

El Arbitraje CIADI y los Mecanismos Preventivos de Solución de Controversias Inversionista-Estado: el Caso Peruano
ICSID Arbitration and the Preventive Mechanisms for Dispute Settlement Investor-State: The Peruvian Case

Luz Betty Caballero Morales*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i18.1250>

* Diplomática y abogada. Con Licenciaturas en Relaciones Internacionales de la Academia Diplomática del Perú, y en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Diplomados en Comercio Internacional y Administración de Negocios Internacionales en la Universidad de California, Los Ángeles, EEUU (UCLA); y Maestrías en Negociación, Administración y Ejecución de Convenios Comerciales; y Negociación, Mediación y Arbitraje en el comercio internacional, de la Universidad Latinoamericana de Comercio Exterior de Panamá (ULACEX). Ha desempeñado funciones en las Embajadas del Perú en Bolivia, Reino Unido y Panamá; como Cónsul Adscrita del Perú en Los Ángeles, EEUU; Representante Permanente Alterna del Perú ante la Organización Marítima Internacional con sede en Londres, Reino Unido (1997-2000), y ante los Organismos Internacionales con sede en Ginebra, Suiza (2009-2014). En la Cancillería ha trabajado en las Subsecretarías de Asuntos Políticos y Asuntos Económicos, y actualmente como Subdirectora de Evaluación y Perfeccionamiento de los Tratados. Email: lcaballero60@gmail.com

Lex





El Prado. Óleo sobre lienzo (65 cm x 81 cm). Ever Arrascue.

RESUMEN

El presente estudio aspira a presentar en forma general, y desde una perspectiva peruana, algunos alcances y reflexiones sobre el mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado del CIADI, sus antecedentes, la forma como funciona, características del arbitraje, la ejecución del laudo arbitral y sus perspectivas, así como el impulso que vienen tomando algunos mecanismos alternativos de solución de controversias de carácter preventivo, cuyo objetivo principalmente es prevenir y solucionar las controversias en un estadio temprano antes que las mismas lleguen a escalar a un nivel de complejidad y polarización tal que deban ser llevadas a un mecanismo arbitral. Finalmente, se busca presentar como un ejemplo de mecanismo preventivo el Sistema que el Perú ha establecido para responder y gestionar las controversias Inversionista-Estado.

Palabras clave: *arbitraje, controversias, CIADI, Estado, inversiones.*

ABSTRACT

This study aims to present in general terms and from a Peruvian perspective an analysis and reflections on the ICSID mechanism for Investor-State dispute settlement, its origins, how it works, characteristics of arbitration, enforcement of the arbitral award and its prospects, and also the impulse taking by some alternative mechanisms for dispute resolution of preventive nature, aimed at further prevent and resolve disputes at an early stage before they escalate to a level of complexity and polarization such that must be taken to an Arbitration mechanism. Finally, it seeks to present as an example of a preventive mechanism the System that Peru has set up to respond and manage Investor-State disputes.

Key words: *arbitration, controversy, CIADI, State, investment.*

I. INTRODUCCIÓN

La captación de inversiones extranjeras reviste gran importancia tanto para los países desarrollados como para los países en desarrollo, al considerárseles elementos promotores de la competitividad y del desarrollo, generadores de empleo para la población local, de nuevas tecnologías y del incremento de la recaudación fiscal, razones por las que, en general, los Estados, aunque con diferentes resultados, vienen desarrollando marcos regulatorios con políticas tendentes a atraer dichas inversiones.

Al inversionista extranjero, por su parte, si bien podría interesarle el desarrollo del país receptor, su principal motivación es maximizar sus ganancias, reducir sus riesgos y contar con seguridad jurídica y protección para su inversión. En ese sentido, al ser diferentes los intereses que animan al inversionista y al Estado receptor de la inversión, su relación no ha estado exenta de conflictos, los que en el pasado se resolvían según las leyes y los tribunales del Estado receptor. A fin de superar esta situación considerada desventajosa y de desigualdad por los inversionistas extranjeros, estos a menudo recurrían a la intervención diplomática de sus Estados sedes, con el riesgo de que con ello eventualmente perdían todo control de la disputa misma, al resolverse esta según los intereses del Estado sede y no según los del inversionista.

En ese sentido, la región latinoamericana se ha visto constantemente afectada por el intervencionismo de potencias extrarregionales, las que, en casos de controversias que afectaran las inversiones de sus nacionales y empresas, procedían a ejercer protección diplomática en su favor, llegando inclusive a intervenciones militares en represalia, lo que dio como respuesta la implementación constitucional y legislativa en los países de la región de lo que se vino a denominar “la Doctrina Calvo”,¹ según la cual los tribunales del Estado receptor debían resolver

¹ Carlos Calvo (1822-1906), jurista argentino, autor de la Doctrina Calvo (1863), defendió la competencia territorial de los Estados como un principio de orden público. Dicha doctrina plantea que el inversionista extranjero debía renunciar a la protección diplomática de su país y asimismo reconocer la competencia exclusiva de las cortes jurisdiccionales del país en donde invirtiera. Esta doctrina reconoce el principio del trato igual a nacionales como extranjeros, que debían ser sometidos sin distinciones a la jurisdicción del Estado receptor.

cualquier conflicto con inversionistas extranjeros en base al principio de la territorialidad. Por su parte, el inversionista extranjero debía renunciar a la protección diplomática de su país de origen y reconocer la competencia exclusiva de las cortes jurisdiccionales del país receptor de la inversión.²

Por otro lado, la resolución de este tipo de conflictos a través de los tribunales judiciales podía resultar poco eficiente por la lentitud con que se realizan estos procesos, aunado a problemas estructurales en los países receptores de la inversión, tales como la debilidad institucional de sus aparatos judiciales, entre otros, por los que su imparcialidad o falta de neutralidad podía parecer cuestionable para el inversionista, escenario que finalmente desalentaba la inversión extranjera.

Esta situación conflictiva acerca de cuál debía ser la instancia competente para resolver una determinada controversia en materia de inversiones, que afectaba las relaciones entre el Estado sede del inversionista y el Estado receptor de la inversión tuvo un impacto negativo en el flujo de inversiones foráneas en Latinoamérica, aunque también es necesario reconocer la incidencia en este proceso de las políticas de intervención estatal en la economía que se dieron en la región en las décadas del 60 al 80.

Dentro de este contexto se suscribió en la ciudad de Washington D. C., Estados Unidos, el 18 de marzo de 1965, “el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” (Convenio del CIADI), el cual creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones” (el CIADI o el Centro), con el objetivo de facilitar la solución de las controversias en materia de inversiones a través de la conciliación y el arbitraje. Dicho instrumento fue iniciativa del Banco Mundial con el fin de proteger la inversión extranjera y promover de esta manera los flujos de inversiones, considerados críticos para el desarrollo económico de los países.

A través de este Convenio se excluye el principio de territorialidad de la Doctrina Calvo y se evita recurrir a la jurisdicción del Estado receptor de la inversión, con lo cual se busca eliminar el potencial conflicto de intereses que se produce cuando el Estado, según es percibido por los inversionistas, resulta ser a la vez juez y parte en una controversia económica con los particulares.

El Convenio del CIADI, conocido también como “el Convenio de Washington”, en vigor desde el 14 de octubre de 1966, se ha convertido en una de las piedras angulares en las políticas de protección y promoción de inversiones extranjeras adoptadas por los países en las últimas décadas. Otro mecanismo complementario es el Acuerdo Multilateral de Garantía de

² Carlos Calvo, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América* (París: Amyot Librairie Diplomatique y Durant et Pedone-Lauriel Libraires-Éditeurs, 1968).

las Inversiones (MIGA por sus siglas en inglés), creado en 1985 con el objeto de cubrir los riesgos no comerciales de inversionistas en los países en desarrollo.

Con el nuevo orden económico internacional y el proceso de globalización económica en curso, en las últimas décadas los Estados han venido participando activamente en la economía y también como operadores del comercio internacional, siendo sus relaciones reguladas por una nueva disciplina conocida como Derecho Económico Internacional. Es así como el Convenio de Washington se enmarca dentro de dicha disciplina al regular las relaciones entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero, a diferencia de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975 y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de New York), que están más en el ámbito del derecho comercial internacional.

El gran mérito del Convenio de Washington, que vamos a tratar en el presente estudio, radica en el hecho de haber establecido un sistema alternativo de solución de conflictos para regular la relación entre el inversionista extranjero y el Estado receptor, en un tema crucial como es el tratamiento a la inversión extranjera, brindando un foro neutral y de carácter voluntario, en el cual si bien el Estado renuncia a su inmunidad de jurisdicción, ello no implica una rendición de su soberanía a favor de la jurisdicción de otros Estados. Por su parte, el inversionista renuncia también a obtener la protección diplomática de su país sede.

El presente estudio aspira a presentar en forma general y desde una perspectiva peruana, algunos alcances y reflexiones sobre el mecanismo de solución de controversias, inversionista-Estado del CIADI, sus antecedentes, la forma como funciona, características del arbitraje, la ejecución del laudo arbitral, y sus perspectivas, así como el impulso que vienen tomando algunos mecanismos alternativos de solución de controversias de carácter preventivo, cuyo objetivo es más prevenir y solucionar las controversias en un estadio temprano antes que las mismas lleguen a escalar a un nivel de complejidad y polarización tal que deban ser llevados a un mecanismo arbitral. Finalmente, se busca presentar como un ejemplo de mecanismo preventivo el sistema que el Perú ha establecido para responder y gestionar a las controversias Inversionista-Estado.

Dada mi participación en los equipos del Ministerio de Relaciones Exteriores que se encargaron de los primeros procesos arbitrales ante el CIADI que tuvo el Perú, y de coadyuvar al diseño del sistema para la gestión de este tipo de controversias, el presente artículo es una contribución académica de carácter personal y no representa el punto de vista oficial del Gobierno ni la posición del citado Ministerio.

II. HISTORIA DEL ARBITRAJE RELATIVO A CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIONES Y LOS RETOS PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Los mecanismos de solución de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros como el CIADI han evolucionado bastante y son muy diferentes de los que se solían usar en siglos pasados, por lo que en principio abordaremos sus orígenes.

Durante una buena parte del siglo XIX, los conflictos derivados de inversiones suponían la intervención directa del Estado sede del inversionista, respaldando a sus nacionales, sean estas personas naturales o jurídicas, lo que, como ya hemos visto, en el marco del derecho internacional público se conoce como “la protección diplomática”. En algunos casos, esta protección basada en la llamada “estrategia del cañón”, llevaba a presiones, sanciones, bloqueos, e incluso el uso de la fuerza militar ejercida por los Estados más fuertes para proteger los derechos de sus nacionales contra aquellos Estados receptores de la inversión que hubieren adoptado medidas consideradas lesivas por parte de tales inversionistas. No era extraño entonces que una controversia entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión pudiera traer como consecuencia una guerra o impactar negativamente las relaciones entre los Estados involucrados o generar inclusive represalias contra los Estados más débiles.

Con el tiempo se trató de resolver este tipo de situaciones que llegaban a generar conflictos entre naciones, mediante los llamados “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación”, en los cuales se acordaban recursos o medidas jurisdiccionales de solución de controversias. Estos medios, por regla general, derivaban en llevar el conflicto ante la Corte Internacional de Justicia y en un contexto de arbitraje entre Estados. Pero aquí la regla continuaba siendo que se trasladaba la controversia del inversionista al Estado del cual era nacional, de manera que este Estado hacía suyo el reclamo del inversionista frente al Estado receptor de la inversión, por lo tanto, una controversia que podría implicar un interés particular y privado que afectaba a un inversionista extranjero se convertía en una controversia entre Estados, magnificando así sus implicancias políticas y económicas.

A fin de despolitizar tales controversias, se comenzó a buscar un foro neutral que las resolviera en base a normas preestablecidas, y fue así como se llevaron las causas a tribunales nacionales de los Estados receptores de la inversión, tendencia muy notoria en la región latinoamericana bajo el impulso de la “Doctrina Calvo”. No obstante, ello no eliminaba por completo las sospechas y desconfianza de los inversores y de los Estados sede con respecto a la falta de neutralidad e imparcialidad de tales tribunales que tendían a favorecer a los Estados receptores de la inversión.

Después de la Segunda Guerra Mundial, y dadas estas preocupaciones, se buscó mecanismos que brinden protección efectiva a las inversiones, los que se basaron en cuatro

pilares: trato justo y equitativo (norma mínima de trato), la libertad de transferencia de capitales y activos, protección contra expropiación ilícita y la posibilidad de llevar una controversia contra un Estado receptor ante un tribunal arbitral cuando este haya incumplido un compromiso internacional. Estos cuatro pilares están incluidos en la mayoría de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) contemporáneos, y la aplicación del cuarto pilar se garantizaba mediante varios instrumentos multilaterales, siendo el más importante el Convenio del CIADI.

Este nuevo modelo resultó un importante avance porque permitió evitar la fricción diplomática e intervención política del anterior, así como las sospechas de falta de neutralidad sobre los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión. En este tipo de acuerdos bilaterales se incluyeron cláusulas de sometimiento al arbitraje de entidades especializadas pero independientes, como el CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), entre otras. Tales acuerdos tenían como fin la protección y promoción recíproca de las inversiones de las partes contratantes.

A fin de captar inversiones extranjeras y dar mayor predictibilidad a los inversionistas, la mayoría de los Estados optaron por incorporar estos mecanismos de arbitraje internacional, al punto que más de 3500 Tratados³ Bilaterales de Inversión (TBI) y Acuerdos de Libre Comercio (ALC) con disciplinas sustantivas de inversión prevén mecanismos de arbitraje internacional con arreglo a las normas del CIADI o el CNUDMI.

Luego de la fuerte caída de los flujos de inversión el 2008, durante la crisis financiera global, estos se han ido recuperando a los niveles previos, registrándose el 2015 un incremento de la Inversión Extranjera Directa (IED) del orden del 40%, dando un total de US\$1,76 billones según la UNCTAD,⁴ con una mayor concentración en los países desarrollados cuyos niveles alcanzaron el 55% en dicho año. Europa, Japón y China pasaron a ser los mayores inversionistas. La IED en el sector primario, por el contrario, se vio fuertemente afectada por la caída de precios de los productos básicos, que se tradujo no solo en reducciones en los gastos de capital previstos, sino también en una fuerte caída en las utilidades reinvertidas. La reducción de la IED en el sector extractivo ha tenido un especial impacto en los flujos de IED hacia las economías en desarrollo de África y América Latina y el Caribe.

Desde 1987 en adelante se aprecia que paralelamente al incremento del número de acuerdos sobre inversiones, y de las corrientes de inversión a nivel global, se ha dado un

³ MEF/SICRECI, “Guía de compromisos en los acuerdos internacionales de inversión y prevención de controversias internacionales de inversión”, <https://apps4.mineco.gob.pe/sicreciweb/>

⁴ UNCTAD, “Informe sobre las inversiones en el mundo 2016”, acceso el 23 de setiembre de 2016, <http://unctad.org/es/Paginas/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=304>

aumento exponencial de controversias entre los Estados y los inversionistas, de manera que a finales del 2010, la cifra acumulada de casos basados en tratados ascendió a 390 según el registro de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y la Inversión (UNCTAD), la cual precisa que el número de casos podría ser mayor dado que no todos se dan a publicidad. Según la UNCTAD, la mayoría de estos casos fue sometida al CIADI o CNUDMI, comprometiendo a 83 Estados: 51 países en desarrollo, 17 países desarrollados y 15 economías en transición, siendo que el 90% de los casos fueron presentados a partir del 2000.⁵ Del 2010 al 30 de junio de 2016, hubo un incremento de casos de 390 a 570.⁶

Este incremento de las controversias ha generado dificultades y desafíos a los Estados receptores de la inversión, y en particular a los países en desarrollo, tanto por las elevadas sumas demandadas por los inversionistas que ascienden a cientos de millones de dólares⁷ como por los costos que implican los procesos arbitrales y su propia defensa, la complejidad de gestionar los procesos de arbitraje mismos y de una red muy amplia de acuerdos de inversión y el impacto que tienen en sus políticas nacionales de inversión y en las relaciones a largo plazo con los inversionistas involucrados en estos procesos.

El mecanismo del CIADI, que analizaremos más adelante, es el más usado para resolver controversias entre los inversionistas y los Estados receptores de la inversión, el cual establece un sistema integral y autosuficiente de conciliación y arbitraje para disputas entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de la inversión.

El crecimiento sostenido de la economía peruana en los últimos años, la ubicación estratégica del Perú en el Pacífico sudamericano, la vigencia de un marco legal estable y confiable, las posibilidades que ofrece la diversidad de sus recursos naturales, la creciente participación del Perú en los mercados globales, la estabilidad política y macroeconómica que ha venido experimentando, así como la suscripción de numerosos AII han servido de base para que nuestro país se consolide en América Latina como uno de los principales focos de atracción de importantes flujos de inversión extranjera. En este contexto, la temática relativa a las controversias Inversionista-Estado y los mecanismos de resolución cobran una importancia fundamental, lo cual tiene su correlato en el creciente monto de las inversiones extranjeras que se han establecido en nuestro país.

⁵ UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development: How to Prevent and Manage Investors - State Disputes - Lessons from Peru* (United Nations, New York and Geneva, 2011), 16.

⁶ Portal del Stockholm Chamber of Commerce, "ICSID Statistics: Increase Diversity of Arbitrators", acceso el 22 de setiembre de 2016, <http://isdsblog.com/category/icsid/>

⁷ En el laudo emitido en el caso *Ceskoslovenska obchodní banka, a.s. v. Slovak*, ICSID Case No. ARB/97/4, en la demanda presentada ante el CIADI en 2004 por un banco checo contra la República Eslovaca, el tribunal ordenó el pago de US\$ 877 millones en favor del demandante. Asimismo, se registra el laudo que ordenó el pago de US\$ 1 770 millones, la más alta indemnización registrada en la historia del CIADI contra Ecuador y a favor de Occidental Petroleum Corporation.

III. EL SISTEMA CIADI, SUS BENEFICIOS Y LIMITACIONES

3.1. ¿Qué es el CIADI?

Es importante tener en cuenta que el CIADI en sí no arbitra ni concilia estas disputas, sino que establece las reglas a seguir por las comisiones de conciliación o los tribunales de arbitraje constituidos de manera ad-hoc por las partes para cada procedimiento. Otro aspecto a destacar es que, desde el punto de vista del derecho sustantivo, las disposiciones aplicables son las pactadas por los Estados y los tratados bilaterales correspondientes. Por lo tanto, no existen normas prefijadas que sean invariables en el marco del CIADI mismo, dado que sus funciones son básicamente las de una secretaría de apoyo a las tareas de los tribunales de arbitraje o de conciliación que en los últimos cuarenta años se han convertido en el principal centro a nivel mundial para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados.

Dada la alta incidencia del uso del mecanismo arbitral más que el de conciliación,⁸ este trabajo se enfocará en el proceso arbitral ante el CIADI.

El Centro tiene un consejo administrativo y un secretariado y funciona en la sede de las oficinas del Banco Mundial en la ciudad de Washington D. C., EE.UU. Su Consejo Administrativo está integrado por un representante de cada Estado contratante y lo dirige el presidente del Banco Mundial. Los procedimientos de arbitraje del Centro se realizan también en Washington, aunque por decisión de las partes pueden realizarse en otro lugar.

El CIADI es una organización internacional independiente, aunque tiene vínculos muy estrechos con el Banco Mundial y es una de las cinco organizaciones que integran el Grupo del Banco Mundial. Así, todos los miembros del Centro lo son también del Banco Mundial y sus gastos son financiados con el presupuesto del Banco, aunque los costos de los procedimientos individuales son asumidos por las partes involucradas.

El secretario general es el representante legal y principal funcionario del Centro y responsable de su administración y actividades. El Centro cuenta con una lista de conciliadores y otra de árbitros, integradas por personas calificadas de diversas nacionalidades, propuestas por los Estados miembros y por el presidente del Consejo, quien debe promover que en dichas listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y las ramas más importantes de la actividad económica.

El arbitraje bajo las reglas del CIADI se ha convertido en uno de los principales mecanismos para la solución de controversias en materia de inversiones en la región, al amparo de importantes tratados multilaterales de comercio e inversiones como son el Tratado de

⁸ Según la Secretaría del CIADI, los casos en conciliación llegan apenas al 1,4% del total.

Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN), así como tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones, legislación sobre inversiones del Estado receptor y contratos de inversión entre el inversionista y el Estado receptor.⁹

El mecanismo de arbitraje según las reglas del CIADI tiene una naturaleza mixta, con elementos de derecho internacional público como de derecho internacional privado, ya que por un lado requiere que los Estados ratifiquen la Convención y la incorporen a su propia legislación interna, y por el otro, al derivarse la solución de este tipo de conflictos a una justicia desnacionalizada y autárquica. Con ello, el Estado receptor debe renunciar a su propia jurisdicción, y el inversionista extranjero a cualquier reclamación diplomática en virtud de este foro excepcional que pretende establecer las garantías de igualdad entre este y el Estado receptor.

Este mecanismo arbitral ha cobrado mayor importancia en las últimas décadas y vigencia universal al haber suscrito el Convenio del CIADI 161 Estados, siendo ratificado por 153 Estados miembros.¹⁰

En Latinoamérica se dio un lento proceso de ratificación del Convenio por la influencia ejercida por la Doctrina Calvo, como ya se ha explicado.

Más recientemente algunos países de la región, al verse enfrentados a una gran cantidad de demandas de arbitraje y laudos desfavorables,¹¹ han cuestionado la legitimidad del sistema CIADI, habiendo denunciado el Convenio. Tales han sido los casos de Bolivia, Ecuador y Venezuela,¹² los que vienen promoviendo en el marco de UNASUR la creación de un mecanismo alternativo al CIADI para solucionar sus controversias con inversionistas extranjeros.¹³

⁹ Portal del CIADI, "About ICSID", acceso el 17 de septiembre de 2016, <http://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx>

¹⁰ Portal del CIADI, ICSID/3, "List of Contracting States and other Signatories of the Convention" (as of April 12, 2016), acceso el 17 de septiembre de 2016, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>

¹¹ UNCTAD, *Controversias entre inversores y Estados basadas en tratados internacionales: examen general* (Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2005), 9. "Consecuencias financieras de los procedimientos de solución de controversias entre inversores y Estados": Indemnización de 71 millones de dólares más intereses impuesta al Ecuador en el caso Occidental (laudo de 1º de julio de 2004), e indemnización de 133,2 millones de dólares más intereses impuesta a la Argentina en el caso CMS Gas Transmission Company (Laudo de 15 de mayo de 2005). Ver asimismo nota 7 *ut supra*.

¹² Para Bolivia, la denuncia se hizo efectiva el 3 de noviembre de 2007, para Ecuador el 7 de enero de 2010 y para Venezuela, el 25 julio de 2012 respectivamente, según los registros del CIADI: ICSID/3: "List of Contracting States and other Signatories of the Convention" (as of April 12, 2016), acceso el 17 de septiembre de 2016, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>

¹³ Portal NODAL, "Noticias de América Latina y el Caribe: UNASUR discute la creación de un tribunal para solución de controversias sobre inversiones", acceso el 15 de septiembre de 2016, <http://www.nodal.am/2016/01/expertos-de-unasur-ultiman-detalles-para-creacion-de-tribunal-o-comision-para-solucion-de-controversias-sobre-inversiones/>

3.2. Requisitos para la jurisdicción del CIADI

El Convenio de Washington ha establecido taxativamente los siguientes requisitos para que el CIADI pueda tener jurisdicción sobre una determinada disputa que surja entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista:

i) La disputa debe ser de naturaleza jurídica (Art. 25º numeral 1).¹⁴ En ese sentido, no están comprendidas las disputas de naturaleza técnica, aunque puedan estar relacionadas con la inversión, ni tampoco las disputas comerciales y políticas.

Al respecto, es importante mencionar al experto Georges Delaume, quien señala que podrán arbitrarse ante el CIADI disputas referidas a incumplimiento contractual, inclusive alegaciones sobre casos fortuitos o de fuerza mayor, la violación de cláusulas de estabilidad, la interpretación de los contratos y de la ley aplicable y la terminación de los contratos, incluyendo la expropiación o nacionalización y el tema de la compensación.¹⁵

ii) La disputa debe surgir directamente de la inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de ese Estado) y el nacional de otro Estado contratante. Por ende, tanto el Estado receptor de la inversión como el Estado sede deben ser partes del Convenio.¹⁶ Adicionalmente, el inversionista involucrado en la disputa debe ser un nacional de un Estado distinto del Estado receptor.

El Convenio contiene algunas importantes precisiones de quién puede ser considerado como “nacional” de otro Estado contratante, tales como: (a) cualquier persona natural que al momento de otorgar el consentimiento a someter la disputa a arbitraje haya tenido la nacionalidad de un Estado contratante del Convenio diferente del Estado que es parte de la disputa. No están comprendidas las personas naturales con doble nacionalidad, en las que esté incluida la nacionalidad del Estado parte de la diferencia; (b) cualquier persona jurídica que para el momento del otorgamiento del consentimiento a someter la disputa a arbitraje haya tenido la nacionalidad de un Estado contratante del Convenio diferente del Estado que es parte de la disputa; y (c) cualquier persona jurídica que para el momento del otorgamiento del consentimiento a someter la disputa a arbitraje haya tenido la nacionalidad del Estado parte de la disputa, pero que, a consecuencia del control extranjero, las partes hayan acordado tratarla como un nacional de otro Estado contratante (art. 25º numeral 2 acápite b).

¹⁴ Art. 25 (1) del Convenio CIADI: “La jurisdicción del Centro 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.”

¹⁵ Georges R. Delaume, “ICSID Arbitration and the Courts”, *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983): 567.

¹⁶ Desde 1978 entraron en vigor las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, que permiten someter a la jurisdicción del Centro disputas en las que no son partes del CIADI el Estado receptor o el Estado del inversionista.

iii) La disputa debe ser entre inversionistas y Estados. No procedería la jurisdicción del CIADI si la disputa fuere entre solo inversionistas privados o, en su defecto, solo Estados.

Sobre este criterio, es interesante citar el caso CSOB¹⁷ (Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. (CSOB) c. la República Eslovaca, N° ARB/97/4), en el cual el tribunal arbitral en el laudo emitido, analizó el tema de la jurisdicción en el contexto de una disputa sometida a su consideración por una compañía de propiedad del Estado. La República Eslovaca alegó que CSOB actuaba como agente de la República Checa y que la demanda debía ser rechazada por cuanto se trataba de una disputa entre Estados soberanos sobre la cual el CIADI no podía tener jurisdicción.

El tribunal, citando doctrina en la materia,¹⁸ determinó que *per se* las compañías de economía mixta o las corporaciones de propiedad del Gobierno no están descalificadas como nacionales de otro Estado contratante, a menos que estén actuando como agentes de sus Gobiernos o estén desarrollando funciones gubernamentales. El Tribunal también señaló que una corporación de propiedad del Estado no está realizando funciones estatales cuando toma ventajas de la economía de libre mercado o de las políticas de privatización y se reestructura para hacerse más competitiva, ni cuando toma medidas para lograr esos objetivos. En consecuencia, se consideró que la empresa CSOB no era agente de la República Checa y por ende, no podía ser descalificada para iniciar un procedimiento ante el CIADI.

iv) Consentimiento escrito de las dos partes en conflicto de someterse a la jurisdicción del CIADI. El consentimiento es la piedra angular de la jurisdicción del Centro, que se establece como un mecanismo voluntario.¹⁹ El principio universal de que el arbitraje como vía jurisdiccional autárquica y excepcional no se presume está consagrado en el Convenio que establece que es necesaria la formalidad del consentimiento escrito de las partes. No obstante, el Convenio no establece un mecanismo específico para tal consentimiento, por lo que puede darse por medio de un tratado, un contrato o una ley local.

Dado un caso en particular, podría considerarse que el consentimiento del Estado contratante se habría dado a través de un Tratado Bilateral de Inversiones específico en la medida que el mismo remita las controversias entre el Estado contratante y el inversionista del otro Estado contratante al arbitraje del CIADI. Sin embargo, ello no se traduciría automáticamente en la jurisdicción del CIADI, sino que haría falta el consentimiento del inversionista. Se considera que al registrar el inversionista su demanda en el Centro, las dos partes han consentido en someter la disputa al arbitraje ante el CIADI.

¹⁷ Portal del CIADI, "Laudo CIADI del 24 de mayo de 1999", <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>

¹⁸ El Tribunal citó a A. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* (135 Hague Rec. d. Cours 331, 1972), 354-355.

¹⁹ Reporte de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo sobre la Convención, 18 de marzo de 1965.

Sobre este punto, es interesante citar el caso Tradex²⁰ (Tradex Hellas, S. A. C. República de Albania, N° ARB/94/2) en el cual el Tribunal señaló que el consentimiento podía ser dado unilateralmente por un Estado contratante en sus leyes nacionales, precisando que no obstante ello, el consentimiento se haría efectivo siempre y cuando el inversionista registre su demanda con el CIADI.

Por otro lado, el Convenio reconoce la posibilidad para un Estado contratante de limitar la jurisdicción del CIADI para cierto tipo de controversias específicamente señaladas en el respectivo instrumento de aprobación o de ratificación. En ese sentido, el artículo 25 numeral 4 señala: “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”. Según los registros del CIADI, algunos Estados notificaron al Centro las clases de diferencias que excluían de su jurisdicción.²¹ El Perú no ha efectuado ninguna notificación en ese sentido.

Asimismo, dispone en su Art. 26° que se entenderá el consentimiento de las partes al arbitraje conforme al procedimiento CIADI como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso, salvo pacto en contrario de las partes.

Por otro lado, y como una fórmula transaccional que permitiría al Estado receptor de la inversión ampliar sus facultades jurisdiccionales, el Convenio admite la posibilidad de que un Estado contratante pueda exigir el agotamiento previo de sus recursos internos en el ámbito administrativo o judicial, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a las reglas del CIADI (Art. 26° bis).

Al respecto, el caso Maffezini²² (Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España, N° ARB/97/7) resulta ilustrativo al indicar el Tribunal que de acuerdo al artículo 26° del Convenio, un Estado contratante puede condicionar su consentimiento al arbitraje ante el CIADI, al agotamiento previo de los recursos locales. De no haber tal condicionamiento, este no será aplicable y las disputas se podrán someter a arbitraje ante CIADI sin tener que

²⁰ Portal del CIADI, “Laudo CIADI del 24 de diciembre de 1996”, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>

²¹ La República de Ecuador, con comunicación de fecha 4 de diciembre de 2007 notificó al CIADI que en virtud del art. 25(4) del Convenio “no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro (...) las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros”.

La República Popular China el 7 de enero de 1993 efectuó una notificación al CIADI señalando: “[P]ursuant to Article 25(4) of the Convention, the Chinese Government would only consider submitting to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, disputes over compensation resulting from expropriation and nationalization”.

²² Portal del CIADI, “Laudo CIADI del 25 de enero del 2000”, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>

agotar previamente los recursos locales. El tribunal también mencionó que si el requisito de agotamiento de los recursos locales había sido incluido como condición para la jurisdicción del CIADI, su ausencia no evitaba fatalmente la presentación de la disputa ante CIADI, ya que dicha condición solo había creado un paso adicional que debía ser completado antes de poder presentar la disputa al Centro.

En base a este dispositivo del Convenio, países como Argentina han aprobado legislación interna por la cual la controversia debe primero llevarse a sus tribunales nacionales y pasados 18 meses de iniciado el procedimiento, puede ser llevada al arbitraje internacional, sea a través del CIADI o de tribunales arbitrales *ad hoc* establecidos según las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.²³

3.3. Características del arbitraje

El Convenio establece los procedimientos a seguir en las modalidades de conciliación y arbitraje. Estas reglas de procedimiento son neutras, anacionales y supranacionales.²⁴ Son neutras, porque no pertenecen a ningún sistema jurídico; anacionales, porque no responden a una fuente económica interna, sino a una fuente de carácter consuetudinario y transnacional; y supranacionales, porque no están subordinadas a la soberanía nacional y económica de un Estado.

Según las reglas de procedimiento contenidas en el Convenio, desde el artículo 36º y siguiente, se detalla el inicio del proceso de arbitraje con la solicitud presentada al secretario general del CIADI por parte del Estado contratante o del nacional de un Estado contratante. Dicha solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de estas al arbitraje.

El secretario general del Centro registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en la solicitud, encuentre que la diferencia se halla fuera de su jurisdicción, en cuyo caso procederá a notificar a las partes el acto de registro o de denegación.

Registrada la solicitud, se constituye el tribunal arbitral, al cual el Convenio reconoce como una de sus principales facultades la de resolver sobre alegaciones relativas a su propia competencia sea como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión, según el Art. 41º. En ese sentido, el Convenio reconoce el principio de la *competencia sobre la competencia*, que establece la validez y la vigencia de la cláusula compromisoria de arbitraje pactada entre las partes.

²³ Mónica Sofía Rodríguez, "El arbitraje y las inversiones extranjeras", *Noticias Jurídicas* (Julio 2001): 3.

²⁴ Gilberto Boutin I., *Del arbitraje comercial: Decreto Ley 5 de 1999: legislación, tratados, jurisprudencia y comentarios* (Editorial Mizrachi & Pujol, S. A. 2001), 205.

El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes, o a falta de acuerdo, con 3 árbitros designados, uno por cada parte, y el presidente, de común acuerdo. El tribunal así conformado aplicará las normas de derecho acordadas por las partes para resolver la diferencia. Supletoriamente aplicará la legislación del Estado parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional aplicables. (Art. 42º numeral 1). De pactarlo las partes, el Tribunal podrá decidir la diferencia *ex aequo et bono* (Art. 42º numeral 3).

Con este dispositivo, el Convenio reconoce la facultad de las partes de determinar el derecho aplicable para resolver el fondo del litigio, y en forma supletoria dispone que los árbitros pueden aplicar la ley designada por las reglas de conflicto que juzguen apropiadas para el caso. Para ello, deben tomar en cuenta lo pactado en los contratos, y la legislación del Estado parte en el arbitraje, incluyendo sus normas de derecho internacional público y derecho internacional privado, los principios generales y su legislación comercial. Asimismo, el Tribunal puede emitir un fallo en equidad o de jure, según lo acordado por las partes.

El procedimiento de arbitraje se realizará según el Convenio, salvo acuerdo en contrario de las partes, y de conformidad con las reglas de arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Reconoce también el Convenio la facultad del Tribunal de resolver cualquier cuestión de procedimiento no prevista (Art. 44).

En ese sentido, la *Lex Procesali* se rige de acuerdo al procedimiento del CIADI, lo que hace la instancia arbitral del Centro única en su género, ya que como veremos todo el proceso arbitral hasta la etapa de ejecución del laudo se encuentra libre de la interferencia de las legislaciones arbitrales de cualquier Estado. En consecuencia, cuando el arbitraje se realiza bajo los auspicios del CIADI, solo serán de aplicación las normas arbitrales del CIADI con prescindencia absoluta de la legislación arbitral del lugar donde se lleve a cabo el proceso.²⁵

En su artículo 62º, la Convención ha establecido que el lugar del procedimiento para casos de conciliación y arbitraje es la sede del Centro, salvo acuerdo distinto de las partes.

Las decisiones del Tribunal se adoptarán por mayoría de votos de todos sus miembros. Además, el laudo debe dictarse por escrito, contener declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y ser motivado (Art. 48º). Esta norma refleja un principio de la *Lex Procesali* y su carácter convencional autárquico y desnacionalizado.²⁶

²⁵ Albert Jan Van Den Berg, "Some recent problems in the practice of enforcement under the New York and ICSID Conventions", *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 2, N° 2 (1987): 3-4. "Arbitration under this Convention is administered by the ICSID, solely on the basis of the provisions of the Convention and the Rules and Regulations issued thereunder, excluding the application of any national arbitration law. In an ICSID arbitration, the place of arbitration is, therefore, legally irrelevant since it does not trigger the application of the national law on arbitration of that place".

²⁶ Gilberto Boutin I., *Del arbitraje comercial. Decreto Ley 5 de 1999: legislación, tratados, jurisprudencia y comentarios...*, 207.

Por otro lado, las reglas de la confidencialidad impiden que el Centro publique el laudo, salvo que medie el consentimiento de las partes.

3.4. Recursos contra un laudo del CIADI

Emitido el laudo, contra él se puede presentar los siguientes recursos:

- 1) Rectificación. La Convención señala que dentro del plazo de 45 días después de la fecha del laudo, y a requerimiento de una de las partes, el Tribunal tiene la facultad de decidir cualquier punto que haya omitido resolver en el laudo y rectificar errores materiales, aritméticos o similares. Dicha decisión constituirá parte del laudo y se notificará de la misma manera que este (Art. 49°).
- 2) Aclaración. Cuando surgiera alguna diferencia entre las partes sobre los alcances y el sentido del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración al secretario general, la que, de ser posible, será resuelta por el mismo tribunal que dictó el laudo. En caso contrario, se constituirá uno nuevo según las reglas establecidas para el arbitraje. El Tribunal tiene la facultad de suspender la ejecución del laudo mientras decide sobre la aclaración (Art. 50°).
- 3) Revisión. Procede cuando se descubre algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, siempre que, al tiempo de dictarse el mismo, no hubiera sido conocido por el Tribunal y por la parte que solicita la revisión, y que ello no se deba a su propia negligencia. El plazo para la interposición del recurso es de 90 días desde que se descubrió el hecho, y, en todo caso, dentro de los 3 años siguientes a la fecha de dictarse el laudo (Art. 51°).
- 4) Anulación. El Convenio señala taxativamente las siguientes causales por las cuales se puede solicitar este recurso:
 - i) Que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente (causal extracontractual), o extralimitado en sus facultades, o que hubiera habido corrupción de alguno de sus miembros.
 - ii) Por quebrantamiento grave de norma de procedimiento (violación de la *Lex Processali*).
 - iii) Que el laudo no haya sido fundamentado.

La parte que solicita la anulación del laudo al secretario general deberá presentar su recurso dentro de los 120 días de la fecha del laudo, salvo que se trate de la causal de corrupción de un miembro del Tribunal, en el cual el plazo de 120 días se computará desde el descubrimiento del hecho, pero en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

Para resolver este recurso, se constituye una Comisión *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros, quienes, entre otros requisitos, no deben haber pertenecido al tribunal que dictó el laudo. La Comisión podrá suspender la ejecución del laudo mientras decide sobre la anulación. En caso decidiera anular el laudo, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo tribunal.

De esta manera, y a diferencia de lo que sucede con los laudos privados, los fallos arbitrales que se emitan ante el CIADI no podrán ser revisados por las cortes de los Estados miembros (Art. 52º).

3.5. Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral

El Convenio establece la obligatoriedad del laudo para las partes, el cual no podrá ser objeto de apelación ni de otro recurso, salvo los previstos en el Convenio (Art. 53º).

Asimismo, equipara el laudo arbitral con las sentencias en firme dictadas por los tribunales del Estado contratante, cuando establece que los Estados contratantes deben reconocer el carácter obligatorio de los laudos y hacer ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias por ellos impuestas, al igual que si se tratara de las sentencias firmes dictadas por sus tribunales (Art. 54º).

Señala también que una vez cumplida la formalidad por la parte que solicita su ejecución, de presentar una copia del laudo, certificada por el secretario general, el laudo será ejecutado de acuerdo con las normas sobre ejecución de sentencias en vigor en el Estado contratante en cuyo territorio se pretende dicha ejecución (Art. 54º numeral 3).

En consecuencia, los laudos arbitrales emitidos en el seno del CIADI tienen fuerza ejecutiva en el territorio de los Estados partes del convenio y no están sometidos al proceso de *exequatur* previsto en la legislación interna de los Estados para la ejecución de las sentencias extranjeras, limitándose los requisitos de ejecución a un simple trámite de verificación de autenticidad del laudo. En ese sentido, se establece que todas las causales y control de los vicios que hubiera podido tener el proceso arbitral, de forma o de fondo, sean resueltos de acuerdo a las reglas del Convenio de Washington y no por los tribunales del Estado en donde se ejecutará el laudo.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el Convenio no deroga las leyes vigentes en cualquier Estado contratante relativas a su inmunidad de ejecución que pueden ser invocadas en cualquier momento (Art. 55º). En ese sentido, la ejecución y eficacia del laudo tiene las limitaciones propias de la condición soberana del Estado receptor de la inversión. No obstante ello, y que en algunos casos la ejecución de un laudo del CIADI puede resultar compleja y prolongada, se reconoce la eficiencia de este mecanismo en la medida que los Estados tienden a cumplir los laudos. Ello en vista de las repercusiones que pudiere tener el incumplimiento

de un laudo del CIADI para un Estado que pretende captar inversiones extranjeras, y que, entre otras razones, el Centro se creó en el seno del Banco Mundial, el cual es muchas veces una de las escasas fuentes de financiamiento que tienen los países en desarrollo.

3.6. El CIADI en la actualidad

Según los registros de la Secretaría del CIADI, al 30 de junio de 2016,²⁷ el número de casos se ha incrementado a 570, estando ubicados la mayoría de los Estados demandados en las regiones de Europa Oriental, Asia Central y América del Sur.

Los sectores que registran mayor incidencia de casos CIADI son la industria de servicios, informática y comunicaciones, finanzas, comercio, transporte y turismo, los que constituyen un 20% del total de las demandas.

En cuanto a los resultados, según el CIADI, los Estados están siendo exitosos en la mayoría de casos, puesto que los tribunales han declinado jurisdicción en 26% de casos, rechazaron las demandas en 27%, y acogieron en forma parcial o total las demandas en el 46% de los casos.

3.7. Ventajas y limitaciones del sistema CIADI

El arbitraje internacional se ha considerado durante mucho tiempo la vía óptima para abordar las diferencias entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores de la inversión, y como tal se sigue considerando hasta cierto punto hoy en día, siendo el mecanismo más usado el del CIADI. Ello porque despolitiza las controversias sobre inversiones, asegura la neutralidad y la independencia en su resolución, y a menudo se le ha visto como un procedimiento rápido, económico, flexible y familiar al que recurrir. Además, se considera que ofrece a las partes la posibilidad de ejercer un control sustancial sobre el procedimiento contencioso, y de esta manera, asegura en mayor medida que los laudos arbitrales tengan fuerza ejecutoria, generando una percepción de legitimidad.

Sin embargo, el arbitraje internacional conlleva algunas desventajas y desafíos que pueden reducir los supuestos beneficios de los AII para los países en desarrollo. Tales desventajas provienen fundamentalmente del carácter específico del arbitraje internacional sobre inversiones, donde un Estado soberano es la parte demandada y sus acciones y medidas pueden ser impugnadas. El procedimiento arbitral internacional también difiere del litigio en los tribunales nacionales en que la controversia se rige por el derecho internacional y se basa mayormente en la violación de un tratado internacional, contexto en donde el arbitraje resulta ser la principal opción para los inversionistas. Asimismo, dado que la relación entre este y el Estado conlleva un compromiso a largo plazo en términos normales, cuando una controversia

²⁷ Portal del Stockholm Chamber of Commerce, "ICSID Statistics: Increase Diversity of Arbitrators", acceso el 22 de setiembre de 2016, <http://isdsblog.com/category/icsid/>

se resuelve mediante arbitraje internacional, dando lugar a una importante indemnización por daños y perjuicios, ello conducirá mayormente a la ruptura de la relación. Además, las sumas demandadas en los procesos arbitrales suelen ser muy elevadas, y los procesos arbitrales pueden ser muy prolongados.²⁸

Por ello, es importante tener en cuenta que el arbitraje internacional como el CIADI presenta algunas limitaciones importantes para los Estados receptores, tales como costos muy elevados, plazos de resolución de las demandas muy prolongados,²⁹ inquietudes ante la posibilidad de que se interpongan demandas frívolas o malintencionadas, reservas en general sobre la legitimidad del sistema de arbitraje aplicado a la solución de controversias sobre inversiones ya que afectan a medidas adoptadas por un Estado soberano, y el hecho de que el arbitraje esté por completo centrado en el pago de una indemnización y no en el mantenimiento de una relación de trabajo entre las partes.

Para los inversionistas también resultan aplicables algunas de las limitaciones que enfrentan los Estados, tal es el caso de los elevados costos de gestionar un arbitraje ante el CIADI vis a vis los resultados de los laudos que no son predecibles, la prolongada duración de algunos arbitrajes en CIADI, los que implican una gran inversión de recursos y también el riesgo de afectar una buena relación de largo plazo con el Estado receptor, razones por las que tanto los Estados como los inversionistas han comenzado a considerar el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en particular aquellos de carácter preventivo.

IV. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Para la solución de controversias, además de los mecanismos tradicionales utilizados como el arbitraje y los tribunales de justicia, los Estados pueden recurrir a mecanismos alternativos de solución de diferencias (ADR) tales como la conciliación y la mediación, entre otros, y asimismo a mecanismos preventivos, a fin de evitar que las controversias surjan.

La conciliación es un proceso relativamente formal y estructurado de negociación facilitada. Conlleva la asistencia de un tercero, a saber, el conciliador (o grupo de conciliadores), en una controversia entre el inversionista y el Estado. El principal objetivo del conciliador es alentar a las partes a que arreglen su diferencia de forma amistosa. La conciliación suele llevarse a cabo en el marco de normas y procedimientos formales, y por lo general concluye con un acuerdo por escrito o al menos recomendaciones escritas. Sin embargo, esas declaraciones

²⁸ Según la publicación de la UNCTAD, *Best practices in Investment for Development: How to Prevent and Manage Investors-State Disputes - Lessons from Peru* (United Nations, New York and Geneva, 2011), el caso Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/98/2) al 31 de diciembre de 2010 alcanzó 4 638 días de duración y el caso Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/03/28) duró un total de 2 685 días desde sus inicios hasta su conclusión.

²⁹ Ver nota *ut supra*.

escritas siguen sin ser vinculantes para las partes. El CIADI tiene previsto un mecanismo de conciliación pero que ha tenido muy poco uso. Tal vez la mayor limitación es el carácter no vinculante de tales recomendaciones.

En la mediación, las partes buscarán una solución a su controversia con la ayuda de un tercero que puede presentar fórmulas y propuestas de solución.

Asimismo, las partes pueden buscar una solución a la controversia a través de negociaciones directas mediante el contacto personal inmediato con el fin de intercambiar intereses y propuestas y llegar así a un arreglo negociado.

En el contexto de las controversias entre inversionistas y Estados, la prevención puede conllevar el establecimiento de mecanismos institucionales adecuados para evitar que surjan controversias, así como el incumplimiento de contratos y tratados por parte de organismos públicos. Ello mediante políticas adecuadas de prevención de controversias se puede velar mejor por que el Estado y diversos organismos públicos tengan en cuenta las obligaciones jurídicas contraídas en el marco de acuerdos de inversión cuando promulguen leyes y apliquen medidas normativas. Además, la aplicación de mecanismos de preparación para la solución de controversias permite a los Gobiernos identificar más fácilmente las posibles esferas en las que pueden surgir diferencias con los inversores, y responder a ellas en el lugar y el momento en que surjan.

Los mecanismos de preparación conllevan, por una parte, la delegación de competencias pertinentes entre organismos públicos, por ejemplo, al determinar quién es responsable de la defensa, de formar a los empleados competentes y de cubrir los gastos en el contexto de la controversia en cuestión. Por otra parte, la preparación también requiere una coordinación y comunicación adecuadas entre entidades gubernamentales, por ejemplo, mejores canales de intercambio de información y mayor cooperación institucional. Con esos arreglos institucionales en vigor, los Estados también pueden prevenir las controversias de forma más efectiva, abordando las preocupaciones concretas de los inversores e intentan resolverlas. Los organismos que participan en la prevención de controversias pueden ser aquellos a cargo de la promoción de las inversiones, mediante sus servicios de seguimiento, oficinas de los defensores (*ombudsmen*), y otros organismos públicos con responsabilidades directas para tratar con inversores extranjeros. Surgida una controversia debe abordarse el proceso de gestión y resolución de conflictos y contar con un sistema institucional que cumpla con tal objetivo.³⁰

Las medidas de prevención de controversias son importantes para prevenir conflictos entre inversionistas y Estados y, en caso de que surjan, impedir que lleguen a convertirse en controversias formales sobre inversiones, por ejemplo mediante mecanismos

³⁰ UNCTAD, *Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre políticas internacionales de inversión para el desarrollo (Naciones Unidas, Nueva York, Ginebra 2010), p. 23 y ss.

interinstitucionales de alerta en los Estados o el intercambio de información entre entidades públicas. Las ventajas de esos enfoques alternativos son su flexibilidad, incluida la posibilidad de que el inversionista y el Estado encuentren un terreno para el arreglo amistoso, de manera que ambas partes puedan proseguir con su relación de trabajo. El proceso también es más rápido y menos costoso. Los ADR pueden utilizarse sin perjuicio del derecho de las partes a recurrir a otras formas de solución de controversias. Tales enfoques alternativos pueden mejorar el buen gobierno y otras prácticas de reglamentación de los Estados. No obstante, la utilización de enfoques alternativos también plantea dificultades, principalmente por no ser vinculantes para las partes, y que estas suelen carecer de conocimientos y experiencia suficientes sobre sus aspectos técnicos, o por el hecho de que no se cuente con el marco legal y facultades para llegar a acuerdos negociados.

Entran dentro de la categoría de medidas preventivas el intercambio de información de las entidades públicas para alertar tempranamente de conflictos con inversionistas, campañas de sensibilización para que los sectores conozcan los alcances de los compromisos contenidos en los AII y eviten adoptar medidas inconsistentes, arreglos institucionales para abordar las controversias cuando surjan, dotar a estas entidades de las facultades legales y presupuestarias necesarias para su gestión, entre otros, todo lo cual a largo plazo resulta más económico y eficiente que gestionar la defensa del Estado en arbitrajes que pudieran implicar pagos de elevados montos de indemnización por medidas de las entidades públicas que resulten violatorias de compromisos internacionales asumidos por el Estado en el marco de tratados y otros instrumentos internacionales.

V. EL MARCO LEGAL EN EL PERÚ

El Perú suscribió el Convenio del CIADI el 4 de septiembre de 1991, habiéndolo aprobado mediante Resolución Legislativa No. 26210 del 2 de julio de 1993, y ratificado el 9 de agosto de 1993, con lo cual el Convenio entró en vigor el 8 de septiembre de 1993. Mediante la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, del 5 de enero de 1996, se implementaron sus disposiciones, la cual fue reemplazada por el Decreto Legislativo N° 1071, vigente desde el 1 de setiembre de 2008. La actual Ley, considerada moderna y con estándares internacionales, establece un sistema monista para el arbitraje, ya que sus normas se aplican al arbitraje doméstico y al arbitraje internacional, reservando algunas normas aplicables exclusivamente al arbitraje internacional.

Asimismo, según los registros de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN),³¹ desde 1993 el Perú ha suscrito 38 Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) —incluidos tratados bilaterales de inversión y acuerdos de libre comercio con

³¹ Portal de PROINVERSIÓN, “Integración comercial”, acceso el 18 de setiembre de 2016, <http://www.investinperu.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=0&jer=5728&sec=1>

capítulos sobre inversiones— con sus principales socios comerciales y los más importantes proveedores de inversiones, tales como Canadá, Chile, China, Estados Unidos, Reino Unido y Unión Europea, entre otros, y ha adoptado 769 Convenios de Estabilidad Jurídica con inversionistas y 53 contratos de inversión. Estos acuerdos han servido para mejorar el clima de inversiones en el Perú, pero también constituyen la base jurídica del consentimiento del Estado para someterse a arbitrajes internacionales en casos de controversias relativas a inversiones.

Ello en vista de que estos AII, convenios de estabilidad jurídica y contratos contienen cláusulas con mecanismos internacionales de solución de controversias Inversionista-Estado que remiten, entre otros, al CIADI. A través de los AII, el Perú se ha comprometido a un estándar mínimo de trato no discriminatorio, de manera que el inversionista extranjero reciba el mismo tratamiento que el inversionista nacional, así como al acceso sin restricción a la mayoría de sectores económicos, libre transferencia de capitales, libre competencia, garantía a la propiedad privada, libertad para adquirir acciones a nacionales, para acceder al crédito interno y externo, para remesar regalías, y también se ha comprometido a acceder a mecanismos internacionales de solución de controversias.

La legislación peruana en materia de arbitraje tiene jerarquía constitucional ya que la Constitución Política establece en el Art. 55° y siguientes que los tratados celebrados y en vigor forman parte integrante de su derecho nacional, por lo que no requieren un reconocimiento expreso por parte de la legislación interna. Por otro lado, el Art. 63° de la Constitución señala que “la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”... y que “El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de su relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterse a arbitraje nacional o internacional en la forma que disponga la ley”.

De esta manera, la Constitución actual, que refleja las reformas estructurales que a partir de 1991 se efectuaron en el Perú para atraer la inversión extranjera, posibilita que se pueda pactar la ley y jurisdicción extranjera, y establece que será la ley la que determine cuándo procederá someter a arbitraje nacional o internacional las controversias derivadas de las relaciones contractuales en las que intervenga el Estado. Adicionalmente, la Constitución contiene dispositivos que consagran principios esenciales para garantizar un marco jurídico favorable a la inversión privada, tal es el caso de la igualdad en el trato para la inversión nacional y extranjera.

Bajo este marco constitucional, las principales normas que regulan la inversión privada son:

- El Decreto Legislativo N° 662 con el cual se aprobó “la Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras”, que incluye el Régimen de Estabilidad Jurídica para la Inversión Extranjera,

- El Decreto Legislativo N° 757, que aprueba la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y
- El Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada aprobado por el Decreto Supremo 162-92-EF.

En particular, los Decretos Legislativos No. 662 y 757 establecen la posibilidad de que el Estado peruano celebre con inversionistas, sea nacionales o extranjeros, “Convenios de Estabilidad Jurídica” y que tales convenios sean sometidos a arbitraje. En ese sentido, el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 662 dispone que “El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú”.

De esta manera, la legislación nacional en materia de inversiones establece como derechos básicos del inversionista extranjero los siguientes:³² derecho de recibir un trato no discriminatorio frente al inversionista nacional; libertad de comercio e industria y libertad de exportación e importación; posibilidad de remesar libremente al exterior las utilidades o dividendos previo pago de los impuestos que le correspondan; garantía a la libre tenencia y disposición de moneda extranjera, Derecho a utilizar el tipo de cambio más favorable existente en el mercado, Derecho a la libre reexportación del capital invertido, acceso irrestricto al crédito interno; libre contratación de tecnología y remesa de regalías, Libertad para adquirir acciones de propiedad de inversionistas nacionales, posibilidad de contratar en el exterior seguros para su inversión, y suscribir con el Estado Convenios de Estabilidad Jurídica para su inversión en el país.

Asimismo, se prevé que la inversión extranjera se puede dar libremente en cualquiera de las formas empresariales reconocidas por la ley, bajo las siguientes modalidades: inversión extranjera directa (IED) como aporte al capital social; aportes para el desarrollo de *joint-ventures* contractuales; inversiones en bienes y propiedades ubicados dentro del territorio nacional, inversiones en cartera, contribuciones tecnológicas intangibles, y cualquier otra modalidad de inversión que contribuya al desarrollo del país. Adicionalmente, las inversiones extranjeras gozan de libre acceso a los sectores económicos, por lo que son permitidas sin restricciones en la gran mayoría de actividades económicas sin requerir autorización previa.³³

³² Portal de PROINVERSIÓN, “Régimen general”, acceso el 18 de setiembre de 2016, <http://www.investinperu.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=0&jer=5800&sec=1>

³³ Portal de PROINVERSIÓN: “Son muy pocas las actividades que presentan restricciones a la inversión extranjera, como el transporte aéreo, el transporte marítimo, la seguridad y vigilancia privada, la inversión en zonas naturales protegidas y la fabricación de armas de guerra”.

Finalmente, la legislación vigente permite el sometimiento del Estado peruano a mecanismos arbitrales internacionales vía tratados (AII), o cláusulas *ad hoc* en el marco de los Convenios de Estabilidad Jurídica suscritos con inversionistas extranjeros o contratos de inversión, lo que se complementa con su condición de Estado parte del Convenio del CIADI y de otros tratados multilaterales, como es el caso del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA).³⁴

VI. EL SISTEMA INSTITUCIONAL DEL PERÚ PARA LA GESTIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

El caso peruano combina la existencia de un gran número de AII, convenios y contratos sobre inversiones con disposiciones que remiten a mecanismos internacionales de solución de diferencias, y un creciente flujo de inversiones, al haberse convertido el Perú en un importante receptor de inversión extranjera en la región, con un registro de 25 mil millones de dólares en el 2015³⁵ en diferentes sectores de la economía, la cual proviene de diversos países, entre ellos España, Reino Unido, Estados Unidos, Holanda, Chile, y Brasil, países con mayor registro de inversión según la agencia PROINVERSIÓN. Estos acuerdos han contribuido a mejorar el clima de inversión en el Perú, pero también han sido la base para los arbitrajes internacionales en los que ha participado el Perú.

El primer caso, “Compagnie Minière Internationale Or S. A. v. República del Perú”, fue llevado al CIADI en 1998 y concluyó con un acuerdo entre las partes.³⁶ A la fecha, según los registros del Ministerio de Economía y Finanzas, el Perú ha participado en 16 casos arbitrales de los cuales cinco seguían activos.³⁷ El incremento del número de casos sometidos a arbitraje internacional en los últimos 10 años llevó al Perú a evaluar, diseñar e implementar un sistema para prevenir y gestionar apropiadamente las controversias con los inversionistas.

Al respecto, si bien el Perú cuenta con una amplia experiencia en la negociación de acuerdos internacionales de inversión, con cláusulas que remiten a mecanismos de arbitraje internacional, al principio no tenía estructurado un sistema que le permitiera prevenir y responder apropiadamente frente a las controversias y procesos arbitrales que surgieran. No obstante ello, durante los dos primeros casos arbitrales,³⁸ el Ministerio de Relaciones Exteriores

³⁴ El Perú se adhirió al Convenio MIGA luego de su aprobación por Resolución Legislativa N° 25312 publicada en el diario oficial en fecha 3 de abril de 1991, con lo cual entró en vigor el 5 de junio de 1991.

³⁵ Fuente: Portal de PROINVERSIÓN: Estadísticas de Inversión Extranjera. Inversión Extranjera Directa de 2015.

³⁶ 1998: ARB/98/6: Proyecto Minero de Oro. Compagnie Minière Internationale Or S.A. v. República del Perú.

³⁷ Portal del MEF, “Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI)”, acceso el 19 de setiembre de 2016, https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=3970&Itemid=100906&lang=es

³⁸ En el segundo caso presentado en el 2003: ARB/03/4: Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S. A. (antes Empresas Lucchetti, S. A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. República del Perú, el laudo fue favorable al Estado peruano, al declarar el tribunal su falta de competencia, y un segundo laudo que resolvió la anulación interpuesta por Lucchetti, confirmó el primer fallo.

asumió la representación del Perú ante el CIADI y se encargó de la coordinación general de la defensa del Estado, con el apoyo de abogados externos, logrando resultados positivos³⁹ con dos laudos favorables para el Estado en la demanda presentada por las empresas Lucchetti para que el Estado le indemnice con US\$150 millones por una medida adoptada por la Municipalidad de Lima que afectó su inversión, alegando a su vez esta que Lucchetti había obtenido sus permisos con actos de corrupción.

Posteriormente fueron creados comités *ad hoc* para gestionar los subsiguientes dos casos por demandas presentadas por la empresa Duke Energy y el ciudadano chino Tza Yap Shum.⁴⁰ Tales comités fueron presididos por el Ministerio de Economía y Finanzas, y contaron con la participación del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual mantenía la representación del Perú y se encargaba de contratar los abogados externos. Si bien este nuevo arreglo institucional permitía una mejor participación de los sectores involucrados con la controversia, era claro que se requería desarrollar un mecanismo institucional que permitiera una más óptima participación del Perú en estos procesos dadas las dificultades que las experiencias previas traían, como por ejemplo el gran número de acuerdos con cláusulas que remiten a mecanismos internacionales de inversión dispersos en los distintos sectores, el poco involucramiento en los esfuerzos de coordinación y defensa del Estado por parte de las entidades públicas involucradas en una controversia,⁴¹ los que pertenecían a diferentes niveles de gobierno, la carencia de marcos institucionales y legales para que el Estado llegue a un acuerdo con el inversionista, y para gestionar apropiadamente la resolución de una controversia antes de que escale a un nivel tal que lleve a un arbitraje internacional, y las limitaciones presupuestarias para enfrentar los gastos de abogados externos, peritos y consejeros para los procedimientos en CIADI, entre otros.

Como una respuesta a tales desafíos frente a la presentación de nuevas demandas arbitrales contra el Estado, resultaba imperativo contar con una gestión apropiada para atender las controversias Inversionista-Estado que pudieran surgir, y de esta manera contribuir a un clima de estabilidad y predictibilidad sobre las inversiones, por lo que en el 2006 se aprobó la Ley N° 28933 con la cual se creó el “Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión” (SICRECI), y en el 2008 y 2009 se aprobaron sendos decretos reglamentarios.

³⁹ La demanda de las empresas Lucchetti contra el Estado peruano fue desestimada por el tribunal al considerar que no tenía competencia, mediante laudo del 7 de febrero de 2005, desestimándose asimismo el recurso de anulación contra el laudo, presentado por las demandantes. Ver el Portal de SICRECI, https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=3970&Itemid=100906&lang=es

⁴⁰ Caso CIADI N° ARB/03/28 Duke Energy International Peru Investments Ltda. No. 1 c. República del Perú y Caso CIADI N° ARB/07/6 Sr. Tza Yap Shum c. República del Perú.

⁴¹ La Ley 28933 en su Art. 1° define a “la entidad pública involucrada en una controversia” como aquella “cuya actuación u omisión ha dado lugar al surgimiento de una controversia”.

El diseño e implementación del SICRECI para prevenir y gestionar eficazmente estas controversias ha sido considerado por la UNCTAD en una publicación que desarrolla sus características más importantes, como “un caso de buenas prácticas que puede ser muy útil a otros países al momento de diseñar sus propias políticas y prácticas de prevención y manejo de disputas”,⁴² criterio compartido por juristas nacionales expertos en la temática de inversiones como el Dr. Alfredo Bullard,⁴³ por lo que es importante analizar este sistema en sus aspectos más relevantes:

- i) Aprobación de un marco legal y reglamentario que comprendió: la Ley N° 28933, con la cual se creó el “Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión” (SICRECI); el Decreto Supremo N° 125-2008-EF (octubre, 2008), que aprobó el Reglamento de la Ley N° 28933, que incluyó, entre otros, regulaciones referidas a transparencia y lineamientos obligatorios referidos a las cláusulas de mecanismos internacionales de solución de disputas; y el Decreto Supremo N° 002-2009-EF (enero 2009), que estableció procedimientos para contratar asesores legales, firmas de abogados y otros consejeros en el marco de arbitrajes internacionales.
- ii) Apoyo y compromiso de las más altas instancias del Gobierno así como del Congreso de la República al aprobar el marco regulatorio necesario para el sistema.
- iii) Creación de una nueva estructura institucional para representar y defender al Estado en estos casos, que comprende al coordinador, la Comisión Especial y todas las entidades públicas que suscriban acuerdos que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias. Se asigna a la Comisión Especial la representación del Estado en las negociaciones con el inversionista, sea en trato directo o en el marco de procedimientos de arbitraje o conciliación, a la cual se le otorgó las facultades necesarias para cumplir tal rol.
- iv) El sistema requiere a todas las agencias de Gobierno involucradas en una disputa cooperar y proveer toda la información relevante, con lo cual destaca la responsabilidad que asumen tales entidades por medidas inconsistentes con los acuerdos de inversión,

⁴² UNCTAD, *Best Practices in Investment for Development: How to Prevent and Manage Investors - State Disputes - Lessons from Peru* (United Nations, New York and Geneva, 2011), 13.

⁴³ Artículo de opinión publicado en el diario *El Comercio* el 21 de febrero de 2015, p. A 25, titulado: “Cuando se hacen las cosas bien” del abogado Alfredo Bullard, quien destaca los resultados positivos del Estado en los arbitrajes internacionales, lo que atribuye a que el Perú ha tenido una conducta de respeto a las inversiones y trata de evitar los incumplimientos y porque tiene una buena defensa gracias a la creación del SICRECI por Ley 28933: “En los últimos años, el Estado peruano ha sido demandado en diez casos de este tipo de arbitrajes. Ha ganado en 8, es decir el 80% (entre ellos el conocido caso Lucchetti). Perdió en dos, aunque en realidad se ganó. En estos arbitrajes finalmente el Estado ha cobrado a los inversionistas cerca de 50 millones de dólares. Algo totalmente inusual en este tipo de arbitrajes. Si el Estado peruano fuera un estudio de abogados, sería uno de los litigantes más efectivos y con resultados más positivos de la historia”.

- v) Aprobación de lineamientos para las disposiciones de arbitraje internacional contenidas en los nuevos acuerdos de inversiones que celebre el Estado, y consolidación de todos los compromisos existentes para consulta de las entidades relevantes.
- vi) Se aprueba un mecanismo para el pago de los laudos, los acuerdos de conciliación o trato directo, y otros costos inherentes a estos procedimientos (abogados, expertos, asesores, árbitros, etc.) y se establecen las disposiciones presupuestarias correspondientes.

La Ley 28933 creó el SICRECI con los siguientes fines:

- a) Optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a las controversias internacionales de inversión, permitiendo una oportuna y apropiada atención.
- b) Centralizar la información de los acuerdos y tratados en materia de inversión suscritos por el Estado peruano que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias.
- c) Establecer un mecanismo de alerta frente al surgimiento de cualquier controversia internacional de inversión.
- d) Centralizar la información respecto a las controversias internacionales de inversión que se susciten.
- e) Definir el procedimiento de coordinación entre las entidades públicas involucradas en una controversia.
- f) Internalizar los costos generados por las entidades públicas involucradas en una controversia.
- g) Estandarizar, en la medida de lo posible, las cláusulas de solución de controversias a incluirse en los acuerdos y tratados en materia de inversión bajo el ámbito de la Ley N° 28933.

De esta manera, el Perú rediseñó su marco institucional para prevenir y gestionar las disputas de una manera muy inclusiva, al traer a las entidades públicas y actores que participan en la creación del marco legal internacional y los compromisos de inversión y aquellos con conocimiento y experiencia específica que puedan contribuir a la mejor representación del Estado en un contexto de un mecanismo internacional de solución de disputas, tales como:

El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), sector responsable de las políticas de inversión, el cual tiene la presidencia y la coordinación de la Comisión Especial.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, sector que hasta ese momento se encargó de la representación del Perú en los procesos de arbitraje internacional en controversias Inversionista-Estado, el cual trajo a la Comisión su experiencia e historia del manejo de las disputas de inversiones así como de las negociaciones de los tratados de inversión.

PROINVERSIÓN, como miembro clave en los equipos de negociación de los tratados de inversión, es la entidad a cargo de la negociación y adopción de los convenios de estabilidad jurídica.

El Ministerio de Justicia, que trajo a su vez su experiencia en las áreas de litigación e interpretación legal y aplicación de leyes y regulaciones.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MINCETUR), que brindó la historia de las negociaciones de los tratados de libre comercio y su experiencia.

El MEF, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Justicia y PROINVERSIÓN participan como miembros permanentes de la Comisión, la cual tiene también como miembros no permanentes al MINCETUR —para las controversias surgidas en aplicación de tratados comerciales con disposiciones en materia de inversión que establezcan mecanismos internacionales de solución de controversias— y a la entidad pública involucrada en una controversia.

La Comisión Especial como órgano colegiado multisectorial, adscrito al MEF, representa al Estado en las controversias internacionales de inversión, tanto en la etapa previa de trato directo como en la etapa arbitral o de conciliación. Esta Comisión debe analizar la disputa, evaluar las posibilidades de un arreglo amigable y adoptar la estrategia del caso, obteniendo la información técnica de los sectores involucrados; selecciona los abogados externos y otros servicios de asesoría, que son contratados por el MEF, designa los árbitros y brinda apoyo a los abogados externos aprobando los fondos necesarios para las fases de negociación directa, conciliación y arbitraje. Asimismo, la Comisión determina la responsabilidad de la entidad involucrada en la controversia, lo que es relevante para el caso de los costos en que incurra el Estado en manejar la disputa y el pago de un laudo.

Conforme al D. S. No. 125-2008-EF, publicado el 23 de octubre de 2008, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 28933 que establece el SICRECI, la Comisión Especial podrá recomendar una fórmula de transacción, conciliación y/o suscripción de un acuerdo de solución amistosa en una controversia dada, sea en un proceso arbitral, de conciliación o en la etapa de trato directo. Tal fórmula deberá ser autorizada, previo informe al Consejo de Ministros, mediante Resolución Suprema refrendada por los ministros de los sectores que conforman la Comisión Especial y, de ser el caso, por el Ministro del Sector que cumplirá tal fórmula de transacción, conciliación y/o acuerdo de solución amistosa.

Este sistema fue creado para promover una respuesta óptima del Estado a los problemas y preocupaciones de los inversionistas, antes que ellos escalen en controversias, y crea una organización institucional para la gestión del arbitraje internacional, lo que incluye la Comisión Especial a cargo de estas disputas, la cual participa en una etapa temprana del problema para asegurar una atención oportuna y apropiada. La Comisión tiene las facultades para negociar con los inversionistas y buscar un arreglo amistoso y recurrir a mecanismos alternativos de solución de controversias, como la negociación directa, mediación o conciliación.

La aprobación del sistema ha traído algunos avances como el haber compilado y centralizado los tratados y acuerdos con cláusulas que remiten a mecanismos internacionales de solución de controversias en el portal del SICRECI, estableciendo la obligación a todas las entidades públicas de hacer llegar dicha información a la Comisión; establecer un sistema de alerta temprana por el cual los sectores deben informar al coordinador cuando estén involucrados en controversias con inversionistas que podrían llegar a mecanismos internacionales de solución de controversias; también el inversionista puede dirigirse a la Comisión para presentar su caso, lo que permite una respuesta más ágil y enfocada al problema; habiendo mejorado la coordinación entre los sectores, los que deben brindar a la Comisión toda la información relevante del caso, y logrando los miembros de la Comisión una valiosa experiencia para una mejor gestión de estas controversias.

Por lo tanto, bajo este sistema, antes de acudir al arbitraje internacional de inversiones, el inversionista y el Estado deben intentar resolver su controversia amigablemente durante por lo menos seis meses. Cuando las consultas no resultan en un acuerdo, el inversionista puede acudir al tribunal arbitral internacional previsto en los tratados o en un contrato o acuerdo suscrito con Perú que prevea arbitraje internacional. La instancia de negociación directa con la Comisión Especial es un mecanismo que permite a las partes buscar una solución a su controversia sin tener que llegar al arbitraje internacional, que suele ser más costoso y puede tomar varios años en resolver la controversia, por lo que indudablemente tiene sus ventajas. Conforme la práctica peruana, algunos casos sometidos a la competencia de la Comisión Especial han podido ser resueltos por la vía de la negociación directa, y en otros, las controversias han sido llevadas a instancias arbitrales, como la del CIADI.

VII. CASOS ARBITRALES SEGÚN EL REGISTRO DE SICRECI

Según se registra en el SICRECI, el Perú tiene cinco arbitrajes en trámite y 12 concluidos:⁴⁴

7.1. Casos en trámite

- DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited y The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company c. República del Perú
- The Renco Group, Inc. c. República del Perú
- Exeteco Internacional Company S. L c. República del Perú
- Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú
- Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. La República del Perú

7.2. Casos concluidos

- Pluspetrol Perú Corporation y otros c. Perupetro S. A.
- Renée Rose Levy and Grencitel S. A. c. República del Perú
- Renée Rose Levy de Levi c. República del Perú
- Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S. A. C. c. República del Perú
- Isolux Corsán Concesiones S. A. c. República del Perú
- República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S. A. C.
- Convia Callao S. A. y Compañía de Concesiones de Infraestructura S. A. c. República del Perú
- Tza Yap Shum c. República del Perú
Anulación de Laudo de Tza Yap Shum c. República del Perú
- Aguaytia Energy, LLC c. República del Perú
- Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd. c. República del Perú

⁴⁴ Portal del MEF: “Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión SICRECI”, acceso el 22 de setiembre de 2016, https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=3970&Itemid=100906&lang=es

Procedimiento de Anulación – Duke Energy International Peru Investments N° 1, Limited and Republic of Perú – Decisión del Comité *Ad Hoc*

- Lucchetti, S. A. and Lucchetti Perú, S.A. c. República del Perú
- Compagnie Minière Internationale Or S.A. c. República del Perú. Conforme la Regla de Arbitraje CIADI 43(1), las partes acordaron poner término al procedimiento.

De la revisión de los casos concluidos, cuyos laudos pueden obtenerse desde el portal del MEF/SICRECI, se aprecia que el Estado peruano ha obtenido resultados favorables en 6 casos, logrando no solo que los laudos declaren improcedente las demandas contra el Estado por sumas millonarias, sino que en algunos casos dispongan el pago por las empresas demandantes de las costas y gastos del proceso, incluidos los honorarios de sus abogados. En otros tres casos, el Estado llegó a acuerdos con los inversionistas en los que estos asumieron el compromiso de pagar al Estado la suma de US\$ 40 millones aproximadamente. En el último laudo referido al caso Pluspetrol Peru Corporation, el tribunal falló en favor del Perú ordenando a la demandante el pago de US\$ 48 823 826 más daños por US\$ 12 693 600, las costas del arbitraje y los honorarios legales en los que incurrió el Perú para su defensa. En el caso Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd. c. República del Perú, el tribunal ordenó al Estado el pago de US\$ 18 440 000, y en el caso Tza Yap Shum, US\$ 786 306.

Estos resultados favorables abonan el criterio señalado por la UNCTAD y por el Dr. Bullard, en el sentido de que el SICRECI está permitiendo que en un área tan compleja y sensible como es la gestión de las controversias Inversionista-Estado, el Estado está actuando con gran efectividad.⁴⁵ Ello sin perjuicio de las mejoras que podrían efectuarse en el sistema en un contexto más amplio de cambios en las políticas nacionales de inversión.

VIII. PERSPECTIVAS FUTURAS

De esta manera, el Perú ha optado por mecanismos preventivos de solución de conflictos en materia de inversiones con la creación y desarrollo, a través del SICRECI, de una institucionalidad para la prevención y gestión de tales controversias, lo que ha demostrado después de casi 10 años ser una experiencia exitosa para prevenir las controversias y para una adecuada gestión de las mismas cuando ellas surjan, y para la defensa del Estado en el caso de procesos arbitrales internacionales, permitiendo identificar potenciales disputas con inversionistas en una etapa temprana y asegurar una respuesta eficiente y coordinada del Estado, evitando en algunos casos que las mismas escalen a niveles mayores y sean llevadas a arbitraje internacional. El SICRECI ha permitido también una mejor actuación del Estado en casos de arbitraje internacional, logrando resultados exitosos y evitando así

⁴⁵ Ver nota 43 *ut supra*.

el pago de millonarias sumas de indemnización que, en caso contrario, habrían tenido un efecto importante para la atención de otras obligaciones del Estado, logrando así un ahorro significativo de recursos.

Un área de especial interés han sido las campañas de sensibilización que ha emprendido el SICRECI para los funcionarios gubernamentales de todos los estamentos de la administración pública central, gobiernos locales, regionales, las instituciones autónomas descentralizadas y otros poderes del Estado, a fin de difundir información sobre los mecanismos arbitrales internacionales de solución de controversias Inversionista-Estado y sus alcances, y fortalecer la capacitación de los funcionarios sobre los conceptos básicos que entran en juego en una controversia Inversionista-Estado y en los acuerdos de inversiones. Ello en vista que las medidas inconsistentes que tales entidades eventualmente adopten podrían generar demandas arbitrales contra el Estado peruano. También se vienen desarrollando campañas de sensibilización con aquellos sectores más proclives a estar inmersos en este tipo de controversias.

Por ello, tras una década de operación, los distintos sectores que conforman la Comisión Especial han fortalecido sus capacidades y cuentan con una valiosa experiencia en la negociación y gestión de este tipo de controversias, lo que ha sido reconocido por muchos inversionistas, quienes señalan la seriedad y profesionalismo de la Comisión al abordar estas negociaciones de trato directo.

No obstante, todavía sigue siendo una tarea pendiente la formación de cuadros permanentes *in house*, de apoyo a las labores de la Comisión, que sigue dependiendo de la contratación de abogados externos para casos específicos, modalidad que si bien tiene limitaciones especialmente en el ámbito presupuestario, conforme a los resultados, ha demostrado ser eficiente.

Dado que un laudo de un tribunal CIADI podría implicar no solo compensaciones económicas sino también la necesidad de un cambio de medidas legislativas, de encontrarse estas inconsistentes con los compromisos internacionales asumidos por el Estado, es importante que un eventual rediseño de las políticas nacionales en materia de inversiones considere específicamente el impacto de estas medidas en el surgimiento de nuevas controversias que pudieran derivar en arbitrajes del CIADI, por lo cual se podría aprovechar la experiencia ganada por la Comisión para rediseñar las disposiciones contenidas en los AII que requieran ser adaptadas o modificadas a fin reducir la exposición del Estado frente a demandas arbitrales frívolas, e inclusive evaluar las facultades provistas en el propio Convenio en cuanto a las clases de diferencias que aceptarían someter o no a su jurisdicción, conforme lo dispuesto en el Art. 25º numeral 4 del Convenio.

Dados los importantes intereses en juego y la experiencia adquirida en los arbitrajes CIADI, se requiere que en un futuro rediseño de las políticas nacionales de inversión se mantenga

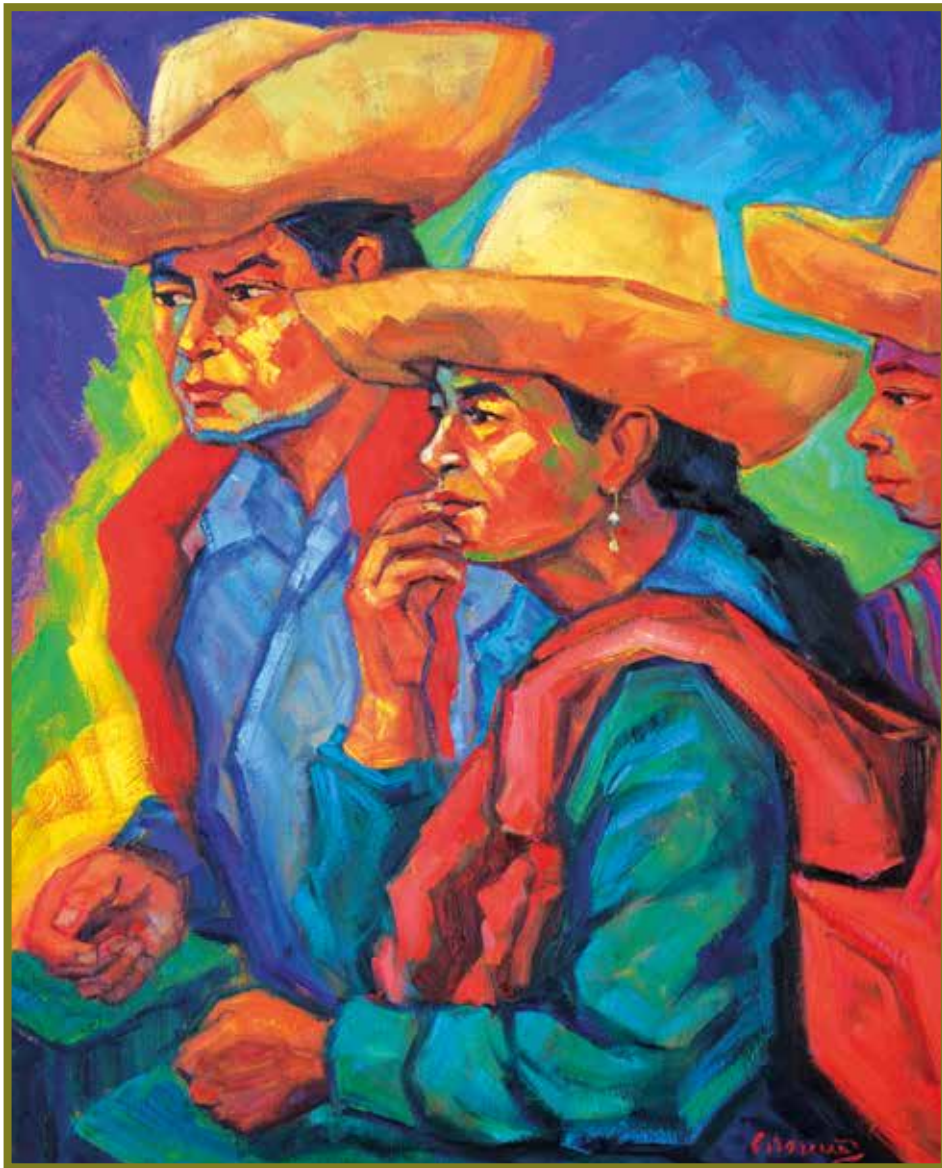
el equilibrio que debe existir entre los intereses del Estado receptor de la inversión y del inversionista extranjero, para que su inversión a la vez de atender sus legítimas expectativas económicas sea un motor de desarrollo nacional, y opere en el marco y en cumplimiento de las leyes del Estado receptor.

REFERENCIAS

- Berg, Albert Jan Van Den. “Some recent problems in the practice of enforcement under the New York and ICSID Conventions”. *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 2, N° 2 (1987).
- Boutin I., Gilberto. *Del arbitraje comercial. Decreto Ley 5 de 1999: legislación, tratados, jurisprudencia y comentarios*. Editorial Mizrachi & Pujol, S. A., 2001.
- Broches, A. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. 135 Hague Rec. d. Cours 331, 1972, 354-355.
- Calvo, Carlos. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. París: Amyot Librairie Diplomatique y Durant et Pedone-Lauriel Libraires-Éditeurs, 1968.
- Delaume, Georges R. “ICSID Arbitration and the Courts”. *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983).
- MEF/SICRECI. “Guía de compromisos en los acuerdos internacionales de inversión y prevención de controversias internacionales de inversión”. <https://apps4.mineco.gob.pe/sicreciweb/>
- Portal NODAL. “Noticias de América Latina y el Caribe: UNASUR discute la creación de un tribunal para solución de controversias sobre inversiones”. Acceso el 15 de septiembre de 2016. <http://www.nodal.am/2016/01/expertos-de-unasur-ultiman-detalles-para-creacion-de-tribunal-o-comision-para-solucion-de-controversias-sobre-inversiones/>
- Portal del Stockholm Chamber of Commerce. “ICSID Statistics: Increase Diversity of Arbitrators”. Acceso el 22 de setiembre de 2016. <http://isdsblog.com/category/icsid/>
- Portal del CIADI. “Laudo CIADI del 24 de diciembre de 1996”. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>
- Portal del CIADI. “Laudo CIADI del 24 de mayo de 1999”. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>

- Portal del CIADI. “Laudo CIADI del 25 de enero del 2000”. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>
- Portal del CIADI, ICSID/3. “List of Contracting States and other Signatories of the Convention” (as of April 12, 2016). Acceso el 17 de setiembre de 2016. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>
- Portal del CIADI. “About ICSID”. Acceso el 17 de setiembre de 2016. <http://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx>
- Portal del MEF. “Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI)”. Acceso el 19 de setiembre de 2016. https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=3970&Itemid=100906&lang=es
- Portal del MEF. “Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI)”. Acceso el 22 de setiembre de 2016. https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=3970&Itemid=100906&lang=es
- Portal de PROINVERSIÓN. “Integración comercial”. Acceso el 18 de setiembre de 2016. <http://www.investinperu.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=0&jer=5728&sec=1>
- Portal de PROINVERSIÓN. “Régimen general”. Acceso el 18 de setiembre de 2016. <http://www.investinperu.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=0&jer=5800&sec=1>
- Rodríguez, Mónica Sofía. “El arbitraje y las inversiones extranjeras”. *Noticias Jurídicas* (julio 2001).
- UNCTAD. *Controversias entre inversores y Estados basadas en tratados internacionales: examen general*. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2005.
- UNCTAD. “Informe sobre las inversiones en el mundo 2016”. acceso el 23 de setiembre de 2016. <http://unctad.org/es/Paginas/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=304>
- UNCTAD. *Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje*. Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre políticas internacionales de inversión para el desarrollo. Naciones Unidas, Nueva York, Ginebra, 2010.
- UNCTAD. *Best Practices in Investment for Development: How to Prevent and Manage Investors - State Disputes - Lessons from Peru*. United Nations, New York and Geneva, 2011.

Recibido: 23/09/16
Aprobado: 17/11/16



Luz en su mirada. Óleo sobre lienzo (100 cm x 81 cm). Ever Arrascue.