

Mecanismos de solución de controversias Estado vs. Estado e inversionista extranjero vs. Estado en el TLC Perú-USA

"Resulta difícil pensar en incluir en un Tratado de Libre Comercio de carácter bilateral mecanismos de reforzamiento como la suspensión de beneficios, o del acceso al mecanismo alternativo a la parte que incumpla una recomendación, hasta el momento que la cumpla, más aún tomando en consideración que esto no ha sido posible hasta el momento en el marco multilateral de la Organización Mundial del Comercio"^{*}

SUMARIO. - 1. Introducción. - 2. Sistema de Solución de Controversias entre Estados parte en el Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos (Capítulo 21). - 3. Solución de controversias internacionales entre particulares. - 4. Mecanismos de solución de controversias de inversión entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión (Capítulo 10). - Bibliografía.

Christian Carbajal Valenzuela

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Warwick, Inglaterra, Profesor universitario de los cursos de "Derecho Comercial Internacional" y "Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos" en las Universidades: Pontificia Universidad Católica del Perú, San Martín de Porres y Universidad de Lima, Ex-Director de Themis-Revista de Derecho, editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Introducción

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

Se menciona en el preámbulo como objetivo del TLC Perú-USA^{**} asegurar un marco jurídico y comercial previsible para los negocios y las inversiones, siendo el mecanismo de solución de conflictos un pilar fundamental para lograr este propósito.

El tema relativo a la solución de controversias en el TLC Perú-USA puede abordarse desde dos perspectivas distintas.

* CONSEJO EDITORIAL.

** Entiéndase: Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos. CONSEJO EDITORIAL.

Por un lado encontramos en el Capítulo 21, relativo a "Solución de controversias", el mecanismo de solución de disputas entre los Estados parte en el TLC por violación o amenaza de violación de sus disposiciones. Por otro lado, en el Capítulo 10, sobre "Inversiones", se incorpora el mecanismo de solución de conflictos de inversión, entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión.

No cabe duda que la eficiencia que se logre en la adecuada implementación de las disposiciones contenidas en el TLC Perú-USA, como ocurre en relación a cualquier tratado de comercio o de inversión, se fundamenta en la previsión de un mecanismo de solución de disputas que sea eficiente, previsible, equitativo y en la mayor medida posible vinculante.

2. Sistema de solución de controversias entre Estados parte en el TLC (Capítulo 21)

Se establece como principio fundamental la libertad de elección que tiene el Estado reclamante de elegir el foro que le parezca más conveniente, ya sea el previsto en el propio TLC Perú-USA, en la Organización Mundial de Comercio (OMC) o en cualquier otro tratado que vincule a Estados Unidos y al Perú. En este último caso, podría tratarse en el futuro de algún foro que se constituya en el marco de un eventual Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA). El foro seleccionado por el Estado reclamante será vinculante.

El objetivo del sistema de solución de controversias Estado vs. Estado es ofrecer un mecanismo expeditivo de solución de los conflictos que se generen por infracción de algún derecho contenido en el TLC derivado de alguna disposición estatal emitida o por emitirse. También se encuentran bajo el ámbito de aplicación las controversias entre los Estados relativas a la interpretación o aplicación del Tratado.

Se establece que ni el Perú ni Estados Unidos otorgarán derecho de acción a los particulares contra cualquiera de los dos Estados, por incumplimiento de las obligaciones contenidas en el TLC (salvo el caso especial de inversiones, que tiene su propio sistema de solución de controversias, como veremos más adelante).

2.1. Características principales del procedimiento de solución de conflictos Estado vs Estado previsto en el TLC.

El procedimiento previsto en el Capítulo 21 está dividido en tres etapas claramente diferenciadas:

A) Etapa de consultas o negociación directa

Se inicia con la presentación de una solicitud de consultas, en la que se debe identificar las medidas violatorias o el proyecto de medida violatoria, señalando claramente qué disposiciones del TLC son o serían violados. El plazo para la realización de las consultas es como regla general de 60 días.

B) Intervención de la Comisión de Comercio

Si no se alcanza una solución a nivel de consultas, se solicita la intervención de la Comisión de Comercio (conformada por representantes del Perú y Estados Unidos a nivel Ministerial). Esta Comisión puede: a) convocar a asesores técnicos; b) recurrir a buenos oficios, mediación o conciliación (todos medios auto-compositivos con intervención de terceros); y c) formular recomendaciones que

no tienen carácter vinculante. El plazo para que se alcance una solución en esta etapa de intervención de la Comisión es de 30 días.

C) Establecimiento de un Panel Arbitral

Si a los 30 días de reunida la Comisión de Comercio ésta no ha logrado que se obtenga una solución al conflicto, cualquiera de las partes puede solicitar el establecimiento de un Panel Arbitral, conformado por tres personas.

Es importante mencionar que un Panel Arbitral no puede ser establecido para revisar un proyecto de medida gubernamental. En este caso el conflicto sólo podría solucionarse vía consultas o intervención de la Comisión.

El procedimiento ante el Panel Arbitral pretende tener naturaleza "cuasi-jurisdiccional", jurídica o adjudicativa (al menos en lo que se refiere al procedimiento) y es en apariencia de tipo hetero-compositivo, a diferencia de las dos primeras etapas de consultas e intervención de la Comisión de Comercio, que son claramente mecanismos de carácter auto-compositivo, diplomático o político.

Esto es así ya que las reglas de procedimiento ante el Panel Arbitral deben garantizar dos derechos fundamentales: a) derecho a contar con por lo menos una audiencia que será pública (aspecto positivo que supera el sistema de solución de controversias de la OMC); y b) derecho a presentar alegatos iniciales y réplica.

Se permite en el mecanismo de solución de controversias Estado v.s. Estado la intervención de terceros (como podrían ser organismos no gubernamentales – ONGs o gremios empresariales), siempre que los dos Estados lo autoricen. El objetivo es que terceros con conocimientos especializados puedan presentar opiniones escritas que proporcionen elementos de juicio al Panel Arbitral para la evaluación adecuada de la materia en controversia. Dichos terceros no se integran como partes en el proceso y sus escritos no obligan al Panel Arbitral, siendo solamente referenciales.

Igualmente el Panel Arbitral puede requerir la asesoría de expertos, siempre que las partes así lo autoricen.

Los Estados parte en el conflicto deben aprobar al inicio del procedimiento los "Términos de Referencia" del Panel Arbitral, los cuales deben señalar expresamente si el Panel está autorizado o no para formular conclusiones sobre el nivel de los efectos comerciales adversos que haya generado un determinado incumplimiento del TLC.

El Panel Arbitral emite un informe inicial que debe contener: a) las conclusiones de hechos; y b) la determinación respecto a la violación o no de una obligación del Tratado por parte de Estados Unidos o del Perú. Siempre que las partes lo soliciten, el Panel podrá hacer recomendaciones para la solución de la controversia. Las partes pueden hacer observaciones o solicitar aclaraciones sobre el informe inicial.

El Panel Arbitral presentará a las partes un informe final dentro de los 30 días de presentado el informe inicial, que incluirá una valoración de las opiniones hechas por Estados Unidos y/o el Perú respecto al informe inicial. Este informe final estará a disposición del público, salvo la protección de determinada información de naturaleza confidencial.

Al ser notificados con el informe final, las partes deberán acordar directamente la solución a la controversia, la cual, normalmente, se deberá ajustar a las determinaciones y recomendaciones, que de ser el caso, formule el panel.

Señala el Tratado que la solución que alcancen las partes será, siempre y cuando sea posible, eliminar la no conformidad o la anulación o menoscabo del derecho transgredido.

En caso de producirse incumplimiento del informe final por el Estado demandado, el Estado reclamante tiene 3 alternativas: a) obtener una compensación; b) obtener el pago de una cuota monetaria; o c) suspender determinados beneficios al Estado demandado. Todas estas medidas son transitorias, hasta que se elimine el incumplimiento.

Si no se cumple lo dispuesto en el informe final (sea una determinación o una recomendación), dentro de los 45 días de notificado dicho informe, la parte demandada iniciará negociaciones para lograr una compensación mutuamente aceptable.

Si no se llega a esta compensación mutuamente aceptable o ésta se incumple, la parte reclamante podrá notificar su intención de suspender determinados beneficios. Esta suspensión debe darse en principio en el mismo sector. Si no es factible ni eficaz para el reclamante, éste podrá suspender beneficios en otros sectores.

No cabe la suspensión de beneficios si la parte demandada se compromete a pagar una cuota pecuniaria anual. Si no paga la compensación pecuniaria acordada, la parte reclamante podrá suspender los beneficios.

2.2. Comentarios en torno al sistema de solución de controversias Estado vs. Estado contenido en el TLC Perú-USA

La principal observación que se puede formular a este sistema es que constituye un mecanismo de solución de controversias "no vinculante". No constituye un mecanismo propiamente hetero-compositivo, aún en la tercera etapa de actuación del "Panel Arbitral".

Si bien al procedimiento se le ha otorgado un aparente carácter "cuasi-judicial" (mediante la incorporación de audiencias públicas, presentación de alegatos y réplicas, etc.), el resultado final del procedimiento (determinaciones y recomendaciones del "Panel Arbitral") depende de la discrecionalidad de las partes y del acuerdo final al que éstas pueden arribar.

Son diversas las ocasiones en las que se requiere el acuerdo de las partes para garantizar la eficacia del sistema de solución de conflictos, por ejemplo, para la intervención de terceros en el procedimiento, participación de expertos, emisión de recomendaciones por el "Panel Arbitral", solución final acordada por las partes que deberá, normalmente, respetar lo señalado por el Panel, entre otros supuestos.

Existe asimismo un elevado nivel de discrecionalidad en el cumplimiento o incumplimiento de las determinaciones o recomendaciones emitidas por el Panel Arbitral. Esta discrecionalidad puede verse, por ejemplo, al señalarse en el TLC que la solución será, siempre que sea posible, eliminar la disconformidad o menoscabo, o cuando se señala que la compensación deberá ser mutuamente aceptable, o cuando se

establece la posibilidad de pago de una cuota pecuniaria para resarcir el incumplimiento.

Es por ello que podemos afirmar que el sistema de solución de controversias Estado v.s Estado del TLC Perú-USA continúa siendo de tipo diplomático o político auto-compositivo, con ciertas características "cuasi-jurisdiccionales" en cuanto al procedimiento.

En los sistemas en los que la solución final propuesta por el tercero (en este caso el "Panel Arbitral") no es vinculante, el poder de negociación (en función al peso económico y comercial de cada país) puede resultar un elemento decisivo para la real implementación y cumplimiento de las recomendaciones.

Este sistema adolece de las mismas limitaciones del sistema de solución de diferencias de la OMC (falta de obligatoriedad en la etapa de cumplimiento de las recomendaciones). En el marco de la OMC se discuten algunas alternativas para mejorar el sistema, entre ellas: a) permitir la suspensión de beneficios o medidas de represalia colectivas (para compensar el desbalance de poder entre las partes). Esto claramente no sería aplicable en el caso de un tratado bilateral como el TLC Perú-USA; o b) suspender el acceso al mecanismo de solución de controversias a la parte que incumpla una recomendación, hasta el momento que la cumpla. Esto podría ser factible. El problema es que subsistirían las vías alternativas que no establecen esta sanción.

El sistema sin duda no es perfecto por la falta de carácter vinculante de las determinaciones y recomendaciones emitidas por el "Panel Arbitral", así como por el alto nivel de discrecionalidad que tienen las partes a lo largo de todo el procedimiento. Sin embargo, dadas las circunstancias, resulta difícil pensar en incluir en un TLC de carácter bilateral mecanismos de reforzamiento como los señalados en el párrafo anterior, más aún tomando en consideración que esto no ha sido posible hasta el momento en el marco multilateral de la OMC, en donde los poderes de negociación de los Estados parte pueden equilibrarse con mayor facilidad que en un convenio bilateral como es el TLC Perú-USA.

3. Solución de controversias internacionales entre particulares

Se menciona de manera tangencial en el TLC la necesidad que el Perú y Estados Unidos promuevan el uso de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARCs) en las controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.

Se establece asimismo la necesidad que los Estados garanticen el respeto a los convenios arbitrales y la ejecución expeditiva de los laudos arbitrales internacionales. Al respecto, debemos mencionar la relevancia en este tema de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975. El Perú ha ratificado y es parte de ambas Convenciones.

4. Mecanismo de solución de controversias de inversión entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión (Capítulo 10 sobre inversiones)

El sistema de solución de controversias Inversionista-Estado contenido en el TLC Perú-USA es bastante completo y supera en opinión del autor muchas de las críticas que se han

formulado al sistema arbitral del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones del Banco Mundial) como consecuencia de determinados laudos arbitrales controvertidos. Este Capítulo busca consolidar un marco jurídico que garantice y proteja la inversión y al inversionista, coadyuvando a crear un clima adecuado, estable y previsible.

El capítulo de inversiones se aplica a las medidas (leyes, regulaciones o prácticas en general) que un Estado receptor ejecute en relación con inversionistas extranjeros y sus inversiones en el territorio del Estado receptor.

Debe tratarse de un acto estatal en ejercicio de autoridad regulatoria, administrativa u otra autoridad gubernamental propia del *Ius Imperium* del Estado. No debe tratarse de un acto de gobierno de naturaleza estrictamente comercial (consecuencia del –hasta cierto punto– discutible Laudo Arbitral CIADI en el caso Eudoro Olguín (inversionista peruano) v.s República del Paraguay)¹. Debe hacerse un análisis estructural y funcional del acto de Estado. Lo que protege el Capítulo de Inversiones del TLC son riesgos no comerciales que pudieran afectar injustificadamente la inversión (actos o medidas gubernamentales, expropiaciones directas o indirectas, conflicto armado, guerra civil, etc.). Las medidas de expropiación están permitidas sólo cumpliendo determinados requisitos (que se realicen por un propósito público, que no sean discriminatorias, que se ejecuten mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización, siguiendo el debido proceso legal).

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

El TLC Perú-USA incorpora determinados principios de protección al inversionista. Se han incorporado dos estándares relativos: a) trato de nación más favorecida², que no incluye mecanismos de solución de diferencias, superando lo establecido en el caso CIADI Maffezini (inversionista argentino) v.s. Reino de España³; y b) trato nacional⁴.

Asimismo, incorpora un estándar absoluto. Primero un nivel mínimo de trato, que conforme al Derecho Internacional Consuetudinario, incluye trato justo y equitativo,

¹ Laudo Arbitral CIADI N° ARB/98/5 de julio de 2001 entre Eudoro Armando Olguín (inversionista peruano) v.s. República del Paraguay, en el que se señala en el punto 73 de sus considerandos y citando a otro Tribunal de Arbitraje: "[...] el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios."

² En cuanto al trato de la nación más favorecida, señala el artículo 10.4, primer párrafo, del TLC Perú-USA: "Cada Parte concederá a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio".

³ Laudo Arbitral CIADI N° ARB/97/7 sobre excepciones a la jurisdicción de enero de 2000 entre Emilio Agustín Maffezini (inversionista argentino) v.s. Reino de España, en el que se indica en los considerandos 46 y 56, respectivamente, lo siguiente: "El segundo problema principal se refiere a si puede considerarse que las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en un tratado con un tercero están razonablemente relacionadas con el tratamiento justo y equitativo al que se aplica la cláusula de la nación más favorecida en los tratados básicos sobre comercio, navegación o inversiones y, por consiguiente, si tales disposiciones pueden considerarse como materias comprendidas en dicha cláusula..." y "[...] puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida[...]"

⁴ En cuanto al trato nacional, señala el artículo 10.3, primer párrafo, del TLC Perú-USA: "Cada Parte concederá a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio".

protección y seguridad plenas y protección de los derechos económicos e intereses de los extranjeros (entre otros elementos incluye la obligación de no denegar justicia y el otorgamiento de garantías de protección policial).

Es importante resaltar la referencia contenida en el TLC según la cual *"la determinación de una violación a cualquier otra disposición del TLC o de otro acuerdo internacional separado (que no sea el capítulo de inversiones) no implica que se haya violado el principio de trato justo y equitativo"*. Esta incorporación, en opinión del autor, es una consecuencia del laudo CIADI Metalclad (inversionista americano) v.s. México⁵, que también fue objeto de diversas críticas, algunas legítimas y otras sin mayor fundamento.

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

4.1. Características principales del Sistema de solución de controversias Inversionista – Estado contenido en el TLC

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

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

- A) Arbitraje ante el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones del Banco Mundial). El Perú es parte del Convenio CIADI desde 1993⁶. Ésta seguramente será la vía más utilizada.
- B) Arbitraje *ad-hoc* de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (reglas CNUDMI-UNCITRAL); o,
- C) Arbitraje ante cualquier otra institución arbitral (por ejemplo ante la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) o podría pensarse incluso en una institución arbitral nacional, si las partes así lo acuerdan).

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

⁵ Laudo Arbitral CIADI N° ARB AF/97/1 de agosto de 2000 entre Metalclad Corporation (inversionista norteamericano) vs. Estados Unidos Mexicanos, en el que el Tribunal Arbitral llega a la conclusión que México violó el principio de trato justo y equitativo a las inversiones, al haber transgredido el principio de transparencia, principio no contenido en el Capítulo de Inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), que regula la relación entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores de inversión. Esta interpretación del Tribunal CIADI no fue compartida por la Corte de British Columbia, Canadá, ante la cual México presentó posteriormente un recurso de anulación.

⁶ El Perú ratificó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) mediante Resolución Legislativa N° 26210, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de julio de 1993 y en vigencia desde el 8 de septiembre de 1993.

Es importante resaltar que la solicitud de arbitraje requiere de la renuncia por escrito a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento ante el Poder Judicial, entidad administrativa nacional o procedimiento de cualquier otra naturaleza respecto de la misma violación, a fin de evitar foros paralelos con la posibilidad de obtener fallos contradictorios.

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

El objeto del arbitraje puede estar referido a distintos marcos normativos: a) incumplimiento de obligaciones contenidas en el TLC; b) incumplimiento de autorizaciones estatales otorgadas a la inversión; y c) incumplimiento de un Convenio de Inversión entre el Inversionista Extranjero y el Estado receptor⁷. Los Convenios de Inversión cubiertos están limitados a convenios para la explotación de recursos naturales, prestación de servicios públicos (puertos, aeropuertos, etc.) o desarrollo de infraestructura. Por otro lado, los Convenios de Estabilidad Jurídica suscritos al amparo de los Decretos Legislativos 662 y 757 de promoción a las inversiones⁸, estarán protegidos por las disposiciones del TLC, sólo en la medida en que dichos Convenios de Estabilidad formen parte de un Convenio de Inversión más amplio entre el inversionista extranjero y el Estado receptor.

4.2. Aportes del TLC Perú-USA en relación al sistema de solución de controversias en materia de inversiones y en especial al sistema CIADI

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

Un Estado Parte no contendiente (por ejemplo Estados Unidos en una controversia entre un inversionista americano vs. el Perú) podrá presentar comunicaciones orales o escritas ante el Tribunal Arbitral respecto a la interpretación del TLC. Esto es muy usual en el marco de la OMC; sin embargo, en el marco del CIADI es contrario. No obstante, pareciera que se acerca a lo que en Derecho Internacional se conoce como protección diplomática (institución hoy superada).

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

⁷ Como ejemplos de Convenios de Inversión podemos mencionar a los contratos de concesión para la explotación de recursos naturales producto de las privatizaciones, como es el caso de la minería, contratos suscritos por Peru Petrol para la exploración y/o producción de hidrocarburos, convenios de estabilidad jurídica, convenios para la ejecución de grandes obras de infraestructura, entre otros, en los que normalmente se incluye una cláusula arbitral.

⁸ Decreto Legislativo 662, Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras, de agosto de 1991 y Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, de noviembre de 1991.

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

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

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

Otra novedad respecto al sistema del CIADI se relaciona con el Derecho aplicable a la controversia. El TLC hace una interesante distinción, buscando superar las inconsistencias de determinados laudos CIADI que han generado polémica: a) Si se trata de una violación de una disposición del TLC, la ley aplicable será el TLC y las normas aplicables del Derecho Internacional; b) si se trata de una violación a una autorización estatal de inversión o de un Convenio de Inversión entre el inversionista y el Estado, el derecho aplicable serán las normas especificadas en la autorización o en el convenio de inversión; y c) si no hay normas especificadas, la ley aplicable será la legislación del Estado receptor y las normas del Derecho Internacional, según sean aplicables. Esta disposición es positiva, pues respeta la aplicación de la ley del Estado receptor si así lo han acordado las partes, a diferencia de lo que venía ocurriendo en la Jurisprudencia Arbitral CIADI, en donde no existía necesariamente claridad en cuanto al Derecho aplicable al fondo de la controversia, existiendo incluso laudos contradictorios en cuanto a la aplicación al fondo de la controversia del Derecho Internacional o del Derecho interno del Estado receptor de la inversión, especialmente en los casos donde se hubiere pactado una determinada ley aplicable al fondo de la controversia en un Convenio de Inversión entre el inversionista extranjero y el Estado receptor, existiendo asimismo una ley aplicable distinta contenida en un Convenio Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones (BIT) entre el Estado del inversionista y el Estado receptor de la inversión.

Se menciona en el TLC Perú-USA en lo referente al laudo arbitral, que cuando el tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal podrá ordenar el pago de daños pecuniarios e intereses, así como la restitución de la propiedad del

demandante y el pago de costas y honorarios a favor del demandante. ¿Qué ocurre si el laudo es desfavorable al demandante y favorable al demandado? ¿Se ordenará al demandante el pago de daños a favor del demandado (en general los Estados receptores) por demanda frívola por ejemplo? El TLC no señala nada al respecto.

Finalmente debemos señalar en el tema de solución de controversias inversionista extranjero v.s. Estado receptor de inversión, que el TLC contiene una serie de disposiciones novedosas que buscan superar de manera creativa diversas inconsistencias detectadas en la jurisprudencia arbitral del CIADI. Una vez que el TLC entre en vigencia, el uso del mecanismo de solución de controversias ante el CIADI pasará a ser bastante más usual y necesario de lo que ha sido hasta el momento en el Perú, lo cual indudablemente favorecerá el clima de inversiones en la relación Perú-Estados Unidos.

Bibliografía

Laudo Arbitral CIADI N° ARB/98/5 de julio de 2001.

Texto del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos.

Laudo Arbitral CIADI N° ARB/97/7, enero de 2000.

Laudo Arbitral CIADI N° ARB AF/97/1 de agosto de 2000.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) aprobado en Perú mediante Resolución Legislativa N° 26210, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de julio de 1993 y en vigencia desde el 8 de septiembre de 1993.

Decreto Legislativo 662, Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras, de agosto de 1991.

Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, de noviembre de 1991.