
Solución de Controversias en Materia de Inversión Extranjera

CARLOS PAITÁN CONTRERAS

Abogado PUCP

Extracto de la Tesis para Obtener el Título Profesional de Abogado. "La Variable Solución de Conflictos en Materia de Inversión Privada Extranjera: Participación del Estado Peruano en el Arbitraje Internacional".

INTRODUCCIÓN:

Nuestra economía se encuentra en un proceso de estabilización con miras a proyectarse, en un corto plazo, algunos indicios de crecimiento de los principales índices macroeconómicos que reflejen la superación de ciertos rasgos de recesión y consolidación del ahorro interno en el sistema financiero y en el mercado de capitales; elementos, entre otros, indispensables para el crecimiento económico con recursos propios a largo plazo, sin depender excesivamente de la inversión externa y de los capitales golondrinos.

Mientras tanto, la inversión extranjera directa es nuevamente considerada un elemento importante en el fortalecimiento de los países en desarrollo y del afianzamiento del sistema de mercado, en donde la libre iniciativa privada y el libre mercado son las bases de un desarrollo sostenido acorde con la globalización económica.

Para ello, el estado peruano tiene planteada toda una política de promoción que otorga todas las garantías del caso a fin de incentivar la inversión extranjera en todos los sectores productivos, plasmados en los Decretos Legislativos 662, 757¹ y sectoriales, y ejecutados ya sea a través de los Programas de Privatizaciones, Convenios de Estabilidad Jurídica y el otorgamiento de Contratos de Licencia y Conce-

sión; compromisos que son evaluados por los inversionistas en cuanto a la factibilidad técnica y económica de la inversión a realizar.

Las cartas fuertes del Estado para atraer a los inversionistas extranjeros y ofertarnos como alternativa de país, en competencia con los estados del resto del mundo; son la estabilidad y liberalización económica, intangibilidad de los contratos consagrado en el artículo 62 de la actual Constitución Política, estabilidad tributaria y administrativa, estabilidad política, pacificación, incentivos y promoción en áreas del comercio exterior, producción y comercialización, libre remesas de utilidades y libre convertibilidad de la moneda, entre las más conocidas.

Pero, qué *efectividad* pueden tener todos los elementos antes mencionados si al surgir una controversia no contamos con un medio de solución de disputas que esté a la altura de las circunstancias y que presente una propuesta adicional de seguridad, previsibilidad e imparcialidad dentro de este abanico de incentivos a la inversión extranjera; ubicando, al mismo tiempo al estado peruano en una mejor posición de negociación de las condiciones del contrato de inversión, a fin de evitar considerar al medio de solución de conflictos como un costo susceptible de valoración económica, paralelo al detrimento de las relaciones que las partes experimentan una vez surgida la controversia.

Por ello, consideramos que la variable solución de conflictos debe ser tomada en cuenta, más aún si estamos hablando de compromisos de inversión significativos a mediano y largo plazo, y en donde una de las partes no es el gobierno de turno, sino el Estado

¹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de noviembre de 1991.

peruano, entendido como la continuidad de un ente soberano en el tiempo y espacio.

Tradicionalmente y en la actualidad, las cláusulas de solución de conflicto insertos o no en los contratos de inversión, remiten toda controversia a la jurisdicción nacional sobre la base del artículo 63 de la Constitución Política del Estado o a un Tribunal conformado por especialistas en la materia y al amparo de las reglas del arbitraje comercial internacional privado.

Opciones que *no nos* parecen las más eficientes, toda vez que en la actualidad el país ha ratificado, en ejecución del 2do. Párrafo del artículo 63 de la Constitución Política del Estado, mediante Resolución Legislativa N° 26210², la Convención de Washington de 1965, más conocida como el *Convenio Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) (ICSID, siglas en inglés)* auspiciado por el Banco Mundial, el cual crea el Centro Internacional de Arreglo de Disputas que ofrece mecanismos de conciliación y *arbitraje en materia de inversión extranjera*, subsanando las deficiencias del resto de los mecanismos de solución de conflictos en esta materia, y los temores, tanto de los Estados receptores de la inversión como de los propios inversionistas en acudir a un ente internacional, vía protección diplomática.

Al respecto trataremos, por razones de espacio, algunos puntos cruciales de dicho Centro único en su género.

Antecedentes del CIADI

La Convención de Washington, así como la creación del Centro estuvieron enmarcados dentro de una co-

yuntura política y económica mundial de cambios estructurales importantes.

Por un lado, el incremento de las relaciones económicas internacionales trajo consigo el nacimiento y formación de nuevas formas societarias y de contratación internacional que no tuvo como contrapartida un adecuado instrumento en el derecho internacional tradicional (protección diplomática) que ofreciera seguridad, previsibilidad e imparcialidad en el caso de surgir entre Estados y nacionales de otros Estados.

Paralelamente, las colonias de los países desarrollados ubicados en el continente asiático y africano específicamente, experimentaron procesos integrales de independización política, que condujeron a una ola de expropiaciones y nacionalizaciones de las empresas constituidas por capitales extranjeros, creando así un clima de tensión entre los intereses de los estados, cuyos inversionistas eran sus nacionales afectados y la soberanía del estado receptor de la inversión sobre los recursos naturales que poseen, convirtiéndose estos últimos renuentes a cualquier medio

de solución de controversias de carácter internacional, dado la no aceptación de la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia, tanto por su composición como por estar encargado de aplicar un Derecho Internacional en cuya gestión los nuevos Estados no han tenido participación.

Con el objeto de satisfacer las aspiraciones de las partes involucradas, la comunidad internacional vio la necesidad de establecer las pautas a seguir en materia de inversiones que se encuentren reflejadas en un Tratado Internacional a fin de que represente un instrumento viable y asequible, tanto para los inversionistas extranjeros como para los estados receptores³, con la participación y el auspicio de una

«Tradicionalmente y en la actualidad las cláusulas de solución de conflicto (...) remiten toda controversia a la jurisdicción nacional...»

² Publicada en el Diario El Peruano con fecha 10 de julio de 1993.

³ Sutherland. P.F. The World Bank Convention on the Settlement of Investment disputes. En: The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 21. part3, pag. 370. 1979. El autor nos comenta que hubo varios intentos antes de la Convención de Washington con el objeto de concretizar el compromiso internacional de los estados en materia de inversiones extranjeras y del arbitraje. «here have been four major attempts on a multilateral basis to revive the arbitration pattern since 1945. The initial attempt to restore arbitration (...) was presented in the Havana Charter on Trade and Employment 1948. Further efforts were made by the Abs-Schawcross Draft Convention on Investment Abroad (1959) and the OECD Draft Conventions on the Protection of Foreign Property (1962-1967). Their failure and the lack of confidence which had come to exist between foreign investors and host State posed a serious problems”.

entidad como el Banco Mundial, de reputación y prestigio donde la imparcialidad sería un elemento esencial.

Consentimiento de las Partes

Se ha previsto dar a los Estados Miembros un margen amplio de libertad a fin de someterse a la jurisdicción del Centro, tanto así que la simple ratificación del CIADI no obliga al Estado en acudir al mecanismo de solución de controversias ante dicha institución; libertad que otorga al Estado Peruano un elemento adicional en la promoción e incentivo a la inversión extranjera, mejorando el nivel de negociación del mismo en las obligaciones y compromisos que se estipulen en el contrato, siempre y cuando el Estado cuyo nacional vaya a invertir en el país sea miembro de la Convención.

A entender de DELAUME⁴, el consentimiento del Estado se presenta «*en una cláusula arbitral de un contrato de inversión o un simple intercambio de cartas (...) en una estipulación dada en la legislación doméstica sobre inversiones o mediante un tratado bilateral suscrito con el Estado cuyo inversionista es su nacional*», siendo necesario que este consentimiento sea dado por escrito.

Lamentablemente, en la actualidad el estado peruano no ha manifestado su consentimiento directamente en los contratos de inversionistas a fin de poder acceder a éste medio de solución de conflictos, prefiriéndose la jurisdicción nacional o en el mejor de los casos al arbitraje comercial sea nacional o internacional⁵.

No obstante ello, el estado ha celebrado una serie de tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones con los principales países exportadores de capitales⁶ (llamados Bilateral Investment Treaties - BIT's)⁷, entendida como una modalidad por medio de la cual los estados industrializados incentivan sus políticas de fomento a las inversiones directas con los estados en vías de desarrollo, a fin de establecer condiciones favorables para una mejor cooperación económica entre los países firmantes y, especialmente, con relación a la inversión de capitales por inversionistas de una parte contratante en el territorio de la otra.

En cuanto al tema de arreglo de controversias entre el Estado receptor y el inversionista nacional de la otra parte contratante, los BIT's no establecen uniformidad de criterios en cuanto al sometimiento de las disputas al arbitraje internacional. Así tenemos, la Convención de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrada con la Confederación Suiza⁸, determina que las diferencias entre las partes podrán ser sometidas al CIADI, una vez agotadas las instancias internas de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

En todo caso, se deja en libertad al inversionista de poder someterse a la jurisdicción del estado receptor⁹, en la resolución de la controversia y poder acceder con posterioridad a ello al mecanismo arbitral supranacional del CIADI, sin que la Resolución emitida por las Cortes a favor del estado receptor y/o los actos de los órganos gubernamentales del mismo que vulneren los derechos de los

⁴ Delaume, George, ICSID Arbitration: Practical Consideration. En: Journal of International Arbitration, Vol. 1, N° 2, 1984, pg 108.

⁵ Podemos constatar esta afirmación en base a los contratos que ha celebrado el estado peruano con: Telefónica de España, Hierro-Shougang, Chevron, Shell Prospecting and Development (Perú), B.V. sucursal del Perú y Mobil Exploration and Producing Perú Inc. sucursal peruana (Contrato de Licencia para la explotación de Hidrocarburos-Camisea) entre otros.

⁶ A la fecha, el Estado peruano ha celebrado convenios para la protección de inversiones con la República de Corea, Reino de Tailandia, Reino Unido, Francia, Suiza, Suecia, Italia, Colombia, República Popular China, España, Portugal, Paraguay, Rumania, Argentina, Dinamarca, Países Bajos, Alemania, Noruega, Finlandia, Indonesia, Venezuela y en negociaciones con Chile, Canadá, Estados Unidos de Norteamérica, Japón, entre otros.

⁷ Bilateral Investment Treaties. En: United Nations Centre on Transnational Corporations. United Nations, New York, pg. 6 "Bilateral Investment Treaties are both specific and general in nature: Specific in that they are exclusively concerned with the protection of investments originating from one contracting party in the territory to all investment coming within the normally very wide definition contained in the treaty. In other words, they are not limited to particular projects or sectors of the economy, although some bilateral investment treaties may expressly exclude certain types of investment".

⁸ Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26209.

⁹ Convenio de Promoción y Protección de Inversiones y su Protocolo celebrado con el Gobierno de la República Italiana, aprobado por D.S. N° 17-94-RE y en vigor desde el 18 de octubre de 1995, el mismo que señala en el artículo 9, inc. 3, lit a)

inversionistas¹⁰ en forma directa o indirecta, representa un obstáculo en acudir a dicha instancia arbitral.

También suele incluirse en los BIT's, la posibilidad que tiene el inversionista o el estado receptor, de someter la controversia a un Tribunal de arbitraje *ad-hoc*, de conformidad con el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI).

Una de las características de los BIT's consiste en que los estados contratantes no se obligan necesariamente, mediante el Tratado, a dejar de ejercer su derecho de brindar protección diplomática a sus nacionales (temas que analizaremos más adelante).

Si bien el ejercicio de dicho derecho es discrecional de cada Estado, los inversionistas privados nacionales partes del Estado suscriptor del BIT's, tienen a su alcance la opción en determinar el medio de solución de controversias, una vez producido el supuesto de hecho cubierto por la garantía de dicho instrumento internacional, entre ellos, en solicitar la resolución de la controversia ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversionistas (CIADI), representando - la suscripción del BIT's - la voluntad de los Estados en acudir a la mecánica arbitral del CIADI, siendo de aplicación en aquellos casos en los cuales no se haya celebrado un contrato o acuerdo de voluntades directamente entre el inversor extranjero

y el estado peruano, teniendo el carácter vinculante ante la solicitud arbitral por alguna de las partes¹¹, no operando la revocación unilateral, y en el caso de los estados miembros representa un compromiso internacional en comparecer al proceso.

Jurisdicción del Centro

No todas las controversias derivadas de una inversión extranjera se encuentran bajo la jurisdicción del Centro, sino aquellas de naturaleza jurídica o denominadas *legal disputes* según la doctrina norteamericana.

La expresión *legal disputes* ha sido empleada en forma genérica a fin de establecer los tipos de conflictos de derechos que se desprenden directamente de una inversión extranjera que se encuentran bajo la jurisdicción del Centro, dejando de lado los meros conflictos de intereses.

Sin embargo, la referencia a un conflicto de naturaleza jurídica proveniente de una inversión no se encuentra definida en la Convención. La determinación de dichos conflictos así como el concepto de inversión están supeditados al desarrollo jurisprudencial y a las nuevas modalidades que se presentan en el contexto económico mundial.

A entender de DELAUME¹², las llamadas *legal disputes* o conflictos de naturaleza jurídica, «*incluyen causas de falta de responsabilidad por caso fortuito, fuerza*

¹⁰ "(...) El inversionista en cuestión puede someter a su elección, la controversia para su arreglo a: La Corte de la Parte Contrante que tenga la jurisdicción territorial".

En este punto, cabe señalar que las Cortes Internacionales y en especial el mecanismo arbitral supranacional del CIADI no entran a tallar sobre la validez o no de los actos soberanos expedidos por los órganos e instituciones gubernamentales de los Estados receptores de inversiones en aplicación de la Teoría del Acto del Estado, sino en cuanto a los daños y perjuicios en beneficio del inversor por el incumplimiento o perjuicio ocasionado. Al respecto ver Casabonne Stoessel, Carlos. La doctrina del acto del Estado. Tesis para obtener el Título profesional de Abogado. Lima. PUCP. 1994. Asimismo, Davis, Michel C. Domestic Development of International Law: A proposal for an International Concept of the Acts of States Doctrine. En Texas International Law Journal. Vol. 20, N° 2 1085. Wetter, Gillis. Pleas of Sovereign Immunity and Act of Sovereignty Before International Arbitral Tribunals. En: Journal of International Arbitration. 1989.

¹¹ Paulsson, Jan. Arbitration Without Privity. En: ICSID Rev. FILJ. Vol. 10. N° 2, pag 237. Respecto al consentimiento expresado por los Estados en los BIT's, el autor nos comenta la existencia de casos -ante la opinión contraria a cierto tratado a favor de un tercero, el inversor, en poder acudir a la mecánica arbitral del CIADI- en la jurisprudencia que demuestra la obligatoriedad de dicho consentimiento al señalar lo siguiente: "The potential operation of BIT's in this context was illustrated in the ICSID case of Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, where the claimant, a Hong Kong company, took the position that Sri Lanka had made an undertaking to arbitrate claims by investors by virtue of article 8 (1) of the UK-Sri Lanka BIT. The Centre's jurisdiction was not challenged by the respondent. The Tribunal noted that the claimant's request for compensation remained outstanding without reply for more than the cool-down period defined in the BID and that hence AAPL became estintled to institute the ICSID arbitration proceeding's. The case thus went forward occupied by governmental security forces in violation of the State's duty under the treaty to provide protection and security. A host of similar BIT provisions seek to create international arbitral jurisdiction".

¹² Delaume, George. Op. Cit. Pg 116-117. Ver también Wetter, Gillis "Report of the Executive directors on the convention on the Settlement of Investmen Disputtes between States and National of other State: "En: Transnational Arbitration Rules, T. IV.

mayor (Actos de Dios), violación de cláusulas de los contratos de estabilidad interpretación de los contratos, incluido expropiación o nacionalización, y relacionados a demandas de daños y perjuicios», de cualquier tipo de inversión sea por contratos celebrados directamente con el estado receptor o por resoluciones judiciales, administrativas y en general de los órganos gubernamentales que implique la vulneración directa o indirecta de las inversiones realizadas, sean catalogados como inversiones tradicionales o modernas, llámese transferencia tecnológica, contratos de llave en mano, entre otros.

No Injerencia de los Estados: Relatividad de la Protección Diplomática

Es de público conocimiento que el poder judicial no representa aún el foro adecuado de solución de conflictos en materias tan especializadas como es la inversión extranjera; la celeridad, previsibilidad, economía, politización y corrupción no son argumentos fuertes que pueda ofrecer nuestro sistema judicial, ya sea desde el punto de vista jurídico como de costos económicos, más aún, la preocupación legítima de los inversionistas de no acudir a dicha vía, toda vez que el estado peruano es juez y parte de la controversia.

Así tenemos que la constitución peruana ha adoptado a la denominada Cláusula Clavo en el artículo 63, al prever la sumisión a la jurisdicción nacional y la renuncia del inversionista a toda reclamación diplomática; renuncia que es jurídicamente irre-

levante e ineficaz, toda vez que en el Derecho Internacional Público se reconoce que dicha acción es un derecho propio de los estados, no siendo vinculante para aquel la manifestación de voluntad de su nacional¹³, ni mucho menos la declaración unilateral del estado en la cual se lleva a cabo la inversión.

Con la Convención del CIADI, los estados miembros son los que se obligan mediante tratado a no ejercer el derecho a otorgar protección diplomática, establecido en el artículo 27,1)¹⁴, salvo por un par de excepciones como consecuencia del incumplimiento del estado receptor en la ejecución del laudo, a fin que las negociaciones y resolución de las controversias se

efectúe directamente entre el inversionista extranjero y el estado receptor de la inversión, sin participación ni ingerencia del estado cuyo nacional haya acudido al arbitraje ante el CIADI, que implique poner en acción los mecanismos del Derecho Internacional Público tradicional que vulnere no solo la posición del estado receptor, sino también del inversionista extranjero al configurarse la subrogación de su posición en la resolución de la controversia.

El Procedimiento Arbitral y el Lugar del Arbitraje

En cuanto al procedimiento arbitral, la Convención establece como premisa principal que las reglas del proceso estén preestablecidas y aprobadas por el Con-

«... no interferirá en el normal desenvolvimiento del proceso arbitral las leyes arbitrales domésticas...»

¹³ Al respecto, cabe mencionar el caso de la North American Dredging Company, decidido por la Comisión de Reclamaciones Generales de los EEUU y México en 1920. "En el propio caso de la N.A.D.C., la Comisión de Reclamaciones, al formular observaciones sobre renuncia del inversionista a la protección diplomática, preguntó si, con sujeción a las reglas del derecho internacional puede legalmente un extranjero hacer tal promesa, y contestó lo siguiente:

La Comisión sostiene que el extranjero si puede hacerlo, pero al mismo tiempo sostiene que éste no puede privar al Gobierno de su país de su incuestionable derecho a aplicar los recursos internacionales a las violaciones del derecho que se cometan en perjuicio de ese extranjero".

North American Dredging Company de Texas (EEUU) contra los Estados Unidos Mexicanos, 4R, Int'l Arb. Awards, pg 26, 1926, citado por Shihata, Ibrahim. "Hacia una mayor Despolitización de las Diferencias Relativas a Inversiones: El papel del CIADI y del OMGI". En: CIADI: Traducción de un documento en inglés actualizado al 31 de enero de 1992 presentado por el autor el 31 de junio de 1985 en el Congreso Internacional sobre Arbitraje Comercial celebrado en Río de Janeiro, Brasil, publicado posteriormente como artículo en IICSID Rev-FILj, pg (1986).

¹⁴ El artículo en mención señala lo siguiente: "Ningún estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que éste último estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo".

sejo Administrativo del Centro, en la cual participan los representantes de los países miembros de la Convención¹⁵, mismos que posteriormente aprueban el Reglamento Arbitral¹⁶.

Reflejo de aquella seguridad y participación de los estados contratantes, ésta se plasma en la Convención, que dispone en el artículo 44¹⁷ que las reglas y el procedimiento establecido por el Centro en la solución de la controversia es el único aplicable por el Tribunal.

Ello no significa otra cosa que el establecimiento de una instancia supranacional de solución de conflictos, toda vez que no va a depender, o mejor dicho, no interferirá en el normal desenvolvimiento del proceso arbitral las leyes arbitrales domésticas, ni de las Cortes de los lugares en donde éste se lleve a cabo¹⁸.

Complementando la idea anterior y en función a los temores que aún se mantienen vigentes de acudir a una institución, como es el arbitraje, tradicionalmente entendido como un mecanismo ubicado físicamente en el extranjero que conlleve a la posible inferioridad del estado en la solución de los conflictos en base a otro sistema legal, idioma y fuera de nuestras Cortes Nacionales.

Cabe resaltar que con el CIADI no habría tal problema, toda vez que el arbitraje, bajo los auspicios de

esta institución, se puede realizar en cualquier país del mundo que sea parte de la Convención, sin que ello implique afrontar los problemas que si acarrearía el arbitraje comercial internacional, debido a la influencia de las leyes arbitrales domésticas del lugar en donde el arbitraje se esté llevando a cabo; en palabras de VAN DEN BERG¹⁹, "el lugar del arbitraje [CIADI] es legalmente irrelevante y se puede establecer fuera de la sede del Centro" y ello se entiende por pura conveniencia de las partes; situación distinta que sucede si se opta por el arbitraje comercial²⁰ nacional o internacional.

Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral

En el arbitraje comercial privado se aplica mayoritariamente la Convención de Nueva York en el reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 24810, la misma que establece en el artículo V,2,b), la causal de desconocimiento del laudo arbitral por parte del Poder Judicial, si éste considera que el laudo a reconocer y ejecutar es contrario al orden público peruano; concepto, este último, que debe ser interpretado en forma restrictiva, toda vez que puede ser utilizado por nuestras Cortes para no otorgar el reconocimiento y ejecución de un laudo adverso al estado.

Temores que no se pueden descartar, si tenemos en cuenta que los principales contratos de in-

¹⁵ El artículo 4 (1) de la Convención señala lo siguiente: "El Consejo Administrativo estará compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes (...)"

¹⁶ El artículo 6 (1) (c) señala lo siguiente: "Sin perjuicio de las demás facultades y funciones que le confieren otras disposiciones de este convenio. El Consejo Administrativo tendrá lo siguiente:

(c) Adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y arbitraje (en lo sucesivo llamadas Reglas de Conciliación y Reglas de Arbitraje)".

¹⁷ Artículo 44: "Todo procedimiento de arbitraje, deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en las que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje (...)"

¹⁸ Gaillard, Emmanuel, Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses. Er: Comment ICSID Rev. FILj. "(...) the arbitral forum has absolutely no legal consequence in ICSID arbitration. This is because the Washintong Convention, which created ICSID, is sufficient, as a Convention, to justify the binding character of the whole arbitration system and provide, inter alia, for recourse available against an ICSID arbitration award, for provisional measures and for the enforcement of the award without any reference to any national legal order.

¹⁹ Van den Berg. Albert Jan. "Recent Enforcement Problems Under the New York ICSID Conventions" *En*: Arbitration International Rev. V. 5, N° 1, 1989. Pg. 4. "In a ICSID arbitration, the place of arbitration is therefore, legally irrelevant since it does not trigger the application of the national law on arbitration of that place".

²⁰ Un punto a considerar es el señalado por Emmanuel Gaillard. Op. Cit. Pg 138-139. "In all other of arbitration, institucional or ad hoc, the selection of the arbitration seat, whether chosen by the parties, by the arbitral tribunal or by the arbitral institucion, will inevitably entail fundamental legal consequences. The availability of provisional remedies, the procedure for setting aside an award, and the application of international conventions on recogniton and enforcement of arbitral award may depend on the arbitral seat".

versión celebrados entre inversionistas y el estado versan sobre la explotación de recursos naturales, tales como el espectro radioeléctrico, energía, hidrocarburos y minerales.

La mecánica del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral establecido por la Convención de CIADI establece en el artículo 54.1) que los estados partes de la Convención –sean importadores o exportadores de capitales– se encuentran obligados ante la comunidad internacional a reconocer el Laudo arbitral emitido por el Centro y ejecutarlo como si se tratara de una sentencia firme y vinculante dictada por un Tribunal de dicho Estado²¹.

Si bien cabe interponer recurso de anulación²² del laudo arbitral ante el Centro, el mismo será resuelto mediante la constitución de un Tribunal *ad-hoc*, integrado por nuevos árbitros, los cuales se encargarán de resolver la solicitud, y en caso, se anule el laudo arbitral, la controversia podrá ser sometida a petición de cualquiera de las partes a la decisión de un nuevo Tribunal sin que ello signifique apartarse de la jurisdicción del Centro²³.

«Una de las principales observaciones (...) es la supuesta ineficacia del Centro toda vez que (...) no ha emitido una cantidad considerable de laudos.»

Sin embargo, la Convención desarrolla y norma para el tema del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral el llamado **enforcement**, más no el llamado **executio**²⁴, es decir, la Convención ofrece un procedimiento simplificado de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, limitando la intervención de las Cortes nacionales, a diferencia del **executio**, el mismo que no constituye un acto de ejecución del laudo, sino un acto previo al mismo, en el sentido que las leyes domésticas de los estados serán las aplicables a fin de concretizar el mandato de los árbitros, mediante la ejecución del laudo contra los bienes de la parte deudora que tenga en el ámbito internacional, pudiendo no ejecutarlo conforme a una interpretación unilateral de la ley del foro.

En todo caso, la credibilidad del sistema económico en la comunidad internacional y la creación de falsas expectativas a los inversionistas, son elementos suficientes que los estados tomarán en cuenta, ante la posibilidad de desconocer un laudo emitido por dicha institución, con las implicancias de la reactivación del derecho del estado del nacional perjudicado y amparado por el CIADI en otorgar protección diplomática.

²¹ «Un ejemplo del mismo, podemos apreciar en el caso de S.A.R.L. Benvenuti et Bonfat contra el Gobierno de la República del Congo, sentencia del 26 de junio de 1981, el Tribunal declaró que:

Las disposiciones [del CIADI] ofrecen un procedimiento simplificado para el reconocimiento y ejecución (exequátor simplificado) y restringen la función del Tribunal designado para los fines del Convenio por cada Estado contratante para verificar la autenticidad del laudo certificado por el Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (...) luego de reconocimiento del Laudo, el Congo procedió a cumplirlo”.

Citado por Shihata, Ibrahim, Op. Ct. Pg 10.

²² Artículo 52(1) de la Convención señala que “cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General en uno o más de las siguientes causas: a) Que, el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente, b) que el Tribunal se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades, c) que hubiera habido corrupción del algún miembro del Tribunal, d) que hubiera quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o e) que no hubiera expresado en El laudo los motivos en que se funde”.

²³ Tal como señalara la doctrina, estamos ante un sistema autosuficiente con el objeto de no permitir la injerencia de las Cortes nacionales de algunos de los estados contratantes en el proceso arbitral, caso contrario en lo que sucede en la práctica del arbitraje comercial privado, por cuanto en éste último, al ser declarado la nulidad de un laudo arbitral por los tribunales, la resolución de la controversia estará a cargo del órgano jurisdiccional, salvo la intención de las partes en acudir al arbitraje. Con la mecánica del CIADI, se evita dicha contingencia no prevista por las partes y en especial de la parte cumplidora.

²⁴ Artículo 55 de la Convención: “Nada de lo dispuesto en el artículo 54, se interpretará como derogatoria de las leyes vigentes en cualquier estado contratante relativa a la inmunidad en materia de ejecución de dicho estado o de otro estado extranjero”. Para Van den Berg, Op. Cit. Pg. 13, esta dualidad de criterios tiene fundamentos en razones políticas y económicas al señalar que “Execution is commonly felt to be a more intensive interference with the rights of States. From the economic point of view, restrictive immunity principles applied to execution could result in foreign States refrained from investment in countries in which they know their property could be subject to execution”.

Objetivos Principales del CIADI

Una de las principales observaciones del tema, es la supuesta ineficiencia del Centro, toda vez que en lo que va de su existencia no han emitido una cantidad considerable de laudos arbitrales, sin embargo, no se toma en cuenta la cantidad de conciliaciones entre las partes antes de la emisión del laudo.

No hay que perder de vista que la eficacia del CIADI no está enfocada por ese sector, sino más bien como explica SHIHATA²⁵ “*Cuando una cláusula del CIADI dispone el arbitraje obligatorio, ha de darse por sentado que la posibilidad de la participación en el procedimiento habrá de actuar como elemento disuasivo de acciones que den lugar a la iniciación del procedimiento y como incentivo para el arreglo amistoso a través de negociaciones*”, centrando su objetivo en promover e incentivar entre los inversionistas y los estados un ambiente de mutua confianza que favorezca el incremento del flujo de recursos hacia los países en desarrollo bajo circunstancias equitativas.

Como institución supranacional, se busca consolidar en el ámbito internacional la confianza –elemento tan susceptible en materia de inversiones- y las expectativas de los estados receptores de inversiones y de los mismos inversionistas al establecer **un foro neutral y despolitizado** de solución de conflictos en materia de inversión extranjera; bondades que no ofrece la jurisdicción nacional, ni el arbitraje comercial privado.

Las Llamadas Cláusulas Patológicas y su Presencia en las Cláusulas Arbitrales Pactadas por el Estado: El Caso Shougang

Teniendo en cuenta la jurisprudencia del arbitraje comercial internacional así como de los tribunales internacionales y de algunos casos cuyos laudos arbitrales emitidos por el CIADI han sido declarados

nulos posteriormente²⁶, surge la figura en la doctrina de las llamadas Cláusulas Patológicas.

Básicamente para que una cláusula arbitral no sea catalogada de patológica, ésta debe de cumplir con una serie de requisitos, no para que demuestre la existencia de un convenio arbitral, sino con el objeto que sea un instrumento eficiente en el supuesto que se presente algún conflicto entre las partes. La doctrina general recomienda tener en cuenta el procedimiento arbitral a elegir, número y mecanismos de elección de los árbitros, lugar del arbitraje, idioma, ley aplicable al convenio arbitral y al fondo de la controversia, renuncia de apelación, renuncia de inmunidad soberana, optando en todos los casos por un arbitraje institucional.

Como bien explica PARK²⁷, “*las partes de un contrato internacional que quieran llevar al arbitraje sus potenciales conflictos futuros deben de señalarlo claramente. Una tímida referencia entre arbitraje y litigio, requerirá de un elemento más allá del mutuo consentimiento en orden a crear un proceso vinculante de resolución de conflictos*”, adicionalmente a ello, cabe señalar que la redacción de cláusulas de arbitraje deben estar en función a la importancia y naturaleza de las materias que pueden ser objeto de la controversia; en este sentido, el CIADI sería una institución más adecuada en la solución de conflictos derivados de un contrato de inversión extranjera, puesto que se busca despolitizar la controversia y aprovechar las ventajas que ofrece en comparación con otros medios de solución de conflictos.

Sin embargo, la realidad nos demuestra un esquema diferente: Un ejemplo claro, entre otros, resulta ser la privatización de Hierro-Perú y la transferencia a la empresa china Shougang²⁸ demuestran ello. La cláusula Décima Segunda del referido contrato de inversión señala lo siguiente: “*El Comprador se somete expresamente a la jurisdicción de las Cortes de la República del Perú y, de conformidad con lo esta-*

²⁵ Op. Cit. Pg 13-14.

²⁶ Problemas de nulidad de laudos arbitrales surgieron en dos casos de arbitraje bajo los auspicios del CIADI debido a la ambigüedad y/o falta de claridad de la cláusula arbitral: Klöckner Industrie-Anlagen GmbH. Klöckner Belge S.A. y Klöckner Handelsmatppij B. V. Contra República del Camerun y Societe Camerounaise des Engrais (ICSID caso N° AAARB/81/2) y amco Asia Corp. Pan american Development, Ltd y P.T. amco Indonesia v. República de Indonesia (ICSID caso N° ARB/81/1).

²⁷ Park, William. “Arbitration of International Contract Disputes” En: The Business Lawyer. Vol. 39, Ag. 1984, p. 1783 – 1784.

²⁸ Las principales cláusulas del Contrato de Compra-Venta de Acciones y Compromisos de Aportes de Capital de Hierro Perú por parte del Consorcio Chino Shougang fue publicado en el Diario La República, Sección Documentos, pg. 8, del 9 de mayo de 1996.

blecido en el artículo 136 de la Constitución Política del Perú, renuncia expresamente a toda reclamación diplomática”.

Sin desmerecer la labor de nuestro Poder Judicial, no creemos que sus integrantes se encuentren debidamente preparados y capacitados para poder afrontar un problema derivado de un contrato de inversión, más aún, puede prestarse a presiones políticas a fin de obtener un determinado resultado: Respecto al segundo párrafo, que es una constante en los contratos de inversión, pero que en la práctica del derecho internacional es meramente literal.

Desarrollando la cláusula Décima Segunda del contrato de privatización de Hierro-Perú, ítem 12.3 señala lo siguiente: “En la eventualidad de una disputa o disputas entre las partes o sus sucesores **sobre materias financieras** cuando el monto o montos involucrados excedan US\$ 500,0000.00, se aplicará el siguiente procedimiento (...), cualquier parte puede iniciar procedimiento arbitral en Londres, Inglaterra, **de acuerdo a reglas internacionales de arbitraje...**”

Nosotros nos preguntamos ¿En qué consisten las materias financieras y cuáles son esas reglas internacionales de arbitraje?. La preocupación está latente, puesto que en caso de presentarse un conflicto las partes van a tener que acordar (salvo que los árbitros tengan autoridad para ello) y determinar claramente qué regla o reglas arbitrales se aplican. Situación que se pudo y debió prever en un principio cuando la relación de las partes se encontraba en buen momento y que podría conllevar a circunstancias imprevisibles como consecuencia de esta ambigüedad en la cláusula arbitral.

CONCLUSIONES

Uno de los mayores riesgos que la comunidad internacional observa en nuestro país, es que casi todo el poder recae en la personalidad del Presidente de la República; si bien ello es parte de todo un proceso de internalización y consolidación de instituciones; contamos en la actualidad con un instrumento internacional valioso, sumados al MIGA y OPIC, a fin de ofrecer mayores expectativas y seguridades ante riesgos no-comerciales a los inversionistas a nivel de la comunidad internacional, al margen del tipo de gobierno que más adelante podamos elegir.

Al igual que la gran mayoría de países asiáticos y africanos que compiten en el mercado para atraer inversión extranjera, en la actualidad nos encontramos en una mejor posición de ofertarnos como país susceptible de recibir y otorgar las seguridades del caso a la inversión foránea; más aún si tomamos en cuenta que el Perú es uno de los pocos países de Sudamérica en ratificar el CIADI, el mismo que puede marcar la diferencia en que un inversionista decida o no venir a invertir al país.

Finalmente, el CIADI es un elemento más para consolidar la confianza y reducir los efectos del riesgo-país hacia inversionistas en el ámbito internacional; si bien está pensado para incentivar la inversión extranjera, es también un medio adecuado para el reconocimiento de los derechos contractuales establecidos por las partes, sin la interferencia de los países más desarrollados; si partimos de la premisa que el estado no es siempre el que incumple. **■**