

## EL ARBITRAJE EN INVERSIONES EN EL FUTURO ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL PERÚ - ESTADOS UNIDOS

**Franz Kundmüller Caminiti\***

*La Ley General de Arbitraje fue promulgada a mediados de los años noventa. Con dicha norma, el Perú estableció un sistema alternativo y dinámico de solución de conflictos. Sin embargo, dicha Ley debe estar acorde con lo establecido en los diversos tratados que el Perú ha ratificado en materia de arbitraje, toda vez que aquellos forman parte del Derecho nacional.*

*De esta manera, y dada la importancia que revisten aquellos tratados, el autor realiza un análisis sobre los efectos que tienen en el campo de las inversiones, así como la armonía y conflicto que se podría generar en la aplicación de los diversos sistemas arbitrales, nacionales y comparados, y la actuación que se debería tener en el Derecho público y privado para afrontar estos nuevos retos que trae consigo la globalización.*

\* Profesor en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor en la Maestría de Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Gerente de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE.

## 1. LA IMPORTANCIA DEL ARBITRAJE EN INVERSIONES EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Hacia fines del año 2005, el universo global de Acuerdos Internacionales de Inversiones (en adelante, "AII") comprendía alrededor de cinco mil. El Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos (en adelante, "APC"<sup>2</sup>) formará parte de aquel universo, en especial, debido a las reglas de Derecho Internacional de las Inversiones (en adelante, "DII") establecidas en su Capítulo sobre inversiones o Capítulo X<sup>3</sup>, las mismas que serán comentadas mas adelante.

El volumen total de AII se expande significativamente en el mundo desde la segunda mitad de la década de los años noventa en adelante. Ante la inexistencia de un tratado multilateral en materia de inversiones<sup>4</sup>, la aceleración de dicha expansión sin precedentes se ha desatado luego de la caída del Muro de Berlín y de la disolución de la Unión Soviética. Esto contrasta con lo que ha sido la evolución del comercio y de las finanzas, con posterioridad a los Acuerdos de Bretton Woods<sup>5</sup>. Es decir, en el campo de las inversiones no se cuenta con un tratado multilateral ni con la institucionalidad de, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio o el Fondo Monetario Internacional. De otro lado, los países desarrollados siguen siendo los grandes protagonistas del auge de las inversiones en el

mundo, pues reciben el 68% del total y colocan el 93% del total de inversiones, a partir de un marco jurídico descentralizado y plural<sup>6</sup>.

Hoy existen factores dinamizadores de las inversiones en el ámbito transfronterizo como el progresivo incremento de la participación en el comercio global de los países del Sudeste Asiático y de las potencias económicas emergentes como la China Continental y la India, entre otros<sup>7</sup>. En suma, los AII forman parte de los instrumentos jurídicos transnacionales<sup>8</sup> de la última globalización y coadyuvan en la conformación del *global marketplace* o mercado global<sup>9</sup>.

De otro lado, los AII incorporan una gama de medios de solución de controversias como la negociación directa entre las partes, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Dichos medios se aplican, generalmente, a las controversias entre inversionistas extranjeros y estados, en el marco del DII<sup>10</sup>. Dependiendo del tipo de AII, estos también comprenden medios de solución de controversias Estado-Estado. Estos medios se caracterizan por su concepción relacional<sup>11</sup> para atender conflictos en el ámbito transnacional.

Es así como, en términos generales, los medios de solución de controversias inversionista - Estado se pueden poner en práctica con prescindencia

<sup>1</sup> De conformidad con la nomenclatura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante UNCTAD). En: [www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068&lang=3](http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068&lang=3).

<sup>2</sup> El Acuerdo de Promoción Comercial, negociado originalmente entre los Países Andinos y los EE.UU. es un TLC (y también es un AII), pero será mencionado en adelante como APC, con referencia precisamente al APC Perú-EE.UU. que se encuentra en proceso de ratificación en el Congreso de los EE.UU., habiendo sido recientemente ratificado por el Congreso de la República del Perú.

<sup>3</sup> Ver el Capítulo X en: [www.tlperu-eeuu.gov.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf](http://www.tlperu-eeuu.gov.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf).

<sup>4</sup> Es conocido el fracaso de la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD) para constituir un Tratado Multilateral en materia de Inversiones (MAI). Graham califica de "victoria pírrica de alcance global" la que lograron ciertas Organizaciones no Gubernamentales (ONGs), al haber provocado, a fines de los años noventa, la suspensión de las respectivas negociaciones multilaterales. Esto desembocó, finalmente, en la "bilateralización del Derecho Internacional de las Inversiones (DII)" y en el retiro de Francia de las negociaciones del MAI, el 14 de octubre de 1998. Francia alegó para su retiro de las negociaciones que el MAI simplemente no prosperaría, en especial, en lo referente a una serie de temas y dificultades de consenso en el ámbito cultural y de las inversiones extranjeras. Algunos analistas han sostenido que la postura del gobierno francés obedecía más bien, y en realidad, a la necesidad política de mantener en ese momento la coalición gubernamental o "cohabitación" de la derecha, a la que justamente pertenecía el primer ministro Chirac. El retiro de Francia de las negociaciones del MAI satisfacía el interés de las fuerzas de la coalición socialista-comunista que justamente cogobernaba con el ministro Chirac. Esta situación se impuso y, finalmente, determinó el retiro de Francia de las negociaciones. Con el retiro de este país de las negociaciones del MAI, la alianza política interna francesa se mantuvo, pero se frustraron las negociaciones multilaterales de la OECD y, por ende, la posibilidad de contar hoy con un tratado multilateral unificado sobre la materia que, a su vez, hubiera unificado el DII. Ver: GRAHAM, Edward. "Regulatory Takings, Supranational Treatment and the Multilateral Agreement on Investment: Issues raised by Nongovernmental Organizations". Symposium: The International Regulation of Foreign Direct Investment: Obstacles & Evolution. National Treatment of Foreign Investment: Exceptions and Conditions. Cornell International Law Journal. 1998. pp. 613-614.

<sup>5</sup> PETERSMANN, Ernst. "International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order". Ulrich. 1987. En: The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory. The Hague, Boston, Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers. p. 227.

<sup>6</sup> UNCTAD. En: [www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=2111&lang=1](http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=2111&lang=1).

<sup>7</sup> CASSESE, Sabino. "El Espacio Jurídico Global". En: Revista de Administración Pública. Madrid. 2002. p. 13.

<sup>8</sup> ZUMBANSEN, Peer. "Transnational Law". En: Encyclopedia of Comparative Law. Jan Smits (editor). 2006. pp. 738-754.

<sup>9</sup> STEINGART, Gabor. "Globalisierung: Gleicher Lohn für Gleiche Arbeit". En: Spiegel Magazin. En: [www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,436345,00.html](http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,436345,00.html).

<sup>10</sup> Sobre DII y los Tratados de Libre Comercio, ver: KUNDMÜLLER, Franz. "El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio". En: Revista Peruana de Arbitraje. Lima: Grijley. 2006. pp. 119-178.

<sup>11</sup> GUERRA MARTIENERE, Luis Felipe. "Algunos aspectos principistas de un nuevo Derecho". En: Derecho 27. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1969. p. 86.

de las respectivas jurisdicciones estatales nacionales<sup>12</sup>. Es más, las otras opciones de gestión o solución de controversias no podrían “competir” con las ventajas estructurales y técnicas que ofrece el arbitraje en materia de inversiones. Dichas ventajas han venido expandiéndose aun más durante la última globalización<sup>13</sup>. Otras opciones para resolver este tipo de conflictos se encuentran hoy prácticamente en desuso y consisten en:

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

Por cierto que la última opción es hoy inadmisibile y en los tres primeros casos encontramos las limitaciones técnicas propias<sup>14</sup> de la jurisdicción estatal “estática” o los respectivos problemas de confianza entre las partes. Como se aprecia a partir de diversas fuentes, la jurisdicción estatal “estática” no ha sido concebida ni diseñada para abocarse eficiente ni eficazmente a la solución de controversias de rai-gambre jurídico-económico transnacional, alcance transfronterizo y expresión dinámica<sup>15</sup>.

Las limitaciones de la jurisdicción estatal “estática” son, en este ámbito de especialización jurídica, similares a las que encontramos en la gestión y solución de conflictos comerciales o de tipo patrimonial, de alcance intra o transfronterizo. Se trata de limitaciones estructurales que determinan que hoy sea indispensable la aplicación del arbitraje comercial nacional o

internacional<sup>16</sup>, según sea el caso y de conformidad con el marco jurídico que corresponda. A tal punto que, de acuerdo a algunas fuentes muy bien documentadas, nos encontramos ante el surgimiento de la *lex mercatoria procesal*, expresada en el arbitraje contemporáneo<sup>17</sup>.

Los Alls reflejan parte del espacio jurídico global, transfronterizo y transnacional, conformado por la conjunción de los tratados internacionales de tipo económico y financiero<sup>18</sup>, primordialmente, Tratados de Libre Comercio (en adelante, “TLCs”). Los Alls coexisten entre sí y con una amplia gama de otros tratados internacionales, tanto de cooperación económica como de integración regional. En consecuencia, existe un universo jurídico complejo en el cual se está dando el desarrollo y la aplicación de los medios de solución de controversias en los Alls, en especial, respecto de temas como la cláusula de la nación más favorecida (en adelante, “NMF”) y sus efectos jurídicos homologadores, en el marco del DII<sup>19</sup>.

Es en este contexto en el que se practica el arbitraje híbrido entre inversionistas y estados. Dicho arbitraje es el resultado de la aplicación de las disposiciones contenidas en los capítulos de inversiones de los TLCs y de los Tratados Bilaterales de Inversiones (en adelante, “TBIs”). Se le denomina arbitraje híbrido, pues se ubica jurídicamente en una posición intermedia entre el arbitraje entre privados y el arbitraje entre estados, contando con características propias y un alto nivel de especialización que lo hacen compatible con los contenidos transaccionales y transnacionales de las inversiones.

Los TLCs y los TBIs son dos tipos específicos de Alls que contienen reglas de DII. La doctrina especializada explica que los capítulos de inversiones

<sup>12</sup> Podrían existir excepciones o un trato diferente de este asunto en lo que concierne a los Alls norte-norte, a diferencia de los Alls norte-sur. En efecto, en el caso del acuerdo de libre comercio Canadá-USA previo al NAFTA, no existía un régimen de arbitraje especializado en inversiones como el del Capítulo XI del NAFTA.

<sup>13</sup> Lo que abunda a favor de la teoría de la deslocalización del arbitraje. Ver: AL FARHAN, Farhan. “The Procedural Law Applicable to Arbitration. The Seat Theory & Delocalisation Theory”. International Commercial Arbitration: Center for American and International Law. En: [www.cailaw.org/academy/magazine/farhan\\_paper.pdf](http://www.cailaw.org/academy/magazine/farhan_paper.pdf).

<sup>14</sup> Con esto no se niega el rol que corresponde a la jurisdicción estatal nacional, la misma que, finalmente, concurre con otros medios de solución de controversias de carácter nacional e internacional, como el arbitraje, la conciliación y otros, de donde surge la necesidad de promover la eficiencia y perfeccionamiento de los vasos comunicantes que existen entre todos estos medios y la actividad jurisdiccional del Estado, a fin de asegurar y consolidar en la práctica el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales del Estado y la competitividad de las economías nacionales en el ámbito internacional.

<sup>15</sup> CALLIESS, Galf-Peter. “Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System”. En: German Law Journal 17. Volumen 2. p. 2.

<sup>16</sup> WEINBERG, Karyn. “Equity in International Arbitration: How Fair is “Fair”? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition”. En: Boston University International Law Journal. 1994.

<sup>17</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. “Globalization of Arbitral Procedure”. En: Vanderbilt Journal of Transnational Law 36. 2003. pp. 1313-1333.

<sup>18</sup> KUNDMÜLLER, Op. Cit. p. 133.

<sup>19</sup> Los primeros antecedentes de la cláusula NMF se remontan al Siglo XII, período de gran expansión de la *Lex Mercatoria* en Europa. Posteriormente, en 1778, se incorpora por primera vez en un tratado de Comercio, Amistad y Navegación celebrado entre Francia y los EE.UU. Ver: OECD. “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”. Working Papers on International Investment Number 2004/2. p. 3.

en los TLCs son equivalentes en su contenido a las disposiciones contenidas en los TBIs. De modo que, mientras los TLCs regulan la integridad de la relación jurídico-económica entre los estados, los TBIs regulan exclusivamente los temas relativos al tratamiento de las inversiones<sup>20</sup>. Pero, en ambos casos, se trata de medios que se orientan a la promoción de inversiones mediante la aplicación del DII.

A su vez, el arbitraje contenido en los TLCs y en los TBIs mantiene una base jurídica especializada, articulada a partir de tratados internacionales que armonizan con los principales tratados internacionales en materia de arbitraje y con el respectivo *soft law*<sup>21</sup>, como la Convención de Panamá y la de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos<sup>22</sup>, respectivamente, o el Tratado o Convención de Washington que creó el Centro Internacional de Solución de Controversias Inversionista - Estado (en adelante, "CIADI"<sup>23</sup>), entre otros.

De otro lado, los 5,000 AIs que existen en el mundo comprenden alrededor de 2,400 TBIs. A lo que se suman más de 2,600 acuerdos para prevenir la doble tributación y un número múltiple de acuerdos preferenciales de libre comercio y promoción de inversiones, además de diversos tratados de integración económica regional, entre otros acuerdos multilaterales y plurilaterales<sup>24</sup>.

Aquel contexto comprende formas de tratamiento jurídico específico, con diferentes ámbitos de aplicación y vigencia en el tiempo. Pero de otro lado,

también se caracteriza por contar con lineamientos básicos comunes que sustentan el desarrollo normativo y regulatorio del DII contemporáneo. Por su parte, los laudos arbitrales resuelven controversias entre inversionistas y estados en aplicación de disposiciones de AIs e influyen en la interpretación y evolución jurídica de la vasta red de AIs que existe en el mundo. Conforman, así, la jurisprudencia blanda o *soft jurisprudence* que hoy es consultada en prácticamente todos los arbitrajes en inversiones.

La influencia de los laudos es creciente, descentralizada y especializada, a tal punto que los últimos AIs incorporan consecuencias, conceptos y categorías jurídicas producidas mediante jurisprudencia generada en sede arbitral. En cierta forma, esta producción jurisprudencial se convierte en una fuente indirecta del DII. En cuanto al volumen de casos, hacia noviembre de 2005 hay un progresivo y sostenido crecimiento tanto de arbitrajes ante el CIADI, como ante otros foros diferentes a aquel. Lo cierto es que el volumen acumulado de casos sigue creciendo. Ha llegado a un total de 219 entre 1987 y el año 2005 y todo indica que esta progresión seguirá su curso expansivo, a medida que evoluciona la última globalización<sup>25</sup>.

La que sigue es la relación de países que han sido y/o son parte demandada en arbitrajes de conformidad con información que ofrece UNCTAD entre 1987 y el año 2005. Según la misma fuente, esta información es meramente referencial, pues en modo alguno consigna el número total de casos existentes en el mundo<sup>26</sup>:

Argentina 42	Albania 1
México 17	Bangladesh 1
Estados Unidos 11	Barbados 1
India 9	Bolivia 1
República Checa 8	Bulgaria 1
Egipto 8	Croacia 1
Ecuador 7	El Salvador 1
Polonia 7	Francia/Reino Unido 1
Federación Rusa 7	Alemania 1

<sup>20</sup> KUNDMÜLLER. Op. Cit. p. 133.

<sup>21</sup> Por citar un ejemplo, las reglas de la Internacional Bar Association para la actuación de pruebas en los arbitrajes internacionales, que se suelen incorporar por decisión de las partes o de los árbitros. En: [www.ibanet.org/images/downloads/IBA%20rules%20on%20the%20taking%20of%20Evidence.pdf](http://www.ibanet.org/images/downloads/IBA%20rules%20on%20the%20taking%20of%20Evidence.pdf).

<sup>22</sup> Ver: [www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html).

<sup>23</sup> Ver: [www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm).

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

Canadá 6	Ghana 1
República de Moldavia 5	Guyana 1
Chile 4	Indonesia 1
República Democrática del Congo 4	Kyrgyzstan 1
Kazakhstan 4	Lituania 1
Rumania 4	Malasia 1
Ukrania 4	Mongolia 1
Hungría 3	Myanmar 1
Pakistan 3	Paraguay 1
Venezuela 3	Perú 1
Algeria 2	Portugal 1
Burundi 2	Arabia Saudita 1
Estonia 2	Serbia y Montenegro 1
Georgia 2	Eslovenia 1
Jordania 2	España 1
Latvia 2	Trinidad y Tobago 1
Líbano 2	Túnez 1
Marruecos 2	República Unida de Tanzania 1
Filipinas 2	Vietnam 1
Sri Lanka 2	Yemen 1
Turquía 2	Zimbabwe 1
Emiratos Árabes Unidos 2	Desconocidos 9
	Total de casos de arbitraje en inversiones: 219

La influencia de la actividad arbitral especializada en inversiones se traduce de distintas maneras. Por ejemplo, hoy destaca la importancia de los laudos como referente técnico-jurídico para las futuras negociaciones de AIs y para el planeamiento estratégico de dichas negociaciones. En tal sentido, los más recientes AIs como el APC, el TLC Países Andinos - EE.UU., el TLC Chile - EE.UU., el TLC Australia - EE.UU., entre otros, están influenciados positivamente por la evolución arbitral internacional en materia de DI<sup>27</sup>.

Para aquellos casos arbitrales en inversiones que se encuentren en curso, también resultan relevantes los arbitrajes respecto de temas similares, no obstante que diversos temas sustantivos del DI requieren de un tratamiento

específico por la vía del caso por caso o *case by case basis*, a partir del AI que corresponda. Las disciplinas que comprende el DI son principalmente: los alcances de la cláusula de la NMF en función de otros AIs, el trato nacional, el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, el régimen de expropiaciones directas e indirectas, los requisitos de desempeño, el tránsito de personal, empresarios y especialistas, entre otras<sup>28</sup>.

El arbitraje inversionista - Estado, previsto en la mayoría de los AIs, tiene la finalidad de generar progresivamente un efecto de balance entre inversionistas y estados, entre lo público y lo privado, coadyuvando a la promoción de las inversiones extranjeras<sup>29</sup>. Ello también supone procurar un

<sup>27</sup> Ver: KUNDMÜLLER, Franz. "Arbitrajes Mixtos y Ley Aplicable en el TLC Países Andinos con USA". En: Revista Peruana de Arbitraje. Número 2. Lima: Grijley. 2006. pp. 227-249.

<sup>28</sup> SORNARAJAH, M. "The International Law on Foreign Investment". Press Syndicate of the University of Cambridge: Cambridge University Press. United Kingdom, EE.UU., Australia, Spain, South Africa. 2004. p. 552.

<sup>29</sup> A efectos de promover inversiones, se debe agregar la relevancia de una variada gama de factores, como son: la seguridad jurídica interna, el riesgo país, la competitividad, las capacidades institucionales públicas y privadas, la vigencia del Estado de Derecho, el nivel de confianza ciudadana en las instituciones públicas y privadas, el derecho interno especializado en la materia, los tratados internacionales en vigencia para el país, entre muchas otros. Por lo pronto, UNCTAD informa respecto del volumen de cambios jurídicos e institucionales producidos en el ámbito global, por parte de los países del mundo en materia de inversiones, en donde se puede apreciar una proyección interesante que demuestra la evolución de la última globalización, dado que, mientras en 1991 solamente 35 países introdujeron cambios en sus regímenes de inversiones, en el año 2003, lo hicieron 82 países, es decir, más del doble. A su vez, mientras en 1991 solamente se pudieron registrar a escala global unos 80 nuevos tipos de regulación administrativa más favorables a la inversión extranjera, en el año 2003, se registraron 220. En: UNCTAD World Investment Report: The Shift Towards Services. United Nations Publication. Suiza. p. 8.

balance entre países exportadores y países importadores de capital. No obstante que, como se ha señalado líneas arriba, los flujos de entrada y salida de inversión se concentran, principalmente, en los países exportadores. Esto cobra particular importancia para el caso peruano que, como sabemos, requiere de ingentes recursos a ser destinados en la inversión en infraestructura y otros ámbitos.

En efecto, el Perú es un país importador de capital que no constituye una excepción en este competitivo ámbito global para atraer inversiones. Esto se debe a sus crecientes necesidades internas y a sus limitaciones para captar inversiones. Un reciente estudio explica que el Perú mantiene un déficit general de inversión en infraestructura. El déficit por este concepto asciende a 30,365 millones de dólares, es decir, cerca del 40% del PBI nacional, siendo incluso superior a la deuda pública peruana<sup>30</sup>. Dicho déficit limita severamente las posibilidades de desarrollo del país, en especial cuando las fuentes internas de financiamiento y el ahorro interno resultan insuficientes para cubrirlo; a lo que se suman los costos de los pasivos sociales que subsisten y merecen atención prioritaria. Los indicadores económicos que proyecta el país en el ámbito internacional grafican lo dicho<sup>31</sup>. Adicionalmente, a efectos de incrementar la competitividad del Perú<sup>32</sup> y su inserción global, resultaría indispensable triplicar las inversiones en infraestructura, pasando del actual uno por ciento del Producto Bruto Interno al tres por ciento<sup>33</sup>. Sin perjuicio de que no ha existido unidad de criterio respecto de la forma como se configuran y definen los esperados efectos positivos de la inversión<sup>34</sup>, los estudios más recientes demuestran que los AII, y en especial los TBIs, contribuyen efectivamente a atraer inversiones hacia los países importadores que son parte en los mismos<sup>35</sup>.

## 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS AIIS

Las posibilidades de acceso directo de un inversionista privado a un foro internacional han estado históricamente mediatizadas por el hecho y la necesidad de que su Estado de origen le brinde la protección diplomática del caso<sup>36</sup>, para luego, por la vía del endoso<sup>37</sup>, el mismo Estado proceda a hacer suya la reclamación del inversionista<sup>38</sup>. Procede así con la finalidad de recurrir al foro arbitral correspondiente o para lograr soluciones políticas o diplomáticas que pongan fin a la controversia<sup>39</sup>. Evidentemente que esta estructura pasa por el interés soberano del Estado de brindar la protección del caso al ciudadano de su nacionalidad, requiriendo que éste solicite oportunamente la protección, ejerciendo sus derechos como ciudadano<sup>40</sup>.

Esta concepción jurídica de la figura del endoso a partir de un acto soberano y la resistencia histórica de los estados para proporcionar protección diplomática y representar los intereses de sus connacionales o subrogarse en la posición de estos mediante el endoso, pasó a convertirse en la mayor motivación para el desarrollo de los AII, en especial, de los TBIs, en los años 70 y 80 del siglo pasado, los que, a su vez, configuran la matriz jurídica de las normas especializadas para la solución de controversias entre inversionistas y estados, recogidas en la estructura jurídica híbrida del NAFTA y de los sucesivos AII, en plena etapa inicial de la última globalización<sup>41</sup>. El inversionista se "liberó" así de su Estado de origen, contando ahora con el derecho, de ser el caso, a recurrir en forma directa a la solución de la controversia por vía del arbitraje en inversiones.

### 2.1. Los Tratados Jay de 1794 y el DIJ

Del mismo modo, los instrumentos jurídicos internacionales contemporáneos que hoy sirven de

<sup>30</sup> Ver: DU BOIS, Fritz y Javier TORRES. "Déficit y Sobrecostos de la Economía Peruana". En: Revista de Economía y Derecho. 2006. p. 7.

<sup>31</sup> Ver: indicadores de Naciones Unidas para el caso peruano. En: [unstats.un.org/unsd/mdg/Data.aspx?cr=604](http://unstats.un.org/unsd/mdg/Data.aspx?cr=604).

<sup>32</sup> Ver: reporte del Foro Económico Mundial sobre competitividad: [www.weforum.org/en/index.htm](http://www.weforum.org/en/index.htm).

<sup>33</sup> Declaraciones de José Luis Guasch, consejero regional de América Latina para Regulación y Competencia del Banco Mundial. Publicado en Agencia de Noticias Andina. 10 de octubre de 2006. En: [www.andina.com.pe/NoticiaDetalle.aspx?id=100789](http://www.andina.com.pe/NoticiaDetalle.aspx?id=100789).

<sup>34</sup> Ver: MORAN, Theodore. "Inversión Extranjera Directa y Desarrollo". Londres: Oxford University Press. 2000.

<sup>35</sup> Ver: NEUMAYER, Eric y Laura SPESS. "Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?" Londres: LSE Research Online. Febrero de 2006. En: [eprints.lse.ac.uk/archive/00000627](http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627).

<sup>36</sup> Resulta de interés para el Perú el Caso Canevaro, ocurrido a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, entre Perú e Italia. En: Revista CARETAS 1660. 2001. "El Caso Canevaro".

<sup>37</sup> RAMACCIOTTI, Beatriz. "Estudios de Derecho Internacional". Lima: Instituto Peruano de Relaciones internacionales. 1990. pp. 73 y siguientes.

<sup>38</sup> Pero bajo este esquema, la protección estatal se ha basado consuetudinariamente en el derecho a la protección diplomática y no en la tutela estatal a partir del Derecho Internacional de las Inversiones.

<sup>39</sup> WILTSE, Jessica. "An Investor State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas: Lessons from NAFTA". Capítulo 11. En: Buffalo Law Review 51 Buffalo Law Review 1145. 2003. p. 1152.

<sup>40</sup> De conformidad con el Derecho Internacional, el Estado se encuentra en la libertad (soberana) de proceder al endoso y, de otro lado, los derechos del nacional son irrenunciables, de modo que la prohibición de recurrir a la protección diplomática contenida en la legislación de América Latina, a partir del auge de la Doctrina Calvo, no llegó a tener el carácter vinculante de otras normas de Derecho Internacional. RAMACCIOTTI, Beatriz. Op. Cit. pp. 73 y siguientes. Ver además: CREMADES, Bernardo. "Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America. A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues". En: Dispute Resolution Journal. Mayo de 2004. pp. 78 y siguientes.

<sup>41</sup> WILTSE, Jessica. Op. Cit. p. 1151.

marco jurídico para regular las relaciones entre inversionistas y estados, conformando la base del DII, se ubican también en los primeros acuerdos esencialmente comerciales concertados por EE.UU. durante los tiempos inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Los encontramos en la forma de acuerdos de navegación, amistad y comercio. En aquel entonces, la regulación de las inversiones no se encontraba expresamente prevista de la forma en que hoy lo hace un AII, un TBI o un TLC de última generación<sup>42</sup>.

Cabe destacar en este punto que, en esencia, los TLCs contemporáneos incorporan, en el respectivo capítulo de inversiones<sup>43</sup>, la estructura jurídica transnacional propia de un TBI y de los correspondientes medios de gestión de conflictos, incluyendo el arbitraje inversionista - Estado. Tanto en los TLCs como en los TBIs se hace hoy viable el acceso directo o *ius standi* del inversionista, dándole a éste la posibilidad de iniciar un arbitraje en contra de un Estado ante un foro internacional y creando así un nuevo estándar que se ha consolidado en el ámbito del DII<sup>44</sup>.

Siguiendo con la evolución histórica de las estructuras jurídicas especializadas para el tratamiento de la inversión, es recién con posterioridad a 1946 cuando EE.UU. procedió a la ratificación de 23 TBIs, cosa que se extendió hasta el año de 1966, reeditando así la tradición de los Tratados Jay celebrados con el Reino Unido durante los tiempos *post* coloniales<sup>45</sup>. Como se ha precisado, los Tratados Jay incorporaron por primera vez, en tiempos modernos, la entonces muy controvertida posibilidad de que los particulares puedan litigar contra un Estado<sup>46</sup>.

Claro que la experiencia de los Tratados Jay, aunque definidos hace más de dos siglos como “veniales” por Thomas Jefferson, corresponde a una época

específica. Fue en 1794, una vez concluida la guerra de la independencia, cuando el negociador americano John Jay<sup>47</sup>, por encargo de su Gobierno, generó facilidades en el marco de los acuerdos de amistad, comercio y navegación, para que los acreedores británicos de los tiempos de la “descolonización” americana recurran a la vía arbitral para resolver disputas derivadas de supuestas usurpaciones de patrimonio por parte de los independentistas.

No está demás mencionar que, en aquella época, los EE.UU. eran una nación “subdesarrollada”, emergente y deudora. Adicionalmente, las políticas de estado de los EE.UU. se encontraban esencialmente orientadas por los principios del nacionalismo económico<sup>48</sup>. La alternativa tremendamente onerosa e impensable para resolver estas disputas, hubiera sido, nuevamente, la guerra.

## 2.2. La relevancia de la *post* Segunda Guerra Mundial para el DII

Pero la “primera etapa de desarrollo de los AIIs”, cuyo antecedente histórico fueron los Tratados Jay, no logró una expansión significativa en el caso de EE.UU. Posteriormente, y luego de la Segunda Guerra Mundial, son los países europeos los que toman la iniciativa, dando lugar a la “segunda etapa de desarrollo de los AIIs”. Ésta se intercala con la primera etapa en la década de los años cincuenta<sup>49</sup>. En este caso, una de las motivaciones históricas para la negociación y ratificación de TBIs, fue el proceso de descolonización respecto del remanente de colonias europeas. Éstas resultaron emancipándose a raíz de los resultados de la Segunda Guerra Mundial.

Adicionalmente, y como consecuencia de la guerra mundial, los países vencidos en la guerra –y sus ex colonias– pasaron a ser importadores netos de

<sup>42</sup> SALACUSE, Jeswald y Nicholas SULLIVAN. “¿Do BITS really work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand Bargain”. En: Harvard International Law Journal 46. p. 87.

<sup>43</sup> Nos referimos, por ejemplo, al Capítulo 11 del NAFTA; al capítulo correspondiente del TLC Chile-EE.UU.; o al capítulo correspondiente del TLC CAFTA-EE.UU.

<sup>44</sup> MANNING-CABROL, Denise. “The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors”. En: Law and Policy in International Business 26. Symposium: The United States and Transition Economies: Legal and Business Strategies for Public and Private Success. p. 1169.

<sup>45</sup> La ratificación de dichos tratados no fue pacífica en EE.UU. Como señala Alford: “When news of the terms of the treaty broke, there were literally mobs in the streets. Chief Justice John Jay was declared a traitor and burned in effigy. George Washington’s reputation was assailed as never before, with Thomas Jefferson describing the treaty as a “monument of venality”. Ver: ALFORD, Roger P. “The American Influence on International Arbitration.” En: Ohio State Journal on Dispute Resolution 19. 2003. p. 72.

<sup>46</sup> TIETJE, Christian. “Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten”. En: Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht, Martin Luther Universität, Halle- Wittenberg. Heft 10. 2003. p. 5.

<sup>47</sup> En su oportunidad, presidente de la Corte Suprema de los EE.UU.

<sup>48</sup> AGUILAR ALVAREZ, Guillermo y William PARK. “The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11”. En: Yale Journal of International Law. 2003. p. 266.

<sup>49</sup> SALACUSE, Jeswald. Op. Cit. p. 87.

capital, ante la devastación que dejó el conflicto. En este punto resulta de sumo interés tener en cuenta que tanto los Tratados Jay del siglo XVIII como el CIADI o ICSID del siglo XX, surgen en momentos históricamente diferentes de “descolonización”, por contraste con la génesis de los TBIs europeos que estuvo influenciada por las situaciones económicas críticas y hasta desastrosas de sus gestores y por su imperiosa necesidad de atraer inversiones para la reconstrucción, lo que se realizó en medio del surgimiento del bipolarismo como modo de organización geoestratégico global, a partir del rivalismo desatado entre los EE.UU. y la Unión Soviética como potencias nucleares con aspiraciones hegemónicas mundiales.

### 2.2.1. El modelo europeo de All

De otro lado, y en el ámbito global, la República Federal de Alemania dio inicio a la “segunda etapa de desarrollo” de los Alls. Lo hizo mediante la firma de un TBI con Pakistán en 1959, procediendo luego a firmar una serie de acuerdos similares con otros países en vías de desarrollo. Hoy sigue siendo el país Europeo con mayor volumen de TBIs en el mundo, manteniendo, en consecuencia, una clara política de promoción de inversiones que se ha extendido durante varias décadas<sup>50</sup>.

Suiza, Francia, el Reino Unido y los Países Bajos siguieron el ejemplo alemán. Precisamente, se atribuye al primer TBI alemán la incorporación de la primera “cláusula paraguas”, que se nutre del principio del *pacta sunt servanda*. Ésta tuvo por objeto brindar protección jurídica y cobertura de tratado internacional a los contratos, autorizaciones o acuerdos de inversión celebrados entre estados e inversionistas.

Se facilitó así la calificación y tipificación de las relaciones jurídicas eventualmente no cubiertas por las protecciones propias del Derecho Inter-

nacional, subsumiéndolas al marco jurídico del All y transformándolas en relaciones protegidas por el DII y por el respectivo All, ante el cumplimiento de determinados requisitos<sup>51</sup>.

Hacia la década de los años 70 del siglo pasado, los países europeos ya habían firmado cerca de 170 TBIs<sup>52</sup>; la gran mayoría de estos Alls se celebraron con sus propias ex colonias. Una serie de factores han sido identificados como promotores de la expansión de los Alls y, en especial, de los TBIs europeos de la *post* Segunda Guerra Mundial, por contraste con la no expansión de los acuerdos promovidos por EE.UU. correspondientes a la primera etapa antes descrita. Desde la doctrina, se sostiene que los acuerdos europeos de la llamada “segunda etapa” eran menos exigentes y más flexibles con los países en vías de desarrollo<sup>53</sup>.

Las características antes mencionadas se apreciaban en lo que concierne a una mayor laxitud al demandar garantías legales respecto de temas como la libre convertibilidad, la abolición de requisitos de *performance* o rendimiento de las inversiones en el territorio del Estado receptor, la protección respecto de las expropiaciones, entre otros factores, destacando su mejor adaptación a los tiempos de descolonización del período histórico respectivo.

### 2.2.2. El relanzamiento del modelo norteamericano de All

El éxito del modelo europeo determinó que, finalmente y recién en 1981, los EE.UU. lanzaran un nuevo programa de desarrollo de TBIs, tomando en cuenta la experiencia europea en la materia y la coyuntura internacional de la época<sup>54</sup>. Dicho programa ha sido renovado en dos oportunidades<sup>55</sup>: una en el año 1994 y la otra en el año 2004. Eso se ha hecho mediante el perfeccionamiento del respectivo “modelo de TBI” de los EE.UU.<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> UNCTAD. IIA Monitor, International Investment Agreements. 2006. Op. Cit. p. 8.

<sup>51</sup> WÄLDE, Thomas. “The Umbrella (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases”. En: Transnational Dispute Management. Volumen 1. Punto 4. Octubre 2004. pp. 1-87.

<sup>52</sup> SALACUSE, Jeswald. Op. Cit. p. 87.

<sup>53</sup> Algo similar ocurre en la actualidad cuando se negocia bajo el modelo de EE.UU. un TLC o un APC, por contraste con lo que es negociar un TLC con la Unión Europea. Mientras, en el primer caso los temas sociales son rebasados por completo por los temas económicos del libre mercado, en el segundo caso la agenda es una de tipo económico-social que tiene en cuenta las respectivas asimetrías. KUNDMÜLLER, Franz y Salvador HERENCIA. “Estrategias para la Agenda Económico Social de la Comunidad Andina”. En: Comisión Andina de Juristas, Corporación Andina de Fomento. 2006. pp. 104-116.

<sup>54</sup> SALACUSE, Jeswald. Op. Cit. p. 74.

<sup>55</sup> Es pertinente señalar que esta iniciativa se complementa en EE.UU. con la ley especializada correspondiente. En la actualidad, The Trade Act 2002, que fija los objetivos para las negociaciones internacionales que llevan a cabo los EE.UU., los mismos que sirven de guía a los negociadores americanos desde agosto de 2002 en las negociaciones del TLC con Chile, Singapur y en la OMC, incluyendo las negociaciones del TLC con los Países Andinos y el CAFTA. Estos objetivos establecen la necesidad de que exista un balance entre la posibilidad de que los inversionistas americanos puedan recurrir directamente al arbitraje entre inversionistas y Estados, pero de otro lado, señala la necesidad de que se protejan los intereses de los EE.UU. como potencial demandado en estos escenarios. GANTZ, David. “The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the UNITED STATES-CHILE Free Trade Agreement”. American University International Law Review 19. 2004. pp. 693 y siguientes.

<sup>56</sup> Ibid. p. 690.

En septiembre de 2004, los EE.UU. ya habían firmado 45 TBIs<sup>57</sup>. A su vez, un fenómeno reciente es el que concierne a la exportación de capitales por parte de países no occidentales, procediendo también estos a negociar TBIs en forma creciente. Es así como, en 1997, Japón ya había firmado cuatro TBIs y Kuwait había firmado veintidós<sup>58</sup>. La última modalidad de incorporación de reglas de DII es la que se produce en el caso de los TLCs de última generación, en los correspondientes capítulos de inversiones como el Capítulo X del APC.

Entender entonces al arbitraje entre inversionistas y estados establecido en el marco de los AII sólo es posible en la medida en que se tenga en cuenta la vinculación de las disciplinas que encontramos sobre esta materia, tanto en los antiguos tratados “tipo Jay” como en los TBIs y TLCs que vienen evolucionando y proliferando en forma notable durante la última globalización.

En todos estos casos, pero con algunas variaciones, se verifica la posibilidad de que los estados puedan ser llevados a tribunales arbitrales internacionales por los interesados que actúen de conformidad con lo establecido en un Acuerdo Internacional de Inversiones. Así, se está creando paulatinamente un nuevo estándar internacional<sup>59</sup>. Evidentemente, los modelos jurídicos, que en estos casos sirven para que los privados puedan tener *ius standi*, también han evolucionado considerablemente a lo largo del tiempo<sup>60</sup>.

En esencia, la *ratio legis* del capítulo de inversiones en un TLC de última generación como el APC<sup>61</sup> tiene dos propósitos con miras a la armonización y creación de balances entre lo público y lo privado en el ámbito jurídico transnacional, que a efectos del DII, comprende la relación trilateral de los principales actores involucrados en una inversión. Es decir, la relación entre el Estado de la nacio-

nalidad del inversionista con el Estado receptor o importador de la inversión, así como la relación del inversionista con su Estado de origen y con el Estado receptor o importador de la inversión.

El primer propósito consiste en suministrar un conjunto de estándares obligatorios para el tratamiento de las inversiones y de los inversionistas por parte del Estado receptor de la inversión. Dichos estándares incluyen, por ejemplo, la definición de inversión cubierta, el trato nacional, el trato de la NMF<sup>62</sup>, el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, las restricciones a la aplicación de requisitos de desempeño, la libertad de designar o nombrar personal especializado y las libertades de tránsito de ejecutivos, la libertad de transferencia de fondos y la protección respecto de las expropiaciones directas o indirectas de carácter predatorio. Estas disposiciones suelen estar agrupadas en la sección A de los capítulos de inversiones<sup>63</sup>.

El segundo y no menos importante propósito consiste en que la Sección B de dicho capítulo regula los medios de gestión y solución de conflictos entre inversionistas y estados. Estos medios resultan de aplicación exclusiva para los casos en que se vulnere las disposiciones de la Sección A del capítulo de inversiones. En consecuencia, la Sección B contiene disposiciones para que los inversionistas puedan recurrir a un arbitraje especializado en la materia cuando se produce la violación de las disciplinas reguladas en la Sección A.

### 3. EL CAPÍTULO DE INVERSIONES EN EL APC Y SUS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

#### 3.1. Importancia de la definición de “inversión cubierta”

El APC contiene en su Capítulo X sobre inversiones las disposiciones sobre DII que obligan a las partes

<sup>57</sup> Por contraste, Cuba mantiene una agresiva política de desarrollo de TBIs, habiendo negociado en los años noventa, más de cuarenta TBIs. En: PÉREZ L, Jorge y TRAVIESO D. “The Contribution of BITS to Cuba’s Foreign Investment Program”. En: Law and Policy in International Business. 2001. p. 570.

<sup>58</sup> SALACUSE, Jeswald. Op. Cit. p. 87.

<sup>59</sup> TIETJE, Christian. Op. Cit. p.17.

<sup>60</sup> Si bien casi el 100% de la literatura sobre arbitraje y solución de controversias entre inversionistas y estados se concentra en la necesidad de privilegiar y facilitar el acceso de los inversionistas a los sistemas o foros internacionales, cabe referir, en este punto, que la Convención ICSID contiene disposiciones que permiten que también un Estado recurra en contra de un inversionista en vía de conciliación o arbitraje. Esto está previsto en los artículos 28 y 36 de la Convención. No obstante, la aplicación de la Convención depende del consentimiento manifestado por las partes en un Acuerdo Internacional de Inversiones o en un Convenio Arbitral especial y sus estipulaciones. De otro lado, la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones consagró, en su oportunidad, el principio de igualdad en el caso AMCO: “Thus, the Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host state, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of developed and of developing countries”. En: UNCTAD. Course on Dispute Settlement, International Centre for the Settlement of Investment Disputes. 2.1. Overview. UNCTAD/EDM/Misc.232. 2003. p. 11.

<sup>61</sup> Además del Capítulo de inversiones, los TLCs de última generación comprenden normas que regulan los siguientes temas: acceso a mercados (productos industriales, textiles y agricultura), medidas sanitarias y fitosanitarias, administración aduanera, reglas de origen, servicios, propiedad intelectual, políticas de competencia, compras del estado, barreras técnicas al comercio, salvaguardias y medidas disconformes; solución de controversias; transparencia y asuntos institucionales; asuntos laborales; asuntos ambientales; fortalecimiento de capacidad comercial y cooperación.

<sup>62</sup> Ver el Caso Maffezini respecto de la aplicación de este principio al arbitraje entre inversionistas y estados. En: ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English\_001.pdf.

<sup>63</sup> GANTZ, David. Op. Cit. pp. 693 y siguientes.

que han ratificado el tratado. Estas comprenden la Sección A (artículos 10.1 al 10.14) sobre reglas o derecho sustantivo del DII y la Sección B (artículos 10.15 al 10.27) sobre medios de solución de controversias. A lo que se suma una sección C sobre definiciones. Las secciones en mención son parte del DII que hoy se encuentra plasmado en miles de AIs.

Es usual que a las secciones A, B y C se sumen los anexos correspondientes. En el caso del Capítulo X se incluyen los anexos 10-A al 10-H que serán materia de comentario más adelante y que definen con mayor claridad y precisión una serie de temas recogidos en el articulado del cuerpo principal del Capítulo X, especialmente respecto del contenido jurídico de las secciones A y B del APC.

Cabe reiterar que las disposiciones del Capítulo X no son ajenas al DII ni exclusivas del APC, ya que adoptan estructural, sustantiva y adjetivamente el modelo jurídico generalmente recogido hoy en un número muy amplio de AIs que se encuentran vigentes en el mundo, en especial en los TLCs y en los TBIs, los mismos que, a su vez, han ido evolucionando a partir de la experiencia jurisprudencial arbitral generada en el marco de dichos AIs.

De otro lado, el artículo 10.1 define el ámbito de aplicación del Capítulo X y la cobertura del mismo, precisando "*para mayor certeza*" que las disposiciones del capítulo no se aplican a inversiones preexistentes al APC (ver numeral 10.1.3). Esta disposición es de suma importancia pues elimina las incertidumbres que se pudieran generar a partir de controversias preexistentes al acuerdo<sup>64</sup>. En consecuencia, las controversias preexistentes no están cubiertas por el APC<sup>65</sup>.

Adicionalmente, el numeral 10.2.1 precisa la relación entre el Capítulo X y los demás capítulos del APC. Queda establecido que "en el caso de existir cualquier incompatibilidad entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad". En todo caso, el Capítulo

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

Las definiciones en mención forman parte del tratado y configuran obligaciones y derechos internacionales para las partes en el APC y, en su oportunidad, para las partes en conflicto en el marco del Capítulo X, incidiendo, así, en la posibilidad o imposibilidad de someter a arbitraje determinada controversia. De hecho, uno de los mecanismos procesales de defensa que se suele utilizar por parte de los estados en los arbitrajes inversionista - Estado consiste en tratar de demostrar que la controversia deriva de una inversión "no cubierta", ya sea por no encontrarse ésta tipificada en el AI, o porque cronológicamente la controversia se presentó en un momento en el que el AI no estaba vigente ni brindaba cobertura.

Es así como en el Capítulo I del APC, en la parte que se refiere a las definiciones generales del APC, consta el concepto de "inversión cubierta" que rige para todo el tratado y que, a su vez, remite al artículo 10.28 de la Sección C que se ha citado anteriormente: "inversión cubierta: significa, con respecto a una Parte<sup>66</sup>, una inversión, de acuerdo a la definición del artículo 10.28 (Capítulo de Inversiones, Definiciones), en su territorio de un inversionista de otra Parte que exista a la fecha de entrada en vigor de este Tratado o sea establecida, adquirida, o expandida posteriormente".

En consecuencia, tanto las definiciones contenidas en el Capítulo X del APC como la definición general de "inversión cubierta" antes citada, son de suma importancia y establecen con precisión los alcances y límites de lo que se entiende técnica y jurídicamente como inversión dentro del APC. Si de conformidad con el APC nos encontrásemos ante una controversia que no verse sobre una inversión cubierta, en consecuencia, estaríamos ante una

<sup>64</sup> Como es de conocimiento público, EE.UU. condicionó el desarrollo de las negociaciones del APC, exigiendo la solución de una serie de "conflictos pendientes" de empresas americanas en el Perú. Algunos de estos conflictos fueron arbitrados en aplicación de la legislación peruana y otros fueron resueltos en sede judicial. En consecuencia, el APC toma en cuenta esta realidad; de lo contrario, es muy probable que EE.UU. hubiera presionado para que se pueda aplicar el APC en forma retroactiva.

<sup>65</sup> Los tribunales arbitrales que resuelven controversias en el ámbito de los AIs y dentro del marco del DII establecen su competencia a partir de la materia, el factor cronológico (aplicación del AI en el tiempo) y la persona que inicia las actuaciones arbitrales, es decir, se debe de tratar de un inversionista, una inversión y todo ello bajo el ámbito de aplicación temporal del AI. La doctrina y jurisprudencia arbitral derivada de AIs abunda respecto de estos factores de definición de competencia y el ejemplo específico del la conjugación de estos factores se encuentra plasmado en el reglamento de arbitraje del CIADI. Ver: [www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm).

<sup>66</sup> Se refiere a la parte Estado que es parte en el tratado (APC) debidamente ratificado.

controversia que no podría ser resuelta en aplicación de ninguno de los medios de solución de conflictos tipificados por la Sección B del Capítulo X.

### 3.2. Conceptos de excepción al de “inversión cubierta” que concurren en el Capítulo X

#### 3.2.1. Medidas Disconformes

Adicionalmente al concepto de “inversión cubierta” se debe de tomar en cuenta el efecto de las “medidas disconformes”<sup>67</sup> al cual se refiere el artículo 10.13 del Capítulo X, de modo que dichas medidas, por ejemplo, han sido listadas en el Anexo I del APC<sup>68</sup>, a efectos de que no se genere ningún efecto que permita o sirva de base para que un inversionista pueda recurrir al sistema de solución de controversias por la presunta violación de las disciplinas del DII contenidas en la Sección A del Capítulo X.

Por ejemplo, en la relación de diversas medidas disconformes listadas por el Perú, se encuentra la disposición constitucional peruana que prohíbe la propiedad de extranjeros en zona de frontera<sup>69</sup>. De modo que un inversionista titular de una “inversión cubierta”, de conformidad con el Capítulo X, no podría en este caso alegar la violación del trato nacional regulado en la Sección A del Capítulo X del APC, como causal para activar el medio de solución de controversias, en caso las autoridades peruanas le prohibieran legítimamente ser propietario de terrenos en zona de frontera.

#### 3.2.2. Medio ambiente

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

Esta disposición también recoge una tendencia internacional que se registra en el DII, cuando se trata de la protección del medio ambiente. En

consecuencia, el prerrequisito es que la medida de protección ambiental debe ser compatible con el Capítulo X, pero se fundamentará en la necesidad de tomar en cuenta las necesidades de carácter ambiental. Esto implica que el Estado mantiene sus atribuciones de imperio en lo referente a los temas materia de comentario en este punto.

#### 3.2.3. Régimen de denegación de beneficios

El artículo 10.12 precisa los supuestos en los que no cabe que el inversionista o la inversión cuenten con los beneficios reconocidos en el Capítulo X. Entre otros criterios detallados en el artículo, encontramos el de la nacionalidad de los propietarios de una empresa así ésta haya sido constituida en el territorio de uno de los estados parte del APC, cuando la nacionalidad de dichos propietarios es diferente a la de los estados parte en el APC. Otro criterio utilizado es el de la relevancia de las actividades comerciales, entre otros. El artículo permite contar con mayor precisión para identificar a los que efectivamente tienen derecho a los beneficios del APC, incluyendo la posibilidad de recurrir a los correspondientes medios de solución de controversias previstos en la Sección B del Capítulo X.

#### 3.2.4. Expropiaciones y bienestar público, anexo 10-B

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

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

<sup>67</sup> De conformidad con el diccionario comercial de la Organización de Estados Americanos, una medida disconforme es cualquier ley, regulación, procedimiento o práctica que viola ciertos artículos del acuerdo de inversión. Por ejemplo, una ley que prohíba al inversionista de otro país miembro ser propietario de una fábrica no es conforme con el artículo sobre trato nacional. En: [www.sice.oas.org/dictionary/IN\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_s.asp).

<sup>68</sup> La relación de medidas disconformes listadas por el Perú pueden consultarse en: [www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo\\_I-PERU.pdf](http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-PERU.pdf). Del mismo modo, las medidas disconformes enunciadas por EE. UU. se pueden consultar en: [www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo\\_I-EUA.pdf](http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-EUA.pdf).

<sup>69</sup> En: [www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo\\_I-PERU.pdf](http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-PERU.pdf).

pública”, “interés público”<sup>70</sup> o “utilidad pública”.

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

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

### 3.3. De los medios de solución de controversias en el Capítulo X del APC

#### 3.3.1. Medios no adjudicativos

De acuerdo con las últimas tendencias en materia de gestión de conflictos dentro de los AII, el artículo 10.15 ha previsto, como una etapa previa, que las partes en litigio resuelvan sus controversias respecto de una “inversión cubierta”, mediante la aplicación de otros medios diferentes al arbitraje inversionista - Estado. Esta tendencia se registra después de las experiencias arbitrales del NAFTA<sup>71</sup>.

En tal sentido, en el artículo se utiliza la nomenclatura “consultas y negociación, (...) procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes”. Esta es una disposición que recoge el interés de las partes en el APC de reducir los costos de transacción que supone la gestión del conflicto inversionista - Estado.

Esto se propicia en la medida en que se permite en el Capítulo X la posibilidad de que las partes

en conflicto eviten al principio los modelos adjudicativos de solución de controversias como el arbitraje. En consecuencia, se entiende que estos serán utilizados una vez que los “procedimientos de carácter no obligatorio” hayan fracasado.

#### 3.3.2. Arbitraje

La estructura de la Sección B del Capítulo X, al igual que en la mayoría de AII, se orienta a otorgarle al inversionista de la nacionalidad de una parte en el APC la posibilidad de iniciar las actuaciones arbitrales ante la ocurrencia de determinados supuestos. En tal sentido, la definición de demandante, en la Sección C del Capítulo X, precisa que “significa el inversionista de una Parte que es parte de una controversia relativa a inversiones con otra Parte”. Del mismo modo, la definición de demandado “significa la Parte<sup>72</sup> que es parte de una controversia relativa a una inversión”.

Esto quiere decir que los estados parte no podrían interponer demandas contra los inversionistas de la otra parte en el APC, ya que el sistema arbitral del capítulo está estructurado para ser puesto en práctica específicamente por el inversionista respecto de controversias relativas a una inversión y donde los estados son considerados como demandados. Con lo que la vía que corresponde al Estado, a efectos de resolver controversias en el APC, se limita al mecanismo de gestión de conflictos Estado - Estado que contiene el Capítulo XXI<sup>73</sup>.

No obstante, en este punto debemos tener en cuenta que el DII ha reconocido en diversas oportunidades, por vía de la doctrina y la jurisprudencia arbitral especializada, la necesidad de preservar el equilibrio entre inversionistas y estados. En tal sentido, y sin perjuicio de lo establecido en el APC, potencialmente es posible que un Estado pueda llevar a cabo un arbitraje ante el CIADI, siempre que se cumplan determinados supuestos como el consentimiento de las partes para hacerlo, entre otros<sup>74</sup>.

Del mismo modo, cabe destacar en este punto que en el caso AMCO el Tribunal Arbitral interpretó que

<sup>70</sup> En reciente sentencia del Tribunal Constitucional del Perú se ha interpretado la estabilidad de los contratos en un sentido que podría entrar en conflicto con el APC. Se ha señalado que los contratos de concesión, conforme su regulación en el Derecho peruano, pueden ser modificados e incluso dejados sin efecto por el Estado, siempre que medien razones de interés público. De esta manera se relativiza el alcance del artículo 62 de la Constitución Política del Estado sobre imposibilidad de modificar los contratos. Ver caso Empresa de Transportes Sol del Perú, expediente 2488-2004-AA/TC. En: [www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html).

<sup>71</sup> UNCTAD. “Investor-State Disputes arising from Investment Treaties: A Review”. En: *UNCTAD Series on International Investment Policies*. New York, Geneva. UNCTAD/IIT/2005/4. 2005.

<sup>72</sup> Con referencia a la parte en el APC y no a la parte en el litigio a resolver en aplicación de la Sección B del Capítulo X.

<sup>73</sup> Ver: [www.tlcp Peru-eeuu.gob.pe/downloads/documento/21.Solucion\\_de\\_Controversias.pdf](http://www.tlcp Peru-eeuu.gob.pe/downloads/documento/21.Solucion_de_Controversias.pdf).

<sup>74</sup> KUNDMÜLLER, Franz. Op. Cit. p. 161.

la Convención CIADI se orienta a proteger de la misma manera y con el mismo vigor tanto a los inversionistas como al correspondiente Estado receptor de la inversión. El Tribunal resaltó que la protección a la inversión extranjera finalmente implica proteger tanto a los países exportadores como a los importadores de capital en pie de igualdad<sup>75</sup>. Esto significa que, bajo el amparo del CIADI, y tomando en cuenta los medios que provee dicha convención, un inversionista podría acceder a un arbitraje en el que el Estado parte de la convención formule reclamaciones en contra. Esta sería una vía no prevista en el APC, pero posible en la medida que tanto el Perú como EE.UU. son parte de la Convención CIADI<sup>76</sup>.

### 3.3.2.1. Inicio del arbitraje

#### 3.3.2.1.1. Aspectos generales

El numeral 10.16.1 precisa la posibilidad de iniciar un arbitraje como consecuencia de la violación de las disciplinas contenidas en la Sección A, tanto para el caso del inversionista como para el caso del demandante que representa a una empresa radicada en el territorio de la parte o Estado parte en el APC.

A ello se suma la eventual violación de acuerdos y autorizaciones de inversión. Respecto de las autorizaciones de inversión, en la nota a pie 15 de la Sección C sobre definiciones se señala que “las Partes reconocen que, en la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, ninguna de las Partes tiene una autoridad de inversiones extranjeras que otorgue autorizaciones de inversión”. Ambos estados parte en el APC mantienen una política de apertura en la materia, pero en caso la legislación interna cambie, entonces la violación de autorizaciones y acuerdos podría interpretarse como una violación al Capítulo X.

El consentimiento de los estados parte en el APC para recurrir al arbitraje como consecuencia de una demanda presentada por un inversionista en el marco del Capítulo X, está expresado de manera puntual y anticipada en el artículo 10.17, incluyendo el consentimiento para recurrir y aplicar el arbitraje del CIADI, las disposiciones de la Convención de Nueva York y las disposiciones de la Convención de Panamá sobre reconocimiento y

ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que son los casos en donde se requiere la expresión oportuna del consentimiento.

En la gran mayoría de arbitrajes derivados de la aplicación de AIs, las reclamaciones tienen origen en la violación de las disciplinas que, por ejemplo, contiene la Sección A del Capítulo X<sup>77</sup>. Debe tenerse en cuenta que en el presente caso y en principio, no se trata de un arbitraje comercial, de modo que la materia arbitrable está determinada y delimitada exclusivamente por los alcances de las disposiciones contenidas en el Capítulo X del APC y sus respectivos anexos, a diferencia de lo que ocurre en el tráfico comercial privado.

#### 3.3.2.1.2. Notificación de intención de arbitrar y plazo para iniciar actuaciones

Sin perjuicio de la aplicación de los medios no adjudicativos previstos en el artículo 10.15, a efectos de recurrir al arbitraje de conformidad con la Sección B del Capítulo X, el demandante debe proceder a notificar previamente y 90 días antes su intención de arbitrar conforme lo precisa el numeral 10.16.2.

Este tipo de disposiciones tienen la finalidad de contar con oportunidades adicionales para el manejo de la controversia y agotar así todas las posibilidades que permitan encontrar soluciones satisfactorias para las partes en el marco del APC, tomando en cuenta que una de las partes en conflicto es un Estado y que éste requiere de una coordinación compleja y plazos mayores para estructurar adecuadamente sus respuestas y, de ser el caso, su estrategia de defensa.

La notificación a que se refiere el artículo en mención detalla lo siguiente:

- “(a) el nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa;
- (b) por cada reclamación, la disposición de este Acuerdo, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable;

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> Ver: [www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm).

<sup>77</sup> Es decir, violación del trato nacional, del trato de la NMF, de los niveles mínimos de trato (protección y seguridad plenas, trato justo y equitativo), violación del régimen de expropiación e indemnizaciones, del régimen de transferencias y de las disposiciones sobre requisitos de desempeño, entre otras. Como se ha señalado, todas estas disciplinas jurídicas forman parte del DII.

- (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y,
- (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados”.

Nuevamente, en esta relación de asuntos a presentar con la notificación de la intención de recurrir al arbitraje, el inversionista o demandante debe señalar la disposición puntual del APC que ha sido violada, entendiéndose la disposición que corresponda específicamente a la sección A del Capítulo X que ocasiona la reclamación. Esto implica que no debe de tratarse de una medida disconforme o que haya base para la denegación de beneficios u otros factores ya señalados líneas arriba en los puntos 3.2.1 a 3.2.4.

Del mismo modo, el demandante debe detallar la fundamentación de hecho y de derecho en la que funda su reclamación y la reparación correspondiente. Si bien el Capítulo X no precisa cuáles son las sanciones por no proceder oportunamente con la notificación formal de la intención de arbitrar, se entiende que ésta es una sección importante de la cadena de actos que debe ejecutar el demandante para poder iniciar las actuaciones arbitrales.

De conformidad con el numeral 10.16.3 del Capítulo X, deberán de haber transcurrido seis meses de ocurrida la controversia para que el interesado pueda iniciar las actuaciones arbitrales. Como se ha comentado, el inicio de las actuaciones arbitrales se dará previo intento de solución directa de la controversia por medios no adjudicativos. En principio, el referido numeral autoriza al inversionista a iniciar el arbitraje ante el CIADI, mediante un arbitraje institucional internacional inversionista - Estado. Del mismo modo, es factible que se inicie un arbitraje *ad-hoc* mediante la aplicación de las reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o por sus siglas en inglés: UNCITRAL<sup>78</sup>.

Adicionalmente, las disposiciones del artículo materia de comentario también permiten que las partes en la controversia se sometan a un arbitraje ante un centro de arbitraje o ante una institución arbitral privada del lugar que pacten las partes. A su vez, el numeral 10.16.4 precisa cuando es que se entiende sometida a arbitraje una reclamación en cada uno de los supuestos ya detallados en el numeral anterior (10.16.3), otorgando claridad respecto del momento exacto en que ello ocurre

y refiriéndose expresamente a la base jurídica que corresponde.

De otro lado, el anexo 10-E establece además, en su numeral 1(a) en forma general, un plazo de un año para que los inversionistas puedan presentar reclamaciones diferentes a las derivadas de la violación del trato nacional y de la NMF.

### 3.3.2.1.3. Condiciones y limitaciones al consentimiento para arbitrar

En la Sección B del Capítulo X del APC se establecen una serie de limitaciones al consentimiento para arbitrar controversias entre inversionistas y estados. Por lo pronto, existe una limitación temporal, en el sentido de que ninguna controversia podrá ser materia de arbitraje una vez transcurridos tres años “a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada (...)” (numeral 10.18.1). Esto implica que el Estado eventualmente demandado puede usar estos medios de defensa para atacar la “arbitrabilidad” de la controversia, interponiendo las excepciones del caso.

Del mismo modo, en los numerales 10.18.2 a 10.18.4 se establecen otro tipo de limitaciones al consentimiento, las cuales implican un importante avance frente a lo que ha sido la experiencia del NAFTA, en los arbitrajes inversionista - Estado, eliminando prácticamente las posibilidades de que se dupliquen demandas en contra de los estados que son parte en el APC y precisando las opciones con las que cuenta el inversionista a efectos de tramitar sus reclamos.

Por ejemplo, en el numeral 10.18.2(a) y (b) se establece la obligación de renuncia por parte del demandante en lo que concierne a recurrir a otras vías judiciales, administrativas o de otro tipo, incluyendo la arbitral, para reclamar respecto de la violación de las disciplinas contenidas en la sección A del Capítulo X y al aplicar el numeral 10.16 sobre sometimiento a arbitraje.

A su vez, el numeral 10.18.3 establece que son viables las medidas cautelares en curso antes del inicio de las actuaciones arbitrales, aunque a diferencia de diversos ordenamientos arbitrales, no precisa las atribuciones de los árbitros respecto de dichas medidas, debiendo entenderse que estos pueden modificarlas e, incluso, dejarlas sin

efecto. En este caso, no se trata propiamente de una renuncia al consentimiento, más sí de una cuestión de trámite y gestión de conflicto con miras a garantizar los resultados del arbitraje.

En el numeral 10.18.4 se extienden las mismas limitaciones que han sido establecidas en el numeral 10.18.2 al caso de las autorizaciones de inversión y a los acuerdos de inversión y a las controversias Estado - inversionista que pudieran derivarse de los mismos. Es decir, se trata de controversias que no tienen que ver directamente con la mayoría de disciplinas contenidas en la sección A del Capítulo X.

En concreto, esto significa que, en virtud de estos numerales, si un inversionista recurre a la vía jurisdiccional local, entonces ya no podrá recurrir a otras vías de solución de controversias. Este es el principio recogido a su vez taxativamente en el numeral 10.18.4 (b) para el caso de los conflictos derivados de acuerdos de inversión y autorizaciones de inversión.

Por su parte, el anexo 10-F establece que la deuda pública no está considerada dentro de los alcances del Capítulo X, salvo que el demandante pruebe efectivamente que se trata de una expropiación no indemnizada.

De otro lado, el anexo 10-G establece limitaciones para que un inversionista de los EE.UU. pueda iniciar un arbitraje respecto de la vulneración de las disciplinas contenidas en la sección A del Capítulo X, si es que se encuentra en curso su reclamación por otra vía y en el Estado receptor de la inversión, entendiéndose que dicha elección de foro es definitiva.

#### 3.3.2.1.4. Selección de árbitros y realización del arbitraje

En el numeral 10.19.1 se precisa que, salvo acuerdo en contrario entre las partes en litigio, cada parte designará un árbitro y el presidente del Tribunal Arbitral será designado de común acuerdo entre las partes. Bajo esta metodología, el capítulo X busca fomentar el consenso en la designación del presidente del Tribunal Arbitral. Se entiende que una metodología similar deberá ser aplicada en caso las partes decidan llevar a cabo un arbitraje con árbitro único.

A su vez, el Secretario General del CIADI estará obligado a designar a los árbitros de conformidad

con la Sección B del Capítulo X (ver: numeral 10.19.2). Cabe tener en cuenta que, en caso no se constituyera un Tribunal en el plazo de 75 días de sometida la reclamación a arbitraje, el Secretario General del CIADI procederá a las designaciones del caso a su discreción, incluyendo al presidente del Tribunal Arbitral.

El artículo 10.19 precisa entonces que el Secretario General del CIADI cuenta con atribuciones para designar a los árbitros. Sin embargo, como se ha señalado, ello puede ser modificado mediante acuerdo entre las partes. En cuanto a la realización del arbitraje, en el artículo 10.20 se señala que el lugar del arbitraje se precisará de conformidad con las normas que señala el numeral 10.16.3.

En consecuencia, dependiendo del tipo de arbitraje que ponga en funcionamiento el inversionista, las reglas de dicho tipo de arbitraje determinarán el lugar del arbitraje. No obstante, en el numeral 10.20.1 se permite que, a falta de acuerdo entre las partes, los árbitros puedan establecer el lugar del arbitraje, siempre que éste corresponda al territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales.

La lógica de esta disposición radica en la necesidad de brindar cobertura y seguridad jurídica a los laudos internacionales mediante la aplicación del referido tratado internacional, en tanto que los países que son parte en el APC también son parte de la Convención de Nueva York y se garantiza así la ejecución del laudo.

En el mismo artículo, en los numerales 10.20.2 y 10.20.3 encontramos una importante innovación en cuanto a permitir la presentación de comunicaciones orales o escritas por parte de terceros en los arbitrajes, facultando a los árbitros a aceptar o considerar incluso las comunicaciones de *amicus curiae* o "amigos del juzgador" que pueden coadyuvar en el proceso de formación de criterio del Tribunal Arbitral.

Esta disposición facilita a iniciativa de terceros (pero a criterio del Tribunal Arbitral) la presencia y participación de expertos en diversos temas especializados, a diferencia del artículo 10.24<sup>79</sup>. En los numerales 10.20.2 y 10.20.3 cabe incluir a las

<sup>79</sup> En este caso, se trata de expertos como pueden ser los peritos que pueda designar el Tribunal Arbitral a iniciativa propia o a pedido de parte, a diferencia del *amicus curiae*, quien puede participar incluso a iniciativa propia, pero cuya participación va a ser aceptada o no por el Tribunal Arbitral de conformidad con sus atribuciones.

organizaciones no gubernamentales que operan globalmente en diversos ámbitos que manejan temas de interés y con alcances para la sociedad civil.

Es usual, por ejemplo, que las organizaciones promotoras de la responsabilidad social de las empresas y de la defensa del medio ambiente, entre otras, participen cada vez con más frecuencia en los arbitrajes inversionista - Estado y a escala global.

A su vez, en el numeral 10.20.4 encontramos una innovación adicional en la regulación de las objeciones previas que formulen las partes respecto de la arbitrabilidad de la controversia o la falta de competencia del Tribunal Arbitral, entre otras. Es importante precisar que, por ejemplo, en el numeral 10.20.4 (b) se precisa que el Tribunal Arbitral suspenderá las actuaciones arbitrales respecto de los temas de fondo mientras se resuelve la objeción planteada por una de las partes. Esta norma es de suma importancia, pues permite desarrollar en orden el arbitraje, eliminando la posibilidad de que la discusión sobre los temas de fondo prosiga mientras se tramita la objeción al arbitraje o a la competencia del Tribunal Arbitral.

De otro lado, las medidas cautelares se encuentran reguladas detalladamente en el numeral 10.20.8, permitiendo medidas de este tipo para preservar los derechos de las partes con el fin de garantizar el pleno ejercicio de la competencia del Tribunal. Esto se extiende, por ejemplo, a la necesidad de preservar las pruebas que pudieran encontrarse bajo el poder de alguna de las partes y que sean necesarias para la formación de criterio del Tribunal Arbitral.

Es por ello que, en cuanto a cautelares, los tribunales no pueden ordenar embargos respecto de las reclamaciones arbitrables conforme el artículo 10.16, ya que ello implicaría un adelanto de opinión respecto de los temas que son materia de discusión como asuntos de fondo en el arbitraje y que comprenden violaciones a las disciplinas tuteladas por el Capítulo X del APC. De modo que el régimen de medidas cautelares objeto de comentario obedece a un criterio diferente al de las cautelares conocidas generalmente en el Derecho Procesal nacional. Ello se debe a la

necesidad de preservar las decisiones de imperio que lleven a cabo los estados que son parte en el APC.

Otra innovación importante es la contenida en el numeral 10.20.9, que ha previsto la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda solicitar al Tribunal Arbitral, antes de que este se pronuncie sobre la responsabilidad de una de las partes, que comunique a éstas cuál va a ser su decisión, otorgando un plazo de 60 días a las partes para que presenten comentarios respecto del proyecto de laudo, entendiéndose que, en este caso, no existe adelanto de opinión por parte del Tribunal Arbitral.

El Tribunal considerará dichas opiniones y emitirá el laudo a más tardar 45 días después de vencido el plazo de 60 días antes mencionado. Como se puede apreciar, esta disposición permite incrementar la transparencia al momento de laudar, introduciendo elementos adicionales para aclarar criterios y conceptos que pudieran ser materia de controversia. De otro lado, la notificación previa solicitada por una de las partes puede, eventualmente, tener un efecto disuasivo que pudiera contribuir también a poner término a la controversia, reduciendo los costos de transacción en la gestión de la misma.

Finalmente, en el numeral 10.20.10 se establece un régimen regulatorio para el caso de que entre en vigencia algún tratado multilateral entre las partes en el APC que haya previsto la creación de un órgano de apelación. En este caso, las partes llegarán a un acuerdo para que dicho órgano de apelación pueda revisar los laudos que se hayan dictado de conformidad con el artículo 10.26.

Esta disposición debe ser leída junto con lo dispuesto en el anexo 10-D que ha previsto que las partes en el APC considerarán, en el plazo de tres años de entrada en vigencia del APC, la posibilidad de establecer un órgano de apelaciones. Estas normas recogen una corriente doctrinaria creciente que se inclina a favor de la necesidad de contar con órganos de apelación en los arbitrajes inversionista - Estado, en especial, para eliminar eventuales inconsistencias en procesos arbitrales similares y ante las características especiales de este tipo de conflicto, incluyendo el impacto colateral que pueden tener los correspondientes laudos arbitrales en la sociedad civil y en el ordenamiento jurídico del Estado parte en la controversia<sup>80</sup>.

### 3.3.2.2. Ley aplicable

Los TLCs como el APC, por regla general, suelen contener normas expresas de carácter general, en el sentido de que las reglas pactadas deben ser interpretadas y aplicadas en función de los objetivos del tratado, con miras a lograr el libre comercio en armonía con las reglas aplicables del Derecho Internacional<sup>81</sup>. Con diversas variantes, este es un estándar generalmente adoptado en la gran mayoría de TLCs de última generación<sup>82</sup>, en particular, desde NAFTA en adelante.

En tal sentido, si bien en algún momento podría ser relevante la legislación nacional de los países parte en el APC, queda claro que los TLCs de última generación cuentan hoy con un significativo espacio para la aplicación del Derecho Internacional, permitiendo así, ante determinados supuestos, su aplicación por parte de los árbitros en los arbitrajes inversionista - Estado. Durante la última globalización, la tendencia general consiste en que dicho espacio tiende a incrementarse y especializarse.

Esta posibilidad suele configurarse en los TLCs mediante estipulaciones que remiten al Derecho Internacional en forma abierta y en términos generales, para de este modo brindar protección jurídica a las diversas disciplinas contenidas en los respectivos capítulos de inversiones. No obstante, y como se ha señalado líneas arriba, esto también nos permite afirmar que las estructuras jurídicas comprendidas en los TLCs no son estáticas: evolucionan y se enriquecen con el transcurrir del tiempo, ya sea por el accionar de los tribunales arbitrales mixtos o por los mismos procesos de negociación de los TLCs y otros Alls. Pareciera que el multifacético proceso y las dinámicas de la globalización, así como los drásticos cambios tecnológicos<sup>83</sup>, tienden a acelerar dicha evolución, a diferencia de lo que ocurría a principios del siglo XX o fines del XIX, cuando los procesos de creación del Derecho Internacional obedían a otros patrones cronológicos.

Es así como las referencias a los objetivos del APC y a las reglas aplicables del Derecho Internacional suelen estar incluidas en forma expresa en la parte referida al Derecho aplicable en la solución de controversias mediante la realización de arbitrajes entre estados e inversionistas. Es el caso específico del artículo 10.22 sobre Derecho Aplicable.

Este también constituye una innovación y, por ejemplo, marca la diferencia con las reglas similares del Capítulo XI de inversiones de NAFTA, en donde no constó en su oportunidad mención alguna al Derecho nacional de los estados miembros y, en todo caso, dicho derecho interno se ha aplicado en los arbitrajes en forma concurrente a las normas del tratado NAFTA, mas no a partir de una remisión indirecta o supletoria, como la que encontramos expresamente pactada en el artículo 10.22. del Capítulo X del APC<sup>84</sup>.

De otro lado, según fuentes especializadas, los tribunales arbitrales constituidos de conformidad con el Capítulo XI de NAFTA y que han influido en la concepción del APC, han resuelto en reiteradas oportunidades que "las reglas aplicables del Derecho Internacional" a que se refiere el NAFTA en su artículo 1105 sobre estándares mínimos de trato al inversionista, consisten esencialmente en el Derecho Consuetudinario Internacional, entendido éste a partir de su naturaleza de regla vigente para los tratados internacionales y codificado taxativamente en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (en adelante, "Convención de Viena"). Sin perjuicio de esta línea interpretativa, no se excluyen otras posibilidades de interpretación<sup>85</sup>.

A su vez, la interpretación vinculante llevada a cabo por los mismos estados parte de NAFTA, mediante su Comisión de Comercio regulada en el Capítulo XX del tratado y como correlato a la casuística producida hasta el año 2001 en los casos arbitrales inversionista - Estado, corroboró esta tendencia y confirmó la línea interpretativa que remite al Derecho consuetudinario<sup>86</sup>, preci-

<sup>81</sup> En tal sentido, y como se ha precisado, se diferencian de los TBIs, cuyo fin y objeto exclusivo es la protección y promoción recíproca de inversiones. Por contraste con los TLCs, que suelen incorporar capítulos sobre inversión para tratar este asunto, pero cuyo fin y objeto es el establecimiento del libre comercio, de modo que para diversos autores, dichos capítulos son en la práctica un TBI dentro de los TLC de última generación. GANTZ, David. Op. Cit. pp. 693 y siguientes.

<sup>82</sup> Para ver las diferencias entre los TLCs de última generación y los demás acuerdos comerciales, ver: [www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/efta-en.asp](http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/efta-en.asp).

<sup>83</sup> Ver: ROGOFF, Kenneth. "Artificial Intelligence and Globalization". En: Project Syndicate. 2006. En: [www.project-syndicate.org/commentary/rogoff13](http://www.project-syndicate.org/commentary/rogoff13).

<sup>84</sup> WEILER, Todd. "Nafta Article 1105 and the Principles of international Economic Law". En: Columbia Journal of Transnational Law: The Regulation of Foreign Direct Investment Articles. 42 Columbia Journal of Transnational Law 35. 2003. p. 68.

<sup>85</sup> Ibidem.

<sup>86</sup> Otra es la discusión jurídica respecto de lo que se entiende por Derecho Internacional Consuetudinario en materia de Inversiones, asunto que no abordaremos en este artículo dado que demanda una extensa discusión que por razones de espacio no podemos desarrollar. Baste con referir que, de conformidad con algunas fuentes, no habría consenso para definir y certificar la existencia de lo consuetudinario en el Derecho Internacional de las Inversiones. Ver al respecto: JUILARD, Patrick. "L' Evolution des Sources du Droit Des Investissements". En: Recueil des Cours 1994-VI. Académie de Droit International. Boston-The Hague, London: Martinus Nijhoff Publishers.

sando que la referencia que existe en el artículo 1105(1) al Derecho Internacional en el NAFTA debía entenderse en ese mismo sentido.

Como sabemos, hay una sutil diferencia jurídica entre el Derecho Internacional y el Derecho Internacional consuetudinario. En efecto, y por ejemplo, mientras el primero comprende al conjunto de fuentes previstas en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el segundo nos remite específicamente al artículo 38(1)(b) del mismo estatuto, precisando que lo consuetudinario consiste en un uso percibido o sentido conscientemente como obligatorio por quienes lo practican y constituye así una fuente del Derecho Internacional<sup>87</sup>, reiteramos, siempre que el Derecho Internacional consuetudinario sea entendido como una práctica generalmente aceptada como derecho (*sic*)<sup>88</sup>.

El pronunciamiento interpretativo vinculante de la Comisión de Comercio del NAFTA fue una toma de posición de Canadá, USA y México sobre el tema del estándar mínimo de trato al inversionista, en uso de las atribuciones de interpretación establecidas en el propio tratado a favor de la Comisión de Libre Comercio, tal como lo señala el Capítulo XX, artículo 2001 y siguientes del NAFTA<sup>89</sup>. Del mismo modo, el pronunciamiento “emparejó el terreno” en lo que concierne a la jurisprudencia arbitral producida a partir del año 2001 en los arbitrajes inversionista - Estado, pues ésta adoptó la línea interpretativa antes mencionada.

En efecto, en los casos resueltos con posterioridad a dicho pronunciamiento, como son: *Mondev International Limited versus United States of America*, ICSID (Case ARB(AF)/99/2 NAFTA); *ADF*

*Group Inc. versus United States*, ICSID (Case ARB (AF)/00/1 NAFTA); y, *Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen versus United States*, ICSID (Case No. ARB(AF)/98/3. NAFTA), los laudos establecieron que el estándar mínimo de trato recogido en el artículo 1105 incorporaba o incluía al estándar mínimo de trato recogido en el Derecho Internacional consuetudinario. Esto no ocurrió en casos anteriores al pronunciamiento en mención<sup>90</sup>.

Nótese que el Capítulo XX del NAFTA regula aspectos institucionales del tratado y del sistema de solución de controversias del tratado NAFTA; es decir, el que se aplica a los estados miembros en las controversias que tengan entre sí, integrando en la Sección A del Capítulo los temas referidos a la Comisión y en la Sección B, los temas relativos al mecanismo de solución de controversias del tratado, los que son diferentes a los mecanismos de solución de controversias en la relación entre inversionistas y estados previstos en el Capítulo XI de inversiones, pero como vemos, ambos capítulos mantienen un nexo a partir del efecto vinculante contenido en el tratado, en lo concerniente a la interpretación que produce la Comisión de Libre Comercio integrada por los países miembros<sup>91</sup>.

En cambio, bajo el esquema del APC, lo referente a la Comisión de Libre Comercio se encuentra regulado de manera diferente en el Capítulo XX, que versa específicamente sobre la administración del tratado y el fortalecimiento de capacidades comerciales, encontrándose dividido en dos secciones<sup>92</sup>. Sin embargo, también en el caso del APC se ha creado una vinculación entre el arbitraje y el rol de la Comisión de Libre Comercio, de modo que, de conformidad con el artículo 10.23 sobre interpretación de anexos, cuando se suscite una

<sup>87</sup> Y lo es, no obstante las dificultades para definir objetivamente lo que es el Derecho Internacional Consuetudinario. Para Janis: “the determination of customary international law is more an art than a scientific method”. Citado por GANTZ. Op. Cit. p. 715.

<sup>88</sup> Ver el artículo 38 en: [www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm](http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm).

<sup>89</sup> Ver texto completo de la nota interpretativa de la Comisión en: [www.economia-snci.gob.mx](http://www.economia-snci.gob.mx).

<sup>90</sup> KINNEAR, Meg y Robin HANSEN. “The Influence of NAFTA Chapter 11 in the BIT Landscape”. Symposium: Romancing the Foreign Investor: BIT by BIT; U.C. Davis Journal of International Law and Policy; Fall 2005; 12 U.C. Davis Journal of International Law and Policy. p. 114.

<sup>91</sup> Artículo 2001. La Comisión de Libre Comercio (NAFTA).

“1. Las Partes establecen la Comisión de Libre Comercio, integrada por representantes de cada Parte a nivel de Secretaría de Estado, o por las personas a quienes estos designen.

2. Con relación a este tratado, la Comisión deberá:

a. supervisar su puesta en práctica;  
b. vigilar su ulterior desarrollo;  
c. resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación;  
d. supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme a este Tratado, incluidos en el Anexo 2001.2; y  
e. conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado.

3. La Comisión podrá:

a. establecer y delegar responsabilidades en comités *ad hoc* o permanentes, grupos de trabajo y de expertos;  
b. solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación gubernamental; y  
c. adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones, según acuerden las Partes.

4. La Comisión establecerá sus reglas y procedimientos; y a menos que la propia Comisión disponga otra cosa, todas sus decisiones se tomarán por consenso.

5. La Comisión se reunirá por lo menos una vez al año en sesión ordinaria, la cual será presidida sucesivamente por cada una de las Partes”. Ver: [www.sice.oas.org/trade/nafta\\_s/CAP20.asp](http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/CAP20.asp).

<sup>92</sup> Ver texto en: [www.tlperu-eeuu.gob.pe/index.php?ncategoria1=209&ncategoria2=211](http://www.tlperu-eeuu.gob.pe/index.php?ncategoria1=209&ncategoria2=211).

controversia arbitrable que implique una interpretación de este tipo y en lo concerniente específicamente a los alcances de los anexos I y II, el Tribunal solicitará a la Comisión que se pronuncie en un plazo de 60 días.

La estructura adoptada acá otorga mayor consistencia institucional al APC e implica un cambio respecto del NAFTA, distinguiendo entre el tema de administración del tratado en la Sección A y el de fortalecimiento de capacidades y mecanismos de cooperación en la Sección B, habiéndose tomado en cuenta para su redacción las experiencias derivadas del NAFTA y otros AIs, puesto que en el APC los mecanismos de solución de controversias del tratado, es decir, aquellos que se aplican a los estados miembros, constan en un capítulo aparte, como es el Capítulo XXI<sup>93</sup>.

En el tema específico de la ley aplicable en los casos de arbitrajes inversionista - Estado, de conformidad con el Capítulo X del APC y ante supuestos determinados por el propio tratado, a diferencia del NAFTA, encontramos una referencia clara que permite la aplicación de la legislación nacional de los países ante determinados supuestos.

Esto es factible en defecto de las normas especificadas en acuerdos de inversión o en autorizaciones de inversiones o en los acuerdos correspondientes celebrados entre las "partes contendientes" y en el marco del capítulo de inversiones; es decir, se refiere a los aspectos domésticos o nacionales en materia de inversión y donde la legislación interna es relevante por una cuestión de imperio. En tal sentido, queda claro que existe una salvaguarda a la soberanía de los estados parte en el APC.

En efecto, el artículo 10.22 precisa un orden de prelación detallado para establecer la ley aplicable en los casos arbitrales en los que se ventilen los casos de violaciones a acuerdos de inversión o autorizaciones de inversión por parte del Estado, en donde a falta de disposiciones existentes en los acuerdos de inversión o en las respectivas autorizaciones de inversión, se aplica la legislación que aplicaría un tribunal judicial nacional que cuente con jurisdicción para decidir en ese mismo caso.

En efecto, la nota a pie de página 11 dispone expresamente que "la legislación del demandado"

significa "la legislación que un tribunal judicial doméstico o un tribunal que tenga la jurisdicción apropiada aplicaría en el mismo caso". La nota en mención deriva del numeral 10.22.2 (b)(i).

De otro lado, de conformidad con el mismo articulado sobre ley aplicable, las controversias que supongan una vulneración a las disciplinas contenidas en la sección A del Capítulo X sobre inversiones serán resueltas de conformidad con el tratado y con las normas aplicables del Derecho Internacional. Esto incluye tanto al Derecho consuetudinario como a los principios del Derecho Internacional, los que la doctrina del Derecho Internacional Económico identifica en la actualidad como los principios de Transparencia, Honestidad Procesal y Buena Fe<sup>94</sup>.

De ahí la relevancia de entender al tratado en conjunto, para lo cual también resulta de interés tomar en cuenta los objetivos del mismo y lo que al respecto han pactado los estados parte, así como lo que comprende el Derecho Internacional que, a todas luces, nos remite al Derecho Internacional Económico y, en particular, al Derecho Internacional de las Inversiones<sup>95</sup>.

Debe tenerse en cuenta que estas disciplinas se complementan con los principios antes enunciados y comprenden en el APC, el trato nacional (artículo 10.3), el trato de NMF (artículo 10.4), el nivel mínimo de trato (artículo 10.5), el tratamiento en caso de contienda o no discriminatorio (artículo 10.6), la expropiación e indemnización (artículo 10.7), las transferencias (artículo 10.8), los requisitos de desempeño (artículo 10.8), entre otros.

Nótese que, a diferencia de lo previsto en el artículo 1105 del NAFTA sobre nivel mínimo de trato y su referencia general al Derecho Internacional<sup>96</sup>, a efectos de identificar los estándares de trato al inversionista, el artículo 10.5 del APC dispone, expresamente, que dicho trato debe ser acorde con el Derecho Internacional consuetudinario, complementando así las innovaciones respecto del derecho aplicable ya comentadas respecto del artículo 10.22 del APC y recogiendo la tendencia creada a partir del criterio de interpretación planteado por la Comisión de Libre Comercio del NAFTA hacia el año 2001, mas no el texto expreso del artículo 1105 del NAFTA.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> WEILLER, Todd. Op. Cit. p. 68.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> Ver texto: [www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index\\_s.aspx?DetailID=676#A1105](http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=676#A1105).

De otro lado, como se ha precisado, los objetivos de un TLC de última generación, como el APC, se entienden necesariamente a partir de una lectura integral de su extenso texto, una vez que se ha producido la incorporación del tratado al Derecho nacional. Tanto el Preámbulo como el Primer Capítulo del APC contienen enunciados y reglas que resultan claros y constituyen un marco jurídico necesario para comprender cuáles son dichos objetivos y como es que ellos constituyen una fuente interpretativa importante para comprender los fines y objetivos del tratado en caso sea necesario aplicar dicha fuente a efectos de que un Tribunal Arbitral pueda formar criterio a partir de una controversia referida al artículo 10.5 del APC o de conformidad con el artículo 10.22 antes citado. En consecuencia, tanto el Preámbulo como el Capítulo I pueden constituirse en "ley aplicable" ante determinados casos y supuestos.

Es así como el Preámbulo del APC recoge diversas intenciones y objetivos que son acogidos por las partes de común acuerdo, como son: el fortalecimiento de las relaciones y la promoción de la integración entre las partes; la promoción del desarrollo económico integral y sostenible para reducir la pobreza y generar alternativas a los cultivos de droga; la creación de empleo y mejoramiento de condiciones laborales e incremento de los niveles de vida; el establecimiento de reglas claras de mutuo beneficio para el intercambio comercial; el contar con un marco jurídico y comercial previsible para los negocios y las inversiones; el evitar distorsiones en el comercio recíproco; el estimular la creatividad e innovación; la promoción de la transparencia; la prevención y el combate de la corrupción; el fortalecimiento de los derechos laborales; la implementación del tratado en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente; la salvaguarda del bienestar público; el contribuir a la integración hemisférica e impulsar el Área de Libre Comercio de las Américas (en adelante, "ALCA"); el desarrollo y puesta en práctica de los acuerdos adoptados en el marco de la OMC y el reconocer la pertenencia de los países andinos a la Comunidad Andina y los alcances que para estos tiene la Decisión 598 sobre observancia del Ordenamiento Jurídico Andino.

De otro lado, en el Capítulo I del APC en mención encontramos que en atención a la voluntad

común expresada por las partes en el Preámbulo, éstas han acordado el establecimiento de una zona de libre comercio y el respeto a otros acuerdos internacionales, tal como se aprecia de las siguientes disposiciones sustantivas adoptadas en el capítulo y de donde fluye que toda vulneración a estas estipulaciones constituye una violación al tratado<sup>97</sup>:

"Artículo 1.1: Establecimiento de la Zona de Libre Comercio  
Las Partes de este Tratado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo XXIV del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, establecen una zona de libre comercio".

"Artículo 1.2: Relación con Otros Tratados  
Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo sobre la OMC y otros acuerdos de los que sean parte".

En consecuencia, el preámbulo del APC y, en especial, los artículos 1.1. y 1.2. del Capítulo I, delimitan conceptualmente el marco jurídico general de libre comercio, dentro del cual se pondrán en práctica las disposiciones pactadas en el mismo TLC, siendo que las declaraciones que contiene el Preámbulo expresan una voluntad común por parte de los estados que se extiende a todos los capítulos del APC. Es decir, no son solamente declaraciones líricas o superficiales de "buenas intenciones", pues encuentran un correlato jurídico en las disposiciones legales vinculantes adoptadas en las estipulaciones pactadas en distintos capítulos que obligan a los estados parte.

Desde esta perspectiva, y como resulta evidente, el Capítulo X y sus reglas arbitrales no son una excepción y obedecen al marco jurídico adoptado como obligación internacional entre estados con en el fin de que se logre el libre comercio en los términos pactados en el tratado. No solamente cabe comentar la relevancia de las normas contenidas en el APC, como son el preámbulo y las llamadas Disposiciones Iniciales del Capítulo I, pues además, y como se puede apreciar, los estados-parte expresan en diversos pasajes del texto del APC su voluntad de actuar en concordancia con los compromisos internacionales asumidos, tanto en el ámbito regional como en el multilateral, con el Derecho Internacional y con el Derecho Internacional consuetudinario, marcando una importante evolución ante el NAFTA.

### 3.3.2.3. Acumulación de procesos arbitrales

El artículo 10.25 regula lo concerniente a la acumulación de procesos y al pedido de acumulación de las partes, cuando se trate de dos o más reclamaciones separadas planteadas de conformidad con el numeral 10.16.1 y cuando se trate de una cuestión de hecho o de derecho que surja de los mismos hechos o circunstancias.

El procedimiento de acumulación se encuentra detallado con toda precisión y se orienta en este caso a prevenir la duplicidad de esfuerzos y la ocurrencia de laudos o decisiones contradictorias por parte de los tribunales arbitrales que tengan a su cargo la solución de controversias similares.

Sin embargo, el mismo artículo también establece limitaciones a la acumulación. En tal sentido, en el numeral 10.25.9 se precisa que un Tribunal que se establezca de conformidad con el artículo 10.19 no tendrá competencia para resolver una reclamación total o parcial respecto de la cual haya asumido competencia un Tribunal establecido de conformidad con el artículo 10.25 sobre acumulación.

De esta manera y para mayor claridad, se introducen elementos ordenadores adicionales en el arbitraje inversionista - Estado del Capítulo X que nuevamente inciden en la eliminación de la duplicidad de vías y los laudos contradictorios, problema que se ha presentado en algunas oportunidades tanto en el marco del arbitraje regulado en el Capítulo de Inversiones del NAFTA, como en el arbitraje regulado en algunos TBIs.

Finalmente, también en el numeral 10.25.10 se establece la posibilidad, a mayor abundamiento, de que un Tribunal "acumulado", como el regulado en el artículo 10.25, cuente con atribuciones para disponer el aplazamiento de los procedimientos arbitrales de otro Tribunal Arbitral mientras concluyen los procedimientos establecidos en el numeral 10.25.6.

### 3.3.2.4. Transparencia

Una importante innovación adicional, contenida en el Capítulo X, ha sido recogida en el artículo 10.21 sobre transparencia. Se establece, así, que una serie de piezas procesales del arbitraje sean puestas a disposición del público. Es el caso de la notificación de intención de arbitrar, la notificación de arbitraje, los alegatos, escritos de demanda y contestación, el laudo, las notas explicativas y cualquier comunicación escrita, incluyendo las actas de las audiencias que lleve a cabo el Tribunal Arbitral.

Del mismo modo, las audiencias del Tribunal serán abiertas al público dejando a salvo el derecho de las partes para solicitar al Tribunal que determinada información sea catalogada como "protegida" (10.21.2). Esta disposición armoniza con los artículos 22.4 y 22.2 del Capítulo XXII sobre Excepciones, respetando espacios de reserva en función de los intereses de los estados parte en el APC, pues los precitados artículos conciernen a estos. Complementando lo dicho, en el numeral 10.21.4 se precisa el procedimiento para tratar la información protegida que ha sido sometida al Tribunal Arbitral.

Finalmente, en el numeral 10.21.5 se destaca la relevancia de la legislación de los estados parte en el APC en materia de transparencia, la misma que deberá ser respetada en todo momento. En suma, el artículo 10.21 recoge una tendencia importante de la doctrina y las prácticas estatales en el ámbito global, en lo referente a incrementar la transparencia en el funcionamiento de los estados.

### 3.3.2.5. Laudo

El artículo 10.26 contiene el régimen puntual de tratamiento de los laudos arbitrales en el marco del Capítulo X del APC, detallando que el laudo sólo puede precisar los daños pecuniarios y los intereses que procedan o la restitución de la propiedad. Sin embargo, también es factible que el Tribunal Arbitral, de ser el caso, establezca los daños pecuniarios e intereses correspondientes en sustitución de la orden de restitución de la propiedad.

Del mismo modo, en el numeral 10.26.2 se detalla el tratamiento que se debe dar al laudo en caso que sea una empresa la que formula la reclamación de conformidad con el numeral 10.16 (b), deslindando que todo resarcimiento debe ser hecho a la empresa sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme el derecho aplicable (10.26.2(c)).

De otro lado, de conformidad con el numeral 10.26.3 está prohibido que el Tribunal Arbitral ordene el pago de daños que tengan carácter punitivo. Se precisa además en el numeral 10.26.4, que el laudo solamente obliga a las partes en el arbitraje, recogiendo, así, un principio fundamental en el Derecho arbitral. Se señala además en este numeral que esta obligación que genera el laudo para las partes solamente se da respecto del caso concreto que ha configurado el arbitraje respectivo. Esto implica una delimitación conceptual importante que descarta de plano cualquier

interpretación favorable a un presunto carácter vinculante de los laudos respecto de terceros.

En cuanto a la ejecución forzosa del laudo, el numeral 10.26.6 establece los requisitos correspondientes dependiendo del tipo de arbitraje que se haya llevado a cabo, en aplicación de las disposiciones correspondientes del Capítulo X del APC. Por tal motivo, se precisan plazos y detalles en coherencia con las reglas aplicadas al caso. En todo caso, el numeral 10.26.7 ordena que cada Estado parte en el APC dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio.

De otro lado, en caso de incumplimiento del laudo o cuando un Estado parte en el APC no acate el laudo arbitral, se establece en el numeral 10.26.8 el procedimiento a seguir, amparándose en el marco institucional del APC. La parte interesada puede en este caso solicitar se tramite la creación de un panel de conformidad con dicho numeral, el mismo que se pronunciará en el sentido de que el desacato del laudo configura una violación del APC, a lo que se suma la recomendación de acatamiento del laudo a cargo del demandado.

Sin perjuicio del procedimiento de conformación del panel de acatamiento, nada impide que la parte interesada proceda a la ejecución del laudo arbitral de conformidad con el Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención de Panamá sobre Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales, dependiendo del tipo de proceso arbitral que se haya activado en aplicación del Capítulo X; si se trata de un arbitraje CIADI, no se requerirá de la aplicación de la Convención de Nueva York.

Dentro de este contexto, conviene señalar que mientras no se materialice el anexo 10-D, los medios de impugnación del laudo estarán condicionados también por cada uno de estos instrumentos jurídicos; siendo que en el caso del arbitraje ante el CIADI el medio de impugnación se materializa mediante la conformación de un nuevo Tribunal Arbitral en aplicación del reglamento y la Convención CIADI.

De otro lado, en el caso de los demás instrumentos jurídicos aplicables al arbitraje se deja abierta la posibilidad de la impugnación del laudo de conformidad con la ley del lugar del arbitraje que,

como se ha señalado, debe a su vez corresponder a un país que sea parte de la Convención de Nueva York. Esto implica que se trata de impugnaciones a partir de causales específicas, debidamente tipificadas<sup>98</sup>.

El APC, en el numeral 10.26.10 hace una precisión pertinente en el sentido de que para todo efecto de aplicación, tanto de la Convención de Nueva York como de la Convención de Panamá –entiéndase, con fines netamente operativos y procedimentales–, las partes en el APC convienen en que el arbitraje sometido a la Sección B del Capítulo X se define como derivado de una relación u operación comercial. Sin embargo, y como también se ha explicado líneas arriba, cabe reiterar que el arbitraje inversionista - Estado se desenvuelve dentro del ámbito jurídico del Derecho Internacional de las inversiones.

#### 4. CONCLUSIÓN

Las normas constitucionales peruanas disponen que los tratados internacionales de los cuales forma parte el Perú sean incorporados al Derecho nacional. En consecuencia, no cabe duda que los AIs, entre los que se encuentran los TBIs y los TLCs como el APC, formarán parte del Derecho nacional desde el momento en que se hayan verificado los medios de receptación jurídica previstos en el ordenamiento jurídico nacional.

Esto implica que las categorías jurídicas del DI contenidas en los AIs, de los cuales es parte el Perú, estarán integradas plenamente al Derecho nacional y su desconocimiento acarrea responsabilidad internacional por parte del Estado peruano. De otro lado, se suelen utilizar los AIs en el marco de las políticas nacionales de promoción de inversiones que desarrollan los países como el Perú para incrementar su competitividad como importador de inversiones en el ámbito global. En consecuencia, los AIs son parte de las políticas nacionales para la promoción de inversiones.

Desde el punto de vista arbitral, en el marco de los AIs y ante su incorporación al Derecho nacional, se genera un proceso de homologación jurídica hacia adentro y hacia afuera del territorio nacional. El Perú no solamente ha ratificado un volumen importante de AIs, sino que además,

<sup>98</sup> Por ejemplo, las causales de inexecución de laudos arbitrales están previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York y pueden ser revisadas en: [www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/XXII\\_1\\_s.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_s.pdf).

específicamente en materia arbitral, el Estado peruano ha ratificado diversos tratados internacionales multilaterales como la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, ambas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales internacionales. Del mismo modo, el Perú es parte de la Convención del CIADI. Todos estos tratados se encuentran plenamente vigentes para el Perú y contienen disposiciones especializadas en materia de arbitraje que permiten identificar paulatinamente a este medio de solución de controversias como una *lex mercatoria* procesal de alcance nacional e internacional.

Adicionalmente, el Perú ha entrado en una importante dinámica interna de desarrollo arbitral, la misma que se extiende desde los años noventa en adelante. Esto se ha dado a partir de la promulgación de la actual Ley General de Arbitraje y de la creación de competencias arbitrales especializadas en alrededor de dieciocho ámbitos de la actividad económica nacional. En consecuencia, el arbitraje inversionista - Estado incorporado al Derecho nacional por la vía de los AIs ratificados por el Perú, concurre con el ordenamiento arbitral peruano, pero no se encuentra en conflicto con éste.

En efecto, esta concurrencia no se da entre dos sistemas ajenos entre sí, ya que el ordenamiento arbitral peruano se encuentra, a su vez, plenamen-

te armonizado con los principios y reglas fundamentales que recoge el Derecho arbitral comparado. Es más, la estructura jurídica arbitral forma parte integrante de las negociaciones correspondientes a los AIs, la que incluye la evaluación de la calidad arbitral de los países partes del futuro AI.

En tal sentido, el Perú cumple con todos los requisitos que permiten calificar a su sistema arbitral como un sistema que se encuentra en el estado actual de la técnica arbitral global pues, de lo contrario, no hubiera sido posible lograr la celebración de los diversos AIs, lo que, a su vez, ha permitido el flujo de inversiones extranjeras hacia nuestro territorio.

En todo caso, en la hora actual resulta indispensable fortalecer y consolidar las capacidades arbitrales nacionales, entre las que se encuentra la necesidad de involucrar permanentemente a los sectores público y privado con miras a generar un desarrollo arbitral sostenido a partir de las diversas competencias arbitrales existentes en el Derecho nacional, incluyendo el arbitraje inversionista - Estado que ha sido materia de comentario en este documento. De esta manera, se contribuiría en la generación de una serie de condiciones para procurar la inserción competitiva de la economía nacional en el contexto de la última globalización.