



Guía de Arbitraje Internacional en Inversiones

Guía para asesores jurídicos del Estado



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos

ALDO ALEJANDRO VÁSQUEZ RÍOS

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

ROGER RAFAEL RODRÍGUEZ SANTANDER

Viceministro de Justicia

ERNESTO LECHUGA PINO

Viceministro de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

PATRICIA HILDA ELIZABETH FIGUEROA VALDERRAMA

Secretaria General

CLARA MARÍA ZAVALA MORA

Directora General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico

ANA MARÍA VALENCIA CATUNTA

Directora de Desarrollo Jurídico y Proyectos Normativos

DERIK ROBERTO LATORRE BOZA

Consultor

Derechos Reservados: Decreto Legislativo N° 822

Primera Edición: Marzo de 2016

Tiraje: 2,500 ejemplares

DISTRIBUCIÓN GRATUITA

2016 - Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Calle Scipión Llonca N° 350, Miraflores, Lima 18

Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-04281

Razón Social: Litho & Arte S.A.C.

Domicilio: Jr. Iquique N° 046 - Breña



Resolución Directoral

N° 003-2016-JUS/DGDOJ

Lima, 09 de marzo de 2016

CONSIDERANDO:

Que, el Literal b) del artículo 7° de la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos señala que este Ministerio tiene como función específica promover la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico nacional;

Que, de conformidad con lo establecido en los literales b), c) y g) del artículo 64° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2012-JUS, la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico es competente para promover la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico nacional, brindar asesoría jurídica a las entidades de la Administración Pública, así como coordinar las actividades funcionales de las Oficinas de Asesoría Jurídica o Gerencias Legales de las entidades del Sector Público con la finalidad de mantener la coherencia del ordenamiento jurídico;



A. Valencia C.



C. ZAVALA M.

Que, sobre la base de estas competencias, esta Dirección General ha elaborado la «Guía de Arbitraje Internacional en Inversiones» que aborda la relevancia de la inversión extranjera directa, el derecho de las inversiones, el sistema de protección de las inversiones, así como la jurisdicción y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y arbitrajes de inversiones en los que el Perú ha sido parte;

Que, la finalidad de la citada Guía es contribuir con el conocimiento del arbitraje internacional aplicado a las inversiones, por parte de los asesores jurídicos estatales;



A. Valencia C.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 011-2012-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo Único. Aprobación

Aprobar la publicación de la «Guía de Arbitraje Internacional en Inversiones».

Regístrese y comuníquese.


Clara María Zavala Mora
Directora General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
ABREVIATURAS	11

CAPÍTULO I

LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA Y EN EL PERÚ	13
---	----

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE LAS INVERSIONES	17
2.1. Derecho Internacional de las Inversiones	19
2.1.1. Acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI)	22
2.1.1.1. Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI)	23
2.1.1.2. Acuerdos Comerciales (Tratados de Libre Comercio)	23
2.1.2. Convenciones para la solución de controversias	24
2.1.3. Derecho internacional de las inversiones y los Derechos Humanos	25
2.2. Derecho Interno de las Inversiones en el Perú	31
2.2.1. Marco jurídico nacional en materia de inversiones	31
2.2.2. Tratados suscritos por el Perú sobre la materia	37

CAPÍTULO III

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES	38
3.1. Principios regulatorios y estándares mínimos	38
3.1.1. Trato justo y equitativo	39
3.1.2. Protección y seguridad plenas	40
3.1.3. Trato nacional y nación más favorecida	40
3.1.4. Protección contra las expropiaciones	40
3.2. El arbitraje internacional en materia de inversiones	42
3.2.1. Base del consentimiento que da origen al arbitraje	43

CAPÍTULO IV

EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI) COMO ESCENARIO DEL ARBITRAJE EN INVERSIONES	44
4.1. Jurisdicción y competencia	46
4.1.1. Criterios para determinar su competencia	46
4.1.1.1. Criterio objetivo (<i>ratione materiae</i>)	47
4.1.1.2. Criterio subjetivo (<i>ratione personae</i>)	49
4.1.1.3. Criterio temporal (<i>ratione temporis</i>)	51
4.1.2. Aplicación de las Reglas de Arbitraje	52
4.1.3. Aplicación del Mecanismo Complementario	55
4.1.4. Casos arbitrales ante el CIADI	56
4.2. Casos arbitrales prácticos por ejes temáticos	59
4.2.1. La relación entre el Derecho Internacional de las Inversiones y los Derechos Humanos	59
4.2.2. Políticas públicas en materia de salud y arbitraje	60

ANEXO I

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES SUSCRITOS POR EL PERÚ	62
--	----

ANEXO II

TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR EL PERÚ	66
---	----

ANEXO III

ARBITRAJES RELATIVOS A INVERSIONES EN LOS QUE EL PERÚ ES PARTE	68
---	----

ANEXO IV

PREGUNTAS FRECUENTES	74
-----------------------------	----

Bibliografía	77
---------------------	----

PRESENTACIÓN

La *Guía de Arbitraje Internacional en Inversiones* está dirigida a profesionales que laboran en las Oficinas de Asesoría Jurídica y Gerencias Legales de las entidades públicas de los tres niveles de gobierno.

El presente texto se desarrolla en cuatro capítulos, de los cuales en el primero se hace una presentación general de la relevancia de la Inversión Extranjera Directa en América Latina y, específicamente, en el Perú. En efecto, la presencia de los capitales que aportan los inversores extranjeros no solo dinamizan la economía de los Estados receptores, sino que, además, pueden desarrollar importantes niveles de transferencia de tecnología y también la generación de mayores capacidades en los recursos humanos locales. A esto debe añadirse que, conforme a lo que señala la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCED), los países en vías de desarrollo están captando una gran proporción de los capitales de inversión extranjera directa (54% del total durante el 2013), lo que puede tener un contenido positivo si esos Estados se encuentran en la capacidad de absorber no solo los capitales, sino las tecnologías que se utilicen y, además, si cuentan con la capacidad de regular de manera adecuada el desarrollo de inversiones para que estas también se desarrollen de manera eficiente y se consigan los objetivos previstos.

Un hecho llamativo, para el Perú específicamente, es que nuestro país en 2014 pasó a ocupar el tercer lugar entre los países de la región como exportador de capitales privados, detrás de Chile y México. Por tanto, ahora el Perú tiene también que pensar y, en su momento, actuar como Estado cuyos nacionales están efectuando inversiones en otros Estados, razón por la que las políticas de protección de los inversores debería apreciarse también desde esta perspectiva.

En el segundo capítulo se presenta lo que se denomina como Derecho de las Inversiones, que sería el conjunto de normas de protección a los inversores extranjeros frente a acciones arbitrarias o ilegítimas que pudieran estar desarrollando los Estados receptores de esas inversiones. Un tema que puede apreciarse es que desde una perspectiva tradicional —que es la que tiene prevalencia todavía en la actualidad— el Derecho de las Inversiones es concebido como un marco general de protección de los inversores extranjeros frente a eventuales abusos o arbitrariedades de los Estados receptores de inversiones, especialmente aquellos que no cuenta con esquemas institucionales consolidados (en general, los países en vías de desarrollo); no obstante, se abre paso una mirada más crítica de este enfoque y que, en busca de equilibrar las cosas, plantea que el Derecho de las Inversiones busca proteger al inversor, pero también garantizar que los Estados receptores consigan los objetivos que buscan con la inversión —promover el desarrollo sostenible de sus sociedades—, para lo cual es fundamental que también los inversores cumplan con los objetivos trazados para sus actividades económicas, esto es, cumplan con el principio de eficiencia en las inversiones.

En esa línea, se hace un análisis, primero, del Derecho Internacional de las Inversiones, presentando los instrumentos que lo conforman, entre otros los

Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, entre los que se pueden destacar los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y los Acuerdos Comerciales; además, hay que destacar las Convenciones que regulan la solución de controversias en materia de inversiones, toda vez que es en los foros arbitrales donde se ha dado contenido a muchas de las instituciones y, especialmente, a los estándares mínimos de protección a las inversiones. Finalmente, se hace un análisis de un tema de interés actual, que es el de la relación entre el Derecho Internacional de las Inversiones y los Derechos Humanos; sobre este particular se destaca que, en principio, los Derechos Humanos fueron acogidos como parte del sistema de protección de las inversiones extranjeras, destacando la inalienabilidad del derecho humano a la propiedad.

En el tercer capítulo se explica directamente el sistema de protección de las inversiones extranjeras, ocupándonos especialmente de los estándares mínimos que se establecen en los diferentes instrumentos internacionales y que deben regir las relaciones entre un Estado receptor de inversiones y los inversores extranjeros; estos estándares mínimos son los de trato justo y equitativo (principio que rige en el derecho internacional consuetudinario y que se encuentra recogido en los diversos acuerdos y tratados), protección y seguridad plenas (por el que los Estados se obligan a ejercer la protección de las inversiones extranjeras con la debida diligencia), trato nacional (que se dé a los inversores extranjeros un tratamiento por lo menos igual que el que da a los nacionales), trato de la nación más favorecida (cualquier mejor tratamiento concedido o por conceder a un Estado se extiende a los demás) y protección contra las expropiaciones (se busca proteger a los inversores de medidas que afecten de manera directa o indirecta su propiedad).

Asimismo, se analiza el arbitraje internacional en materia de inversiones, como el instrumento fundamental para el ejercicio de la protección de las inversiones a nivel global. Se destacan los distintos foros que existen, con mayor especificidad los que la normativa peruana ha reconocido. Del mismo modo, se hace una presentación del Sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión, creado por la Ley N° 28933, y es aplicable a los acuerdos celebrados entre Entidades Públicas e inversionistas nacionales o extranjeros en los que se confiera derechos o garantías a estos últimos, tales como contratos de privatización, contratos de concesión, convenios de estabilidad jurídica, licencias de explotación de hidrocarburos y, en general, todos aquellos acuerdos que se señalen en el reglamento de la presente Ley que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias y Tratados que contengan disposiciones en materia de inversión, celebrados por el Estado peruano con otros Estados y que establezcan procedimientos de solución de controversias entre los inversionistas de un Estado y el Estado receptor de la inversión.

En el cuarto capítulo se presenta el que es hoy el foro más importante para solución de controversias en materia de inversiones extranjeras, es decir, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Primero se analiza los aspectos relativos a su jurisdicción y competencia, destacando el análisis de los criterios que se utilizan para su determinación, tales como son

el criterio objetivo (*ratione materiae*), el criterio subjetivo (*ratione personae*), y, finalmente, el criterio temporal (*ratione temporis*).

Posteriormente, se hace una presentación del Reglamento de Arbitraje, el mismo que, además, fue objeto de modificaciones con la finalidad de transparentar los procesos y mejorar los niveles de legitimidad del arbitraje en materia de inversiones. El grueso de procesos que han sido sometidos ante el CIADI están referidos a procesos arbitrales, razón por la que este mecanismo constituye, sin lugar a dudas, el de mayor importancia. También se hace una presentación breve del reglamento para el Mecanismo Complementario.

Asimismo, se analiza el tema referido a la legislación aplicable y el derecho internacional conforme a lo que se ha venido dando en el arbitraje. En esta línea se plantea la necesidad de no restringir el análisis de las controversias y de la mejor solución a esas diferencias desde una visión puramente economicista, pues debería contemplarse otras variables, como las políticas, sociales, culturales, geográficas, lo que permitiría un acercamiento más profundo para contemplar esa problemática en su real dimensión, contrariamente a lo que la posición puramente economicista ha venido haciendo. El concurso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fundamental en este campo.

Finalmente, se abordan los arbitrajes de inversiones en los que el Perú ha sido parte y cuyos laudos han sido publicados. A partir de ello, se presentan casos hipotéticos para plantear, desde una perspectiva práctica, algunos de los temas presentados en teoría.

Por todo lo expuesto, estamos seguros que esta publicación contribuirá al conocimiento del arbitraje internacional en inversiones de los asesores jurídicos estatales.

Marzo de 2016

CLARA MARÍA ZAVALA MORA

Directora General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico

ABREVIATURAS

AII	Acuerdos internacionales de inversión
APPRI	Acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones
ATCI	Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
COPRI	Comisión de Promoción de la Inversión Privada
CNUCED	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
DII	Derecho Internacional de las Inversiones
FAS	Fusiones y adquisiciones
IED	Inversión Extranjera Directa
MIGA	Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones del Banco Mundial
NAFTA	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
PBI	Producto Bruto Interno
PROINVERSIÓN	Agencia de Promoción de la Inversión Privada
TBI	Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones
TDT	Tratado de Doble Tributación

CAPÍTULO I

LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA Y EN EL PERÚ

La necesidad de capitales en América Latina y, específicamente en el Perú, es una realidad que no puede dejarse de lado. Del mismo modo que hay una fuerte demanda de capitales, también existen corporaciones internacionales con excedentes de capital que buscan lugares donde alojar esos capitales, evidentemente con la intención de obtener una utilidad. Entonces, las necesidades de capital por los países latinoamericanos hacen que estos aprueben medidas de promoción, pero también de protección a las inversiones extranjeras con la finalidad de que los inversores tengan un clima favorable para poder introducir sus inversiones en este espacio geográfico. Durante los años que han corrido de este nuevo milenio, la significación de la inversión extranjera directa en América Latina ha ido creciendo de manera notoria, con picos interesantes (como el marcado en 2012), pero con un descenso en los dos o tres últimos años.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en su informe *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y El Caribe*, correspondiente al año 2012, informó que «[e]n 2012 la inversión directa extranjera recibida por América Latina y el Caribe alcanzó un nuevo récord histórico, llegando a 174.546 millones de dólares. Este valor representa un incremento del 5,7% en comparación con el año anterior y confirma una tendencia creciente y continua desde 2010». Precisa el mencionado informe que el resultado conseguido por la región «es particularmente significativo porque se obtuvo en un contexto bastante complejo de caída pronunciada de los flujos internacionales de IED a lo largo del año. En consecuencia, la participación de la región en las corrientes mundiales de inversión extranjera se ha incrementado marcadamente, pasando del 10% en 2011 al 12% del total en 2012»¹.

La propia CEPAL en el mismo informe *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y El Caribe*, correspondiente al año 2013, señala que «[e]n 2013, la inversión extranjera directa recibida por América Latina y el Caribe alcanzó los 188.101 millones de dólares, un 6% más que el año anterior. Tras el rápido crecimiento registrado en 2007 y 2008, la caída del 40% en 2009 y la veloz recuperación de 2010 y 2011, los flujos de IED hacia la región se han mantenido estables. El crecimiento anual fue modesto en 2012 y 2013 [...]»².

Sin embargo, vistas las cosas en perspectiva global, puede destacarse que ese mismo año la CNUCED señalaba que «[l]as economías en desarrollo mantienen su liderazgo en 2013. Los flujos de IED hacia los países desarrollados aumentaron en un 9% para situarse en 566.000 millones de dólares, lo que representa el

1 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y El Caribe 2012*. CEPAL, 2013. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1151/S2013381_es.pdf?sequence=1, p. 24.

2 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y El Caribe 2013*. 2014. En: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36805/S1420131_es.pdf?sequence=1, p.21.

39% de los flujos mundiales, mientras que los de las economías en desarrollo alcanzaron un nuevo récord de 778.000 millones de dólares, o el 54% del total. El saldo de 108.000 millones de dólares fue a las economías en transición. Las economías en desarrollo y en transición constituyen ahora la mitad de las 20 primeras clasificadas en cuanto a entradas de IED³. La pregunta que cabe hacerse es si ese incremento cuantitativo de los flujos de inversión hacia los países en vías de desarrollo tiene también una significación cualitativa; es decir, el incremento de esas inversiones, ¿resultará positivo con miras al desarrollo sostenible de los países receptores?

Por último, en su informe *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y El Caribe*, correspondiente al año 2015, en el que detalla los datos precisos de inversiones correspondientes al 2014 y hace una proyección respecto al 2015, señala que «[l]as entradas de IED alcanzaron en 2014 los 158.803 millones de dólares, una caída del 16,4% en comparación con 2013 y una cifra similar a la de 2011, en términos nominales. Se trata de la tercera disminución de las entradas de IED desde 2003 y las dos anteriores, en 2006 y 2009, fueron compensadas rápidamente por grandes aumentos en los años siguientes»; en tal sentido, precisa que «[l]a disminución de la IED recibida se concentró en las economías de mayor tamaño. De las seis principales economías de la región, las entradas de IED solo aumentaron en Chile, mientras que en Colombia permanecieron estables. El mayor país receptor de la región sigue siendo el Brasil, que recibió IED por valor de 62.495 millones de dólares en 2014, una cifra marginalmente menor que las de años anteriores. México es la segunda mayor economía de América Latina y también fue el segundo mayor receptor de IED» con US\$ 22 795 recibidos. Siguen en el ranking de países receptores Chile (US\$ 22 002), Colombia (US\$ 16 054) y Perú (US\$ 7 607). En el caso del Perú, el 2014 fue el segundo año consecutivo en el que decreció la inversión extranjera directa, un 18% menos que en 2013 y un 36% menos que en 2012⁴.

En el mismo informe, la CEPAL plantea que los acervos de IED medidos como porcentaje del PBI también crecieron durante la década anterior, «lo que supone que las empresas transnacionales tienen ahora un impacto mayor que nunca en las economías de América Latina y el Caribe. Las excepciones son la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), el Ecuador, Guatemala y Venezuela (República Bolivariana de). Salvo en el caso de Guatemala, se trata de países que han dado prioridad a las inversiones nacionales con respecto a la IED». En línea con esto, afirma que «el continuo crecimiento del acervo de IED tendrá un impacto en el largo plazo en la cuenta corriente en forma de mayores flujos de rentas de IED. De hecho, después de analizar la entrada de capitales y la salida de utilidades, se observa que en algunos países de la región la IED ya está teniendo una incidencia negativa en la balanza de pagos. En la última década Bolivia (Estado Plurinacional de), Chile, Colombia y el Perú han registrado salidas por rentas de

3 Ibidem, p. vii.

4 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y El Caribe 2015*, 2015. En: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38214/S1500535_es.pdf?sequence=4, p. 21.

la IED que superan en volumen la IED recibida»⁵. Estos desbalances entre las salidas de rentas de IED y la recibida propiamente son preocupantes debido a que nos informan que sale más dinero del que entra, lo que habría que evaluar en cuanto al impacto que generará en las economías latinoamericanas pues se estaría generando un déficit en esa relación.

La afectación negativa durante el 2014 de los flujos de IED han sido registrados y considerados por diferentes instituciones que estudian estos temas. «Los flujos de IED en América Latina y el Caribe, excluidos los centros financieros extraterritoriales del Caribe, disminuyeron un 14%, a 159.000 millones de dólares, en 2014. Ello se debió principalmente a una disminución del 78% en las FAS [fusiones y adquisiciones] transfronterizas en América Central y a la caída de los precios de los productos básicos, que redujo la inversión en las industrias extractivas de América del Sur. Las inversiones en América del Sur disminuyeron por segundo año consecutivo, un 4%, a 121.000 millones de dólares, y todos los grandes países receptores, salvo Chile, registraron un crecimiento negativo de la IED. En América Central y el Caribe, la IED disminuyó un 36%, a 39.000 millones de dólares, en parte a causa de los niveles inusualmente altos alcanzados en 2013 debido a una adquisición transfronteriza de gran envergadura que tuvo lugar en México»⁶.

Otro dato que es destacable del informe de la CEPAL para el año 2014 es que «el Perú se convirtió en el tercer país de la región en cuanto a origen de inversiones, detrás de Chile y México, con flujos de salida por un total de 4.452 millones de dólares. Algunas de las principales empresas peruanas han estado invirtiendo en el exterior desde 2006, al beneficiarse de un alto crecimiento económico en su mercado interno, estabilidad macroeconómica y un mejor acceso al financiamiento (el Perú se convirtió en prestatario de primera calidad en 2008). En promedio, entre 2006 y 2013 las inversiones en el exterior no habían superado los 1.400 millones de dólares al año, pero la combinación de varios proyectos y adquisiciones de gran envergadura impulsaron los flujos de salida a un máximo histórico en 2014»⁷. Como Estado, por tanto, el Perú tiene la obligación de introducir mecanismos y estrategias para proteger tanto a las inversiones como a los inversores nacionales que están generando inversiones en otros países diferentes al Perú.

Se concibe a la inversión extranjera como una institución con contenido contractual y, dentro de ella, cualquier discrepancia o controversia que al suscitarse pueda dar lugar a un arbitraje en el cual, si el Estado no asume una sólida defensa de su posición, el interés público puede quedar relegado y de ese modo afectar desarrollo económico y social de nuestro país; en ese sentido, debería también regularse estas actividades de modo tal que se establezcan

5 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y El Caribe 2015*, 2015. En: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38214/S1500535_es.pdf?sequence=4, p. 21.

6 CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (CNUCED o UNCTAD). *Informe sobre las inversiones en el mundo. Panorama General. Reforma de la gobernanza internacional en materia de inversiones*. 2015. En: http://CNUCED.org/es/PublicationsLibrary/wir2015o-erview_es.pdf, p. 19.

7 CEPAL, Op. Cit., 2015, p. 34.

criterios que prevengan la ocurrencia de controversias y el inicio de arbitrajes. En segundo lugar, se plantea la necesidad de establecer una estrategia plurisectorial y multidisciplinaria para afrontar los eventuales arbitrajes que se inicien en este campo.

Con seguridad, es el momento en que debe repensarse y rediseñarse la estrategia de promoción de las inversiones extranjeras directas. A nivel global se ha generado una situación muy crítica por las medidas liberalizadoras que facilitaron las inversiones extranjeras, las que, además, utilizaron los esquemas de elusión de tributos y generaron mayores perjuicios a los Estados receptores de inversiones en cuanto a la captación de rentas e ingresos. Por ello, habría que tomar en cuenta que habría que «aprovechar los AII para el logro de un crecimiento sostenible e incluyente y determinar los medios más eficaces para salvaguardar el derecho a regular y garantizar al mismo tiempo la protección y facilitación de las inversiones. La reforma debe centrarse en esferas críticas, prever medidas a todos los niveles, adoptar un enfoque sistemático y progresivo, garantizar el carácter inclusivo y la transparencia, y hacer uso de estructuras de apoyo multilateral [...] A falta de un sistema multilateral, y habida cuenta de la enorme cantidad de AII existentes, para que el régimen de AII contribuya al desarrollo sostenible, lo mejor es reformarlo de manera colectiva en el marco de una estructura de apoyo mundial. Una estructura de apoyo mundial de ese tipo puede proporcionar el respaldo necesario para la reforma de los AII gracias a una labor de análisis de políticas, coordinación, gestión de la interacción con otros entes jurídicos, asistencia técnica y búsqueda de consenso»⁸.

8 CNUCED, Op. Cit., 2015, p. 33.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE LAS INVERSIONES

Como se planteó anteriormente, desde una perspectiva tradicional, debe entenderse por Derecho de las Inversiones al conjunto de «reglas que protegen a las inversiones y a los inversores extranjeros frente a las acciones ilegítimas de los Estados receptores de la inversión»⁹; estas reglas están contenidas en diversos instrumentos internacionales como son los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), Tratados de Libre Comercio (TLC) y Convenciones para la solución de controversias. Estos instrumentos tienen como objetivo «la defensa de la propiedad y la protección de las inversiones internacionales contra toda forma de interferencia excesiva o ilegítima por parte de los Estados»¹⁰.

Para precisar esto puede decirse que «debido al fracaso a fines de los 90' de la iniciativa de la Organización de Países para el Desarrollo Económico (OECD) para crear un tratado multilateral sobre inversiones (MAI) hasta el momento no existe una regla o tratado multilateral que regule en forma centralizada y homogénea el Derecho Internacional de las Inversiones (DII) por lo que esta disciplina viene evolucionando a partir de diversos paradigmas jurídicos»¹¹.

Siempre desde esa perspectiva tradicional, el Derecho de las Inversiones «establece una relación jurídica triangular, en que participan el Estado receptor de la inversión, el Estado de nacionalidad del inversor y el inversor», relación que resultaría «beneficiosa para las tres partes. El Estado receptor de la inversión logra ofrecer una cierta seguridad jurídica a las inversiones extranjeras, con lo que atrae inversiones que en otro caso probablemente se canalizarían a otros Estados. El Estado de nacionalidad del inversor obtiene la ventaja de ver garantizados los derechos de sus nacionales en el Estado receptor de la inversión. El inversor, por su parte, se beneficia de una mayor seguridad jurídica, tanto en lo que afecta a las obligaciones del Estado receptor de la inversión clarificadas en el TBI, como en lo que afecta a los mecanismos de aplicación, puesto que el inversor puede acudir a mecanismos internacionales de solución de diferencias sin que el Estado de nacionalidad tenga que asumir la protección diplomática»¹².

No obstante, esta perspectiva ha generado cuestionamientos diversos que van abriendo una concepción integral —y de mayor actualidad— del Derecho de las Inversiones, en el sentido de que «el régimen jurídico de las inversiones toca directamente la soberanía de los Estados y su ejecución compromete ordinariamente sus competencias regulatorias. Esta situación genera conflictos que terminan

9 APARICIO, ARP & ASSOCIATES, LLC. International Legal and Political Services. «Guía sobre el arbitraje de inversiones internacionales». Disponible en: <http://nebula.wsimg.com/578a766889095b3c52d-8bffc64c1dd8f?AccessKeyId=96596F6AC107A2535D6B&disposition=0&alloworigin=1>, 2013, p. 1.

10 OLARTE BÁCARES, Diana Carolina. «El Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: el reencuentro con los Derechos Humanos». En: *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, Tomo VI, Derecho Público, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 690.

11 KUNDMÜLLER, Franz y RUBIO, Roger. «El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte». En: *Revista Lima Arbitration*, N° 1, Lima, Perú, 2006. Disponible en: http://www.limaarbitration.net/LAR1/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_guerrero.pdf, p. 70.

12 APARICIO, ARP & ASSOCIATES, LLC. International Legal and Political Services, Op. Cit., 2013, p. 2.

en el desarrollo de numerosos litigios frente a los diversos mecanismos para la solución de las controversias relativas a inversiones»; esto ha hecho que pueda incluso concluirse que «[e]l ejercicio de ciertas prerrogativas de poder público que implican restricciones a las inversiones arrojó un número creciente de condenas provenientes del contencioso arbitral»¹³. Esta sería una de las razones por la cual en algunos Estados de Latinoamérica se encuentra cierta hostilidad hacia el Derecho de las Inversiones y, especialmente, hacia el arbitraje como medio de solución de las controversias derivadas de esas inversiones, toda vez que existe una sensación de que se favorece los intereses de los inversores en perjuicio de las facultades regulatorias de los Estados.

Esto, además, ocurre porque incluso los TBI han sido diseñados a partir de la perspectiva tradicional del Derecho de las Inversiones. Por ello, se afirma que «como la inmensa mayoría de los TBIs establecen que su objetivo principal es proveer a los inversores extranjeros de derechos y de un sistema especial de protección, los árbitros suelen aplicar una interpretación expansiva de sus cláusulas, al mismo tiempo que subestiman sus potenciales consecuencias negativas en los procesos decisorios estatales y otras cuestiones de interés público»¹⁴.

Sin perjuicio del contenido internacional del Derecho de las Inversiones, también debe destacarse que este tiene un contenido en el ámbito doméstico; es decir, de Derecho interno del Estado receptor de las inversiones, pudiendo destacar las normas internas que regulan el desarrollo y establecen la competencia de tribunales internacionales; normas que establecen el tratamiento de inversiones nacionales e inversiones extranjeras.

Como señalan Higa y Saco, el derecho internacional y el derecho interno relacionado con las inversiones «tienen que ajustarse mutuamente para evitar contradicciones entre ambos o el rechazo del uno al otro. El punto de encuentro de esta adaptación y coordinación se encontrará en la Constitución, que es la base de todo el derecho interno peruano». Es más, se llega a afirmar que el derecho internacional de las inversiones «es parte del derecho interno peruano», tomando en consideración que el artículo 53º de la Constitución reconoce que los tratados ratificados y en vigor forman parte del derecho nacional¹⁵.

Este enfoque de relación armónica entre los instrumentos internacionales y las normas internas lo plantea Sánchez en un terreno más bien práctico y de decisiones judiciales y arbitrales. Así, señala que «si la violación invocada por el inversionista se funda sobre un BIT, es la cláusula de solución de conflictos prevista en ese tratado la que deberá ser aplicada; si se invoca una violación del contrato de inversión, será la cláusula contractual atributiva de competencia de ese acuerdo la que se aplicará a la controversia»; sin embargo, en caso de que existan pronunciamientos en el ámbito interno y en el internacional que resulten contradictorios, «deberá primar lo que ha sido decidido en el ámbito internacional sobre lo que ha sido establecido en el orden local interno que corresponde al juez del contrato»¹⁶.

13 OLARTE BÁCARES, Diana Carolina, Op. Cit., pp. 693, 694.

14 BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, Op. Cit., p. 15.

15 HIGA, César y SACO, Victor. Op. Cit., 2013, pp. 232,234.

16 SÁNCHEZ, Guillermo. «El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITs». En: *Revista peruana de arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006, pp. 343, 346.

2.1. Derecho Internacional de las Inversiones

Según algunos autores, «el proceso evolutivo del DII presenta dos etapas claramente definidas: los tiempos anteriores al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), y los tiempos posteriores a éste». Tómese en cuenta que ese tratado se celebró en 1992. Por tanto, conforme a este planteamiento la evolución del Derecho de las Inversiones tendría un hito fundamental en ese año. Asimismo, se afirma que el «sistema westfaliano» que rige las relaciones internacionales sobre la base de los principios de soberanía nacional y de no intervención (configurado con los tratados celebrados para la denominada «Paz de Westfalia», que concluyó la guerra de los treinta años en 1648) está en plena transformación todavía por «influencia contemporánea del Derecho Internacional Económico antes que del Derecho Internacional Político tradicional»; así se están transformando conceptos básicos como los de soberanía y poder estatal, reserva de dominio, igualdad soberana, jurisdicción territorial, entre otros¹⁷.

Esta transformación de los contenidos de los conceptos a los que refiere el párrafo anterior, la explica Sánchez de la siguiente manera «la transformación de la soberanía absoluta del Estado en soberanía relativa es consecuencia de la continua participación del Estado en las relaciones económicas, situación que ha permitido distinguir una doble competencia: *jure imperis* y *jure gestionis*. En el primer caso, el Estado actúa dentro del marco de sus facultades soberanas y en el segundo tipo de competencia, el Estado acepta renunciar a su posición soberana para convertirse en un comerciante»¹⁸.

Veamos cómo fue la evolución del Derecho Internacional de las Inversiones. Tómese en cuenta que, como indica la CNUCED, con la adición de 31 acuerdos internacionales de inversión (AII), el régimen de AII llegó a un total de 3.271 tratados (2.926 TBI y 345 de otros tipos) a fines de 2014. Claro que precisa también que si bien el número anual de TBI sigue disminuyendo, cada vez son más los países que negocian AII a nivel regional y subregional. «Por ejemplo, cerca de 90 países participan en las cinco rondas en curso sobre el TPP, la ATCI, la Asociación Económica Integral Regional, el Tripartito y el Acuerdo ampliado del Pacífico»; para mayor precisión debe indicarse que en 2014 también se concluyeron 84 tratados sobre doble tributación (TDT), siendo a ese momento más de 3.000 TDT en vigor en todo el mundo¹⁹. Se puede concluir rápidamente que la proliferación de estos Acuerdos y Tratados le imprime un carácter caótico al Derecho Internacional de las Inversiones.

Un primer instrumento fue el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado entre los Estados Unidos de Norteamérica y Francia en el año de 1796. En este tratado se establecieron medidas de protección de la propiedad extranjera.

Durante el siglo XIX se celebraron Tratados para la Protección de la propiedad de extranjeros bajo el derecho del país receptor.

17 KUNDMÜLLER, Franz y RUBIO, Roger, Op. Cit., 2006, pp. 71, 72.

18 SÁNCHEZ, Guillermo. Op. Cit., 2006, 332.

19 CNUCED, Op. Cit., 2015, pp. 25, 26.

En materia de políticas de protección de inversiones extranjeras —y de las teorías que las sustentan—, hasta 1917 se daba un *statu quo* en el que encontrábamos una situación jurídica, económica y también política de consenso de respeto por las inversiones extranjeras y la propiedad privada; esta situación se habría quebrado o afectado por lo menos con las revoluciones rusa y mexicana que dejaron en tela de juicio la sacralidad de la propiedad privada y del deber de compensación en caso de expropiaciones. En este contexto de crisis de los conceptos y doctrinas jurídicas que hasta ese momento habían reinado, surgió en América Latina la denominada «doctrina Calvo», según la cual, «en primer lugar, el derecho local es el derecho aplicable a los diferendos con los inversionistas extranjeros. En segundo lugar, los extranjeros deben someterse a la jurisdicción del Estado de acogida y deben renunciar al ejercicio de la protección diplomática de su Estado nacional. Esta posición se fundamentó principalmente en la igualdad entre nacionales y extranjeros con objeto de consolidar el principio de no intervención en los asuntos internos. Por medio de este enfoque, los Estados latinoamericanos lograrían contrarrestar las intromisiones extranjeras y consolidar su recién adquirida soberanía»²⁰. Habría que añadir que se desarrolló también la denominada «doctrina Drago», que resulta ser una consecuencia de la «doctrina Calvo», toda vez que propugnaba, para evitar todo recurso a la fuerza, una sumisión a los órganos jurisdiccionales de derecho local, los mismos que debían resolver toda diferencia entre el Estado y el operador económico extranjero²¹.

20

Se generó desde entonces una suerte de disputa ente los países desarrollados, por un lado, y Rusia, México y otros países latinoamericanos, por el otro. Incluso antes de que en México se aprobara en 1917 la nueva Constitución de ese país, se generaron controversias con inversores estadounidenses por expropiaciones que los afectaron; se formó una comisión bilateral para resolver dicho impasse. «Sintetizadas al máximo las dos posiciones, mientras que el representante norteamericano expuso lo que se llamó la 'Fórmula Hull', que sostenía que el derecho internacional reconocía que ningún gobierno podía expropiar la propiedad privada, por el motivo que fuera, sin una pronta, adecuada y efectiva compensación, la delegación mexicana negaba que el derecho internacional recogiera tal principio en la práctica o en su desarrollo dogmático. Finalmente, las partes llegaron a un acuerdo indemnizatorio pero no basado en derecho sino en consideraciones políticas y de equidad»²².

En los años 20 y 30 del siglo XX el comercio internacional se expandió de manera importante y los Tratados de amistad, comercio y navegación (TACN) fueron los principales instrumentos jurídicos de protección internacional de los inversionistas, en los que normalmente se establecía la competencia de la Corte Internacional de Justicia para dirimir las controversias respectiva en un arbitraje Estado-Estado, lo que implicaba que el inversor endosara al Estado del cual era nacional, la controversia, y este tenía que hacer suyo el reclamo frente al Estado receptor²³.

20 OLARTE BÁCARES, Diana Carolina. Op. Cit., 2010, p. 685.

21 SÁNCHEZ, Guillermo. Op. Cit., 2006, p. 332.

22 BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Op. Cit., 2010, p. 12.

23 KUNDMÜLLER, Franz y RUBIO, Roger. Op. Cit., 2006, p. 73.

Debe tomarse en cuenta que entre los años 1945 y 1990, en el contexto posbélico, se iniciaron diferentes modelos de cooperación a partir de la influencia de los Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. «La cooperación al desarrollo nace, por un lado, como un instrumento esencial para la construcción de nuevas relaciones político-económicas entre los Estados y para el logro de objetivos específicos; y, por otro, como una necesidad fundamental de la humanidad de vivir en paz y bienestar». Así, se creó en 1945 la Organización de las Naciones Unidas, institución internacional que tuvo un reto muy grande, pues precisamente en ese periodo se produjeron importantes procesos de descolonización, lo que supuso que se abriera un escenario de conflicto entre las antiguas metrópolis y sus antiguas colonias. «Por un lado, las antiguas metrópolis seguían teniendo importantes intereses en sus ex-colonias. Por otra parte, los nuevos países recién independizados necesitaban asistencia financiera y técnica para sus propios planes de desarrollo. La cooperación internacional vendría a convertirse así en un instrumento de utilidad e interés desde ambos puntos de vista, y los Ministerios de Cooperación Externa acabarían sustituyendo a los antiguos Ministerios de Colonias»²⁴.

En 1962, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Resolución N° 1803, con el título de «Soberanía permanente sobre los recursos naturales», planteando una posición que se encuentra entre la «fórmula Hull» y la «doctrina Calvo». En ella se establece que el derecho de «los pueblos y las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales, debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado». Además, cuando se autorice el ingreso de capital extranjero para su exploración, desarrollo o disposición, se regirá por «la ley nacional vigente y por el derecho internacional». Reconoce también que la nacionalización, la expropiación o la requisición «deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero. En estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional. En cualquier caso en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas. No obstante, por acuerdo entre Estados soberanos y otras partes interesadas, el litigio podrá dirimirse por arbitraje o arreglo judicial internacional».

La tensión entre la «fórmula Hull» y la «doctrina Calvo» se ha mantenido pese al paso del tiempo y muestra que estamos en un terreno complicado. Sin embargo, Santistevan de Noriega señalaba que «en el último cuarto del siglo XX, con la adopción de políticas de libre mercado, los Estados morigeraron significativamente la vigencia de la doctrina Calvo y reformaron, consecuentemente, su legislación arbitral para establecer leyes autónomas de arbitraje, que en general han seguido la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por sus

24 ÁLVAREZ ORELLANA, Scarlett Marina. «Una introducción a la cooperación internacional al desarrollo». En: *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*. Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, N° 10, La Rioja, diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/alvarez.pdf>, pp. 287, 288.

siglas en inglés UNCITRAL). Asimismo, ratificaron las Convenciones de New York (1958) y Panamá (1975) relativas al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales»²⁵.

2.1.1. Acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI)

Los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) son acuerdos que celebran los Estados —que pueden ser bilaterales, regionales o multilaterales—, con la finalidad de establecer medidas de protección, en el ámbito del derecho internacional, pero también con eficacia en el derecho interno de los Estados, a las inversiones realizadas por inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte. Existen entre otros, los denominados Tratados Bilaterales y también los Tratados de Libre Comercio en los que se incluya un capítulo sobre inversiones; además, hay algunos casos de Tratado de Doble Tributación que tienen incidencia en las inversiones y que podrían ser considerados también, de alguna manera, como parte integrante del Derecho Internacional de las Inversiones.

Estos acuerdos se dan en el contexto en el cual los Estados buscan establecer condiciones favorables para las inversiones, evitando o reduciendo el riesgo de que estas —y, por ende, los inversores— se vean afectados por factores políticos o jurídicos internos del Estado receptor. Así, por ejemplo, en el caso de los TLC que incluyen un capítulo sobre inversiones, se ha señalado que «la *ratio legis* del capítulo de inversiones en un TLC de última generación, 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». Así, el primero «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». Y el segundo propósito consiste en que el propio TLC «regula los medios de gestión de conflictos entre inversionistas y Estados», que resultan de aplicación exclusiva para los casos en que se vulneren las disposiciones de inversiones del mismo Tratado²⁶.

En diversas páginas web se puede ubicar información pertinente. Así, en la del Ministerio de Economía y Finanzas del Perú²⁷ se señala que nuestro Estado ha realizado una serie de negociaciones respecto a instrumentos de carácter bilateral, regional y multilateral, que tienen por finalidad establecer garantías de tratamiento, protección y acceso a mecanismos de solución de controversias aplicables a las inversiones.

25 SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú». En: *Revista peruana de arbitraje*, Nº 2, Grijley, Lima, 2006, p. 21.

26 KUNDMÜLLER, Franz. «El Derecho Internacional de las Inversiones y el Arbitraje entre Inversionistas y Estados, una intersección en el camino que conduce al Desarrollo Económico». Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2618514, pp. 37, 38.

27 En: https://mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=341&Itemid=100909&lang=es.

Así, de acuerdo a la información que proporcionan esa página web, se habrían suscrito 32 acuerdos internacionales en materia de Inversiones incluyendo 3 Tratados de libre comercio que incluyen capítulos de inversiones (Estados Unidos, Canadá y Singapur) y 29 convenios bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones con países de la Cuenca del Pacífico, Europa y América Latina.

Hay otra página dedicada a los Acuerdos Comerciales²⁸, en la que también se puede encontrar información.

Sin perjuicio de la información que se puede encontrar en esas web oficiales, tenemos otras de organizaciones no estatales, como la del Círculo Peruano de Arbitraje²⁹.

2.1.1.1. Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI)

Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones son acuerdos negociados y suscritos por dos Estados, que resultan vinculantes para ambos. La finalidad de dichos acuerdos es, efectivamente, la protección de los inversores —respecto a sus inversiones y los intereses derivados de ellas— nacionales de uno de los Estados signatarios en el territorio del otro país signatario.

El fenómeno que ha caracterizado este tipo de acuerdos es el de una proliferación de los mismos, aunque ahora, conforme a lo que se habría empezado a reducir la cantidad de TBI que se negocian y suscriben por año, luego de los picos alcanzados entre los años 1990 y 2000. Sin embargo, como señala la CNUCED, al 2014 existían 3 271 TBI. Se agudiza la tendencia de reformar o plantear nuevos enfoques para los APPRIS en general y los TBI en particular. Por ello, esos nuevos métodos «coinciden en su intento de modernizar los AII y seguir mejorando su dimensión de desarrollo sostenible. El Marco de Políticas de Inversión de la UNCTAD, que representa una nueva generación de políticas de inversión, se ha utilizado ampliamente como una de las principales referencias en los procesos mencionados anteriormente»³⁰.

2.1.1.2. Acuerdos Comerciales (Tratados de Libre Comercio)

Los Tratados o Acuerdos de Libre Comercio son acuerdos que pueden ser bilaterales, regionales o multilaterales y que tienen por objetivo la ampliación de los mercados de bienes y servicios entre los signatarios del acuerdo. No hay que confundir los objetivos del TLC con la integración económica, social y política regional, toda vez que los procesos de integración abarcan muchos más aspectos que los puramente comerciales, que son en los que se centran los TLC.

28 En: <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe>.

29 En: www.limaarbitration.net.

30 CNUCED, Op. Cit., p. 27.

El Estado peruano ha acogido como definición la que indica que un tratado de libre comercio «es un acuerdo comercial vinculante que suscriben dos o más países para acordar la concesión de preferencias arancelarias mutuas y la reducción de barreras no arancelarias al comercio de bienes y servicios. A fin de profundizar la integración económica de los países firmantes, un TLC incorpora además de los temas de acceso a nuevos mercados, otros aspectos normativos relacionados al comercio, tales como propiedad intelectual, inversiones, políticas de competencia, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, asuntos laborales, disposiciones medioambientales y mecanismos de defensa comercial y de solución de controversias. Los TLC tienen un plazo indefinido, es decir, permanecen vigentes a lo largo del tiempo por lo que tienen carácter de perpetuidad»³¹.

2.1.2. Convenciones para la solución de controversias

La primera Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales fue adoptada en la primera Conferencia Internacional de la Paz, desarrollada en la ciudad de La Haya, el año de 1899. En dicha Convención se estableció la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). La Convención de 1899 fue reemplazada por la de 1907, pero la concepción del arbitraje como el medio idóneo de solución de controversias se mantuvo³².

Un hito en la evolución del arbitraje comercial internacional fue la Convención de Nueva York, de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, de la cual en 2002 formaban parte 120 Estados. Fue aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional a la que convocara el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Sin embargo, los países latinoamericanos, que mantenían una abierta hostilidad hacia el arbitraje internacional, fueron los últimos en ratificarla³³. Esta Convención fue ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 24810, publicada el 25 de mayo de 1988 y entró en vigencia el 05 de octubre de 1988.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. El Perú lo ratificó el 9 de agosto de 1993.

Hay que destacar también que la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció en 1966 la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI o UNCITRAL). Esta decisión se tomó en un contexto en que se manifestaron las divergencias que surgen de las leyes de los diferentes Estados en materias relacionadas con el comercio internacional, lo que constituiría uno de los obstáculos para el desarrollo del comercio mundial. La idea era que, a

31 Para mayor información se puede consultar la siguiente web: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=48%3Alo-que-debemos-saber-de-los-tlc&catid=44%3Alo-que-debemos-saber-de-los-tlc&Itemid=82.

32 BIGGS, Gonzalo. «Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales». En: *Revista de la CEPAL*, N° 80, 2003. Disponible en: <http://archivo.cepal.org/pdfs/revistaCepal/Sp/080101119.pdf>, p. 105.

33 *Ibidem*, pp. 105-106.

través de esta Comisión, las Naciones Unidas podrían ayudar a reducir o eliminar los obstáculos jurídicos que afectan al comercio internacional. En esa línea, «UNCITRAL recibió el mandato de fomentar la ‘armonización progresiva’ del ‘derecho mercantil internacional’, y, a través de los años, se ha convertido en el principal órgano jurídico de las Naciones Unidas para el desarrollo del derecho comercial internacional»³⁴. Esta Comisión trabajó el texto del Reglamento de Arbitraje y la Ley Modelo de Arbitraje que han servido de modelo para muchas normas a nivel global.

Tiene que destacarse también la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada el 23 de mayo de 1969, que entró en vigencia el 27 de enero de 1980, que fue ratificada por el Perú por Decreto Supremo N° 029-2000-RE, habiéndose depositado el Instrumento de ratificación el 14 de septiembre de 2000. Está vigente para el Perú desde el 14 de octubre de 2000.

Otro hito importante es el 30 de enero de 1975, fecha en la que la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado aprobó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) que «tuvo especial importancia, por cuanto estableció por primera vez en la región latinoamericana un sistema jurídico comercial internacional que trascendió las legislaciones nacionales»³⁵. El Perú ratificó esta Convención mediante Resolución Legislativa N° 24924, del 7 de noviembre de 1988.

El Tratado sobre la Carta de la Energía, suscrito en diciembre de 1994, tiene por objeto establecer y mejorar el marco jurídico para la cooperación en los asuntos energéticos fijados por la Carta Europea de la Energía y es el primer acuerdo vinculante de protección multilateral de la inversión. Prevé al arbitraje como medio de solución de controversias.

2.1.3. Derecho internacional de las inversiones y los Derechos Humanos

El inicio del nuevo milenio nos enfrenta, como humanidad, a una serie de retos y oportunidades, pero da cuenta también del fracaso en muchos aspectos de nuestra civilización. Se ha generado un desarrollo tecnológico sin precedentes y el crecimiento económico ha permitido que ciertas sociedades tengan niveles de vida óptimos para sus ciudadanos, pero las brechas de desigualdad y los dramas que se viven en la mayoría de sociedades o sectores sociales, son mayúsculos. Por ello, las Naciones Unidas se han planteado una serie de desafíos globales en lo económico, social y ambiental, y se está definiendo un conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). «Los ODS, que están formulando las Naciones Unidas [...] tienen por objeto impulsar la acción en todo el mundo mediante objetivos concretos para el período comprendido entre 2015 y 2030 en lo relativo a la reducción de la pobreza, la seguridad alimentaria, la salud humana y la educación, la mitigación del cambio climático y otros objetivos económicos, sociales y ambientales»³⁶.

34 Ibidem, pp. 106 y 107.

35 Ibidem, pp. 107, 108.

36 CNUCED, Op. Cit., 2014, p. xi.

Estos retos subsistentes para la humanidad hay que contemplarlos en el contexto del proceso de globalización que vivimos y que ha generado tantos cambios en todas las esferas de la vida social, teniendo como escenario fundamental el de las relaciones internacionales y, por supuesto, las implicancias de esas relaciones en los ámbitos nacionales. En las relaciones jurídicas internacionales, dos ramas del Derecho han tenido una particular incidencia: el Derecho Internacional de las Inversiones y los Derechos Humanos. A decir de algunos autores, la evolución de estas dos ramas «ha contribuido abiertamente al protagonismo que hoy ostenta el individuo en la comunidad internacional», pese a que se sustentan en bases diferentes, toda vez que los derechos humanos «se basan esencialmente en la dignidad de la persona, mientras que el derecho internacional de las inversiones se fundamenta en la protección de la inversión, y específicamente de los intereses del inversionista»³⁷.

Es más, se ha señalado que precisamente por esas bases diferentes que sustentan ambos ordenamientos, muchos Estados tienen comprometida «su responsabilidad internacional en dos frentes —inversiones extranjeras y derechos humanos— y lo curioso es que en ocasiones esos frentes parecen demandarles conductas contradictorias: si se introduce una determinada medida regulatoria encaminada a la protección de algún derecho consagrado en los pactos de derechos humanos, ello puede dar lugar a reclamos de los inversores por afectación de sus intereses amparados en los TBI, y —si no se lo hace— tal omisión puede originar demandas de los afectados en clave de derechos humanos»³⁸.

Desde una perspectiva constitucional, se ha planteado que los inversores, «como personas naturales»³⁹, nacionales o extranjeras, son a su vez seres humanos que cuentan con derechos fundamentales (ámbito interno) y derechos humanos (ámbito internacional). Es posible que una misma situación fáctica pueda ser caracterizada jurídicamente bajo dos normas». Es más, «de acuerdo con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el derecho internacional de las inversiones y los derechos humanos pueden ser interpretados en conjunto, velando por la primacía de los segundos en caso de conflicto. Igualmente, siguiendo el artículo 31^o de la Convención de Viena, las otras normas en vigor para la partes pueden ser utilizadas para interpretar una obligación internacional, contando de esta manera con una interpretación evolutiva y coherente. La reciente práctica arbitral en materia de inversiones también ha demostrado que se pueden integrar otras normas internacionales, como las de los derechos humanos, para resolver casos de inversión»⁴⁰. Sin embargo, para entender este último postulado, la relación del DII y los Derechos Humanos se ha dado en dos circunstancias diferentes que se describen a continuación:

37 OLARTE BÁCARES, Diana Carolina. Op. Cit., pp. 683-684.

38 BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y JUSTO, Juan Bautista. «Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión». CEPAL, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, GTZ, Chile, 2011. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3839/S2010980.pdf;jsessionid=1526A470EF89D1D9039FF39F13AE0132?sequence=1>, 2011, p. 7.

39 Si bien los derechos humanos surgieron vinculados directamente a las personas naturales, su aplicación se ha extendido en algunos casos también a las personas jurídicas.

40 HIGA, César y SACO, Víctor. Op. Cit., pp. 243, 244.

Primero, cuando se tiene a los inversores como sujetos de los derechos humanos, dicho recurso dirigido a proteger sus intereses y derechos ha merecido decisiones favorables por parte de los Tribunales Arbitrales en los laudos que han emitido para resolver los arbitrajes a través de los que los inversores —la mayoría de ellos personas jurídicas— han efectuado sus reclamaciones. Esos Tribunales han sostenido sus decisiones cautelando los derechos de los inversionistas incluyendo para ello la fundamentación tuitiva de los derechos humanos de los inversores. Así, se han sustentado decisiones, tomando en consideración como parte del catálogo de derechos humanos invocados en favor de los inversionistas para interpretar las obligaciones en materia de inversiones, los siguientes: la defensa del derecho a la propiedad privada de los inversores, la protección del derecho al debido proceso, prohibiendo la discriminación en contra de estos sujetos de derecho e, incluso, el derecho a la integridad física y moral, además del derecho a la libertad de expresión⁴¹.

Segundo, cuando se tiene como sujetos de los derechos humanos a individuos o colectivos diferentes al inversionista, considerando que muchas veces se los invoca en cautela de intereses difusos o colectivos. Normalmente estos requerimientos son formulados por terceros, que participan en algunos casos como *amicus curiae* —de ahí la importancia de las modificaciones efectuadas el año 2006 al Reglamento del CIADI, por ejemplo— y, algunas veces, por los propios Estados —aunque sobre esto no se cuente con mucha información, pues todavía muchos arbitrajes siguen con la cerradura que genera la confidencialidad de los mismos—. En estos casos se plantea la oposición de la aplicación y respeto de los derechos humanos frente a la aplicación de las reglas de protección de las inversiones extranjeras. En este caso, se tiene que señalar que los árbitros no han reconocido, hasta el momento, la validez de los argumentos de protección de los derechos humanos para justificar las afectaciones a los APPRI por cuenta de los Estados⁴².

La posición de los Estados latinoamericanos respecto al Derecho Internacional de las Inversiones ha sido siempre particular, toda vez que su dependencia de capitales exportados por personas naturales o jurídicas de los Estados que antes fueron metrópolis coloniales marcó una relación compleja. Se instauró la «doctrina Calvo» y, pese a ello, en la práctica esta nunca tuvo efectividad para impedir el ejercicio de la «protección diplomática», pues en realidad esta entraba en funcionamiento cuando se habían agotado los recursos internos; en no pocos casos se llegó a situaciones de intervenciones de otros Estados en sus territorios, afectando su soberanía. Esta situación generaba una inestabilidad importante en los países latinoamericanos que buscaron, desde un principio, las herramientas para que sus democracias pudieran fortalecerse (el rol de los derechos humanos era central para ello) y, al mismo tiempo, que el principio de no intervención se cumpliera; esto lo plantearon no solo a nivel de los países americanos (la creación de la Organización de Estados Americanos de alguna manera va en esa línea), sino que se planteó también en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, con la idea de generar una adecuada relación entre la inversión extranjera y la soberanía de los Estados. En el ámbito de las Naciones Unidas

41 OLARTE BÁCARES, Diana Carolina. Op. Cit., pp. 696, 697, 698.

42 Ibidem, p. 698.

este esfuerzo quedó plasmado, en 1962, con la emisión de la Resolución N° 1803, que establecía criterios para la «soberanía permanente sobre los recursos naturales». Pero hacia las décadas de los 80 y 90, esta posición fue dejada de lado, pues las condiciones económicas de la región se afectaron ostensiblemente, razón por la que los Estados latinoamericanos sucumbieron frente a una posición por la que la promoción y protección de la inversión extranjera ocupa un lugar prioritario, afectando y subordinando directa y esencialmente la potestad estatal regulatoria⁴³.

Como se ha indicado antes, el Derecho Internacional de las Inversiones desde los años 80 empezó a centrar su atención casi exclusivamente en la defensa de la propiedad y la protección de los inversores extranjeros contra toda forma de intervención por parte de los Estados, para lo cual se establecieron los estándares mínimos. Luego del denominado «Consenso de Washington», la visión política admitió como innegable el rol de las inversiones como uno de los motores del crecimiento económico, razón por la cual los Estados adecuaron sus ordenamientos jurídicos internos a lo que se establecía en el Derecho Internacional de las Inversiones. Esta orientación generó una de las más importantes tensiones y hasta contradicciones entre el Derecho de las Inversiones y los Derechos Humanos, conforme a lo que se indicó antes, toda vez que los derechos humanos ampararon las demandas de muchos inversores, pero no fueron admitidas como sustento de la actuación de los Estados receptores de inversiones.

Los Acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones incluyen reglas que obligan a los Estados a dar la garantía y protección a las inversiones que alojen; esto incluye el reconocimiento de los estándares mínimos, como son las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida, de trato justo y equitativo, las relativas a la expropiación y de protección y seguridad integrales. «El respeto de estas reglas significa generalmente el compromiso del Estado de mantener la seguridad y la estabilidad del ambiente jurídico y económico», así como «por una limitación del uso de las prerrogativas de poder público cuando estas generen una modificación desventajosa de los derechos o la supresión de las expectativas legítimas del inversor»⁴⁴.

El derecho internacional de las inversiones, desde su concepción, tiene por objetivo cautelar y generar un marco de promoción y de protección de la inversión extranjera. Pero, sobre la base de la experiencia, y en particular atendiendo a la diversa jurisprudencia arbitral y las consecuencias que estas generan en los diferentes actores, especialmente en los Estados receptores de inversiones, se puede afirmar que el DII —específicamente, a través del desarrollo arbitral— ha limitado la soberanía del Estado, especialmente afectando su capacidad de diseñar políticas públicas, lo que impide que los actores estatales tengan un control suficiente para exigir que los inversores cumplan los objetivos previstos por los que se recibió sus inversiones, que actúen con eficiencia y que también den garantía del respeto de derechos humanos distintos a aquellos de los inversionistas. La mayoría de las decisiones arbitrales determinan la imposibilidad del Estado de modificar la legislación o el ejercicio del poder reglamentario, ya que no reconocen

43 Ibidem, pp. 684, 685, 686.

44 Ibidem, p. 692.

la protección de los derechos humanos como una justificación válida para actuar en contra de las disposiciones de los APPRI. Lo anterior compromete directamente la adopción de políticas públicas en escenarios claves para el interés público y el orden interno y, por consiguiente, para los derechos humanos. Es así que el derecho a la salud, al agua, a la vivienda, los derechos de los pueblos indígenas, la libertad de expresión, la prohibición de la discriminación y el derecho a la vida aparecen comprometidos al momento de la protección y promoción de la inversión extranjera»⁴⁵.

En este contexto, adverso a los Estados que buscan establecer regulaciones a través de políticas públicas, se ponen en evidencia problemas antiguos no resueltos como la desigualdad, la pobreza de grandes sectores de la humanidad, el desarrollo desigual, la afectación del medio ambiente. El rol que han jugado los inversionistas ha estado centrado en actividades que permitieran el lucro esperado, en el entendido que solo al Estado le corresponde el cumplir con las funciones propias de carácter social y redistributivo. Hay que precisar, entonces, que los inversionistas «se orientan por el lógico interés por generar utilidades teniendo una clara expectativa económica en lo que implica preservar e incrementar dichas utilidades, a efectos de asegurar la rentabilidad de sus negocios. En tal sentido y en la lógica capitalista, el inversionista nacional o extranjero espera cumplir con obligaciones tributarias y regulatorias ‘razonables’ y ‘predecibles’, que en todo caso no perjudiquen su expectativa de lucro»⁴⁶.

Sin embargo, las Naciones Unidas están replanteando esta perspectiva eminentemente lucrativa de las inversiones y de la inversión privada, pero dando también énfasis a una necesaria y mayor inversión pública con miras a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). «Solo una mínima parte de los activos invertidos en todo el mundo por los bancos, fondos de pensiones, aseguradoras, fundaciones y fondos, así como por las empresas transnacionales, es en sectores relacionados con los ODS. Su participación es aún menor en los países en desarrollo, en particular los más pobres». Por ello, las autoridades políticas «tienen que encontrar un justo equilibrio entre la creación de un clima propicio para la inversión y la eliminación de las barreras a la inversión, por un lado, y la protección de los intereses públicos mediante la regulación, por otro lado. Deben elaborar mecanismos para proporcionar rendimientos suficientemente atractivos a los inversores privados, al tiempo que garantizan la accesibilidad y asequibilidad de los servicios para todos los ciudadanos. El impulso a la inversión privada debe complementarse con un impulso paralelo a una mayor inversión pública»⁴⁷. Antes, en un informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2003), se dijo que «una inversión bien administrada no sólo debe promover el desarrollo del país que la aloja sino también la vigencia de los derechos humanos. De manera correlativa, una administración y fiscalización inadecuadas de servicios públicos pueden generar serios problemas en una sociedad, puesto que se afectan sus nervios mismos: estándares mínimos de vida»⁴⁸.

45 Ibidem, pp. 698-699.

46 KUNDMÜLLER, Franz. Op. Cit., p. 19.

47 CNUCED, Op. Cit., p. xii.

48 BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Op. Cit., p. 53.

De la mano con los ODS debe plantearse también las implicancias o intersecciones de las inversiones con los derechos humanos, considerando que el catálogo de estos se viene ampliando. Así, el derecho a la vida, a la libertad de expresión, el derecho a la información y la libertad de reunión, así como algunos de los derechos económicos, sociales y culturales (derecho a la salud, al agua, a la adecuada alimentación, los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas) van ingresando en el escenario y tomando protagonismo progresivamente en ciertos casos de arbitraje de inversión, con objeto de favorecer a personas distintas del inversionista. Así, se aprecia que los derechos de los pueblos indígenas tienen un papel interesante en el arbitraje de inversión, toda vez que las actividades de inversión —por ejemplo, las actividades extractivas— pueden afectar los derechos de dichas poblaciones originarias⁴⁹.

Sin perjuicio de esta incorporación paulatina que va dándose, la evidencia empírica en los resultados de los arbitrajes dan cuenta de que «laudos clave han abordado al régimen de protección de las inversiones como un espacio dissociado del de los derechos fundamentales, resolviendo los casos como si esas normas resultaran intrascendentes frente a esos conflictos. Sin embargo, concebir a los TBIs como artífices de un espacio de inaplicabilidad de las convenciones sobre derechos humanos comportaría una clara contradicción con la firme decisión que desde fines de la segunda guerra mundial ha orientado el desarrollo de esos pactos y que en el caso latinoamericano encontró su expresión en la [Convención Americana sobre Derechos Humanos] CADH»⁵⁰.

Una adecuada relación entre el Derecho de las Inversiones y los Derechos Humanos, y su consideración en los arbitrajes de manera congruente, permitirá que se generen relaciones más equilibradas entre los derechos de los inversores y la autonomía y potestades regulatorias de los Estados receptores. Así, «considerar que la actividad de los inversores se encuentra exenta de las potestades regulatorias implicaría plantear que en ese ámbito el Estado ve limitada su capacidad de protección, lo cual contradiría este rasgo esencial de las obligaciones internacionales en juego. En igual medida, postular que el Estado puede invocar cualquier propósito para modificar sin límite alguno las condiciones jurídicas *prima facie* amparadas en el TBI implicaría ubicar al inversor en una condición más desventajosa a la que ostenta cualquier persona sometida a la jurisdicción, es decir, incurrir en un trato discriminatorio. Por eso, la comprensión del carácter amplio de los mandatos internacionales como fundamento, pero también como límite de las facultades regulatorias puede resultar en una alternativa eficaz para lograr los equilibrios necesarios en este campo»⁵¹.

En todo caso, esto hay que seguirlo promoviendo, no solo a través de las organizaciones que participan como *amicus curiae*, sino también desde la propia defensa de los Estados receptores de inversiones, sin perjuicio de que quizá ya «se ha empezado a ventilar el respeto de los derechos humanos en el contencioso arbitral, y por tal motivo se podría inferir el inicio de una tendencia del derecho internacional de las inversiones por un análisis más sistémico de sus normas

49 OLARTE BÁCARES, Diana Carolina. Op. Cit., pp. 700, 701.

50 BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y JUSTO, Juan Bautista, Op. Cit., p. 23.

51 Ibidem, p. 29.

y, en particular, integrador de algunas prescripciones en materia de derechos humanos»⁵².

2.2. Derecho Interno de las Inversiones en el Perú

Se denomina Derecho Interno de las Inversiones a todo el marco normativo que rige en el Perú el tema relacionado con las inversiones privadas, nacionales o extranjeras, estableciendo mecanismos para su promoción y protección.

2.2.1. Marco jurídico nacional en materia de inversiones

► La Constitución, propiedad privada e inversiones

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 2º, inciso 16, que toda persona tiene como derecho fundamental el derecho de la propiedad. A su vez, en el artículo 70º se establece que ese derecho «es inviolable», razón por la que el Estado «lo garantiza». Esto se matiza precisando que el derecho de propiedad se ejerce «en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley». No obstante, se enfatiza en ese artículo que a nadie «puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio». Si fuera el caso, se establece, además, que cualquier persona tiene el derecho de accionar ante el Poder Judicial para cuestionar «el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio»⁵³.

Particularmente importante es el artículo 55º, que establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor «forman parte del derecho nacional». Esta opción jurídica «es conocida por la doctrina como ‘monismo’, por considerar que el derecho internacional y el derecho interno forman parte de un solo ordenamiento jurídico»; esta opción, además del impacto jurídico, tiene un impacto político, toda vez que «los funcionarios públicos deben hacer una revisión de la normativa interna para encontrar las normas del derecho interno que contradigan los acuerdos internacionales antes de su ratificación, con el fin de modificar el tratado, no ratificarlo o formular reservas»⁵⁴.

Por su parte, el artículo 63º establece que la inversión nacional y la inversión extranjera «se sujetan a las mismas condiciones». En esa misma norma se dispone que si otro país adopta medidas proteccionistas o discriminatorias que

52 OLARTE BÁCARES, Diana Carolina. Op. Cit., p. 701.

53 El Tribunal Constitucional ha sentado jurisprudencia sobre este particular, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 031-2004-AI/TC, en la que prescribe que «la privación de la propiedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, no constituye un supuesto de limitación del derecho, sino de sacrificio del mismo. La diferencia es muy importante, ya que, a diferencia de lo que es propio de un supuesto de limitación o regulación del derecho de propiedad que no es indemnizable, el efecto inmediato del ejercicio de la potestad expropiatoria es afectar el núcleo dominical [sic] de la propiedad, por lo que, de conformidad con el artículo 70º de la Constitución, su eficacia está condicionada al pago previo, en efectivo, de la indemnización correspondiente». Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00031-2004-AI.html>.

54 HIGA, César y SACO, Victor. Op. Cit., pp. 234,236.

perjudiquen el interés nacional, «el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas».

Ya en los temas vinculados con eventuales controversias en materia de inversiones, el propio artículo 63º establece que en todo contrato del Estado y de las personas de derecho público «con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática». Se admite que pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional «los contratos de carácter financiero». Por último, señala que el Estado y las demás personas de derecho público «pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

En el artículo 71º de la Constitución se señala que, en relación con el derecho a la propiedad, «los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática». Esa misma norma precisa que «dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley».

Debe plantearse aquí que el Tribunal Constitucional⁵⁵ señaló que la prohibición contenida en el artículo 71º de la Constitución «comprende cualquier predio, tanto predios rurales como urbanos». Precisa que esto es así porque dicha norma busca «la preservación del bien constitucional Seguridad Nacional (artículo 44º de la Constitución)», lo que «exige tomar en cuenta que las zonas de frontera son las más susceptibles de ser afectadas por una invasión extranjera, la cual podría ser realizada de modo indirecto mediante la adquisición de terrenos en la zona por parte de extranjeros, en atención a lo cual requieren de una protección especial. Así, se justifica la restricción del derecho de propiedad a favor de la optimización de otro bien jurídico de relevancia constitucional, como lo es la Seguridad Nacional, que está directamente relacionada con la preservación de la soberanía del Estado».

Además, precisa que la expresión «por título alguno» plantea excluir «cualquier forma o modo de transmisión de la propiedad que beneficie a los extranjeros otorgándoles la posibilidad de ser propietarios o poseedores de terrenos en las zonas de frontera».

El artículo 73º de la Constitución establece que los bienes de dominio público «son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico».

⁵⁵ El Tribunal Constitucional ha establecido esto en el fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente Nº 04966-2008-PA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04966-2008-AA.html>.

➤ **Desarrollo legal: promoción y garantías para las inversiones**

Con Decreto Legislativo N° 662, de 29 de agosto de 1991, se estableció un «régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías», a fin de promover y garantizar «las inversiones extranjeras efectuadas y por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación nacional» (artículo 1º). Asimismo, se establece en el artículo 10º de esta norma que el Estado peruano podrá celebrar convenios para garantizar a los inversionistas la estabilidad del régimen tributario vigente al momento de celebrarse el convenio, asegurando que la utilidad de la empresa de libre disposición sea por lo menos igual a la garantizada.

Mediante Decreto Legislativo N° 674, publicado el 27 de septiembre de 1991, se aprueba la denominada Ley de la inversión privada en las empresas del Estado, norma que en su artículo 1º declaró «de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado», precisando que debía entenderse «por inversión privada aquella que proviene de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, distintas del Estado Peruano, de los organismos que integran el sector público nacional y de las Empresas del Estado». Esta norma creó «la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), que se encargará de diseñar y conducir el proceso de promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado, centralizando la toma de decisiones a este respecto» (artículo 4º), que con la modificación efectuada mediante Ley N° 28488, pasó a ser la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN).

Mediante Decreto Legislativo N° 757, publicada el 13 de noviembre de 1991, se aprobó la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, por la cual el Estado peruano se compromete a «garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las Leyes», siendo de aplicación obligatoria para «todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobiernos Regionales, o Locales, a todo nivel» (artículo 1º).

Asimismo, con esta norma se declaró «de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país. En consecuencia, las personas naturales y jurídicas extranjeras podrán adquirir concesiones y derechos sobre minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, fuentes de energía y otros recursos que sean necesarios para el desarrollo de sus actividades productivas dentro de cincuenta kilómetros de las frontera del país, previa autorización otorgada mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro que ejerza la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector Correspondiente. Dicha Resolución Suprema podrá establecer las condiciones a las cuales se sujeta a la adquisición o explotación» (artículo 13º).

En su artículo 39º, establece que los convenios de estabilidad jurídica «se celebran al amparo del artículo 1357º del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes».

También se estableció que el Estado «podrá aprobar la cesión de posición contractual realizada por un inversionista en favor de otro inversionista con respecto al convenio de estabilidad jurídica que hubiera celebrado» (artículo 42º).

Este Decreto Legislativo estableció que el Estado «facilita a los inversionistas la cobertura de sus inversiones por la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) del Banco Mundial, u otras entidades similares de las cuales el Perú forme parte. En consecuencia, el Estado tomará las acciones y presentará los documentos requeridos para tal efecto, en el caso de los inversionistas extranjeros, el Estado presta su conformidad a la cobertura solicitada por los inversionistas»⁵⁶ (artículo 47º).

En cuanto a la solución de controversias en materia de inversiones, establece que respecto a sus relaciones con particulares, el Estado en todos sus niveles «podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional o tratados internacionales, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual» (artículo 48º).

Mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM, publicado el 27 de diciembre de 1996, se aprobó el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos⁵⁷. De este modo, se buscaba promover «la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos», y regular «su explotación», para lo cual se podrá «otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La concesión de la obra implica la explotación del servicio» (artículo 3º).

56 Cfr. Guía sobre la garantía de inversiones del MIGA. En dicho documento se precisa que el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) «es miembro del Grupo Banco Mundial. Su misión es promover la inversión extranjera directa en países en desarrollo ofreciendo garantías (seguros contra riesgos políticos y mejoramiento del crédito) a inversionistas y prestamistas». En ese sentido, las garantías de MIGA «protegen las inversiones contra riesgos no comerciales y pueden ayudar a los inversionistas a acceder a fuentes de financiamiento con mejores condiciones y términos financieros. El Organismo deriva sus ventajas excepcionales del Grupo Banco Mundial y de su estructura como organismo internacional que incluye entre sus accionistas a la mayoría de los países». De esta forma, este organismo puede proporcionar «una protección disuasiva contra medidas gubernamentales que podrían causar trastornos en los proyectos y asistir en la solución de diferencias entre los inversionistas y los Gobiernos». Entre los riesgos políticos que cubre el MIGA tenemos la «inconvertibilidad de moneda o restricciones a la transferencia», la expropiación, casos de guerra, terrorismo y disturbios civiles, incumplimientos contractuales y el incumplimiento de obligaciones soberanas.

57 Mediante Decreto Supremo N° 060-96-PCM, publicado el 28 de diciembre de 1996, se aprobó el Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

Asimismo, esta norma establece que los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en la propia norma. Además, se establece que pueden someterse las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones «a arbitraje nacional o internacional [...] aunque no se hubiera celebrado el contrato».

La Ley N° 27732, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, fue publicada el 29 de julio de 2000. Debe tenerse en cuenta que los diferentes organismos reguladores que hoy existen fueron creados en los años 90 por diferentes normas específicas, en distintos momentos. Sin perjuicio de ello, se quería homologar ciertos aspectos entre todos estos organismos, razón por la que mediante la Ley N° 27732 se buscó «establecer normas básicas comunes de organización y funcionamiento de tales entidades»⁵⁸.

La Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, publicada el 13 de noviembre de 2003, establecía el marco normativo para que el Estado, en sus tres niveles de gobierno, «promueva la inversión de manera descentralizada como herramienta para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de cada región, en alianza estratégica entre los gobiernos regionales, locales, la inversión privada y la sociedad civil» (artículo 1º). Esta Ley fue desarrollada y reglamentada mediante Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, publicado el 29 de febrero de 2004. Sin embargo, esta norma ha sido derogada mediante Decreto Legislativo N° 1224, publicado el 25 de septiembre de 2015.

Con el Decreto Legislativo N° 977, publicado el 15 de marzo de 2007, se dio la Ley Marco para la dación de exoneraciones, incentivos o beneficios tributarios. Esta norma fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional el año 2009 y, posteriormente, derogada mediante Ley N° 29742, publicada el 9 de julio de 2011.

Mediante Decreto Legislativo N°1224, publicado el 25 de septiembre de 2015, derogándose la norma anterior aprobada por Decreto Legislativo N° 1012, se aprueba la Nueva Ley marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. Su Reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 410-2015-EF, el 26 de diciembre de 2015. En esta norma se declara «de interés nacional la promoción de la inversión privada mediante las Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos para contribuir a la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo productivo y la competitividad del país» (artículo 3.1). En ese sentido, se sustenta que el «Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada es un sistema funcional para el desarrollo de las Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, integrado por principios, normas, procedimientos y lineamientos técnico normativos, con el fin de promover, fomentar y agilizar la inversión privada para contribuir a la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo productivo y la competitividad del país» (artículo 5.1). Este

⁵⁸ TASSANO VELA OCHAGA, Hebert. «Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos». En: *Revista de Derecho Administrativo*, Círculo de Derecho Administrativo, N° 4, Lima, 2008, p. 93.

Sistema «está conformada por el Ministerio de Economía y Finanzas, como ente rector, los Ministerios y organismos públicos del Gobierno Nacional, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales» (artículo 5.3).

Asimismo, establece que las Asociaciones Público-Privadas «son modalidades de participación de la inversión privada, en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente. Las Asociaciones Público Privadas se originan por iniciativa estatal o iniciativa privada (artículo 11.1). Del mismo modo, se establece que el contrato desarrollado bajo la modalidad de Asociación Público Privada «constituye título suficiente para que el inversionista haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato, pudiendo incluir servicios complementarios. El inversionista puede explotar el o los bienes objeto de la Asociación Público Privada por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la modalidad de entrega en concesión al inversionista que recaiga sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos» (artículo 12.1).

Como modalidades, pueden darse de manera cofinanciada o autofinanciada (artículo 13º). Finalmente, conforme a esta norma los contratos de Asociación Público Privada «deben incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias» (artículo 23.1).

Mediante Ley Nº 30230, publicada el 12 de julio de 2014, se establecieron medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.

Con la Ley 30327, publicada el 21 de mayo de 2015, se aprobó la Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, que establece la simplificación e integración de permisos y procedimientos, así como medidas de promoción de la inversión.

➤ Sistema de coordinación y respuesta en controversias de inversión

La Ley Nº 28933, publicada el 16 de diciembre de 2006, crea el Sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión y es aplicable a los acuerdos celebrados entre Entidades Públicas e inversionistas nacionales o extranjeros en los que se confiera derechos o garantías a estos últimos, tales como contratos de privatización, contratos de concesión, convenios de estabilidad jurídica, licencias de explotación de hidrocarburos, y en general todos aquellos acuerdos que se señalen en el reglamento de la presente Ley que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias (artículo 3.1 a) y Tratados que contengan disposiciones en materia de inversión, celebrados por el Estado peruano con otros Estados y que establezcan procedimientos

de solución de controversias entre los inversionistas de un Estado y el Estado receptor de la inversión (artículo 3.1 b).

Integran este Sistema el Coordinador (Ministerio de Economías y Finanzas), la Comisión Especial (presidida por un representante del MEF, e integrada por representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Justicia y Derechos Humanos, de Comercio Exterior y Turismo cuando corresponda, de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada y un representante de cada entidad involucrada) y todas las Entidades Públicas que suscriban sean los Acuerdos o Tratados antes mencionados.

Mediante Decreto Supremo Nº 125-2008-EF, publicado el 23 de octubre de 2008, se aprobó el Reglamento de la Ley Nº 28933. Esta norma establece varias cuestiones de relevancia, entre ellas que toda entidad pública que sea notificada formalmente por un inversionista o tome conocimiento por cualquier otro medio o acto respecto de la intención de un inversionista de someter una controversia de inversión a un mecanismo internacional de solución de controversias o a organizaciones autónomas internacionales administradoras de los mismos, «deberá informar al Coordinador conforme a los procedimientos que éste establezca en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados desde que se tomó conocimiento por cualquiera de los medios señalados. Esta obligación se extiende a las entidades públicas que tengan la intención de someter una controversia de inversión a un mecanismo internacional de solución de controversias» (artículo 6º).

Asimismo, el Reglamento establece que toda entidad pública que suscriba un acuerdo o tratado en materia de inversión que contenga cláusulas que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias o a organizaciones autónomas internacionales administradoras de los mismos, debe informar al Coordinador de dicha suscripción y remitir copia del acuerdo o tratado en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles desde la suscripción del acuerdo o tratado. Esta remisión se entenderá cumplida cuando se informe al Coordinador que el acuerdo o tratado está colgado en el portal electrónico de la entidad pública competente. En los casos que sea aplicable, la entidad pública informará al Coordinador en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, de entrada en vigencia del acuerdo o tratado suscrito. Para el caso de acuerdos o tratados ya suscritos, el plazo para la comunicación al Coordinador será no mayor de sesenta (60) días hábiles, computados desde la entrada en vigencia del presente Reglamento (artículo 5º).

2.2.2. Tratados suscritos por el Perú sobre la materia

Como Anexo I de la presente Guía se presenta una relación de los Tratados Bilaterales de Inversiones Suscritos por el Perú, indicando, además, cuál es la forma de solución de controversias pactada para el caso de diferencias entre inversores y Estados, toda vez que, normalmente, la forma en que los Estados resuelven sus controversias entre ellos está regulada de manera específica y diferente.

Del mismo modo, en el Anexo II se hace una relación de los Tratados de Libre Comercio celebrados por el Perú, precisando, cuando corresponde, si tiene o no un capítulo de inversiones.

CAPÍTULO III

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES

3.1. Principios regulatorios y estándares mínimos

La situación que se produce en torno a las inversiones, es decir, la relación entre los Estados receptores de inversiones y los inversores extranjeros, además de los Estados de los que estos inversores son nacionales, ha sido siempre tensa, pero hoy esta tensión está más a la vista. Es así que la propia CNUCED ha planteado la necesidad de salvaguardar el derecho de regulación por parte de los Estados de las actividades económicas que se den en su territorio y que con el Derecho Internacional de las Inversiones, especialmente con los múltiples laudos arbitrales emitidos, se ha dejado en cuestión. Para ello, se plantea que algunas opciones «son aclarar o limitar disposiciones como las relativas al trato de la nación más favorecida (NMF), el trato justo y equitativo y la expropiación indirecta, y prever excepciones, por ejemplo para las políticas públicas o la seguridad nacional»⁵⁹.

Ya antes se nos decía que la forma en la que están redactados los TBI y la lógica expansiva con que los árbitros internacionales interpretan los derechos de los inversores «generan desequilibrios en la permanente tensión que se registra entre, por un lado, los derechos de los inversores a no ser tratados de manera arbitraria o discriminatoria y, por el otro, las facultades gubernamentales básicas a regular la actividad económica dentro del país. Tal desequilibrio en ocasiones ha llegado a ser tan intenso que ha provocado diversos problemas de orden social, político y económico en numerosos países, lo que ha devenido en una creciente debilidad política del sistema mismo de protección de las inversiones». Y es que, en buena cuenta, este sistema se ha deslegitimado por la falta de equilibrio y la visión de que los únicos beneficiarios son los inversores. Por ello, se ha señalado que es importante que desde el principio se manifieste de manera precisa y explícita qué es lo que el Estado espera de la inversión, cuáles serán y en qué dirección evolucionarán los principios que regularán la relación entre el Estado y la empresa, y los deberes de esta. De esa forma se reducen las lagunas normativas y se evita que sean integradas por la interpretación expansiva de los árbitros, previniendo a su vez el riesgo de que los laudos se alejen demasiado de lo que las partes del conflicto esperaban una de otra⁶⁰.

No obstante, se ha producido también un cambio ideológico debido a la crisis económica mundial ocurrida en el plano internacional. Resulta más claro, entonces, que la insensibilidad de los árbitros «frente al impacto social, económico y político de sus laudos es inconsistente con la creciente necesidad de crear sistemas globales de reglas que aseguren la convivencia e interacción armoniosa de los actores del sistema económico mundial»⁶¹.

Vamos a desarrollar, por razones de espacio, solamente algunos de los estándares mínimos que rigen en el Derecho Internacional de las Inversiones y en el arbitraje.

59 CNUCED. Op. Cit., p. XV.

60 BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Op. Cit., pp. 61, 62.

61 Ibidem, p. 68.

3.1.1. Trato justo y equitativo

El trato justo y equitativo es considerado hoy un principio que integra de manera esencial el Derecho Internacional de las Inversiones y que es de aplicación vinculante para los Estados receptores de esas inversiones. Ha sido recogido como parte de las normas convenidas por los diferentes Estados tanto en el marco de los TBI así como de los TLC.

Ellos establecen que el trato justo y equitativo no requiere de un procedimiento que vaya más allá de los requerimientos establecidos por el Derecho Internacional Consuetudinario, en lo que respecta al estándar mínimo de trato a favor de los extranjeros, estableciendo en forma positiva que los inversionistas tendrán acceso a la Justicia en los términos que señala el Derecho Internacional Consuetudinario. Es decir, el «trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar al interesado el acceso a la justicia administrativa, civil o criminal»⁶².

Al mismo tiempo, se precisa que «el propósito del principio de tratamiento justo y equitativo es integrar los vacíos normativos que dejan otros estándares [...]. Se trata de un estándar absoluto que funciona de manera independiente al del tratamiento nacional (el principio de tratamiento justo y equitativo puede ser violado aun cuando se les dispense a los extranjeros un trato similar al de los nacionales del país que los aloja)». Es más, incluso el principio de buena fe reconoce, de todos modos, una relevancia limitada en el marco del estándar de tratamiento justo y equitativo, «puesto que numerosos laudos han afirmado que los Estados pueden resultar responsables aun cuando no concurra mala fe en su comportamiento»⁶³.

Hay que destacar que no se incluye en su tratamiento una definición sobre el mismo, y que además no se delimita su contenido. Debe quedar claro que la indefinición de este principio no es accidental, sino que se trata más bien de una decisión deliberada, pues lo que se busca es otorgar a quienes corresponda su posterior interpretación en el contexto de una controversia —Tribunales Arbitrales fundamentalmente—, «la posibilidad de adecuar su contenido mínimo, otorgando mayor flexibilidad, y por lo tanto posibilitando su adaptación a realidades no previstas al tiempo de la suscripción del tratado». Claro está que, sin perjuicio de las ventajas que puedan resultar del carácter «flexible» de este concepto, «para efectos de su interpretación y aplicación, esta forma de redacción atenta contra uno de los principios jurídicos fundamentales de toda la legislación internacional, la seguridad jurídica. Se entrega a los tribunales la posibilidad de justificar sus fallos en un uso arbitrario del concepto, adecuándolo a los intereses de una u otra de las partes en conflicto. Según los críticos del trato justo y equitativo esa es su principal deficiencia, lo que ha llevado a que este principio, en opinión de parte importante de los autores, pierda relevancia»⁶⁴.

62 KUNDMÜLLER, Franz. Op. Cit., pp. 45-46.

63 BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Op. Cit., p. 41.

64 DE LA CERDA OLIVOS, Cristóbal y GOLDENBERG PEÑAFIEL, Mónica. *Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera. Relación con los Tratados de Libre Comercio y Convenios sobre Protección y Promoción de Inversiones suscritos por Chile. Análisis jurisprudencial*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112476/de-cerda_c.pdf?sequence=1&isAllowed=y, p. 7.

3.1.2. Protección y seguridad plenas

Conforme al contenido que se les va dando en los APPRI, este principio consistiría «en la obligación del Estado receptor de la inversión de brindar protección al inversionista en forma constante y plena. Sin embargo, cierta jurisprudencia arbitral precisa que dicha protección tiene sus límites y que el Estado receptor no puede ser considerado responsable de todos los perjuicios que puede sufrir una inversión en su territorio»⁶⁵.

3.1.3. Trato nacional y nación más favorecida

En cuanto al principio de «trato nacional» este «consiste en una obligación de no hacer una diferenciación negativa entre inversores nacionales y extranjeros en perjuicio de éstos últimos. Podría decirse que es una prohibición de discriminación más específica y estandarizada. La diferenciación positiva no solo es posible sino también, en algunos casos, obligatoria cuando los estándares internacionales de protección son superiores a los dispensados a los nacionales»⁶⁶.

En cuanto al principio de trato de «nación más favorecida», aunque hoy se discute si sigue siendo un estándar en la costumbre internacional, su invocación se da solamente cuando, en el marco de un APPRI, se lo ha incluido como cláusula. En ese caso, el objetivo de esta cláusula «es asegurarse que las partes de un TBI se dispensen recíprocamente el mismo tratamiento que a otras partes. Por ese motivo, se señala que es un estándar relativo, por cuanto depende del tratamiento que efectivamente el Estado que aloja la inversión le brinde a otros sujetos: si le concede beneficios substanciales a otra parte, deberá hacer otro tanto con aquella beneficiada por la cláusula bajo análisis»⁶⁷.

3.1.4. Protección contra las expropiaciones

La propiedad es un derecho fundamental de las personas. Numerosos laudos han dejado clara muestra de la protección absoluta de este derecho, recurriendo incluso al ordenamiento internacional de los Derechos Humanos. Claro que, en esos casos, «la interpretación que hacen estos tribunales del derecho a la propiedad privada resiste una posible crítica. En efecto, en algunas situaciones la mención de la propiedad parece más la de un derecho instrumental que la protección a la propiedad como garantía de la dignidad humana»⁶⁸. La inclusión de la propiedad en el catálogo de derechos humanos tiene que ver fundamentalmente con ese valor: la dignidad del ser humano.

Sin perjuicio de la reflexión anterior, debe entenderse que la decisión de un Estado de expropiar, es decir, quitar su propiedad a un privado, es la más severa de las intervenciones estatales «en la propiedad o disfrute de una inversión. Los Estados gozan del derecho soberano a expropiar por razones de interés público, pero la expectativa del inversor es destruida si no se lo compensa debidamente.

65 KUNDMÜLLER, Franz y RUBIO, Roger. Op. Cit., p. 102.

66 BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Op. Cit., p. 47.

67 Ibidem, p. 48.

68 OLARTE BÁCARES, Diana Carolina. Op. Cit., p. 696.

Es por ese motivo que los TBIs establecen las condiciones para expropiar y sus consecuencias». Puede añadirse que, en términos generales, «esas condiciones contenidas en la mayoría de los TBIs consisten en que la medida estatal esté justificada en el interés público, que no sea discriminatoria ni arbitraria, algunos TBIs exigen explícitamente el respeto de la garantía del debido proceso, y que sea acompañada de una pronta (sin dilaciones indebidas), adecuada (valor de mercado) y efectiva (en moneda convertible) indemnización»⁶⁹.

Como regla general se establece que «ningún Estado afectará la propiedad, expropiará o nacionalizará, salvo que se trate de razones de interés público, se haga de manera no discriminatoria y contra el pago de una compensación justa y se garantice el derecho de defensa en las instancias administrativas correspondientes con posibilidades de revisión judicial»⁷⁰. Esta definición correspondería, en principio, a lo que se denomina como «expropiación directa», aunque también podría incluir a las denominadas «expropiaciones indirectas»

En el ámbito de las inversiones se ha generado la distinción entre «expropiación directa» (la que afecta directamente el título de la propiedad) y la «expropiación indirecta» (que no afectan el título formal de la propiedad). En los tratados se refieren, normalmente, a la prohibición de las expropiaciones y otras medidas equivalente. Los límites de las denominadas expropiaciones indirectas son poco claros y no se han delineado; en buena cuenta, dependen de la jurisprudencia arbitral.

Analizando este estándar de protección contra las expropiaciones indirectas, uno de los tantos aspectos controvertidos vinculados a la expropiación, sobre todo la indirecta, «es si basta la afectación objetiva de la inversión o si además se requiere la concurrencia de algún elemento subjetivo (intención). Por lo pronto, como mínimo, el efecto debe existir, y debe ser substancial y durar por un periodo significativo». De manera general, debe entenderse que las «acciones regulatorias no discriminatorias adoptadas por un Estado que son diseñadas para proteger objetivos legítimos de bienestar general, tales como salud pública, seguridad y medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas»⁷¹.

En el ámbito arbitral, las decisiones de los diferentes Tribunales son distintas, pero algunos «han adoptado una posición un poco más equilibrada, atendiendo no solo al interés del inversor sino también al interés público involucrado en ciertas medidas gubernamentales. Esto se ha llevado a cabo a través de la incorporación del principio de proporcionalidad para definir la (i)legalidad de una medida [...] Dicha proporcionalidad se vería alterada si se exige al inversor que tolere una carga excesiva»⁷².

69 BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Op. Cit., p. 36.

70 KUNDMÜLLER, Franz y RUBIO, Roger. Op. Cit., pp. 103-104.

71 Ibidem, p. 38, 39.

72 Ibidem, p. 40.

3.2. El arbitraje internacional en materia de inversiones

Ante todo es importante señalar que el Tribunal Constitucional en nuestro país ha zanjado la discusión que aún pervive en la doctrina arbitral nacional respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje. Sobre el particular, dicho Tribunal ha establecido que «la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales». Precisamente, por ello, concluye que la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, «permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional»⁷³.

La normativa peruana que establece criterios de promoción y protección de las inversiones ha tenido como mecanismo fundamental para la solución de controversias al arbitraje, sea este independiente (ad hoc) o institucional. Se ha hecho en esas propias normas un listado abierto de las que se consideran las principales instituciones que organizan y administran arbitrajes internacionales, específicamente arbitraje en materia de inversiones. Esta relación, como se ha dicho, es abierta y no pretende ser total. Las instituciones que se destacan son, entre otras, las siguientes:

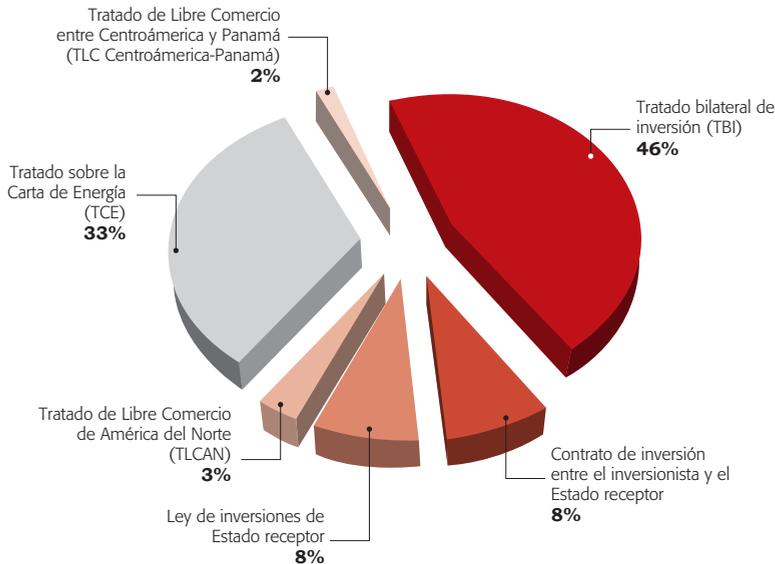
- La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya
- El Comité Consultivo Legal Regional Asiático-Africano, con sedes en El Cairo y Kuala Lumpur
- El Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, con sede en Melbourne
- El Centro Australiano de Disputas Comerciales, con sede en Sydney
- El Centro Internacional de Arbitraje, con sede en Singapur
- El Centro de Arbitraje Comercial GCC, con sede en Bahrain
- El Instituto Alemán de Arbitraje
- El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial
- La Asociación Americana de Arbitraje
- La Cámara Internacional de Comercio, con sede en París.

⁷³ El Tribunal Constitucional ha establecido esto en el fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC. Disponible en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>.

3.2.1. Base del consentimiento que da origen al arbitraje

La base sobre la cual se da lugar a un arbitraje en materia de inversiones puede ser, por un lado, un Acuerdo para la promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI), sea este un Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones o un Tratado de Libre Comercio; o, por otro lado, el contrato suscrito entre el inversionista y el Estado receptor de las inversiones.

Gráfico N° 01: Base del consentimiento invocada para establecer la jurisdicción del CIADI en los casos nuevos registrados en el 2015 bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario:



En el gráfico antes mostrado, el CIADI informa que el 46% de los arbitrajes nuevos registrados durante el 2015 ante su Secretaría están basados en Tratados Bilaterales de Inversiones, el 33% se basan en el Tratado sobre la Carta de la Energía, 8% tiene su base en Leyes de inversiones de los Estados receptores, 8% en Contratos de Inversión entre el inversionista y el Estado receptor, y 5% en Tratados de Libre Comercio.

CAPÍTULO IV

EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI) COMO ESCENARIO DEL ARBITRAJE EN INVERSIONES

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) y presentado el 18 de marzo de 1965 a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a su firma y ratificación. Dicho Convenio crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. El Perú lo ratificó el 9 de agosto de 1993. Al 17 de noviembre de 2015, 160 Estados han firmado el Convenio CIADI y 152 Estados han depositado instrumentos de ratificación y tienen, por tanto, calidad de Estados Contratantes en virtud de la entrada en vigor del Convenio para cada uno de ellos. Los Estados de Bolivia, Ecuador⁷⁴ y Venezuela, que eran Estados Contratantes, denunciaron el Convenio y dejaron de ser miembros en los años 2007, 2010 y 2012, respectivamente⁷⁵.

Esta situación muestra una crisis del sistema de solución de controversias en materia de inversiones, cuyo eje central es el arbitraje, que no se agota en países en vías de desarrollo, sino que ahora incluye a países del mundo desarrollado. Así, el gobierno de Australia⁷⁶, en abril de 2011, declaró su decisión «de excluir en los futuros AII de los que sea parte al arbitraje internacional como método de resolución de controversias inversor-Estado», por lo que el foro en que se resolverán esas controversias es el de los tribunales australianos; esto, además, para los especialistas, resulta «sorprendente en la medida en que por ahora, ha sido el único Estado desarrollado que mantiene esta postura rupturista con el actual sistema de solución de controversias inversor-Estado», toda vez que otros países desarrollados como Estados Unidos y Canadá, «han optado por reformar sus Acuerdos modelos e incorporar limitaciones dentro de los estándares de protección que aseguren un mayor equilibrio entre el derecho a regular por parte

74 Precisamente a iniciativa de Ecuador, se impulsó en 2013 la idea de conformar un Centro Regional de Arbitraje a nivel de UNASUR; esto por cuanto algunos Estados latinoamericanos plantean la necesidad de modificar el Derecho Internacional de las Inversiones y sus métodos de solución de controversias. Uno de los aspectos más cuestionados es el de los costos que deben asumir por los arbitrajes los Estados —e incluso, eventualmente, pequeñas empresas inversoras— para asumir sus defensas, que implican montos millonarios, tanto por los costos directos del arbitraje (honorarios de los árbitros, costos de la institución arbitral), así como costos indirectos (contratación de abogados y otros asesores para la defensa en el arbitraje). Esta iniciativa fue planteada en el marco de la I Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos Afectados por Intereses Transnacionales, cuya declaración incluyó el apoyo a la constitución y puesta en marcha de instancias regionales para la solución de controversias en materia de inversiones que garanticen la solución justa de los conflictos; asimismo, alientan a la UNASUR en la aprobación del mecanismo regional actualmente en negociación y promover la inclusión de otros Estados latinoamericanos en dicho mecanismo.

75 Esta información, que se va actualizando con cierta regularidad, puede ser confrontada en el vínculo: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf>.

76 Una de las razones que explican esta decisión es el arbitraje iniciado contra el Estado de Australia por la empresa Philip Morris Asia por medidas antitabaco tomadas por el gobierno, lo que este entendió como un ataque directo a su soberanía legislativa en un ámbito sumamente relevante y de alta sensibilidad.

del Estado y la necesaria protección de los inversores extranjeros, al mismo tiempo que no han abandonado al arbitraje internacional como método esencial de solución de diferencias»⁷⁷.

Por otro lado, el gobierno de Sudáfrica desde 2010 adoptó una nueva postura respecto a sus políticas de protección de inversiones, la que busca garantizar la seguridad a estas inversiones, pero preservando su derecho soberano de diseñar sus propias políticas públicas; en el balance que hace dicho gobierno, los TBI firmados por ese país «no han sido un factor clave para atraer inversiones extranjeras». La India anunció en 2013 también que iniciaría un proceso de revisión de sus TBI, previendo que se excluiría o, al menos, restringiría la posibilidad de acudir al arbitraje para resolver las controversias que se susciten en ese marco.

Es necesario señalar que el CIADI se constituyó como «una institución internacional de carácter público del Banco Mundial con sede en Washington, que se encarga de resolver las disputas surgidas en materia de protección de inversiones entre un Gobierno de uno de los Estados contratantes y un nacional de otro Estado contratante»⁷⁸. Con ese objetivo, y en la línea de generar un espacio neutral de solución de controversias en materia de inversiones, «el Convenio i) establece un conjunto de privilegios e inmunidades en beneficio del Centro, los procedimientos y sus participantes y ii) excluye la participación de tribunales estatales en la revisión de los laudos arbitrales. A los fines de brindarle eficacia a disputas que suelen tener un alto grado de politización, el Convenio dispone que los laudos emitidos bajo su órbita son de reconocimiento y ejecución automática en todos los Estados Contratantes, como si fueran una sentencia judicial local definitiva. No es necesario ni un trámite de exequátur ni ningún otro procedimiento de nacionalización de laudo o sentencia extranjera de conformidad con el derecho local o con otros tratados internacionales sobre la materia. Todo el esquema se encuentra reforzado por el hecho de que el incumplimiento del Convenio CIADI por parte de un Estado Contratante genera responsabilidad internacional y permite a los otros Estados Contratantes iniciar acciones por ante la Corte Internacional de Justicia contra el incumplidor»⁷⁹.

Conforme a lo que señala el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, en su numeral 15, el convenio creó el CIADI «como una institución internacional autónoma (artículos 18° al 24°). La finalidad del Centro es facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones a un procedimiento de conciliación y arbitraje (artículo 1(2)). El Centro en sí no se dedicará a actividades de conciliación o arbitraje. Estas corresponderán a las Comisiones de Conciliación

77 FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique. «Arbitraje inversor-Estado: De «bella durmiente» a «león en la jungla»». En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 26, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), diciembre de 2013. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num26/notas/arbitraje-inversor-estado-bella-durmiente-leon-jungla>, p. 20.

78 CHAPARRO MATAMOROS, Pedro. «El arbitraje celebrado ante el CIADI». En: *Revista boliviana de Derecho*, N° 18. Santa Cruz de la Sierra: Editorial Fundación Iuris Tantum, 2014, p. 184.

79 SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. «Introducción a los requisitos rationae materiae y rationae personae del arbitraje bajo el convenio CIADI». En: *Revista peruana de arbitraje*, N° 2. Lima: Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2006, pp. 254-255.

y a los Tribunales de Arbitraje que se constituyan de conformidad con las disposiciones del convenio»⁸⁰.

Como puede apreciarse en el artículo 18º del Convenio, el CIADI tiene «plena personalidad jurídica internacional. La capacidad legal del Centro comprende, entre otras, la de: (a) contratar, (b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos, (c) comparecer en juicio».

En el numeral 18 del propio Informe de los Directores Ejecutivos, se señala que la estructura del CIADI «se caracteriza por su sencillez y economía compatibles con el eficaz cumplimiento de sus funciones. Los órganos del Centro son el Consejo Administrativo (artículos 4º al 8º) y el Secretariado (artículos 9º al 11º)»⁸¹.

El Consejo Administrativo se compondrá de un representante de cada uno de los Estados Contratantes, quienes desempeñarán sus funciones sin remuneración por parte del Centro. Cada miembro del Consejo tendrá un voto y los asuntos que se sometan al Consejo se decidirán por mayoría de votos emitidos, salvo que el convenio exija una mayoría distinta. El Presidente del Banco será *ex officio* Presidente del Consejo pero sin derecho a voto. El Secretariado estará constituido por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro. En aras de la flexibilidad el Convenio dispone que puede haber más de un Secretario General Adjunto, pero los Directores Ejecutivos estiman que no habrá necesidad de utilizar en el Centro más de uno o dos funcionarios permanentes de alto rango. El artículo 10º, que dispone que el Secretario General y cualquier Secretario General Adjunto serán elegidos, a propuesta del Presidente, por el Consejo Administrativo con mayoría de dos tercios de sus miembros, limita el término de sus servicios a un período que no exceda de seis años y permite su reelección. Los Directores Ejecutivos estiman que la elección inicial, que tendrá lugar poco tiempo después que el convenio haya entrado en vigor, debería ser por un período breve para no privar a los Estados que posteriormente se adhieran al convenio de la posibilidad de participar en la selección de los altos funcionarios del Centro. El artículo 10º también limita los casos en que estos funcionarios pueden dedicarse a actividades distintas de sus funciones oficiales.

4.1. Jurisdicción y competencia

4.1.1. Criterios para determinar su competencia

Conforme al artículo 25º del Convenio del CIADI, su jurisdicción «se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado». En ese sentido, conforme al Informe de los Directores

80 CIADI, *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*, CIADI, Washington, 2006. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf, p. 41.

81 *Ibidem*, pp. 41-42.

Ejecutivos, el término «jurisdicción del Centro» es utilizado en el convenio «como una expresión adecuada para indicar los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del convenio y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje»⁸².

En efecto, todo Tribunal Arbitral tiene como una de sus facultades la decisión respecto a su propia jurisdicción y competencia en relación con las controversias que se le hayan sometido para decisión. «Para ello, el tribunal deberá analizar los instrumentos internacionales en juego: el Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, Convenio de Washington o Convenio), los contratos celebrados entre las partes, el tratado de inversión, las normas de Derecho internacional sobre los tratados, las normas de derecho interno, según sea el caso»⁸³.

Por tanto, puede precisarse que el ámbito de aplicación objetiva del CIADI incluye únicamente las controversias surgidas «entre un Estado contratante del Convenio y un nacional que sea miembro de otro Estado contratante, siempre y cuando el litigio tenga carácter jurídico y venga referido a una cuestión de protección de inversiones. Además, se exige que las partes ‘consientan por escrito’ en someter la controversia al CIADI». En cuanto a su ámbito de aplicación subjetiva se exige «que hayan dos partes diferenciadas: a) de un lado, un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado); b) y de otro lado, el nacional de otro Estado Contratante. Es decir, la jurisdicción del CIADI está limitada a conflictos surgidos entre particulares inversionistas y Estados»⁸⁴.

Planteado desde otra perspectiva, para determinar la jurisdicción del CIADI tenemos que determinar si se cumplen o no los requisitos *rationae materiae* (límites materiales de la jurisdicción), *rationae personae* (características que deben tener las partes) y *rationae temporis* (ámbito temporal de aplicación del tratado y cumplimiento de plazos).

4.1.1.1. Criterio objetivo (*rationae materiae*)

En cuanto a los requisitos «*rationae materiae*», su verificación implica «discernir: i) qué es una diferencia de naturaleza jurídica; ii) qué es una inversión; iii) cuándo una diferencia jurídica surge directamente de una inversión y iv) cuándo se considera que ha habido consentimiento por escrito en someter la diferencia al Centro»⁸⁵.

➤ Diferencia de naturaleza jurídica

Respecto a qué debemos entender por «diferencia de naturaleza jurídica», se ha afirmado que se utilizó ese concepto «para dejar aclarado que están comprendidos

82 Ibidem, p. 43.

83 PÉREZ PACHECO, Yaritza. «Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI». En: *Cuadernos de Derecho Transnacional, Revista de la Universidad Carlos III de Madrid*, Vol. 4, Nº 1, Madrid, 2012, p. 316.

84 CHAPARRO MATAMOROR, Pedro, Op. Cit., p. 189.

85 SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. Op. Cit., p. 259.

dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal»⁸⁶.

➤ **Inversión**

En relación con el concepto de «inversión», tenemos que el Convenio CIADI guarda silencio en torno al referido término. «No se trata, sin embargo, de una omisión involuntaria. Los trabajos preparatorios sugieren que el tema fue ampliamente discutido durante la etapa de redacción entre quienes proponían una definición del término y quienes consideraban que era preferible dejar el tema librado a las partes, por considerar que una definición siempre sería potencialmente insatisfactoria y daría lugar a controversias jurisdiccionales». Entonces, la jurisprudencia sí habría avanzado en determinar los linderos del concepto «inversión», precisando en muchos casos que «las pautas que caracterizan a una inversión, a los fines del Convenio CIADI, son: i) cierta duración; ii) regularidad en materia de retorno o compensación del capital; iii) riesgo; iv) compromiso de capital sustantivo; y v) contribución significativa al desarrollo del Estado huésped»⁸⁷.

➤ **Diferencia jurídica surge directamente de una inversión**

Lo siguiente es que la controversia o diferencia debe surgir directamente de una inversión. «El requisito en consideración es uno de los más inciertos en cuanto a sus alcances y contenidos. Es claro que no se relaciona con el hecho de que la inversión califique como una inversión extranjera directa o indirecta. No es claro, sin embargo, qué aspectos de una disputa relativas a una operación de inversión se encuentran dentro del umbral de conexidad que establece la Convención. Pese a que es evidente que tal umbral es restringido, como lo sugiere la frase ‘surgir directamente’, la jurisprudencia de los tribunales ha adoptado posiciones restrictivas en contadas ocasiones y no ha sido particularmente esclarecedora en lo que a este punto concierne»⁸⁸.

➤ **Consentimiento por escrito en someter la diferencia al Centro**

Conforme al Informe de los Directores Ejecutivos, el consentimiento de las partes «es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente»⁸⁹. Es importante destacar que el consentimiento de las partes tiene que constar por escrito y tiene que acreditarse al momento de iniciar un procedimiento; este consentimiento puede originarse en fuentes distintas, como pueden ser un determinado tratado internacional, una norma de derecho interno o un contrato. La fuente contractual resulta ser la más común en los casos que se han conocido en el CIADI. Por ende, el consentimiento es irrevocable de manera unilateral.

86 CIADI, Op. Cit., p. 44.

87 SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. Op. Cit., pp. 261, 265.

88 Ibidem, p. 267.

89 CIADI, Op. Cit., p. 43.

Un tema importante que destaca el Informe de los Directores Ejecutivos es que «la declaración del Estado Contratante en el sentido de que aceptaría someter cierta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, es solo de carácter informativo y no constituye el consentimiento necesario para otorgarle jurisdicción al Centro. Desde luego, una declaración que excluya la consideración de ciertas clases de diferencias no constituiría una reserva al convenio»⁹⁰.

Sobre este particular, el artículo 25(4) del Convenio de Washington establece que los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. Entonces, esta notificación no se entiende como consentimiento. En ese sentido, se ha señalado que «esta notificación no limita ni amplía la jurisdicción del Centro por razón de la materia y, ante un conflicto entre esta declaración y un consentimiento por escrito, prevalece éste último. A la fecha pocos países han hecho uso de esta disposición, sin embargo, en varios laudos CIADI se han decidido objeciones a la jurisdicción fundadas en este supuesto»; por ello, conforme a lo que se presentaría en la práctica internacional, se estaría sustituyendo las «reservas» por las «declaraciones», ya que estas últimas «no cambian los derechos legales y obligaciones del tratado, tampoco enmiendan sus disposiciones. Ellas son simplemente un instrumento que permite a los Estados expresar cuestiones de política que los vinculan y no crean derechos para las otras Partes. Este es un asunto de información llamado a resolver necesidades nacionales»⁹¹.

4.1.1.2. Criterio subjetivo (*ratione personae*)

En cuanto a los requisitos, *ratione personae*, su cumplimiento se determinaría con cargo a cuatro reglas: i) una de las partes tiene que ser de naturaleza estatal (y, en principio, el propio Estado), y ii) tiene que ser un Estado Contratante (o una subdivisión u organismo público de tal Estado); iii) la otra parte tiene que tener la nacionalidad de un Estado Contratante y iv) tal nacionalidad no puede ser la de la parte estatal en la disputa»⁹².

➤ Una parte es Estado contratante

«La parte estatal en la disputa es, como regla, el propio Estado como sujeto de derecho internacional, o el 'Estado Contratante', tal como lo define el Convenio. Un Estado pasa a ser un Estado Contratante transcurridos 30 días desde que ha depositado su instrumento de ratificación y deja de tener tal carácter luego de transcurridos 6 meses desde que denuncia el Convenio»⁹³.

➤ Un nacional de otro Estado contratante

La parte que corresponde al particular nacional de otro Estado contratante puede ser una persona natural o jurídica. Normalmente, en vista de que se trata de

90 Ibidem, p. 45.

91 PÉREZ PACHECO, Yaritza. Op. Cit., pp. 325, 326.

92 SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. Op. Cit., pp. 276-277.

93 Ibidem, p. 277.

operaciones con flujos de dinero muy importantes, y como se trata de operaciones complejas, el inversionista es una persona jurídica, siendo muy pocos casos los que presentan a una persona natural en tal calidad.

En estos casos, «se admite que el vínculo de nacionalidad entre el Estado y los inversores, confiere al Estado la obligación de protección de los intereses de sus nacionales en el extranjero. Los inversores que deseen beneficiarse de los derechos y ventajas de los tratados bilaterales de inversiones (en adelante TBIs) deben tener la nacionalidad del Estado Parte cuya protección invocan»⁹⁴.

El criterio de nacionalidad, para el caso de personas naturales, conforme al artículo 25 (2)(a) del Convenio, abarcaría a toda persona que al momento de efectuarse el consentimiento de someter a arbitraje o conciliación sus diferencias, así como al momento de registrarse la solicitud de conciliación o arbitraje tenga la nacionalidad de otro Estado contratante, distinto al receptor de las inversiones, de acuerdo al ordenamiento interno de ese Estado. Los criterios de nacionalidad pueden ser diversos, empezando por el del lugar de nacimiento o el de la nacionalidad de los padres. Conforme a lo que se haya regulado en los tratados de inversión el criterio de nacionalidad incluye, normalmente, a quienes tengan la ciudadanía correspondiente y, en algunos casos, a los residentes en ese Estado. Además de tener la nacionalidad de otro Estado contratante, se requiere que el inversor no sea nacional del Estado receptor de las inversiones.

50

En cuanto a la nacionalidad, para el caso de personas jurídicas, el artículo 25(2) (b) contiene dos supuestos, el primero referido a que una persona jurídica será considerada como ‘nacional de otro Estado Contratante’ si se trata de una ‘persona jurídica con la nacionalidad de un Estado contratante distinto al Estado parte en la diferencia (habrá que tomar en cuenta criterios como el lugar de constitución o de registro, sede social, sede real, domicilio, nacionalidad de los contratantes, etc.)’. El segundo supuesto está referido al caso por el cual se considerará nacional de otro Estado contratante a las personas jurídicas que, teniendo la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar «sometidas a control extranjero»; este supuesto, de mayor complejidad, está referido «a una sociedad que tiene la nacionalidad del Estado Parte en la diferencia (Estado receptor de la inversión) y que, por tal razón, podría estar impedida de reclamar en contra de su propio Estado, por lo cual el criterio de control extranjero le permite reclamar como si fuese una sociedad de nacionalidad de la otra Parte Contratante, en la medida en que así se haya acordado entre los Estados Partes involucrados»⁹⁵.

Debe considerarse que el acuerdo entre partes puede darse en los instrumentos en los que consta el consentimiento a la jurisdicción CIADI, debiendo suponer que existe tal acuerdo «cuando un Estado o dependencia estatal suscribe un contrato con una compañía local incorporando una cláusula que permite acceder a la jurisdicción del Centro». Por su parte, el requisito del control extranjero, «es un dato objetivo indisponible para las partes. Sin embargo, el Convenio no define los alcances de tan delicado término. Aunque tal omisión es indicativa de que el

94 PÉREZ PACHECO, Yaritzza. Op. Cit., pp. 319.

95 Ibidem, p. 320.

concepto permite cierta flexibilidad, es claro que, al menos, la formación de la voluntad de la sociedad local no puede depender exclusivamente de la voluntad de nacionales del Estado parte en la diferencia, ni de nacionales de un Estado que no califica como Estado Contratante, ni de una combinación de unos y otros. El control que requiere la norma puede, en cambio, ser ejercido por uno o varios nacionales de un mismo o distintos Estados Contratantes»⁹⁶. La fecha crítica para la determinación de la nacionalidad en este caso es la del consentimiento a la jurisdicción del CIADI.

4.1.1.3. Criterio temporal (*ratione temporis*)

Hay que tener en cuenta que para que el CIADI tenga jurisdicción, «la demanda debe ser sometida a la consideración del Centro en fecha posterior a la manifestación de consentimiento de las partes. Es este el llamado criterio de jurisdicción *ratione temporis*, el cual hace referencia tanto al ámbito temporal de aplicación del tratado como al cumplimiento de los plazos establecidos en la cláusula de resolución de controversias»⁹⁷.

Para ello, es necesario que se distinga las fechas de entrada en vigor o el inicio de su vigencia y la duración del TBI; luego hay que verificar «la aplicabilidad o no a las inversiones realizadas antes de su entrada en vigencia y aquellas realizadas durante su vigencia pero que continúan existiendo y desarrollándose después de la terminación del tratado, ya sea porque expiró su vigencia o porque una de las Partes lo ha denunciado»⁹⁸.

Para determinar si un tratado resulta de aplicación o no a las inversiones realizadas antes de su entrada en vigor o aquellas que se mantienen después de la denuncia del mismo, «debemos tener en cuenta, como hilo conductor en la materia, el interés protector de las inversiones. En consecuencia, los TBIs incluyen una cláusula de retroactividad mediante la cual se extiende su protección a las inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor. Pero, como el tiempo necesario para el desarrollo de la inversión puede llegar a prolongarse más allá del tiempo previsto en su vigencia, en los TBIs se suele incluir una disposición por la cual se extiende el ámbito temporal de aplicación por encima de la terminación o la denuncia, por lo general se establecen 10, 15 o 20 años después de los eventos mencionados. Esto es, la retroactividad en los TBIs es la regla, sin embargo, no todos los Estados aceptan incluirla o la incluyen con ciertos límites. Así, algunos TBIs aclaran que la retroactividad no significa que se aplique el tratado a las controversias surgidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado. Esto es, se reconoce la retroactividad de las inversiones, pero no de las controversias. En este último aspecto se centra el análisis de las objeciones a la jurisdicción por razón del tiempo». Mientras que en el Derecho internacional general la regla es la irretroactividad, en el Derecho internacional de las inversiones se ha consagrado la retroactividad. La irretroactividad de la aplicación de las normas internacionales ha sido considerada un principio general de Derecho Internacional fundamentada en la necesidad de seguridad

96 SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. Op. Cit., pp. 284, 285.

97 PÉREZ PACHECO, Yaritza. Op. Cit., p. 328.

98 *Ibidem*, p. 328.

jurídica que debe amparar a todas las situaciones o derechos adquiridos en virtud de la norma antigua o con anterioridad a la aparición de una norma. Este principio no tiene carácter absoluto y, en ocasiones, motivos de moralidad y justicia o necesidades concretas y determinadas hacen imprescindible que la nueva norma despliegue efectos retroactivos. Es decir, se trata de supuestos en los que la seguridad jurídica cede ante la justicia o ante la voluntad de los sujetos implicados en la aplicación de la norma, como ocurre en los tratados de inversión que admiten la irretroactividad⁹⁹.

4.1.2. Aplicación de las Reglas de Arbitraje

El arbitraje ante el CIADI se rige, primero, por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados; además de este Convenio, que establece el marco general de la jurisdicción del CIADI y las reglas generales que rigen el arbitraje ante dicho Centro, deben considerarse su Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, modificadas el año 2006.

Las Reglas de iniciación del arbitraje rigen desde que se presenta ante la Secretaría General la Solicitud de Arbitraje, su registro (o eventual denegatoria), su notificación y eventual retiro.

Las Reglas de Arbitraje del CIADI se aplican desde el momento de la notificación a las partes del registro de una solicitud de arbitraje y termina con la emisión del laudo, así como la resolución de los eventuales recursos interpuestos contra este.

Las reglas de arbitraje contienen, primero, disposiciones sobre la constitución del Tribunal, incluyendo las referidas a la designación de los árbitros, su sustitución, la recusación de estos. En segundo lugar, desarrollan los aspectos propios del funcionamiento del Tribunal Arbitral incluyendo las referidas a las deliberaciones y la toma de decisiones de los árbitros. Tercero, se desarrolla normas generales para el proceso, como son las referidas a la audiencia preliminar, los costos del arbitraje, idioma del procedimiento.

En cuarto lugar, se encuentran las reglas referidas a las actuaciones arbitrales, sean escritas u orales, la presentación de pruebas, de testigos y peritos, las visitas e investigaciones, así como las normas para el cierre del procedimiento. En quinto lugar, se encuentran las normas referidas a medidas provisionales, excepciones preliminares, así como los supuestos de terminación anticipada; además, se regulan los casos de rebeldía. Como sexto punto, se abordan todo lo referido al laudo arbitral y como séptimo acápite encontramos las normas relativas a los recursos contra el laudo, como son la aclaración, revisión y anulación.

⁹⁹ PÉREZ PACHECO, Yaritza. Op. Cit., p. 329.

➤ **Del proceso arbitral**

El procedimiento arbitral ante el CIADI se inicia con la solicitud del interesado ante el Secretario General, quien debe trasladar dicha solicitud a la otra parte. El Secretario General deberá efectuar el registro de la petición o su denegatoria cuando se trate de una controversia que de manera manifiesta es ajena a la jurisdicción del Centro, notificando su decisión a las partes.

El paso siguiente es la conformación del Tribunal Arbitral, lo que en principio está en función del acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, el tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el tribunal, de común acuerdo. Si no se designara algún árbitro, se puede solicitar al Presidente del Consejo Administrativo que designe al árbitro correspondiente, el mismo que no podrá ser nacional ni del Estado receptor ni del Estado del cual es nacional el inversor.

En cuanto a las reglas que rigen el proceso, estas pueden ser acordadas por las partes, pues las Reglas del CIADI son supletorias. La independencia del arbitraje es plena. El Tribunal puede desarrollar el proceso a pesar de la rebeldía de las partes.

Durante el trámite del arbitraje, el Tribunal Arbitral puede dictar medidas provisionales (cautelares), aunque las mismas podrían ser solicitadas también ante los tribunales nacionales.

En cuanto al derecho aplicable, se tiene que la voluntad de las partes es la que prevalece; a falta de acuerdo, el tribunal debe aplicar el derecho del Estado que sea parte en la diferencia.

En cuanto al laudo que debe emitir el Tribunal Arbitral, así como las demás decisiones que tome, estas deben ser adoptadas la mayoría de sus miembros. El laudo es vinculante para las partes, aunque es susceptible de ser recurrido mediante los recursos de aclaración e interpretación, revisión sobre la base del descubrimiento de nuevos hechos y anulación.

La diferencia del valor del laudo emitido por Tribunales Arbitrales en el ámbito del CIADI es que, además de su carácter vinculante para las partes, este se ejecutará directamente como si fuera una sentencia firme dictada por un tribunal nacional. Esta es una tremenda diferencia con otros arbitrajes, pues sus laudos requieren del exequátur para ser reconocidos y ejecutados.

Resulta útil el siguiente flujograma para entender la estructura del proceso arbitral ante el CIADI:



Las Reglas de Arbitraje del CIADI fueron objeto de diversas modificaciones, las mismas que entraron en vigencia el 10 de abril de 2006. Estas modificaciones se dieron en atención a los cuestionamientos que se generaron contra el arbitraje ante el CIADI. Una de las mayores críticas que se han realizado al arbitraje internacional, «cuando se trata de resolver las controversias entre Estados y particulares en materia de inversiones extranjeras es el viejo dogma de la confidencialidad del procedimiento arbitral. Si bien la confidencialidad ha sido defendida como una de las características del arbitraje que en mayor medida beneficia al arbitraje frente a los tribunales estatales, no parece que sea una buena acompañante cuando lo que se ventila ante los tribunales arbitrales afecta de manera directa a los intereses públicos presentes en los casos de inversiones internacionales. En efecto, un gran número de estas decisiones de los tribunales arbitrales influyen de manera sustancial en la posibilidad de que los ciudadanos puedan acceder a servicios públicos considerados esenciales. Dichos servicios son necesarios para poder ejercer el derecho a un nivel de vida adecuado, así como otros derechos humanos fundamentales como la salud, la vivienda o la educación. Esta situación además, se agrava, en gran parte de las ocasiones, cuando en la realidad se trata de ciudadanos que viven en países en desarrollo y con unas condiciones de vida bastante paupérrimas»¹⁰⁰.

100 FERNÁNDEZ MASÍÁ, Enrique. «Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral». En: *Revista peruana de arbitraje*, N° 4, MS Editores E.I.R.L., Lima, 2007, p. 221.

Por destacar algunos puntos, la nueva Regla 32.2 de Arbitraje del CIADI se refiere a la apertura pública de la fase oral del procedimiento arbitral, la nueva Regla 37.2 incorpora la figura del *amicus curiae*, lo que significa, en los hechos, abrir el proceso a terceros, sin dejar de mencionar que la Regla 48.4 está referida a la publicidad del laudo o sus extractos. Todas estas modificaciones se dieron para fomentar la transparencia y la participación de terceros en el procedimiento arbitral.

Sobre este particular, se ha señalado que aunque «no cabe duda de que las modificaciones aportadas a las Reglas de Arbitraje del CIADI han supuesto un cambio a favor de una mayor transparencia y participación de los terceros en el procedimiento arbitral, la puesta en práctica de la mismas nos muestra que la ‘puerta’ del arbitraje no ha quedado abierta de par en par, sino que más bien permanece ‘entreabierta’. Aun así, bienvenida sea»¹⁰¹.

4.1.3. Aplicación del Mecanismo Complementario

En la Introducción al Reglamento Complementario del CIADI, se señala que el Consejo Administrativo del CIADI aprobó el Reglamento del Mecanismo Complementario con el objeto de autorizar al Secretariado del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI y que se den en los siguientes supuestos:

- i. Procedimientos de comprobación de hechos.
- ii. Procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante.
- iii. Procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria.

El Reglamento del Mecanismo Complementario incluye un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y, además, el Reglamento de Comprobación de Hechos, el Reglamento de Conciliación y el Reglamento de Arbitraje. Al igual que en el caso de las Reglas de Arbitraje, este Reglamento fue modificado y entró en vigencia el 10 de abril de 2006.

Para los procedimientos que se administren con este Reglamento, el Convenio del CIADI no es aplicable. En el caso del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario, se señala que cuando las partes en una diferencia hayan acordado someterla a arbitraje sujeto a este, la diferencia se arreglará aplicándolo, salvo que esté en contradicción con la Ley aplicable, caso en que esta prevalecerá (artículo 1º).

101 FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Op. Cit., p. 239.

Se regula en este Reglamento la iniciación del proceso, que va con una solicitud ante el Secretariado, la misma que se registrará y notificará. Luego, se conforma el Tribunal y las actuaciones son muy similares a las del proceso arbitral ante el CIADI.

Si debe tomarse en cuenta que, en virtud del Mecanismo Complementario, «el CIADI ha sido la institución arbitral encargada de solucionar los asuntos en la mayoría de los casos en los que se ha visto involucrado México en aplicación del sistema de soluciones de controversias inversor-Estado del TLCAN, dado que este país no es parte de la Convención CIADI». Pero vale la pena precisar también que los laudos arbitrales que resulten de la aplicación del Mecanismo Complementario están desprovistos «de los especiales caracteres que rodean al arbitraje CIADI y en particular, de su carácter autónomo e independiente respecto de los tribunales nacionales [...] están sometidos a la posibilidad del recurso de anulación ante los tribunales del Estado donde haya tenido su sede el procedimiento arbitral y además necesitan pasar por el trámite del reconocimiento y ejecución al que se someten los laudos extranjeros, generalmente, a través del régimen previsto en el Convenio de Nueva York de 1958»¹⁰².

4.1.4. Casos arbitrales ante el CIADI

Es interesante apreciar que en los últimos veinte años «el arbitraje de inversiones extranjeras ha crecido de manera vertiginosa [...] Así, con cerca de cuarenta nuevos casos por año, el número total de asuntos sometidos a arbitraje llega ya a la cifra de 518, a finales del año 2012»¹⁰³. A ese año, los casos del CIADI eran de solo 314, mientras que la Corte Permanente de Arbitraje tenía un total de 85 casos.

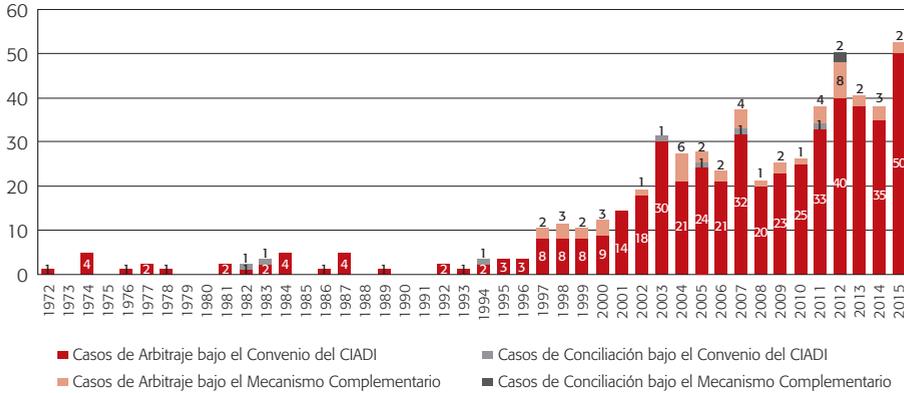
El número de casos ante el CIADI ha aumentado durante los últimos 15 años según cifras del propio Centro, lo cual se explicaría por el hecho de que se ha producido un importante aumento de las inversiones transfronterizas durante las dos últimas décadas, además de que se han celebrado un mayor número de tratados internacionales de inversión en los que se contempla el arreglo de diferencias entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores de inversiones. Conforme a esas cifras, desde el año 2001 se produjo un incremento de casi el 100% en el número de arbitrajes (14 ese año), habiendo llegado a su cima el año 2015 (50). Se reproduce para tal efecto el gráfico N° 2 que aparece en las estadísticas del CIADI¹⁰⁴. Al 31 de diciembre de 2015, el CIADI ha registrado un total de 549 casos bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario.

102 FERNÁNDEZ MASÍÁ, Enrique. Op. Cit., p. 6.

103 Ibidem, p 2.

104 CIADI, Carga de Casos del CIADI - Estadísticas (Edición 2016-1), p. 8.

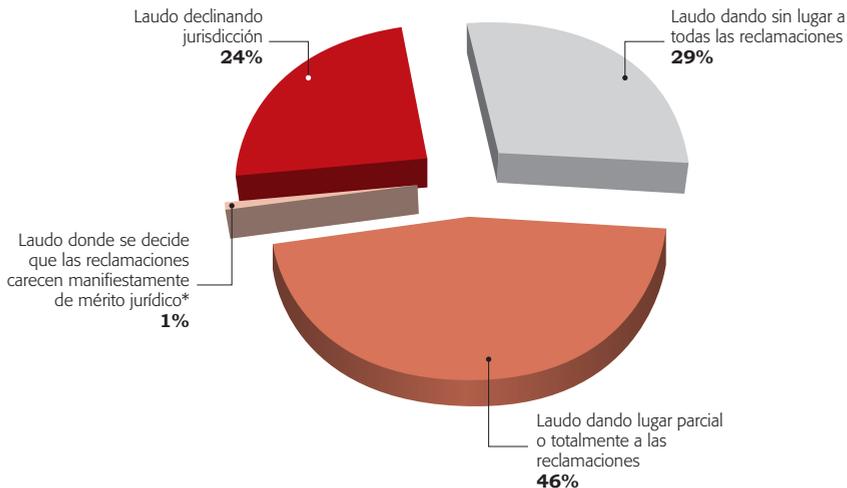
Gráfico N° 02: Número de casos registrados por año calendario bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario:



Del total de casos sometidos ante el CIADI, 492 (89,6%) corresponden a arbitrajes; 48 (8,7%), a arbitrajes con el Mecanismo Complementario. Los demás (9 casos) son conciliaciones. Del total de casos sometidos al CIADI, el 30% corresponden a inversiones desarrolladas en países de América Central y el Caribe y América del Sur.

En el siguiente gráfico, se puede apreciar los resultados que el propio CIADI publica respecto a los arbitrajes desarrollados ante tal foro.

Gráfico N° 03: Diferencias decididas por Tribunales de Arbitraje bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario — Conclusiones:

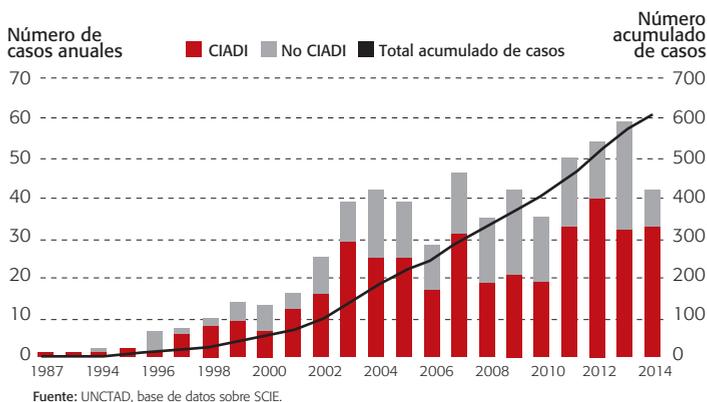


Como podrá apreciarse, los laudos que dan razón al demandante constituyen el 46% del total, porcentaje elevado sin lugar a dudas. Por otro lado, los laudos en los que no se acogen las reclamaciones son en total un 30% del total, aunque esto no significa que la demandante haya «perdido», pues simplemente se trata de un supuesto en el que no ganó sus reclamaciones. Por último, los laudos a través de los que los Tribunales declinaron competencia constituyen un 24% del total.

Analizando estos resultados, resulta interesante recoger aquí lo que el gobierno del Presidente Evo Morales esgrimió como primera causa para denunciar el CIADI, toda vez que lo consideraba «un Tribunal absolutamente desequilibrado que toma partido siempre por las transnacionales». Esta sentencia la sustentaba en los siguientes tres datos: el CIADI tenía hasta ese momento 232 casos arbitrales, de los que 230 había sido iniciados por las transnacionales contra los Estados; en segundo lugar, el 74% de los casos eran contra países en desarrollo, el 19% contra países desarrollados y apenas el 1,9% contra países del G8. El 36% de los casos terminaron con fallos favorables al inversionista privado, el 34% se resolvieron fuera del CIADI con una indemnización a favor del inversionista. Por último, en los casos que ganó el Estado, no recibió indemnización alguna¹⁰⁵.

La CNUCED ha señalado que en el año 2014 se iniciaron 42 nuevos casos de SCIE (solución de controversias entre inversores y Estados) a instancia de los inversores. «Los procesos del último año hicieron que el número total de reclamaciones de SCIE conocidas, presentadas contra 99 gobiernos de todo el mundo, ascendiera a 608 (gráfico 11). Aproximadamente el 40% de las nuevas reclamaciones se presentaron contra países desarrollados. En 2014, el número de casos concluidos llegó a 405. Los Estados ganaron en un 36% de los casos (144), y los inversores en un 27% (111). En el resto se llegó a un acuerdo o hubo desistimiento»¹⁰⁶.

Gráfico N° 11: Número de casos de SCIE conocidos, anuales y acumulados, 1987-2014



105 RODRÍGUEZ JIMENEZ, Sonia. «El arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica: Nuevas tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia». En: *Contratación y arbitraje internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010, p. 439.

106 CNUCED, Op. Cit., p. 28.

Las cifras que presenta la CNUCED contrastan bastante con las cifras que tiene el propio CIADI, toda vez que para la primera solo el 27% de los casos los ganaron los inversores, mientras que para el CIADI este porcentaje es de 46% de los casos. Esta diferencia merecería una explicación sustentada.

4.2. Casos arbitrales prácticos por ejes temáticos

4.2.1. La relación entre el Derecho Internacional de las Inversiones y los Derechos Humanos

En Tanzania, específicamente en la ciudad capital Dar es Salaam, se privatizó los servicios de suministro de agua potable y saneamiento. La empresa de servicios de agua del Reino Unido, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. Asumió el control de dichos servicios. Sin embargo, esta empresa «comenzó a facturar más e invertir menos que su predecesora estatal, y fue claro que la tarifa con la cual había obtenido el contrato era demasiado baja. El inversor solicitó una revisión del contrato y aumento de tarifa para poder realizar las inversiones necesarias y prestar el servicio de manera adecuada, lo que le fue denegado por la autoridad. Las inversiones no se realizaron y el servicio continuó deteriorándose notablemente». A razón de estas diferencias, el Estado dejó sin efecto la concesión y asumió directamente la prestación del servicio. «El inversor demandó a Tanzania en el marco del CIADI, y el laudo estableció que había existido expropiación ilegal de la inversión extranjera, aunque no conexión entre esa conducta ilegal y los daños económicos que reclamaba el inversor, ya que el valor de la compañía al momento de la expropiación era negativo. Básicamente, se dispuso que la rescisión y asunción del servicio de provisión de agua por parte del Estado como consecuencia de un flagrante fracaso del operador privado habían implicado una medida expropiatoria violatoria de los estándares internacionales de protección de los inversores extranjeros». Sin perjuicio de que se permitió la participación de diversas organizaciones no gubernamentales como *amicus curiae*, explicando las implicancias de los derechos humanos en este caso, «en el laudo final no se ponderó si existía alguna relación entre el derecho fundamental de acceso al agua potable, la rescisión del contrato y los derechos del inversor»¹⁰⁷.

El arbitraje fue iniciado por la empresa en el 2005, alegando varias violaciones del tratado bilateral de inversión entre el Reino Unido y Tanzania, toda vez que el Estado habría afectado el contrato de servicios hídricos suscrito entre la subsidiaria de Biwater, City Water, y la autoridad hídrica local de Dar es Salaam. La empresa acusó al gobierno de haber deportado, luego de su decisión de dejar sin efecto la concesión, a diversos funcionarios de la empresa; por su parte, el gobierno acusó a la empresa de haber incumplido con inversiones relevantes a las que se había comprometido.

107 BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y JUSTO, Juan Bautista. *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. CEPAL, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, GTZ, Chile, 2011. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3839/S2010980.pdf;jsessionid=1526A470EF89D1D9039FF39F13AE0132?sequence=1>, p. 16.

En 2006, el Tribunal determinó, a solicitud de la empresa, que una serie de documentos estaban protegidos por una absoluta confidencialidad; esto en respuesta a que el gobierno de Tanzania había hecho públicos varios documentos relativos al arbitraje.

En 2007, el Tribunal Arbitral del CIADI autorizó la presentación de diversas ONG, dándoles la oportunidad de que presenten un escrito como *amicus curiae* y solicitaron al tribunal que revele varios documentos y permita el acceso a las audiencias arbitrales. El Tribunal rechazó el pedido de las ONG de acceder a documentación confidencial, pero sí autorizó su presentación, atendiendo a que podría alcanzar información distinta a la proporcionada por las partes y relacionada, más bien, con temas de desarrollo sostenible, derechos humanos y medio ambiente.

En este caso es interesante de analizar, primero, la petición de las ONG de participar en el proceso e, incluso, de que se abran al público las actuaciones arbitrales. En segundo lugar, es importante destacar la decisión del Tribunal Arbitral que admite la participación de las ONG, pese a la oposición del inversor, aunque les niega acceso a la documentación que estas requerían. Sobre ello, se ha señalado que el artículo 37.2 del Reglamento de Arbitraje del CIADI «no crea un derecho ni un *status* en favor de los *amici curiae* que los autorice a participar en los procedimientos arbitrales CIADI. La participación está supeditada a la decisión autónoma de cada tribunal arbitral»¹⁰⁸.

4.2.2. Políticas públicas en materia de salud y arbitraje

Tenemos el arbitraje iniciado, en 2011, por la empresa Philip Morris Internacional, a través de su subsidiaria en Hong Kong, contra el gobierno de Australia, por cuanto este último emitió una serie de normas relativas a los productos del tabaco. Esta empresa cuestiona la legislación de Australia por la que se exige que los productos de tabaco se vendan en empaques homogéneos y sin publicidad en los que se visualice las advertencias sobre los riesgos que el consumo de tabaco puede generar para la salud.

La demanda se sustenta en que esa norma que plantea una política pública referida al campo de la salud podría generarle pérdidas económicas millonarias, razón por la que solicita una indemnización que estaría pendiente de cuantificar, toda vez que se trataría de una expropiación (por cuanto la norma prohíbe el uso de marca o logotipo de la empresa), además de que se habría producido una vulneración de su derecho a un trato justo y equitativo, el mismo que está previsto en el TBI entre Australia y Hong Kong.

Por su parte, el gobierno australiano argumenta que la supuesta inversión que esta empresa habría realizado ha sido solamente una forma fraudulenta de darle cabida a una demanda arbitral.

¹⁰⁸ MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio. «Las partes en el arbitraje CIADI». En: *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 15, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp. 215-242. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view-File/13857/11152>.

La inversionista efectuó su reclamación de manera paralela ante los tribunales nacionales de Australia, a razón de lo cual el Tribunal Superior de Canberra sentenció en 2012 que la norma cuestionada no constituía una expropiación inconstitucional de la propiedad intelectual de la empresa, por cuanto se trata de una medida política en materia de salud pública totalmente justificada.

Esa decisión judicial fue aplaudida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) e hizo un llamado a los gobiernos del mundo para que siga la política de salud pública implantada por Australia.

En el caso del arbitraje, la empresa ha solicitado que se desarrolle bajo las estrictas medidas de confidencialidad. El Tribunal Arbitral ha determinado que las audiencias no serán públicas y los documentos serán también confidenciales.

Los resultados de este arbitraje tendrán incidencia respecto de las políticas en materia de salud pública y antitabaco que implantarán otros Estados.

ANEXO I

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES SUSCRITOS POR EL PERÚ

El Perú ha firmado Tratados Bilaterales de Inversiones con los siguientes Estados:

1. **Australia:** Acuerdo entre la República del Perú y Australia para la Promoción y Protección de las Inversiones. Fue suscrito el 7 de diciembre de 1995. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI.
2. **China:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Suscrito en Beijing el 9 de junio de 1994. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI.
3. **Corea:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Corea para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Suscrito el 3 de junio de 1993. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI.
4. **Malasia:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de Malasia sobre Promoción y Protección Recíproca de inversiones. Suscrito en Lima el 13 de octubre de 1995. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI.
5. **Singapur:** Acuerdo entre el Gobierno de la República de Singapur y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección de Inversiones. Suscrito el 27 de febrero de 2003. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI.
6. **Tailandia:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno del Reino de Tailandia sobre Promoción y Protección de Inversiones. Suscrito en Bangkok el 15 de noviembre de 1991. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI.
7. **Japón:** Acuerdo entre el Japón y la República del Perú para la Promoción, Protección y Liberación de Inversión. Suscrito en Lima el 21 de noviembre de 2008, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.
8. **Canadá:** Acuerdo entre Canadá y la República del Perú para la Promoción y Protección de Inversiones. Suscrito el 14 de noviembre de 2006 en Hanói, entró en vigor el 20 de junio de 2007. En caso de controversias, estas serán resueltas mediante arbitraje.
9. **Cuba:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Cuba sobre la Promoción y Protección Recíproca de

- Inversiones. Fue suscrito el 10 de octubre de 2000 en Lima, entró en vigor el 25 de diciembre de 2001. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.
10. **El Salvador:** Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de El Salvador para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Suscrito el 13 de junio de 1996. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.
 11. **Argentina:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Suscrito el 10 de noviembre de 1994 en Lima, entró en vigor el 24 de octubre de 1996. Si se recurre al arbitraje para resolver las controversias que hubieran podido suscitarse, el inversor podrá elegir entre acudir al CIADI o iniciar un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.
 12. **Bolivia:** Convenio entre la República del Perú y el Gobierno de la República de Bolivia sobre Promoción y Protección de Inversiones. Suscrito el 30 de julio de 1993 en Ilo, entró en vigor el 19 de febrero de 1995. Las controversias suscitadas serán resueltas en un arbitraje ante el CIADI. Debe tomarse en cuenta que Bolivia ha denunciado el CIADI y, por tanto, ya no es parte de él.
 13. **Chile:** Convenio entre el Gobierno de la República de Perú y el Gobierno de la República del Chile para la promoción y protección recíproca de las inversiones. Suscrito en Lima el 2 de febrero de 2000, entró en vigor el 11 de agosto de 2001. Las controversias que se susciten serán resueltas mediante arbitraje.
 14. **Colombia:** Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Fue suscrito el 26 de abril de 1994 en Lima; entró en vigor el 21 de marzo de 2001. Las controversias suscitadas serán resueltas en un arbitraje ante el CIADI.
 15. **Ecuador:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República del Ecuador sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Fue suscrito el 7 de abril de 1999. Las controversias suscitadas serán resueltas en un arbitraje ante el CIADI.
 16. **Paraguay:** Convenio entre la República de Perú y la República del Paraguay sobre promoción y protección recíproca de inversiones. Suscrito el 31 de enero de 1994 en Lima, entró en vigor el 18 de diciembre de 1994.
 17. **Venezuela:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Venezuela sobre Promoción y Protección de Inversiones. Suscrito en Caracas el 12 de enero de 1996. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.

18. **Alemania:** Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Suscrito el 30 de enero de 1995. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.
19. **Bélgica y Luxemburgo:** Convenio entre la República del Perú y la Unión Económica Belgo—Luxemburguesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Suscrito el 12 de octubre de 2005; entró en vigencia a partir del 11 de septiembre del 2008. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.
20. **Dinamarca:** Convenio entre la República del Perú y el Gobierno del Reino de Dinamarca sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Suscrito en Copenhague el 23 de noviembre de 1994. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.
21. **España:** Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el Reino de España. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.
22. **Finlandia:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Finlandia sobre Promoción y Protección de Inversiones. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI.
23. **Francia:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Francesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI.
24. **Holanda:** Acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Perú. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI.
25. **Italia:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Italiana sobre Promoción y Protección de Inversiones. Suscrito en Roma el 5 de mayo de 1994. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.
26. **Noruega:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno del Reino de Noruega sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.

27. **Portugal:** Acuerdo entre la República del Perú y la República Portuguesa sobre promoción y protección recíproca de inversiones. Suscrito en Lisboa el 22 de noviembre de 1994. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.
28. **Reino Unido:** Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Perú sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Suscrito el 4 de octubre de 1993. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI.
29. **República Checa:** Acuerdo entre la República Checa y la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Suscrito el 16 de marzo de 1994. Está previsto el arbitraje como medio de solución de controversias entre las partes.
30. **Rumania:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de Rumania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Suscrito en Lima el 16 de mayo de 1994. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.
31. **Suecia:** Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno del Reino de Suecia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Suscrito en Lima el 10 de noviembre de 1994. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI.
32. **Suiza:** Convenio entre la República del Perú y la Confederación Suiza sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Suscrito en Lima el 22 de noviembre de 1991. Las controversias que se susciten se resolverán mediante arbitraje ante el CIADI o en un arbitraje ad hoc con las reglas de la CNUDMI.

ANEXO II

TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR EL PERÚ

El Perú ha suscrito Tratados de Libre Comercio con las siguientes contrapartes:

1. **Acuerdo Perú-Comunidad Andina.** Suscrito el 26 de mayo de 1969.
2. **Acuerdo de Complementación Económica Perú-MERCOSUR.** Suscrito el 30 de diciembre de 2005, entró en vigor el 6 de enero de 2006.
3. **Acuerdo de Promoción Comercial PERÚ-EE.UU.** Suscrito el 12 de abril de 2006 en Washington D.C. Entró en vigor el 1 de febrero de 2009. Siendo uno de los países con mayores inversiones en el país, así como siendo uno de los mayores mercados para las exportaciones peruanas, este TLC sí incluye un capítulo de Inversiones, toda vez que se busca promover y proteger las inversiones.
4. **Tratado de Libre Comercio entre Perú y Chile.** Suscrito el 22 de agosto de 2006. Entró en vigor el 1 de marzo de 2009. Incluye el tema de inversiones, lo que reviste particular importancia pues es el país latinoamericano con mayores inversiones en el país.
5. **Tratado de Libre Comercio entre Perú y Canadá.** Suscrito el 29 de mayo de 2008. Entró en vigor el 1 de agosto de 2009. Sí incluye capítulo de inversiones.
6. **Tratado de Libre Comercio entre Perú y Singapur.** Suscrito el 29 de mayo de 2008. Entró en vigor el 1 de agosto de 2009. Sí incluye capítulo de inversiones.
7. **Acuerdo de Libre Comercio entre China y Perú.** Suscrito el 28 de abril de 2009 en Beijing Entrada en vigor el 1 de marzo de 2010. Sí incluye capítulo de inversiones.
8. **Tratado de Libre Comercio entre Perú y EFTA (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza).** Suscrito el 14 de julio de 2010. Entró en vigor el 1 de julio de 2011. Sí incluye capítulo de inversiones.
9. **Tratado de Libre Comercio entre Perú y Corea del Sur.** Suscrito el 21 de marzo de 2011. Entró en vigor el 1 de agosto de 2011. Sí incluye capítulo de inversiones.
10. **Tratado de Libre Comercio entre Perú y Tailandia.** Suscrito el 19 de noviembre de 2005. Entró en vigor el 31 de diciembre de 2011.
11. **Acuerdo de Integración Comercial Perú – México.** Suscrito el 6 de abril de 2011. Entró en vigor el 1 de febrero de 2012. En materia de inversiones

- se establece un conjunto de reglas relativas al tratamiento y protección de las inversiones, a fin de promover un mayor flujo de inversiones.
12. **Acuerdo de Asociación Económica entre Perú y Japón.** Suscrito el 31 de mayo de 2011. Entró en vigor el 1 de marzo de 2012.
 13. **Tratado de Libre Comercio entre Perú y Panamá.** Suscrito el 31 de mayo de 2011. Entró en vigor el 1 de marzo de 2012. Si incluye capítulo de inversiones.
 14. **Tratado de Libre Comercio entre Perú y la Unión Europea.** Suscrito el 26 de junio de 2012. Entró en vigor el 1 de marzo de 2013. Si se incluye el tema de inversiones.
 15. **Tratado de Libre Comercio entre Perú y Costa Rica.** Suscrito el 26 de mayo de 2011. Entró en vigor el 1 de junio de 2013. Si incluye capítulo de inversiones.
 16. **Acuerdo de Complementación Económica Perú-Cuba.** Suscrito el 7 de enero de 2012, entró en vigor el 1 de agosto de 2013.
 17. **Acuerdo de Alcance Parcial de Naturaleza Comercial entre la República del Perú y la República Bolivariana de Venezuela.** Suscrito el 7 de enero de 2012, entró en vigor el 1 de agosto de 2013.

ANEXO III

ARBITAJES RELATIVOS A INVERSIONES EN LOS QUE EL PERÚ ES PARTE

Para el desarrollo de este punto se ha tomado en cuenta la información que se ha podido encontrar en la página web del CIADI (www.icsido.org). También es fundamental el poder acceder al texto de los laudos arbitrales, los que se encuentran disponibles on line.

➤ **Concluidos**

1. **Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A.** (antes Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú, S.A.) presentaron su solicitud de arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/03/4), registrada el 26 de marzo de 2003. Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al TBI con Chile, de 2000.

La demandante indicó que al revocar su licencia, la República del Perú había incurrido en responsabilidad conforme al Convenio Bilateral, e infringido sus obligaciones de proteger las inversiones efectuadas en ese marco de medidas injustificadas o discriminatorias. También se habría afectado el trato justo y equitativo, trato nacional y el de nación más favorecida. Se habría producido una expropiación ilegal. Solicitó una indemnización de US\$.150 000 000,00 por expropiación indirecta.

El Perú alegó que el Tribunal carecía de competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*, y opuso también la excepción de falta de previa presentación de la controversia ante los tribunales locales.

El laudo arbitral¹⁰⁹ de 7 de febrero de 2005 concluye que la única cuestión que debe abordar consiste «en establecer si la reclamación planteada por Lucchetti está abarcada por el consentimiento del Perú a una jurisdicción internacional enmarcada en el Convenio Bilateral, lo que Lucchetti no probó al Tribunal. En consecuencia, la empresa se encuentra en la misma situación en que estaría si no se hubiera sancionado el Convenio Bilateral. Por lo tanto, sus alegaciones sobre el fondo del asunto permanecen como estaban, deben plantearse, negociarse o resolverse del modo y ante las instancias que puedan estar a disposición de la compañía»; por ello, se declaró «incompetente para conocer sobre el fondo de la presente controversia».

En este caso, complejo por los hechos de corrupción que se pusieron en evidencia, la decisión arbitral fue sumamente parca. «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

109 Cfr. https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Luchetti.pdf.

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»¹¹⁰.

El demandante presentó su recurso de anulación, pero este fue desestimado por el Comité Ad Hoc, con su Decisión de fecha 5 de septiembre de 2007.

2. **Duke Energy International Peru Investments N° 1** presentó su solicitud de arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/03/28), registrada el 24 de octubre de 2003. Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al Contrato suscrito entre las partes.

La reclamación presentada se origina en la interpretación de las cláusulas de estabilidad jurídica y tributaria suscritas con el Estado. La Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) en 2001 efectuó una acotación tributaria de aproximadamente US\$ 12,4 millones contra la demandante por pagos incompletos de impuestos en 1996, 1997, 1998 y 1999, más US\$ 35,9 millones en concepto de intereses y penalidades; esta deuda luego fue sujeta de procedimientos ante el Tribunal Fiscal e incluso fue objeto de una «Amnistía».

El laudo arbitral¹¹¹, con votos en discordia parcial por dos de sus miembros, se emitió con fecha 18 de agosto de 2008, disponiendo que se pague al inversionista la suma de US\$ 18 440 746,00, más intereses.

3. **Aguaytia Energy, LLC** presentó su solicitud de arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/06/13), registrada el 17 de julio de 2006. Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al TBI con China, de 1994. Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al contrato suscrito entre las partes. El idioma elegido por las partes fue el inglés.

La reclamación formulada por el inversionista invoca la supuesta vulneración de la cláusula de no discriminación que contenía el Convenio de Estabilidad Jurídica, por cuanto se clasificó una línea de transmisión como secundaria y no como principal. El Tribunal señaló en su laudo arbitral de 11 de diciembre de 2008 que al tratarse de un Convenio de Estabilidad Jurídica, tema que resulta de carácter procedimental, no entraría a temas sustantivos, relacionados más bien con las potestades regulatorias del Estado peruano.

110 CARBAJAL VALENZUELA, Christian. *Tratamiento del Arbitraje entre Inversionistas Extranjeros y Estados en Tratados de Libre Comercio y Convenios de Inversión: El caso del Perú*. Disponible en: <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/97.pdf>, pág. 9.

111 Cfr. <http://tax-arbitration.com/Duke%20v.%20Peru%20SPANISH.pdf>.

4. **Tza Yap Shum** presentó su solicitud de arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/07/6), registrada el 12 de febrero de 2007. Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al TBI con China, de 1994.

La disputa planteada por el inversor alega que su inversión en una compañía peruana ha sido expropiada violando el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones como consecuencia de una serie de acciones y decisiones de la SUNAT, la agencia estatal tributaria.

El laudo arbitral¹¹² de fecha 7 de julio de 2011, determina que existió una medida equivalente a la expropiación vulnerando los términos del artículo 4° del APPRI Perú China, efectuada por el Estado peruano en contra de la inversión del demandante y condena al Estado a pagar al demandante la suma de US\$ 786 306,24 en concepto de compensación por la medida equivalente a la expropiación ejercitada, más los intereses que a esa fecha llegaban a US\$ 227 201,30.

El Estado peruano interpuso el recurso de anulación. El Comité Ad Hoc encargado de resolver ese recurso emitió su decisión el 12 de febrero de 2015, rechazando en su totalidad la solicitud peruana, determinando además que el Estado peruano sufragará el 80 % de todos los costos del procedimiento en que se hubiera incurrido en relación con el procedimiento de Anulación, y el demandante sufragará el 20 % de dichos costos.

Este caso es particularmente importante, toda vez que se trata del primer laudo arbitral «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»¹¹³.

5. **Convial Callao S.A. y la Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A.** presentaron su solicitud de arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/10/2), registrada el 2 de febrero de 2010. Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al TBI con Argentina de 1994.

Las demandantes manifestaron que habían suscrito un contrato de concesión para el diseño, construcción, administración, explotación y mantenimiento de la Vía Expresa del Callao con la Municipalidad Provincial del Callao, subdivisión política del Perú; dicha concesión constituía una inversión de conformidad con el Tratado; la autoridad política tomó una decisión ilegal y declaró la caducidad del contrato, lo cual afecta los estándares requeridos de tratamiento justo y equitativo, además de que constituye una expropiación.

112 Cfr. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0881.pdf>.

113 CARBAJAL VALENZUELA, Christian. *Tratamiento del Arbitraje entre Inversionistas Extranjeros y Estados en Tratados de Libre Comercio y Convenios de Inversión: El caso del Perú*. Disponible en: <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/97.pdf>, pág. 10.

El laudo arbitral¹¹⁴ de fecha 21 de mayo de 2013, determina que el Tribunal sí tiene jurisdicción sobre la diferencia, pero cuando resuelve el fondo declara sin fundamento todas y cada una de las alegadas violaciones al Tratado presentadas por las demandantes contra la República del Perú y rechaza todas sus demandas basadas en tales violaciones. Además, condena a las demandantes a pagar a la demandada, la suma USD\$ 2 117 489,27 por concepto de las costas en que incurrió en este proceso.

6. **Renée Rose Levy y Grencitel S.A.** presentaron su solicitud de arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/10/17), registrada el 20 de julio de 2010. Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al TBI con Francia de 1993.

El laudo arbitral¹¹⁵ de fecha 26 de febrero de 2014 determina que el Tribunal sí tiene jurisdicción sobre la diferencia; pese a que el Perú sostuvo que la cesión de las acciones del Banco del Nuevo Mundo no fue más que un intento de «manufacturar jurisdicción sobre la reclamación», el Tribunal asumió que sí tenía competencia. No obstante, al resolver el fondo el Tribunal declaró no ha lugar en todos sus extremos los argumentos planteados por la demandante, incluyendo su solicitud de una indemnización. Al mismo tiempo, rechazó la solicitud de la República del Perú de que se le otorgue una indemnización por el daño moral que las actuaciones de la demandante le pudieran haber causado, pues no habría demostrado la mala fe de la demandante. No hubo condena por los gastos ni costos del arbitraje.

La demandante promovió un recurso de anulación del laudo.

7. **Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.** presentó su solicitud de arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/11/9), registra el 15 de abril de 2011 (está vinculado también con el Caso CIADI N° Arb/13/24 y el Caso CIADI N° Arb/12/5).

Como se señala en el propio laudo arbitral de 25 de marzo de 2014¹¹⁶, el Tribunal Arbitral dispuso la terminación del arbitraje atendiendo al cierre del Acuerdo Integral que las Partes comunicaron al CIADI. Dicho acuerdo incluye el reconocimiento del pago de penalidades a favor de la República del Perú por US\$ 36 750 000,00 en seis cuotas hasta abril de 2015 por parte de ISOLUX y de ELEC NOR.

8. **Renée Rose Levy y Grencitel S.A.** presentaron su solicitud de arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/11/17), registrada el 24 de junio de 2011. Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al TBI con Francia, de 1993.

114 Cfr. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw0503.pdf>.

115 Cfr. https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_BNM.pdf.

116 Cfr. https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Isolux.pdf.

El laudo arbitral de fecha 9 de enero de 2015 dispone que el Tribunal está impedido de ejercer jurisdicción sobre la diferencia; señalan que no existe inversión alguna y que se ha producido un abuso de proceso (o abuso de derecho) por cuanto se produjo la transferencia de acciones de Grencitel hacia la señora Levy solamente con el fin de lograr dar cobertura a esta controversia bajo el TBI con Francia. El laudo dispone, además, que las demandantes reembolsarán al Estado peruano los gastos del arbitraje ante el CIADI, así como la suma de US\$ 1 571 858,72, como aporte por los honorarios legales y otros gastos que el Perú ha tenido que asumir por el arbitraje.

9. **Isolux Corsán Concesiones S.A.** presentó su solicitud de arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/12/5). Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al TBI con España, de 1994. Está vinculado también con el Caso CIADI N° Arb/13/24 y el Caso CIADI N° Arb/11/9.

Como se señala en el propio laudo arbitral de 25 de marzo de 2014¹¹⁷, el Tribunal Arbitral dispuso la terminación del arbitraje atendiendo al cierre del Acuerdo Integral que las Partes comunicaron al CIADI. Dicho acuerdo incluye el reconocimiento del pago de penalidades a favor de la República del Perú por US\$ 36 750 000,00 en seis cuotas hasta abril de 2015 por parte de ISOLUX y de ELECNOR.

10. **Pluspetrol Perú Corporation y otros (Consorcio Camisea)** presentaron su solicitud de arbitraje contra Perupetro, la que se registró el 11 de septiembre de 2012 (Caso CIADI N° Arb/12/28). Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al contrato suscrito entre las partes.

Como se señala en el propio laudo arbitral¹¹⁸, esta controversia «surgió en el contexto de un contrato denominado ‘Contrato de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos en el Lote 56’ (el ‘Contrato de Licencia’) suscrito entre las demandantes y la demandada, respecto del importe de regalías pagado por las demandantes a la demandada por ciertos cargamentos de gas natural que fueron exportados de Perú hacia la costa en el Golfo de México de los Estados Unidos de América, por periodos comprendidos entre los meses de agosto de 2010 y marzo de 2011. Las demandantes inicialmente reclamaron la posibilidad de que la demandada fuere a dar por terminado en forma anticipada el contrato, en tanto que la demandada reconvino el pago incorrecto de regalías bajo el mismo contrato».

Finalmente, el 21 de mayo de 2015 se emitió el laudo arbitral mediante el cual se determina que «existe una obligación del Contratista de entregar la información a Perupetro respecto del terminal de última descarga, es decir, aquella donde se llevará a cabo el consumo final del gas del Lote 56 y pagar la regalía pactada, basada en el mercado de consumo final» (párrafo 216), además que «el Consorcio incumplió con las obligaciones de

117 Cfr. https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Isolux.pdf.

118 Cfr. https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_Pluspetrol.pdf.

calcular correctamente la regalía pactada para los 10 cargamentos objeto de la disputa, ya que aplicó el marcador correspondiente al terminal de descarga que no fue aquel en donde se realizaría el consumo final real del gas natural» (párrafo 217).

11. **La República del Perú** presentó una solicitud de arbitraje en contra de Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C., la que se registró el día 19 de septiembre de 2013 (Caso CIADI N° Arb/13/24). Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al contrato suscrito entre las partes. Está vinculado también con el Caso CIADI N° Arb/12/5 y el Caso CIADI N° Arb/11/9.

Como se señala en el propio laudo arbitral de 25 de marzo de 2014, el Tribunal Arbitral dispuso la terminación del arbitraje atendiendo al cierre del Acuerdo Integral que las Partes comunicaron al CIADI. Dicho acuerdo incluye el reconocimiento del pago de penalidades a favor de la República del Perú por US\$ 36 750 000,00 en seis cuotas hasta abril de 2015, por parte de ISOLUX y de ELEC NOR.

➤ **En proceso**

12. **DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited, y The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company** presentaron su solicitud de arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/11/21), la que se registró el día 22 de julio de 2011. Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al TBI con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

La constitución del Tribunal Arbitral se dio el día 10 de enero de 2012.

13. **The Renco Group, Inc.** ha iniciado un arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° UNCT/13/1). Este arbitraje se conducirá de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010, pero con el CIADI como Autoridad Administradora. El lugar del arbitraje será París, Francia; pero las audiencias se celebrarán en Washington. Este arbitraje se inicia bajo la cobertura del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica.

El Tribunal Arbitral se constituyó el 8 de abril de 2013.

14. **Bear Creek Mining Corporation** presentó su solicitud de arbitraje contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/14/21), la que se registró el día 18 de agosto de 2014. Se recurrió al arbitraje sobre la base de la Convención del CIADI y en virtud al Tratado de Libre Comercio con Canadá.

La constitución del Tribunal Arbitral se dio el día 3 de diciembre de 2014.

ANEXO IV

PREGUNTAS FRECUENTES

1. ¿Qué es el arbitraje?

Es un método o procedimiento de solución de controversias que se origina en el acuerdo de las partes, aunque en el ordenamiento jurídico peruano se ha reconocido su carácter jurisdiccional a nivel constitucional. En ese sentido, el Tribunal Arbitral, que puede ser unipersonal o colegiado, resuelve la controversia suscitada mediante un laudo arbitral que tiene carácter vinculante para las partes.

2. ¿Qué es el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras?

Es un método o procedimiento de solución de controversias relativas a inversiones entre el Estado receptor de las inversiones y un inversionista nacional de otro Estado. En este tipo de arbitraje, las controversias que se discuten son de naturaleza legal y tienen que relacionarse o derivarse de una inversión. Por tanto, controversias de naturaleza técnica o de naturaleza simplemente comercial no están dentro de esta clasificación. Además, este arbitraje tiene una conformación mixta, pues una de las partes es un inversionista, normalmente privado, y la otra es un Estado.

3. ¿Qué son los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI)?, ¿qué tipos de estos son los más frecuentes?

Los APPRI son acuerdos que celebran los Estados entre ellos (que pueden ser bilaterales, regionales o multilaterales), con la finalidad de establecer medidas de protección, en el ámbito del derecho internacional, pero también con eficacia en el derecho interno de los Estados, a las inversiones realizadas por inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte. Existen entre otros, los denominados Tratados Bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y también los Tratados de Libre Comercio en los que se incluya un capítulo sobre inversiones; además, hay algunos casos de Tratados de Doble Tributación que tienen incidencia en las inversiones y que podrían ser considerados también, de alguna manera, como parte integrante del Derecho Internacional de las Inversiones.

4. ¿Existe alguna interrelación entre el Derecho Internacional de las Inversiones y los Derechos Humanos?

La práctica arbitral en materia de inversiones ha demostrado que se pueden integrar, para la adecuada solución de las controversias, otras normas internacionales, como las de los derechos humanos. En algunos casos, cuando se tiene a los inversores como sujetos de los derechos humanos, los Tribunales Arbitrales han emitido laudos favorables, sosteniendo sus decisiones con fundamentación tuitiva de los derechos humanos de

los inversores. Cuando se tiene como sujetos de los derechos humanos a individuos o colectivos diferentes al inversionista, que podrían de alguna manera explicar el interés público subyacente a ciertas decisiones estatales, los Tribunales Arbitrales no han reconocido, hasta el momento, la validez de los argumentos de protección de los derechos humanos para justificar las afectaciones a los APPRI por cuenta de los Estados.

5. ¿Qué es el Sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión?

Es el sistema creado por Ley N° 28933, que resulta aplicable a los acuerdos celebrados entre entidades públicas e inversionistas nacionales o extranjeros en los que se confiera derechos o garantías a estos últimos, tales como contratos de privatización, contratos de concesión, convenios de estabilidad jurídica, licencias de explotación de hidrocarburos y, en general, todos aquellos acuerdos que se señalen en el reglamento de la presente Ley que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias y Tratados que contengan disposiciones en materia de inversión, celebrados por el Estado peruano con otros Estados y que establezcan procedimientos de solución de controversias entre los inversionistas de un Estado y el Estado receptor de la inversión. Toda entidad pública que sea notificada formalmente por un inversionista o tome conocimiento por cualquier otro medio o acto respecto de la intención de un inversionista de someter una controversia de inversión a un mecanismo internacional de solución de controversias o a organizaciones autónomas internacionales administradoras de los mismos, debe informar al Coordinador. Los buenos resultados que el Perú ha obtenido en materia de arbitraje de inversiones se explicarían, al menos en parte, por este Sistema.

6. ¿Qué debe entenderse por sistema de protección de las inversiones?

Este sistema es el conjunto de mecanismos creados para promover y proteger las inversiones extranjeras. Así, además de los APPRIS, este sistema incluye un conjunto de estándares mínimos reconocidos a favor de los inversores y que les garantizan una serie de criterios mínimos de actuación de los Estados que soslaya la arbitrariedad y que, de producirse, la castiga. Los estándares mínimos reconocidos son varios, pero se pueden destacar los de trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, trato nacional y nación más favorecida y el de Protección contra las expropiaciones. Finalmente, el mecanismo de protección más importante resulta ser el arbitraje internacional en materia de inversiones.

7. ¿Qué es el trato justo y equitativo?, ¿cuál es su alcance?

El trato justo y equitativo es considerado hoy un principio que integra de manera esencial el Derecho Internacional de las Inversiones y que es de aplicación vinculante para los Estados receptores de esas inversiones. Hay que destacar que no se incluye en los instrumentos internacionales una definición de este principio y tampoco se delimita su contenido. Esta indefinición no es accidental, sino que se trata más bien de una decisión

deliberada, pues lo que se busca es que los tribunales arbitrales, en el contexto de una controversia, serán los órganos que den el contenido mínimo, con mayor flexibilidad y con mayor atención a realidades no previstas.

8. ¿Qué es el CIADI?

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es una institución del Banco Mundial, creada por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Dicha institución fue especialmente diseñada por los directores ejecutivos del Banco Mundial para propiciar la solución de disputas entre inversores y Estados receptores de inversiones, procurando de ese modo la promoción y protección jurídica de los flujos de inversión internacionales.

9. ¿Cuáles son los criterios para definir la jurisdicción y competencia del CIADI?

La jurisdicción del CIADI alcanza a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante. En estos casos, las partes deben haber consentido por escrito someterse al Centro; dicho consentimiento de las partes no puede ser unilateralmente retirado. Para determinar la jurisdicción del CIADI tenemos que determinar si se cumplen o no los requisitos *rationae materiae* (límites materiales de la jurisdicción), *rationae personae* (características que deben tener las partes) y *rationae temporis* (ámbito temporal de aplicación del tratado y cumplimiento de plazos).

10. ¿En qué consiste el Mecanismo Complementario del CIADI?

El Reglamento del Mecanismo Complementario se aprobó con el objeto de autorizar al Secretariado del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI, sea para la comprobación de hechos o cuando se trata de conciliación o arbitraje entre partes que no cumplan con el requisito del CIADI.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ORELLANA, Scarlett Marina. «Una introducción a la cooperación internacional al desarrollo». En: *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* N° 10, diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/reedur/numero10/alvarez.pdf>.

APARICIO, ARP&ASSOCIATES, LLC. International Legal and Political Services, *Guía sobre el arbitraje de inversiones internacionales*. 2013. Disponible en: <http://nebula.wsimg.com/578a766889095b3c52d8bffc64c1dd8f?AccessKeyId=96596F6AC107A2535D6B&disposition=0&alloworigin=1>.

BIGGS, Gonzalo. «Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales». En: *Revista de la CEPAL*, N° 80, 2003. Disponible en: <http://archivo.cepal.org/pdfs/revistaCepal/Sp/080101119.pdf>.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. CEPAL, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, GTZ, Chile, 2010. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3769/S2010545_es.pdf?sequence=1.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y JUSTO, Juan Bautista. *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. CEPAL, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, GTZ, Chile, 2011. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3839/S2010980.pdf;jsessionid=1526A470EF89D1D9039FF39F13AE0132?sequence=1>.

CARBAJAL VALENZUELA, Christian. *Tratamiento del Arbitraje entre Inversionistas Extranjeros y Estados en Tratados de Libre Comercio y Convenios de Inversión: El caso del Perú*. 2011. Disponible en: <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/97.pdf>.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*, CIADI, 2006, Washington. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI). *Información general sobre el centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones*, CIADI, 2015. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Documents/ICSID%20Fact%20Sheet%20-%20SPANISH.pdf>.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI). *Carga de casos del CIADI – Estadísticas* (Edición 2016-1). Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(Spanish\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(Spanish)%20final.pdf).

CHAPARRO MATAMOROR, Pedro. «El arbitraje celebrado ante el CIADI». En: *Revista boliviana de Derecho*, Nº 18, 2014.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y El Caribe 2012*. 2013. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1151/S2013381_es.pdf?sequence=1.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y El Caribe 2013*. 2014. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36805/S1420131_es.pdf?sequence=1.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y El Caribe 2015*, 2015. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38214/S1500535_es.pdf?sequence=4.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (CNUCED o UNCTAD). *Informe sobre las inversiones en el mundo. Panorama General. Invertir en los objetivos de desarrollo sostenible: Plan de acción*. 2014. Disponible en: http://CNUCED.org/es/PublicationsLibrary/wir2014_overview_es.pdf.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (CNUCED o UNCTAD). *Informe sobre las inversiones en el mundo. Panorama General. Reforma de la gobernanza internacional en materia de inversiones*. 2015. Disponible: http://CNUCED.org/es/PublicationsLibrary/wir2015overview_es.pdf.

DE LA CERDA OLIVOS, Cristóbal y GOLDENBERG PEÑAFIEL, Mónica. *Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera. Relación con los Tratados de Libre Comercio y Convenios sobre Protección y Promoción de Inversiones suscritos por Chile. Análisis jurisprudencial*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2007. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112476/de-cerda_c.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

DONAYRE, Luiggi. «Repensando el rol de la IED en el Perú: ¿son relevantes sus vínculos con la economía local?». En: *Revista Economía y Sociedad*, Nº 58, Consorcio de investigación económica y social, CIES, 2005.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. «Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral». En: *Revista peruana de arbitraje*, Nº 4, MS Editores E.I.R.L., Lima, 2007.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. «Arbitraje inversor-Estado: De «bella durmiente» a «león en la jungla»». En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 26, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), 2013. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num26/notas/arbitraje-inversor-estado-bella-durmiente-leon-jungla>.

HIGA, César y SACO, Víctor. «Constitucionalización del derecho internacional de las inversiones: los casos de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo». En: *Revista Derecho PUCP*, N° 71, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

KUNDMÜLLER, Franz. *El Derecho Internacional de las Inversiones y el Arbitraje entre Inversionistas y Estados, una intersección en el camino que conduce al Desarrollo Económico*, 2014. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2618514.

KUNDMÜLLER, Franz y RUBIO, Roger. «El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte». En: *Revista Lima Arbitration*, N° 1, Lima, Perú, 2006. Disponible en: http://www.limaarbitration.net/LAR1/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_guerrero.pdf.

MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio. «Las partes en el arbitraje CIADI». En: *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 15, 2009. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/viewFile/13857/11152>.

OLARTE BÁCARES, Diana Carolina. «El Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: el reencuentro con los Derechos Humanos». En: *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI*, Tomo VI, Derecho Público, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2010.

ORGANISMO MULTILATERAL DE GARANTÍA DE INVERSIONES, GRUPO DEL BANCO MUNDIAL. *Guía sobre la garantía de inversiones del MIGA*, 2015. Disponible en: https://www.miga.org/documents/IGG_spanish_final.pdf.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Estudio multidimensional del Perú (Volumen 1. Evaluación inicial). 2015. Disponible en: http://www.oecd.org/dev/MDCR%20PERU%20Principales%20messages_FINAL.pdf.

PÉREZ PACHECO, Yaritza. «Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI». En: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Revista de la Universidad Carlos III, Vol. 4, N° 1, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ JIMENEZ, Sonia. «El arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Latinoamérica: Nuevas tendencias: México, Argentina, Ecuador y Bolivia». En: *Contratación y arbitraje internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

SÁNCHEZ BRAVO, Guillermo. «El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITs». En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú». En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006.

STANLEY, Leonardo. *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente*, CEPAL Serie Desarrollo Productivo, Santiago de Chile, 2004. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4550/S0408641_es.pdf;jsessionid=D40D54009D155B3E56C14E84E6EDF15F?sequence=1

STIGLITZ, Joseph E. *La crisis económica global: temas para la agenda del G-20*, Fundación Ideas, Madrid, 2010.

SUAREZ ANZORENA, Ignacio. «Introducción a los requisitos rationae materiae y rationae personae del arbitraje bajo el convenio CIADI». En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006.

TEITELBAUM, Alejandro. *Los tratados internacionales, regionales, subregionales y bilaterales de libre comercio*. Cuaderno crítico N° 7, Asunto: Business y derechos humanos. Una colección del Programa Derechos humanos. Centro Europa - Tercer Mundo, Ginebra, 2010. Disponible en: <http://www.cetim.ch/legacy/es/documents/cuaderno-7.pdf>.

TASSANO VELAOCHAGA, Hebert. «Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos». En: *Revista de Derecho Administrativo*, Círculo de Derecho Administrativo, N° 4, Lima, 2008.