

El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI*
ROGER RUBIO GUERRERO**

I. La evolución del DIJ

Diversas fuentes coinciden en que los inversionistas suelen estar expuestos a un riesgo mayor cuando llevan a cabo inversiones en territorio extranjero. Esto implica las eventuales asimetrías de poder frente a las autoridades locales, las dificultades para demandar al Estado receptor de la inversión cuando se vulneran sus derechos y el incremento de los costos de transacción inherente a la gestión de estos eventuales conflictos así como la posible falta de neutralidad e imparcialidad de las autoridades locales. También se suelen considerar los riesgos políticos emergentes, la inestabilidad jurídica, el declive de la competitividad y de los indicadores de desarrollo humano en el país receptor de la inversión, entre muchos otros factores que influyen los costos del flujo de inversiones a escala global.¹

* Profesor de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio fundador del Círculo Peruano de Arbitraje.

** Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio fundador del Círculo Peruano de Arbitraje.

¹ Cf. AKINSAYA, Adeoye (1987); *International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World*; En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, London; p. 58-74.

De otro lado, debido al fracaso a fines de los 90' de la iniciativa de la Organización de Países para el Desarrollo Económico (OECD) para crear un tratado multilateral sobre inversiones (MAI)² hasta el momento no existe una regla o tratado multilateral que regule en forma centralizada y homogénea el Derecho Internacional de las Inversiones (DII) por lo que esta disciplina viene evolucionando a partir de diversos paradigmas jurídicos.

El llamado «fracaso del MAI» se debe a diversas razones, en un contexto que no es histórica ni políticamente pacífico, como es la relación entre países importadores y países exportadores de capitales. Se suele argumentar que dicho fracaso obedeció al desacuerdo fundamental sobre la finalidad que debería tener un acuerdo multilateral sobre inversiones. ¿Debe un acuerdo internacional de inversiones promover la inversión?, ¿debe promover el desarrollo económico?, ¿debe obligar a los inversionistas a comportarse y operar con respeto hacia el interés público local e internacional?³ La falta de respuestas unívocas a estas preguntas, es decir, la falta de acuerdo entre los países importadores y exportadores de capital respecto a las respuestas a estas preguntas, habría culminado en el fracaso del MAI, generando así un incentivo para la expansión mundial de los tratados bilaterales en materia de inversiones (TBIs), pero también para la consolidación de los capítulos de inversiones en los tratados de libre comercio (TLCs) de última generación o, en general, para los Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII).⁴

También es cierto que la evolución del DII remite a diversas disciplinas jurídicas del Derecho Internacional, que hoy a la luz de la última globalización, conviene revalorar. Estas se encuentran vinculadas a temas como la nacionali-

² Cf. UNCTAD (1999); *Lessons from the MAI*, en <http://www.unctad.org> (Junio 2006).

³ Cf. COSBEY, Aaron; MANN, Howard; PETERSON, Luke Eric; VON MOLTKE, Konrad (2004) *Inversiones y Desarrollo Sustentable*; International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, Manitoba, Canadá; p.IV.

⁴ Cf. MANIRUZAMANN, A.F.M. (2001); *International Development Law as applicable Law to Economic Development*; en *Wisconsin International Law Journal*; 20 *Wis. Int'l L.J.* 1; p. 3-54. Ver también PETERSON, Luke Eric (2003); *Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Threats to Sustainable Development*; en *Allies or Antagonists? Investment Sustainable Development and the WTO*; Washington, The Heinrich Böll Foundation North America; p. 39-52 y para el caso peruano CANTUARIAS S., Fernando (2004); *Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje*; en *Revista de Economía y Derecho*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; p. 29-50. Ver además los 29 TBIs suscritos por el Perú en http://www.proinversion.gob.pe/pqinvertir/marcolegal/cont_1.htm (Junio 2006).

dad, la responsabilidad de los Estados, el Derecho de los Tratados y otras particularmente importantes, como las referidas a la solución pacífica de disputas. Pero más allá de esto, el proceso evolutivo del DII presenta dos etapas claramente definidas: los tiempos anteriores al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA),⁵ y los tiempos posteriores a éste.

Debemos incluir además la expansión de los arbitrajes híbridos entre Estados e inversionistas registrada recientemente y que pareciera presentarse como un fenómeno irreversible y en evolución geométrica.⁶ A lo que se suma, como veremos más adelante, el crecimiento del volumen de TBIs, en un contexto global que privilegia pragmáticamente la expansión de TLCs, a partir de una creciente dinámica de expansión, intercambio y evolución de «flujos económicos y comerciales» de alcance global, cuantitativa y cualitativamente diferente a la presentada en anteriores procesos de globalización. Estos flujos trascienden decididamente los ámbitos fronterizos de la soberanía de los Estados, a medida que se «densifican» los procesos de la última globalización y sus impactos jurídicos locales e internacionales.⁷

Debemos tener en cuenta que hasta hace relativamente poco tiempo, el sistema westfaliano⁸ de Estados, que se extendió durante más de 300 años, tenía que ver principalmente con asuntos de guerra y paz, en donde se apreciaba la diferencia y oposición entre el Derecho Político Internacional y el Derecho Internacional Económico. En la actualidad, los múltiples temas que versan sobre integración económica comienzan a ocupar espacios en la «alta política» de los países. De modo que el antiguo sistema westfaliano se encuentra en pleno proceso de transformación; en especial, debido al «cambio de mareas»

⁵ <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index.html> (Junio 2006).

⁶ Cf. ADAIR, David (1999); *Investors Rights: The Evolutionary Process of Investment Treaties*; en *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Spring 1999; 6 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 195.

⁷ Sobre globalización y Derecho, ver KENNEDY, Duncan (2003); *Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850 - 1968*; *Suffolk Univ. Law Review*; Vol. XXXVI, No. 3; en www.duncankennedy.net (Junio 2006).

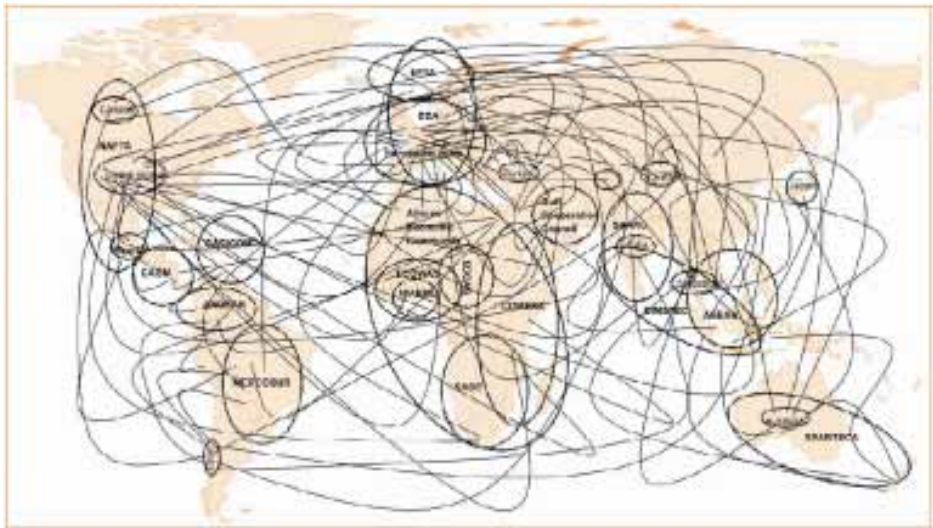
⁸ Lo «westfaliano» hace alusión a la Paz de Westfalia, que dio lugar a los tratados que pusieron término a la guerra de los Treinta Años en 1648 y que a su vez sentaron las bases para la concepción «moderna» del Estado Nación, circunscrito éste a un espacio territorial específico y sobre el cual el Estado ejerce poder, en forma exclusiva y excluyente. Cf. FALK, Richard (2002); *The Post Westphalia Enigma*; en *Global Governance in the 21st Century: Alternative Perspectives on World Order*; Hettne, Björn, Odén, Bertil, Almkvist & Wiksell International, Stockholm; p. 158.

que genera la globalización a partir de la creciente gravitación de lo económico y por la irrupción de una amplia gama de nuevos factores en el ámbito global.⁹

En consecuencia, esta transformación más caótica que organizada, proviene principalmente de la influencia contemporánea del Derecho Internacional Económico antes que del Derecho Internacional Político tradicional. De manera que, reiteramos, los conceptos básicos del sistema westfaliano se encuentran en transformación, como es el caso de los conceptos básicos de soberanía y poder estatal, reserva de dominio, igualdad soberana, jurisdicción territorial, entre otros.

Una pieza clave para entender dicho proceso de aguda transformación son los acuerdos o tratados internacionales en materia de inversiones y su evolución en el marco de las superposiciones jurídicas del «spaghetti bowl» (Mapa 1)¹⁰ de los Acuerdos Económicos Internacionales, que por su parte, obligan hoy a los Estados y se extienden en el ámbito global. Esto implica a su vez una

Mapa 1: The «spaghetti bowl»: Multiple overlapping EIAs, June 2005



Fuente: UNCTAD, based on World Bank, 2005, figure 2.2.

⁹ Cf. KUNDMÜLLER, Franz (2005); *El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio*; en Revista Peruana de Arbitraje No. 1 (2005); p. 121-139.

¹⁰ UNCTAD (2006); *Investment Provisions in Economic Integration Agreements*; Switzerland; United Nations Conference on Trade and Development; p. 10, en http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200510ch1_en.pdf (Junio 2006).

dinámica que para algunos autores se percibe como formadora de un emergente sistema jurídico global que rebasa a los sistemas nacionales.¹¹

En un primer momento, el derecho internacional de las inversiones se reguló en los tratados de amistad, comercio y navegación (TACN) de fines del siglo XIX. Estos tratados establecían obligaciones de carácter general para proteger la propiedad de los nacionales de la otra parte en el TACN, incluyendo disposiciones para el caso de que se produzca una expropiación y normas para regular lo referente a la repatriación de utilidades.

Luego en los años 20' y 30' del siglo XX, las relaciones comerciales internacionales se expandieron significativamente y los TACN pasaron a ser los principales instrumentos jurídicos de protección internacional de los inversionistas. A raíz de ello se dio una primera evolución de estos tratados, pues se comenzó a incorporar en éstos el derecho consuetudinario del inversionista a recibir una compensación pronta, adecuada y efectiva en caso de ser expropiado, de acuerdo con las llamadas «Reglas Hull». Guzmán señala al respecto:

«The customary international law that has traditionally applied to takings by the host state is referred to as the «Hull Rule», in reference to Secretary of State Cordell Hull who authored the most famous articulation of the rule in 1932. The key words, penned by Hull, that has become to present the traditional «full compensation» position is that the expropriation of property owed by foreigners requires «prompt, adequate and effective» compensation».¹²

La forma de resolver controversias derivadas de la violación del respectivo TACN determinaba entonces el uso de los medios de solución de controversias previstos en el mismo tratado. Estos medios, por regla general, derivaban el conflicto a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el contexto de un arbitraje Estado-Estado. Para ello con anterioridad debía producirse el endoso de la controversia del inversionista al Estado del cual era nacional, de manera que éste hacía suyo el reclamo del inversionista frente al Estado receptor de la in-

¹¹ Cf. TRACHTMAN, Joel P. (1996); *The International Economic Law Revolution*; University of Pennsylvania, *Journal of International Economic Law*; Spring 1996; 17 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 33.

¹² Cf. GUZMÁN, Andrew T. (1997); *Explaining the popularity of Bilateral Investment Treaties: Why LDCs sign Treaties that Hurt them*: en <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-12.html> (Junio 2006).

versión. Los TACN fueron entonces los primeros tratados internacionales dedicados a regular modernamente los temas de inversión extranjera, aunque no resultaban satisfactorios como medio para absorber los riesgos del inversionista extranjero ni tampoco las necesidades de inversión en los países receptores.

La segunda vertiente de contenidos jurídicos a tomar en consideración en el campo del DII anterior al NAFTA viene en los años 60' con el desarrollo de los primeros TBIs en los que se incorporaron diversas disciplinas como el trato de la nación más favorecida, las expropiaciones y nacionalizaciones, los temas referidos a las transferencias de capitales, los requisitos de desempeño y la solución de controversias.¹³ Los TACN guardan ciertas similitudes con los primeros TBIs, en especial, debido a que en ambos casos se cuenta con medios de solución de controversias entre Estados. La novedad de los TBIs consiste en que los inversionistas de la nacionalidad de una de las partes, pueden iniciar arbitrajes en contra de los Estados de la nacionalidad de otra de las partes para resolver controversias «derivadas de una inversión»; es decir, referidas a las disciplinas antes precisadas. Para tal efecto, se comienza a incorporar en los TBIs las cláusulas de sometimiento al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones (CIADI), al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (AFR), a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) o a las de cualquier otra institución a la que se hayan sometido las partes en el TBI.

La tercera vertiente de contenidos jurídicos se desprende del Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT) y, en concreto, de la Ronda de Uruguay del GATT. La Ronda de Uruguay produjo 22 instrumentos jurídicos principales y ordenadores del Derecho Internacional Económico,¹⁴ de los cuales 21 son acuerdos y uno es un documento de entendimiento. En el marco de la Ronda de Uruguay encontramos tres acuerdos que son particularmente importantes para la evolución del DII: el Acuerdo de Medidas de Inversiones en Materia Comercial (TRIMS), el Acuerdo General sobre Comercio y Servicios (GATS) y el Acuerdo sobre Propiedad Intelectual relacionado con el Comercio (TRIPS).

¹³ Cf. ADAIR; *Ibid.*

¹⁴ Cf. PETERSMANN, Ernst - Ulrich (1987); *International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order*; en *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*; Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, Lancaster; p. 227.

Estos instrumentos jurídicos establecieron en el ámbito de las relaciones Estado-Estado de la Organización Mundial del Comercio (OMC) una serie de nuevos estándares relacionados con el tema de inversiones.

Por último, en el contexto del NAFTA se instaura el sistema más agresivo de solución de controversias inversionista - Estado jamás establecido en ningún tratado internacional. Este va más allá de los TACN, supera también a los TBIs previos e incluso sobrepasa a los acuerdos de OMC antes referidos. El modelo NAFTA influirá también en el desarrollo de los TBIs posteriores, durante la segunda mitad de los años 90'.¹⁵ El capítulo de inversiones del NAFTA se estructura a partir de tres objetivos básicos: (i) el establecimiento de un ambiente seguro para las inversiones, proporcionando reglas de trato justo a los inversionistas e inversiones; (ii) la eliminación de las barreras a las inversiones y (iii) el suministro de medios efectivos de solución de controversias inversionista-Estados.

Y respecto de este último punto, el capítulo se ha convertido en uno de los instrumentos jurídicos más influyentes a escala global, incluyendo por cierto la posibilidad de llevar a cabo arbitrajes ante el CIADI pero creando también un precedente importante para que fórmulas similares sean adoptadas en otros tratados internacionales.

II. Jurisdicción y competencia del CIADI¹⁶

En este contexto, el arbitraje en inversiones ha venido adquiriendo en las últimas décadas una enorme importancia y desarrollo y al mismo tiempo contribuyendo a la consolidación del DII. El Convenio sobre arreglo de diferencias

¹⁵ Debe tenerse en cuenta que a principios de la esta década, existía inversión estadounidense directa en Canadá por 60 billones de dólares, mientras que la misma ascendía a 68 billones en México. Esta fue la base fáctica para el capítulo de inversiones del NAFTA. Cf. ADAIR; *Ibid.*

¹⁶ Sobre el verdadero sentido del uso del término «jurisdicción» en la Convención, Broches apunta: «In order to define the scope of the Convention the drafters have had recourse to the concept of «jurisdiction of the Centre». The use of the term «jurisdiction» in relation to the Centre is admittedly open to objection on the purist ground that the Centre is not in any sense a court but merely an administrative body under whose auspices conciliation commissions and arbitral tribunals may be established and proceedings conducted. There is, however, precedent for this use of the term «jurisdiction» in the Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes of 1907 which, among other things, created

relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, suscrito en Washington en 1965 (en adelante la Convención del CIADI)¹⁷ y el CIADI constituyen en este panorama el marco institucional que posibilita que los conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados sean despolitizados y deslocalizados de la jurisdicciones nacionales y sean depositados en una esfera neutral con todas las garantías internacionales necesarias y la eficacia requerida.¹⁸

En este orden de ideas, siguiendo a Broches, entre las principales características del CIADI tenemos:

- El acceso al Centro es voluntario, sin embargo una vez que el acuerdo ha sido adoptado es irrevocable (artículo 25).
- La Convención no tiene normas sustantivas de derecho o normas de conducta pero concede a las partes libertad total para acordar las normas de derecho que deben ser aplicadas por el tribunal al resolver la controversia. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la controversia «y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables» (artículo 42).
- Los laudos son vinculantes y no pueden ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en la Convención (artículo 53).
- Los Estados Contratantes están obligados a reconocer y ejecutar los laudos del CIADI como si fueran sentencias firmes dictadas por sus tribunales (artículo 54).

the Permanent Court of Arbitration. The institution is no more a court than the Centre. Like the Centre it is essentially an administrative framework within which arbitral proceedings may be conducted before *ad hoc* tribunals constituted in accordance with the provisions of the 1907 Convention». Cf. Broches, Aron, p. 166.

¹⁷ El texto de la Convención puede encontrarse en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> (Junio, 2006). El Perú ratificó este tratado mediante Resolución Legislativa N° 26210 del 2.7.1993, publicado en el diario oficial El Peruano el 10.7.1993.

¹⁸ Sobre el CIADI ver HIRSCH, Moshe (1993); *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*; Martinus Nijhoff Publishers; Dordrecht, Boston, London; 264 p.; BROCHES, Aron (1995); *Selected Essays*. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law; Martinus Nijhoff Publishers; Dordrecht, Boston, London; 545 p. y KUNDMÜLLER, Franz (2003); *ICSID, «bella durmiente» despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera*; en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación; en <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.html> (junio 2006).

- El Estado parte en un arbitraje está bajo la obligación derivada del tratado de «acatar y cumplir» con el laudo, pero la ejecución forzosa del laudo no puede erosionar la inmunidad soberana si el alcance de dicha inmunidad es reconocida por el ordenamiento jurídico del Estado (artículo 55).¹⁹

El propósito de la Convención es promover inversiones extranjeras privadas mejorando el clima de inversión para inversionistas y Estados receptores de inversión por igual.²⁰ Al respecto el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial respecto del CIADI, que explica los alcances de diversas disciplinas jurídicas contenidas en el tratado, apunta:

«13. Aunque el objetivo general del convenio es estimular las inversiones privadas internacionales, sus disposiciones mantienen un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversionista y los de los Estados receptores. Además, el convenio permite la incoación de los procedimientos, tanto a los Estados como a los inversionistas, y los Directores Ejecutivos han tenido siempre presente ambos casos al redactar las disposiciones del convenio.»²¹

En este sentido, se han registrado dos casos en donde son los Estados los que han iniciado arbitrajes en contra de los inversionistas, como ha ocurrido en el caso *Gabón vs. Sociéte Serete S.A.* y el caso *Tanzania Electric Suply Company Limited vs. Independent Power Tanzania Limited*.²² Por otro lado, en el caso *Amco vs. Indonesia* el tribunal arbitral, aplicando el DII, incorporó la necesidad de proteger con el mismo rigor al inversionista y al Estado receptor de la inversión. En concepto del tribunal, como se ve a continuación, la protección a la inversión y al inversionista implica en general la protección tanto de países desarrollados como de los países en vías de desarrollo:

«Thus, the Convention is aimed to Protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host state, not forgetting that to protect

¹⁹ Cf. BROCHES; *Ibid*; p. 266.

²⁰ *Ibid*.

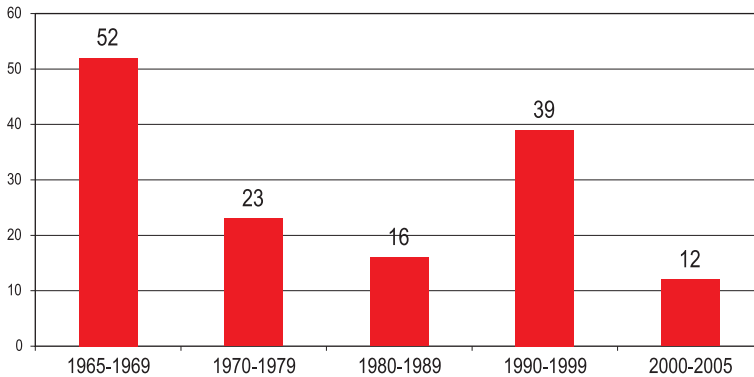
²¹ <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> (Junio 2006).

²² Cf. DAÑINO, Roberto; El CIADI: 40 años después, Conferencia dictada en el Primer Seminario Internacional de Arbitraje organizado por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima los días 23 y 24 de agosto de 2005.

investments is to protect the general interest of developed and of developing countries.»²³

A 40 años de suscrita la Convención del CIADI existen 155 países que la han firmado y 142 países que la han ratificado (Gráfico 1)²⁴ y el número de casos en el CIADI se ha venido incrementando de manera significativa particularmente desde el año 2000 (Gráfico 2)²⁵ alcanzando una proporción del 60% del universo de arbitrajes de inversiones (Gráfico 3).²⁶ El CIADI es pues la fuente principal de arbitrajes en inversiones que cuenta con una estructura arbitral envuelta en un tratado y supeditada a determinadas exigencias que determinan su jurisdicción y competencia.²⁷

Gráfico 1: Ratificaciones a la Convención del CIADI, 1965-2005



²³ UNCTAD (2003); Course on Dispute Settlement, International Centre for the Settlement of Investment Disputes; 2.1. Overview; UNCTAD/EDM/Misc.232; p. 11.

²⁴ Información sistematizada de <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm> (junio 2006).

²⁵ Información sistematizada de <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm> (junio 2006).

²⁶ UNCTAD (2005); Latest Development in Investor-State Dispute Settlement; Geneva; United Nations Conference on Trade and Development; p. 2.

²⁷ El CIADI brinda también apoyo administrativo a solicitud de las partes y de los tribunales arbitrales a arbitrajes seguidos bajo el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL. El Informe Anual 2005 CIADI señala que ese año se proporcionó respaldo administrativo en 10 procedimientos de arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje UNCITRAL. Ver Informe Anual 2005 CIADI en http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/ICSID_AR05_SP.pdf (junio 2006). Y puede asimismo actuar como «entidad nominadora de árbitros», cuando las partes así lo hayan pactado.

Gráfico 2: Casos registrados del CIADI, 1965-2005

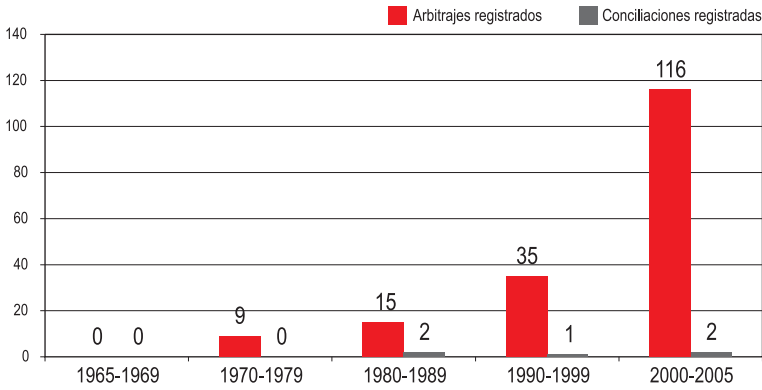
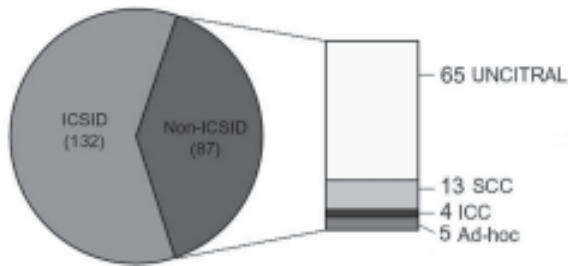


Gráfico 3: Disputes by forum of arbitration*



Fuente: UNCTAD.

* As of November 2005.

Note: SCC = Stockholm Chamber of Commerce; ICC = International Chamber of Commerce.

Para acceder a un arbitraje en el marco del CIADI es necesario que existan tres condiciones según lo previsto en el artículo 25(1) de la Convención: (i) que el Estado receptor donde se ubica la inversión y el Estado al que corresponde la nacionalidad del inversionista hayan ratificado la Convención del CIADI (*ratione personae*), (ii) que exista el consentimiento escrito de las partes de sometimiento al CIADI (*ratione voluntatis*) y (iii) que estemos frente a una disputa legal derivada directamente de una inversión (*ratione materiae*). Estos tres elementos determinan la competencia y jurisdicción del CIADI.

Cualquier inversionista de un Estado Contratante o un Estado Contratante puede iniciar un arbitraje ante el CIADI mediante una solicitud escrita dirigida al Secretario General conteniendo los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje de conformidad con el artículo 36 de la Convención. El Secretario General registrará la solicitud a menos que de la información contenida en la misma encuentre que la diferencia se halla «manifiestamente» fuera de la jurisdicción del Centro (*screening*). Esto ocurrirá cuando se verifique que se trata de Estados o nacionales de Estados que no han ratificado la Convención del CIADI y en aquellos casos en los que no conste en forma expresa el sometimiento por escrito oportunamente concertado por las partes.²⁸

El registro de la solicitud no es un procedimiento para determinar jurisdicción pues esta atribución le corresponde al tribunal arbitral que se constituye luego de registrada la solicitud de conformidad con el artículo 41 de la Convención.²⁹ Esta norma permite que el tribunal se pronuncie sobre su propia competencia cuando una parte alegue que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro o cuando por otras razones el tribunal no es competente para oírlo y debe complementarse con la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI que además estipula expresamente la facultad del tribunal arbitral de considerar de oficio, en cualquier estado del proceso, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su competencia.

El sistema arbitral del CIADI, de otro lado, permite una situación excepcional para el caso en que al menos una de las partes estatales; es decir, el Estado de la nacionalidad del inversionista o el Estado receptor de la inversión, no hayan ratificado la Convención del CIADI. En estos casos y de común acuerdo entre las partes, se puede aplicar el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (AFR).³⁰ Este es el esquema adoptado para la solución de las controversias entre inversionistas y Estados en el NAFTA en orden a que ni Canadá ni México han ratificado la Convención del CIADI.³¹

²⁸ Cf. UNCTAD (2003); Course on Dispute Settlement; ICSID, 2.7. Procedural Issues; UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.6.; p. 10.

²⁹ Cf. BROCHES; *Ibid*; p. 174.

³⁰ El texto del Reglamento puede encontrarse en <http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm> (Junio 2006).

³¹ El mismo modelo se ha seguido en el caso del Energy Charter Treaty, ver <http://www.encharter.org/index.jsp> (Junio 2006).

El sistema AFR también permite resolver disputas legales derivadas directa o indirectamente de una inversión mas no temas exclusivamente comerciales. En consecuencia, bajo el modelo AFR, los Estados y los inversionistas arbitran sus controversias sin que ello implique que se haya producido la sujeción integral a la Convención del CIADI ni a sus reglas especiales de arbitraje. Sin embargo, la Secretaría General efectúa un *screening* para verificar que se trate de una controversia derivada de una inversión y brinda apoyo administrativo para el desarrollo del arbitraje aplicando únicamente las AFR.³²

Las AFR disponen asimismo que los arbitrajes de este tipo deberán llevarse a cabo en lugares que correspondan a Estados que sean parte de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras con la finalidad de ofrecer garantías jurídicas mínimas y normas arbitrales internacionales estandarizadas en lo que corresponde al laudo arbitral; debido a que la aplicación de las AFR no permiten la aplicación de los medios de impugnación de laudos contenidos en la Convención del CIADI.³³

1. La condición de parte

En cuanto al Estado receptor de la inversión,³⁴ es necesario que sea parte de la Convención del CIADI, para lo cual debe tenerse en cuenta la fecha de ratificación del tratado y su entrada en vigencia conforme el artículo 68(2) de la Convención. Al respecto, es preciso advertir que luego del caso *Holidays Inn vs. Marruecos* se considera que el momento determinante para evaluar este requisito es la fecha de solicitud del arbitraje y no la fecha del consentimiento de las partes. Esto originó que en muchos TBIs se incorporara una previsión para que los inversionistas pudieran someter sus controversias al CIADI si cualquiera de los dos Estados en el futuro ratificaba la Convención.³⁵

³² En el periodo 1996-2005 el CIADI ha registrado 19 casos bajo el sistema AFR.

³³ Cf. REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel (2004); *Guide to ICSID Arbitration*; Kluwer Law International; The Hague, London, New York; p. 10.

³⁴ Puede también tratarse de una subdivisión política u organismo público del Estado contratante que se acredite ante el CIADI o que cuenta con la aprobación del Estado, salvo cuando éste notifique al CIADI que no es necesaria esta aprobación.

³⁵ Cf. HIRSCH; *Ibid*; p. 72-73.

En cuanto al inversionista, puede tratarse de una persona natural o una persona jurídica siempre que tenga la condición de «nacional de otro Estado Contratante». La persona natural debe satisfacer dos condiciones, una condición positiva y una condición negativa: (i) la condición positiva es que tiene que ser nacional de un Estado que es parte de la Convención y (ii) la condición negativa es que no sea nacional del Estado receptor de la inversión. En este sentido el artículo 25(2)(a) de la Convención exige el cumplimiento de ambas condiciones tanto al momento del consentimiento de las partes como al momento del registro de la solicitud de arbitraje con la finalidad de asegurar que se trate efectivamente de una controversia internacional. Se excluye así a la persona natural que es nacional de un Estado Contratante pero que además tiene la nacionalidad del Estado receptor de la inversión al momento del consentimiento o al momento del registro de la solicitud (doble nacionalidad).³⁶

La persona jurídica, por su lado, debe cumplir cualquiera de estas dos condiciones: (i) debe tener la nacionalidad de un Estado Contratante distinto al Estado parte en la diferencia en el momento en que las partes prestan su consentimiento a la jurisdicción del CIADI o (ii) si tiene la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, deben las partes haber acordado atribuirle carácter de nacional de otro Estado Contratante, a los efectos de la Convención, por estar sometido a control extranjero, conforme el artículo 25(2)(b) de la Convención del CIADI.

La Convención no asume un criterio para identificar la nacionalidad de una persona jurídica a efectos de determinar la jurisdicción del CIADI. En derecho internacional sin embargo, se reconocen tres criterios utilizados para diversos propósitos y en variados contextos a fin de determinar la nacionalidad de una persona jurídica: el lugar de constitución, el lugar de la sede y el criterio de control.³⁷ Se ha sostenido que los criterios tradicionales de constitución y sede social están implícitos en la primera parte de la norma (persona jurídica con nacionalidad de un Estado Contratante distinto al Estado parte en la diferencia) mientras que el criterio de control ha sido sólo restringido al segundo

³⁶ Cf. BROCHES; *Ibid*; p. 203-204.

³⁷ Hirsch expresa que la tesis de la constitución ha sido aplicada principalmente por Estados que siguen el common law mientras que la tesis de la sede social fue adoptada por Estados que siguen el derecho continental. La tesis del control, por su parte, es relativamente nueva y viene siendo utilizada con la finalidad de supervisar la inversión extranjera desde la Segunda Guerra Mundial por países desarrollados. Cf. HIRSCH; *Ibid*; p. 81-82.

supuesto (persona jurídica con nacionalidad del Estado receptor de la inversión).³⁸

En el caso *Mine vs. Guinea*, sin embargo, se admitió jurisdicción sobre la base del consentimiento respecto de una persona jurídica constituida fuera del Estado receptor de la inversión. En efecto, el acuerdo de inversión fue celebrado entre una persona jurídica constituida en Liechtenstein y el Estado de Guinea, los accionistas que controlaban la persona jurídica eran de nacionalidad suiza y el acuerdo contenía una cláusula de sometimiento al CIADI que establecía que las partes consentían en tratar a la persona jurídica como un nacional de Suiza. Liechtenstein no era parte de la Convención mientras que Suiza sí. Las partes no discutieron el tema de la jurisdicción y el tribunal arbitral no se pronunció sobre este aspecto, prosiguió con las actuaciones y expidió su laudo.³⁹

En el caso *Tokios Tokeles vs. Ucrania*, de otro lado, el tribunal arbitral en mayoría rechazó el criterio de control alegado por Ucrania respecto de una sociedad constituida en Lituania. Ucrania alegaba que el 99% de los accionistas de Tokios Tokeles eran ucranianos así como dos tercios de sus directivos, que no mantenía sustantivos negocios en Lituania y que por consiguiente no era un inversionista de Lituania en Ucrania. El tribunal se basó en el TBI de Ucrania y Lituania que definía el término «inversionista» con respecto a Lituania como toda entidad establecida en el territorio de Lituania de conformidad con sus leyes y regulaciones y declaró que no era aplicable al caso el criterio de control porque no se trataba de una empresa que hubiera sido constituida en Ucrania ni existía acuerdo de las partes para tratar a Tokios Tokeles como nacional de otro Estado que no sea el de su constitución.⁴⁰

Respecto al segundo supuesto de la norma, debe tenerse en cuenta que el consentimiento de las partes para atribuir el carácter de nacional de otro Estado Contratante a una persona jurídica que tiene la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, puede ser «explícito» o «implícito». Los criterios de los tribunales arbitrales para aceptar el consentimiento implícito han sido variados. En el caso *Holidays Inn vs. Marruecos* el tribunal arbitral no consideró que se encontraba ante circunstancias especiales para aceptar un consentimiento implícito aun cuando Marruecos exigió que las compañías sean constituidas en su

³⁸ *Ibid*; p. 84-85.

³⁹ *Ibid*; p. 87-90.

⁴⁰ Ver <http://www.worldbank.org/icsid/cases/tokios-decision.pdf> (Junio 2006).

territorio y fueron tratadas como compañías extranjeras en todas las ocasiones relevantes. En los casos *Amco vs. Indonesia*, *Klökner vs. Camerún* y *Letco vs. Liberia*, en cambio, se aceptó el consentimiento implícito derivado del conocimiento del Estado acerca del control extranjero combinado con el consentimiento para someterse al arbitraje del CIADI expresado en una cláusula y también sobre la base de la conducta de las partes.⁴¹

En relación con el «control extranjero» se han suscitado diversos criterios en los tribunales arbitrales sobre el alcance y el significado de esta expresión a fin de establecer si se trata de un control directo, indirecto, efectivo o final. En el caso *Letco vs. Liberia*, el tribunal examinó el control efectivo mediante la identidad de los funcionarios de la persona jurídica que controlaban las decisiones de la compañía (los directores y el director general). En el caso *Amco vs. Indonesia* de otro lado, el tribunal descartó el análisis de un segundo grado de control para determinar quién controlaba la persona jurídica que a su vez controlaba la persona jurídica local porque consideraba que no estaba previsto en la Convención. En el caso *SOABI vs. Senegal* sin embargo, el tribunal desechó el criterio del control directo de la compañía local que estaba en manos de una compañía que no era nacional de un Estado Contratante y avanzó con el análisis del control sobre ésta última que sí recaía en una persona que era nacional de un Estado Contratante, argumentando que la estructura de la Convención y sus objetivos era que todo control extranjero que sirviera como base para conceder estatus extranjero a una compañía local podía también servir como base para la jurisdicción del CIADI.⁴²

En el caso *Aucoven vs. Venezuela* el criterio determinante estuvo, en cambio, en la autonomía de las partes. Aucoven, sociedad constituida en Venezuela, era controlada por una empresa mexicana denominada ICA (propietaria del 99% de sus acciones) que a su vez era una subsidiaria de la empresa mexicana ICA Holding. En el curso del contrato, Aucoven transfiere, con autorización del gobierno venezolano, el 75% de sus acciones a Icatech, una subsidiaria que pertenecía en su totalidad a la empresa mexicana ICA Holding pero que había sido constituida en Estados Unidos. El tribunal arbitral consideró, sobre la base de una cláusula contractual, que las partes habían decidido que su consentimiento a la jurisdicción del CIADI estaría supeditado a que ocurriera la trans-

⁴¹ *Ibid*; p. 97-99.

⁴² *Ibid*; p. 103-104.

ferencia de la mayoría de las acciones de Aucoven a un nacional de otro Estado Contratante, por lo tanto, las partes optaron por definir el término «control extranjero» tomando en cuenta únicamente la titularidad directa de las acciones de Aucoven, que además confería derechos de voto y por consiguiente la posibilidad de participar en el proceso de toma de decisiones de la sociedad. Asimismo consideró que no había encontrado indicio alguno en el sentido de que Icatech era una sociedad de conveniencia que ejercía un control puramente ficticio a los efectos de la competencia o que la conducta de Aucoven en el marco de la transferencia de las acciones hubiese sido engañosa.⁴³

En el caso *Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia* el tribunal arbitral tuvo la oportunidad de hacer un análisis extenso sobre el control directo o indirecto a la luz del TBI Países Bajos con Bolivia. Aguas del Tunari S.A. (AdT), sociedad constituida en Bolivia, tenía como accionista mayoritario con el 55% a International Water S.A.R.L. (IW S.A.R.L.) sociedad constituida en Luxemburgo, a su vez el 100% de las acciones de esta última estaba en manos de International Water Tunari B.V. (IWT B.V.), entidad nacional de los Países Bajos y el 100% de las acciones de ésta estaba en manos de otra sociedad holandesa, International Water Holdings B.V. (IWH B.V.) El 50% de las acciones de esta última sociedad pertenecía a otra sociedad holandesa Baywater Holdings B.V. (el otro 50% a una sociedad italiana, Edison S.P.A.) cuyo propietario del 100% de las acciones era una sociedad americana, Bechtel Holdings, Inc. El TBI mencionado establecía que el concepto de «nacional» de los Países Bajos comprendía a las personas jurídicas «controladas directa o indirectamente» por nacionales de esa Parte Contratante, pero constituidas de conformidad con al ley de la otra Parte Contratante. El tribunal en mayoría concluyó:

«A juicio del Tribunal, el TBI no exige un control real, cotidiano o final para que se configure lo requerido por la expresión «controladas directa o indirectamente» contenida en el Artículo 1(b)(iii). El Tribunal observa que no le compete determinar todas las formas que podría asumir ese control y concluye, por mayoría, que en las circunstancias del caso de autos, en que una entidad posee capital accionario mayoritario y es propietaria de la mayoría de los derechos de voto, existe un control como el referido en la frase operativa ‘controladas directa o indirectamente’.»⁴⁴

⁴³ Ver <http://www.worldbank.org/icsid/cases/aucov-s.pdf> (Junio 2006).

⁴⁴ Ver http://www.worldbank.org/icsid/cases/AdT_Decision-sp.pdf (Junio 2006).

Luego declaró que IW S.A.R.L. poseía la capacidad de ejercer un control afirmativo sobre AdT, para todo tipo de actos, salvo determinados actos que requerían del voto de una mayoría de dos tercios pero tenía respecto de éstos la capacidad de vetarlos efectivamente. A su vez IWT B.V. e IWH B.V. poseían el 100% de los derechos de voto que correspondían a las acciones transferidas por IW S.A.R.L., en consecuencia, ambas controlaban indirectamente a AdT, de esta manera se descartó el argumento del gobierno boliviano de que éstas eran sociedades ficticias para alcanzar la jurisdicción del CIADI, debido a que IWH era una sociedad cuya propiedad correspondía a dos sociedades por igual (50% cada accionista), de modo que ninguno de las dos podía controlarla con prescindencia de la otra, debiendo operar juntas para dirigirla.

2. El consentimiento

El consentimiento de las partes para someterse al arbitraje del CIADI puede expresarse básicamente en tres niveles: (i) en un convenio arbitral incorporado en un contrato de inversión celebrado entre las partes (contractual), (ii) en una estipulación arbitral contenida en un TBI o en un capítulo de inversiones de un TLC (internacional) y (iii) mediante la aceptación de una oferta contenida en la legislación del Estado receptor de la inversión (legislativo).⁴⁵

El consentimiento tiene que constar por «escrito» en un solo documento o en documento separado, puede expresarse antes o después de surgida la controversia⁴⁶ y debe estar «vigente».⁴⁷ Como se ha señalado el mutuo consenti-

⁴⁵ *Ibid*; p. 48.

⁴⁶ Son pocos los casos en los que las partes se han sometido al arbitraje del CIADI una vez surgida la controversia, tal como ha ocurrido en el caso *Misima Mines Pty. Ltd. vs. Papua Nueva Guinea*, en el caso *Swiss Aluminium Ltd. e Icelandic Aluminium Co. vs. Islandia* y en el caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. Costa Rica*. Cf. UNCTAD (2003); Course on Dispute Settlement; ICSID, 2.3. Consent to Arbitration; UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2.; p. 7.

⁴⁷ Sobre la vigencia del consentimiento puede verse el caso *Lucchetti vs. Perú* donde el tribunal arbitral se declaró incompetente porque consideró que estaba frente a una controversia anterior a la entrada en vigencia del TBI entre Perú y Chile que contenía el consentimiento del Estado peruano a la jurisdicción del CIADI pero que excluía las divergencias o controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigencia. Cf. <http://www.worldbank.org/icsid/cases/lucchetti-award-sp.pdf> (Junio 2006). Ver también casos *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.A. vs. Jordania* en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>

miento tiene el efecto de elevar el acuerdo para recurrir al CIADI entre una empresa privada y un Estado al nivel de una obligación internacional y de constituir a la empresa privada en sujeto de derecho internacional.⁴⁸

Una cuestión importante sobre el consentimiento es que una vez dado por las partes no puede ser unilateralmente revocado conforme lo previsto en el artículo 25 de la Convención. Al respecto en el caso *Aloca vs. Jamaica* el tribunal arbitral rechazó la posición del Estado que alegaba que el CIADI no tenía jurisdicción por cuanto con anterioridad a la solicitud de arbitraje le había notificado que las disputas sobre la explotación de recursos naturales estaban fuera de su jurisdicción en virtud del artículo 25(4) de la Convención. El tribunal expresó que la notificación era válida sólo respecto de futuras obligaciones y que en este caso era posterior al contrato de inversión que contenía la cláusula arbitral de sometimiento al CIADI y por consiguiente no podía el Estado unilateralmente revocar su consentimiento.⁴⁹

En cuanto al consentimiento expresado en instrumentos internacionales, se distinguen tres categorías: (i) los tratados que incluyen un compromiso incondicional de sometimiento de controversias futuras a la jurisdicción del CIADI, (ii) los tratados que establecen que el Estado receptor de la inversión dará su consentimiento a la jurisdicción del CIADI una vez que se lo pida el inversionista y (iii) los tratados que establecen que las disputas entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión serán sometidas a la jurisdicción del CIADI con el acuerdo de las partes.

En el primer caso, es necesario además que el inversionista preste su consentimiento con anterioridad a la solicitud de arbitraje ante el CIADI (o aun en la misma solicitud) para que se establezca la jurisdicción del CIADI. En el segundo caso, si bien no se trata de un consentimiento para los propósitos de la jurisdicción del CIADI sino de una obligación derivada del tratado, si dicho Estado viola esta obligación, el Estado del cual es nacional el inversionista puede recurrir a los remedios previstos en el derecho internacional público. En el tercer caso, si bien no estamos tampoco frente a un consentimiento y no hay obligación del Estado receptor de la inversión para prestar consentimiento a la

(Junio 2006) e *Impregilo S.p.A. vs. Pakistán* en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/impregilo-decision.pdf> (Junio 2006) sobre jurisdicción *ratione temporis*.

⁴⁸ Cf. BROCHES; *Ibid*; p. 200.

⁴⁹ HIRSCH; *Ibid*; p. 49-50.

jurisdicción del CIADI se sostiene que dicho Estado no podría rechazar el sometimiento al arbitraje del CIADI a falta de una razonable justificación de buena fe.⁵⁰

La fórmula de la «oferta abierta» a los inversionistas prevista en la legislación interna del Estado receptor de la inversión, de otro lado, posibilita que el inversionista pueda recurrir al arbitraje del CIADI una vez surgida la controversia o de existir interés para arbitrar. Bajo esta modalidad, el inversionista integra la oferta abierta por el Estado y configura la exigibilidad del arbitraje para ambas partes, situación que deberá ser acreditada por el interesado en su solicitud de arbitraje, para el correspondiente registro por la Secretaría General. Así por ejemplo, el artículo 8(2) de la Ley de Albania sobre Inversión Extranjera de 1993 precisa que el inversionista extranjero podrá solicitar el arbitraje ante el CIADI, declarando que la República de Albania expresa su consentimiento mediante la ley y para llevar a cabo dicho arbitraje.⁵¹ Provisiones similares están previstas en la legislación de Camerún, Kazakhstan y Somalia, entre otros.⁵²

En el caso *Southern Pacific Properties vs. Egipto*, el tribunal arbitral se pronunció respecto del consentimiento expresado por Egipto a partir de los contenidos de una ley interna egipcia, señalando que el artículo 8 de la Ley N° 43 (Ley de Inversiones) establecía una secuencia obligatoria y jerárquica para la aplicación de medios de solución de controversias, constituyendo así una clara expresión de consentimiento formulada por escrito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25(1) de la Convención del CIADI. El tribunal interpretó en este caso que esta expresión de consentimiento era aplicable para aquellos casos en donde no existían otros métodos acordados por las partes y en donde no existía ningún tratado bilateral aplicable.⁵³

En la práctica, sin embargo, la mayoría de casos se basan en instrumentos jurídicos diferentes a una cláusula arbitral pactada directamente entre un inversionista y un Estado.⁵⁴ Esto se debe a que el artículo 25 de la Convención

⁵⁰ *Ibid*; p. 55-57.

⁵¹ *Cf.* UNCTAD; *Ibid*; p. 11.

⁵² *Ibid*.

⁵³ *Ibid*; p. 12.

⁵⁴ En el año 2005, de los 24 casos de arbitrajes registrados por la Secretaría, 23 se iniciaron sobre la base de disposiciones sobre arbitraje del CIADI contenidas en un TBI y uno sobre la base de un TLC. Ver Informe Anual 2005 CIADI en http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/ICSID_AR05_SP.pdf (Junio 2006).

requiere solamente el «consentimiento escrito» de las partes para acceder al CIADI, sin precisar formalidades ni requisitos adicionales.⁵⁵

De otro lado, la expresión del consentimiento de las partes para llevar a cabo un arbitraje en el CIADI implica la exclusión de cualquier otro recurso, salvo estipulación en contrario. El consentimiento puede también estar condicionado al agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales del Estado parte de la Convención y receptor de la inversión si al momento de la ratificación del tratado hubiera hecho esta reserva.⁵⁶ Al respecto el artículo 26 de la Convención expresa:

«Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.»

Si no existe una reserva sobre el agotamiento de las «vías previas», en términos generales, entendemos que el acceso al arbitraje en virtud del consentimiento de las partes debe excluir cualquier recurso en trámite o futuro en una jurisdicción nacional o internacional que apunte a la solución de la materia controvertida. Este criterio ha sido asumido en el caso Tokios Tokeles vs. Ucrania:

«It may be presumed that when a State and an investor agree to have recourse to arbitration, and do not reserve the right to have recourse to other remedies or require the prior exhaustion of local remedies, the intention of the parties is to have recourse to arbitration to the exclusion of any other remedy.»⁵⁷

Pero pueden también existir vías vinculadas de manera colateral con la materia controvertida que no se ocupen directamente del fondo de la controversia como las acciones constitucionales o las acciones penales en las jurisdic-

⁵⁵ Cf. REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel; *Ibid*; p. 35.

⁵⁶ El Estado Peruano ha ratificado la Convención del CIADI sin reservas.

⁵⁷ <http://ita.law.uvic.ca/documents/tokios-order1.pdf> (Junio 2006).

ciones locales. Para estos supuestos, ¿también opera la «exclusión de otro recurso» del artículo 25 de la Convención? Se trata sin duda de un terreno movido que debe ser analizado caso por caso, teniendo en cuenta la finalidad de cada vía utilizada. Por lo pronto es necesario tener en cuenta que el arbitraje en el marco del CIADI es un arbitraje internacional especializado en materia de inversiones que obedece a los contenidos propios del DII, tal como se encuentran recogidos en el tenor del tratado y/o en el marco jurídico específico que da origen al arbitraje.

Una solución más clara a este tema puede encontrarse en el capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos (2003)⁵⁸ que establece un sistema de *fork on the road* o «bifurcación de caminos», que obliga a la exclusión de otra vía de solución de controversias, cuando el inversionista decide utilizar la vía arbitral para solucionar la controversia tipificada en el tratado.⁵⁹ El mismo modelo ha sido utilizado también en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (2004)⁶⁰ y el Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos (2006)⁶¹ que han venido trasladando las disposiciones de este tipo de los anexos de los instrumentos anteriores a un artículo integrado al capítulo de inversiones.⁶²

Las estipulaciones *fork on the road* en los capítulos de inversión en los textos de los TLCs antes referidos, se deben a que en el marco de la experiencia de aplicación del capítulo de inversiones del NAFTA y a partir de las experiencias arbitrales correspondientes, se determinó que no es óptimo que se encuentren disponibles para las partes vías judiciales o administrativas sobre las mismas reclamaciones que se someten a un arbitraje del CIADI por los costos de tran-

⁵⁸ Ver http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/CAFTA/CAFTA-DR_Final_Texts/Section_Index.html (Junio 2006).

⁵⁹ Ver artículo 10.17 y Anexo 10-E.

⁶⁰ Ver http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/asset_upload_file1_4004.pdf (Junio 2006).

⁶¹ Ver <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf> (Junio 2006). Mediante Resolución Legislativa N° 28766 del 28.6.2006 el Perú aprobó el «Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos», publicado en el diario oficial El Peruano el 29.6.2006 y mediante Decreto Supremo N° 030-2006-RE del 28.6.2006 fue ratificado, publicado en el diario oficial El Peruano el 30.6.2006.

⁶² Ver artículo 10.17 y Anexo 10-E del CAFTA y artículo 10.18 y Anexo 10-G del TLC con Perú.

sacción que supone actuar en dos o más foros a la vez.⁶³ La regla *fork on the road* posibilita una sola vía de solución de la controversia, para acceder al arbitraje debe renunciarse a iniciar otros recursos disponibles en la jurisdicción local. Si no hubiera regla *fork on the road* a disposición del inversionista, no podría impedírsele seguir acciones judiciales o procedimientos administrativos en el Estado receptor de la inversión de manera simultánea al arbitraje del CIADI.

La expresión del consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI determina también la renuncia del inversionista a recurrir a la reclamación o protección diplomática ante su Estado de origen hasta que culmine el arbitraje en el CIADI, según expresa el artículo 27 de la Convención. Se trata de una garantía para los países en vías de desarrollo ante intervenciones injustificadas de países más poderosos para proteger la inversión de sus nacionales. No hay necesidad de protección diplomática desde que la Convención del CIADI provee todos los medios para asegurar que el acuerdo de las partes para arbitrar será implementado hasta la obtención de un laudo.⁶⁴ Una vez concluido el arbitraje si el laudo dictado no es acatado o deja de cumplirse se restituye el derecho del inversionista para recurrir a la protección diplomática.

En suma, un inversionista extranjero (persona natural o persona jurídica) puede recurrir a la jurisdicción del CIADI a través de cualquiera de los instrumentos jurídicos señalados donde conste el consentimiento escrito para acudir al CIADI. Es necesario sin embargo, tener en cuenta las condiciones y limitaciones al consentimiento de las partes para recurrir a un arbitraje del CIADI contenidos en los TBIs y TLCs, los requisitos de la ley que formula una oferta abierta a los inversionistas y, en su caso, los términos del convenio arbitral, entre otros factores.

En todos los casos de expresión de consentimiento pueden existir estipulaciones acordadas por las partes para desarrollar el arbitraje, en la medida en que tales estipulaciones no entren en colisión con el ordenamiento jurídico del CIADI y el orden público internacional de cada Estado. En cualquier caso, el ordenamiento jurídico del CIADI se aplica prioritaria y necesariamente, al ser

⁶³ Cf. PETERSMANN, Ernst Ulrich (2004); Justice as Conflict Resolution, Proliferation, Fragmentation and Decentralization of Dispute Settlement in International Trade; EUI Working Paper LAW 2004/10; European University Institute; Badia, Fiesolana, Florence, Italy.

⁶⁴ Cf. BROCHES; *Ibid*; p. 216.

la Convención del CIADI un tratado internacional que cuenta con los requisitos de validez y aplicación obligatoria previstos en el respectivo ordenamiento jurídico interno⁶⁵ y en el Derecho Internacional, de conformidad con la Convención de Viena sobre Tratados Internacionales.⁶⁶

3. La disputa legal

El artículo 25 de la Convención establece que la jurisdicción del CIADI alcanza específicamente para conocer de cualquier disputa o controversia legal derivada en forma directa de una inversión y suscitada entre un inversionista extranjero y un Estado. Sin embargo, la Convención no define lo que es una inversión ni tampoco contiene disposiciones sustantivas en materia de DII, pues está conformado esencialmente por las normas especializadas que hacen viable la aplicación de los medios de solución de controversias previstos en el mismo tratado y por la definición de la ley aplicable para la solución de la controversia.

Sobre el particular, los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, han expresado:

«El Artículo 25(1) exige que la diferencia sea una «diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión». La expresión «diferencia de naturaleza jurídica» se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal.

No se ha intentado definir el término «inversión», teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si

⁶⁵ El artículo 55 de la Constitución Peruana precisa que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

⁶⁶ La Convención de Viena establece en su artículo 31, entre otras disposiciones, que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objetivo y fin.

así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (Artículo 25(4)).»⁶⁷

Cuando el consentimiento deriva de un instrumento jurídico internacional como un TBI o un TLC no existe mayor problema por cuanto usualmente contienen disposiciones que definen lo que es una «inversión cubierta». Dicha definición suele incorporarse al marco de los respectivos instrumentos jurídicos internacionales y sobre la base de las disciplinas propias del DII contenidas en dichos instrumentos. En consecuencia, la transacción económica sobre la que deriva en forma directa la disputa, debe ser posible de ser calificada como una inversión, dentro del instrumento jurídico internacional correspondiente.⁶⁸

Cuando el consentimiento no deriva de un instrumento jurídico internacional sino de un contrato de inversión celebrado entre el inversionista y el Estado o de la aceptación de una oferta legal nos enfrentamos a una cuestión más problemática, en estos casos para definir lo que se entiende por «inversión» y por «disputa legal directamente vinculada con una inversión», deberá tomarse en cuenta los términos del contrato de inversión así como la legislación aplicable y el derecho internacional según el artículo 42 de la Convención.

Los arbitrajes del CIADI han establecido mediante criterios jurisprudenciales que los proyectos de inversión podrían calificar como inversión, dependiendo de los contenidos de los instrumentos legales respectivos. En todo caso, los tribunales arbitrales han determinado como criterios para evaluar si efectivamente se trata o no de una inversión, la concurrencia de diversos factores como los siguientes: i) un plazo de duración «significativo», ii) la generación de un «retorno cuantificable» a favor del inversionista, iii) la presencia de elementos de riesgo para las partes, iv) la determinación y compromiso del inversionista de concretar la inversión y v) la relevancia para el desarrollo económico en el territorio del Estado receptor.⁶⁹

En tal sentido, el concepto de «disputas derivadas directamente de una inversión» contenido en el artículo 25 de la Convención, puede estar referido en términos generales, tanto a proyectos de desarrollo de infraestructura como

⁶⁷ <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> (junio 2006).

⁶⁸ Cf. UNCTAD (2003); Course on Dispute Settlement; ICSID, 2.5. Requirements Rationae Materiae; UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.4.; p. 7.

⁶⁹ Cf. REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel; *Ibid*; p. 15.

a la suscripción de un contrato de opción por parte del Estado receptor. Dicho concepto comprendería tanto a las contribuciones en forma de capital como a las inversiones en acciones de empresas o *joint ventures* operando en el Estado receptor. A lo que se suman eventualmente los contratos de servicios, de transferencia de tecnología o los de concesiones, así como los contratos de construcción y operaciones referidos a activos para la producción o los servicios en territorio del Estado receptor, entre otros.⁷⁰

El concepto de inversión sin embargo, no es infinitamente flexible,⁷¹ en el caso *Mihaly International vs. Sri Lanka*, el tribunal arbitral declaró que no era competente para conocer el caso, ya que los gastos en los que había incurrido la demandante en la preparación de un proyecto de inversión en una planta de energía durante las negociaciones con el gobierno de Sri Lanka, no constituían una inversión de conformidad con la Convención del CIADI y el respectivo TBI vigente entre Sri Lanka y Estados Unidos.⁷²

III. La ley aplicable y el derecho internacional

El tema de la ley aplicable para la solución de la controversia, se encuentra previsto en el artículo 42 de la Convención del CIADI, en los siguientes términos:

«Artículo 42

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Ver <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mihaly-award.pdf> (Junio 2006). Ver también casos *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán* en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0329Decisionjurisdiction.pdf> (Junio 2006) y *El Paso Energy International Company vs. Argentina* en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0315-DOJ-S.pdf> (Junio 2006) que determinan la jurisdicción del CIADI *ratione materiae*.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.»

Si bien esta norma establece que el tribunal decidirá la controversia de acuerdo a la ley acordada por las partes y, en defecto de ésta, por la ley del Estado que sea parte en la controversia y aquellas normas de Derecho Internacional que pudiesen ser aplicables, es preciso destacar que no siempre las leyes estatales contienen todas las disciplinas que recoge un TBI, un TLC o, en general, el DII,⁷³ por lo que es necesario tener en cuenta que el tratado ha previsto la aplicación de las normas de Derecho Internacional correspondientes como marco jurídico general.

Sobre el particular, el Informe de los Directores del Banco respecto del CIADI precisa respecto de la ley aplicable:

«40. Conforme al convenio, el Tribunal de Arbitraje deberá aplicar las leyes que las partes acuerden. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará las leyes del Estado que sea parte en la diferencia (a menos que estas leyes exijan la aplicación de otras leyes), así como las normas de derecho internacional que resulten aplicables. El término «derecho internacional», cuando se usa en este contexto, se entenderá en el sentido que le atribuye el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien teniendo en cuenta que el expresado Artículo 38 está destinado a aplicarse a diferencias entre Estados.»⁷⁴

⁷³ En el Perú las normas que regulan las inversiones son el Decreto Legislativo N° 662 (Ley de Promoción a la Inversión extranjera), el Decreto Legislativo N° 757 (Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada) y el Decreto Supremo N° 162-92-EF (Reglamento de los Regímenes de Garantía de la inversión privada - Reglamento del D.L. 662 y D.L. 757), en los cuales se recoge algunas de las disciplinas. Ver los textos en http://www.proinversion.gob.pe/pqinvertir/marcolegal/cont_1.htm (Junio 2006). Para un panorama ver CANTUARIASS., Fernando (2004); *La utilización de la vía arbitral en la solución de conflictos entre el Estado Peruano y los inversionistas*, en Themis N° 48, p. 167-186.

⁷⁴ <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> (junio 2006). El artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia expresa literalmente lo siguiente :

«1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

En un caso en donde no se cuente con instrumentos jurídicos internacionales preexistentes, la ley aplicable y la vinculación entre la legislación nacional de los Estados y el Derecho Internacional es un asunto de particular importancia para la solución de la controversia. Por lo pronto, la vinculación entre Derecho Interno e Internacional no siempre es pacífica. De otro lado, durante el desarrollo del proyecto de la Convención del CIADI quedó claro que, en términos generales, el Derecho Internacional debía prevalecer cuando el Derecho de un Estado (receptor de la inversión) sea contrario al Derecho Internacional. Asimismo, se ha reconocido en los arbitrajes del CIADI que el Derecho Internacional debe cubrir los vacíos que eventualmente pudieran encontrarse en los respectivos sistemas jurídicos internos, teniendo pues un carácter supletorio y correctivo respecto del Derecho Interno. En tal sentido, la función general del Derecho Internacional en el contexto del CIADI, consistiría en cubrir los vacíos y en remediar las violaciones al Derecho Internacional que pudieran resultar de la aplicación del Derecho Interno del Estado receptor de la inversión.⁷⁵

En los primeros laudos producidos en aplicación del CIADI, la tendencia consistía en considerar en forma paralela al Derecho Interno y al Derecho Internacional, sin incurrir en un mayor análisis respecto de la relación que entre ambos debe existir. Es el caso de *Adriano Gardella vs. Cote d'Ivoire* y también es el caso del primer laudo recaído en *Klöckner vs. Camerún*, en donde los tribunales arbitrales respectivos se limitaron a manifestar que existía cierto nivel de concordancia entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional.⁷⁶

Paulatinamente y en algunas decisiones arbitrales posteriores se produjo un mayor análisis sobre el tema. Es así como los tribunales arbitrales comenzaron a aplicar la doctrina de la aplicación supletoria y del efecto correctivo del

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.» En <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm> (junio 2006).

⁷⁵ Cf. UNCTAD (2003); Course on Dispute Settlement; ICSID, 2.6. Applicable Law; UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.5.; p. 23.

⁷⁶ *Ibid.*

Derecho Internacional y luego empezaron a emitir jurisprudencia en el sentido de la aplicación indispensable del Derecho Interno de los Estados.⁷⁷

Siguiendo con esta línea evolutiva jurisprudencial, en el proceso de anulación seguido ante el mismo CIADI respecto del laudo recaído en el caso *Klöckner vs. Camerún*, los árbitros hicieron la siguiente precisión:

«El Artículo 42 de la Convención de Washington (CIADI) ciertamente establece que en la ausencia de acuerdo entre las partes, el Tribunal deberá aplicar la Ley del Estado parte en la controversia...y aquellos principios de derecho internacional que resulten aplicables. El referido artículo le otorga a dichos principios de Derecho Internacional un doble rol, en el sentido de que deben ser entendidos como complementarios, en caso de vacío en la legislación estatal o correctivos, en caso de que la legislación estatal no se ajuste en forma integral a todos los principios del Derecho Internacional. En ambos casos, los árbitros solamente podrán recurrir a los principios del Derecho Internacional una vez tomados en consideración los contenidos del Derecho Interno del Estado en la disputa, el mismo que no puede estar circunscrito a un principio único y una vez que se ha producido para la solución de la controversia la aplicación de la legislación doméstica correspondiente. En consecuencia, el Artículo 42(1) evidentemente no autoriza al árbitro a basarse exclusivamente en reglas o principios de Derecho Internacional.»⁷⁸

Asimismo en el caso *Amco vs. Indonesia*, el tribunal a cargo de la revisión del laudo CIADI, con un criterio diferente al establecido en el caso *Klöckner*, estableció lo siguiente:

«Este tribunal considera que el Artículo 42(1) se refiere a la aplicación del Derecho Interno del país receptor de la inversión y al Derecho Internacional. Si en caso no estuvieran disponibles o no existieran normas de Derecho Interno relevantes respecto de determinada materia, se debe proceder a identificar el Derecho Internacional relevante para dicha materia. Y, en caso de que existan normas relevantes de Derecho Interno para determinada materia, será necesario tomarla en consideración comparándola con el Derecho Internacional, el mismo que deberá prevalecer en caso de conflicto con las normas de Derecho Interno. En consecuencia, el Derecho

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*; p. 23-24.

Internacional es aplicable en su integridad y el clasificar su rol solamente como supletorio o correctivo, implica establecer una distinción irrelevante. En todo caso, este tribunal considera que es su deber contrastar en el presente arbitraje toda reclamación de derecho, en primer lugar, con la legislación de Indonesia y, posteriormente, con el Derecho Internacional aplicable.»⁷⁹

Otro criterio que se puede ubicar en la jurisprudencia sobre la ley aplicable, es el que se aplicó en el caso *Wena Hotels vs. Egipto*, en donde el tribunal sostuvo que prevalecen los tratados ratificados por el Estado receptor de la inversión, sobre la legislación doméstica, precisando lo siguiente:

«En particular, las reglas del Derecho Internacional que tienen que ver en forma directa o indirecta con el consentimiento del Estado, deben prevalecer sobre el Derecho Interno que pueda ser incompatible con dichas reglas de Derecho Internacional. En este contexto no se puede concluir que el recurrir a las normas del Derecho Internacional bajo los preceptos del tratado ICSID o bajo determinados tratados que tengan que ver con la materia controvertida, pueda implicar un proceder antagónico con los intereses nacionales del Estado (receptor).»⁸⁰

Por su parte, la doctrina jurídica es de suma importancia para explicar los alcances de lo que se entiende por Derecho Internacional de las Inversiones. Como hemos visto, la doctrina es una fuente del Derecho Internacional y se le considera al igual que las decisiones judiciales, como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, según lo previsto en el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En este orden de ideas, Lowenfeld sostiene que es necesario reconocer que existe una expansión significativa de TBIs, a lo que se suma un fenómeno similar en lo que concierne a los TLCs y a los capítulos de inversiones contenidos en éstos, dando lugar a que una serie de principios y disciplinas propios del DII hayan alcanzado un amplio espectro de aplicación en el mundo, generando así las condiciones para sostener que estaríamos ante una suerte de Derecho Consuetudinario de las Inversiones.⁸¹

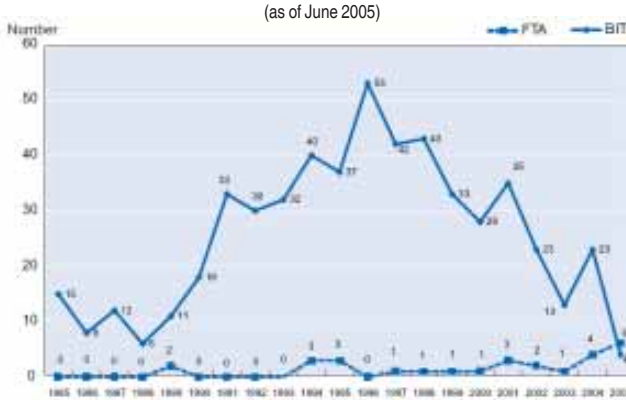
⁷⁹ *Ibid*; p. 24.

⁸⁰ *Ibid*.

⁸¹ Cf. LOWENFELD, Andreas (2003); *Investment Agreements and International Law*; en *Columbia Journal of Transnational Law*; *The Regulation of Foreign Direct Investment Essays*, p. 123-129.

Las afirmaciones de Lowenfeld se pueden corroborar con la información estadística que ofrece la OECD respecto del volumen de TBIs y TLCs en los principales países miembros de dicha organización (Gráfico 4)⁸² y, de otro lado, con la información de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) sobre la evolución global de TBIs y TLCs (Gráfico 5).⁸³

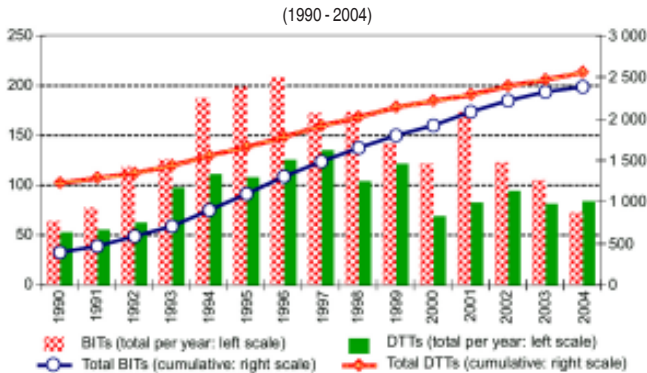
Gráfico 4: Newly contracted BITs and FTAs in main OECD countries*



* Australia, Canada, France, Germany, Japan, Mexico, Netherlands, Spain, Sweden, Switzerland, United Kingdom and United States. No attempt has been made to eliminate double-counting, of which there are 11 apparent examples: 6 BITs and 5 FTAs.

Source: OECD Investment Division.

Gráfico 5: Number of BITs and DTTs concluded, cumulative and annual



Source: UNCTAD, BIT/DTT database (www.unctad.org/ia).

⁸² OECD (2005); International Investment Perspectives; 2005 Edition, OECD; p. 37; en <http://www.oecd.org/dataoecd/13/62/35032229.pdf> (Junio 2006).

⁸³ UNCTAD (2005); World Investment Report 2005: Transnational Corporations and Internationalization of R&D; p. 27; en http://www.unctad.org/en/docs/wir2005ch1_en.pdf (junio 2006).

Por su parte, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) informa respecto de la evolución global de TBI y TLCs, de conformidad con el Gráfico 5.⁸³

Esta suerte de Derecho Consuetudinario comprendería las disciplinas como el libre acceso y establecimiento, el trato nacional, el principio de la nación más favorecida para el tratamiento del inversionista extranjero, el trato justo y equitativo, la eliminación de la Cláusula Calvo, la indemnización y compensación justas ante expropiación directa o indirecta y por regla general, la utilización del arbitraje entre inversionistas y Estados como medio de solución de controversias. A lo que se suma que más de 150 Estados han ratificado el tratado MIGA, sobre garantía de las inversiones,⁸⁴ de los cuales 135 son países en vías de desarrollo; a su vez, un alto porcentaje de países han ratificado la Convención del CIADI, entre otros factores.⁸⁵

Siguiendo al autor antes mencionado, si bien las disciplinas en mención constituyen Derecho Internacional, en la medida en que se encuentran consideradas generalmente en los TBI y capítulos de inversión de los TLCs; lo cierto es que no clasificarían conceptualmente en forma precisa bajo los parámetros característicos y clásicos del Derecho Internacional Consuetudinario y del Derecho de los Tratados.⁸⁶

En el caso específico de los «estándares mínimos de trato al inversionista», por ejemplo, se aprecia desde la doctrina que no existe ningún estudio empírico que verse sobre las prácticas consuetudinarias sobre los Estados en este ámbito. Es decir, no se puede demostrar objetivamente que estemos respecto de este tema ante una práctica general y consistente de los Estados. De otro lado, en realidad, *sería imposible concebir y desarrollar dicho estudio, ante la heterogeneidad que ofrece el tratamiento del tema.*⁸⁷

Las disciplinas del DII referidas en la doctrina y en los tratados internacionales, que conformarían el Derecho Sustantivo del DII, suelen incorporarse en forma específica a los instrumentos internacionales que regulan estas materias

⁸⁴ Ver <http://www.miga.org> (Junio 2006). El Perú ratificó este tratado mediante Resolución Legislativa N° 25312 del 2.4.1991, publicado en el diario oficial El Peruano el 3.4.1991.

⁸⁵ Cf. LOWENFELD; *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*; p. 128.

⁸⁷ Cf. PORTERFIELD, Matthew C. (2006); *An International Common Law of Investor Rights?*; en University of Pennsylvania Journal of International Economic Law; 27 U.Pa.J.Int'l Econ.L. 79; p. 83.

como estándares para el tratamiento del inversionista, pero también concurren en general con otros conceptos y se articulan de diversos modos en cada caso, tal como se enumera a continuación, en la clasificación que ofrecen Salacuse y Sullivan en un estudio reciente:

- Ámbito de aplicación.
- Condiciones para el ingreso de la inversión extranjera.
- Estándares para el tratamiento de la inversión extranjera.
- Regulación en materia de transferencia de dinero.
- Condiciones operativas.
- Compensaciones derivadas de conflictos internos o conflictos armados.
- Protección en contra de expropiaciones injustificadas.
- Solución especializada de controversias.⁸⁸

Nos referiremos en adelante sólo a los llamados estándares sustantivos para el tratamiento de la inversión extranjera y a la protección en contra de expropiaciones injustificadas siguiendo a Lowenfeld.

1. Estándares sustantivos

Sobre los estándares para el tratamiento de la inversión extranjera, encontramos los siguientes elementos, que han sido tratados también en la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones:

- a) Trato justo y equitativo. Es uno de los estándares comunes a cargo del Estado receptor de la inversión que corresponde a una fórmula clásica proveniente del Derecho Internacional, habiendo sido objeto de diversas prácticas estatales así como de diversas interpretaciones, especialmente a partir de la casuística arbitral recientemente producida en la solución de controversias entre inversionistas y Estados.⁸⁹

⁸⁸ Cf. SALACUSE, Jeswald; SULLIVAN, Nicholas (2005); *Do BITS really work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand Bargain*; en Harvard International Law Journal; 46 Harv. Int'l L.J.67; p. 80-91.

⁸⁹ *Ibid.*; p. 83.

Debido a las diversas formas en que este principio ha sido recogido en los TBIs, en los TLCs y en otros instrumentos jurídicos, la interpretación adecuada y precisa del principio dependerá de los contenidos pactados o establecidos en cada instrumento jurídico en particular. Esto incluye el contexto en que dicho instrumento fue creado o pactado, la historia de la negociación y otros factores que permitan identificar las intenciones de las partes. Lo cierto es que han sido muy pocos y recientes los intentos por clarificar los contenidos de este principio en la doctrina.⁹⁰

- b) Protección y seguridad plenas. Se trata de otro estándar común que consiste en la obligación del Estado receptor de la inversión de brindar protección al inversionista en forma constante y plena. Sin embargo, cierta jurisprudencia arbitral⁹¹ precisa que dicha protección tiene sus límites y que el Estado receptor no puede ser considerado responsable de todos los perjuicios que puede sufrir una inversión en su territorio. En tal sentido, el Estado receptor es considerado sólo como responsable cuando no cumple diligentemente con brindar al inversionista la protección correspondiente. En el caso *Asian Agricultural Prod. Ltd. vs. Sri Lanka*⁹² el tribunal arbitral precisó que la protección consiste en la adopción (por parte del Estado receptor) de medidas razonables de prevención que cualquier gobierno «bien administrado» debería de estar en aptitud de brindar en circunstancias similares. En consecuencia, el incumplimiento por parte del Estado receptor en lo que concierne a brindar dicha protección razonable, daría lugar a una indemnización a favor del inversionista.⁹³
- c) Prevención de ocurrencia de medidas discriminatorias o «poco razonables». Se refiere a que ningún Estado aplicará dichas medidas en detrimento de la capacidad de gestión, uso, disfrute y disposición de una inversión. La aplicación de esta disciplina se debe entender caso por caso, sobre la base de los hechos que llegue a demostrar la parte interesada.⁹⁴

⁹⁰ Cf. YANNACA SMALL, Catherine (2005); *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*; en *International Investment Law, A Changing Landscape* ISBN 92-6-01164-1 OECD; p. 73.

⁹¹ Ver Caso *Asian Agricultural Prod. Ltd vs. Sri Lanka*; en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm> (Junio 2006) y el caso *Elettronica Sicula de la Corte Internacional de Justicia*; en <http://www.icj-cij.org> (Junio 2006).

⁹² Cf. <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm> (Junio 2006).

⁹³ Cf. SALACUSE, *Ibid*; p. 84.

⁹⁴ *Ibid*.

- d) Aplicación del Derecho Internacional. Se refiere a que el tratamiento que se brinde no debe ser menor al que reconoce el Derecho Internacional. La aplicación de este principio también puede variar en cada caso, dependiendo además si para efectos de la interpretación del mismo se toma en consideración el Derecho Internacional Consuetudinario o el Derecho contenido en los Tratados Internacionales.⁹⁵
- e) Respeto a las obligaciones contractuales. Se entiende aplicable a los contratos que eventualmente celebren los Estados receptores con los inversionistas, haciendo alusión al principio del *pacta sunt servanda* y entendiéndose que dichos contratos no solamente están gobernados por la legislación doméstica, sino también por el Derecho Internacional aplicable.⁹⁶
- f) Trato nacional y trato de la nación más favorecida. El trato nacional implica que el inversionista deberá recibir un trato no menos favorable que el del nacional del Estado receptor. El trato de la nación más favorecida implica que un Estado receptor no puede brindar un trato menos favorable a un inversionista, que aquél trato que brinda a otros inversionistas extranjeros de otras nacionalidades. Esto permite que el inversionista se pueda beneficiar con el nivel «más alto» de trato que se le brinde a otro inversionista extranjero. Es usual que se combinen ambos factores, a efectos de brindar una mayor cobertura a favor del inversionista.⁹⁷

2. Protección contra expropiaciones

El otro factor a tomar en cuenta es el que se refiere a la protección contra la posible pérdida de propiedad de la inversión, en donde se regula lo referente a las nacionalizaciones, expropiaciones u otras formas de eventual interferencia con los derechos de propiedad del inversionista, por parte de las autoridades del Estado receptor de la inversión. En estos casos, en términos generales, se adopta la estructura jurídica contenida esencialmente en el derecho occidental, mediante la cual se establece que ningún Estado afectará la propiedad, expropiará o nacionalizará, salvo que se trate de razones de interés público, se haga

⁹⁵ *Ibid*; p. 84.

⁹⁶ *Ibid*.

⁹⁷ *Ibid*; p. 85.

de manera no discriminatoria y contra el pago de una compensación justa y se garantice el derecho de defensa en las instancias administrativas correspondientes con posibilidades de revisión judicial. Todos estos elementos han asumido diversas fórmulas en una gama muy amplia de instrumentos jurídicos internacionales.⁹⁸

Lowenfeld, de otro lado, plantea tres casos hipotéticos⁹⁹ con la finalidad de aclarar su perspectiva sobre el desarrollo del DII y los alcances del artículo 42 de la Convención del CIADI, en especial, en lo que se refiere a la aplicación del Derecho Internacional para la solución de las controversias entre inversionistas y Estados. En el primer caso hipotético, existe un TBI entre los países X e Y y una empresa del país X alega que se le ha limitado el acceso a la economía de Y, que ha recibido trato discriminatorio o inequitativo o que ha sido objeto de expropiación por parte del gobierno del país Y. En este caso la empresa del país X puede invocar el TBI correspondiente para la solución de la controversia, aplicando el arbitraje entre inversionista y Estado previsto en el TBI, debiendo los árbitros interpretar el TBI existente entre los países X e Y. Incluso en este caso, debido a que muchos tratados no son iguales, los árbitros pueden interpretar términos como «trato justo y equitativo», «adecuada compensación» o «igualdad de acceso» contenidos en laudos de controversias similares bajo TBIs similares.

En el segundo caso hipotético planteado por el autor, una empresa del país P entra en conflicto con el país R, no existe un TBI entre los países P y R, pero R ha firmado TBIs con otros diez países, forma parte de los tratados MIGA y CIADI y ha prestado también su consentimiento para aplicar este último a la inversión de la empresa del país P en su territorio. En este caso, no obstante que no habría un TBI aplicable en forma directa, según el autor, no existiría ninguna razón para que los árbitros no procedan de la misma manera que en el primer caso hipotético, dado que R ha mostrado su adhesión a los estándares internacionales en diversos tratados.

En el tercer caso hipotético planteado por el autor, el país A no ha concertado ningún TBI con ningún país, pero es parte de la Convención del CIADI o ha consentido un arbitraje bajo CIADI o bajo las Reglas de UNCITRAL o cualquier otra regla de arbitraje reconocida. Supongamos que una empresa del

⁹⁸ *Ibid*; p. 86-87.

⁹⁹ LOWENFELD; *Ibid*; p. 128-130.

país B ha hecho una inversión significativa en el país A y que sobre la base de esta inversión se suscita una controversia entre el inversionista del país B, con el gobierno del país A. Supongamos además que el país A no registra precedentes de haber negado sistemáticamente los principios y disciplinas contenidos en los TBIs contemporáneos y que mantiene la disposición para llevar a cabo arbitrajes con inversionistas extranjeros. Según el autor, en general, las obligaciones de los Estados receptores de inversiones para evitar tratos discriminatorios, brindar trato justo a los inversionistas extranjeros y expropiar sólo contra compensaciones adecuadas son aplicables en este caso. Es así como no sólo cada provisión contenida en tratados típicos serían aplicados sino también todos los conceptos y precedentes del DII.¹⁰⁰

Por esta vía es posible también que en virtud del principio de cláusula de la nación más favorecida eventualmente contenido en otro tratado internacional ratificado por el Estado receptor de la inversión, un tercer inversionista pueda reclamar el mismo tratamiento que el recibido por otro inversionista para someterse al arbitraje del CIADI o para facilitar su acceso directo.¹⁰¹

¹⁰⁰ Cf. LOWENFELD; *Ibid*; p. 129.

¹⁰¹ Sobre la aplicación de la cláusula de nación más favorecida ver casos *Maffezini vs. España* en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/siemens-decision-sp.pdf> (Junio 2006), *Siemens A. G. vs. Argentina* en http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_Decision_sobrejurisdiccion.pdf (Junio 2006) y *Gas Natural SDG S.A. vs. Argentina* en http://ita.law.uvic.ca/documents/GasNatural-Decisionesobrepreguntaspreliminares_sobrejurisdiccion.pdf (Junio 2006). En el caso *Tecmed vs. México* el tribunal, en cambio, consideró que no era aplicable el principio de la cláusula de nación más favorecida por cuanto cuestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del TBI entre España y México (que concierne más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones procesales o jurisdiccionales) por su trascendencia e importancia integran el núcleo de cuestiones que se presume como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes y determinantes de su aceptación del TBI, ya que atañen directamente tanto la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero y del contexto jurídico general dentro del cual opera como al acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas de dicho régimen y no pueden en consecuencia ser desvirtuadas en su aplicación a través de este principio. Ver <http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo051903FINAL.pdf> (Junio 2006).

IV. Balance y perspectivas globales en los AII

En cuanto al desarrollo, estado actual y perspectivas de los medios de solución de controversias en los AII, debe tenerse en cuenta que hacia fines de 2005 el universo de éstos comprendía alrededor de 5,000 acuerdos que incorporan dichos medios, en un espacio jurídico global que se caracteriza por el caos del «spaghetti bowl» referido líneas arriba.

Los 5,000 AII se encuentran divididos en alrededor de 2,400 TBIs. A lo que se suman más de 2,600 acuerdos para prevenir la doble tributación y un número múltiple de acuerdos preferenciales de libre comercio y promoción de inversiones así como diversos tratados de integración económica regional, entre otros acuerdos multilaterales.¹⁰²

En este contexto de tratamiento jurídico heterogéneo, pero con unos lineamientos básicos comunes que sustentan el desarrollo normativo y regulatorio del DII, ha surgido la constatación de que los laudos arbitrales que resuelven controversias entre inversionistas y Estados, influyen en forma creciente pero descentralizada y especializada, la interpretación jurídica de la vasta red de AII que existe en el mundo.

Esta influencia se traduce de distintas maneras, como por ejemplo, en su importancia como referente técnico para las negociaciones futuras de AII y para el planeamiento estratégico de dichas negociaciones.¹⁰³ También resultan relevantes para los arbitrajes que se lleven a cabo en temas similares a futuro y no obstante que los laudos precedentes no son vinculantes, se puede constatar que siempre son fuente permanente de consulta por parte de los tribunales arbitrales. En tal sentido, estamos ante disciplinas e instituciones jurídicas de carácter dinámico, con una tendencia evolutiva marcada por la densidad de los flujos que comprende la última globalización.

De otro lado, a partir del 2005, UNCTAD advierte respecto de un posible efecto de «enfriamiento» de la regulación para la protección de inversiones, que se está dando en el marco de la consolidación de una perspectiva de protección jurídica generalmente pro inversionista, que ya se estaría percibiendo al interior

¹⁰² Ver UNCTAD (2005); *Investor - State Disputes arising from Investment Treaties: A Review*. Unctad Series on International Investment Policies. New York, Geneva; UNCTAD/IIT/2005/4; ISBN 92-1-112692-4.

¹⁰³ Ver KUNDMÜLLER, Franz (2006); *Arbitrajes Mixtos y Ley Aplicable en el TLC - Países Andinos con USA*; en Revista Peruana de Arbitraje No. 2; p. 227-249.

de un número creciente de países receptores de inversión, que entienden esto como una tendencia excesivamente beneficiosa o sesgada a favor de los inversionistas.

En este contexto, el arbitraje inversionista - Estado previsto en los AII tiene el reto de cumplir un efecto de balance, que permita cambiar dichas perspectivas, con miras a asegurar una adecuada protección jurídica que esté de acuerdo con un contexto mundial cada vez más dinámico, donde los flujos de inversión tienden a incrementarse ante la concurrencia de nuevos actores globales estatales y paraestatales, equilibrando así tanto a los receptores como a los exportadores de capital, no obstante que los rige un derecho descentralizado.¹⁰⁴

En consecuencia, de conformidad con algunas fuentes y como veremos a continuación, surge en los AII la necesidad de promover el perfeccionamiento de los aspectos procesales del arbitraje inversionista - Estado, pero también resulta necesario fomentar el perfeccionamiento de las normas sustantivas que componen el DII.

1. Aspectos procesales

En cuanto a los temas procesales generales, hoy se estarían dando las condiciones para desarrollar otros medios no adjudicativos para la solución de controversias en el marco de los AII, asunto que se percibe como de suma importancia a fin de preservar un clima adecuado para la promoción de inversiones, mientras se resuelven los conflictos y se reducen los respectivos costos de transacción.¹⁰⁵ Esto explica los cambios producidos recientemente en las Reglas del CIADI¹⁰⁶ así como una orientación en esta institución a favor de promover el uso de otros medios no adjudicativos de gestión de conflictos.¹⁰⁷

En esta misma línea, se registra también una tendencia en favor de la limitación en la producción de demandas «frívolas» derivadas de conflictos entre

¹⁰⁴ UNCTAD; *Ibid*; p. 53.

¹⁰⁵ *Ibid*; p. 54.

¹⁰⁶ Ver <http://www.worldbank.org/icsid/highlights/03-04-06.htm> (Junio 2006).

¹⁰⁷ Ver ONWUAMAEGBU, Ucheora (2005); *The Role of ADR in Investor - State Dispute Settlement: The ICSID Experience*; en News from ICSID, Vol. 22, No.2, 2005, Washington D.C.; p. 12-14.

inversionistas y Estados. Esto se aprecia en los casos del TLC Chile y Estados Unidos y el TLC Perú y Estados Unidos, entre otros, que significan un avance respecto del capítulo XI del NAFTA y que para estos casos incorporan cláusulas del tipo «fork on the road». A esto se suman las atribuciones de la Secretaría General del CIADI para no registrar las solicitudes de arbitraje que estén manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.

Tenemos también el caso de la exclusión *a priori* de determinadas materias, tal como está previsto en el artículo 22 del modelo de TBI de Canadá.¹⁰⁸ Asimismo en materia tributaria, dicho modelo ha previsto que un asunto de carácter tributario no sería arbitrable en el campo del arbitraje inversionista - Estado, si las autoridades tributarias de ambos Estados parte en el TBI determinan de manera conjunta que no se habría producido una violación del TBI.

Otra cuestión es la referida a los plazos para activar un arbitraje, de un lado tenemos que tanto el TLC Chile y Estados Unidos como el TLC Perú y Estados Unidos establecen que los inversionistas tendrán un plazo de tres años desde que se presentó la controversia para activar los medios de solución de controversias y, de otro lado, ambos estipulan que respecto de medidas restrictivas para la transferencia de capitales los inversionistas no pueden iniciar arbitrajes durante un año desde la entrada en vigencia del TLC.

En todo caso, recomienda UNCTAD, es necesario que exista un balance entre los esfuerzos para contar con regulación procesal más detallada y precisa en materia de gestión de conflictos en los AII, frente al incremento de las atribuciones y discrecionalidad de los árbitros en los AII.¹⁰⁹

En cuanto a las reglas procesales específicas, se vienen dando significativos avances para incrementar los niveles de transparencia en los arbitrajes entre Estado e inversionistas; en especial, porque en este tipo de arbitrajes se ventilan controversias que podrían tener alcances de interés público. Si bien resulta difícil que en los AII ya existentes se renegocien las cláusulas para incorporar estipulaciones que incrementen la transparencia, lo cierto es que los nuevos AII incorporan disposiciones al respecto, como el TLC Chile y Estados Unidos o el TLC Perú y Estados Unidos, entre otros.

Otra tendencia en el campo de incrementar la transparencia se identifica con los cambios en los reglamentos arbitrales, como ocurre con la Regla 37 de

¹⁰⁸ Ver http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/what_fipa-en.asp#structure (Junio 2006).

¹⁰⁹ Cf. UNCTAD; *Ibid*; p. 55.

las Reglas de Arbitraje del CIADI y la Regla 41 del AFR - CIADI, donde se reconoce la autoridad de los tribunales arbitrales para recibir recursos de terceros o permitirles participar en las audiencias arbitrales así como para abrir dichas audiencias al público sin tener que contar para tal efecto con el consentimiento de las partes.¹¹⁰ Asimismo en la práctica también es posible incrementar la transparencia en los arbitrajes inversionista - Estado, mediante la publicación de la información sobre los casos y los laudos,¹¹¹ a lo que se suma el uso de medios electrónicos que, como en el caso del CIADI, publican información sobre los arbitrajes en curso y sobre arbitrajes concluidos.

Otro aspecto procesal específico es el que se refiere a la necesidad de prevenir que se eleven los costos de transacción y garantizar la consistencia de los arbitrajes inversionista - Estado, para lo cual diversos AII contienen reglas que permiten acumular procesos. Los AII posteriores al NAFTA contienen estas disposiciones y lo mismo se puede observar en el caso del modelo de TBI de Estados Unidos¹¹² y en el modelo de TBI de Canadá. En cuanto a garantizar la consistencia de los arbitrajes inversionista - Estado, los más recientes AII incorporan disposiciones también específicas que dejan abierta la posibilidad de contar con órganos de segunda instancia, como en el caso del TLC Chile y Estados Unidos o del TLC Perú y Estados Unidos.

Algunos estudios advierten inconsistencias en los arbitrajes inversionista - Estados, dada la proliferación de casos y su manejo descentralizado a escala global.¹¹³ Por lo pronto, CIADI ha informado que hacia mediados del año 2005 cerca de 20 países habían celebrado tratados que incluían disposiciones para la

¹¹⁰ *Ibid*; p. 56.

¹¹¹ En el Perú en el marco de los arbitrajes sobre compras estatales se permite la publicación de los laudos en virtud del artículo 53 de la Ley N° 26850. Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; ver http://www.consucode.gob.pe/htmls/consultas/laudos_arbitrales/laudos2006.htm (Junio 2006).

¹¹² http://www.ustr.gov/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/Section_Index.html (Junio 2006).

¹¹³ Un estudio reciente de Susan Franck toma en cuenta los casos *Lauder*, derivados del TBI que existe entre República Checa y Estados Unidos, en donde se han producido decisiones contradictorias sobre la misma materia, entre laudos emitidos por tribunales arbitrales radicados en Suecia y en Reino Unido, respectivamente. La autora prosigue su análisis respecto del caso *SGS vs. Pakistán*, en el marco del TBI Suiza - Pakistán, por contraste con el caso *SGS vs. Filipinas*, en el marco del TBI Suiza - Filipinas, registrándose también aquí laudos contradictorios sobre la misma materia. A continuación, Franck analiza el resultado contradictorio producido en laudos derivados de arbitrajes entre inversionistas y Estados, en el

puesta en práctica de medios procesales de apelación en los arbitrajes inversionista - Estado. Adicionalmente, según UNCTAD, otro de los temas a considerar para mejorar este tipo de arbitrajes, consiste en incrementar la calidad de las «arbitrabilidades locales», promoviendo el arbitraje institucional nacional, a efectos de reducir costos e incentivar los desarrollos y capacidades en el campo del arbitraje a nivel interno de los países.¹¹⁴

2. Aspectos sustantivos

En cuanto a los temas sustantivos sobre DII, que requerirían mayor atención a partir de las experiencias derivadas de los arbitrajes entre inversionistas y Estados, encontramos los regímenes de trato nacional, la cláusula de la nación mas favorecida, el trato justo y equitativo y el régimen de expropiaciones que se incorporan en los AII y que suelen ser materia de interpretación en los arbitrajes antes mencionados.

En relación con las disposiciones sobre trato nacional del inversionista, se entiende que dicho trato debe ser «no menos favorable» al que reciben los nacionales a lo que debe agregarse la condición de «circunstancias similares», de donde fluye que la clave para calificar el trato nacional radica en la forma en que debe entenderse el concepto del trato (nacional) en «circunstancias similares». Sin embargo, este asunto ha sido interpretado por los tribunales arbitrales en distintos términos sobre la base de jurisprudencia arbitral producida caso por caso. De conformidad con el análisis que formula UNCTAD, una inadecuada regulación podría generar la peculiar situación de que una empresa transnacional que califique como inversión o inversionista, cuente con una facturación incluso superior al PBI del país receptor y pueda recibir el mismo trato que una pequeña empresa local, por la simple razón de operar en «circunstancias similares».¹¹⁵

marco de NAFTA, sosteniendo que en tres casos los tribunales arbitrales produjeron decisiones divergentes sobre el alcance del estándar «trato justo y equitativo», como ocurrió en *S.D. Myers vs. Canadá*; *Metalclad Corporation vs. Mexico* y *Pope & Talbot, Inc. vs. Canadá*; Cf. FRANCK, Susan (2005); *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through inconsistent Decisions*; en *Fordham Law Review*, 75 *Fordham L. Rev.* 1521; p. 1559-1582.

¹¹⁴ Cf. UNCTAD; *Ibid*; p. 57.

¹¹⁵ *Ibid*.

Para el caso de la cláusula de la nación más favorecida, resulta conveniente que los nuevos AII contengan disposiciones mejor redactadas y delimitadas, a efectos de evitar que en futuros arbitrajes los tribunales arbitrales tengan que referirse a laudos inconsistentes entre sí, como los recaídos en los casos *Maffezini*, *Tecmed*, *Salini y Palma*. El Anexo III del Modelo de TBI de Canadá establece un método que podría servir de base para atender este tipo de inconsistencias, pues solamente funciona hacia delante, excluyendo de plano la aplicación de cualquier tratado bilateral o multilateral vigente con anterioridad, excluyendo dichos tratados previos como base para aplicar los beneficios que reconoce la cláusula en mención.¹¹⁶

Otro ámbito que requiere mayor precisión para ser regulado es el que se refiere al trato justo y equitativo.¹¹⁷ Tanto el modelo de TBI de Canadá como el de Estados Unidos establecen que el trato justo y equitativo así como la protección y seguridad plenas, no requieren de un tratamiento que vaya más allá de los requerimientos establecidos por el Derecho Internacional Consuetudinario en lo que respecta al estándar mínimo de trato a favor de los extranjeros. Una estructura interesante de regulación es el recogido en el modelo de TBI de Estados Unidos, que establece que el trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar el acceso a la justicia administrativa, civil o criminal, mientras que la protección y seguridad plenas son aquellas que pueden proveer las autoridades policiales nacionales en armonía y cumplimiento con el Derecho Internacional Consuetudinario.¹¹⁸

Finalmente, otros ámbitos que merecen atención son los que se refieren a las expropiaciones regulatorias o indirectas y a las notas interpretativas incorporadas a los AII luego de ser adoptadas por los entes competentes como la Comisión de Libre Comercio del NAFTA. En el primer caso, debe de existir un balance entre el derecho de un Estado a regular soberanamente su economía y el razonable interés comercial del inversionista.¹¹⁹ Conviene destacar en este punto que tanto el modelo de TBI Canadá como el de Estados Unidos, contienen novedosas reglas para facilitar este equilibrio.

¹¹⁶ *Ibid*; p. 59.

¹¹⁷ Ver OECD (2005); *International Investment Law: A changing Landscape; A Companion Volume to International Investment Perspectives*; ISBN92-64-01164-1; p. 73-125.

¹¹⁸ *Ibid*; p. 60.

¹¹⁹ Ver OECD (2004); *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in international Investment Law; Working Papers on international Investment Law*, No. 2004/4, prepared by Catherine Yannaca-Small.

En ambos casos se utiliza anexos con listas detalladas que clarifican las actividades regulatorias de los Estados, incluyendo diversos factores de evaluación como el impacto económico de la medida regulatoria, su posible interferencia con las expectativas del inversionista, entre otras. En el caso del TLC Perú y Estados Unidos, se incorporó un esquema similar, donde se hace referencia a la regulación en el Anexo 10 B del capítulo X de inversiones, destacando la relevancia de los actos regulatorios no discriminatorios en materia de bienestar público a no ser considerados en modo alguno como medidas expropiatorias directas ni indirectas.¹²⁰

De otro lado, en lo que se refiere a las notas interpretativas adoptadas por entes especiales derivados de los AII, un antecedente interesante es el que se encuentra en el caso de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, la misma que produce interpretaciones del tratado a efectos de clarificar los alcances de determinadas cláusulas, lo que armoniza perfectamente con los alcances de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.¹²¹ Una estructura similar ha sido recogida en el Capítulo XX del TLC Perú y Estados Unidos.¹²²

Como se puede entonces apreciar, existe una gran variedad de temas que tienen que ver con los AII y su vertiginosa evolución, a lo que se suma el gran dinamismo del DII, donde los medios descentralizados de gestión de conflictos adquieren hoy un rol preponderante. Es muy probable que dicho dinamismo tienda a acelerarse aún más y que se incremente la participación competitiva de los países en el empeño por captar inversiones y adecuarse a los nuevos flujos que comprende la última globalización. Esto supone una transformación jurídica de enorme envergadura, que ya ha empezado a (re)dibujar un nuevo horizonte en la solución de controversias derivadas de inversiones que tiende a armonizar criterios frente a la diversidad, a desarrollar los contenidos de las disciplinas del DII, a ampliar o delimitar sus fronteras y a orientar su aplicación. Las coordenadas, en cualquier caso, son ahora más precisas para el siglo XXI.

¹²⁰ Ver <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf> (Junio 2006).

¹²¹ UNCTAD; *Ibid*; p. 60.

¹²² Ver <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/20.Administracion.pdf> (Junio 2006).