el Perú no violó el TBI vinculado a la controversia, mas no concedió a dicho Estado la indemnización por daño moral que reclamaba; tampoco la que solicitó la de-

mandante, disponiendo que cada parte asuma todos sus propios gastos del arbitraje.

Expresado lo anterior, el 15 de agosto de 2014, la señora Levy presentó su recurso de anulación de laudo. El Comité *Ad-Hoc* lo integraron: John Townsend (EE.UU.), Presidente, Andreas Bucher (Suiza) y Hi-Taek Shin (Korea). Sin embargo, a solicitud de la propia demandante, el 24 de septiembre de 2014 se declaró la terminación de las actuaciones arbitrales, con lo cual ésta podría considerarse como la sexta victoria peruana en un Arbitraje de Inversión ante el Ciadi.

3.8. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. vs. República del Perú

Registrado el 15 de abril de 2011 como Caso Ciadi n.° ARB/11/9; tuvo como tribunal arbitral a: Luiz Olavo Baptista (Brasil), Presidente, Alexis Mourre (Francia) y Horacio Grigera Naón (Argentina). Éste constituyó el primer caso en el que se demandó al Estado peruano sobre la base de convenios arbitrales contenidos en contratos de concesión no sujetos a regímenes como el de un CEJ, es decir, una controversia puramente contractual.

En este caso, que atañe el sector de transmisión eléctrica, Caravelí solicitó al Estado peruano que contemple medidas que sigan haciendo viable su inversión en sus contratos de concesión, pues la crisis internacional previa al surgimiento de la controversia —según alegó— le había ocasionado fuertes daños económicos. Así, solicitó como pretensión —entre otras— la declaración de la excesiva onerosidad de la prestación.

Por su parte, el Estado peruano —que por segunda vez en todos sus casos concluidos con un pronunciamiento sobre jurisdicción o de fondo, no cuestionó la competencia del tribunal arbitral— arguyó no sólo que no había habido excesiva onerosidad en la prestación, sino que el derecho de Caravelí en ese sentido había caducado.

A través del laudo, en mayoría, del 15 de abril de 2013, el tribunal arbitral se pronunció declarando que, para el momento en el que Caravelí sostuvo que el retorno de su inversión no era el mismo que cuando realizó su oferta para el proyecto y, por tanto, se encontraba en imposibilidad de asumir sus compromisos, la crisis financiera alegada (que le impidió acceder a préstamos para el financiamiento del proyecto) ya había reducido sus efectos a niveles relativamente normales. Asimismo, declaró que, sobre la base del contrato, era responsabilidad de Caravelí conseguir financiamiento (ya sea propio o a través de terceros) para el proyecto —con lo cual, finalmente, no cumplió— y que el Estado peruano no estaba obligado a respaldarlo económicamente para tales efectos. Por último, declaró que al no haberse ajustado al supuesto previsto en el Código Civil peruano, el derecho de Caravelí de invocar la excesiva onerosidad en su prestación ya había caducado; condenando a la demandante a que pague los costos en los que incurrió el Estado peruano en su defensa, estimados en poco más de USD 3'000.000.00. El inversor no solicitó la anulación del laudo, con lo cual ésta podría considerarse como la sexta victoria peruana en un Arbitraje de Inversión ante el Ciadi.

Cabe mencionar que —entre otros asuntos relacionados con empresas vinculadas— la forma del pago de la condena contra Caravelí en el marco del presente arbitraje fue materia de una transacción entre las partes.

3.9. Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. vs. República del Perú

Registrado el 24 de junio de 2011 como Caso Ciadi n.° ARB/11/17; tuvo como tribunal arbitral a: Gabrielle Kaufmann-Kohler (Suiza), Presidente, Eduardo Zuleta (Colombia) y Raúl Vinuesa (Argentina). Éste constituye el sexto caso en el cual se demandó al Perú sobre la base de un acuerdo internacional sobre inversiones, específicamente, el TBI Perú-Francia de 1993.

La controversia de este caso gira en torno de la declaración de intangibilidad realizada por el Instituto Nacional de Cultura (INC) sobre la zona llamada «Morro Solar» y terrenos adyacentes, dentro de los cuales se encontraban los de propiedad de Gremcitel (cuyo control recaía sobre la señora Levy), adquiridos a través de una licitación pública internacional convocada por la Municipalidad de Chorrillos, a efectos de llevar a cabo un proyecto inmobiliario.

En este caso, la señora Levy alegó que, entre otros actos del Estado, la emisión de la Resolución n.° 1342/INC por parte del INC consagró una violación del TJE por parte del Perú, al haber frustrado las legítimas expectativas de Gremcitel, al no actuar de forma transparente, mostrando una conducta contradictoria y errática, así como al haber ejercido una supuesta coerción o acoso a dicho inversionista.

En su defensa, el Perú cuestionó la competencia del tribunal arbitral para conocer de la controversia por argumentos *ratione personae* y *ratione temporis*, oponiéndose al ejercicio de aquélla por la existencia de un «abuso procesal». Perú también rechazó las imputaciones de los demandantes, respecto de la supuesta violación al estándar de protección del TBI materia de análisis.

A través del laudo del 9 de enero de 2015, el tribunal arbitral se pronunció sobre los cuestionamientos a su competencia discutidos por las partes. Así, el colegiado analizó no sólo la nacionalidad de la señora Levy (confirmando su procedencia francesa), sino la de Gremcitel, a través del control del accionariado que ella ejercía sobre ésta última, confirmando que, en efecto, se cumplía con lo previsto en el Convenio Ciadi sobre dicho extremo.

En cuanto al cuestionamiento *ratione temporis*, el tribunal arbitral analizó los hechos en la búsqueda del momento relevante para determinar si el TBI cubría a las demandantes, específicamente, a la señora Levy. Así, el tribunal arbitral sostuvo para el cumplimiento del requisito

ratione temporis, según los términos del tratado, éste debía encontrarse vigente y el nacional o sociedad ya debía haber realizado la inversión cuando ocurre la supuesta violación del o los estándares de protección, para que el tribunal arbitral tenga jurisdicción sobre la controversia. Por tal razón, concluyó que la protección sustantiva del TBI que invocó la señora Levy comenzó a aplicarse a ella cuando realizó su inversión, no antes, debiendo probar, por tanto, que ya había adquirido su inversión cuando surgió la controversia. Al respecto, el tribunal arbitral sostuvo que el momento relevante para tales efectos era el día siguiente de la emisión de la resolución del INC. Así, el colegiado halló que, aunque poco antes de tal momento, la señora Levy ya se encontraba en posesión de las acciones de Gremcitel, por lo que cumplía con el requisito analizado.

De otro lado y sorteados ambos requisitos sobre jurisdicción, el tribunal arbitral procedió a analizar la objeción al conocimiento de dicho colegiado sobre la controversia identificada como «abuso del proceso», que según el Estado peruano tenía lugar cuando una sociedad interna reestructura su titularidad para internacionalizar una controversia existente o previsible de existir. Sobre ello, el Perú afirmó que la única razón por la cual el hermano de la señora Levy le transfirió las acciones de Gremcitel, fue para obtener ventaja de su nacionalidad francesa, buscando que la controversia suscitada sea llevada al Ciadi a través del TBI Perú-Francia de 1993.

Así, el tribunal arbitral afirmó que, en la actualidad, los tribunales Ciadi habían reconocido que la organización o reorganización de una estructura corporativa diseñada para obtener beneficios de un tratado de inversión no es ilegítima *per* se, incluso cuando ésta se hacía con miras a la protección de futuras controversias. Sin embargo, la que se realiza en un momento en el que la controversia ya ha surgido o es previsible de surgir, puede constituir un abuso de proceso, según las circunstancias del caso.

Tras analizar los hechos y pruebas presentadas por las partes, el tribunal arbitral sostuvo que cuanto más cercana sea la adquisición de la inversión al acto que dio origen a la controversia, mayor es el grado de previsibilidad. En el presente caso, la inscripción de la transferencia de acciones de la señora Levy sobre Gremcitel se inscribió a un día de la emisión de la resolución del INC cuestionada por las demandantes, por lo que ello, sumado a imprecisiones e irregularidades en la documentación presentada por la señora Levy (y su hermano) para supuestamente acreditar la transacción, llevó a concluir al colegiado que había actuado buscando beneficiar a Gremcitel a través de la internacionalización de la controversia y así acudir al Ciadi a través del TBI, razón por la cual declaró que no podía ejercer jurisdicción.

En virtud de lo anterior y habiendo declarado que no podía ejercer jurisdicción en el presente caso, el tribunal arbitral dispuso que la señora Levy y Gremcitel asuman parte de los costos arbitrales del Estado peruano, estimados en poco más de USD 1'500,000.00. Las demandantes no solicitaron la anulación del laudo, con lo cual ésta podría considerarse la séptima victoria peruana en un Arbitraje de Inversión ante el Ciadi y, al resolverse sobre la objeción de «abuso del proceso», un precedente importante sobre la materia.

3.10. DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited y The Peninsular and Oriental Steam Navigatin Company vs. República del Perú

Registrado el 22 de julio de 2011 como Caso Ciadi n.° ARB/11/21; tiene como tribunal arbitral a: V.V. Veeder (Reino Unido), Presidente, Francisco Orrego Vicuña (Chile) y Claus von Wobeser (México). Éste constituye el séptimo caso en el que se demandó al Estado peruano sobre la base de un acuerdo internacional sobre inversiones, específicamente, el TBI Perú-Reino Unido de 1993 y, a su vez, el segundo sobre un contrato (de concesión), según la información obtenida de la base de datos del Ciadi.

Este caso —que actualmente se encuentra en curso— habría surgido a partir de un supuesto incumplimiento de un contrato de concesión, alegando que el Estado peruano habría impedido a DP World Callao S.R.L. de participar en la licitación del proyecto de infraestructura sobre remodelación del muelle norte del puerto del Callao, cuya buena pro fue otorgada a APM Terminals sobre la base de supuestas facilidades otorgadas por el Estado peruano, lo que habría generado competencia desleal. De la poca información general disponible en el Ciadi, se sabe que el Perú presentó cuestionamientos a la jurisdicción del tribunal arbitral y que el caso se encontraría a pocas actuaciones arbitrales de concluir con el respectivo laudo.

3.11. Isolux Corsán Concesiones S.A. vs. República del Perú (antes Elecnor S.A. e Isolux Corsán Concesiones S.A. vs. República del Perú)

Registrado el 15 de febrero de 2015 como Caso Ciadi n.° ARB/12/5; tuvo como tribunal arbitral a: Hugo Perezcano Díaz (México), Presidente, Alexis Mourre (Francia) y Horacio Grigera Naón (Argentina). Éste constituyó el octavo caso en el que se demandó al Estado peruano sobre la base de un acuerdo internacional sobre inversiones, específicamente, el TBI Perú-España de 1994.

El caso, en el marco de un contrato de concesión de transmisión eléctrica, inicialmente, también fue impulsado por Elecnor S.A. (España) como codemandante, quien posteriormente solicitó su retiro del arbitraje. Este caso se encontraba —de alguna manera— vinculado con el de Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía vs. República del Perú (caso Ciadi n.° ARB/11/9), al punto que el acuerdo al que arribaron las partes del presente arbitraje incluyó (o fue incluido en) el que llevaron con aquél.

Cabe mencionar que llamado «acuerdo integral» al que llegó Isolux con el Estado peruano, a solicitud de ambas partes, fue homologado

como laudo el 25 de marzo de 2014, incluyendo la terminación de las actuaciones arbitrales por parte de la demandante, así como el establecimiento de un cronograma de pagos de penalidades y costos arbitrales a favor del Perú, renunciando éstos a cualquier reclamación sobre la base de los hechos que dieron origen a la transacción, con lo cual ésta podría considerarse la octava victoria peruana en un Arbitraje de Inversión ante el Ciadi.

3.12. The Renco Group Inc. vs. República del Perú

Registrado el 22 de julio de 2011 como caso Ciadi n.° UNCT/13/1; tiene como tribunal arbitral a: Michael Moser (Austria), Presidente, Yves Fortier (Canadá) y Toby Landau (Reino Unido). Éste constituye el primer caso en el que se demandó al Estado peruano sobre la base del capítulo de inversión de un tratado de libre comercio, específicamente, el APC Perú-EE.UU. de 2006.

El caso, inicialmente, también fue impulsado por Doe Run Perú S.R.Ltda. (EE.UU.) como codemandante, quien posteriormente dejó la posta a Renco, fue iniciado —previas negociaciones amistosas entre las partes, según lo establece el APC— a través de la solicitud de arbitraje impulsada por ambas contra el Perú el 4 de abril de 2011, pero no fue sino hasta el 8 de abril de 2013 que se constituyó el tribunal arbitral. Asimismo, el 22 de abril de 2013, las partes suscribieron un acuerdo remitiendo este arbitraje (de naturaleza *ad-hoc* y celebrado bajo las Reglas Uncitral), al Ciadi, para que su secretaría desempeñe la función de autoridad administradora del arbitraje.

Cabe mencionar que el presente arbitraje se encuentra en curso (con una prolija actividad probatoria) y se derivó de supuestos incumplimientos en el marco de la privatización del complejo minero de La Oroya-Cerro de Pasco. Creemos que éste podría constituir un importante precedente para el Perú (y acaso para el Arbitraje de Inversión, en general), no sólo por ser el primer caso proveniente de una reclamación

sobre la base del APC Perú-EE.UU. del 2006, sino por los álgidos temas ambientales que en él se ventilan, además de por su alto nivel de transparencia: todas las piezas procesales del arbitraje han sido publicadas y se ha permitido la participación de *amicus curiae*.

En relación con la transparencia, debemos mencionar que, lamentablemente, ésta no ha sido la regla, sino la excepción, en los otros casos en los que ha participado el Estado peruano.[768]

3.13. Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú

Registrado el 18 de agosto de 2014 como Caso Ciadi n.° ARB/14/21; tiene como tribunal arbitral a: Karl-Heinz Böckstiegel (Alemania), Presidente, Michael Pryles (Australia) y Philippe Sands (Reino Unido-Francia). Éste constituye el segundo caso en el que se demandó al Estado peruano sobre la base del capítulo de inversión de un tratado de libre comercio, específicamente, el TLC Perú-Canadá del 2008.

El caso gira en torno de la controversia surgida —entre otros motivos— por la emisión del Decreto Supremo n.° 032-2011-EM, el cual habría despojado a Bear Creek de sus derechos sobre el proyecto minero en Santa Ana (Puno), con lo cual el Perú habría violado los estándares de protección previstos en el capítulo de inversión del TLC que da origen al presente arbitraje, alegando una expropiación ilegal, un trato injusto e inequitativo y demandando una indemnización de poco más de USD 522'000.000.00, una de las sumas más altas reclamadas ante el Ciadi.

---

[768] Para una crítica al respecto, consúltese el comentario del profesor Cantuarias para la web *Lex Arbitri*: Cantuarias, Fernando. «Dos fallos internacionales positivos para el Perú que han pasado desapercibidos». Disponible en: http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/03/Dos-fallos-internacionales-positivos-para-el-Per%C3%BA-que-han-pasado-desapercibidos-Fernando-Cantuarias.pdf (noviembre 2015).

Cabe mencionar que éste también podría constituir un importante precedente para el Perú, teniendo similar alto nivel de transparencia en el arbitraje y de actividad probatoria, como en el caso de Renco.[769]

En calidad de demandante:

3.14. República del Perú vs. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.

Registrado el 19 de septiembre de 2015 como caso Ciadi n.° ARB/13/24, este arbitraje constituyó el primer caso en el que el Estado peruano, sobre la base de un convenio arbitral contenido en contratos de concesión —una controversia puramente contractual— demandó a un inversionista ante el Ciadi.

En este caso, que atañe el sector de transmisión eléctrica, el Estado peruano demandó a Caravelí por supuestos incumplimientos de esta última en el marco del contrato de concesión suscrito por ambos.

El arbitraje concluyó sin haberse constituido el tribunal y, por tanto, sin un pronunciamiento de fondo. Las partes, en virtud de un «acuerdo integral» (que abarcó otros arbitrajes Ciadi contra el Estado peruano por parte de la propia Caravelí y por Isolux), solicitaron la terminación de las actuaciones arbitrales ante la Secretaría General del Centro, la cual, el 26 de diciembre de 2013, emitió una resolución en ese sentido.

Cabe mencionar que en el referido acuerdo se contemplaba no sólo la conclusión de las actuaciones arbitrales, sino la terminación del contrato de concesión que vinculaba a las partes, la renuncia a cualquier reclamo adicional al respecto, así como el pago de costos arbitrales en los que el Estado peruano incurrió ante el Ciadi, según cada caso.

---

769 *Idem*.

En calidad de Estado originario de una entidad, distinta de él, individualmente demandada:

3.15. Pluspetrol Perú Corporation S.A., Pluspetrol Lote 56 S.A., Hunt Oil Company of Peru L.L.C., Sucursal del Perú, SK Innovation, Sucursal Peruana, Tecpetrol Bloque 56 S.A.C., Sonatrach Perú Corporation S.A.C. y Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú vs. Perupetro S.A.

Registrado el 11 de septiembre de 2012 como caso Ciadi n.° ARB/12/28; este arbitraje tuvo como tribunal arbitral a: Eduardo Siqueiros (México), Presidente, José Emilio Nunes Pinto (Brasil) y Bernardo M. Cremades (España). Éste constituyó el primer caso en el que se demandó a una entidad peruana autorizada —la única, en realidad—[770] para someter sus controversias ante el Ciadi en un arbitraje de inversión: Perupetro S.A. —empresa de capital completamente estatal—, sobre la base de un convenio arbitral contenido en un contrato de licencia, es decir, una controversia puramente contractual.

En este caso, que atañe el sector gasífero, el consentimiento para someter las controversias al Ciadi residía en el contrato de licencia de explotación de hidrocarburos del Lote 56, que vinculaba a las partes del presente arbitraje. Es oportuno mencionar que el consentimiento de Perupetro S.A. está avalado jurídicamente sobre la base de los siguientes instrumentos: la Constitución, la Ley n.° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, la declaración del Estado peruano ante el Ciadi y el propio contrato de concesión. El primero de ellos, porque, a través de su artículo 63, permite que el Estado y las entidades de derecho público sometan sus controversias contractuales a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor, participando en un arbitraje, según la forma en que lo disponga la ley. El segundo, porque en su artículo 68 autoriza la procedencia del arbitraje en los contratos de licencia y de servicios en el marco de tal norma legal. El tercero, porque el Estado peruano de-

[770] Véase: *supra*, nota a pie de página n.° 125.

claró ante el Ciadi, sobre la base de los numerales (1) y (3) del artículo 25 de su convenio constitutivo, que Perupetro S.A., empresa de capital estatal, pueda someter sus controversias a dicho foro, no teniendo, incluso, que requerir consentimiento previo del Estado, en virtud de tal declaración. El cuarto, por contener la cláusula arbitral.

A través de su laudo del 21 de mayo de 2015, analizando, *motu proprio*, las identidades de las partes y el cumplimiento de los requisitos *ratione personae*, hallándose competente para conocer de la controversia, el tribunal arbitral analizó el fondo de ésta. Así, las demandantes solicitaron al tribunal arbitral que las eximiera de responsabilidad en el marco del contrato, señalando que Perupetro solicitaba la cancelación de regalías por la exportación de gas proveniente del Lote 56 supuestamente dejadas de pagar por éstas. Por su parte, el tribunal arbitral identificó que la controversia giraba, principalmente, en torno de la interpretación de los acuerdos adicionales al contrato de licencia, los cuales tenían funciones accesoria y complementaria, buscando implementar, actualizar y adecuar el contrato principal (que tendría una vigencia de cuarenta años) al contexto contemporáneo de la relación comercial entre las partes. De ese conflicto interpretativo debía esclarecerse si las demandantes habían cumplido o no con brindar la información relevante sobre el lugar de consumo final del gas proveniente del Lote 56. Para ello, debía interpretar cuándo y, por tanto, dónde se realizaba el consumo final de tal recurso.

En virtud de lo anterior, el tribunal arbitral declaró que las demandantes, de acuerdo con el contrato de licencia, tenían la responsabilidad de brindar información relevante a Perupetro respecto de la distribución del gas del Lote 56, con el fin de saber, con meridiana exactitud, en dónde se efectuaba el consumo final de éste, ya que de ello dependía el cálculo de las regalías a pagar por la explotación de dicho recurso y, por tanto, el equilibrio y espíritu del contrato. A su vez, el colegiado declaró que las demandantes debían pagar, en calidad de indemnización, las regalías dejadas de percibir por Perupetro, como consecuencia de que

aquéllas habían señalado como lugar de consumo final un lugar en el que el gas se comercializaba a menor precio respecto de donde, en los hechos, realmente fue destinado tal recurso. Asimismo, se condenó a las demandantes a asumir los costos arbitrales en los que Perupetro incurrió en el presente arbitraje, estimados en poco más de USD 3'300,000.00. Los inversores no solicitaron la anulación del laudo, con lo cual ésta podría considerarse como la primera victoria de una entidad peruana autorizada —como hemos indicado, la única, en realidad— para someter sus controversias ante el Ciadi en un arbitraje de inversión.

En calidad de Estado originario de un inversionista demandante:

3.16. Eudoro A. Olguín vs. República del Paraguay

Registrado el 26 de septiembre de 1998 como caso Ciadi n.° ARB/98/5; tuvo como tribunal arbitral a: Rodrigo Oreamuno (Costa Rica), Presidente, Eduardo Mayora (Guatemala) y Francisco Rezek (Brasil). Éste constituyó el primer y único caso en el que un inversionista de origen peruano demandó a un Estado en el marco de un arbitraje Ciadi. El consentimiento y la reclamación se sustentaron en supuestas brechas al TBI Perú-Paraguay de 1994.

En el presente arbitraje, el señor Olguín (de nacionalidad peruana y estadounidense[771]), sostuvo que el Estado paraguayo había violado los estándares de protección contenidos en el TBI analizado. El demandante manifestó que el comportamiento de dicho Estado había sido inconsistente —entre otros— con el TJE y la PCE. En ese marco, Paraguay habría incurrido en negligencia al supervisar las actividades del sistema financiero, dentro de las cuales se encontraba el banco que resguardaba los depósitos del señor Olguín (más de USD 1'000.000.00, destina-

[771] La ciudadanía estadounidense del señor Olguín fue la razón por la cual Paraguay recusó al árbitro designado por éste, el profesor Dale Furnish, quien, finalmente, renunció al encargo encomendado, designándose al doctor Eduardo Mayora, de nacionalidad guatemalteca, en su reemplazo.

dos a una inversión en una empresa de producción y distribución de alimentos); habría tenido una actitud discriminatoria contra él ante la insolvencia del banco en cuestión, siendo que su actuación habría constituido una medida equivalente a expropiación.

Por su parte, además de rechazar las alegaciones de fondo del señor Olguín, cuestionó la competencia del tribunal arbitral por razones *ratione personae* y *ratione materiae*. Así también, que el señor Olguín había bloqueado el acceso al arbitraje Ciadi —según el TBI analizado— al recurrir a las cortes nacionales. Todos estos aspectos fueron evaluados y rechazados por el tribunal arbitral a través de su laudo sobre jurisdicción del 8 de agosto del 2000.

En materia de méritos, el tribunal arbitral emitió su laudo el 26 de julio de 2001, rechazando todas las pretensiones de la demanda y declarando que no existía evidencia ni ley que sustente la alegación del señor Olguín respecto de que el banco de reserva de dicho Estado debía resguardar sus depósitos; que a pesar de que la conducta de vigilancia del Paraguay ante la crisis financiera del banco en cuestión «no puede ser considerada como ejemplar», ésta «no constituyó una negligencia tal que le acarreara la responsabilidad de pagar las pérdidas sufridas por la parte demandante», por lo cual no se habían quebrado los estándares de protección previstos en el TBI, no existiendo ni discriminación, ni medida equivalente a expropiación. A pesar del laudo en contra, en virtud de lo anterior, el señor Olguín no fue condenado a pagar los costos arbitrales de su contraparte.

Conclusiones

- El arbitraje de inversión es un fenómeno jurídico dinámico, porque no obstante la normalización de disposiciones que se ha apreciado con el tiempo, la continua creación de instrumentos en los que se prevé este mecanismo de solución de controversias da cuenta de una constante búsqueda de adaptación, situaciones y factores económicos particulares en cada relación inversionista-Estado receptor de inversión.

- El arbitraje de inversión es complejo por las múltiples instituciones que presenta —cuya aplicación práctica ha desbordado la teoría—, así como por los amplios márgenes de discreción que los tribunales arbitrales han tenido para interpretar los instrumentos internacionales de donde proviene el consentimiento a someterse a este mecanismo.

- Como fenómeno jurídico dinámico y complejo, el arbitraje de inversión presenta poca ortodoxia o, lo que hemos llamado, «dogmas». Dentro de éstos tenemos:

    (i) Un arbitraje de inversión puede tener situaciones análogas, similares o referenciales respecto de otros casos, pero cada uno debe ser resuelto analizando sus propias particularidades.

    (ii) La primera fuente de interpretación de un TBI debe ser su propio texto, realizando un análisis del mismo y de la intención de sus suscriptores.

(iii) Los TBI —al contener en su mayoría el consentimiento para arbitrar controversias de inversión— son la principal fuente generadora de este tipo de arbitrajes, lo cual se confirma con los casi tres mil instrumentos suscritos a la fecha.

(iv) Los TBI son instrumentos que sirven para la promoción y protección de las inversiones, hecho que redunda en el desarrollo del Estado receptor de tales inversiones.

(v) Cada TBI debe responder a las características particulares que determinada relación inversionista – Estado receptor de la inversión pueda tener, lo cual dependerá del nivel de seguridad que se garantice con dichos instrumentos.

- El arbitraje de inversión presenta diversos beneficios recíprocos: Tanto para el inversor extranjero como para el Estado receptor de inversión.

- El arbitraje de inversión está visiblemente marcado por principios, que han sido recogidos en los diversos instrumentos internacionales, sobre todo los TBI.

- El Convenio Ciadi se ha erigido como un serio, legítimo y autorizado instrumento internacional que logra establecer un marco jurídico de protección, tanto para los inversores como para sus Estados parte.

- El Convenio Ciadi prevé sus propias herramientas para el cuestionamiento de un laudo por las causales taxativamente establecidas para tales efectos. Ningún otro tribunal arbitral ni las cortes de los Estados podrán revisar las decisiones tomadas por sus tribunales arbitrales. Esta ventaja competitiva no ha sido igualada por ningún otro sistema arbitral.

- El régimen de reconocimiento y ejecución de laudos en el ámbito del Ciadi posee particularidades que lo hacen distinto de cualquier otro: Los Estados contratantes deberán reconocer y ejecutar los laudos Ciadi, a través de sus tribunales, con la misma eficacia de la que gozan las sentencias firmes en sus territorios.

- Salvo suspensión devenida de los recursos de aclaración, revisión o anulación de laudo, el Estado solicitado no podrá eximirse de reconocer un laudo, ni siquiera invocando inmunidad de ejecución.

- El Convenio Ciadi distingue las obligaciones pecuniarias de las no pecuniarias previstas en los laudos. Sobre las primeras, se establece expresamente que existe obligación de reconocimiento y ejecución. Sobre las segundas, existen las mismas obligaciones, pese a que el Convenio no manifiesta expresamente el tema de su ejecución, lo cual, ciertamente, no implica una exención de las mismas.

- El Convenio Ciadi, al ser un tratado, posee la ventaja competitiva respecto de otros sistemas, pues la violación de sus disposiciones implicaría un supuesto de responsabilidad internacional, con las graves consecuencias que ello conllevaría.

- El reducido número de procesos de ejecución contra Estados nos permite afirmar que ello evidencia la efectividad y legitimidad del sistema Ciadi, así como el respeto de los Estados al sistema, en tanto no pueden desconocer las reglas que ellos mismos han aceptado.

- La posibilidad de ser demandados —con las consecuencias que ello conlleva y en atención al caso argentino—, no sólo ha contribuido a que los Estados respeten sus compromisos, sino que, asimismo, ha llevado a algunos de éstos a limitar el acceso de los inversores al arbitraje de inversión, ya sea a través de las disposiciones en sus TBI o limitando su consentimiento en el Ciadi.

- Casos como el argentino han fijado retos al Ciadi y a los tribunales arbitrales constituidos en su seno. Retos que serán superados en la medida en que el arbitraje de inversión y, en concreto, el Ciadi, logren revestirse de eficiencia, justicia y legitimidad suficiente, adquirida por el reconocimiento de países desarrollados y, principalmente, por países en vías de serlo.

- En los albores de la etapa de posguerra (II Guerra Mundial), las naciones empezaron a buscar mecanismos para la facilitación del comercio, obtención de capitales y protección de los suyos en otras latitudes. Uno de los instrumentos empleados para estos dos últimos fines fueron los llamados TBI.

- Para entender los TBI y su funcionamiento es necesario previamente entender el concepto de inversión, en especial, la Inversión Extranjera Directa (IED o FDI, por sus siglas en inglés) y el rol que ésta ha desempeñado para el desarrollo de diversos Estados.

- No fue sino muchos años después de la suscripción del primer BIT, entre Alemania y Pakistán, en 1959, que con el tiempo y la globalización de los noventa, los Estados en vías de desarrollo empezaron a sustituir o utilizar en menor cantidad el mecanismo de financiamiento tradicional, es decir, los préstamos internacionales (con sus a veces excesivos intereses), identificando a la IED como una alternativa para el desarrollo de sus naciones, abaratando los costos asumidos.

- El IED no sólo ofrece capital en su acepción más clásica, es decir, dinero, sino también beneficios como: acceso a mejor tecnología, *know-how*, entre otros. Asimismo, es fuente de ingresos al fisco, puestos de trabajo y, con un buen marco legislativo que lo impulse, una correcta responsabilidad social empresarial.

- Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o *Bilateral Investment Treaties* (BIT), también conocidos como Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Appri), son tratados suscritos entre Estados que contienen derechos sustantivos y adjetivos en favor de los nacionales (personas naturales o jurídicas).

- Los TBI tienen como principales objetivos para sus suscriptores: (i) proteger las inversiones de sus nacionales; (ii) crear un marco normativo general, previsible y transparente que genere condiciones favorables para el desarrollo; (iii) fomentar la cooperación económica y, simultáneamente; (iv) ofrecer uno o más mecanismos de solución de controversias de uso directo por sus inversores nacionales; sobre todo el arbitraje, garantizando una solución técnica, rápida y eficiente del conflicto.

- Los TBI contienen disposiciones que los hacen funcionalmente óptimos para: (i) garantizar y proteger los derechos de los inversionistas nacionales de las partes (función garantizadora de derechos) y (ii) establecer un marco transparente de inversión y de promoción del territorio de las partes como lugar ideal para invertir, lo que se espera redunde en el desarrollo de dicho Estado receptor (función promotora de inversión).

- El éxito de los TBI frente a otros Acuerdos de Integración Económica y de Inversiones (AIEI) se debe a que, entre otros factores, a diferencia de los acuerdos multilaterales, en los que existe multiplicidad de partes que a veces tienen disímiles intereses, los TBI son menos difíciles de negociar.

- El carácter dinámico del arbitraje de inversión contribuye, por un lado, a que éste se encuentre en constante actualización e innovación; sin embargo, de otro lado, contribuye a que los márgenes de interpretación de los principios previstos en los TBI —entre otros

instrumentos internacionales— sean, a veces, tomados con arbitraria amplitud.

- Interpretaciones arbitrariamente amplias de los estándares de protección y/o trato en el contexto de las inversiones, sin un correcto establecimiento de sus parámetros, dificultan la aplicación de tales garantías. La práctica arbitral en materia de inversión requiere de precisiones que faciliten la aplicación de sus instituciones, sin que ello signifique la desnaturalización o neutralización de sus efectos positivos.

- Tanto el «preámbulo» como el acápite de «ámbito de aplicación» son importantes, en tanto se constituyen como la «puerta de entrada» a los derechos sustantivos que ofrecen los TBI.

- Restringir la cláusula de definición de inversión en función de la conformidad de ésta con las normas del Estado anfitrión es una clara forma de armonizar el TBI con la legislación interna de las Partes, al asegurar que se respete las normas legales de cada uno, incluidas, por supuesto, sus facultades de regular (permisos y acreditaciones al inversor) y sus políticas públicas (salud, defensa, medio ambiente, etc.).

- Los TBI suelen presentar seis estándares de protección y/o tratamiento: (i) trato nacional (TN), (ii) trato de nación más favorecida, (iii) trato justo y equitativo (TJE), (iv) plena protección y seguridad (PPS), (v) protección en caso de expropiación (PCE) y (vi) libre transferencia de fondos (LTF).

- Los actos discriminatorios que pudieran quebrantar los estándares de protección y/o tratamiento, pueden darse a través de actos regulatorios (discriminación *de iure*) o a través de un hecho en concreto (discriminación *de facto*).

- El TNMF ha cambiado la mirada con la que solíamos ver el arbitraje de inversión a través de los ojos de los TBI, al punto que, hoy día, los inversores no sólo se preocupan en revisar los TBI suscritos por sus propios Estados, sino también de aquellos que, a través de los suyos y sus cláusulas de TNMF, les permitan acceder a mayores beneficios.

- El dinamismo y complejidad en los TBI supone un reto para todos los países que pretendan incorporar dentro de sus políticas comerciales y de inversión la suscripción de este tipo de instrumentos internacionales, para lo cual se necesita de equipos negociadores cada vez más especializados y, sobre todo, la adecuación de la legislación interna a la obligación internacional contraída, lo que *per se* implica ciertos costos a asumir y recursos por invertir.

- Existe la necesidad de que los TBI prevean compromisos no sólo para los Estados receptores de inversión, sino para los propios inversionistas. La introducción de cláusulas sobre corrupción comprometerían a los inversores, en tanto impedirían que los inversionistas que se vean envueltos en actos de corrupción relacionados con su inversión sean beneficiados con la protección del TBI, por ir en desmedro de, en principio, las normas del Estado receptor de inversión (expresadas en las intenciones del preámbulo y demás extremos del tratado).

- En materia de arbitrajes de inversión, es necesario romper con el mito de la transparencia absoluta. En los últimos tiempos existe una práctica menos ortodoxa al respecto, promoviendo una cultura de transparencia que no sólo corresponde al quehacer de este tipo de arbitrajes, sino también a una necesidad de transparencia inherente de los tópicos que son materia de tal mecanismo de solución de controversias. Hacer de la transparencia una regla y no sólo una excepción.

- Desde un punto de vista econométrico, no existe evidencia contundente de que los TBI tengan influencia directa en el aumento del índice de IED. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, no se puede negar que los TBI permiten mitigar los riesgos jurídicos y políticos que conlleva invertir en un Estado ajeno al del inversor.

- Los TBI podrían considerarse como pólizas de seguros; no contra malos negocios o simples «desencantos» por parte de los inversores, sino contra actos arbitrarios del Estado, que, *per se*, configuran una violación de sus compromisos internacionales libremente adquiridos al suscribir dichos instrumentos internacionales.

- Los TBI no son la única fórmula para obtener logros en materia de inversión. Es preciso que un Estado procure contar con un idóneo «clima de inversión»; es decir, que genere las condiciones adecuadas para que las inversiones que se asienten en el país no asuman otro riesgo (por ejemplo, político) que no sea el innato riesgo comercial existente en todo acto de inversión.

- Es importante que los Estados tomen conciencia de los compromisos que asumen ante los inversionistas y ante la comunidad internacional en general, pues la vulneración de tales obligaciones podría conllevar delicadas consecuencias.

- Reviste vital importancia que los Estados al renegociar sus TBI o al negociar nuevos textos, así como los tribunales arbitrales al interpretar estos instrumentos y declarar el derecho pertinente, tengan en cuenta todas las aristas, procurando un justo balance entre la normalización de reglas, la natural lucha contra la irracional e injustificada discriminación entre inversores y la legítima y autónoma facultad de regulación de los Estados.

- El artículo 62 de la Constitución Política de 1993 establece que los conflictos derivados de una relación contractual sólo se solucionan

en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos previstos en el contrato o contemplados en la ley, mientras que el artículo 63 otorga legalidad para que el Estado peruano y sus personas de derecho público puedan someter sus controversias derivadas de una relación contractual a tribunales constituidos en virtud de los tratados en vigor, así como a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

- El Decreto Legislativo n.° 1071, que norma el arbitraje, coincide —entre otros asuntos— con el texto constitucional, en tanto autoriza al Estado a intervenir en arbitrajes nacionales e internacionales. Asimismo, establece que en los arbitrajes internacionales en los que sea parte no podrá invocar su derecho nacional para sustraerse de obligaciones derivadas del convenio arbitral.

- La importancia del Ciadi en el Decreto Legislativo n.° 1071 se ve reflejada directamente en su Decimocuarta Disposición Complementaria, mediante la cual se reconoce el sistema de ejecución de dicha institución.

- La Ley n.º 28933, ley que establece el Sistema de Coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión y su reglamento, Decreto Supremo n.º 125-2008-EF, buscan articular un sistema que permita una coordinación y respuesta eficientes ante posibles controversias internacionales de inversión. Centraliza y define procedimientos, internaliza costos y estandariza acciones frente a potenciales controversias en materia de inversión.

- La negociación de tratados debería ser multisectorialmente coordinada, justo en la etapa de negociación o, posteriormente, en la adopción del tratado. Una coordinación *ex ante* y no *ex post* a la adopción de un instrumento internacional, para con ello conseguir un texto que contenga una visión multisectorial debidamente coordinada.

- Como parte de su política económica y con el objetivo de obtener mayores flujos de IED, en la década de los noventa, el Perú suscribió veintisiete de los treintitrés TBI con los que cuenta en la actualidad.

- En materia de complejidad, mientras los TBI de primera generación (es decir, previos al año 2000) son moderados, los TBI de segunda generación (es decir, del 2000 en adelante) contienen disposiciones más complejas, en tanto se trabajan más temas y los compromisos se hacen cada vez más amplios y variados. Los estándares de protección y/o tratamiento presentan disposiciones cada vez más específicas, contrarios a las disposiciones generales observadas en los TBI de Primera generación.

- En materia de precisión, los TBI de segunda generación detallan las nuevas, complejas y variadas disposiciones.

- En materia de responsabilidad, uno de los aspectos más positivos de los TBI de segunda generación es que al haber elevado los compromisos de los Estados para con los inversionistas, también han sabido prever disposiciones que dejan en claro que el funcionamiento de los TBI y sus disposiciones no pueden ir en contra o debilitar la facultad de los Estados de legislar en materias de salud, defensa y medio ambiente.

- La gran mayoría de los TBI suscritos por el Perú son de primera generación, por lo que cuentan con estándares de protección y compromisos bastante altos y en algunos casos denotan poca precisión, dejando mucho de discreción para cuando deban ser interpretados, hecho que ha ido cambiando con los últimos instrumentos suscritos.

- El carácter incipiente de algunos TBI peruanos de primera generación ha sabido corregirse poco a poco en los TBI de segunda generación, con lo que se augura una mejor práctica a futuro, con instrumentos mucho más precisos, más conscientes de la realidad

y prevenidos por la experiencia de pasados arbitrajes de inversión y los pronunciamientos que de éstos han emanado.

- En general, la práctica peruana tanto a nivel de negociación de TBI como de arbitrajes de inversión, ha tenido como resultado una mejora de las disposiciones previstas en dichos instrumentos internacionales. Se pasó de tener TBI escuetos, generales y poco analíticos (TBI de primera generación) a aquéllos que desarrollan al detalle las figuras del arbitraje de inversión.

Recomendaciones

- Cada arbitraje de inversión es un mundo en sí mismo, algunos con más complejidad que otros. Por ello, a pesar de haber determinadas situaciones similares entre ciertos casos, cada uno de ellos debe ser resuelto analizando sus propias particularidades.

- Al ser la fuente principal de arbitrajes de inversión en el Derecho Internacional de las Inversiones, la negociación y adopción y renegociación de los TBI debe ser debe ser afrontada de manera articulada por el Estado, a través de los organismos pertinentes, por ejemplo, los Ministerios de Relaciones Exteriores, Economía, Justica (a través del Sistema de Defensa del Estado Peruano en materia de inversiones), Comercio Exterior y Turismo, etc.

- Los TBI contribuyen a atraer inversiones; sin embargo, resulta necesario que el Estado genere un "clima de inversión", es decir, condiciones adecuadas para que ésta se asiente en el país sin asumir otro riesgo (por ejemplo, político) que no sea el innato riesgo comercial existente en todo acto de inversión.

- El Estado peruano debe tomar conciencia de los compromisos que asume ante los inversores y ante la comunidad internacional en general, pues la vulneración de tales obligaciones podría conllevar delicadas consecuencias jurídicas y económicas.

- Es importante que el Estado peruano asuma la defensa de sus intereses no solamente desde iniciado un arbitraje de inversión, sino identificando controversias que posiblemente puedan derivar en dicho fuero. Esta defensa debe ser integral y multisectorial.

- Es importante que el Estado cuente con políticas de defensa en arbitrajes de inversión, pero también de prevención de conflictos, negociación y conciliación.

- El Estado peruano debe proyectar una imagen de seriedad y responsabilidad, así como de firmeza de sus intereses, no sólo ante los inversores, sino ante los árbitros, evitando boicotear este sistema de solución de controversias, fortaleciéndolo y generando empatía en los tribunales arbitrales respecto de los países receptores de IED.

Bibliografía

Libros

1. Ariño Ortiz, Gaspar. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, 524 pp.

2. Autores varios. *La Constitución Política de 1993 Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, dos tomos.

3. Benadava, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago: EJCH, 1989, 3.ª edición, 377 pp.

4. Bishop, Doak, James Crawford y Michel Reisman. *Foreign Investment Disputes*. La Haya: Kluwer Law International, 2005, 1653 pp.

5. Born, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. La Haya: Wölters Kluwer, 2012, 480 pp.

6. Boutin, Gilberto. *Del Reconocimiento de la lex mercatoria en la jurisprudencia panameña*. Panamá: Etude Maitre Boutin, 1998, 355 pp.

7. Brotons, Remiro et. al. Derecho Internacional. Madrid: McGraw-Hill, 1997, 1269 pp.

8. Caivano, Roque. *Negociación, conciliación y arbitraje*. Lima: Apenac, 1998, 414 pp.

9. Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: UPC, 2007, 974 pp.

10. Cantuarias Salaverry, Fernando y Manuel Diego Aramburú Yzaga. *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, 660 pp.

11. Cremades, Bernardo. *Arbitraje comercial internacional*. Madrid: Marcial Pons, 1977.

12. Cremades, Bernardo. *Estudios sobre arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 1977.

13. Dolzer, Rudolf y Margrete Stevens. *Bilateral Investment Treaties*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 352 pp.

14. Dolzer, Rudolph y Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, 433 pp.

15. Castillo Freyre, Mario. *Arbitraje y debido proceso*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 2, 409 pp.

16. Fernández Masiá, Enrique. *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el Ciadi*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 438 pp.

17. Icsid. *Icsid Reports*. London: Cambridge University Press, 1997, 727 pp.

18. Instituto Peruano de Economía —IPE—. El reto de la infraestructura al 2018. «La brecha en infraestructura en el Perú 2008». Lima: IPE, 2008, 168 pp.

19. Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El arbitraje*. «Biblioteca para leer el Código Civil». Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. 5, 2.ª edición, 203 pp.

20. Mantilla Espinosa, Fabricio y Eduardo Silva Romero. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2005, 817 pp.

21. Méndez Chang, Elvira. El control parlamentario de las atribuciones del presidente en la celebración de los convenios ejecutivos internacionales. «Biblioteca de Derecho Político». Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, vol. 6, 118 pp.

22. Ministerio de Justicia del Perú. *Retos & desafíos de una economía emergente: El caso peruano*. Lima: Ministerio de Justicia, 1997, 124 pp.

23. Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Inmunidad restringida de los Estados: No reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción de los Estados en materia laboral. Bogotá: MRC, 2006, p. 91.

24. Mistelis, Loukas y Stravros Brekoulakis. *Arbitrability. International and comparative perspectives*. La Haya: Kluwer Law International, 2009, 375 pp.

25. Mourra, Mary et al. *Latin American Investment Treaty Arbitration. The controversies and conflicts*. La Haya: Kluwer Law International, 2008, 210 pp.

26. Muchlinski, Peter, Felipe Ortino y Christoph Schreuer (eds.). *The Oxford Handbook of Investment Law*. Reino Unido: OUP Oxford, 2008, 1352 pp.

27. Naciones Unidas. *Manual de Tratados. Preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos*. Nueva York: Naciones Unidas, 2001, 59 pp.

28. Organization for Economic Cooperation and Development —OECD—. *Fair and equitable treatment standard in international investment law*. París: OECD, 2004, 56 pp.

29. Organization for Economic Cooperation and Development —OECD—. «Indirect expropriation» and the "right to regulate" in International Investment Law». París: OECD, 2004, 21 pp.

30. Quispe Correa, Alfredo. *La Constitución Económica*. Lima: Horizonte, 2002, 161 pp.

31. Ramacciotti de Cubas, Beatriz. *Estudios de Derecho Internacional*. Lima: IPRI-PNUD, 1992.

32. Reinisch, August (Ed.). *Standards of Investment Protection*. Londres: Oxford University Press, 2008, 302 pp.

33. Rodríguez Carrión, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1998, 4.ª edición, 663 pp.

34. Rubio Correa, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, tomo iii, 538 pp.

35. Schreuer, Christoph. *State Immunity. Some recent developments*. London: Grotius, 1988, 850 pp.

36. Schreuer, Christoph. *The Icsid Convention: A Commentary on the Convention on the settlement of investment disputes between*

States and nationals of other States. London: Cambridge University Press, 2001, 1596 pp.

37. Soto Coaguila, Carlos (Ed.). «Anuario Latinoamericano de Arbitraje. Sistema de Anulación de Laudos Ciadi». Lima: IPA, 2011, n.° 1, 312 pp.

38. Tudor, Ioana. The *Fair and Equitable Treatment Standard* in the *International Law and Foreign Investment*. Londres: Oxford University Press, 2008, 348 pp.

39. Unctad. *Análisis de las políticas de inversiones en el Perú*. Ginebra: Naciones Unidas, 2000, 112 pp.

40. Unctad. *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*. Ginebra: Naciones Unidas, 2000, 142 pp.

41. Unctad. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006. Trends in investment rulemaking*. Ginebra: United Nations, 172 pp.

42. Unctad. *Course on dispute settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.1 Overview*. Ginebra: United Nations, 2003, 30 pp.

43. Unctad. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.2 Selecting the Appropriate Forum*. Ginebra: United Nations, 2003, 44 pp.

44. Unctad. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.3 Consent to Arbitration*. Ginebra: United Nations, 2003, 53 pp.

45. Unctad. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.4 Requirements Ratione Personae*. Ginebra: United Nations, 2003, 34 pp.

46. UNCTAD. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.5 Requirements Ratione Materiae*. Ginebra: United Nations, 2003, 36 pp.

47. UNCTAD. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.6 Applicable Law*. Ginebra: United Nations, 2003, 40 pp.

48. UNCTAD. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.7 Procedural Issues*. Ginebra: United Nations, 2003, 44 pp.

49. UNCTAD. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.8 Post-Award Remedies and Procedures*. Ginebra: United Nations, 2003, 42 pp.

50. UNCTAD. *Course on Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Module 2.9 Binding Force and Enforcement*. Ginebra: United Nations, 2003, 34 pp.

51. UNCTAD. *International Investment Agreements: Key Issues*. Ginebra: United Nations, 2004, vol. 1, 392 pp.

52. UNCTAD. *International Investment Agreements: Key Issues*. Ginebra: United Nations, 2004, vol. 2, 363 pp.

53. UNCTAD. *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*. Ginebra: United Nations, 2006, 110 pp.

54. UNCTAD. *International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*. Ginebra: United Nations, 2008, 114 pp.

55. UNCTAD. *Investment Provisions in Economic Integration Agreements*. Ginebra: United Nations, 2006, 166 pp.

56. Unctad. *Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*. Ginebra: United Nations, 2005, 93 pp.

57. Unctad. *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*. Ginebra: United Nations, 2007, 120 pp.

58. Unctad. *Lessons from the MAI*. Ginebra: United Nations, 1999, 46 pp.

59. Unctad. *Taking of Property*. Ginebra: ONU, 2000, 78 pp.

60. Unctad. *Transnational Corporations*. Ginebra: United Nations, 2006, vol. 15, 240 pp.

61. Unctad. *World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies Implications for Development*. Ginebra: United Nations, 2006, 336 pp.

62. Unctad. *World Investment Report 2007. Transnational corporations, extractive industries and development*, 323 pp.

63. Zabludovsky, Jaime y Sergio Gómez Lora. *Principales Retos de la negociación de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos: Disciplinas en materia de inversión*. Buenos Aires: ITAL-ITD, 2005, 52 pp.

Revistas

64. *Advocatus*. Nueva Época. Lima: Universidad de Lima, 2002, n.º 7, 449 pp.

65. *Thémis*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, 335 pp.

66. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.º 1, 241 pp.

67. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2005, n.º 2, 214 pp.

68. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis- Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2005, n.° 3, 146 pp.

69. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2006, n.° 4, 298 pp.

70. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, 2006, n.° 5, 290 pp.

Artículos (revistas y libros en colaboración)

71. Aguilar Álvarez, Guillermo y William W. Park. «The new face of investment arbitration: Nafta Chapter 11». En *Lima Arbitration*. Lima: Círculo Peruano de Arbitraje, 2006, n.° 1, pp. 13-59.

72. Aljure Salame, Antonio. «Ámbito de aplicación de las convenciones de Nueva York y de Panamá sobre Arbitraje Internacional». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 1, pp. 105-121.

73. Álvarez Ávila, Gabriela. «Las características del arbitraje del Ciadi». En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México D.F.: UNAM, 2002, vol. ii, pp. 205-229.

74. Anzola Gil, Marcela. «El arbitraje en la inversión extranjera». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2005, pp. 493-506.

75. Bjorklound, Andrea. «Foreword». En *U.C. Davis Journal of Internacional Law & Policy*. California: University of California, 2005, vol. 12, pp. 1-5.

76. Blackaby, Nigel. «El arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 1, pp. 17-63.

77. Blackaby, Nigel. «El arbitraje según los Tratados de Inversión y los capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2005, pp. 285-308.

78. Bullard González, Alfredo. «Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?». En *Thémis*, 2007, n.° 53, pp. 71-89.

79. Bustamante, Pablo, Mónica Com Com y Pablo de la Cruz. «Impacto económico de la inversión asociada a los convenios de estabilidad jurídica en el Perú». En *Economía y Derecho*. Lima: UPC, 2004, pp. 61-75.

80. Cantuarias Salaverry, Fernando. «Algunos apuntes acerca del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi)». En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, 2003, año xviii, n.° 56.

81. Cantuarias Salaverry, Fernando. «Condiciones para acceder al Ciadi: a propósito del caso Luchetti». En *Economía y Derecho*. Lima: UPC, 2004, pp. 31-43.

82. Cantuarias Salaverry, Fernando. «Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje». En *Derecho y Economía*. Lima: UPC, 2004, pp. 29-50.

83. Cantuarias Salaverry, Fernando. «Necesidad de que el Perú suscriba la Convención de Washington (Ciadi)». En *Ius et Veritas*. Revista de Derecho. Lima, 1991, n.° 2.

84. Cantuarias Salaverry, Fernando. «Participación del Estado Peruano en arbitrajes comerciales». En *Advocatus*. Nueva Época. Lima: UL, 2002, n.° 7, pp. 178-193.

85. Conejero Roos, Cristián. «Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2006, n.° 4, pp. 12-103.

86. Cordero Moss, Giuditta. «Full protection and security». En *Standards of Investment Protection*. Reinisch, August (ed.). Londres: Oxford University Press, 2008, pp. 131-114.[772]

87. Cremades, Bernardo. «Corrupción y arbitraje de inversión». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 3, pp. 51-75.

88. Cremades, Bernardo y David Cairns. «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 1, pp. 65-103.

89. Dañino Zapata, Roberto. «El Ciadi: 40 años después». En *Thémis*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, n.° 53, pp. 143-148.

[772] Un agradecimiento especial a la autora, quien amablemente nos cedió su artículo.

90. De Trazegnies Granda, Fernando. «Arbitrando la inversión». En *Lima Arbitration*. Lima: Círculo Peruano de Arbitraje, 2007, n.° 2, pp. 148-169.

91. Franco Temple, Agnes. «Garantías para el libre desarrollo de la empresa». En *Retos & desafíos de una economía emergente: el caso peruano*. Lima: Ministerio de Justicia, 1997.

92. Friedland, Paul. «El papel de los escritos "*amicus curiae*" en el arbitraje internacional». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 4, pp. 131-143.

93. Gaillard, Emmanuel. «Establishing jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause». En *New York Law Journal*, 2005, vol. 233, n.º 105, 3 pp.

94. Gaillard, Emmanuel. «The denunciation of Icsid Convention». En *New York Law Journal*, 2007, vol. 237, n.º 122.

95. Gill, Judith, Matthew Gearing, y Gemma Birt. «Contractual claims and Bilateral Investment Treaties: A comparative review of the SGS cases». En *Journal of International Arbitration*, 2004, vol. 21, n.º 5.

96. Godoy, Fernando. «El caso argentino: protección de inversiones vs. facultades soberanas». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 2, pp. 125-152.

97. González de Cossío, Francisco. «Medidas equivalentes a expropiación en Arbitrajes de Inversión». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 4, pp. 145-177.

98. Griguera Naón, Horacio. «El Derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2005, pp. 607-617.

99. Herz, Mariana. «El arbitraje internacional entre Estados e inversores extranjeros y la subasta de bienes del Estado frente al incumplimiento del laudo». En *Revista de Derecho Procesal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2006-i, pp. 297-342.

100. Kantor, Mark. «Cambios propuestos a las "Reglas de arbitraje" del Ciadi». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2005, n.° 3, pp 111-119.

101. Kantor, Mark y Michael Nolan. «El riesgo arbitral de los inversionistas frente a la soberanía». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 3, pp. 37-49.

102. Kundmüller Caminiti, Franz. «El arbitraje en inversiones en el futuro Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos». En *Thémis*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, n.° 53, pp. 119-141.

103. Kundmüller Caminiti, Franz y Roger Rubio Guerrero. «El arbitraje del Ciadi y el Derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte». En *Lima Arbitration*. Lima: Círculo Peruano de Arbitraje, 2006, n.° 1, pp. 69-112.

104. Kurtz, Jürgen. «The MFN standard and foreign investment. An uneasy fit?». En *The Journal of World Investment & Trade*, 2004, vol. 5, n.º 6, pp. 861-886.[773]

[773] Un agradecimiento especial al autor, quien amablemente nos cedió su artículo.

105. Landa Arroyo, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En Thémis. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, n.° 53, pp. 29-42.

106. Lorca Navarrete, Antonio María. «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje». En *Advocatus*. Nueva Época. Lima: Universidad de Lima, 2002, n.° 7, pp. 67-75.

107. Mann, F.A. «British treaties for the promotion and protection of investments». En *British Year Book of International Law*, 1981, n.° 242.

108. Mantilla-Serrano, Fernando. «La denuncia de la Convención de Washington, ¿impide el recurso al Ciadi?». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna, 2008, n.° 6, pp. 205-216.

109. Neumayer, Eric y Laura Spess. «Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?». En *World Development 33* (10), 2005, pp. 1567-1585.

110. Nougayrède, Delphine. «Binding States: a commentary on States Contracts and Investment Treaties». En Business Law International. Londres: International Bar Association, 2005, vol. 6, n.º 3, pp. 372-397.

111. Novak Talavera, Fabián. «Los tratados y la Constitución peruana de 1993». En *Agenda Internacional*. Lima: CEI-Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, n.º 2.

112. Organization for Economic Cooperation And Development. «Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law». En *International Investment Law: a changing landscape*. París: OECD, 2005, pp. 127-161.

113. Paulsson, Jan. «Arbitration without privity». En *Icsid Review-Foreign Investment Law Journal*, 1995, vol. 10, n.º 2, pp. 232-257.

114. Peterson, Luke Eric. «The global governance of Foreign Direct Investment: Madly off in all directions». En *Dialogue on Globalization*. Ginebra: Fiedrich-Ebert-Stiftung, 2005, n.º 19, 2005, pp. 4-26.

115. Radi, Yannick. «The application of the Most-Favored-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse"». En *The European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, n.° 4, pp. 757-774.

116. Rodríguez Márquez, José. «Los métodos alternativos de resolución de controversias». En *Anales de Jurisprudencia*. México D.F., 2000, n.º 247, pp. 321-373.

117. Rubio Guerrero. Roger. «Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». En *Thémis*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, n.º 53, pp. 7-29.

118. Salacuse, Jesswald y Nicholas Sullivan. «Do BITs really work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain». En *Harvard International Law Journal*, 2005, n.º 46, pp. 80-91.

119. Salcedo Castro, Myriam. «La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2005, pp. 113-130.

120. Sánchez Bravo, Guillermo. «El arbitraje internacional Ciadi y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITs». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2006, n.° 2.

121. Schreuer, Christoph. «Consent to arbitration». En *The Oxford Handbook of Investment Law*. Muchlinski, Peter, Felipe Ortino y Christoph Schreuer (eds.). Reino Unido: OUP Oxford, 2008, pp. 830-867.

122. Schreuer, Christoph. «Introduction: Interrelationship of standards». En *Standards of Investment Protection*. Reinisch, August (ed.). Londres: Oxford University Press, 2008, 8 pp.

123. Schreuer, Christoph. «Investment protection and international relations». En *The Law of International Relations*, 2007, pp. 345-358.

124. Schreuer, Christoph. «Preliminary Rulings in investment arbitration». En *Coherence and Consistency in International Investment Law*. Sauvant, Karl. (ed.). Reino Unido: Oxford University Press, 2007, 5 pp.

125. Schreuer, Christoph. «The Dynamic Evolution of the Icsid System». En *International Convention on the settlement of investment disputes: talking stock after 40 years*. Hoffman, Reiner and Christian Tams (eds.). Münster: Nomos, 2007, 19 pp.

126. Schreuer, Christoph. «Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 5, pp. 13-87.

127. Schreuer, Christoph. «Traveling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in The Road». En *The Journal of World Investment & Trade*, 2004, vol. 5, n.º 2, pp. 231-256.

128. Shihata, Ibbrahim. «Towards a greater depolitization of investment disputes: The Roles of Icsid and MIGA». En *Foreign Investment Law Journal*, 1986, pp. 1-37.

129. Silva Romero, Eduardo. «El arbitraje examinado a la luz del Derecho de las Obligaciones. Introducción». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2005, pp. xv-xxxiv.

130. Silva Romero, Eduardo. «International arbitration involving State parties. Observations on the Applicable Law in State contract arbitration». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2005, pp. 131-148.

131. Silva Romero, Eduardo. «La distinción entre Estado y Administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado». En Revista Internacional de Arbitraje. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2004, n.° 1, pp. 154-187.

132. Suárez Anzorena, Carlos Ignacio. Acceso a la jurisdicción arbitral en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú: requisitos y particularidades. En *Thémis*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, n.º 53, pp. 149-159.

133. Suárez Camacho, Gustavo. «El arbitraje en la exploración y explotación de hidrocarburos en Colombia». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2005, pp. 339-360.

134. Vasciannie, Stephen. «The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice». En *British Year Book of International Law*. 1999, vol. 70.

135. Zuleta Jaramillo. Eduardo. «¿El regreso a las cañoneras y Calvo?: hacia dónde va el arbitraje entre inversionistas Estados. En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad Sergio Arboleda, 2005, n.° 2, pp. 155-180.

Material tomado de Internet

136. Aisbett, Emma. «Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation». Paper n.º 2255. En *Munich Personal RePEc Archive*, 2007, 47 pp. Disponible en: http://mpra.ub.uni-muenchen.de/2255/.

137. Arredondo, Ricardo. «Inversiones y desarrollo en América Latina: el caso de las inversiones extranjeras en la República Argentina». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 2007, n.° 13, 14 pp. http://www.reei.org.

138. Cantuarias, Fernando. «Dos fallos internacionales positivos para el Perú que han pasado desapercibidos». Disponible en: http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/03/Dos-fallos-internacionales-positivos-para-el-Per%C3%BA-que-han-pasado-desapercibidos-Fernando-Cantuarias.pdf.

139. Cantuarias Salaverry, Fernando. «Razones por las cuales el arbitraje es inevitable». Disponible en: http://www.upc.edu.pe/bolson/0/0/3/33/142/FC7.doc.

140. Cremades, Bernardo. «Arbitraje y desarrollo económico mundial». En *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-11.php.

141. Dreier, Thomas. «The role of ECJ for the development of copyright in the european communities». Ponencia en el «Annual International Study Days» de la *Association Littéraire et Artistique* (ALAI) en Suiza, en septiembre de 2002. Disponible en: http://www.zar.kit.edu/DATA/projektseiten/ECJ-ALAI/DATA/script/.

142. De Trazegnies Granda, Fernando. «La publicidad del arbitraje». Disponible en: http://servilex.com.pe.

143. Fernández Masiá, Enrique. «Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI) 2007, n.° 13, 20 pp. http://www.reei.org.

144. Gutiérrez Camacho, Walter. «Derecho Constitucional de la Inversión». Disponible en: http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/articulosactualidad.php.

145. Guzmán, Andrew. «Explaining the popularity of Bilateral Investment Treaties: Why LDCs sign treaties that hurt them», 1997. Disponible en: http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-12.html.

146. Hallward-Driemeier, Mary. «Do BITs attract FDI? Only a bit… and they could bite». *Policy Research Working Paper*. World Bank Research Group, 2003, 44 pp. http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB

/2003/09/23/000094946_03091104060047/Rendered/PDF/multi0page.pdf.

147. Kundmüller Caminiti, Franz. «Icsid, "Bella Durmiente", despabilada ante la tronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera». En *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.php.

148. Kundmüller Caminiti, Franz. «El arbitraje entre inversionistas y Estados, el declive del antiguo modelo "Estadocéntrico/moderno" de gestión de conflictos, la proliferación de Tratados Bilaterales de Inversiones, el Derecho Internacional de las Inversiones, el ICSID, la globalización y otros temas, (des) integrados en diez puntos caleidoscópicos». Parte I. En: Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación. http://www.servilex.com.pe.

149. Kundmüller Caminiti, Franz. «Icsid, "bella durmiente" despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera». Disponible en: http://www.servilex.com.pe.

150. Minter Ellison Lawyers. «Latest China-Germany BIT may create important rights for Australian companies». Disponible en: http://www.minterellison.com/public/connect/Internet/Home/Legal+Insights/Newsletters/Previous+Newsletters/A+-+B+Latest+China-Germany+BIt.

151. Ortino, Federico. «External Transparency of Investment Awards». *Working Paper* para la Inauguración de la Conferencia Anual de la *Society of International Economic Law*, julio 2008. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=1159899.

152. Paitán Contreras, Carlos. «Luchetti, el Ciadi y el Estado peruano». En *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. http://www.servilex.com.pe.

153. Siseles, Osvaldo. «Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones Extranjeras y la eficacia de los mismos». http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/siseles.pdf.

Otras fuentes (ponencias, working papers, brochures, etc.)

154. Aisbett, Emma. «Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation vs. Causation». *MPRA Paper n.º 2255*, 2007.

155. Amado, José Daniel. «Arbitrajes internacionales con el Estado». Ponencia presentada en el "I Congreso Peruano Internacional de Arbitraje"». Lima, 11 de abril de 2007.

156. Bello Janiero, Domingo. «Principios del contrato de arbitraje. El arbitraje internacional». Ponencia presentada en el "Congreso Internacional de Arbitraje 2007"». Lima, 5 de septiembre de 2007.

157. Cantuarias Salaverry, Fernando. «Arbitraje sobre inversiones a partir de los BITs». Ponencia presentada en el «I Congreso Peruano Internacional de Arbitraje». Lima, 10 de abril de 2007.

158. Collantes González, Jorge Luis. «Arbitraje, globalización económica y heterogeneidad política internacional». Ponencia presentada en el «Congreso Internacional de Arbitraje 2007», Lima, 4 de septiembre de 2007.

159. Corte Internacional de Justicia. *Reports*. La Haya: CIJ, 1952, p. 109.

160. Derains, Bertrand. «El futuro del arbitraje en el mundo». Ponencia presentada en el «Congreso Internacional de Arbitraje 2007». Lima, 7 de setiembre de 2007.

161. De Trazegnies Granda, Fernando. «Arbitrando la inversión». Ponencia presentada en el «I Congreso Peruano Internacional de Arbitraje». Lima, 9 de abril de 2007.

162. De Trazegnies Granda, Fernando. «Relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho de la comunidad internacional». Ponencia presentada en el «Congreso Internacional de Arbitraje 2007». Lima, 3 de septiembre de 2007.

163. Ferrero Costa, Eduardo. "Arbitraje de Estados con inversionistas extranjeros. Caso Ciadi". Ponencia presentada en el "Congreso Internacional de Arbitraje 2007", Lima, 4 de setiembre de 2007.

164. Galindo, Álvaro. «El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones». Ponencia presentada en el «I Congreso Peruano Internacional de Arbitraje». Lima, 12 de abril de 2007.

165. González de Cossío, Francisco. «Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión». Ponencia presentada en el «I Congreso Peruano Internacional de Arbitraje». Lima, 11 de abril de 2007.

166. Guevara, Ramiro. «Enfoques sobre la cláusula "paraguas" y sobre la cláusula de la "nación más favorecida" en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y los arbitrajes internacionales emergentes en los mismos». Ponencia presentada en el «I Congreso Peruano Internacional de Arbitraje». Lima, 9 de abril de 2007.

167. Hallward-Driemeier, Mary. «Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit… and they could bite». World Bank Policy Research Paper, 2003.

168. Kundmüller Caminiti, Franz. «Arbitraje y TLC EE.UU.-Perú». Ponencia presentada en el «I Congreso Peruano Internacional de Arbitraje». Lima, 10 de abril de 2007.

169. Kundmüller Caminiti, Franz. «El futuro del arbitraje en el Perú». Ponencia presentada en el «Congreso Internacional de Arbitraje 2007». Lima, 7 de septiembre de 2007.

170. Landa Arroyo, César. «Aspectos constitucionales del arbitraje en el Perú». Ponencia presentada en el «Congreso Internacional de Arbitraje 2007». Lima, 3 de septiembre de 2007.

171. Lovells. *Protecting Investments Overseas: Bilateral Investments Treaties, Foreign Investment Laws and Icsid Arbitration. Client Note*. Londres: Lovells LLP., 2007, 24 pp.

172. OCDE. Organization for Economic Cooperation and Development. *International Investment Law: a changing landscape*. París: OECD, 2005, pp, 127-161.

173. Osterling Parodi, Felipe. «La necesidad de unificar las normas sobre arbitraje en Latinoamérica, como consecuencia de la globalización». Ponencia presentada en el «Congreso Internacional de Arbitraje 2007». Lima, 4 de septiembre de 2007.

174. Peterson, Luke Eric. «The global governance of foreign direct investment: maddly off in all directions». *Occassional Paper de Dialogue on Globalization*, mayo 2005, n.° 19, 29 pp.

175. Santistevan de Noriega, Jorge. «Contratos de concesión y las cláusulas que remiten al Arbitraje Internacional». Ponencia presentada en el «I Congreso Peruano Internacional de Arbitraje». Lima, 9 de abril de 2007.

176. Schreuer, Christoph. «A Decade of Increasing Awareness of Investment Arbitration and Intensive Activity: An Assessment». Ponencia de apertura en el simposio «Making the Most of International Investment Agreements a Common Agenda». París, 12 de diciembre de 2005, 9 pp.

177. Schreuer, Christoph. «Investment arbitration: A voyage of discovery». Ponencia presentada en el «SJ Berwin International Arbitration Launch». Londres, 4 de noviembre de 2004. pp. 73-77.

178. Schreuer, Christoph. «Standards of Investment Protection. Introduction: Interrelationship of Standards». Ponencia en Conferencia de Viena, 21 de septiembre de 2007.

179. Siegmann, Till. «The impact of Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investments». *Working Paper n.º 2008-22*. University of Saint Gallen Law School, 2007.

180. Tobin, Jennifer y Susan Rose-Ackerman. «Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties». Yale Law School Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper, 2005.

181. Tovar Gil, María del Carmen. «Defensa del Estado y defensa del inversionista». Ponencia presentada en el «III Congreso Peruano Internacional de Arbitraje». Lima, 29 y 30 de abril de 2009.

182. Unctad. *Recent Developments in International Investment Agreements* (2007-June 2008). Ginebra: Naciones Unidas, 2008.

183. Unctad. World Investment Report, 2007. FDI in extractive industries. Ginebra: United Nations, 2007.

184. United Nations. *Reports of international arbitral awards*. Nueva York: United Nations, 1963, p. 107.

185. Verhoosel, Gaetan. «El arbitraje de inversiones y los tribunales nacionales: algunos aspectos de una relación compleja». Ponencia presentada en el «i Congreso Peruano Internacional de Arbitraje». Lima, 12 de abril de 2007.

* El que figura en la nota de pie de página 159 (en el acápite "Libros")

* En el acápite "Artículos de revistas" pg. 231

* En el acápite "Artículos de revistas" pg. 484

* En el acápite "Material de Internet" pg. 546

Arbitraje de inversión: el dinámico y complejo fenómeno jurídico visto a través de los Tratados Bilateral de Inversión
se terminó de imprimir en el mes de
septiembre de 2017, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220, Urb. Santa Rita
Santiago de Surco, teléfono: 444-2007
Lima 33, Perú