

MEDIOS DE PROTECCION A LA INVERSION EXTRANJERA

Ulises Montoya Alberti ^(*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.- 2. RIESGOS Y GARANTIAS.- 3. CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURIDICA. 3.1. Alcances. 3.2. Características.- 4. CONTRATOS DE SEGUROS A LA INVERSION PRIVADA.- 5. CONTRATOS LEYES. 5.1. Antecedentes. 5.2. Artículo 1357º del Código Civil y 62º de la Constitución.- 6. DISPOSICIONES REFERENTES AL OTORGAMIENTO DE LAS GARANTIAS.- 7. EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCION DE CONTROVERSA EN MATERIA DE INVERSIONES. 7.1. El sometimiento del Estado al arbitraje. 7.2. Tribunales arbitrales en materia de solución de controversias: a) *Arbitraje ad-hoc*. b) *Arbitraje institucional*.- 8. EL ARBITRAJE EN LOS CONVENIOS DE PROMOCION DE INVERSIONES Y EN LA DECISION 291. 8.1. Solución de controversias entre el Estado y el inversionista del país de la otra parte contratante. 8.2. Solución de controversias entre las partes contratantes. 8.3. El arbitraje en la Decisión 291. Acuerdo Sub-Regional Andino.

1. INTRODUCCION

Entre las medidas destinadas a atraer y fomentar la inversión privada se encuentran las normas que otorgan incentivos, dan seguridad y estabilidad jurídica a los inversionistas nacionales y extranjeros a fin de evitar que los cambios de gobiernos y de políticas puedan desconocer acuerdos celebrados dentro del ámbito de la libertad contractual, modificando las condiciones originalmente establecidas.

Las normas que regulan estos aspectos están comprendidas en las legislaciones internas de cada país, en los Convenios que sobre esta materia celebran los Estados, y en disposiciones de carácter supranacional como es el caso de la Decisión Nº 291 de la Comunidad Andina (anteriormente denominado Acuerdo de Cartagena) que regula el régimen del tratamiento al capital extranjero, que deben aplicar los países miembros del Pacto Andino ⁽¹⁾.

^(*) Profesor Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

⁽¹⁾ Los países miembros de la Comunidad Andina (conocida anteriormente como Acuerdo Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena) son: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

Los contratos que en base a estas regulaciones celebran de una parte el Estado y de la otra parte el inversionista se les conoce con el nombre de *Contratos de Estabilidad Jurídica*, los que en algunas legislaciones revisten la categoría de ley, siendo denominados "contratos leyes" o "leyes contratos", cuyas referencias se encuentra en el Código Civil o, en ciertos casos, en la Constitución Política del Estado.

2. RIESGO Y GARANTIAS COMPRENDIDAS

La materia que comprenden los Contratos incluyen referencias a situaciones derivadas de riesgos no comerciales tales como: i) la expropiación y nacionalización, las mismas que sólo proceden en determinados casos, debiendo la compensación por la expropiación ser pronta, adecuada y efectiva, y corresponder al valor del mercado de la inversión a la fecha de la expropiación; ii) la compensación por pérdidas, debido a la guerra u otros conflictos armados, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, u otros acontecimientos similares; asimismo, en dichos contratos se incluyen incentivos tales como:

- a) la libre disponibilidad de divisas;
- b) la libre remisión de las utilidades y regalías al exterior;
- c) la estabilidad del régimen tributario;
- d) la contratación de los trabajadores;
- e) la no discriminación e igualdad de trato;
- f) las zonas francas industriales, comerciales y turísticas;
- g) las zonas de tratamiento especial;
- h) el régimen de admisión temporal;
- i) un tratamiento justo y equitativo y no menos favorable que aquél que el Estado contratante le otorga a sus propios inversionistas o a los inversionistas de cualquier otro Estado, y;
- j) otros incentivos diseñados para el desarrollo económico.

En algunas Constituciones, como es el caso de la del Perú ⁽²⁾ consideran dentro de sus disposiciones normas que tienen relación directa con algunas de las garantías mencionadas, tales como:

- 1) Que la iniciativa privada es libre (art. 58°);
- 2) Que el Estado facilita y vigila la libre competencia (art. 61°);
- 3) Que la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas

⁽²⁾ Constitución Política del Perú, vigente a partir del 30 de Diciembre de 1993.

-
- condiciones (art. 63º);
- 4) Que la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres (art. 63º);
 - 5) Que el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (art. 64º);
 - 6) Que el Estado garantiza la inviolabilidad del derecho de propiedad (art. 70º);
 - 7) Que sólo procede la expropiación de la propiedad por seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada, que incluya compensación por eventual perjuicio, pudiendo impugnarse la determinación del valor de la propiedad ante el Poder Judicial (art. 70º);
 - 8) Que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley, (art. 62º); y
 - 9) Que el establecimiento de garantías y otorgamiento de seguridades por parte del Estado mediante contrato revisten la categoría de contrato-ley, el mismo que no puede ser modificado legislativamente (art. 62º) ⁽³⁾.

3. CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURIDICA

3.1. Alcances

Las garantías mencionadas anteriormente se incorporan por regla general en los contratos que celebran por una parte el Estado y por la otra los inversionistas, siendo de cumplimiento obligatorio para ambas partes.

Mediante estos contratos el Estado garantiza la estabilidad de un régimen legal vigente al momento de celebrarse el contrato, mientras el inversionista se compromete a realizar la inversión exigida por la ley.

En estos contratos se incluyen generalmente las siguientes garantías:

⁽³⁾ «Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley».

- 1) Al régimen tributario vigente al momento de celebrarse el contrato.
- 2) Al régimen de libre disponibilidad de divisas y de los derechos de libre remesa y de capitales al exterior, y de utilizar el tipo de cambio más favorable;
- 3) Al derecho a la no discriminación por el origen de la inversión;
- 4) A los regímenes de contratación de trabajadores en cualquiera de sus modalidades (si bien este asunto se refiere a terceros, este aspecto se encuentra en el contrato entre la empresa y el Estado).
- 5) Al régimen tributario para los contratos de arrendamiento financiero.
- 6) A los regímenes de promoción de exportaciones.
- 7) Al sometimiento de las controversias a tribunales arbitrales.

3.2. Características

- 1) El Estado actúa dentro del ámbito del *jus commercii*, existiendo igualdad entre las partes, en consecuencia la única forma de modificar el contrato es por acuerdo de partes.
- 2) Es un contrato nominado, al encontrarse regulado por la ley.
- 3) Es sinalagmático. Establece derechos y obligaciones recíprocas.
- 4) Es oneroso, el Estado sacrifica mayores recursos que pudiera percibir al no poder variar las tasas impositivas o la creación de nuevos gravámenes; por su parte, el inversionista deberá realizar los aportes de la inversión pactada.
- 5) Es un contrato principal. Se basta por sí solo.
- 6) Es de ejecución continuada. Los derechos y obligaciones se ejecutan durante la vigencia del contrato.
- 7) Es conmutativo. Las partes conocen sus derechos y obligaciones con exactitud desde el momento de la celebración del contrato.
- 8) Es de naturaleza temporal; se otorga por un determinado plazo.
- 9) Es un contrato de adhesión. Al establecer el Estado mediante una ley, o un Convenio que celebra con otro Estado, cuáles son las condiciones de su celebración con el inversionista y los beneficios que otorga.
- 10) Es un contrato con ultractividad legal; las modificaciones legales que se den no afecta a las condiciones pactadas en el contrato a menos que dichas normas sean más favorables para el inversionista.

En el caso del Perú, la legislación sobre esta materia contenida en el Derecho Legislativo 757, considera en su artículo 47° que el Estado facilita a los inversionistas la cobertura de sus inversiones por el MIGA y otras entidades similares de las cuales el Perú forme parte. Se señala que el Estado tomará las acciones y presentará los documentos requeridos para tal efecto. En el caso de los inversionistas extranjeros, el Estado presta su conformidad a la cobertura solicitada por los inversionistas.

5. CONTRATOS LEYES

Los contratos de seguridad y estabilidad jurídica pueden revestir, según lo disponga la legislación interna de cada país, la categoría de "contratos-leyes".

El contrato-ley confiere seguridad al inversionista, pues a éste no le alcanzan los efectos de posteriores modificaciones legales que alteren la seguridad y garantías otorgadas mientras no se cumpla el plazo prescrito en el contrato. Por otra parte su mayor significado está en el hecho de que cualquier incumplimiento debe sujetarse a las normas generales de la contratación civil y no a las administrativas, que no son aplicables. En este sentido, la relación contractual, sólo puede modificarse mediante el acuerdo de las partes.

El derecho adquirido en el contrato no puede ser afectado por una ley, aún más, teniendo en cuenta que en algunas legislaciones, como es el caso del Perú, estos contratos tienen rango constitucional, en este caso cualquier ley que se dicte modificando unilateralmente sus condiciones sería inconstitucional, pudiendo plantearse las acciones que la Constitución señala para tales casos. Además de existir la prohibición de no poder modificarse legislativamente.

En lo que concierne a la solución de las controversias que pueden derivarse entre el Estado y el inversionista extranjero, se norma usualmente el sometimiento al fuero arbitral.

5.1. Antecedentes

En nuestra legislación ha existido antecedente de esta clase de contratos. En este sentido se pueden mencionar las Leyes N°s 9140 ⁽⁵⁾, 13275, 23407 y, en años

⁽⁵⁾ Ley 9140 de 14 de junio de 1940. Art.1: «El Poder ejecutivo, en los convenios que celebre para proteger y estimular la industrialización del país, podrá conceder exoneraciones de impuestos y derechos, con excepción de los de asistencia social, prodesocupados y los que estén afectos a obligaciones

recientes, la Ley General de Minería, aprobada por el Decreto Legislativo N° 109, disponiendo su artículo 157° -a fin de promover la inversión y facilitar el financiamiento de los proyectos mineros con una determinada capacidad inicial mínima o de hacer ampliaciones destinadas a llegar a esa capacidad- que el Poder Ejecutivo queda autorizado para asegurar contractualmente el régimen de beneficios que se indica en este artículo (estabilidad tributaria, ampliación de tasa anual de castigos, revaluación, reducción de la tasa de impuesto a la renta, etc.

Esta disposiciones fueron dadas como instrumentos de política económica, destinadas a incentivar la inversión en los sectores correspondientes.

La Jurisprudencia tampoco ha sido extraña para los contratos leyes. La Corte Suprema de Justicia, en un fallo dictado el 4 de marzo de 1982, se pronunció sobre la fuerza y alcances del contrato-ley, en la revisión planteada por la Sociedad Anónima Fábrica Nacional Textil El Amazonas, respecto de la Resolución N° 6225 del Tribunal de Aduanas: dicho fallo fue dictado por lo fundamentos expuestos en el dictamen del Fiscal, el que opinó que en el contrato celebrado por el Estado con dicha empresa mediante el cual le concedía la suspensión de los derechos arancelarios que afectará la importación de bienes de capital, "era y es ley entre las partes y su cumplimiento tal como fue concebido es ineludible."

Dicha Jurisprudencia menciona, además, que en este caso "se trata de la figura jurídica llamada Contrato-Ley" o "Ley-Contrato", en la que el Estado se encuentra dentro de la esfera de la contratación Privada. Estos contratos-leyes no pueden modificarse en forma unilateral. Por lo tanto, es mérito de ese contrato basado en esa ley y en el solemne compromiso que fluye de todo convenio, que la demandante tiene un derecho adquirido que no puede suprimirse ni recortarse".

5.2. Artículo 1357° del Código Civil y 62° de la Constitución

La figura del contrato-ley fue contemplada por primera vez en el artículo 1357° del Código Civil de 1984 ⁽⁶⁾, posteriormente se elevan a rango constitucional, al referirse a ellos la actual Constitución en su artículo 62°.

contractuales, de acuerdo con las disposiciones legales reglamentarias vigentes».

Art 2: «El Poder Ejecutivo, dará cuenta al Congreso del uso que haga de esta ley».

⁽⁶⁾ Artículo 1357 del Código Civil. " Por ley, por consideraciones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

La Exposición de Motivos del Código Civil que fundamenta las razones para incluir en la legislación esta figura expresa: «Una de las más novedosas instituciones del nuevo Código es el llamado "contrato-ley" o "ley-contrato", en virtud del cual y mediante normas preestablecidas el Estado otorga garantías y seguridades a través de la relación contractual, cuyas estipulaciones no pueden modificarse sin que medie la voluntad común de las partes».

Un aspecto importante es que la Constitución suprime la referencia a la calificación de la existencia a un interés social, nacional o público, que hacía el Código Civil para establecer mediante ley las garantías y seguridades, eliminándose de esta manera un aspecto que de una u otra forma es de carácter subjetivo.

En cuanto al supuesto en que la ley autoritativa para celebrar convenios de estabilidad fuese derogada, este hecho no podría afectar los Convenios ya celebrados, en razón que éstos han adquirido validez propia y deben ser respetados en los términos en que han sido expresados.

Esta afirmación, en el caso del Perú, tiene amparo constitucional, al señalarse, en el artículo 62º 2do. párrafo de la carta magna, que los contratos ley no pueden ser modificados legislativamente.

Por otra parte en la legislación del Perú, el Decreto Legislativo 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada) dispone en su artículo 39º que los Convenios de Estabilidad Jurídica tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

6. DISPOSICIONES REFERENTES AL OTORGAMIENTO DE LAS GARANTIAS

Las disposiciones que norman y establecen las garantías a otorgarse pueden encontrarse: i) en la legislación interna de cada país; ii) en los Convenios Bilaterales sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones que celebran los Estados; y iii) en las normas de carácter supra nacional, como las mencionadas referentes al Pacto Andino, ahora denominada Comunidad Andina.

i) Entre las disposiciones de carácter interno, en el caso de la legislación peruana, se puede mencionar:

- Decreto Legislativo N° 662, Ley de Promoción de la Inversión Privada Extranjera, que otorga un régimen de estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros.

- Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que tiene por objeto garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica.
- Decreto Legislativo N° 758, que establece las normas para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos, autorizando el otorgamiento de concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras de servicios públicos.
- Decreto-Ley 25845, Ley de Concesiones eléctricas, que norma las actividades relacionadas con la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica.
- Decreto Supremo 014-92-EM, Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería, y el Decreto Supremo 04-94-EM que aprueba el Modelo de Contrato de garantías y medidas de promoción a la inversión minera.
- Ley 26221, Ley General de Hidrocarburos, que otorga a los contratistas la garantía de estabilidad tributaria.

Si bien es cierto no todos los inversionistas suscriben un convenio de estabilidad jurídica, ya que existen requisitos que deben de cumplirse para acogerse a dichos convenios, esto no significa que les falte protección en su inversión, ya que de igual manera tienen el acceso a los diversos medios de solución de controversia.

ii) Los Convenios Bilaterales sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones tienen una estructura común cuya finalidad es crear las condiciones favorables para las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante; para tal efecto establecen la igualdad de derechos y garantías entre los inversionistas nacionales y extranjeros, contemplándose la situación de los denominados riesgos no comerciales⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ El Perú a partir de 1991 viene suscribiendo esta clase de Convenios. Al mes de Noviembre de 1995 se han suscritos y se encuentran vigentes los convenios celebrados con los siguientes países: Alemania, Argentina, Bolivia, Colombia, Corea, República Checa, República Popular de China, Dinamarca, España, EE.UU. (OPIC), Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Malasia, Noruega, Paraguay, Portugal, Reino Unido e Irlanda del Norte, Rumania, Suecia, Suiza y Tailandia.

Estos Convenios siguen, por regla general, las pautas establecidas el modelo del "Convenio Bilateral de Inversiones" (Bilateral Investment Treaty) conocidos por las siglas de BIT, propugnado por los Estados Unidos.

Además de las garantías que se otorgan, estos Convenios se refieren a aspectos tales como, el trato no discriminatorio, que significa un trato que sea por lo menos tan favorable como el que se otorga a sus nacionales y el tratamiento de denominada cláusula de la nación más favorecida, la misma que implica que cuando una parte contratante acuerde con un tercer Estado términos más favorables que los convenidos con otro parte contratante, esta última se beneficiará de los nuevos términos convencidos.

Por otro lado, si la legislación de una de las Partes contratantes establece un marco legal según el cual a los inversionistas de la otra parte contratante se le otorga un trato más favorable que el previsto en el respectivo Convenio, el trato otorgado a los inversionistas de la otra parte Contratante se aplicará a los inversionistas de la Parte Contratante pertinente también por las inversiones en curso.

Sin embargo, estas ventajas y privilegios que se mencionan no se aplican en el caso del otorgamiento que hace una Parte Contratante a los inversionistas de terceros países, en virtud de su pertenencia a una unión aduanera o unión económica, a un mercado común, a una zona de libre comercio, a un acuerdo subregional o regional, a un acuerdo económico multilateral, o bajo acuerdos firmados para evitar la doble tributación internacional o facilitar el intercambio del comercio fronterizo.

El ámbito de aplicación del Convenio comprende a todas las inversiones realizadas, antes y después de la fecha de su entrada en vigencia, por los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra parte Contratante, siempre y cuando hayan sido efectuadas de conformidad con las respectivas disposiciones legales. Sin embargo, no se aplicará a las controversias que hayan surgido antes de su entrada en vigor.

En cuanto al término de su vigencia, por regla general se establece en quince años renovables.

Entre estos Convenios se puede mencionar al que se celebra para asegurar inversiones de riesgo de empresas de los Estados Unidos de América en países en vías de desarrollo contra diversos riesgos como expropiaciones, confiscaciones, inconvertibilidad de la moneda, etc. Este organismo responde al nombre de Overseas

Private Investment Corporation (Corporación de Inversiones Privadas de Ultramar) al que se le conoce por las siglas de OPIC, y tiene el carácter de ente semiprivado afiliado al gobierno de los Estados Unidos, funcionando como agencia de seguros y promoción de inversiones norteamericanas hacia los países con los que ha suscrito convenios bilaterales.

En el Perú, el Decreto Legislativo N° 662 constituye el instrumento legal que autoriza al Estado a celebrar Convenios de esta naturaleza con otros Estados; dichos Convenios se encuentran dentro de los denominados "Convenios Internacionales Ejecutivos" ⁽⁸⁾.

7. EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCION DE CONTROVERSAS EN MATERIA DE INVERSIONES

Algunas legislaciones nacionales en lo que concierne a la protección a la inversión, los Convenios en materia de Protección de inversiones, así como la Decisión 291, contemplan que la solución de las controversias que surjan entre las partes en materia de inversiones deberán ser resueltas mediante el arbitraje.

En este sentido es conveniente tener presente la legislación que regula el arbitraje y en particular las normas que permiten el sometimiento del Estado al arbitraje, el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros, así como la ejecución del laudo que le sea adverso al Estado, por y ante las jurisdicciones nacionales.

7.1. El sometimiento del Estado al arbitraje

El primer aspecto a considerar es si el Estado puede someter las controversias que puedan presentarse con los inversionistas al arbitraje.

Para algunas legislaciones el arbitraje tiene rango de jurisdicción, lo que determina que sea independiente a la que corresponde al Poder Judicial ⁽⁹⁾;

⁽⁸⁾ Según la Ley N° 25397, los Convenios de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones se encuentran dentro de los denominados "Convenios Internacionales Ejecutivos" normados por dicho dispositivo en cuanto a lo que se refiere a su aprobación.

⁽⁹⁾ «Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede

asimismo, hacen referencia a la facultad del Estado de someterse al arbitraje, encontrándose en algunos casos estas disposiciones en la Constitución Política del Estado. Así, el artículo 63º, de la Constitución Política del Perú, en su último párrafo considera el sometimiento del Estado y las personas de derecho público a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados en vigor ⁽¹⁰⁾.

Sobre este aspecto, no debe de confundirse el concepto de jurisdicción internacional con el de extranjera; la personalidad internacional sólo puede ser producto de un Convenio o Tratado entre Estados, la extranjera corresponden a Centros Arbitrales cuya personalidad es de Derecho Interno y tienen la nacionalidad del país conforme a cuyo derecho han sido creados.

Dicho artículo considera además del sometimiento a esta clase de Tribunales, que el Estado pueda someterse al arbitraje internacional en la forma que disponga la ley, en este sentido se estaría comprendiendo a tribunales de instituciones arbitrales particulares tales como la del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París, o la de la Corte Nacional de Arbitraje de Londres, etc. Sin embargo, no se ha expedido aún la ley a que se refiere la Constitución.

La legislación vigente en materia de arbitraje, el Decreto Ley N° 26572, conocida como la Ley General de Arbitraje (LGA), en vigor a partir del 6 de enero de 1996, incluye entre sus disposiciones aquellas que regulan el sometimiento por parte del Estado al arbitraje.

La LGA en su art. 92 segundo párrafo, considera que si se trata de actividades financieras podrán ser sometidas al arbitraje internacional dentro y fuera del país.

establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.
(...).

⁽¹⁰⁾ Artículo 63º. «La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado, puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley".

En lo que concierne al sometimiento de las controversias que puedan surgir entre el inversionista y el Estado, el Decreto Legislativo N° 662 (Régimen de estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros), entre el reconocimiento de las garantías materia de otorgamiento se encuentra en su artículo 16 de la potestad que el Estado pueda someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú.

Asimismo, el Decreto Legislativo N° 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada), en su artículo 48°, considera que en sus relaciones con particulares, el Estado podrá someterse a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional o a los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que se deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.

Por otra parte el Decreto Supremo N° 162-92-EF, que aprueba el Reglamento de los Regímenes de Garantía de la Inversión Privada, comprendiendo los Decretos Legislativos N°s 662 y 757, establece en su artículo 27° que entre la información que deben de consignar los convenios de estabilidad jurídica se encuentra las condiciones para el sometimiento al arbitraje nacional o internacional al amparo de lo prescrito en el artículo 48° del Decreto Legislativo N° 757.

Finalmente, el Decreto Supremo N° 189-92-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 758, especifica en su artículo 59° que las controversias que se deriven de la interpretación o ejecución de los contratos de concesión, que no sean resueltas por las partes directamente, se someterán a arbitraje de derecho con arreglo a la legislación aplicable y a la cláusula de arbitraje estipulada en el contrato. Se debe mencionar que dicho artículo indica que de no haberse estipulado el arbitraje, éste procederá a solicitud de cualquiera de las partes; es de opinión esto último que debe entenderse para el caso que las partes no señalaron las formas de resolver sus diferencias, tal como hubiese sido el sometimiento al fuero judicial.

Por otra parte siempre existe el riesgo que dichos contratos sean desconocidos en forma unilateral por el Estado, lo que obliga al inversionista a iniciar las acciones del caso, a efectos de requerir la indemnización por el propio causado.

El arbitraje produce una mayor confianza en lo que respecta a la independencia en relación a la solución de la indemnización de los conflictos que podrían presentarse y, en especial, siendo una de las partes de dicho contrato el

Estado receptor de la inversión extranjera.

7.2. Tribunales arbitrales en materia de solución de controversias

En lo que concierne al sometimiento de la controversia a un Tribunal Arbitral, éste puede ser ad-hoc o institucional.

a) *Arbitraje ad-hoc*

En este caso las partes designan al árbitro o árbitros, y establecen el procedimiento arbitral.

Las normas que por regla general se adoptan es el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cuyo uso recomienda la Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones de 15 de Diciembre de 1976.

b) *Arbitraje institucional*

En lo que se refiere al arbitraje institucional hay que considerar el Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales y otros Estados, firmado en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convención de Washington") ⁽¹¹⁾.

La Convención comprende dos aspectos: establece reglas de procedimiento para que las disputas sobre inversiones entre gobiernos o entidades gubernamentales e inversionistas extranjeros que son nacionales que pertenecen al Estado de la otra parte contratante puedan ser resueltos mediante la conciliación y el arbitraje, por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversiones (CIADI), que establece el mismo Convenio.

El CIADI tiene por finalidad facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones a un procedimiento de conciliación y arbitraje ante los Tribunales de Arbitraje que se constituyan de conformidad con las disposiciones del Convenio que

⁽¹¹⁾ En América, los países que han ratificado la Convención al mes de agosto de 1995, son los siguientes: Argentina, Barbados, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guyana, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Paraguay, Perú, St.Kitts & Nevis, St.Lucía, Trinidad y Tobago y Venezuela. La han firmado pero no la han ratificado: Belice, Colombia, Haití y Uruguay. A nivel mundial, la Convención ha sido ratificada por 122 Estados y suscrita por 134.

las partes celebran. El Convenio se aplica a las relaciones entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista, que puede ser una persona natural o jurídica proveniente de otro Estado, la condición es que ambos Estados sean parte del Convenio.

Actualmente se tiene en forma adicional la denominada *Facilidad Adicional* (Additional Facility), provista por el CIADI, que es aplicable en el caso que al menos una de las partes haya ratificado la Convención de Washington; sin embargo, los laudos emitidos bajo esta facilidad no gozan del mismo status que los emitidos cuando ambos Estados son miembros de la Convención de Washington. En consecuencia, tales laudos no están excluidos de la revisión por las Cortes nacionales, y requieren de reconocimiento para su ejecución.

Es conveniente tener presente que la ratificación de la Convención no significa el sometimiento automático al mecanismo de arbitraje internacional previsto por dicho instrumento para resolver los reclamos planteados por los inversionistas extranjeros; se requiere que el Estado del inversionista sea también parte de la Convención y además que el Estado receptor acepte que la solución de la controversia de una inversión específica se someta al Convenio.

Según la Convención, el sometimiento al arbitraje significa que el Estado receptor, salvo pacto en contrario, renuncia imponer al inversionista extranjero el agotamiento previo de los recursos internos ante los tribunales de ese Estado, o que haya sufrido una denegación de justicia por ante las jurisdicciones del país receptor para poder recurrir al arbitraje (Art. 26).

La Convención de Washington establece respecto a la validez de los laudos que se dicten bajo su procedimiento que éstos se encuentran excluidos de del control o de la revisión por parte de los tribunales nacionales, incluidos los del país donde el arbitraje tiene lugar y el laudo es dictado; este aspecto se basa en que el arbitraje que administra, constituye un arbitraje sometido al derecho internacional público (Art. 53°).

La aclaración, revisión y anulación del laudo procede únicamente por determinadas causas que la misma Convención especifica, debiendo las solicitudes someterse al mismo tribunal o a uno nuevo designado según las pautas de la Convención (Arts. 50° a 52°).

Por otra parte, en cuanto al reconocimiento del laudo, cada Estado contratante reconocerá efectos obligatorios al laudo en forma automática y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias por el laudo como si

se tratase de una sentencia dictado por un tribunal existente de dicho Estado, siendo ejecutado conforme a las normas que sobre ejecución de sentencias estuviesen en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda (Art. 54°).

En este sentido, no requieren del procedimiento de reconocimiento o *exequatur* que debe de observarse para el caso de cualquier otro laudo emitido en el extranjero, por tratarse, como se ha mencionado, de un laudo internacional cuyo reconocimiento y ejecución es una obligación de derecho internacional público de cada Estado contratante.

Sin embargo, el Estado contra el cual se persigue la ejecución del laudo emitido bajo la Convención de Washington, puede invocar su inmunidad de ejecución en la medida que ello proceda bajo las reglas generales del derecho internacional público (artículo 55°).

Se debe indicar que en los Convenios sobre promoción y protección de inversiones se estipula, entre las alternativas para el arreglo de las controversias entre inversionistas y partes contratantes, el sometimiento al CIADI.

8. EL ARBITRAJE EN LOS CONVENIOS DE PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES Y EN LA DECISION 291.

Con respecto a la solución de las controversias, éstos Convenios distinguen cuándo se trata de solución de disputas entre las Partes Contratantes, es decir los Estados y, la solución de controversias entre una Parte Contratante, que es el Estado receptor de la inversión, y un inversionista extranjero.

La solución de las controversias que puedan generarse por desconocimiento de una de las partes de lo pactado se resuelven mediante el arbitraje internacional, sin necesidad de agotar previamente los recursos internos por y ante los Tribunales del Estado.

8.1. Solución de controversias entre el Estado y el inversionista del país de la otra parte contratante

Los Convenios, por lo general, establecen que se estará a lo que las partes hayan estipulado en lo que respecta a la solución de las controversias; en caso que no pueda llegarse a un acuerdo, se dispone la aplicación del arbitraje. Es potestad del inversionista decidir sobre este aspecto.

En el caso que se aplique el arbitraje, dependerá de las partes determinar si el arbitraje será ad-hoc o administrado por alguna institución.

En este caso se trata de la controversia que surge entre un Estado y el inversionista que proviene del país con quien se celebró el Convenio.

Los convenios establecen ciertas instancias previas a la arbitral como es tratar de llegar a un arreglo amigable, agotar los recursos locales, dentro de un plazo determinado, etc.

Lo que se trata de evitar es el sometimiento a la jurisdicción nacional del Estado receptor, previéndose como una alternativa a elección del inversionista, el sometimiento al arbitraje internacional. En estos casos el arbitraje puede ser institucional, remitiéndose para tal efecto al CIADI.

En otros casos será un tribunal de arbitraje "ad-hoc", en este caso el tribunal se constituirá de acuerdo con las reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Las partes en la controversia pueden acordar por escrito modificar estas reglas. En cuanto a los laudos arbitrales, éstos serán definitivos y obligatorios para ambas partes en la controversia, lo que significa que contra los mismos no cabe recurso impugnatorio alguno, que no requieren de procedimiento de reconocimiento, debiendo ejecutarse de acuerdo a la legislación interna de la parte contratante.

8.2. Solución de controversias entre las partes contratantes

Estas pueden provenir de la interpretación o aplicación del Convenio.

Para solucionar estas controversias, se establece como primer paso la vía diplomática; de no llegarse a un acuerdo procede la vía arbitral.

El arbitraje para estos casos es de carácter ad-hoc, donde cada parte nombre a sus árbitros y éstos a su vez designan al tercero quien será el Presidente del Tribunal; sólo en caso que no exista acuerdo para dichas designaciones, se recurre a un tercero, como es el Presidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, y con menos frecuencia al Secretario General de las Naciones Unidas.

8.3. El arbitraje en la Decisión N° 291

La Decisión 291, de fecha 21 de marzo de 1991, regula actualmente el

régimen común al tratamiento a los capitales Extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías de los países miembros de la Comunidad Andina,

Como legislación de carácter supranacional, las legislaciones interna no podrán contradecirlas, aunque nada impida que le otorgue al inversionista extranjero condiciones más favorables que aquellos consideradas en la Convención a través de su legislación interna o de Convenios Internacionales.

El Artículo 10 de dicha norma dispone que la solución de controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de los inversionistas subregionales o de la transferencia de tecnología extranjera, los países miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas.

La Decisión N° 291, no contiene ningún impedimento para aplicar el arbitraje como medio de solución de controversias, a diferencia de la Decisión 24 que obligada al inversionista extranjero a someterse a las leyes y tribunales del país receptor.