

ACCESO A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN SUSCRITOS POR EL PERÚ: REQUISITOS Y PARTICULARIDADES

Carlos Ignacio Suarez Anzorena*

Los Tratados Bilaterales de Inversión son instrumentos internacionales cuya principal finalidad es brindar seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros, quienes, preocupados por los riesgos políticos que pudieran presentarse en el territorio donde planean o han realizado su inversión, buscan proteger sus intereses a través de diversos mecanismos, uno de los cuales es el abordado en el presente trabajo. La suscripción de estos tratados, por su importante función, se ha visto incrementada sobremanera, habiendo participado Perú en gran cantidad de ellos.

En este sentido, el reconocido autor argentino analiza y comenta los principales Tratados Bilaterales de Inversión en los que ha participado el Perú, para lo cual desarrolla las características generales de dichos instrumentos, las entidades de solución de controversias, los principales conflictos que pueden presentarse entre las jurisdicciones nacional e internacional, la cláusula de la nación más favorecida y algunos problemas en su aplicación, entre otros aspectos de especial trascendencia y repercusión en potenciales arbitrajes futuros.

* Abogado. Miembro del Grupo de Arbitraje Internacional de Clifford Chance LLP. Londres.

INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE LOS TBIS EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO CONTEMPORÁNEO

La presente contribución tiene como objetivo brindar una introducción a los aspectos operativos de los mecanismos de solución de controversias entre inversores y estados que establecen los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, "TBIs")¹. En particular, la atención se centrará en el rol que el arbitraje internacional cumple en tal contexto y en los requisitos que condicionan el acceso a tan especial jurisdicción.

Los TBIs se han transformado en uno de los instrumentos centrales del Derecho Internacional económico contemporáneo desde que la por entonces República Federal de Alemania tomó la iniciativa de promover este tipo de acuerdos interestatales allá por 1959². Todo comenzó –o al menos tomó una forma similar a la actual– en 1957, cuando un grupo de empresarios alemanes, reunidos en Colonia, publicaron un proyecto dirigido a fomentar la protección de sus inversiones en el extranjero, el cual se denominó *International Convention for the Mutual Protection of Property Rights in Foreign Countries*³.

Mucha agua ha pasado bajo el puente desde ese entonces y los TBIs se han transformado en la herramienta jurídica internacional más difundida para promover los flujos internacionales de capital. La fórmula sobre la que se asienta tal vocación de promoción es muy simple: brindar a los inversores ciertas garantías de trato sustancial y procesal a los fines de facilitar la administración del riesgo político asociado con los proyectos de inversión en jurisdicciones extranjeras. Tal riesgo político tiene variados componentes, siendo los más importantes: i) la incertidumbre regulatoria propia de incursionar en sistemas legales desconocidos; y, ii) los posibles déficits institucionales –o la percepción de éstos– en una cierta jurisdicción, lo cual incide en el riesgo de que el Estado huésped interfiera con el uso y goce de una inversión sin brindar remedios adecuados.

En la medida que los TBIs sirven para administrar el riesgo político, el efecto esperado es que

aumente el volumen de inversión por devenir al volverse viables ciertos proyectos que no lo eran previamente y/o se reduzca el costo del capital relativo a los proyectos de inversión en la medida que se le da mayor certidumbre legal a su continuidad. Es importante entender, a estos fines, que un proceso de inversión importante está generalmente condicionado por una asimetría de información originaria: el inversor tiene capacidad de negociar hasta que invierte, pero luego de que instala riqueza en el Estado huésped, queda a merced de sus instituciones y circunstancias, no sabiendo si en el mediano o largo plazo los compromisos asumidos y las expectativas creadas serán efectivamente honrados.

La siguiente información estadística ilustra acerca de la importancia de los TBIs en el Derecho Internacional económico contemporáneo⁴:

- Para fines del año 2005 se habían firmado 2495 TBIs, de los cuales 1891 estaban en vigor.
- Este número es casi equivalente al de Tratados sobre Doble Imposición Tributaria, que constituyen el otro tradicional instrumento dirigido a facilitar los flujos de capitales internacionales, los cuales sumaban 2758 para fines de 2005.
- 464 TBIs tienen como parte a países de América Latina.
- Aunque la mayoría de los TBIs tienen como parte a un país exportador de capital y a un país importador de capital, 644 TBIs tienen como parte a dos países que son netos importadores de capital.
- Para fines del año 2005 ya se habían verificado 226 disputas entre inversores y estados con base en un TBI, habiendo evolucionado el número anual de disputas de manera exponencial en los últimos 20 años, hasta llegar a un promedio de entre 40 y 50 casos desde el año 2003.

La República del Perú ha sido un relativamente prolífico actor en este campo en los últimos años,

¹ Al momento de prepararse esta contribución aún no se encuentra en vigor el Tratado de Libre Comercio entre Perú y los Estados Unidos de América, el cual tiene un capítulo (10) que opera como un TBI, ni tampoco el recientemente suscrito TBI Perú - Canadá. Debe notarse que, si bien se hace referencia a tales instrumentos para ilustrar algunas hipótesis técnicas, las novedades y complejidades que ellos plantean justifican un tratamiento específico y por separado.

² Ver: "The Proposed Convention to Protect Private Foreign Investment". En: *Journal of Public Law*. Volumen 9. 1960. p. 115.

³ *Ibid.* p. 116.

⁴ Ver, en general, publicaciones de UNCTAD sobre *Developments in International Investment Agreements in 2005*, IIA Monitor 2 (2006) y IIA Monitor 3 (2006).

habiendo suscrito 30 TBIs⁵. En lo que concierne a disputas relativas a TBIs, el famoso caso Lucchetti⁶ inauguró, favorablemente por ahora, la experiencia del Estado peruano en este particular universo litigioso.

1. ANATOMÍA DE UN TBI

A los fines de apreciar debidamente la relevancia de la jurisdicción arbitral que consagran los TBIs en beneficio de los inversores, es importante contar con una visión, aunque sea básica y esquemática, de la estructura y de las principales características de tales instrumentos. Ello permite comprender los presupuestos que le sirven de antecedente a la disponibilidad de esta especial jurisdicción y, al mismo tiempo, dimensionar su rol como garantía procesal.

Una de las principales reglas a tener en cuenta al interpretarse los TBIs es la siguiente: parecen todos iguales, pero no lo son, y puede haber diferencias más o menos sutiles entre ellos con decisivas consecuencias frente a un caso determinado. Hecha esta advertencia, puede decirse, sin embargo, que los TBIs y los capítulos relativos a inversiones en los Tratados de Libre Comercio (TLCs) comparten una cierta anatomía estructural y presentan características comunes susceptibles de ser generalizadas, a los fines, al menos, de un análisis introductorio como el presente.

Un TBI puede dividirse, conceptualmente, en cuatro partes fundamentales:

a) *Campo de aplicación*: Cada TBI define qué tipo de derechos/activos califican como una

inversión (campo de aplicación *rationae materiae*), qué tipo de personas físicas o jurídicas pueden invocar los derechos sustanciales y procesales que allí se consagran (campo de aplicación *rationae personae*) y cuál es el ámbito de aplicación temporal del tratado en lo que concierne a su vigencia y a las circunstancias temporales de la disputa (campo de aplicación *rationae temporis*).

b) *Normas relativas a la admisión de inversiones*: Los TBIs, en general, establecen en qué condiciones o circunstancias, o qué tipo de inversiones son admisibles bajo sus términos. La mayoría de los TBIs sólo hacen referencia a la admisión de inversiones *de conformidad con sus leyes y reglamentaciones*⁷.

c) *Normas relativas al tratamiento de las inversiones*: Este es el corazón sustancial de los TBIs e implica la asunción de obligaciones específicas de trato con relación a las inversiones de inversores que cumplan con las reglas de admisión y califican dentro del campo de aplicación del TBI. La mayoría de los TBIs contienen obligaciones en materia de *trato justo y equitativo, tratamiento nacional, tratamiento de nación más favorecida, prohibición de tratamiento arbitrario o discriminatorio que perjudique el uso y goce de la inversión, plena protección y seguridad*, "prohibición de expropiación, directa o indirecta, sin que medie debida compensación", tratamiento en supuestos de emergencias, catástrofes y guerras, y derechos en materia de repatriación de capital y utilidades. Algunos TBIs también obligan al Estado huésped a observar las obligaciones que se hayan asumido con relación a inversiones (*cláusulas paraguas*). En el caso de los capítulos de inversiones, las obligaciones

⁵ Ver Tratados de Inversión suscritos por la República del Perú en la base de datos de UNCTAD. En: www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/peru/pdf. Allí se hace referencia a los tratados firmados con la República Argentina, firmado el 10/11/1994, en vigencia desde el 24/10/1996; con Australia, firmado el 07/12/1995, en vigencia desde el 02/02/1997; con la República de Bolivia, firmado el 30/07/1993, en vigencia desde el 19/03/1995; con la República de Chile, firmado el 02/02/2000, en vigencia desde el 11/08/2001; con la República Popular China, firmado el 09/06/1994, en vigencia desde 01/02/1995; con la República de Colombia, firmado el 26/04/1994, en vigencia desde el 21/03/2004; con la República de Cuba, firmado el 10/10/2000, en vigencia desde el 25/11/2001; con la República Checa, firmado el 16/03/1994, en vigencia desde el 06/03/1995; con el Reino de Dinamarca, firmado el 23/11/1994, en vigencia desde el 17/02/1995; con la República de Ecuador, firmado el 07/04/1999, en vigencia desde el 09/12/1999; con la República de El Salvador, firmado el 13/06/1996, en vigencia desde 15/12/1996; con el Reino de Finlandia, firmado el 02/05/1995, en vigencia desde el 14/06/1996; con la República Francesa, firmado el 06/10/1993, en vigencia desde el 04/07/1996; con la República de Alemania, firmado el 30/01/1995, en vigencia desde el 01/05/1997; con la República de Italia, firmado el 05/05/1994, en vigencia desde el 18/10/1995; con la República de Corea, firmado el 03/06/1993, en vigencia desde el 20/04/1994; con Malasia, firmado el 13/10/1995, en vigencia desde el 25/10/1995; con el Reino de los Países Bajos, firmado el 27/12/1994, en vigencia desde el 01/02/1996; con el Reino de Noruega, firmado 10/03/1995, en vigencia desde 09/05/1995; con la República del Paraguay, firmado el 01/02/1994, en vigencia desde el 18/12/1994; con la República de Portugal, firmado 22/11/1994, en vigencia desde el 18/10/1995; con la República de Rumania, firmado el 16/05/1994, en vigencia desde el 01/01/1995; con el Reino de España, firmado el 17/11/1994, en vigencia desde el 17/02/1996; con la Confederación Suiza, firmado el 03/05/1994, en vigencia desde el 01/08/1994; con el Reino de Suecia, firmado el 22/11/1991, en vigencia desde el 23/11/1993; con el Reino de Tailandia, firmado el 15/11/1991, en vigencia desde el 15/11/1991; con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, firmado el 04/10/1993, en vigencia desde 21/04/1994; con la República de Venezuela, firmado el 12/01/1996, en vigencia desde 18/09/1997. Los Tratados de Inversión con Bélgica y Luxemburgo (firmados el 12/10/2005) y con Singapur (firmado el 27/02/2003) no tienen fecha de entrada en vigor.

⁶ Ver: Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. *versus* Perú. Laudo del 7 de febrero de 2005. Caso CIADI ARB/03/04 (ver éste y otros laudos que son citados en: <http://ita.law.uvic.ca>).

⁷ Ver, por ejemplo: TBI Perú - Argentina, artículo 2 (1), el cual reza como sigue: "Cada Parte Contratante promoverá, en su territorio, las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones".

de trato sustancial pueden ser notoriamente más amplias e incluir cuestiones relativas a *requisitos de desempeño* para gozar de ciertas ventajas y prerrogativas, cuestiones relativas a la nacionalidad de los miembros de los órganos de administración de las sociedades, entre otras cuestiones.

d) *Normas sobre solución de controversias*: Los TBI contienen dos tipos de mecanismos de solución de controversias. Uno primero, para aquellas disputas que surgen entre los estados signatarios del TBI con motivo de la aplicación e interpretación de éste⁸. Uno segundo, dirigido a resolver las disputas que puedan surgir entre quienes están habilitados para invocar la protección del TBI y el Estado huésped de la inversión. Esta contribución está dirigida a analizar los aspectos operativos de este último mecanismo.

2. SOLUCIÓN DE DISPUTAS INVERSOR-ESTADO

2.1. Consideraciones iniciales

El remedio clásico que el Derecho Internacional consuetudinario provee para situaciones en las que un Estado viola los derechos que tal ordenamiento consagra a favor de los extranjeros en una cierta jurisdicción es el de la protección diplomática. La protección diplomática implica el inicio de una reclamación internacional por parte del Estado cuya nacionalidad tiene el extranjero y sus derechos han sido violados, contra el Estado alegadamente ofensor. Presupone, asimismo, que el extranjero ha agotado los remedios internos sin que el daño o agravio haya sido reparado⁹. Es decir, el acceso a un remedio internacional presupone: i) necesaria intervención del Estado cuyo nacional ha sido afectado; y, ii) agotamiento de remedios internos.

Los TBIs, en tanto *lex specialis*, han transformado dramáticamente el referido escenario al permitir que los inversores administren por sí mismos los derechos allí consagrados, sin que sea necesario el agotamiento de los remedios internos¹⁰. Esta relación inmediata entre el inversor y el acceso a una jurisdicción para hacer valer los derechos consagrados por el TBI, sin que sean necesarios ni intermediarios ni largas dilaciones y esfuerzos ante las

cortes locales, explica la importancia, difusión y utilidad de estos instrumentos en la escena del Derecho Internacional económico contemporáneo¹¹.

El acceso a las jurisdicciones que consagran los TBIs presupone el previo cumplimiento acumulativo de requisitos que pertenecen a tres niveles técnico-legales diferenciados. En primer lugar, las circunstancias subjetivas, objetivas y temporales de la disputa deben ser compatibles con el campo de aplicación del TBI, según se define en cada uno de los instrumentos. En segundo lugar, quien invoque en su beneficio las normas relativas a la solución de controversias entre los inversores y los estados debe dar cumplimiento a los requisitos materiales o procesales adicionales, como por ejemplo, períodos de espera, o formalidades de otra naturaleza, que establecen la mayoría de los TBIs como condicionantes del consentimiento a tales mecanismos jurisdiccionales. Finalmente, los reglamentos o normas que regulan las jurisdicciones a las que un cierto TBI permite acceder pueden requerir el cumplimiento de pautas adicionales. Por ejemplo, el Convenio CIADI requiere el cumplimiento de ciertas pautas *rationae materiae*, *rationae personae* y *rationae temporis* que delimitan la jurisdicción de tal centro de arbitraje. Enfocaremos nuestra atención, en lo sucesivo, en los requisitos mencionados en segundo lugar, es decir, hacia aquellos que hacen a la operación a los aspectos procedimentales de las cláusulas de solución de controversias entre inversores y estados que incorporan los TBIs.

2.2. Períodos de espera/negociación

La inmensa mayoría de los TBIs establecen una primera barrera temporal comúnmente denominada *período de negociaciones amistosas*, *período de espera* o *período de enfriamiento* (*cooling off period*). El TBI Perú - Argentina establece, por ejemplo, que:

“Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio, entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas”¹².

⁸ En los Tratados de Libre Comercio modernos los mecanismos de solución de disputas entre los estados signatarios se encuentran separados de los capítulos de inversiones.

⁹ Ver, sobre el punto: BROWNLEE, Ian. “Principles of Public International Law”. Sexta Edición. Oxford University Press. p. 472.

¹⁰ Este es el caso en la inmensa mayoría de los TBIs. Hay algunos TBIs, sin embargo, que requieren el uso previo de los tribunales locales por un cierto período.

¹¹ Nótese, sin embargo, que las primeras generaciones de TBIs (década del 60) no establecían un mecanismo de solución de disputas entre inversores y estados.

¹² Ver: TBI Perú - Argentina, artículo 8 (2).

La duración de este período y sus puntos de referencia varían tratado por tratado. En la gran mayoría de los TBI suscritos por Perú, este período tiene una duración de 3 o de 6 meses y opera desde que se notifica la existencia de una disputa en los términos del TBI. El TBI Perú - Australia, sin embargo, impone el deber de intentar resolver la disputa mediante consultas y negociaciones, pero no establece un plazo concreto para tales fines¹³. El TBI Perú - Canadá y el capítulo de inversiones del TLC Perú - Estados Unidos, por su parte, operan sobre bases distintas, y establecen períodos de espera que operan acumulativamente y tienen como punto de referencia tanto el momento de los hechos o circunstancias que han generado la disputa (6 meses) como el momento en el cual se notifica la intención de someterla a arbitraje (3 meses)¹⁴.

Es importante señalar que este período previo puede operar de distintas maneras según el TBI que se invoque. En los TBIs que permiten acceder tanto a jurisdicción nacional como internacional, suele operar como un antecedente no sólo de la posibilidad de acudir a arbitraje internacional, sino que también puede operar como un requisito previo a la invocación del TBI ante los tribunales locales¹⁵. Por su parte, en los TBIs que sólo disponen la posibilidad de acceder a una vía internacional, este requisito opera sólo con relación a esta vía¹⁶.

Dicho período de espera o negociaciones previo se inicia mediante una notificación al órgano o persona responsable por el manejo de las relaciones exteriores del Estado huésped. En el caso del Perú sería el Presidente de la República. Es usual que se envíe copia al Ministro de Relaciones Exteriores, al ente que tiene a su cargo la defensa del Estado frente a reclamos patrimoniales internacionales y al Ministerio, poder o dependencia cuya conducta ha generado la disputa. La mayoría de los TBIs no disponen formalidad alguna a estos fines, sin perjuicio de lo cual, por razones de prueba y conveniencia, se suele utilizar la forma escrita. En particular, no es necesario cumplir los ritualismos impuestos por la legislación en materia de procedimiento administrativo.

El tenor de la notificación y sus contenidos también son flexibles. Lo importante es que la notificación cuente con sustento e información suficiente como para que la parte estatal pueda: i) identificar al inversor y verificar que, al menos *prima facie*, califica como tal de conformidad con los términos del TBI que invoca; e, ii) identificar los actos y hechos atribuibles al Estado que se alegan como violatorios del TBI y las normas de tal instrumento que se consideran violadas. En definitiva, la información tiene que ser lo suficientemente completa como para que el Estado pueda tomar una posición y decidir si procede o no, dadas las circunstancias, utilizar recursos en un trámite de negociación o solución amistosa. Hay, sin embargo, TBIs, como, por ejemplo, el TBI Perú - España, que requieren que la notificación incluya una *información detallada*¹⁷, lo cual supone un grado de precisión mayor que el referido.

Es importante señalar, en este sentido, que, como regla, los TBIs no imponen a los estados una obligación de negociar, y que estos períodos operan fundamentalmente en su beneficio como una ventana temporal que implica una oportunidad para intentar desactivar la disputa. Cumplido el plazo, los inversores tienen el derecho, pero no la obligación, de iniciar un trámite jurisdiccional al amparo del TBI, pudiendo administrar tal derecho como mejor les parezca. En este último sentido es importante señalar que, como regla, los TBIs no disponen de plazos de caducidad o prescripción que limiten la posibilidad de acceder a los remedios jurisdiccionales que consagran¹⁸. Sin embargo, instrumentos de la importancia del TBI Perú - Canadá y el TLC Perú - Estados Unidos disponen de un plazo de caducidad de tres años contados desde que se tuvo o debió haber tenido conocimiento de la existencia de una violación de tales instrumentos y de la existencia de pérdidas o daños como consecuencia de ésta¹⁹.

En varias ocasiones los inversores han obviado este período previo y han pretendido activar los mecanismos jurisdiccionales que disponen los TBIs sin cumplir con esta etapa. Los tribunales han

¹³ Ver: TBI Perú - Australia, artículo 13 (1).

¹⁴ Ver: TBI Perú - Canadá, artículos 24 (1), 25 y 26 (1) (b) y TLC Perú - Estados Unidos, artículos 10.16.2 y 10.16.3.

¹⁵ Ver, por ejemplo: TBI Perú - Colombia: "Si una controversia no pudiera dirimirse de manera amigable por las partes dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la notificación escrita del reclamo, podrá someterse al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera realizado la inversión, o al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante denominado el Centro)".

¹⁶ Ver, por ejemplo: TBI Perú - Suecia, artículo 8 (2).

¹⁷ Ver: TBI Perú - España, artículo 9 (1).

¹⁸ Debe notarse, sin embargo, que en algunos casos un derecho a un determinado activo que no ha sido ejercido en tiempo y forma ante los tribunales locales puede dejar de calificar como una inversión a los fines del campo de aplicación de un TBI.

¹⁹ Ver, sin embargo: TBI Perú - Canadá, artículos 22 (2) y 23 (2) y TLC Perú - Estados Unidos, artículo 10.18.1.

reaccionado de distinta manera frente a tal hipótesis²⁰. En algunos casos, han optado por calificar como meramente procesal a tal período y permitir la continuidad del procedimiento pese al incumplimiento²¹. En otro caso, aunque se permitió la continuidad del procedimiento, se obligó al inversor a cargar con las costas del incidente procesal derivado de su accionar anticipado²². Por su parte, una tercera posición ha sido la de considerar que la falta de cumplimiento de esta instancia previa afectaba la jurisdicción del tribunal²³. En un reciente caso, como cuarta alternativa, un tribunal arbitral decidió suspender el procedimiento hasta que se cumpla el plazo de 6 meses dispuesto por el tratado aplicable²⁴. Es de notar que la Secretaría del CIADI también ha dilatado el registro de casos en lo que se verificaba una falta de cumplimiento de estos requisitos temporales.

Puede suceder muchas veces que un Estado dicte una secuencia de medidas o incurra en actos que afectan a un inversor en distintos momentos. La pregunta, en estos casos, es si el inversor tiene que repetir el procedimiento con relación a cada una de ellas. La respuesta no es simple y dependerá en gran medida de las circunstancias, pero puede decirse, de manera general, que si existe un nexo de identidad o continuidad entre las disputas que se generan como consecuencia de tales medidas, no será necesario repetir el procedimiento. En tal escenario, las nuevas circunstancias se incorporaran al marco de la disputa existente mediante una notificación o al momento de iniciarse el procedimiento, o estando éste en trámite, como un hecho nuevo, o una demanda subordinada²⁵, según lo establezca el reglamento procesal aplicable.

El tema se planteó, por ejemplo, en un caso reciente contra Argentina, en el cual un inversor

comunicó la existencia de una alegada violación de un TBI como consecuencia de ciertas determinaciones fiscales iniciadas por distintas provincias contra un inversor. Luego, otras provincias hicieron lo mismo. La cuestión era si la disputa denunciada al amparo del TBI aplicable con relación a los actos de una de las provincias cubría también a las posteriores medidas idénticas tomadas por las otras. El tribunal actuante concluyó que no hacía falta agotar un nuevo período de espera, dada la identidad y relación entre unas y otras medidas²⁶.

En definitiva, en todo caso, interpretar rectamente el efecto de estos períodos de espera sobre los derechos procesales que consagran los TBI requiere preservar el delicado balance entre i) mantener la vigencia de las específicas estipulaciones negociadas por las partes, evitando que se transformen en letra muerta; y, ii) evitar caer en formalismos excesivos frente a hipótesis en las que el Estado tuvo una genuina oportunidad de ponderar qué actitud asumir frente a la disputa.

2.3. Opciones jurisdiccionales

Los TBIs estructuran las opciones jurisdiccionales disponibles para quien califica como inversor de manera variada. Los TBIs suscritos por Perú siguen fundamentalmente cuatro modelos:

a) Sistema escalonado: el inversor debe utilizar los remedios locales por un cierto período como requisito previo al uso de la vía arbitral internacional, salvo acuerdo de partes. El TBI Perú - Alemania constituye un ejemplo en este sentido al disponer que:

“La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: (a) A petición de una de las partes de la controversia cuando hayan transcu-

²⁰ Ver, en general: “Travelling the BIT Route, Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”. En: *Journal of World Investment & Trade*. Volumen 5. 2004. p. 235.

²¹ Ver: Ronald S. Lauder *versus* The Czech Republic. Laudo del 3 de septiembre de 2001 (NAFTA); y, SGS Société Générale de Surveillance S.A. *versus* Islamic Republic of Pakistan. Decisión sobre Jurisdicción de 6 de Agosto de 2003. Caso ICSID ARB/01/13. Ambas decisiones están publicadas en: <http://ita.law.uvic.ca>.

²² Ver: Ethyl Corporation *versus* Canada. Decisión sobre Jurisdicción del 24 de junio de 1998 (NAFTA) En: <http://ita.law.uvic.ca>.

²³ Ver: Goetz and others *versus* Burundi. Laudo (de común acuerdo) del 13 de febrero de 1999. Caso CIADI ARB/95/3. Es menester notar, sin embargo, que el TBI aplicable en este caso requería que durante el período en consideración también se verificara una instancia de negociación entre las partes contratantes. Otras dos decisiones arbitrales han señalado, como obiter dicta, que el incumplimiento de este plazo previo puede afectar la jurisdicción del tribunal. Ver en este sentido, obiter dicta: Enron and Ponderosa Assets *versus* Argentine Republic. Decisión sobre Jurisdicción del 14 de enero de 2004. Caso CIADI ARB/01/3; y, Generation Ukraine Inc. *versus* Ukraine. Laudo del 16 de septiembre de 2003. Caso CIADI ARB/00/9.

²⁴ Ver: Western NIS Enterprise Fund *versus* Ukraine. Orden Procesal de 16 de marzo de 2006. Caso CIADI ARB/04/2.

²⁵ Ver: Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. En el caso CMS Gas Transmission Company *versus* The Argentine Republic. Decisión sobre Jurisdicción de 17 de julio de 2003. Caso CIADI ARB/01/8. Se usó esta vía para ampliar el tipo de medidas sobre las cuales se pronunció el tribunal. Sin embargo, es cuestionable que en tal caso existiera identidad y continuidad entre unas y otras medidas.

²⁶ Ver, por ejemplo: Enron and Ponderosa Assets *versus* Argentine Republic. Decisión sobre Jurisdicción de 14 de enero de 2004. Caso CIADI ARB/01/3.

rrido dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista sobre el fondo; b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido”²⁷.

b) Sistema *alternativo* o de *opción de vías fork in the road*: el inversor cuenta con la opción de acceder a la jurisdicción local o a un arbitraje internacional. Algunos de los TBIs disponen específicamente que tal elección es definitiva. Un ejemplo en este último sentido es el TBI Perú - Argentina, el cual dispone lo siguiente:

“Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses, a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor:

- A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o,
- Al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo (3).

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante involucrada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva”²⁸.

c) Sistema de elección de vías *sin vuelta en U* (*no U turn system*): el inversor puede utilizar los remedios locales sin perder la posibilidad de acceder a arbitraje internacional, pero se requiere una previa renuncia a cualquier uso de la jurisdicción local²⁹, con excepción de las medidas preliminares y declarativas, como requisito previo al inicio de un arbitraje internacional. El TBI Perú - Canadá³⁰ y el capítulo de inversiones del TLC Perú - Estados Unidos siguen este modelo³¹.

d) Sistema de acceso directo: el inversor accede directamente a alguna variante de arbitraje internacional. El TBI Perú - Finlandia sigue este sistema al disponer que:

“Si tal controversia no ha sido dirimida amigablemente dentro del plazo de seis meses (...) la solicitud de cualquiera de las partes en controversia será sometida para arreglo por conciliación o arbitraje al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)³².

De los sistemas referidos el que presenta mayores inconvenientes prácticos e incertidumbres es el *alternativo* o de *opción de vías*, especialmente cuando el TBI dispone expresamente que el acudir a los tribunales competentes locales puede tener efectos preclusorios sobre la posibilidad de acceder posteriormente a un arbitraje internacional. La gran duda en cuanto a este punto es qué tipo de uso de los remedios jurisdiccionales locales tiene como consecuencia una eventual pérdida de la posibilidad de acceder posteriormente a un arbitraje internacional. O, desde otra perspectiva, cómo se puede hacer para preservar los derechos que se tienen bajo el ordenamiento peruano y, por ejemplo, no consentir en la vía administrativa un accionar que de otra manera devendría firme, sin perder la posibilidad de acudir, si fuera necesario, a una posterior instancia internacional.

La respuesta a las interrogantes conexas formuladas en el párrafo anterior varían TBI por TBI. Como primer dato orientador, es importante distinguir sobre qué bases está articulada la opción de vías que establece el TBI que se pretende invocar. Hay algunos TBIs cuyas cláusulas sobre la materia se refieren a *toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio*³³. En este caso, utilizar los tribunales locales para planteos de derecho local en los que se formulan planteos o peticiones que no tienen base en el TBI, no implicaría sacrificar el posterior derecho de acudir a un arbitraje internacional, aunque haya superposición total o parcial desde el punto de vista subjetivo o en cuanto a las circunstancias fácticas que se ventilan en ambas instancias. Esta conclusión está avalada por numerosos pronunciamientos arbitrales, según los cuales es necesario que exista; i) identidad subjetiva; e, ii)

²⁷ Ver: TBI Perú - Alemania, artículo 10 (2) y 10 (3). Ver también: TBI Perú - Bolivia, artículo 11.

²⁸ Ver: TBI Perú - Argentina, artículo 10 (2).

²⁹ Ello incluye reclamos en sede local por violación del TBI o el capítulo de inversión. Ver: Waste Management Inc. *versus* México (NAFTA). Laudo sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2000. Caso CIADI ARB (AF)/98/2.

³⁰ Ver: TBI Perú - Canadá, artículos 26-1 (e) y 26-2 (e).

³¹ Ver: TLC Perú - Estados Unidos, artículo 10.18.2 (b).

³² Ver: TBI Perú - Finlandia, artículo 9 (2).

³³ Ver: TBI Perú - Argentina, artículo 10 (1).

identidad causal en cuanto al sustento legal del reclamo³⁴.

Hay otros TBIs, sin embargo, cuyas cláusulas relativas a disputas entre inversores y estados se refieren, por ejemplo, a *las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones realizadas de conformidad con el presente Convenio*³⁵. En este caso, en la medida en que acudir a una corte local implica una *controversia en relación con una inversión*, existe el riesgo de que se considere que tal accionar ha implicado un sacrificio de la vía internacional, especialmente si hay identidad de partes³⁶.

En todo caso, debe notarse que cierta jurisprudencia i) distingue a estos fines entre medidas activas y medidas defensivas, considerándose que éstas últimas no constituyen una elección de una vía procesal de conformidad con los TBIs³⁷ y ii) ha asumido una posición restrictiva en cuanto a la posibilidad de que la articulación de reclamos en la vía administrativa constituya un sometimiento de una disputa a un *tribunal competente*, siendo éste el lenguaje que usan la mayoría de los TBIs³⁸.

El punto central, en lo que concierne a la operación de estas cláusulas, es tener en mente que no fueron concebidas para colocar a los inversores en la incómoda disyuntiva de elegir entre sacrificar derechos en la vía interna o en la vía internacional

en el contexto de los breves plazos legales del Derecho local, sino para evitar abusos y especulaciones procesales reñidas con la buena fe.

2.4. Jurisdicciones disponibles

Los TBIs suscritos por Perú varían en cuanto al menú de opciones jurisdiccionales disponibles para solucionar disputas entre inversores y estados. Como se describe en el punto anterior, algunos TBIs permiten elegir entre los tribunales locales y el arbitraje internacional, mientras que otros sólo habilitan esta última vía jurisdiccional³⁹. A su vez, algunos TBIs permiten elegir entre distintos tipos de arbitraje internacional, como arbitraje ante el CIADI, bajo el Convenio CIADI⁴⁰ y bajo el denominado Mecanismo Complementario del CIADI⁴¹, o arbitraje bajo las Reglas CNUDMI⁴², mientras que otros sólo permiten uno u otro tipo de arbitraje⁴³. Asimismo, hay ciertos TBIs firmados por Perú que se refieren exclusivamente a la posibilidad de utilizar los servicios que en materia de arbitraje brinda el CIADI, mientras que otros también incluyen, generalmente a criterio del inversor, la posibilidad de utilizar los servicios de conciliación que brinda tal entidad⁴⁴.

La mayoría de los inversores que cuentan con la posibilidad de acceder a un arbitraje CIADI eligen esta vía dada las extraordinarias garantías de neutralidad y eficacia que brinda⁴⁵. A los fines de

³⁴ Ver, entre otros: Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc., and A.S. Balti versus Republic of Estonia. Laudo del 5 de abril de 2002. Caso CIADI ARB/99/2; Roland S. Lauder versus Czech Republic. Laudo del 3 de septiembre de 2001. Caso CNUDMI; Middle East Cement Shipping and Handling S.A. versus Arab Republic of Egypt. Laudo del 12 de abril de 2002. Caso CIADI ARB/99/6; CMS Gas Transmission Company versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción del 17 de julio de 2003. Caso CIADI ARB/01/8; Azurix Corp. versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 2003. Caso CIADI ARB/01/12; y, Enron and Ponderosa Assets versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción del 14 de enero de 2004. Caso CIADI ARB/01/3.

³⁵ Ver: TBI Perú - Ecuador, artículo 8 (1).

³⁶ Ver en este sentido: Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal versus Argentine Republic. Decisión sobre Nulidad de 3 de julio del 2002. Caso CIADI ARB/97/3.

³⁷ Ver: CMS Gas Transmission Company versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción de 17 de julio de 2003. Caso CIADI ARB/01/8; Enron and Ponderosa Assets versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción de 14 de enero de 2004. Caso CIADI ARB/01/3.

³⁸ Ver: Azurix Corp. versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 2003. Caso CIADI ARB/01/12.

³⁹ Ver por ejemplo: TBI Perú - Dinamarca, artículo 9 (2) (a).

⁴⁰ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es una organización internacional que administra procedimientos de arbitraje y conciliación relativos a disputas entre partes estatales e inversores extranjeros. El CIADI tiene origen en un tratado, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), el cual regula su funcionamiento, así como también las obligaciones de los estados contratantes con relación al CIADI y a los procedimientos que éste administra. El Convenio CIADI fue concebido y redactado bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial) y sometido a consideración de los gobiernos miembros de tal organismo el 18 de marzo de 1965. Entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. En el presente, está en vigor con relación a más de 140 estados (para una lista de los miembros, véase: www.worldbank.org/icsid). El Convenio CIADI es uno de los instrumentos jurídicos de Derecho Internacional más exitosos del mundo contemporáneo. La República del Perú está obligada por sus términos desde el 8 de septiembre de 1993 (Resolución Legislativa 26210, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 10 de julio de 1993).

⁴¹ Ver TBI Perú - Canadá, artículo 27 (1) (b).

⁴² Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, según siglas en inglés).

⁴³ Por ejemplo, la única posibilidad de arbitraje disponible en el TBI Perú - Cuba es bajo las reglas CNUDMI (artículo 8 (2) (b)). En el caso del TBI Perú - Francia, sólo puede accederse a un arbitraje bajo el Convenio CIADI (artículo 8 (2)).

⁴⁴ Ver, por ejemplo: TBI Perú - Finlandia, artículo 9 (2).

⁴⁵ Para fines del 2005, 136 de los 226 casos que habían sido iniciados al amparo de TBIs fueron planteados ante el CIADI, 67 ante tribunales arbitrales actuando bajo las reglas CNUDMI, 14 bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo, 4 bajo las reglas

promover un marco de neutralidad, el Convenio CIADI: i) establece un conjunto de privilegios e inmunidades en beneficio del Centro, los procedimientos y sus participantes⁴⁶; y, ii) excluye la participación de tribunales estatales en la revisión de los laudos arbitrales⁴⁷. A los fines de brindarle eficacia a disputas que suelen tener un alto grado de politización, el Convenio dispone que los laudos emitidos bajo su órbita sean de reconocimiento y ejecución automática en todos los Estados Contratantes, como si fueran una sentencia judicial local definitiva⁴⁸. No es necesario ni un trámite de exequátur ni ningún otro procedimiento de nacionalización del laudo o sentencia extranjera de conformidad con el Derecho local o con otros tratados internacionales sobre la materia. Lo dicho, sin perjuicio de que el procedimiento de ejecución se rige por el Derecho local, con lo que ello implica en materia de pautas de inmunidad de ejecución del Estado⁴⁹. Todo el esquema se encuentra reforzado por el hecho de que el incumplimiento del Convenio CIADI por parte de un Estado contratante genera responsabilidad internacional y permite a los otros estados contratantes iniciar acciones ante la Corte Internacional de Justicia contra el incumplidor⁵⁰.

Como contrapartida de estas ventajas, el Convenio CIADI establece requisitos *rationae personae* y *rationae materiae* que restringen el acceso a la jurisdicción de tal Centro en razón del tipo de activos y de la nacionalidad y naturaleza de las partes.⁵¹ De conformidad con el Convenio CIADI, i) la disputa debe surgir directamente de una *inversión* en los términos del Convenio y, asimismo, ii) una de las partes debe ser un nacional de un Estado contratante y, la otra, un Estado contratante o, en ciertas circunstancias, una de

sus subdivisiones políticas u organismos públicos⁵². Tales requisitos no están presentes ni en el caso de arbitrajes bajo las Reglas CNUDMI ni en el caso de arbitrajes bajo el denominado Mecanismo Complementario del CIADI⁵³.

2.5. Extensión material de la cláusula de solución de controversias

Como regla general, las disposiciones de los TBIs en materia de disputas inversor-Estado comprenden la posibilidad de alegar cualquier violación de las específicas garantías que consagra el TBI que se invoque. Esto es particularmente claro en el caso de TBIs que identifican las disputas que pueden plantearse bajo sus términos mediante una referencia al ordenamiento jurídico que debe invocarse en sustento del reclamo. Así, por ejemplo, el TBI Perú - Argentina se refiere a *toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio*⁵⁴. En este caso, es indubitable que: i) sólo puede alegarse una violación del TBI y ii) toda otra alegación o reclamo está excluida del campo de aplicación de la cláusula.

Más complejo es el panorama en lo que respecta a los TBIs que definen el campo de aplicación de sus disposiciones relativas a disputas inversor-Estado con referencia a *cualquier controversia que pudiera surgir entre un inversionista de una parte contratante y la otra parte contratante en conexión con una inversión*⁵⁵. La pregunta es si esta definición comprende, por ejemplo, una alegación de violación de contrato, que no necesariamente implica violación del TBI aplicable. La jurisprudencia sobre el punto es inconsistente, aunque desde el punto de vista práctico puede decirse que los tribunales

de la Cámara de Comercio Internacional y 4 por ante tribunales *ad hoc*. La estadística puede encontrarse en la publicación de UNCTAD sobre Developments in International Investment Agreements in 2005, IIA Monitor 2 (2006). Son raros los casos en los que una parte que puede acudir a arbitraje bajo el Convenio CIADI elija otra alternativa. La mayoría de los casos ante otros mecanismos arbitrales se explica porque, o bien el arbitraje bajo el Convenio CIADI no estaba disponible, o bien la disputa no cumplía con los requisitos *ratione personae* y *ratione materiae* que tal instrumento establece.

⁴⁶ Ver: Convenio CIADI, artículos 19 al 24.

⁴⁷ Ibid. artículos 49 al 52.

⁴⁸ Ibid. artículo 54.

⁴⁹ Ibid. artículo 55.

⁵⁰ Ibid. artículo 64.

⁵¹ Ibid. artículo 25.

⁵² Ver, en general: SUAREZ ANZORENA, Ignacio. "Introducción a los requisitos *rationae materiae* y *rationae personae* del arbitraje bajo el Convenio CIADI". En: Revista Peruana de Arbitraje. Volumen 2, 2006. pp. 252 y siguientes.

⁵³ El Mecanismo Complementario del CIADI se aplica a disputas entre estados e inversores extranjeros que sólo cumplen parcialmente con los requisitos jurisdiccionales que establece el Convenio CIADI (*id est*, uno de las partes no es nacional de un Estado contratante o la disputa no surge directamente de una inversión). Bajo el Mecanismo Complementario, el CIADI presta servicios de administración de procedimientos de arbitraje, procedimientos de conciliación y procedimientos de comprobación de hechos. Los procedimientos de solución de disputas bajo el Mecanismo Complementario no están amparados por el Convenio CIADI, y por ello no gozan de las inmunidades, privilegios y ventajas que allí se consagran.

⁵⁴ Ver TBI Perú - Argentina, artículo 10 (1).

⁵⁵ Ver TBI Perú - Dinamarca, artículo 9 (1). Ver también artículo 9 (2).

arbitrales constituidos bajo TBIs han sido reacios a habilitar este tipo de reclamos⁵⁶.

Distinto es el caso de los TBIs que expresamente tienen una disposición sobre *conversión de jurisdicción*. El TBI Perú - Canadá, por ejemplo, permite que los inversores aleguen, en determinadas circunstancias, la violación de un convenio de estabilidad jurídica⁵⁷. El TLC Perú - Estados Unidos, por su parte, permite que los inversores también invoquen la violación de una autorización de inversión y de un acuerdo de inversión⁵⁸. El efecto concreto de estas cláusulas de *conversión de jurisdicción* es permitir a los inversores alegar violaciones contractuales⁵⁹ ante el foro del TBI o del TLC independientemente del sistema de solución de controversias pactado contractualmente y sin que sea necesario alegar una violación de los derechos sustantivos establecidos por el tratado⁶⁰.

Hay, sin embargo, algunos TBIs que restringen las materias sobre las que pueden versar tales disputas. El TBI Perú - Canadá contiene específicas limitaciones en materia de reclamos relativos a instituciones financieras, por ejemplo⁶¹. El TBI Perú - China, por su parte, limita el tipo de disputas que pueden ser sometidas a arbitraje a aquellas relativas al *monto de compensación por la expropiación*⁶². En el punto siguiente se analiza en qué medida estas limitaciones pueden ser superadas mediante la invocación de las cláusulas de nación más favorecida.

3. OPERACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN MATERIA PROCESAL

Uno de los puntos más álgidos del Derecho Internacional de las inversiones contemporáneo

se relaciona con la posibilidad, o no, de invocar las cláusulas de nación más favorecida a los fines de suplantar o modificar las normas aplicables a las disputas inversor-Estado que dispone un cierto TBI. En los párrafos sucesivos se delinearán, aunque sea someramente, los alcances de una polémica que, si bien relevante, excede en su tratamiento pormenorizado a la temática de esta contribución.

Las cláusulas de nación más favorecidas son disposiciones que implican el compromiso por parte de los estados contratantes de darle a los beneficiarios de sus términos (en este caso, los inversores bajo un cierto TBI) un tratamiento no menos favorable que el que se les da a otros nacionales en lo que concierne a ciertas materias.

La operatividad de estas cláusulas con relación a los mecanismos de solución de controversias para disputas inversor-Estado de los TBIs presupone: i) que un cierto TBI contiene una cláusula de este tipo; ii) que otro TBI le brinda a otros inversores ventajas en materia del sistema de solución de disputas entre inversores y estados; y, iii) que el lenguaje de la cláusula permite inferir que tal materia está entre aquellas respecto de las cuales la cláusula es operativa. La gran discordancia que actualmente se verifica en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales se relaciona con este último aspecto.

Las aguas están divididas, fundamentalmente, entre i) aquellas decisiones que consideran que dada la importancia del arbitraje internacional en el campo de la protección de inversiones debe construirse liberalmente los términos de las cláusulas de nación más favorecida, en cuanto a su aplicación al sistema de solución de controversias inversor-Estado⁶³ y ii) aquellas decisiones que consideran que las cuestiones procesales, como regla, sólo for-

⁵⁶ Ver, a favor de la posibilidad de plantear reclamos contractuales: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Republic of the Philippines*. Decisión sobre Jurisdicción del 29 de enero de 2004. Caso CIADI ARB/02/6; y, aunque de manera más difusa, *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. versus Morocco*. Decisión sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001. Caso CIADI ARB/00/4. En contra, ver: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Islamic Republic of Pakistan*, Decisión sobre Jurisdicción del 6 de agosto de 2003. Caso CIADI ARB/01/13. Cabe hacer notar que, en el primero de los casos, el tribunal decidió que tenía jurisdicción pero ordenó suspender el procedimiento sobre el fondo hasta que se resolviera el reclamo contractual en el fuero pactado en el contrato.

⁵⁷ Ver TBI Perú - Canadá, artículo 22 (1) (b), 22 (3), 23 (1) (b) y 23 (3).

⁵⁸ Ver TLC Perú - Estados Unidos, artículos 10.16-1-(a) (i) (B), 10.16-1-(a) (i) (C), 10.16-1-(b) (i) (B), 10.16-1-(b) (i) (B), definiciones de acuerdo de inversión y autorización de inversión en art. 10.28, y exclusiones con relación a ciertos tipos de convenios de estabilidad jurídica en Anexo 10-H.

⁵⁹ No debe confundirse esta situación con la alegación de que un Estado ha violado una cláusula de las denominadas paraguas que contienen ciertos TBIs y que, según cierta jurisprudencia, permite alegar que una violación de un contrato estatal constituye, a la vez, una violación de un TBI. Un ejemplo de cláusula paraguas puede encontrarse en el artículo 4 (3) del TBI Perú - Tailandia, según el cual: "Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otra obligación, adicional a lo especificado en este Convenio, que haya contraído con relación a las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante".

⁶⁰ Un similar efecto parece desprenderse del artículo 7 (1) (i) del TBI Perú - Malasia.

⁶¹ Ver: TBI Perú - Canadá, artículo 21.

⁶² Ver: TBI Perú - China, artículo 8 (3).

⁶³ Ver: *Maffezini versus Reino de España*. Decisión sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000. Caso CIADI ARB/97/7; *Siemens versus Argentina*. Decisión sobre Jurisdicción de 3 de agosto de 2004. Caso CIADI ARB/02/8; *National Grid PLC versus República de*

man parte del campo operativo de tales cláusulas cuando ello puede inferirse claramente de sus términos⁶⁴.

Es importante tener en cuenta que las cláusulas de nación más favorecida varían en su texto y estructura, por lo que no son aconsejables las generalizaciones. Este fue justamente el problema de algunas de las primeras decisiones que fueron permisivas sobre esta materia⁶⁵, cuya cuestionable factura técnica generó numerosas polémicas. No hay ninguna razón de principios para que una cláusula de nación más favorecida no se aplique a los aspectos procesales del TBI, si ello puede inferirse de sus términos. En definitiva, el tema es meramente hermenéutico y debe resolverse en función de la letra y estructura de cada tratado en particular.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El arbitraje entre inversores y estados con base en los TBIs ha entrado en su adolescencia desde el punto de vista legal. Crece a una velocidad que dificulta una visión retrospectiva crítica de los acontecimientos y de los problemas sistémicos que su aplicación plantea. Como buen adolescente, tiene facetas inconsistentes e inciertas, como lo demuestra la jurisprudencia que se cita en esta contribución. Asimismo, plantea delicados dile-

mas sistémicos como consecuencia de la combinación entre ofertas de jurisdicción internacional abiertas a una generalidad de individuos y mecanismos arbitrales descentralizados con tribunales *ad hoc*, lo que está generando importantes tensiones como consecuencia del surgimiento de múltiples disputas paralelas no acumulables con elementos fácticos y legales en común⁶⁶. Argentina, por ejemplo, enfrenta más de 30 casos paralelos con estas características, casos surgidos a partir de las medidas de emergencia adoptadas en el año 2001, con los costos e incertidumbres que ello implica.

Las nuevas generaciones de TBIs, como el TBI Perú - Canadá y el TLC Perú - Estados Unidos incluyen, por ejemplo, disposiciones sobre acumulación de procedimientos, y presentan innovaciones y precisiones procesales que, aunque un tanto excesivas en su reglamentarismo, demuestran una creciente preocupación en delinear y precisar los pormenores operativos de los mecanismos de solución de controversias entre inversores y estados. El tiempo dirá si esta es la dirección correcta. Mientras tanto, la jurisprudencia arbitral iluminará u oscurecerá el camino. En todo caso, esperemos que prime la visión crítica por sobre la complaciente, y que sendero que se talle esté iluminado por la vocación de fomentar el Estado de Derecho y no por los intereses políticos o profesionales contingentes.

Argentina. Decisión sobre Jurisdicción de 20 de junio de 2006. Caso CNUDMI/BIT, párrafo 82; Gas Natural SDG S.A. *versus* República de Argentina. Laudo de 17 de junio de 2005. Caso CIADI ARB/03/10; Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. *versus* República de Argentina. Decisión sobre Jurisdicción de 16 de mayo de 2006. Caso CIADI ARB/03/17.

⁶⁴ Ver: Salini Construttori S.p.A and Italstrade *versus* Jordania. Decisión sobre Jurisdicción del 9 de noviembre de 2004. Caso CIADI ARB/02/13; Plama Consortium Limited *versus* Bulgaria. Decisión sobre Jurisdicción de 8 de febrero de 2005. Caso CIADI ARB/03/24; y, Telenor Mobile Communications A.S. *versus* Hungría. Laudo de 13 de septiembre de 2006. Caso CIADI ARB/04/15.

⁶⁵ Ver, en particular, Maffezini *versus* Reino de España. Decisión sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000. Caso CIADI ARB/97/7; y, Siemens *versus* Argentina. Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004. Caso CIADI ARB/02/8.

⁶⁶ Ver, sobre el particular: SUAREZ ANZORENA, Ignacio. "Acumulación de Arbitrajes bajo Tratados Bilaterales de Inversión". En: Lima Arbitration 1. 2006. p. 113.