

Arbitraje internacional de inversiones bajo el Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos



JAVIER FERRERO DÍAZ

Abogado por la Universidad de Lima.
Máster en Derecho (LL.M.) por American University
Washington College of Law (Estados Unidos).

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El Capítulo 10 del TLC – Inversiones:
 - 1. Aplicación del Capítulo 10;
 - 2. Garantías y derechos del inversionista:
 - 2.1 Trato Nacional – Artículo 10.3;
 - 2.2 Trato de la Nación más Favorecida – Artículo 10.4;
 - 2.3 Nivel Mínimo de Trato – Artículo 10.5;
 - 2.4 Tratamiento en caso de contienda – Artículo 10.6;
 - 2.5 Expropiación e Indemnización – Artículo 10.7
 - 2.6 Transferencias – Artículo 10.8;
 - 2.7 Otras disposiciones del Capítulo 10 del TLC.
- III. Solución de controversias inversionista.
- IV. La Comisión de Libre Comercio.
- V. Conclusiones.



I. INTRODUCCIÓN

El 12 de abril de 2006 el Perú y los Estados Unidos celebraron un Tratado de Libre Comercio, con el objeto de eliminar obstáculos al intercambio comercial entre los dos países, consolidar el acceso a bienes y servicios, así como para favorecer la captación de inversión privada. Este Tratado de Libre Comercio entró en vigencia el 1 de febrero de 2009, siendo el primer tratado de este tipo celebrado por el Perú (en adelante, el TLC Perú - Estados Unidos o TLC)¹. Luego de la firma del TLC, el Perú ha celebrado y tiene ya en vigencia varios Tratados de Libre Comercio con otros países, tales como con Canadá, Chile, China, Corea del Sur, Costa Rica, Panamá, Singapur y la Unión Europea².

El TLC consta de una serie de capítulos, que incorporan una gran variedad de temas, tales como temas comerciales, económicos, institucionales, de propiedad intelectual, laborales, medioambientales, entre otros. Asimismo, consta de un Capítulo sobre Inversiones ("Capítulo 10")³.

De esta manera, el presente artículo busca explicar el mecanismo de arbitraje internacional de inversiones bajo el Capítulo 10 del TLC, para lo cual se requiere entender los alcances de este Capítulo sobre Inversiones, las garantías y derechos que se le otorgan al inversionista, las condiciones y requisitos para que un inversionista de un Estado Parte pueda recurrir a arbitraje internacional en contra del otro Estado Parte, así como excepciones y disposiciones en favor del Estado Parte receptor de la inversión.

II. EL CAPÍTULO 10 DEL TLC - INVERSIONES

1. Aplicación del Capítulo 10

El Capítulo 10 del TLC Perú - Estados Unidos es aplicable a todas las medidas que adopte o mantenga un Estado Parte respecto de los inversionistas del otro Estado Parte y sus **inversiones cubiertas**, que existan a la fecha de entrada en vigor del TLC, o aquellas que se hayan establecido, adquirido o expandido posteriormente^{4 5}.

1. Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006, aprobado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa 28766, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de junio de 2006 y ratificado mediante Decreto Supremo 030-2006-RE, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de junio de 2006. Fue puesto en ejecución por medio de Decreto Supremo 009-2009-MINCETUR, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de enero de 2009. Entró en vigencia el 1 de febrero de 2009.
2. Tratado de Libre Comercio Perú - Canadá, firmado el 29 de mayo de 2008 y en vigencia desde el 1 de agosto de 2009; Tratado de Libre Comercio Perú - Chile, firmado el 22 de agosto de 2006 y en vigencia desde el 1 de marzo de 2009; Tratado de Libre Comercio Perú - China, firmado el 28 de abril de 2009 y en vigencia desde el 1 de marzo de 2010; Tratado de Libre Comercio Perú - Corea del Sur, firmado el 21 de marzo de 2011 y en vigencia desde el 1 de agosto de 2011; Tratado de Libre Comercio Perú - Costa Rica, firmado el 26 de mayo de 2011 y en vigencia desde el 1 de junio de 2013; Tratado de Libre Comercio Perú - Panamá, firmado el 25 de mayo de 2011 y en vigencia desde el 1 de mayo de 2012; Tratado de Libre Comercio Perú - Singapur, firmado el 29 de mayo de 2009 y en vigencia desde el 1 de agosto de 2009; y Tratado de Libre Comercio Perú - Unión Europea, firmado el 26 de junio de 2012 y en vigencia desde el 1 de marzo de 2013.
3. El texto del Capítulo de Inversiones del TLC proviene en parte del Tratado Bilateral de Inversiones Modelo de los Estados Unidos del 15 de septiembre de 2004, disponible en: <http://www.naftaclaims.com/files/US_Model_BIT.pdf>. Cabe señalar que el Perú ha firmado 32 Tratados Bilaterales de Inversión, la mayoría de ellos entre 1994 y 1996, como parte de la reforma económica de promoción a la inversión extranjera.
4. El artículo 1.3 del TLC dispone que una "inversión cubierta" significa "con respecto a una Parte, una inversión, de acuerdo a la definición del artículo 10.28 (Definiciones) en su territorio, de un inversionista de otra Parte que exista a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo o sea establecida, adquirida o expandida posteriormente."
5. El artículo 10.1 (2) del TLC dispone que "las obligaciones de una Parte bajo esta Sección se aplicarán a una empresa estatal u otra persona cuando ésta ejerza cualquier autoridad regulatoria, administrativa u otra autoridad gubernamental que le hubiera sido delegada por esta Parte, tales como la autoridad de expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales o imponer cuotas, tasas u otros cargos."

Este Capítulo no será aplicable para *"cualquier acto o hecho que tuvo lugar, o cualquier situación que cesó de existir, antes de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo"*⁶. Es decir, el Capítulo de Inversiones del TLC, no es de aplicación retroactiva. Asimismo, se deja en claro que en el caso de existir cualquier incompatibilidad entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad⁷.

Como punto de partida entonces, resulta necesario identificar cuáles son las inversiones cubiertas por el presente Capítulo del TLC, para lo cual primero se debe partir por la definición de "inversión".

El artículo 10.28 del TLC define a una «inversión» como:

"todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo".

Seguidamente, se establecen todas las formas de inversión cubiertas, las cuales incluyen las siguientes:

a) Una empresa;

- b) Acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- c) Bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- d) Futuros, opciones y otros derivados;
- e) Contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- f) Derechos de propiedad intelectual;
- g) Licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna⁸; y
- h) Otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.

Sin embargo, se procede a distinguir actividades que podrían no ser una inversión y aquellas que de ninguna manera serían una inversión. Al respecto, se establece que:

"es más probable que algunas formas de deuda, como bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como reclamos de pago de vencimiento inmediato y como resultado de la venta de bienes o servicios, tengan estas características."⁹

6. TLC, artículo 10.1 (3).

7. TLC, artículo 10.2 (1). Este artículo también añade lo siguiente: "2. El requerimiento de una Parte de que un proveedor de servicios de otra Parte constituya una fianza u otra forma de garantía financiera como condición para proveer un servicio transfronterizo, no hace, en sí mismo, que este Capítulo sea aplicable a las medidas adoptadas o mantenidas por la Parte respecto al suministro transfronterizo del servicio. Este Capítulo se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por la Parte respecto a la fianza o garantía financiera en la medida en que dicha fianza o garantía financiera constituya una inversión cubierta. 3. Este Capítulo no se aplica a medidas adoptadas o mantenidas por una Parte en la medida de que estén cubiertas por el Capítulo Doce (Servicios Financieros)."

8. El artículo 10.28 del TLC menciona lo siguiente con relación a licencias, autorizaciones o permisos: «El hecho de que un tipo de licencia, autorización, permiso o un instrumento similar (incluida una concesión, en la medida que ésta tenga la naturaleza de este tipo de instrumento) tenga las características de una inversión, depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación de la Parte. Entre las licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos mediante la legislación interna. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicha licencia, autorización, permiso o instrumento similar tenga las características de una inversión.» [Énfasis añadido].

9. TLC. Artículo 10.28 - Definiciones.

Asimismo, se deja en claro que los préstamos otorgados por una Parte a otra Parte no son considerados inversiones, así como una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa¹⁰.

Por otro lado, se define al "inversionista de una Parte" como aquella "Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, a través de acciones concretas, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva"¹¹.

Habiendo definido los conceptos de "inversión", "inversiones cubiertas" e "inversionista de una Parte", lo siguiente es conocer qué garantías y derechos se le concede al inversionista de cada Parte.

2. Garantías y derechos del Inversionista

La Sección A del Capítulo 10 del TLC le concede al inversionista de una Parte una serie de garantías y derechos respecto de sus inversiones en el territorio de la otra Parte. A continuación pasamos a explicar las principales.

2.1 Trato Nacional - Artículo 10.3.

Se establece que cada Parte le concederá a los inversionistas de la otra Parte y a sus inversiones, cubiertas, un trato que sea no menos favorable que aquel que se le concede en su territorio, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas, con relación al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de dichas inversiones en su territorio.

El arbitraje NAFTA *Methanex c. Estados Unidos* desarrolló el estándar de "Trato Nacional"¹². En dicho caso, Methanex, la empresa canadiense con mayor producción y comercialización de metanol del mundo, presentó una reclamación de arbitraje UNCITRAL bajo el Capítulo de Inversiones de NAFTA en contra de los Estados Unidos por más de US\$ 970 millones, cuando en 1999 el Estado de California prohibió el uso del MTBE (éter metil terbutílico por sus siglas en inglés) como aditivo de la gasolina, al ser un agente cancerígeno.

De esta manera, a pesar que Methanex no fabricaba MTBE, la empresa alegó que sus ventas se verían afectadas por dicha medida debido a que el metanol utilizaba MTBE para mejorar la oxigenación del combustible, y su prohibición alentaría la compra de sustitutos como era el caso del etanol. Methanex alegaba que la industria americana de etanol se estaría beneficiando con esta medida.

El argumento fue rechazado por el Tribunal al establecer que no se había dado un trato menos favorable a Methanex que el recibido a otros fabricantes nacionales de metanol en los Estados Unidos. El Tribunal señaló que habiendo otros inversionistas en circunstancias idénticas al del Demandante, la comparación debía ser hecha con ellos y no con los productores de etanol.

2.2 Trato de la Nación más Favorecida - Artículo 10.4.

Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte y a sus inversiones un trato no menos favorable que el que conceda en su territorio, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea Parte el TLC (tercer Estado) en lo referente al establecimiento, adquisición,

10. *Ibid.*

11. *Ibid.*

12. *Methanex Corporation v. United States of America*. Arbitraje UNCITRAL bajo el Capítulo de Inversiones de NAFTA. Laudo Final del 3 de agosto de 2005. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por sus siglas en inglés) fue firmado por los Estados Unidos, Canadá y México el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigencia el 1 de enero de 1994.

expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.

Se aclara que este Trato de la Nación más Favorecida no es aplicable a mecanismos de solución de controversias, establecidos en otros acuerdos internacionales comerciales o de inversiones celebrados por los Estados Partes del TLC. Cabe señalar que esta aclaración es importante al prohibir expresamente que un inversionista de un Estado Parte del TLC, pueda recurrir por medio de la Trato de la Nación más Favorecida a tratar de usar un mecanismo de solución de controversias distinto al establecido en el Capítulo de Inversiones del TLC, alegando que el mecanismo incluido en un Capítulo de Inversiones de otro TLC, o en un TBI por ejemplo, es más favorable¹³.

Esta disposición fue incluida para evitar ambigüedades en la aplicación de esta garantía, como sucede en varios Tratados Bilaterales de Inversión en donde no se define con claridad hasta dónde puede ser aplicable el estándar de Trato de la Nación más Favorecida.

2.3 Nivel Mínimo de Trato - Artículo 10.5.

Según el cual, cada Parte le concederá a las inversiones cubiertas del inversionista de la otra parte un trato de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario¹⁴, incluyendo un "trato justo y equitativo", así como "protección y seguridad plenas". Este nivel mínimo de trato a los inversionistas extranjeros, acorde con el derecho internacional consuetudinario,

es aquel nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas por el Capítulo 10.

En este sentido, se señala que los conceptos de "trato justo y equitativo" y de "protección y seguridad plenas" *"no requieren un trato adicional o más allá del requerido por este estándar y que no crea derecho adicionales significativos"*¹⁵.

Se procede a definir como "trato justo y equitativo" aquel que *"incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo"*¹⁶. Por otro lado, se define como "protección y seguridad plenas" aquel estándar que *"exige a cada Parte el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario"*¹⁷.

Cabe señalar, que los estándares de "trato justo y equitativo" y de "protección y seguridad plenas" deben ser analizados dependiendo de los hechos y circunstancias de cada caso, tal como ha sido reconocido ampliamente por tribunales arbitrales internacionales.

2.4 Tratamiento en Caso de Contienda - Artículo 10.6.

Esta garantía al inversionista establece que cada Parte concederá a los inversionistas de la otra Parte y a sus inversiones cubiertas, un trato no discriminatorio con relación a cualquier medida que adopte o mantenga en relación con pér-

13. El TLC establece al hacer referencia al Trato de la Nación más Favorecida: «Para mayor certeza, el trato "con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones" a que hacen referencia [el artículo 10.4], no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los señalados en la Sección B, que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones».

14. El Anexo 10-A del Capítulo 10 del TLC define al Derecho Internacional Consuetudinario: como aquel que "resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal."

15. TLC. Artículo 10.5 (2).

16. TLC. Artículo 10.5 (2) (a).

17. TLC. Artículo 10.5 (2) (b).

didadas sufridas por inversiones en su territorio como resultado de conflictos armados o contiendas civiles.

De esta manera, en el supuesto que un inversionista de una Parte, ante una situación de conflictos armados o contiendas civiles, sufra una pérdida en el territorio de la otra Parte como resultado de la "(a) la requisición de su inversión cubierta o de parte de ella por las fuerzas o autoridades de esta última Parte; o (b) la destrucción de su inversión cubierta o de parte de ella por las fuerzas o autoridades de esta última Parte, no requeridas por la necesidad de la situación", el Estado le concederá al inversionista la restitución, compensación o ambas, según sea apropiado, por tal pérdida, debiendo ser la compensación pronta, adecuada y efectiva.

2.5 Expropiación e Indemnización - Artículo 10.7.

De acuerdo con esta garantía ninguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión, de forma directa o indirecta, por medio de medidas equivalentes a una expropiación o nacionalización, salvo que se cumplan con los siguientes elementos específicos:

- que sea por motivos de un propósito público¹⁸;
- de una manera no discriminatoria;
- mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y
- en concordancia con el principio del debido proceso y del estándar de "Nivel Mínimo de Trato" establecido en el artículo 10.5.

La indemnización que debe pagar el Estado al inversionista debe ser hecha sin demora, ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de la fecha en que se llevó a cabo la expropiación, no debiendo reflejar cambio alguno en el valor, debido a que la intención de expropiar se conoció antes de la fecha en que se realizó la expropiación. Por último, dicha expropiación debe ser completamente liquidable y de libre transferencia¹⁹.

En cuanto a una "expropiación directa" se le define como aquella en donde una inversión es nacionalizada o expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio²⁰. Por otro lado, una "expropiación indirecta" viene a ser aquella "en donde un acto o una serie de actos [del Estado] tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio"²¹.

De esta manera, para poder determinar si un acto o una serie de actos del Estado Parte receptor de la inversión, en una situación de hecho específica, viene a ser una expropiación indirecta, requiere de una investigación de caso por caso, en donde se deben considerar, entre otros factores, los siguientes:

- i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;

18. El TLC aclara que para mayor certeza, el término "propósito público" "se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario. La legislación interna puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como 'necesidad pública', 'interés público' o 'utilidad pública'. Nota de pie 5 del Capítulo 10 de Inversiones.

19. Se hace una aclaración al presente artículo: "Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas con relación a derechos de propiedad intelectual conforme con el Acuerdo ADPIC, o a la revocación, limitación, o creación de derechos de propiedad intelectual en la medida que dicha expedición, revocación o limitación o creación sea compatible con el Capítulo Dieciséis (Derechos de Propiedad Intelectual)." TLC. Artículo 10.7 (5).

20. TLC. Anexo 10-B del Capítulo 10.

21. *Ibid.*

- ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y
- iii) el carácter de la acción gubernamental.²²

Se aclara sin embargo, no constituyen expropiaciones indirectas aquellos actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente²³.

Este fue el caso del arbitraje *Methanex*, en donde el Tribunal rechazó el reclamo de una supuesta expropiación indirecta, estableciendo lo siguiente:

"[A]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation."²⁴

Asimismo, en el caso *Marvin Feldman c. México*, en donde se rechazó también una alegación de expropiación ilegítima, el Tribunal señaló lo siguiente:

"[L]os gobiernos deben tener la libertad de actuar en pro del interés público más amplio a través de la protección del medio ambiente, regímenes impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación

de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y medidas similares. Ninguna reglamentación gubernamental razonable de este tipo puede lograrse si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización, y cabe afirmar con certeza que el derecho internacional consuetudinario reconoce esta circunstancia (...)."²⁵

2.6 Transferencias - Artículo 10.8.

Esta garantía le concede al inversionista de cada Parte el derecho a que todas las transferencias de dinero relacionadas con su inversión cubierta se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio.

Las transferencias bajo mención incluyen las siguientes:

- a) aportes de capital;
- b) ganancias, dividendos, ganancias de capital y productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión cubierta;
- c) intereses, pagos por regalía, gastos de administración y asistencia técnica y otros cargos;
- d) pagos realizados conforme a un contrato, incluyendo un convenio de préstamo;
- e) pagos realizados conforme al artículo 10.6.1 y 10.6.2 y el artículo 10.7; y
- f) los pagos que surjan de una controversia.²⁶

Se dispone que cada Parte permitirá que las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se realicen en moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia. Asimismo, cada Parte

22. *Ibid.*

23. El TLC añade que esta lista de "objetivos de bienestar público", donde se menciona la salud pública, la seguridad y el medio ambiente no es exhaustiva. Nota de pie 20 del Anexo 10-B del Capítulo 10 del TLC.

24. *Methanex Corporation v. United States of America*. Laudo Final sobre Méritos y Jurisdicción. Arbitraje UNCITRAL, párrafo 7 de la Parte IV del Laudo, 3 de agosto de 2005.

25. *Marvin Feldman c. México, Caso ARB (AF)/99/1*. Laudo Arbitral, párrafo 103, 16 de diciembre de 2002.

26. TLC. Artículo 10.8.

permitirá que las ganancias en especie relacionadas con una inversión cubierta se ejecuten conforme a lo autorizado o especificado en un acuerdo escrito entre una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte.

Sin embargo, un Estado Parte puede impedir la realización de una transferencia por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relacionadas a:

- a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
- b) emisión, comercio u operaciones de valores, futuros, opciones o derivados;
- c) infracciones criminales o penales;
- d) reportes financieros o mantenimiento de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar con el cumplimiento de la ley o con las autoridades financieras regulatorias; o
- e) garantizar el cumplimiento de sentencias o laudos dictados en procedimientos judiciales o administrativos.²⁷

El Capítulo 10 incluye también otros estándares, tales como "Requisitos de Desempeño"²⁸, "Altos Ejecutivos y Juntas Directivas"²⁹ y la "Denegación de Beneficios", entre otros³⁰.

Por último, cabe señalar que a pesar de no estar expresamente estipulado en el Capítulo 10, nada impide que el Estado pueda presentar contra-reclamos en un arbitraje inversionista-Estado bajo el TLC.

2.7 Otras disposiciones del Capítulo 10 del TLC.

El artículo 10.11 regula lo relativo a "Inversiones y el Medio Ambiente", según el cual:

"Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental."

27. *Ibid.*

28. El artículo 10.9 trata sobre los "Requisitos de Desempeño", estableciendo que una Parte, no puede con relación al establecimiento y desarrollo de una inversión de un inversionista de la otra Parte en su territorio o de un país que no sea Parte en su territorio, imponer ni hacer cumplir una serie de requisitos tales como: i) exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios; ii) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; iii) comprar, utilizar u otorgar preferencia a las mercancías producidas en su territorio, o comprar mercancías de personas en su territorio; iv) proveer exclusivamente del territorio de una Parte las mercancías que produce la inversión o los servicios que presta para un mercado específico regional o al mercado mundial, entre otros.

29. El artículo 10.10 trata el concepto de "Altos Ejecutivos y Juntas Directivas", según el cual, "[n]inguna Parte puede exigir que una empresa de esa Parte, que sea una inversión cubierta, designe a personas naturales de una nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección". Sin embargo, la mayoría de los miembros de las Juntas Directivas pueden ser de una nacionalidad en particular o residentes en el territorio de la Parte, con la condición que el requisito no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista para ejercer el control sobre su inversión.

30. El artículo 10.12 trata sobre el concepto de "Denegación de Beneficios", según el cual, una Parte no puede denegar los beneficios del Capítulo X a un inversionista de la otra Parte, que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si personas de una país que no es Parte son propietarias o controlan la empresa y la Parte que deniega los beneficios: i) no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; o ii) adopta o mantiene medidas en relación con el país que no es Parte o una persona del país no Parte que prohíbe las transacciones con la empresa o que serían infringidas o eludidas si los beneficios del presente Capítulo se otorgan a esa empresa o a sus inversiones. Sin embargo, se establece que una Parte sí puede denegar los beneficios del Capítulo X a un inversionista de otra Parte, que sea una empresa de esa otra Parte, así como a sus inversiones, "si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de ninguna de las Partes, salvo la Parte que deniega los beneficios, y personas de un país que no es Parte, o de la Parte que deniega sean propietarios o controlan la empresa."

Esta disposición resalta la importancia que debe tener el tema ambiental al hacer inversiones, estableciéndose expresamente que el Estado Parte receptor de la inversión puede tomar cualquier medida que considere necesaria, siempre y cuando esté acorde con lo estipulado en el presente Capítulo, para asegurar que las inversiones se lleven a cabo tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental. Esto va de la mano con la prioridad que están tomando hoy en día, tanto el Perú como los Estados Unidos, para que las inversiones se lleven a cabo acorde con la normativa ambiental de dicho Estado y de acuerdo con los estándares ambientales internacionales.

Cabe señalar, que el TLC cuenta con un Capítulo sobre Medio Ambiente (Capítulo 18) en donde se establece como los objetivos de dicho Capítulo el *"contribuir a los esfuerzos de las Partes de asegurar que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente, promover la utilización óptima de los recursos de acuerdo con el objetivo del desarrollo sostenible, y esforzarse por fortalecer los vínculos entre las políticas y prácticas comerciales y ambientales de las partes, lo que puede tener lugar a través de cooperación y colaboración ambiental"*³¹.

Por último, el artículo 22.2 del TLC contiene una disposición sobre "Seguridad Esencial" según la cual, ninguna disposición del TLC se podrá interpretar en el sentido de:

"a) obligar a una parte a proporcionar ni a dar acceso a información cuya divulgación considere contraria a sus intereses esenciales en materia de seguridad; o

(b) impedir que una Parte aplique medidas que considere necesarias para cumplir con sus obligaciones respecto al mantenimiento o la restauración de la paz o la seguridad internacional, o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad."³²

Asimismo, en el Capítulo 22 del TLC se establecen una serie de excepciones con respecto a la aplicación de ciertas disposiciones del TLC³³.

III. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA – ESTADO BAJO EL TLC

La Sección B del Capítulo 10 del TLC regula todo lo relacionado con la solución de controversias que puedan suscitarse entre un inversionista de una Parte y el otro Estado Parte receptor de la inversión.

Se establece que en el caso de una controversia sobre una inversión, el demandante y el demandado deben primero intentar solucionar la controversia a través de consultas y negociación. Estas consultas y negociación pueden incluir el uso de procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes.

En el caso que no pueda resolverse la controversia mediante consultas y negociación en un plazo de seis (6) meses contados desde que tuvieron lugar los hechos que motivaron la reclamación, el inversionista de una Parte podrá recurrir a arbitraje internacional:

a) de conformidad con el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones

31. TLC. Capítulo 18 - Medio Ambiente, Objetivos.

32. Cabe señalar, que el TLC hace la aclaración que en el supuesto que el Estado Parte invoque el artículo antes citado en un arbitraje internacional de inversiones de acuerdo con el Capítulo 10 del TLC, el Tribunal Arbitral a cargo del caso deberá determinar si esta excepción es aplicable. Lo mismo es el caso cuando se esté en un proceso de solución de controversias entre ambos Estados Partes de acuerdo con el Capítulo 21 del TLC. Al respecto, el Capítulo 21 del TLC, dispone de manera general que "las disposiciones para la solución de controversias de [dicho] Capítulo, se aplicarán a la prevención o la solución de las controversias entre las Partes relativas a la interpretación o aplicación del TLC [...]"

33. A modo de ejemplo, el Capítulo 22.3 sobre "Tributación" dispone que salvo lo establecido en dicho artículo, ninguna disposición del TLC se aplicará a medidas tributarias.

- entre Estados y nacionales de otros Estados ("Convenio CIADI")³⁴;
- b) de conformidad con el Mecanismo Complementario del CIADI en caso sólo el Estado del inversor o Estado demandado sean miembros del Convenio³⁵;
- c) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocidas en sus siglas en inglés como reglas UNCITRAL³⁶, o
- d) si el demandante y el demandado lo acuerdan, ante cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera otras reglas de arbitraje³⁷.

De esta manera, el demandante por cuenta propia, o en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue que el Estado receptor de la inversión:

1. haya violado: i) alguna de las garantías al inversionista establecidas en el Capítulo 10 de Inversiones; ii) una acuerdo de inversión³⁸; o iii) una autorización de inversión³⁹; y
2. que el demandante haya sufrido daños o pérdidas producto de dicha violación o como resultado de ésta.

34. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, conocido como el Convenio de Washington de 1965, firmado por el Perú el 4 de septiembre de 1991 y en vigencia para el Perú desde el 8 de septiembre de 1993, al haberse presentado el instrumento de ratificación el 9 de agosto de 1993. El Convenio CIADI fue firmado por los Estados Unidos el 27 de agosto de 1965, entrando en vigencia para dicho país el 14 de octubre de 1966, luego de presentado el instrumento de ratificación el 10 de junio de 1966. Actualmente el Convenio CIADI ha sido firmado por 158 Estados y ratificado por 149 Estados. Cabe señalar que Bolivia, Ecuador y Venezuela denunciaron el Convenio CIADI el 2 de mayo de 2007, el 6 julio de 2009 y el 24 de enero de 2012 respectivamente. El Convenio CIADI se encuentra disponible en la página web del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial ("CIADI"), con sede en Washington, D.C., en: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf>.

35. Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del CIADI del 1 de enero de 2003, disponible en la página web del CIADI en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-spa-archive/ICSID_Addl_Spanish.pdf. Se entiende que esta opción sería utilizada por un inversionista de un Estado Parte en el supuesto que la otra Parte haya denunciado el Convenio CIADI.

36. Reglamento de Arbitraje UNCITRAL del 15 de agosto de 2010, disponible en la página web de UNCITRAL, en: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>>.

37. TLC. Artículo 10.16 (3).

38. El artículo 10.28 (Definiciones) del TLC define lo que se entiende por "acuerdo de inversión" como "un acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte, en virtud del cual la inversión cubierta o el inversionista se base para establecer o adquirir una inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo, que otorga derechos a la inversión cubierta o al inversionista: (a) respecto a los recursos naturales que una autoridad nacional controla, como para su explotación, extracción, refinamiento, transporte, distribución o venta; (b) para proveer servicios al público en representación de la Parte, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua o telecomunicaciones; o (c) para realizar proyectos de infraestructura, tales como construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos o gasoductos que no sean de uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno". Asimismo, se señala que una "autoridad nacional" significa "una autoridad del nivel central del gobierno". Ibid. Por otro lado, se añade que en el caso de una supuesta violación de un acuerdo de inversión se podrá someter una reclamación a arbitraje, solamente si la materia de la reclamación y los daños reclamados se relacionan directamente con la inversión cubierta que fue establecida o adquirida, o se pretendió establecer o adquirir, con base en el acuerdo de inversión relevante.

39. El artículo 10.28 (Definiciones) del TLC define a una "autorización de inversión" como "aquella otorgada por la autoridad de inversiones extranjeras de una Parte a una inversión cubierta o a un inversionista de otra Parte." Cabe señalar, que el TLC aclara que "en la fecha de entrada en vigor [del TLC], ninguna de las Partes tiene una autoridad de inversiones extranjeras que otorgue autorizaciones de inversión". Nota de pie 15 de la Sección C - Definiciones del Capítulo 10 (Inversiones) del TLC. Cabe mencionar, que este sigue siendo el caso al día de hoy.

Por otro lado, el artículo 10.18 establece una serie de condiciones y limitaciones al consentimiento de las partes. En este sentido, ninguna reclamación puede someterse a arbitraje:

- a) si han transcurrido más de tres (3) años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada y conocimiento de que el demandante sufrió pérdidas o daños producto de dichas violaciones;
- b) a menos que el demandante consienta por escrito someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en el Capítulo 10; y
- c) a menos que el demandante renuncie por escrito a iniciar o continuar todo proceso ante un tribunal judicial o administrativo conforme a la ley del Estado Parte receptor de la inversión, u otros procedimientos de solución de controversias, con respecto a cualquier actuación de cualquier medida del Estado que se alegue haber generado una violación de los derechos y garantías al inversionista establecidos en el artículo 10.16⁴⁰.

Sin embargo, el demandante puede iniciar o continuar una medida cautelar que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que esta medida se interponga para preservar los derechos e intereses del demandante mientras continúe el arbitraje⁴¹.

Por otro lado, si el demandante elige someter una reclamación por una violación de un acuerdo de inversión o una autorización de inversión, ante una corte judicial o tribunal administrativo del demandado o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante,

esa elección será definitiva y el demandante no puede, a partir de ese momento, someter la reclamación a arbitraje conforme al mecanismo de solución de controversias inversionista - Estado establecido en el presente capítulo⁴².

El Anexo 10-G del Capítulo 10 añade que si un inversionista de los Estados Unidos elige someter una reclamación respecto a una violación de conformidad con la Sección A, de un acuerdo de inversión, o de una autorización de inversión, ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte, su elección será definitiva y el inversionista no puede a partir de ese momento, someter la reclamación a un arbitraje bajo la Sección B. Esto es lo que se conoce en inglés, como *fork in the road* y que se encuentra estipulado en muchos acuerdos internacionales de inversión, en donde el demandante al escoger ir por una vía no puede luego ir por la otra vía para demandar a un Estado receptor de la inversión.

Con relación al derecho aplicable, si nos encontramos ante una reclamación de un inversionista de una Parte por una supuesta violación de una garantía de conformidad con la Sección A del Capítulo 10, el Tribunal Arbitral decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el TLC y con las normas aplicables del Derecho Internacional⁴³.

Si estamos ante una reclamación por violación de un acuerdo de inversión o de una autorización de inversión, el Tribunal Arbitral debe aplicar:

- las normas legales del acuerdo de inversión o de la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las Partes lo acordaron; o
- si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera:

40. Recordemos que el artículo 10.16 establece que el inversionista puede invocar arbitraje internacional alegando que ha habido una violación a las garantías y derechos que tiene de acuerdo con la Sección A del presente Capítulo, cuando se ha violado un acuerdo de inversión o una autorización de inversión.

41. TLC. Artículo 10.18 (3).

42. TLC. Artículo 10.18 (4).

43. TLC. Artículo 10.22.

- la legislación del Estado demandado, incluidas sus normas sobre conflicto de leyes; y
- Las normas de Derecho Internacional, según sean aplicables.

Con respecto a la selección de los árbitros, el artículo 10.19 establece que a menos que las partes en la controversia acuerden algo distinto, el Tribunal estará conformado por tres árbitros, donde cada parte designa a uno, y el tercero que viene a ser el Presidente, será designado por acuerdo de las partes⁴⁴. Sin embargo, si luego de 75 días contados desde la fecha en que se presentó la reclamación no se ha constituido aún el Tribunal Arbitral, el Secretario General del CIADI, a petición de una de las partes, designará, a su discreción, el árbitro o árbitros que todavía no hayan sido designados por las partes⁴⁵.

Las partes pueden acordar la sede legal donde se celebre el arbitraje conforme a las reglas arbitrales aplicables a la controversia (CIADI, Mecanismo Complementario del CIADI, Reglas UNCITRAL u otras reglas de arbitrajes ad hoc o institucionales acordadas por las partes).

Por otro lado, se dispone que un Tribunal Arbitral tiene la facultad para aceptar y tomar en consideración comunicaciones *amicus curiae*, provenientes de una persona o entidad que no sea parte en la controversia.

Cabe resaltar, que el Capítulo de Inversiones del TLC, como parte de sus disposiciones de transparencia en las actuaciones arbitrales, establece que el demandado entregará con prontitud a las Partes no contendientes y pondrá a disposición del público todos los escritos,

actas o transcripciones de las audiencias cuando estén disponibles, así como las órdenes, laudos y decisiones del tribunal⁴⁶.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 10.21 (2) del TLC, el Tribunal realizará audiencias abiertas al público, determinando en consulta con las partes en controversia, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, en el supuesto de que una parte contendiente pretenda usar en una audiencia información considerada como protegida, deberá informarlo al Tribunal, y el Tribunal tendrá que hacer los arreglos necesarios para proteger dicha información de ser divulgada.

En cuanto al laudo arbitral, el artículo 10.26 del TLC, establece que el laudo arbitral a emitirse por el Tribunal Arbitral será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto, debiendo ser cumplido sin demora⁴⁷.

Cabe hacer mención a lo establecido por el Anexo 10-D del Capítulo 10, sobre "Órgano de Apelación o Mecanismo Similar", según el cual:

"[d]urante un plazo de tres años a partir de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, las Partes considerarán la posibilidad de establecer un órgano de apelaciones o mecanismo similar para revisar los laudos dictados de conformidad con el artículo 10.26, en los arbitrajes iniciados después de haber establecido el órgano de apelaciones o mecanismo similar."

Al respecto, al día de hoy, el Perú y los Estados Unidos no han acordado establecer un órgano o mecanismo de apelación, por lo que esa po-

44. TLC. Artículo 10.19 (1).

45. TLC. Artículo 10.19 (3).

46. TLC. El artículo 10.21 (1) establece los documentos que deben ser accesibles al público: i) la notificación de intención; ii) la notificación de arbitraje; iii) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el artículo 10.25; iv) las actas o transcripciones de las audiencias del Tribunal, cuando estén disponibles; y v) las órdenes, los audios y decisiones del tribunal.

47. TLC. Artículo 10.6 (4).

sibilidad ya se encuentra descartada y el laudo emitido por el Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable.

IV. LA COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO

Por medio del artículo 10.21 del TLC se procedió a la creación de la Comisión de Libre Comercio, integrada por el lado del Perú, por su Ministro de Comercio Exterior y Turismo; y por el lado de los Estados Unidos, por el *United States Trade Representative*, contando además con coordinadores⁴⁸.

Esta Comisión está a cargo, entre cosas, de implementar el TLC, de supervisar el ulterior desarrollo del mismo, de buscar resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a la interpretación o aplicación del TLC, así como conocer sobre cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del TLC⁴⁹. Asimismo, la Comisión de Libre Comercio cuenta con la facultad de poder emitir interpretaciones sobre

las disposiciones del TLC, así como considerar cualquier enmienda a este Acuerdo⁵⁰.

Las decisiones de la Comisión de Libre Comercio se deberán tomar por consenso, a menos que decida algo diferente⁵¹. La Comisión se reunirá por lo menos una vez al año en sesión ordinaria, a menos que la misma decida algo distinto y las sesiones serán presididas de manera sucesiva por cada una de las Partes⁵².

V. CONCLUSIONES

El Capítulo 10 del TLC sobre inversiones establece un mecanismo de solución de controversias inversionista - Estado, el cual para que sea aplicable debe cumplir con una serie de disposiciones y requerimientos estipulados en dicho Capítulo. De esta manera, el presente artículo busca dar una visión general y objetiva de la aplicación de este Capítulo para el Perú y los Estados Unidos, como Estados Partes del TLC.

48. El Anexo 20.1 del Capítulo 20 del TLC dispone que los coordinadores del TLC serán para el caso del Perú, la dependencia que designe el Ministro de Comercio y Turismo. Para el caso de los Estados Unidos, será el *Assistant United States Trade Representative for the Americas*.

49. TLC, Artículo 20.1 (2).

50. TLC, Artículo 20.1 (3).

51. TLC, Artículo 20.1 (6).

52. TLC, Artículo 20.1 (7).