

# ***Tratamiento del Arbitraje entre Inversionistas Extranjeros y Estados en Tratados de Libre Comercio y Convenios de Inversión: El caso del Perú***

**Christian Carbajal Valenzuela\***

## **1. Introducción**

El incremento en los países latinoamericanos del uso del arbitraje internacional en materia de inversiones se encuentra directamente relacionado con las reformas producidas en la región a partir de la década de los años noventa, cuyo objetivo fue la liberalización y desregulación de los mercados, la apertura al libre comercio, la atracción de capitales y la consolidación de marcos normativos nacionales e internacionales claramente promotores y protectores de la inversión extranjera.

Como parte de este proceso de reformas y como expresión del nuevo Derecho Internacional de las Inversiones, que se encuentra hoy en formación y en constante evolución, se han suscrito en los últimos años a nivel mundial diversos tratados de contenido económico. Actualmente existen más de 2500 Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (conocidos como BITs) y un número creciente de Tratados de Libre Comercio y de integración económica regional que incorporan capítulos sobre inversiones. A fines de 2011, estos convenios totalizan alrededor de 6100 Acuerdos Internacionales de Inversiones (IIAs)<sup>1</sup>. Estos marcos normativos internacionales contemplan al arbitraje internacional como mecanismo natural para la solución de controversias entre particulares así como entre particulares y los Estados receptores<sup>2</sup>.

Todo proceso de integración económica, sea de carácter multilateral, regional o bilateral, debe contar con un mecanismo de solución de controversias sólido, transparente y previsible, ya que es este mecanismo el que otorga confianza y seguridad a las partes en cuanto al real cumplimiento de las normas sustantivas contenidas en el Tratado o cuerpo normativo.

---

\* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master (LLM) en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Warwick, Inglaterra. Árbitro en la Cámara de Comercio de Lima, Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham - Perú) y del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado Peruano (OSCE). Asesor legal en arbitrajes internacionales de inversión CIADI. Profesor del curso “Derecho Comercial Internacional y Protección de las Inversiones” en la Escuela de Postgrado de la Universidad de Lima, en Lima, Perú.

<sup>1</sup> UNCTAD, World Investment Report 2011. Pag. x.

<sup>2</sup> “[...] Los Tratados de Libre Comercio (TLCs) y los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs) son dos tipos específicos de Acuerdos Internacionales de Inversiones (AIIs) que contienen reglas del Derecho Internacional de las Inversiones (DII) y reglas arbitrales sobre inversiones. Se trata entonces de un arbitraje que tiene una base jurídica especializada, .... articulada a partir de tratados internacionales y normas de derecho interno de los respectivos países....” Kundmüller Caminiti, Franz. El arbitraje en los AIIs 2005 -2006. Balance general e innovaciones. *In Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Lima, 2006, pág. 213.

Asimismo, actualmente una importante fuente indirecta del Derecho Internacional de las Inversiones está constituida por los laudos arbitrales internacionales que resuelven conflictos entre inversionistas y Estados receptores de inversión. Esta jurisprudencia arbitral tiene una influencia decisiva sobre los futuros laudos arbitrales así como sobre los propios procesos de negociación y los textos finales de los nuevos Convenios Internacionales de Inversión, como veremos ha ocurrido en el caso del TLC Perú – Estados Unidos.

## **2. Posición tradicional en América Latina frente al Arbitraje Internacional**

En relación al arbitraje internacional en materia de inversión extranjera, el Perú adoptó inicialmente, al igual que todos los países latinoamericanos, posiciones restrictivas y claramente hostiles frente al arbitraje internacional, propias de épocas en que la cláusula o doctrina Calvo era incorporada en las Constituciones Políticas, exigiendo el sometimiento de estas controversias a las Cortes Judiciales nacionales<sup>3</sup>.

En el caso del Perú, la Constitución Política de 1993 con un régimen económico y jurídico liberal, autoriza expresamente al Estado y a otras entidades de Derecho Público a resolver sus controversias con particulares ante tribunales arbitrales internacionales, constituidos en virtud de Tratados Internacionales en vigor. Esta norma constitucional es reglamentada por la Ley de Arbitraje y por las normas relativas a Inversiones Extranjeras que ratifican esta posibilidad de acudir al arbitraje internacional en materia de inversiones. De hecho el Perú es un país promotor del arbitraje incluso materia interna de contrataciones del Estado, siendo obligatorio incorporar una cláusula arbitral en los contratos del Estado con los particulares sobre adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras públicas.

La transformación en la concepción de la soberanía absoluta del Estado peruano, que impedía el arbitraje internacional, en un concepto de soberanía relativa, que autoriza e inclusive promueve el arbitraje internacional, es una consecuencia natural de la continua y mayor participación del Estado en las relaciones económicas internacionales así como de la necesidad de insertar al Perú en el mercado global.

## **3. Instrumentos de Derecho Internacional de carácter bilateral y multilateral que protegen las inversiones extranjeras**

Es aceptado de manera general que la promoción de la inversión extranjera es un componente esencial en los procesos de desarrollo económico, especialmente en países con déficit de capital, ya que contribuye al crecimiento de la economía y del empleo, al desarrollo tecnológico y a la integración de la economía local a los mercados internacionales<sup>4</sup>. Es sobre la base de esta premisa que los gobiernos de los países

---

<sup>3</sup> “[...] Tradicionalmente Latinoamérica ha sido considerada como un subcontinente hostil al arbitraje ... Esta afirmación resulta fácil de demostrar, simplemente apelando a las pobrísimas legislaciones arbitrales que nos han regido hasta hace muy pocos años y a la casi nula aceptación de tratados arbitrales universales, como son la Convención de Nueva York y la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) ... Sin embargo, a partir de la década pasada las cosas han comenzado a cambiar para bien”. Cantuarias Salaverry, Fernando. Arbitraje Comercial y de las Inversiones. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, Perú, 2007. Pág. 80.

<sup>4</sup> “[...] The increase of privatization of utility and energy companies throughout Latin America, particularly in Brazil and Argentina, has attracted considerable foreign direct investment in the

latinoamericanos liberalizaron en la década de los años noventa sus economías y establecieron marcos legales promotores de la inversión extranjera. El Perú no fue una excepción en esta tendencia de la región<sup>5</sup>.

El arbitraje internacional en materia de inversiones, que forma parte de este proceso de liberalización e integración a la economía mundial<sup>6</sup>, sin duda ofrece al inversionista extranjero una serie de ventajas si comparadas con los procesos judiciales locales, como la neutralidad y la especialización de los árbitros, la celeridad, la confidencialidad y la mayor flexibilidad de los procedimientos. En una economía globalizada que se vuelve cada vez más competitiva, no es difícil constatar entonces que el arbitraje internacional es el mecanismo de solución de controversias más utilizado en la protección de las inversiones<sup>7</sup>.

No obstante, un país determinado puede ofrecer a los inversionistas extranjeros una legislación flexible, abierta y promotora de las inversiones, pero para otorgar garantías suficientes para invertir en un país en desarrollo como los latinoamericanos, resulta necesario, adicionalmente, que el Estado se comprometa frente a la comunidad internacional a respetar y mantener invariables, durante un período de tiempo determinado, sus leyes y reglamentos internos.

En el caso del Perú, el Estado ha asumido este compromiso por medio de Convenios de Estabilidad Jurídica o Tributaria suscritos con los inversionistas extranjeros y también mediante Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs). Estos convenios internacionales garantizan un marco de estabilidad y predictibilidad de la legislación aplicable a las inversiones extranjeras, incentivando la atracción y flujo de capitales, habiéndose transformado en un instrumento central del nuevo Derecho Internacional de las Inversiones.

---

continent. To encourage further investment many developing countries have adopted a legal framework that complies with demands made by capital exporting states – such as the provision of a private right of action for investors against host states through international arbitration”. Brunet, Alexia and Lentini, Juan. *Arbitration of International Oil, Gas and Energy Disputes in Latin America*. In *Northwestern Journal of International Law & Business*, Chicago, Spring 2007, pág. 593.

<sup>5</sup> “[...] En la última década, la normativa sobre arbitraje ha sido motivo de un cambio profundo en Latinoamérica. Durante este lapso de tiempo, la mayoría de las regulaciones legales se han reformado, quedando tan solo muy pocos sistemas sin adecuar sus reglas a los modernos principios que la rigen ... Por tradición, nuestro continente apegado muy profundamente al concepto de la soberanía del Estado, ha visto grandes inconvenientes en que este, o los entes que formen parte de él, se sometan al arbitraje”. Bernal Gutierrez, Rafael. *El Arbitraje del Estado: La Regulación en Latinoamérica*. In *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogota, Colombia, Junio – Diciembre 2004, pág. 123.

<sup>6</sup> “[...] La protección proporcionada por los tratados solo resulta efectiva en la medida en que lo sean los mecanismos que aseguren su ejecución”. Blackaby, Nigel. *El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina*. In *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogota, Colombia, Junio – Diciembre 2004, pág. 17.

<sup>7</sup> “[...] El arbitraje como medio de solución de controversias entre inversionistas y Estados es hoy parte del estándar internacional comprendido en los Tratados de Libre Comercio (TLCs) y también en las normas de solución de controversias de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBIs). Al igual que otras instituciones jurídicas, el arbitraje en inversiones evoluciona en la medida en que avanza la producción normativa y jurisprudencial especializada en la materia.” Kundmüller Caminiti, Franz *El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio*. In *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Lima, Perú, 2005, pág. 119.

De los diversos BITs suscritos en el mundo, más de 450 involucran a países de América Latina<sup>8</sup>.

El Perú ha suscrito aproximadamente 30 BITs con países como Alemania, España, Francia, Italia, Reino Unido, Suiza, Australia, China, entre otros. En América del Sur el Perú ha suscrito BITs con Argentina, Chile, Bolivia, Colombia, Paraguay, Ecuador y Venezuela, estando varios tratados en etapa de negociación.

Estos convenios incorporan principios y estándares mínimos de protección a las inversiones extranjeras, que para algunos doctrinarios forman parte de la costumbre internacional, tales como las cláusulas de tratamiento justo y equitativo<sup>9</sup>, tratamiento nacional, cláusula de la nación más favorecida, seguridad y protección plena a las inversiones extranjeras, compensación por pérdidas o expropiaciones indirectas, libre transferencia de activos, entre otros.

En relación a los mecanismos de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y el Perú, los BITs suscritos por el Perú no incorporan un tratamiento uniforme. Algunos de ellos establecen el arbitraje internacional como mecanismo disponible, previa tentativa obligatoria de solución de la controversia ante las cortes judiciales locales durante un período de tiempo determinado. Otros BITs incorporan acceso directo al arbitraje internacional en la medida en que la controversia no haya sido sometida por el particular a los tribunales judiciales o administrativos locales. Otros BITs establecen vías paralelas, es decir, Corte Judicial local o Arbitraje Internacional, teniendo el inversionista el derecho de elección.

Adicionalmente a los Convenios de Estabilidad Jurídica entre el Estado y el particular y a los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, los inversionistas extranjeros en la mayoría de los países latinoamericanos, y en particular en el Perú, cuentan con otros instrumentos internacionales que protegen la inversión.

El Perú ratificó el Convenio CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones del Banco Mundial), los Convenios MIGA y OPIC que son seguros internacionales contra riesgos no comerciales o políticos y también las Convenciones Multilaterales de Panamá y Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales, que permiten el reconocimiento y ejecución en forma casi automática de laudos extranjeros en el Perú, salvo causales de exclusión taxativamente establecidas.

---

<sup>8</sup> “[...] Bilateral Investment Treaties (BITs) began to emerge in the late 1950s when West Germany concluded the first BIT with Pakistan. Latin American countries, began negotiating these agreements in the 1990s. Today, (almost) every Latin American country, including Cuba, has at least one BIT in force. For instance, Argentina is party to fifty-three BITs; Peru, twenty-six; Chile, thirty-six; Venezuela, twenty-one; and Ecuador, twenty-one..... [...] Brazil has not yet ratified any BIT or any other investment treaty providing for international arbitration except for regional agreements relating to Mercosur”. Brunet, Alexia and Lentini, Juan. *Op. Cit.* págs. 602 and 616.

<sup>9</sup> “[...] El trato justo y equitativo que se otorga a las inversiones extranjeras es un principio general que no tiene una definición precisa. Su significado y alcance es un asunto de interpretación en cada caso en particular. Su incorporación en los BITs puede servir para múltiples propósitos: como un elemento complementario en la interpretación de cláusulas específicas del BIT, o para llenar vacíos en este, la legislación nacional o en contratos con el Estado”. Vega, María del Carmen. *Convenios Internacionales de Promoción y Protección de Inversiones. In Guía Legal de Negocios. Invirtiendo en el Perú.* Promperú. Lima, Perú, 1998, pág. 117.

#### **4. Casos arbitrales ante el CIADI en los que han participado países de América Latina**

Como consecuencia del gran número de BITs suscritos por los países latinoamericanos durante la década de los años noventa, América Latina lidera la lista de países demandados ante el CIADI por inversionistas extranjeros. De un total de 374 casos de 1987 a marzo de 2012, número que sin duda ha ido en aumento, los países latinoamericanos participan en marzo del año 2012 como Estados demandados en 144 casos, es decir, en casi 40% de los procesos, la mayoría de los cuales relacionados con los sectores infraestructura, minería y energía. Argentina, participando en aproximadamente 48 casos, lidera la lista de países demandados, debido principalmente a circunstancias producidas por la crisis económica y financiera de los años 2001 y 2002, lo que originó controversias con diversos inversionistas extranjeros en ese país<sup>10</sup>. Igualmente participan en diversos procesos arbitrales ante el CIADI como Estados demandados, Ecuador, Venezuela, Perú, Chile, Bolivia, entre otros.

El Perú por el momento ha participado como Estado demandado ante el CIADI en 11 casos, relativos a inversiones extranjeras en los sectores de minería, energía, industria alimenticia, pesca, banca, infraestructura y construcción. Algunos de los casos están referidos también a Convenios de Estabilidad Jurídica y Tributaria suscritos por el Estado peruano. Los inversionistas demandantes son de nacionalidad francesa, chilena, argentina, norteamericana, china, emiratos árabes, entre otros.

No obstante, con los Tratados de Libre Comercio que han sido recientemente ratificados por el Perú con Estados Unidos de Norteamérica, China, Corea del Sur, entre otros y con el Tratado de Libre Comercio del Perú con la Unión Europea que entrará en vigencia, es muy probable que se incrementen los casos ante el CIADI en los que el Perú participe, especialmente en los sectores de recursos naturales, servicios públicos e infraestructura.

#### **5. La Experiencia del Perú en Arbitraje Internacional de Inversiones**

La República del Perú se está convirtiendo en un usuario importante del sistema de solución de controversias internacionales de inversión, respetando con ello la voluntad de las partes de acudir al arbitraje internacional para la defensa de sus derechos.

---

<sup>10</sup> En relación a este punto, debe tenerse en consideración la siguiente opinión en sí misma bastante discutible: “[...] Las demandas interpuestas por los inversionistas extranjeros contra la República Argentina ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI (20 demandas por más de tres mil millones de dólares y 40 reclamos en etapa inicial), producto de la ejecución de las cláusulas arbitrales previstas en los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBI) ante la emisión de leyes de emergencia mediante las cuales se facultó principalmente al poder ejecutivo para la rescisión de los contratos públicos y la inaplicación de los factores de reajuste o indexación, rebasan, en la opinión de un amplio sector de la doctrina, la finalidad de estos tratados que era la de resolver – entre otras – cuestiones ordinarias de discriminación o expropiación indirecta, en condiciones también ordinarias y no de gran convulsión social como las acontecidas en Argentina”. Linares, Mario. *Inversión Extranjera, Contratos Públicos y Arbitraje Internacional. La Experiencia Argentina y su Incidencia en Latinoamérica*. In *Revista de Derecho Yachaq*, N° 5, Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco, Perú, 2007, pág. 323.

A la fecha el Estado Peruano se ha visto involucrado en 11 procesos arbitrales internacionales de inversión, de los cuales 5 han concluido, en su mayoría, con resultados muy satisfactorios a los intereses del Perú, con la excepción de un 1 proceso arbitral en el que el Perú ha perdido y seis 6 procesos se encuentran en trámite.

Los arbitrajes internacionales de inversión en donde el Estado Peruano está involucrado abarcan todas y cada una de las fuentes del derecho aplicables en la protección y garantías a la inversión extranjera.

Es posible clasificar los casos en los que el Perú participa en función a los marcos normativos a los que se remiten de manera principal. Es así que los casos se basan en:

- i) Conflictos planteados por los inversores sobre la base de cláusulas contractuales y por lo tanto la ley doméstica es la predominante en la resolución del conflicto, según haya sido estipulado en el contrato;
- ii) Conflictos planteados por los inversores denunciando la violación de los compromisos internacionales asumidos en los BIT's, cuestionando atribuciones soberanas propias del ejercicio de facultades regulatorias y aplicando el derecho internacional en la resolución de la controversia; y
- iii) Conflictos planteados por los inversores, denunciando la violación de los estándares de los TLCs de última generación. Estos tratados reflejan las experiencias derivadas de la aplicación del NAFTA y otros acuerdos, y como consecuencia de ello, se deben enfrentar una serie de controles establecidos por las Estados Contratantes en estos nuevos TLCs en cuanto a la cobertura y alcance de los estándares de protección, autorización previa en temas tributarios para cuestionar actos expropiatorios y materias no arbitrales relacionadas directamente a los *poderes de policía* del Estado.

## **5.1. Controversias en base a incumplimientos Contractuales (“Contract Claims”)**

En esta categoría, el Estado Peruano ha participado en dos 2 arbitrajes CIADI con relativo éxito, y dos 2 adicionales se encuentran en trámite, los que pasamos a describir.

### **5.1.1. Aguaytía Energy LLC<sup>11</sup>**

El inversionista presentó varios reclamos contra el Estado Peruano<sup>12</sup> alegando trato discriminatorio en el goce de los derechos relacionados a líneas de transmisión eléctrica de su subsidiaria *Aguaytía Energy del Perú SRL*.

El Demandante planteó el reclamo por la violación de los derechos sustantivos estabilizados por el Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito con el Estado, particularmente el quebrantamiento de la obligación ofertada por la República del Perú de no modificar las reglas de juego.

---

<sup>11</sup> Caso CIADI ARB N° 06/13 Aguaytía Energy vs. República del Perú.

<sup>12</sup> Ver Laudo en [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com)

La discusión se centró en distinguir lo que el Convenio de Estabilidad amparaba y qué otros derechos sustantivos que forman parte de la ley doméstica peruana no se encontraban bajo la expresa voluntad del Estado de no estabilizar.

En su decisión final, el Tribunal rechazó el reclamo de la demandante y adoptó la postura conservadora del Estado peruano, en el sentido que al encontrarse ante una controversia contractual, el Convenio de Estabilidad se debería interpretar conforme a la ley doméstica peruana, llegando a la conclusión que lo garantizado por el Estado es únicamente la estabilidad como tal y no un derecho sustantivo en particular.

### **5.1.2. Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. (DEI Bermuda)<sup>13</sup>**

En este proceso arbitral, no obstante que el Tribunal Arbitral encontró responsable al Perú, ordenando el pago de una compensación por daños a favor del inversionista por la suma de US\$.18,440,746, en realidad podría decirse que fue un laudo favorable a los intereses del Estado Peruano<sup>14</sup>, en la medida en que los daños solicitados inicialmente por el Demandante fueron mucho más altos.

La controversia se origina en la interpretación de las cláusulas de estabilidad jurídica y tributaria suscritas con el Estado. Se relacionó con la controversia el punto de vista de la Administración Tributaria (SUNAT)<sup>15</sup> respecto a la interpretación del Código Tributario, en el sentido que ciertas transacciones concernientes a DEI Bermuda, en su calidad de propietario indirecto de la empresa peruana de energía, tuvieron como objetivo obtener una ventaja inapropiada de un beneficio tributario bajo la Ley de Revaluación de Activos del Perú.

El Tribunal en el tema de la Revaluación de Activos derivados de procesos de fusiones y adquisiciones, encontró responsable al Estado Peruano por violar las garantías de estabilización tributaria bajo la cláusula de estabilidad legal celebrada entre la Demandante y el Estado Peruano, identificando la conducta del Estado Peruano como violatoria de la obligación de actuar de buena fe.

Este caso es novedoso por cuanto se discutió en un arbitraje internacional la cobertura de las garantías de las cláusulas de estabilidad tributaria existentes a favor de los inversionistas extranjeros, adoptando una postura menos literal y conservadora que la empleada en el caso *Aguaytía Energy*, comentado anteriormente.

El Estado Peruano presentó un Recurso de Anulación contra el Laudo Arbitral, constituyéndose para ello un Comité Ad Hoc del CIADI. La solicitud de anulación fue finalmente rechazada en su integridad por el Comité Ad Hoc<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Caso CIADI ARB N° 03/28, Duke Energy (DEI Bermuda) vs. República del Perú.

<sup>14</sup> Ver Laudo en [www.iareporter.com](http://www.iareporter.com)

<sup>15</sup> Superintendencia Nacional de Administración Tributaria SUNAT

<sup>16</sup> Decisión del Comité Ad Hoc en el Procedimiento de Anulación Caso CIADI ARB N°.03/28 de fecha 01 de marzo del 2011. Ver Decisión en [www.ita.law.uvic.ca](http://www.ita.law.uvic.ca)

### **5.1.3. Empresa Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía SAC<sup>17</sup>**

Este arbitraje se ha activado sobre la base de convenios arbitrales pactados en dos Contratos de Concesión de Transmisión Eléctrica<sup>18</sup>, por parte de la empresa *Caravelí Cotaruse Transmisión Eléctrica* con el Estado Peruano.

A diferencia de los dos casos comentados anteriormente, la cláusula arbitral CIADI no se encuentra en un Convenio de Estabilidad Jurídica y Tributaria, sino en un Contrato de Concesión de Infraestructura. La controversia se encuentra en fase inicial.

### **5.1.4. DP World Callao SRL y otros<sup>19</sup>**

La empresa DP World Callao SRL, de Emiratos Árabes Unidos, una de las operadoras de puertos más grandes del mundo, inició recientemente un proceso arbitral ante el CIADI contra el Perú, por supuesto incumplimiento de un Contrato de Concesión, alegando que el Estado Peruano le impidió participar en la licitación del proyecto de modernización del muelle norte del puerto del Callao, en Lima.

La concesión del muelle norte fue obtenida por la empresa danesa APM Terminals, también una de las principales operadoras de puertos del mundo. DP World SRL denuncia una serie de facilidades y beneficios económicos que habrían sido otorgados por el Estado Peruano a APM Terminals y que permitirían a esta empresa ofrecer menores precios, lo que generaría competencia desleal.

El proceso arbitral ante el CIADI se encuentra igualmente en etapa inicial.

## **5.2. Controversias en base a Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones - BITs (“Treaty Claims”)**

A diferencia de los reclamos contractuales, aquellos planteados sobre la base de un determinado Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones, tienen como aplicación esencial los alcances y protecciones previstos en el derecho internacional.

### **5.2.1. Compagnie Minière Internationale Or SA<sup>20</sup>**

Es el primer antecedente de un caso CIADI en el que el Perú ha participado. La controversia se produjo a mediados de los años noventa y tuvo como origen una controversia societaria relativa al derecho preferencial para la adquisición de acciones en Minera Yanacocha SA, titular de uno de los yacimientos auríferos más ricos en

---

<sup>17</sup> Caso CIADI ARB N° 11/9. Empresa Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía SAC vs. República del Perú.

<sup>18</sup> Contrato de Concesión del Sistema Garantizado de Transmisión Eléctrica de la Línea de Transmisión Eléctrica Mantaro – Caravelí- Montalvo del 10 de abril del 2008 y del Contrato de Concesión del Sistema Garantizado de Transmisión de la Línea de Transmisión Eléctrica Machu Picchu – Cotaruse del 14 de abril del 2008. Ver contratos en [www.proinversion.gob.pe](http://www.proinversion.gob.pe)

<sup>19</sup> Caso CIADI ARB/11/21. DP World Callao SRL, P&O Dover Holding Limited y The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company vs. República del Perú.

<sup>20</sup> Caso CIADI ARB N° 98/6. Compagnie Minière Internationale Or SA vs. República del Perú.

América Latina. Esta controversia involucró a las empresas accionistas Newmont Mining Corporation, sociedad norteamericana, Compañía de Minas Buenaventura SA, sociedad peruana y Compagnie Miniere Internacional Or SA (Mine Or) sociedad francesa.

Mine Or SA habría transferido indirectamente sus acciones al grupo Normandy Poseidón de Australia, acto que habría sido considerado por sus socias Newmont y Buenaventura como una violación del derecho de preferencia estipulado en el estatuto social de Minera Yanacocha. En razón de ello, se inició un proceso ante un juzgado civil del Perú, que llegó posteriormente a la Corte Superior y a la Corte Suprema del Perú, culminando el proceso judicial en forma desfavorable a los intereses de la francesa Mine Or SA, habiendo considerado el Poder Judicial Peruano que efectivamente Mine Or SA violó el derecho de preferencia de los demandantes.

Como consecuencia de la decisión judicial, Mine Or SA inició un arbitraje ante el CIADI, alegando expropiación indirecta de sus acciones en Minera Yanacocha, debido a un supuesto mal funcionamiento del Poder Judicial peruano, entre otros supuestos. El proceso arbitral ante el CIADI culminó con un acuerdo entre las partes vía transacción, desconociéndose los alcances y términos del acuerdo.

### **5.2.2. Empresa Lucchetti SA y Lucchetti Perú SA<sup>21</sup>**

La controversia deriva de la suspensión de las obras de una planta de fideos del grupo industrial chileno Lucchetti por orden de la Municipalidad Provincial de Lima en el año 1998, argumentando ausencia de permisos medioambientales y de construcción, requeridos por la ley municipal de Lima.

El inversionista acudió al Poder Judicial peruano y obtuvo en 1998 una serie de resoluciones judiciales a favor de sus intereses, que le permitieron concluir la construcción de la planta industrial y operar normalmente durante dos años y medio. Se cuestionó públicamente que las decisiones judiciales favorables fueron obtenidas mediante corrupción.

La Municipalidad de Lima en el año 2001 clausuró la fábrica Lucchetti y ordenó su demolición. Ante ello, la empresa Lucchetti registró una solicitud de arbitraje ante el CIADI al amparo del Acuerdo Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones entre la República del Perú y la República de Chile, reclamando una indemnización de US\$.150MM por expropiación indirecta.

El Tribunal Arbitral se declaró incompetente para resolver el reclamo, sin pronunciarse sobre el fondo de la controversia y sin abordar el tema corrupción, al considerar que no se había satisfecho el requisito *rationae temporis*, en la medida que del análisis efectuado, el Tribunal Arbitral consideró que la controversia se originó (1998), i.e, antes de la entrada en vigencia del Convenio Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones (año 2001), al tratarse de la misma materia (protección del medio ambiente) la que se encontraba detrás de los actos administrativos municipales que afectaron la inversión en 1998 y 2001.

---

<sup>21</sup> Caso CIADI ARB N° 03/4. Empresa Lucchetti y Lucchetti Perú SA vs. República del Perú.

Posteriormente un Comité Ad hoc CIADI, rechazó por mayoría los argumentos invocados por el inversionista para amparar un recurso de anulación interpuesto contra el Laudo Arbitral<sup>22</sup>, confirmando los argumentos expresados en su oportunidad por el Tribunal Arbitral.

### **5.2.3. Tza Yap Shum<sup>23</sup>**

La controversia deriva de las medidas de embargo trabadas por la Administración Tributaria Peruana (SUNAT) sobre las cuentas corrientes bancarias de la empresa TSG Perú SAC, que paralizaron las actividades comerciales de la empresa en el sector pesquero peruano. La SUNAT se basó en la presunción de existencia de deudas tributarias impagas. TSG Perú era una empresa constituida en el Perú, la cual estaba controlada de manera indirecta por el inversionista chino *Tza Yap Shum*, siendo éste quien interpuso el reclamo ante el CIADI.

El demandante señaló que las medidas de SUNAT tuvieron un efecto equivalente a un acto expropiatorio indirecto, en base a la oferta del Estado Peruano contenido en el Convenio de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Popular China y el Perú, medidas que destruyeron la inversión en el sector exportador de la industria harinera de pescado en el Perú.

En una primera etapa del proceso, se generó un incidente relativo a Jurisdicción y Competencia, que fuera cuestionada por el Estado y que finalmente fue rechazado por el Tribunal Arbitral<sup>24</sup>.

En lo que se refiere a la materia de fondo, el Tribunal Arbitral emitió el laudo final<sup>25</sup>, determinando que las medidas cautelares previas ejecutadas por la Administración Tributaria contra las cuentas corrientes de la empresa TSG fueron efectivamente expropiatorias, en violación de las garantías establecidas en el BIT Perú – China, al haber afectado de manera sustancial la capacidad operativa de la empresa y eliminarla del mercado.

Este laudo CIADI resulta de especial importancia, por tratarse del primer laudo en que se sanciona de manera directa el ejercicio arbitrario de facultades tributarias y constituye el primer laudo en contra de la República del Perú, siendo asimismo, el primer laudo a favor de un inversionista de nacionalidad china en el sistema arbitral CIADI.

### **5.2.4. Convia! Callao SA y Compañía de Concesiones de Infraestructura SA<sup>26</sup>**

La controversia deriva de la ejecución del Contrato de Concesión celebrado entre la Municipalidad Provincial del Callao con Convia!, inversionista extranjero de

---

<sup>22</sup> Decisión del Comité Ad Hoc sobre Procedimiento de Anulación de fecha 05 de septiembre del 2007. ver Decisión en [www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org)

<sup>23</sup> Caso CIADI ARB N°.07/6 Tza Yap Shum vs. República Del Perú.

<sup>24</sup> Ver Decisión sobre Jurisdicción y Competencia del 19 de junio de 2009 en [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com)

<sup>25</sup> Ver Laudo Final del 7 de julio de 2011 en [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com)

<sup>26</sup> Caso CIADI ARB N° 10/2. Convia! Callao y Compañía de Concesiones de Infraestructura SA vs. República del Perú.

origen argentino, relativo a la construcción de una vía rápida dentro de la ciudad de Lima (vía expresa Faucett) que implicaba el pago de un peaje en la salida del aeropuerto internacional.

El registro del reclamo ante el CIADI se basó en el BIT vigente entre la República del Perú y la República de Argentina y se planteó la frustración del contrato de concesión, como consecuencia de una serie de actos de las autoridades peruanas, que habrían violado los compromisos internacionales asumidos por el Estado Peruano en el BIT.

#### **5.2.5. Renée Rose Levy (caso Banco Nuevo Mundo)<sup>27</sup>**

La controversia deriva de la irregular y arbitraria intervención, disolución y liquidación del Banco Nuevo Mundo (BNM) por parte del regulador bancario en el Perú, la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS). El BNM era una empresa constituida en el Perú, bajo control indirecto de la inversionista Renée Rose Levy, de nacionalidad francesa.

El reclamo se ha presentado bajo el amparo de las protecciones del BIT entre la República del Perú y la República de Francia.

De manera general, la inversionista ha planteado violaciones al estándar de trato justo y equitativo, trato nacional, protección y seguridad plenas a la inversión, discriminación y prohibición de expropiación.

#### **5.2.6. Renée Rose Levy y Grencitel SAC (caso Chorrillos – La Herradura)<sup>28</sup>**

Esta demanda representa la segunda acción legal internacional de la inversionista francesa Sra. Renée Rose Levy contra la República del Perú, al amparo del BIT Perú - Francia, reclamo que ha sido presentado en conjunto con la empresa Grencitel SA.

La controversia se origina con la declaración de intangibilidad de un área de terrenos, ubicados en el litoral de Chorrillos, Lima, por parte del Instituto Nacional de Cultura (INC) debido a alegadas razones históricas. En parte de dicha área de terreno se llevaría a cabo un Proyecto Inmobiliario que años atrás había sido transferido válidamente por la Municipalidad de Chorrillos a la inversionista mediante una licitación pública internacional de proyectos integrales de desarrollo urbanístico.

El proceso arbitral se encuentra en etapa inicial.

### **5.3. Controversias en base a Tratados de Libre Comercio – TLCs (“Treaty Claims”)**

A la fecha se ha presentado un primer reclamo internacional sobre la base de las protecciones y garantías establecidas en los nuevos TLCs. Los inversores de nacionalidad norteamericana The Renco Group y Doe Run Perú SRL han planteado un

---

<sup>27</sup> Caso CIADI ARB N° 10/17. Renee Rose Levy vs. República del Perú.

<sup>28</sup> Caso CIADI ARB N° 11/17. Renee Rose Levy y Grencitel SA vs. República del Perú

reclamo internacional en base al Tratado de Libre Comercio suscrito entre los Estados Unidos de Norteamérica y la República del Perú.

### **5.3.1. The Renco Group Inc. & Doe Run Perú SRLtda<sup>29</sup>**

La controversia deriva de los supuestos incumplimientos derivados de la ejecución de las obligaciones contractuales asumidas en el proceso de privatización del Complejo Minero-Metalúrgico de La Oroya e involucra temas ambientales, entre otros.

El arbitraje internacional, a diferencia de los anteriores, se ha planteado conforme a las reglas de arbitraje UNCITRAL, opción que recoge el Capítulo de Solución de Controversias Inversionista – Estado del Tratado de Libre Comercio Perú – Estados Unidos y se encuentra en fase inicial.

## **6. Algunos comentarios críticos en relación al Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones de CIADI**

El sistema de solución de controversias en materia de inversiones del CIADI sin duda es positivo y contribuye a despolitizar este tipo de conflictos internacionales, eliminando la tradicional protección diplomática que ejercían antiguamente los países exportadores de capital para proteger a sus nacionales, ofreciendo a los inversionistas y a los Estados receptores de inversión extranjera un mecanismo directo, neutral y especializado en la materia.

En este punto es importante tener en consideración que este sistema de solución de controversias es de naturaleza mixta, no es puramente privado ni puramente público, ya que existen legítimos intereses de los inversionistas extranjeros que deben ser protegidos, así como legítimos intereses públicos que deben ser tutelados por los Estados receptores de inversión, tales como la protección del medio ambiente, de la salud pública, del patrimonio cultural, entre otros<sup>30</sup>.

Es por esta razón que con el objetivo de contribuir al perfeccionamiento del sistema, es necesario mencionar que determinados laudos arbitrales del CIADI han sido objeto de críticas, debido a inconsistencias, contradicciones con otros laudos, inadecuada motivación, falta de claridad en la aplicación a la controversia del Derecho interno del Estado receptor o del Derecho Internacional, falta de un adecuado balance por los tribunales arbitrales entre la protección de los legítimos derechos de los inversionistas y las facultades regulatorias de los Estados receptores, así como por la imposibilidad de pactar un recurso de apelación contra el laudo arbitral ante una segunda instancia arbitral dentro del propio CIADI.

Por otro lado, igualmente se menciona que el sistema CIADI no garantiza la transparencia en los procesos arbitrales, ni permitía, hasta hace poco, la participación de

---

<sup>29</sup> Arbitraje Ad Hoc bajo Reglas UNCITRAL con sede en Londres

<sup>30</sup> “[...] las controversias relativas a Inversión Extranjera Directa (IED) no son de naturaleza puramente comercial, ya que en ellas se encuentran involucrados no solo intereses privados sino, también, importantes asuntos de interés público”. Carbajal Valenzuela, Christian. Responsabilidad Internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros. Comentarios en torno a la debida aplicación del derecho por los Tribunales CIADI. *In* Revista Agenda Internacional, Año X, N° 20, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Lima, Perú, 2004, p. 210.

la sociedad civil, a pesar de existir en estos conflictos asuntos de interés general, siendo este un tema controvertido, dada la naturaleza privada y convencional del arbitraje.

Como respuesta a las demandas de la sociedad civil para el logro de mayor transparencia en los arbitrajes de inversión, al encontrarse involucrados intereses públicos y generales, en los últimos Tratados Internacionales de Comercio o de Inversión, se vienen incorporando una serie de modificaciones, dirigidas en algunos casos a garantizar la participación de terceros en calidad de “*amicus curiae*”, a la apertura relativa del proceso a audiencias públicas, a la publicación de los laudos, entre otras. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en el caso del TLC Perú – Estados Unidos, como veremos más adelante. De igual manera, estos cambios se ven reflejados en el propio Convenio CIADI así como en la jurisprudencia arbitral más reciente.

## **7. Mecanismo de Solución de Controversias de Inversión entre Inversionistas Extranjeros y Estados Receptores de Inversión previsto en el Capítulo 10 del TLC Perú – Estados Unidos sobre inversiones**

El sistema de solución de controversias Inversionista-Estado contenido en el TLC Perú-Estados Unidos es bastante completo y supera en opinión del autor muchas de las críticas que se han formulado al sistema arbitral del CIADI como consecuencia de determinados laudos arbitrales controvertidos. El Capítulo de inversiones del TLC busca consolidar un marco jurídico que garantice y proteja la inversión y al inversionista, coadyuvando a crear un clima adecuado, estable y previsible, tanto para el inversionista extranjero como para el Estado receptor<sup>31</sup>. A pesar de esto, existen algunos vacíos que mencionaré a continuación.

El capítulo de inversiones se aplica únicamente a las medidas (leyes, regulaciones o prácticas en general) que un Estado receptor ejecute en relación con inversionistas extranjeros y sus inversiones en el territorio del Estado receptor. Debe por lo tanto tratarse de un acto estatal en ejercicio de autoridad regulatoria, administrativa u otra autoridad gubernamental propia del *Ius Imperium* del Estado. No debe tratarse de un acto de gobierno de naturaleza estrictamente comercial (consecuencia del hasta cierto punto discutible laudo arbitral CIADI Eudoro Olgún (inversionista peruano) v.s República del Paraguay). Debe hacerse un análisis estructural y funcional del acto de Estado. Lo que protege el Capítulo de Inversiones del TLC son riesgos no comerciales que pudieran afectar injustificadamente la inversión (actos o medidas gubernamentales, expropiaciones directas o indirectas, conflicto armado, guerra civil, etc.)<sup>32</sup>. Las medidas de expropiación están permitidas sólo cumpliendo determinados requisitos (que se

---

<sup>31</sup> “[...] Cabe destacar en este punto que, en esencia, los Tratados de Libre Comercio (TLCs) contemporáneos incorporan, en el respectivo capítulo de inversiones, la estructura jurídica transnacional propia de un Convenio Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs) y de los correspondientes medios de gestión de conflictos, incluyendo el arbitraje inversionista – Estado”. Kundmüller Caminiti, Franz. El Arbitraje en Inversiones en el Futuro Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos. In THEMIS – Revista de Derecho, N° 57, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Lima, Perú, 2007, pág. 125.

<sup>32</sup> “[...] Tal riesgo político tiene variados componentes, siendo los más importantes: i) la incertidumbre regulatoria propia de incursionar en sistemas legales desconocidos; y, ii) los posibles déficits institucionales – o la percepción de éstos – en una cierta jurisdicción, lo cual incide en el riesgo de que el Estado huésped interfiera con el uso y goce de una inversión sin brindar remedios adecuados”. Suarez Anzorena, Carlos Ignacio. Acceso a la Jurisdicción Arbitral en los Tratados Bilaterales de Inversión Suscritos por el Perú: Requisitos y Particularidades. In THEMIS – Revista de Derecho, N° 57, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Lima, Perú, 2007, pág. 149.

realicen por un propósito público, que no sean discriminatorias, que se ejecuten mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización y siguiendo el debido proceso legal).

En este punto es importante mencionar que el TLC Perú – Estados Unidos establece expresamente que salvo circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente. La determinación de si estamos frente a un acto regulatorio permitido o no, dependerá de un análisis caso por caso.

El concepto de inversión en el TLC es amplio y cubre todas las formas posibles de activos que un inversionista extranjero posee o controla de manera directa o indirecta en el Estado receptor (implica el compromiso de capital u otros recursos, expectativa de ganancias y asunción de riesgos). Se protege toda inversión extranjera, realizada bajo las formas permitidas por la legislación nacional del Estado receptor, desde su establecimiento, gestión, desarrollo, hasta su liquidación.

Como si se tratase de un BIT dentro del TLC, se incorporan en el capítulo de inversiones determinados principios de protección del inversionista extranjero. Se han incorporado dos estándares relativos: (i) Trato de Nación Más Favorecida<sup>33</sup>, que en este caso concreto no incluye mecanismos de solución de diferencias, superando lo establecido en el laudo arbitral CIADI Maffezini – inversionista argentino v.s. Reino de España<sup>34</sup> y (ii) Trato Nacional<sup>35</sup>.

Asimismo, incorpora el TLC un estándar absoluto: (i) Nivel Mínimo de Trato, que conforme al Derecho Internacional Consuetudinario, incluye trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y protección de los derechos económicos e intereses de los extranjeros (entre otros elementos incluye la obligación de no denegar justicia y el otorgamiento de garantías de protección policial).

---

<sup>33</sup> En cuanto al trato de la nación más favorecida, señala el Artículo 10.4, primer párrafo, del TLC Perú-USA: “Cada Parte concederá a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio”.

<sup>34</sup> Laudo Arbitral CIADI N° ARB/97/7 sobre excepciones a la jurisdicción de enero de 2000 entre Emilio Agustín Maffezini (inversionista argentino) v.s. El Reino de España, en el que se indica en los considerandos 46 y 56, respectivamente, lo siguiente: “El segundo problema principal se refiere a si puede considerarse que las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en un tratado con un tercero están razonablemente relacionadas con el tratamiento justo y equitativo al que se aplica la cláusula de la nación más favorecida en los tratados básicos sobre comercio, navegación o inversiones y, por consiguiente, si tales disposiciones pueden considerarse como materias comprendidas en dicha cláusula..” y “.. puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida..”

<sup>35</sup> En cuanto al trato nacional, señala el Artículo 10.3, primer párrafo, del TLC Perú-USA: “Cada Parte concederá a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio”.

Es importante resaltar la referencia contenida en el TLC según la cual “*la determinación de una violación a cualquier otra disposición del TLC o de otro acuerdo internacional separado (que no sea el capítulo de inversiones) no implica que se haya violado el principio de trato justo y equitativo*”. Esta incorporación, en opinión del autor, es una consecuencia del laudo CIADI arbitral Metalclad (inversionista americano) v.s. México<sup>36</sup>, que también fue objeto de diversas críticas, algunas legítimas y otras sin mayor fundamento.

Asimismo se señala que las protecciones contenidas en el Capítulo de Inversiones no impiden que el Estado adopte medidas que resulten necesarias para que las inversiones se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental, siempre y cuando tales medidas sean compatibles con el capítulo de inversiones.

### **7.1. Características principales del Sistema de Solución de Controversias Inversionista – Estado contenido en el TLC Perú-Estados Unidos**

Se establece una primera etapa de consultas y negociación, que puede incluir mecanismos auto-compositivos como la mediación y la conciliación.

Si no es posible llegar a una solución y siempre que hayan pasado por lo menos seis meses de ocurridos los hechos, el demandante (normalmente el inversionista) puede someter la controversia a cualquiera de los siguientes mecanismos, de manera alternativa y excluyente:

- (i) Arbitraje ante el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones del Banco Mundial). El Perú es parte del Convenio CIADI desde 1993<sup>37</sup>. Esta seguramente será la vía más utilizada.
- (ii) Arbitraje Ad-Hoc de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (reglas CNUDMI- UNCITRAL); o,
- (iii) Arbitraje ante cualquier otra institución arbitral (por ejemplo ante la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) o podría pensarse incluso en una institución arbitral nacional, si las partes así lo acuerdan).

Con la sola presentación de la solicitud de arbitraje por el demandante se entiende perfeccionado el consentimiento a arbitraje entre ambas partes. Se entiende que el consentimiento del Estado receptor ya está contenido en el TLC, salvo el supuesto (iii) mencionado en el párrafo anterior, caso en el que se requiere acuerdo expreso y por escrito entre las partes.

---

<sup>36</sup> Laudo Arbitral CIADI N° ARB (AF)/97/1 de agosto de 2000 entre Metalclad Corporation (inversionista norteamericano) v.s. Estados Unidos Mexicanos, en el que el Tribunal Arbitral llega a la conclusión que México violó el principio de trato justo y equitativo a las inversiones, al haber transgredido el principio de transparencia, principio no contenido en el Capítulo de Inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), que regula la relación entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores de inversión. Esta interpretación del Tribunal CIADI no fue compartida por la Corte de British Columbia, Canadá, ante la cual México presentó posteriormente un recurso de anulación.

<sup>37</sup> El Perú ratificó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) mediante Resolución Legislativa N° 26210, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de julio de 1993 y en vigencia desde el 8 de setiembre de 1993.

Es importante resaltar que la solicitud de arbitraje requiere de la renuncia por escrito a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento ante el Poder Judicial, entidad administrativa nacional o procedimiento de cualquier otra naturaleza respecto de la misma violación, a fin de evitar foros paralelos con la posibilidad de obtener fallos contradictorios. Esto es lo que se conoce como cláusula “*fork on the road*” o de bifurcación de caminos.

Una vez transcurridos tres años desde que el demandante tuvo o debió tener conocimiento de la violación alegada no podrá acudir al arbitraje. La controversia, en este caso, muy probablemente tendrá que ser ventilada ante las cortes nacionales del Estado receptor.

El objeto del arbitraje puede estar referido a distintos marcos normativos: (i) incumplimiento de obligaciones contenidas en el propio TLC; (ii) incumplimiento de autorizaciones estatales otorgadas a la inversión; (iii) incumplimiento de un Convenio de Inversión entre el Inversionista Extranjero y el Estado receptor<sup>38</sup>. Los Convenios de Inversión cubiertos están limitados a convenios para la explotación de recursos naturales, prestación de servicios públicos (puertos, aeropuertos, etc.) o desarrollo de infraestructura. Por otro lado, los Convenios de Estabilidad Jurídica suscritos al amparo de los Decretos Legislativos 662 y 757 de promoción a las inversiones<sup>39</sup>, normas relativas a la promoción de inversiones en el Perú, estarán protegidos por las disposiciones del TLC, sólo en la medida en que dichos Convenios de Estabilidad formen parte de un Convenio de Inversión más amplio entre el inversionista extranjero y el Estado receptor.

## **7.2. Aportes del TLC Perú-Estados Unidos en relación al sistema de solución de controversias en materia de inversiones y en especial al sistema arbitral CIADI**

Se han incorporado en el TLC Perú-Estados Unidos diversas modificaciones o precisiones al sistema de solución de controversias en materia de inversiones, según ha sido desarrollado por los Tribunales Arbitrales CIADI, mediante una jurisprudencia arbitral internacional que no es vinculante pero que, como se ha mencionado anteriormente, tiene un carácter referencial cada vez más importante.

Se establece en el TLC que un Estado Parte no contendiente (por ejemplo Estados Unidos en una controversia entre un inversionista americano vs. el Perú) podrá presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal arbitral respecto a la interpretación del TLC. Esto es muy usual en el marco de la OMC. Sin embargo, en el marco del CIADI no es usual. No obstante, pareciera que se acerca a lo que en Derecho Internacional se conoce como protección diplomática, institución hoy superada, precisamente para evitar la politización de estos conflictos.

---

<sup>38</sup> Como ejemplos de Convenios de Inversión podemos mencionar a los contratos de concesión para la explotación de recursos naturales producto de las privatizaciones, como es el caso de la minería, contratos suscritos por PeruPetro para la exploración y/o producción de hidrocarburos, convenios de estabilidad jurídica, convenios para la ejecución de grandes obras de infraestructura, entre otros, en los que normalmente se incluye una cláusula arbitral.

<sup>39</sup> Decreto Legislativo 662, Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras, de agosto de 1991 y Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, de noviembre de 1991.

Otra novedad respecto al CIADI es que el Tribunal Arbitral puede permitir la presentación de *amicus curiae* por una persona o entidad que no sea parte en la controversia, pero que puede aportar elementos de juicio importantes para la resolución del conflicto. Este es un aporte positivo del TLC por encontrarse vinculados a este tipo de controversias asuntos de interés público, siendo todo arbitraje de inversión un arbitraje de naturaleza mixta, en el que están involucrados legítimos intereses privados y públicos.

Asimismo, se abre la posibilidad que el tribunal arbitral solicite la opinión de expertos para informar por escrito sobre cuestiones de hecho relativas a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos de carácter científico. Esto es positivo pues supera las críticas formuladas a diversos laudos arbitrales del CIADI en el sentido de no otorgar debida consideración a cuestiones de interés público en los arbitrajes internacionales de inversión.

Otra novedad respecto al CIADI es que el tribunal antes de dictar el laudo, si lo solicitan las partes, deberá presentar el proyecto de laudo a las partes para sus comentarios, los mismos que serán considerados por el tribunal arbitral. Luego de ello el tribunal emitirá el laudo. Esto no cabe de haberse pactado apelación. Este derecho de revisión del laudo por las partes se ha tomado igualmente del sistema de solución de controversias de la OMC. Si bien esta revisión del proyecto de laudo busca lograr mayor transparencia en el procedimiento arbitral y que la solución sea de alguna manera consensuada, puede a la vez debilitar el carácter hetero-compositivo y adjudicativo del arbitraje internacional, limitando eventualmente la autonomía y la libertad de decisión de los árbitros.

Por otro lado, se menciona que las audiencias del tribunal arbitral serán abiertas al público, salvo la protección de información confidencial que pueda poner en riesgo la seguridad del Estado, entre otros supuestos. Se busca con esto garantizar la transparencia en los procesos arbitrales. Este es sin duda un aspecto positivo, aún cuando no se condice con una característica tradicional del arbitraje (su confidencialidad, propia de los arbitrajes estrictamente privados, entre particulares). La información deberá estar a disposición del público, con excepción de aquella que por su naturaleza no deba ser divulgada.

Otra novedad respecto al sistema del CIADI se relaciona con el Derecho aplicable a la controversia. El TLC hace una interesante distinción, buscando superar las inconsistencias de determinados laudos CIADI que han generado polémica: (i) Si se trata de una violación de una disposición del TLC, la ley aplicable será el propio TLC y las normas aplicables del Derecho Internacional; (ii) Si se trata de una violación a una autorización estatal de inversión o de un Contrato de Inversión entre el inversionista y el Estado, el derecho aplicable serán las normas especificadas en la respectiva autorización o en el convenio de inversión. Si no hay normas especificadas, la ley aplicable será la legislación del Estado receptor y las normas del Derecho Internacional, según sean aplicables.

Esta disposición es positiva, pues garantiza claridad en cuanto al derecho aplicable al fondo de la controversia, pues existían laudos contradictorios en lo que se refiere a la aplicación del Derecho Internacional o del Derecho interno del Estado receptor de la inversión, especialmente en los casos en que se hubiere pactado una

determinada ley aplicable al fondo de la controversia en un Contrato de Inversión entre el inversionista extranjero y el Estado receptor, existiendo asimismo una ley aplicable distinta contenida en un Convenio Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones (BIT) entre el Estado del inversionista y el Estado receptor de la inversión. Lo que aun está por verse es cómo resolverán los tribunales arbitrales constituidos al amparo del TLC cuándo exista contradicción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno y cuál será la relación entre estos dos marcos normativos.

Esta regulación busca de alguna manera aclarar la discusión y distinción existente en la jurisprudencia arbitral CIADI entre “*Treaty Claims*” (reclamos o demandas fundadas en un Convenio Bilateral de Inversiones o BIT) y “*Contract Claims*” (Reclamos o demandas derivadas de Contratos de Inversión específicos entre inversionistas extranjeros y Estados), por lo menos en lo que se refiere al Derecho aplicable. Distinción que por cierto no es sencilla pues una misma conducta del Estado puede implicar una violación del correspondiente BIT así como del Contrato de Inversión. Por otro lado, la violación por el Estado del BIT constituye un ilícito internacional, lo que deriva en responsabilidad internacional del Estado. Lo mismo no ocurre necesariamente con la violación por el Estado de una cláusula del Contrato de Inversión suscrito con el inversionista, ya que no necesariamente un incumplimiento contractual constituye una violación generadora de responsabilidad internacional del Estado.

## **8. Conclusiones**

Podemos afirmar que el Derecho Internacional de las Inversiones y en particular el arbitraje internacional en materia de inversiones, se encuentra aun en proceso de formación, lo que hace que el rol de los laudos arbitrales CIADI sea aun más importante, pues son éstos laudos, a través de ejercicios interpretativos, los que otorgan sentido y contenido a diversos principios, derechos y obligaciones mencionados con carácter general en los tratados internacionales que regulan las relaciones económicas internacionales.

La participación de Estados Latinoamericanos en arbitrajes internacionales de inversión, incluida la República del Perú, es creciente.

Asimismo, debemos señalar que el TLC Perú – Estados Unidos contiene una serie de disposiciones novedosas que buscan superar de manera creativa diversas inconsistencias detectadas a lo largo de los últimos años en la jurisprudencia arbitral del CIADI.

Creemos que con el TLC Perú – Estados Unidos en vigencia, otros tratados recientemente aprobados, el uso del mecanismo de solución de controversias ante el CIADI será bastante más usual y necesario de lo que ha sido hasta el momento en el Perú, lo cual indudablemente favorecerá el clima de inversiones en el país, siendo esta la tendencia general en Latino América.