



LOS TRATADOS DE INVERSIÓN DEL PERÚ Y EL ACCESO AL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Autor:
Mijail F. Cienfuegos Falcón

LOS TRATADOS DE INVERSIÓN DEL PERÚ Y EL ACCESO AL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Peru's investment treaties and access to investor-State arbitration

Mijail F. Cienfuegos Falcón¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Tratados de inversión suscritos por el Perú.
- III. Condiciones y límites de acceso al arbitraje de inversión en tratados de inversión de los cuales el Perú es parte.
- IV. Conclusiones.

Resumen

Los tratados de inversión suelen sujetar el acceso al arbitraje a determinadas condiciones o requisitos que los inversionistas deberán considerar. Dependiendo del tenor del tratado invocado, estas condiciones podrán ser obligatorias, incidiendo a su vez en la jurisdicción del tribunal arbitral.

Dentro del grupo de dichas condiciones, las disposiciones en los tratados de inversión incluyen el período de espera, el requisito de recurrir previamente a los recursos internos, la elección de una vía y la renuncia a iniciar o continuar otros procedimientos.

En tal sentido, este artículo busca presentar el estado actual de los tratados de inversión en vigor para el Perú que incorporan tales condiciones.

Palabras clave

Tratados de inversión / arbitraje inversionista-Estado / período de espera / recursos internos / elección de vía / renuncia / Perú

Abstract

Investment treaties commonly make access to arbitration subject to certain conditions or requirements that investors must take into account. Depending on the wording of the treaty invoked, these conditions may be mandatory and may thus bear on the jurisdiction of arbitral tribunal.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Miembro asociado del capítulo peruano del *International Law Association*. Forma parte de la delegación peruana en las discusiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma del sistema de solución de Controversias inversionista-Estado. Actualmente, lidera el equipo legal de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial que representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión del SICRECI en el Ministerio de Economía y Finanzas. Correo de contacto: mcienfuegos@mef.gob.pe.

Las opiniones y análisis contenidos en este artículo se expresan a título personal y no representan la posición oficial del Perú ni de sus funcionarios o instituciones.

Such conditions include cooling-off periods, the requirement to resort first to local remedies, fork-in-the-road provisions, and the waiver of the right to initiate or continue other proceedings.

Against that background, this article sets out the current state of investment treaties in force for Peru that incorporate such conditions.

Keywords

Investment treaties / investor-State arbitration / cooling-off period / local remedies / fork-in-the-road / waiver / Peru

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversión es el método más utilizado como medio de solución de controversias entre inversionistas y Estados,² siendo el arbitraje basado en tratado uno de los preferidos por los inversores.³ Al 31 de diciembre de 2025, UNCTAD⁴ identificó más de 1460 casos de arbitrajes de inversión iniciados al amparo de un tratado.⁵

Para acceder al arbitraje, los tratados de inversión suelen incluir determinadas condiciones o requisitos que los inversores deberán considerar. Dependiendo del tenor del tratado invocado, estas condiciones podrán ser obligatorias, incidiendo a su vez en la jurisdicción del tribunal arbitral. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que tales condiciones forman parte de la estructura básica de los tratados de inversión que tienen cláusulas de solución de controversias inversionista-Estado.

Dentro del grupo de dichas condiciones, las disposiciones en los tratados de inversión incluyen el período de espera (o, en inglés, *cooling-off period*), el requisito de recurrir previamente a los recursos internos, la elección de una vía (o, en inglés, *fork in the road*) y la renuncia a iniciar o continuar otros procedimientos (o, en inglés, *waiver*).⁶

Estas disposiciones no son extrañas para los tratados de inversión suscritos por el Estado peruano. Tomando como base, principalmente, el repositorio de UNCTAD sobre los acuerdos internacionales de inversión⁷ y la información contenida en el portal del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú sobre acuerdos comerciales⁸, esta

² "ARBITRATION is the preferred method for the settlement of investment disputes between states and foreign investors." Christoph Schreuer, "Investment Arbitration" en *The Oxford Handbook of International Adjudication*, ed. por Cesare PR Romano, Karen J. Alter y Yuval Shany (Nueva York: Oxford University Press, 2008), 296. En el mismo sentido, véase Rudolph Dolzer, et al., *Principles of International Investment Law*, 3era. ed., Nueva York: Oxford University Press, 2022, 341 ("In the vast majority of cases, the method chosen for the international settlement of investor-State disputes is arbitration.") De la misma forma, véase C. L. Lim, et al., *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and other Materials*, Nueva York: Cambridge University Press, 2018, 87 ("Nonetheless, investment arbitration is the principal means today, and certainly the most prominent method, for settling investment disputes.")

³ "Particularly in recent years, investors have taken advantage of [investment treaty arbitration]." Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 3era. ed., Nueva York: Oxford University Press, 2021, 535.

⁴ Por las siglas en inglés de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

⁵ Véase <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

⁶ Para efectos de esta investigación, se ha adoptado el esquema propuesto en la sección 8 ("Condition for the institution of proceedings") del capítulo XII ("Settling Investment Disputes") de *Principles of International Investment Law* de Rudolph Dolzer, Ursula Kriebaum y Christoph Schreuer.

⁷ Véase <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. También, se han utilizado las bases de datos de Jus Mundi (<https://jusmundi.com/en>) y *Electronic Investment Treaties* del World Trade Institute (<https://edit.wti.org/document/investment-treaty/search>).

⁸ Véase <https://www.acuerdoscomerciales.gob.pe>.

investigación busca brindar un panorama general sobre las cláusulas que disponen requisitos previos para iniciar un arbitraje contenidas en los tratados de inversión de los que el Perú es parte.

Para tales efectos, esta investigación se divide en tres secciones. En la primera parte, se aborda el régimen de los tratados de inversión suscritos por el Perú con cláusulas de solución de controversias inversionista-Estado, diferenciándose aquellos que se encuentran en vigor, terminados o suspendidos, y los que se encuentran suscritos, pero no en vigor. Seguidamente, se realiza un análisis de los tratados de inversión de los que el Perú es parte que cuentan con disposiciones que establecen condiciones previas para iniciar un arbitraje, específicamente, aquellas cláusulas que establecen el período de espera, el agotamiento de los recursos internos, la elección de vías, la renuncia a iniciar otros procedimientos. Finalmente, sobre la base del análisis efectuado, se brindan conclusiones sobre los tratados de inversión de los cuales el Perú es parte y que cuentan con cláusulas que contienen requisitos de acceso al arbitraje inversionista-Estado.

II. TRATADOS DE INVERSIÓN SUSCRITOS POR EL PERÚ⁹

Un tratado de inversión es “un acuerdo por el cual dos o más Estados acuerdan otorgar un trato jurídico específico a las inversiones realizadas en sus territorios por nacionales del otro Estado parte y resolver las controversias relacionados en caso de que se alegue que un Estado ha denegado tal trato jurídico a una inversión protegida.”¹⁰ Sobre lo último, vale mencionar que la mayoría de los tratados de inversión establecen dos tipos de mecanismos de solución de controversias de inversión: (i) para disputas entre los Estados contratantes, y (ii) para disputas entre un Estado contratante y el nacional del otro Estado contratante.¹¹ Algunos otros, por ejemplo, cuentan únicamente con mecanismos de solución de controversias entre los Estados contratantes.¹²

Sobre la base de lo señalado, para propósitos de esta investigación, se tomará en cuenta los tratados de inversión suscritos por el Perú que cuenten con mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado. En tal sentido, al 31 de julio de 2026, se ha identificado que el Perú ha suscrito alrededor de cincuenta tratados de inversión, de los cuales 40 se encuentran en vigor y se mantiene, en consecuencia, una red de protección recíproca de inversiones con diversos países de América del Norte, América del Sur,¹³ Centroamérica

⁹ Metodológicamente, se dividirá a los tratados de inversión en dos categorías: los tratados bilaterales o multilaterales de inversión (“TBI”) y los acuerdos comerciales con capítulos de inversión (“ACCI”). La base de datos de los tratados de inversión en vigor para el Perú está disponible en [Base de Datos – Tratados de Inversión](#) (elaboración propia).

¹⁰ Jeswald W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment. National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford: Oxford University Press, 2013, 364.

¹¹ “Most investment treaties provide for two distinct dispute settlement mechanisms: one for disputes between the two contracting parties states, and another for disputes between a host country and an aggrieved foreign investor.” Salacuse, *The Three Laws of International Investment. National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, 397.

¹² Véase, entre otros, el [Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil](#) (artículo 2.21).

¹³ Por un lado, en el 2015, Perú y Bolivia confirmaron que, si en el período del 20 de febrero de 2015 hasta el 19 de febrero de 2016, no se llegaba a un nuevo acuerdo sobre protección y promoción de inversiones que sustituya al TBI Perú – Bolivia, este acuerdo no sería renovado. Por ello, el TBI Perú – Bolivia no se encuentra en vigor (véase <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8334>). De otro lado, en el 2017, Ecuador denunció unilateralmente diversos TBI, entre ellos, el TBI Perú – Ecuador, no siendo un acuerdo en vigor actualmente (véase https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJYXJwZXRhIjoicm8iLCJ1dWlkIjoieYmM2NzZiZjEtMzEzNS00ZDaxLTlhNjA1N2M1YzlyYTA1MmU1LnBkZiJ9).

y el Caribe, Europa (occidental y oriental), Asia¹⁴ y Oceanía,¹⁵ como se aprecia en la Figura 1 debajo.

Figura 1. Estados con los que el Perú mantiene una red de protección de inversiones



El Gráfico 1 debajo muestra la distribución por región geográfica, según el Estado es parte cuyos inversionistas tienen acceso a un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, siendo los países de Europa occidental con los cuales el Perú ha suscrito más tratados de inversión -casi en su integridad a través de TBI-;¹⁶ seguidamente, diversos países de Asia han suscritos tratados con el Perú de mediante tratados bilaterales¹⁷ o a través de tratados multilaterales.¹⁸ En un tercer lugar, se encuentran los países de Centroamérica y el Caribe con los cuales se han suscrito, principalmente, acuerdos comerciales.¹⁹ A continuación, se muestra a países del América del Sur con los cuales, inicialmente, se habían suscrito TBI, pero que algunos de ellos fueron reemplazados por acuerdos comerciales o por una nueva generación de TBI.²⁰ También, el Perú ha

¹⁴ Dentro de este grupo, se considera al TBI Perú – Japón en lugar del [Acuerdo de Asociación Económica entre la República del Perú y Japón](#), ya que este último en su artículo 2 (3) lo incorpora como parte dicho Acuerdo.

¹⁵ El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico ("CPTPP", por sus siglas en inglés) incluye a Nueva Zelanda como Estado parte. No obstante, entre Perú y Nueva Zelanda, existe un acuerdo para que los inversionistas de ambos países no recurran al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado previsto en el Capítulo 9 del CPTPP. Véase dicho acuerdo en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8287>.

¹⁶ TBI Perú – Suiza, TBI Perú – Reino Unido, TBI Perú – Francia, TBI Perú – Suecia, TBI Perú – Italia, TBI Perú – España, TBI Perú – Portugal, TBI Perú – Dinamarca, TBI Perú – Países Bajos, TBI Perú – Alemania, TBI Perú – Noruega, TBI Perú – Finlandia, TBI Perú – Unión Económica Belgo - Luxemburguesa (Bélgica y Luxemburgo) ("TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa"). El CPTPP incluye a Reino Unido como Estado parte.

¹⁷ TBI Perú – Tailandia, TBI Perú – China, TBI Perú – Malasia, ACCI Perú – Singapur (reemplaza al TBI Perú - Singapur), TBI Perú – Japón, ACCI Perú – China, ACCI Perú – Corea del Sur (reemplaza al TBI Perú – Corea del Sur). A la fecha, el ACCI Perú – China coexiste con el TBI Perú – China.

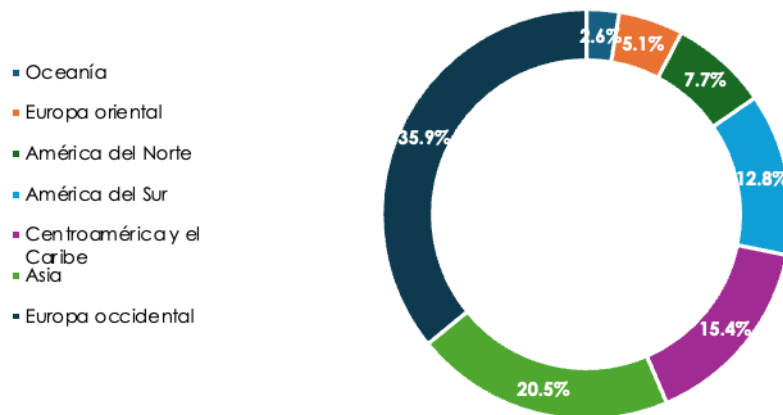
¹⁸ En el CPTPP que, además de incluir a Japón, Malasia y Singapur como Estados parte, Brunéi Darussalam y Vietnam forman parte de dicho tratado. Por otro lado, el Tratado de Libre Comercio entre la Alianza del Pacífico y Singapur forma parte de tratados multilaterales donde se incluye a dicho país asiático en el marco de las relaciones comerciales con el Perú ("AP Singapur").

¹⁹ TBI Perú – El Salvador, TBI Perú – Cuba, ACCI Perú – Panamá, ACCI Perú – Costa Rica, ACCI Perú – Guatemala y ACCI Perú – Honduras.

²⁰ TBI Perú – Paraguay, TBI Perú – Argentina, TBI Perú – Venezuela, ACCI Perú – Chile (reemplaza al TBI Perú - Chile) y TBI Perú – Colombia (reemplaza al TBI Perú – Colombia suscrito en 1994). Chile y Colombia son Estados parte también del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

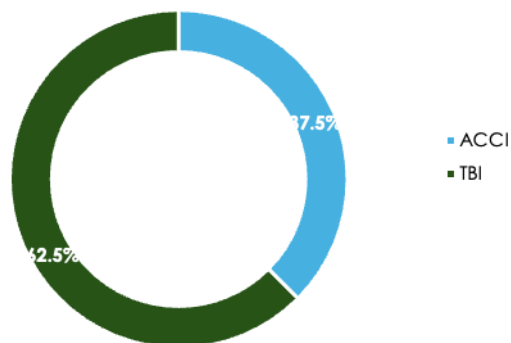
suscrito con países de América del Norte tratados de inversión, siendo el ACCI Perú – EE. UU. el primer acuerdo comercial suscrito (2006) y en vigor (2009) en el Perú.²¹ Por último, el Perú ha suscrito con dos países de Europa oriental tratados de inversión y con un país de Oceanía cuenta con un tratado bilateral y también una relación comercial a través de un tratado multilateral.²²

Gráfico 1



Mientras que el Gráfico 2 debajo proporciona información de los tipos de tratados de inversión vigentes en el Perú, el Gráfico 3 debajo muestra si los referidos tratados de inversión fueron suscritos de manera bilateral o multilateral por el Perú. Al respecto, se constata que existen más TBI suscritos que ACCI, y a su vez más tratados bilaterales suscritos que multilaterales.

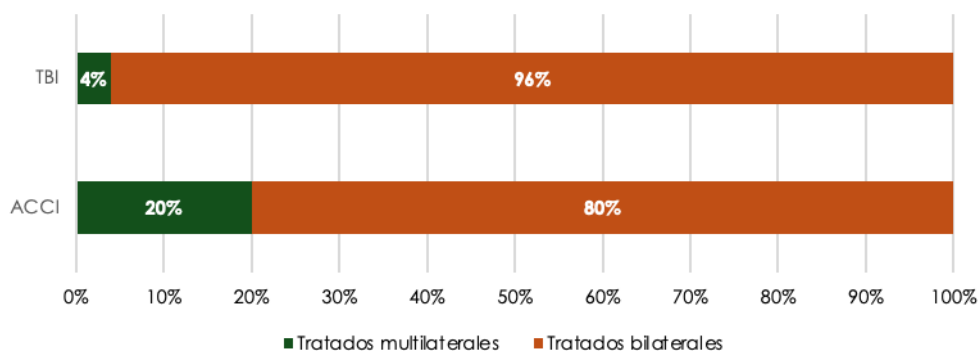
Gráfico 2



²¹ ACCI Perú – EE. UU., ACCI Perú – Canadá (suspende el TBI Perú - Canadá) y ACCI Perú – México. México es Estado parte también del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

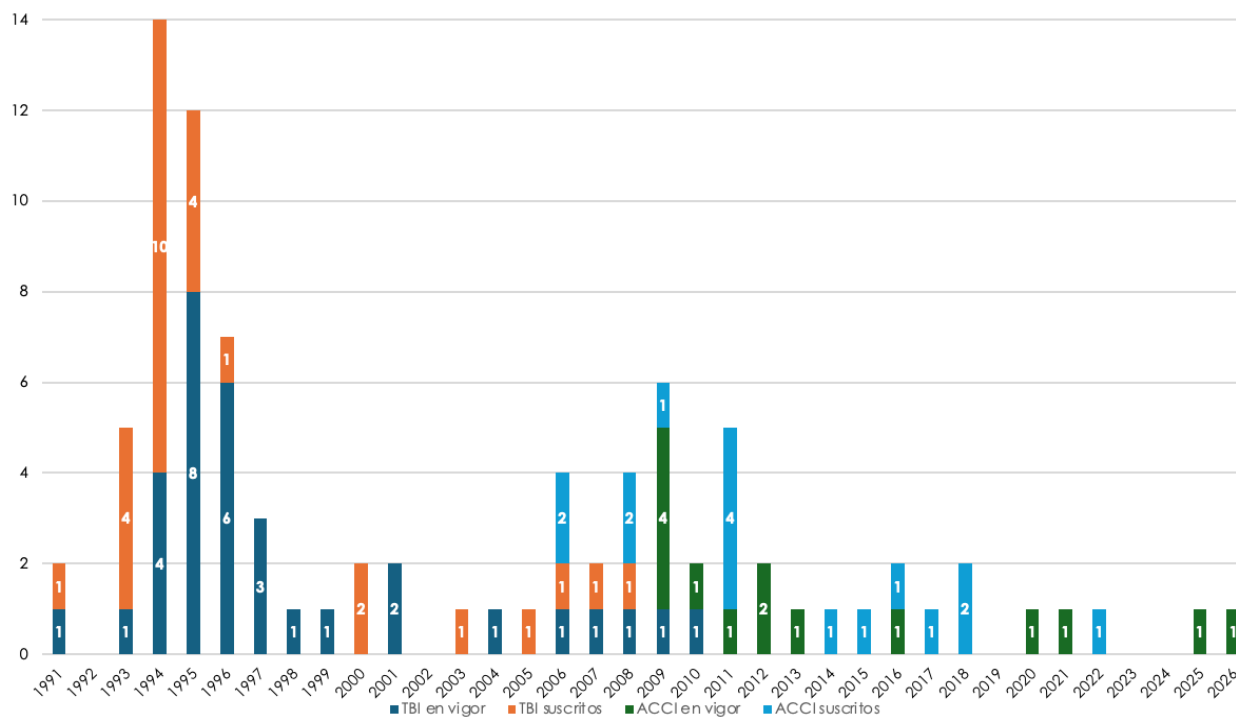
²² TBI Perú – República Checa, TBI Perú – Rumanía y ACCI Perú – Australia (reemplaza TBI Perú - Australia). Australia también es Estado parte del CPTPP.

Gráfico 3



La política de suscripción de tratados de inversión inició en 1991, con el TBI Perú – Suiza y el TBI Perú – Tailandia, siendo el AP Singapur el último tratado de inversión suscrito (2022) y el ACCI Perú – Guatemala el último tratado de inversión que entró en vigor (2026). Los primeros ACCI entraron en vigor el 2009, los cuales a su vez algunos reemplazaron a tratados de inversión de primera generación (TBI Perú – Chile y TBI Perú – Singapur). Al respecto, el Gráfico 4 debajo contiene un desglose de los TBI y ACCI en vigor y firmados, pero no en vigor, por año calendario, en el que se indica, por ejemplo, el primer y el último año donde se suscribieron los TBI -1991 y 2008, respectivamente-²³ y los ACCI -2006 y 2022, respectivamente-.²⁴

Gráfico 4

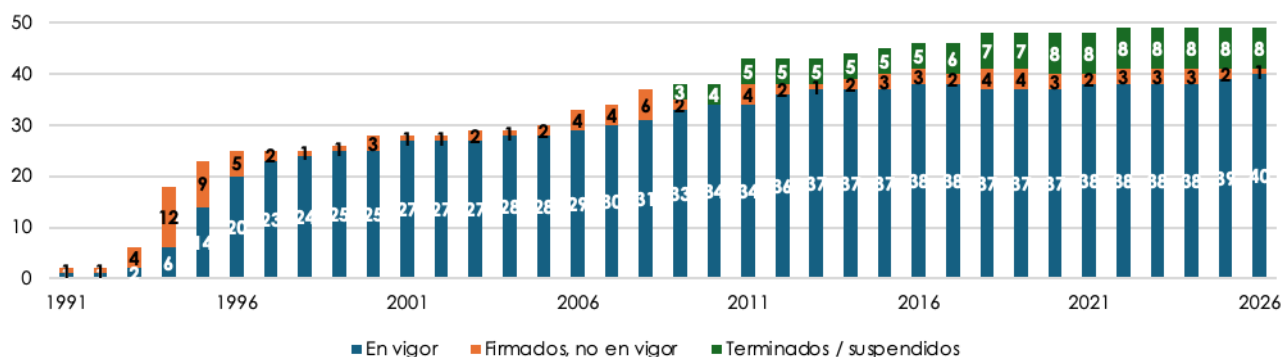


²³ Por un lado, en 1991, se suscribieron los TBI Perú – Suiza y TBI Perú – Tailandia. Por otro lado, en 2008, se suscribió el TBI Perú – Japón.

²⁴ Por un lado, en 2006, se suscribieron los ACCI Perú – EE. UU. y ACCI Perú – Chile. Por otro lado, en 2022, se suscribió el AP Singapur.

El Gráfico 5 debajo muestra, acumulativamente, el número de tratados de inversión vigentes, firmados, pero no en vigor, y terminados o suspendidos, por año calendario, en el cual se aprecia de manera progresiva cómo la política de suscripción de tales tratados de Perú ha evolucionado, verificándose que el número de tratados de inversión suscritos en los primeros quince años (1991-2006) es casi cuatro veces la cantidad de tratados de los últimos veinte años (2007-2026).²⁵

Gráfico 5



Los tratados de inversión en vigor para el Perú son cuarenta y cada uno de estos cuentan con mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado. Asimismo, en ciertas disposiciones de tales tratados, se incorporan determinados requisitos para acceder al arbitraje como medio de solución de controversias. En tal sentido, con base en los referidos tratados, en el siguiente acápite, se realizará un análisis de dichos requisitos.

III. CONDICIONES Y LÍMITES DE ACCESO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN TRATADOS DE INVERSIÓN DE LOS CUALES EL PERÚ ES PARTE²⁶

Los tratados de inversión “establecen ciertas condiciones que un inversor debe cumplir antes de iniciar un procedimiento de arbitraje.”²⁷ Estas condiciones adoptan, con ciertas variantes, las siguientes modalidades: (i) el inversionista intenta resolver la controversia amigablemente antes de recurrir al arbitraje; (ii) en algunos tratados, debe recurrir (o agotar) a los recursos internos; (iii) en caso de que se disponga, la elección de un foro del inversionista es definitiva; y (iv) en otros, el inversionista debe renunciar a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento. Los tratados de inversión en vigor para el Perú no son ajenos a estas condiciones, como se muestra a continuación.

²⁵ No se contabiliza el número de tratados de inversión terminados o suspendidos.

²⁶ Corresponde señalar que Perú y China han suscrito un protocolo de optimización al ACCI Perú – China a finales de 2024 (“[Protocolo de Optimización](#)”), estableciéndose un nuevo capítulo de inversiones contenido en el [Apéndice 6](#) del Protocolo de Optimización. Recientemente, el 25 de julio de 2026, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Decreto Supremo N° 035-2026-RE, a través del cual el Perú ratificó el Protocolo de Optimización, quedando pendiente que el Ministerio de Relaciones Exteriores publique la fecha de su entrada en vigor, de conformidad con la Ley N° 26447. De entrar en vigor para el Perú, la información consignada en esta sección podría variar.

²⁷ Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 533.

3.1 El período de espera o enfriamiento (*cooling-off period*)

Antes de iniciar un arbitraje, tradicionalmente, los tratados de inversión establecen que las controversias sean resueltas amigablemente, “mediante negociaciones y consultas directas con las autoridades gubernamentales del Estado anfitrión”²⁸ y el inversionista. Así, “[c]asi el 90% de tratados con cláusulas de [solución de controversias inversionista-Estado] exigen que el inversor respete un período de enfriamiento antes de presentar una reclamación.”²⁹

Si bien el período de enfriamiento difiere entre los tratados, por lo general, los tratados de inversión señalan que dicho período es de seis meses.³⁰ Por ejemplo, el artículo 9 el [TBI Argentina – Croacia](#) señala:

- (1) Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Acuerdo entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.
- (2) 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 (...).

En línea con lo anterior, con respecto al Perú, en los tratados de inversión analizados, se constata que todos cuentan con un período de espera -antes de recurrir al arbitraje u otro foro- en el cual el inversionista de un Estado contratante y el otro Estado contratante realizarán consultas amistosas para solucionar la controversia. Aunque la mayoría de los tratados de inversión establecen que el plazo de período de espera es de seis meses,³¹ pocos otros señalan que dicho plazo es menor³² y una porción ínfima no estipula un plazo de duración del período de espera.³³ El Gráfico 6 debajo muestra la información sobre los plazos del período de enfriamiento de los tratados de inversión en vigor para el Perú.

²⁸ Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 533.

²⁹ Joachim Pohl, et al., “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey,” *OECD Working Paper on International Investment*, N° 2012/02 (París: OECD Publishing, 2012), 17, <https://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>.

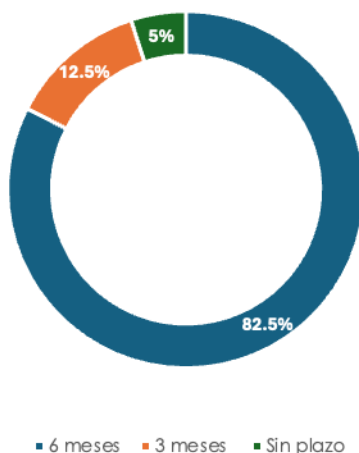
³⁰ Cfr. Dolzer, et al., *Principles of International Investment Law*, 379.

³¹ Véase TBI Perú – Francia (artículo 11 (2)), TBI Perú – Paraguay (artículo 8 (2)), TBI Perú – República Checa (artículo 8 (2)), TBI Perú – Italia (artículo 9 (3)), TBI Perú – Rumanía (artículo 8 (2)), TBI Perú – China (artículo 8 (2)), TBI Perú – Argentina (artículo 10 (2)), TBI Perú – España (artículo 9 (2)), TBI Perú – Portugal (artículo 7 (2)), TBI Perú – Alemania (artículo 9 (2)), TBI Perú – Noruega (artículo 9 (2)), TBI Perú – Finlandia (artículo 9 (2)), TBI Perú – Malasia (artículo 7 (3)), TBI Perú – Cuba (artículo 8 (2)), TBI Perú – UE Belgo – Luxemburguesa (artículo 11 (2)), TBI Perú – Colombia (artículo 19 (2)), TBI Perú – Japón (artículo 18 (4)), ACCI Perú – EE. UU. (artículo 10.16 (3)), ACCI Perú – Chile (artículo 11.16 (4)), ACCI Perú – Singapur (artículo 10.17 (3)), ACCI Perú – Canadá (artículo 822 (6)), ACCI Perú – China (artículo 139 (2)), ACCI Perú – Corea del Sur (artículo 9.16 (3)), ACCI Perú – México (artículo 11.20 (4)), ACCI Perú – Panamá (artículo 12.15 (2)), ACCI Perú – Costa Rica (artículo 12.15 (2)), ACCI Perú – Guatemala (artículo 12.15 (2)), Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (artículo 10.15 (3)), ACCI Perú – Honduras (artículo 12.15 (2)), ACCI Perú – Australia (artículo 8.20 (1)), CPTPP (artículo 9.19 (1)) y AP Singapur (artículo 8.20 (1)).

³² TBI Perú – El Salvador (artículo 11 (2)), TBI Perú – Países Bajos (artículo 9), TBI Perú – Dinamarca (artículo 9 (2)), TBI Perú – Suecia (artículo 8 (2)) y TBI Perú – Reino Unido (artículo 10 (2)).

³³ TBI Perú – Suiza (artículo 9 (1)) y TBI Perú – Tailandia (artículo 10). Si bien ambos tratados no establecen un plazo de período de espera, la verdad es que se solicita que las partes en disputa intenten solucionar la controversia de manera amigable antes de recurrir al foro de solución de controversias que corresponda.

Gráfico 6



Por otro lado, en ciertos tratados de inversión, se hace referencia expresa que la resolución amistosa de la controversia puede incluir procedimientos de terceras partes de carácter no vinculante, lo cual implica el uso de métodos alternativos de solución de controversias (“**ADR**”, por sus siglas en inglés), como, por ejemplo, la mediación.³⁴ Por ello, se señala que, “cada vez más, [los acuerdos internacionales de inversión] vinculan los períodos de enfriamiento con procedimientos alternativos de solución de controversias u otros mecanismos de prevención de conflictos.”³⁵ De manera ilustrativa, el artículo 16 del [TBI Chile - Uruguay](#) dispone:

Artículo 16: Consultas y negociaciones

1. En caso de una controversia relativa a una inversión el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociaciones, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no vinculante. (...).

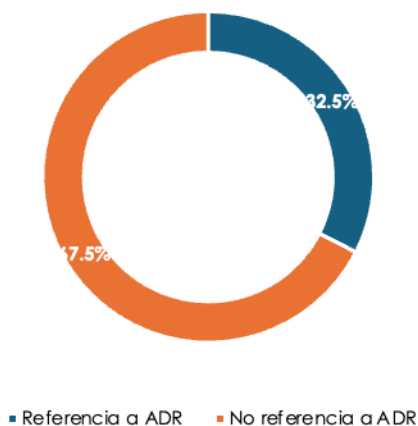
Al respecto, en la gran mayoría de tratados de inversión (principalmente, ACCI) en vigor para el Perú de nueva generación (suscritos a partir del 2005 y vigentes desde el 2008) incluyen referencias al uso de los ADR, siendo pocos TBI que incorporan los ADR como medios de solución de controversias en una etapa previa al arbitraje.³⁶ El Gráfico 7 debajo proporciona información de los tratados de inversión que contemplan la posibilidad del uso de los ADR en la etapa de negociación y consultas.

³⁴ Cfr. Jan K. Schäfer, “Alternatives to Investment Arbitration” en *International Investment Law: A Handbook*, ed. por Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch y Yun-I Kim (Baden-Baden: Nomos; Múnich: C. H. Beck; y Oxford: Hart Publishing, 2015), 1186-1211.

³⁵ Milanka Kostadinova, “Aspects of Procedure for Institution of Proceedings and Establishment of Tribunals in Investment Treaty Arbitration” en *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, ed. por Katia Yannaca-Small (Oxford: Oxford University Press, 2018), 2da. ed., 117. En el mismo sentido, véase UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel* (Nueva York y Ginebra: United Nations, 2014), 61, https://unctad.org/system/files/official-document/diaeiq2013d2_en.pdf (“IIAs rarely explicitly mention the possibility of using ADR techniques. However, some treaties refer to them as part of the negotiation and consultation process.”).

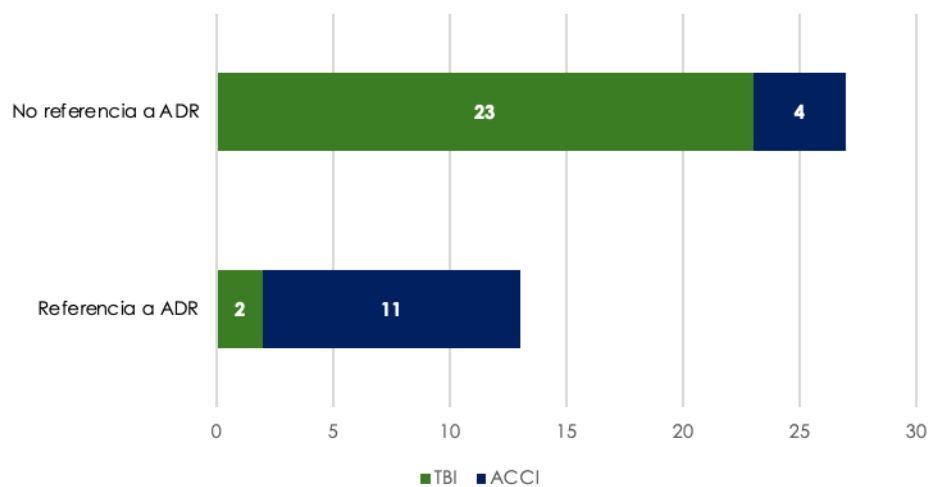
³⁶ TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa (artículo 11 (2)) y TBI Perú – Colombia (artículo 19 (1)).

Gráfico 7



El Gráfico 8 debajo muestra la cantidad de TBI y ACCL en vigor para el Perú que contienen disposiciones con referencia a ADR y cuántos no establecen dichas disposiciones.

Gráfico 8



Dentro del grupo de tratados de inversión que se refieren a ADR como parte de la etapa de negociación y consultas, existen cinco que incorporan, de manera ilustrativa, las formas de ADR que podrían ser utilizados,³⁷ como, por ejemplo, buenos oficios, conciliación y mediación. En particular, el TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa señala, en el último párrafo de su artículo 11 (1) que una de las formas de solución en la referida etapa es “la conciliación entre l[a]s Partes Contratantes [a] través de canales diplomáticos.”

³⁷ AP Singapur (artículo 8.18), CPTPP (artículo 9.18 (1)), ACCL Perú – Australia (artículo 8.19 (1)), Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (artículo 10.15), TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa (artículo 11 (2)).

Por otro lado, en la práctica, para los tribunales arbitrales, no es uniforme si el incumplimiento del período de espera es un asunto de jurisdicción y obligatorio³⁸ o simplemente procedimental³⁹, habiéndose indicado que, para abordar dicho incumplimiento, “una alternativa es la suspensión del procedimiento [arbitral] para conceder tiempo adicional para las negociaciones, si estas parecen prometedoras.”⁴⁰

Tales discusiones no han sido ajenas para los casos donde participa el Estado peruano. Por ejemplo, en el caso *Panamericana Televisión S.A. et al. c. República del Perú*,⁴¹ el tribunal arbitral señaló:⁴²

Para unos, la referencia en un tratado a consultas u otras diligencias de contactos o negociaciones en la fase previa al procedimiento arbitral es una cuestión jurisdiccional, por lo que no está en la discrecionalidad de los tribunales arbitrales decidir que sea inútil o fútil. Para otros, esta no es más que una cuestión procesal, por ello los tribunales tienen autonomía para concluir en el caso concreto que no es necesario que el inversor realice esos trámites.

³⁸ Véase, por ejemplo, *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, párr. 315 (“[A] imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerdo a los Estados receptor el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es concede al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción.”); *Murphy Exploration y Production Company International c. República del Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, párr. 149 (“A juicio de este Tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales arbitrales “una regla procesal” o una etapa “de naturaleza no obligatoria y procesal” que el interesado puede satisfacer o no. Por el contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI.”); *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA N° 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, párr. 390 (“Por consiguiente, el Tribunal concluye que, al menos en este caso, el “período de negociación previa” constituye una barrera de carácter jurisdiccional que condiciona la jurisdicción del Tribunal *ratione voluntatis*, dado que no corresponde a la Demandante decidir si notifica al Estado receptor de la inversión de la controversia ni cuándo hacerlo, igual que no corresponde a dicha demandante decidir cuánto tiempo deben esperar antes de presentar una solicitud de arbitraje.”)

³⁹ Véase, por ejemplo, *Ronald S. Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Final, 3 de setiembre de 2001, párr. 187 (“[T]he Arbitral Tribunal considers that this requirement of a six-month waiting period of Article VI(3)(a) of the Treaty is not a jurisdictional provision”); *Bayindir Inssat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, párr. 95 (“In the Tribunal’s view, the requirement of notice contained in Article VII of the BIT should not be interpreted as a precondition to jurisdiction.”); *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párr. 343 (“In the Arbitral Tribunal’s view, however, properly construed, this six-month period is procedural and directory in nature, rather than jurisdictional and mandatory. [...] Non-compliance with the six month period, therefore, does not preclude this Arbitral Tribunal from proceeding.”)

⁴⁰ Dolzer, et al., *Principles of International Investment Law*, 381.

⁴¹ Iniciado al amparo del TBI Perú – Suiza.

⁴² *Panamericana Televisión S.A. et al. c. República del Perú*, Caso CPA N° 2019-26, Laudo sobre Jurisdicción, 11 de setiembre de 2020, párr. 284. Si bien el tribunal arbitral señala que “las consultas” previstas en el TBI Perú – Suiza es un “mecanismo [] diferente al de un sistema de “cooling-off” pre arbitral” (párr. 296), lo cierto es que (i) es un periodo previo al mecanismo de solución de controversias previsto en dicho tratado, y (ii) se infiere del propio TBI Perú – Suiza que existe un período previo para buscar una solución antes de optar por el mecanismo de solución de controversias correspondiente, esto es, el mismo procedimiento bajo el cual se caracteriza el *cooling-off period*.

3.2 El requisito de recurrir a los recursos internos

"El agotamiento de los recursos internos es un concepto bajo el derecho internacional tradicional, el cual exige que, antes de que se pueda presentar un reclamo por la violación de los derechos de un individuo o una sociedad contra un Estado mediante procedimientos internacionales, dicho individuo o sociedad debe haber recurrido previamente a todos los medios de reparación disponibles en virtud del derecho interno del Estado en cuestión,"⁴³ siendo considerado un regla del derecho consuetudinario internacional.⁴⁴ No obstante, en general, en el arbitraje de inversión, no se exige agotar los recursos internos para iniciar el arbitraje, salvo se exija lo contrario en el instrumento invocado como base del consentimiento.

Al respecto, el artículo 26 del Convenio CIADI establece que "[s]alvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio." Cuando los tribunales arbitrales han abordado el alcance del referido artículo 26 han confirmado que el Estado parte renuncia al requisito de agotar los recursos locales ante de iniciar un arbitraje bajo el Convenio CIADI, salvo que dicho requisito exista.⁴⁵ De manera ilustrativa, en el caso *Lanco International Inc. c. República Argentina*, el tribunal arbitral señaló:⁴⁶

La segunda oración del Artículo 26 se refiere a la concepción tradicional de agotamiento de recursos internos antes de acceder al arbitraje internacional. La regla de exclusividad establecida en la primera oración significa que no es necesario agotar los procedimientos internos antes de iniciar un arbitraje ante el CIADI, salvo estipulación en contrario. A tal efecto, la segunda oración permite al Estado exigir el agotamiento previo de sus recursos administrativos o judiciales como condición para su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio CIADI.

⁴³ Stanimir Alexandrov, "Article 26" en *Scheuer's Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, ed. por Stephan W. Schill, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Christoph. H. Schreuer y Anthony Sinclair (Nueva York: Cambridge University Press, 2022), 3era. ed., 617.

⁴⁴ Cfr. *Caso Interhandel* (Suiza c. Estados Unidos de América), Sentencia del 21 de marzo de 1959, I.C.J. Reports 1959, p. 27 ("The rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well-established rule of customary international law.")

⁴⁵ No solo esta estipulación puede encontrarse en el instrumento invocado como base del consentimiento, "[a] State may also give advance notice that it will require the exhaustion of local remedies as a condition for its consent to ICSID arbitration by way of a general notification to the Centre." Alexandrov, "Article 26", 619.

⁴⁶ *Lanco International Inc. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/6, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 1998, párrs. 37-39. En el mismo sentido, *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/00/9, Laudo, 16 de setiembre de 2003, párrs. 13.4 y 13.5 ("The first sentence of Article 26 secures the exclusivity of a reference to ICSID administration vis-à-vis any other remedy. A logical consequence of this exclusivity is the waiver by Contracting States to the ICSID Convention of the local remedies rule, so that the investor is not compelled to pursue remedies in the respondent State's domestic courts or tribunals before the institutions of ICSID proceedings. This waiver is implicit in the second sentence of Article 26, which nevertheless allows Contracting States to reserve its right to insist upon the prior exhaustion of local remedies as a condition of its consent. Any such reservation to the Ukraine's consent to ICSID arbitration must be contained in the instrument in which such consent is expressed, i.e. the BIT itself.")

El artículo 26 es simplemente un criterio de interpretación, una presunción de que el arbitraje es el recurso exclusivo, pero que las partes pueden exigir el agotamiento de los recursos internos. Cualquier estipulación en contrario eliminaría la presunción de exclusividad del arbitraje del CIADI, dando lugar a la existencia de otro foro para la resolución de la controversia. (...).

Un Estado puede exigir el agotamiento de los recursos internos como condición previa para su consentimiento al arbitraje del CIADI. Esta exigencia puede formularse (i) en un tratado bilateral de inversión que contemple el sometimiento al arbitraje del CIADI, (ii) en la legislación nacional, o (iii) en un acuerdo de inversión directo que contenga una cláusula del CIADI.

La regla de no agotar los recursos internos no solo es aplicable para los arbitrajes bajo el auspicio del Convenio CIADI, sino también para arbitrajes de inversión bajo otras reglas arbitrales.⁴⁷ Por ello, “en el arbitraje de inversión, independientemente de las reglas de arbitraje que rijan el procedimiento, la regla internacional consuetudinaria sobre el agotamiento de los recursos internos se invierte: la tradicional “aplicable a menos que se renuncie expresamente” se sustituye por “renunciado a menos que sea requerido”.⁴⁸

En la práctica de los tratados de inversión, se pueden identificar hasta seis categorías vinculadas al agotamiento (o no) de los recursos internos, como se muestra a continuación:⁴⁹

1. Tratados de inversión que no se pronuncian sobre el agotamiento de los recursos internos.
2. Tratados de inversión que exigen el agotamiento de los recursos internos.
3. Tratados de inversión que exigen recurrir a los recursos internos por un cierto periodo.
4. Tratados de inversión que reafirman el derecho de los Estados a exigir el agotamiento de recursos internos.
5. Tratados de inversión que renuncian al agotamiento de los recursos internos.
6. Casos híbridos.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, *Nykomb Synergetics Technology Holding AV c. República de Letonia*, SCC Nº 118/2001, Laudo, 16 de diciembre de 2003, párr. 2.4 (“*The Arbitral Tribunal understands the quoted statement to the effect that the Respondent does not claim the existence of a general obligation under the Treaty or under international law that local remedies must be exhausted before arbitration can be requested under Article 26 of the Treaty. Nonetheless the Tribunal finds it appropriate to state that in the Tribunal’s view, no such general obligation to exhaust local remedies can be derived from the Treaty or international law in general.*”); *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Caso SCC Nº V 079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, 1 de octubre de 2007, párr. 153 (“[...] So far as it is necessary to do so the consent to investor-state arbitration, as explained, amounts to a waiver of the principle of exhaustion of local remedies. By choosing international to settle third party investment arbitration disputes the principle of exhaustion of national legal remedies is excluded.”)

⁴⁸ Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options* (Springer, 2020), 49, <https://doi.org/10.1007/978-3-030-44164-7>.

⁴⁹ Para mayor detalle, véase Martin Dietrich Brauch, “Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law,” *IISD Best Practices Series* (Manitoba: The International Institute for Sustainable Development, 2017), 7-14, <https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf>.

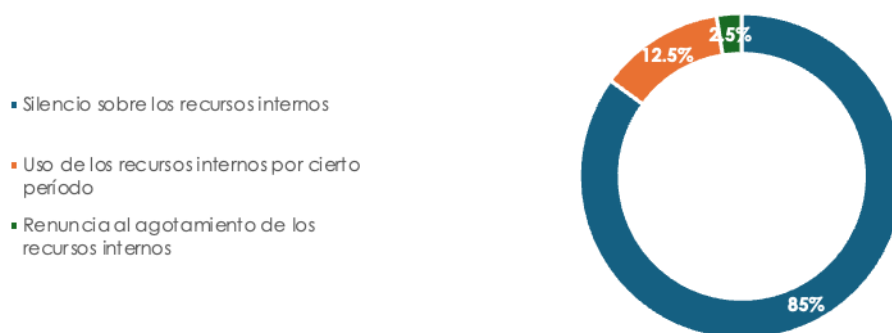
Para una clasificación con ciertas variantes, véase Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 45 y 50 (“*State practice in concluding IIAs shows a diversity of approaches in respect of the exhaustion of local remedies rule. Broadly speaking, IIAs may (1) require exhaustion of local remedies; (2) waive exhaustion of local remedies; or (3) be silent on whether local remedies need to be exhausted prior to commencing arbitration proceedings.*” (...). “A minority of BITs “soften” the exhaustion of local remedies rule by subjecting it to a time limit.”)

En el Perú, no existe tratado de inversión en vigor que exija al inversionista agotar los recursos internos antes de acudir al arbitraje, siendo que "las cláusulas de este tipo son raras y se encuentran principalmente en tratados bilaterales de inversión más antiguos,"⁵⁰ tales como el [TBI Países Bajos - Malasia](#),⁵¹ cuyo artículo 12 establece:

En caso de surgir alguna controversia entre un nacional o una empresa de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante en relación con una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante, esta última, una vez agotados todos los recursos administrativos y judiciales locales, aceptará que dicha controversia se someta a conciliación o arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, establecido en virtud del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del 18 de marzo de 1965.

En ese contexto, se identifica que la gran mayoría de tratados de inversión en vigor para el Perú no se pronuncian sobre el agotamiento de los recursos internos antes de iniciar un arbitraje.⁵² Seguidamente, muy pocos incluyen disposiciones que exigen recurrir a los recursos internos por un cierto periodo.⁵³ En lo que resta, se encuentra un solo tratado de inversión que expresamente renuncia a la regla del agotamiento de los recursos internos.⁵⁴ El Gráfico 9 debajo muestra la información sobre la clasificación de tratados de inversión que hacen referencia (o no) a los recursos internos.

Gráfico 9



⁵⁰ Dolzer, et al., *Principles of International Investment Law*, 381.

⁵¹ Suscrito el 15 de junio de 1971 y en vigor desde el 13 de setiembre de 1972.

⁵² "[T]he vast majority of treaties are silent on whether domestic remedies need to be exhausted before resort to international arbitration." Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 48.

⁵³ TBI Perú – Suiza (artículo 9 (3)), TBI Perú – Paraguay (artículo 8 (3)), TBI Perú – Alemania (artículo 10(3)(a)), TBI Perú – Colombia (artículo 20 (1)) y ACCI Perú – China (artículo 139 (2), pie de página 8).

⁵⁴ TBI Perú – EU Belgo – Luxemburguesa (artículo 11 (2), párr. 3) ("Con este fin, cada Parte Contratante concuerda, antelada e irrevocablemente, en el arreglo de cualquier disputa a través de este tipo de arbitraje. Tal consentimiento implica que ambas Partes renuncian el derecho de solicitar que toda solución interna administrativa o judicial sea agotada.")

En lugar de agotar los recursos internos, “una minoría de tratados de inversión “suavizan” [dicha] regla al someterla a un límite de tiempo.”⁵⁵ En esta categoría, se encuentran los TBI Perú – Suiza, TBI Perú – Paraguay, TBI Perú – Alemania, TBI Perú – Colombia y ACCI Perú – China, los cuales exigen al inversionista recurrir a procedimientos internos por un determinado período de tiempo antes de presentar una reclamación en arbitraje. Los referidos tratados de inversión no presentan una redacción uniforme cuando se trata de recurrir primero a los foros internos, como se aprecia en el Tabla 1 debajo:

Tabla 1

Tratado	Contenido
TBI Perú – Suiza	(2) Si estas consultas no conducen a una solución, la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. (3) Si en un plazo de dieciocho meses no existe una decisión de los tribunales nacionales competentes sobre el fondo del asunto, o si existiendo tal decisión una de las partes en la controversia considera que la misma infringe una disposición del presente convenio, la controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral ad hoc. Este tribunal, salvo acuerdo en contrario de las partes interesadas, será establecido de conformidad con las reglas de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).
TBI Perú – Paraguay	(2) Si estas consultas no permiten solucionar la controversia en un plazo de seis meses a partir de la diferencia, el nacional no puede someter la disputa tanto a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o al arbitraje internacional. (...). (3) En caso de recurrir a la jurisdicción nacional, el nacional no puede apelar al arbitraje internacional mencionado en el párrafo 2 del presente artículo, salvo en el evento que luego de un período de 18 meses a partir de la citación con la demanda, no haya sentencia definitiva y ejecutoriada y las dos partes, de común acuerdo, desistan de continuar en esa instancia judicial, para someter la controversia al arbitraje internacional.
TBI Perú – Alemania	(2) Si una controversia (...) no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. (3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las siguientes circunstancias: (a) A petición de una de las partes de la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 (...), o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes.
TBI Perú – Colombia	Tratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al arbitraje previsto en este Artículo o ante un tribunal judicial o administrativo local, será indispensable agotar previamente la vía administrativa cuando la legislación de la Parte así lo exija. Dicho agotamiento en ningún caso puede exceder un plazo de seis (6) meses desde la fecha de su iniciación por el inversionista y no deberá impedir que el inversionista solicite las consultas referidas en el Artículo 19 (Consultas y Negociación).
ACCI Perú – China	China requiere al inversionista en cuestión que curse el procedimiento de revisión administrativa doméstico señalado por las leyes y regulaciones de China antes de la sumisión al foro internacional.

⁵⁵ Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 50. De la misma manera, Christoph Schreuer, “Calvo’s Grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration,” *The Law and Practice of International Courts and Tribunal* 4, 1 (2005): 3 (“[T]he requirement, contained in some BITs, that domestic remedies must be utilized for a certain period of times before international arbitration may be initiated. The claimant is free to turn to international arbitration once the time has elapsed.”). En el mismo sentido, Matthew C. Porterfield, “Exhaustion of Local Remedies in Investment-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time has Come?,” *The Yale Journal of International Law* 41 (2015): 4 (“A small minority of IIAs requires some recourse to domestic courts before bringing an international claim, although most of these treaties only require an investor to pursue local remedies for a limited period of time (frequently eighteen months).”)

Por un lado, antes de iniciar un arbitraje de inversión, los TBI Perú – Suiza⁵⁶ y TBI Perú – Alemania solicitan al inversionista recurrir a un recurso interno por un período específico (18 meses) sin la emisión de una decisión sobre el fondo del asunto o, en caso de haber tal decisión, la controversia subsista entre las partes.

De otro lado, con ciertos matices, el TBI Perú – Paraguay establece que, para que se pueda iniciar un arbitraje y de haber elegido antes la jurisdicción nacional, no se debe haber emitido sentencia final dentro de un período específico (18 meses) y exista un desistimiento de ambas partes de continuar con la instancia local. Sin perjuicio de que esta última condición no es lo usual en los tratados de inversión que contienen una redacción similar al TBI Perú - Paraguay, lo cierto es que dicho tratado contiene una regla sobre recursos internos que debe ser tomado en consideración. Al respecto, sobre el [TBI Suiza – Paraguay](#), que es un tratado de inversión con características similares, se ha señalado que, aunque no se exige el agotamiento de los recursos internos, tales recursos son pertinentes.⁵⁷

Asimismo, como parte de la categoría en comentario, existen algunos que se refieren a procedimientos administrativos, como es el TBI Perú – Colombia. Sobre el particular, cabe señalar que “muchos tratados de inversión colombianos prevén el agotamiento de los recursos administrativos o judiciales según lo exija la legislación interna, pero establecen que los procedimientos internos no podrán exceder de seis meses como máximo.”⁵⁸ Esto sucede con el TBI Perú – Colombia, el cual establece como requisito para acudir al arbitraje el agotamiento de la vía administrativa cuando la legislación lo requiera y que este agotamiento no deberá exceder de un plazo de seis meses.

En este mismo grupo, se encuentra el ACCI Perú – China. Al respecto, se señala que “los tratados bilaterales de inversión chinos [...] exigen que un inversionista que desee comprometerse a arbitraje haya pasado por el proceso de revisión administrativa nacional correspondiente (en los tribunales locales)”⁵⁹ y, en la práctica de tales tratados de inversión, “pueden ser clasificados en dos categorías: aplicación recíproca y no recíproca de la revisión administrativa entre las partes contratantes de los [tratados de inversión], [señalándose que] [e]n cuarenta y cuatro acuerdos internacionales de inversión, la revisión administrativa se aplicable recíprocamente a los inversionistas de los Estados contratantes de los [tratados de inversión], mientras que dieciséis acuerdos internacionales de inversión incluyen cláusulas no recíprocas.”⁶⁰ El ACCI Perú – China se encuentra en esta última categoría, al contener una cláusula no recíproca, requiriéndose

⁵⁶ “The Swiss BIT with Peru also provided a domestic litigation requirement before arbitration proceedings can be started (...).”. Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 50.

⁵⁷ Cfr. Chitharanjan Felix Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2da. ed., Nueva York: Cambridge University Press, 2005, 272 (“It is clear, first, that the rule of local remedies as such has impliedly been supplanted by different rules expressly referred to in the treaty. Secondly, while local remedies are relevant, and that, only if the investor chooses to submit to them, resort to them as a prior condition for arbitration is subject to the express terms of paragraph (3) of the Article. These terms either do not necessarily require an exhaustion of local remedies as such or local remedies are to be regarded as inadequate and ineffective on the basis of undue delay in their implementation.”). En el mismo sentido, Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 51 (“The BITs with Chile and Paraguay are somewhat different in that they offer choice of forum between domestic courts and investment arbitration, without obliging the investor to pursue the one before the other. However, if the investor has opted for domestic courts, it may commence arbitral proceedings “only if after a period of 18 months there is no decision on the subject matter by the competent national court.””).

⁵⁸ Brauch, “Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law”, 11.

⁵⁹ Norah Gallagher y Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties, Policies and Practice*, Nueva York: Oxford University Press, 2009, 364.

⁶⁰ Shen Wei, *Decoding Chinese Bilateral Investment Treaties*, Nueva York: Cambridge University Press, 2021, 293.

únicamente que el inversionista de Perú recurra al procedimientos administrativo antes de iniciar un arbitraje,⁶¹ no señalándose un plazo máximo, a diferencia de otros tratados de inversión suscritos por China.⁶²

Aunque no se realizó un análisis detallado sobre la naturaleza de recurrir a los recursos internos, en un arbitraje que involucra un tratado de inversión del cual el Perú es parte, se discutió alrededor a que el inversionista no podía presentar el arbitraje porque había presentado una reclamación judicial. Este arbitraje es el caso Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay,⁶³ donde el tribunal señaló:⁶⁴

20. (...) [L]a República del Paraguay opuso formalmente la excepción a la jurisdicción del CIADI (...). En resumen, ellas son las siguientes:

(...)

(c) El señor Olguín formuló una reclamación judicial ante los tribunales de la República del Paraguay "tendiente a lograr el recupero de su especulación financiera," lo que le impide, de conformidad con el Artículo 8(3) del CBI, presentar un arbitraje ante el CIADI (...).

30. No existe ninguna demostración en el expediente de que el señor Olguín hubiera presentado un reclamo judicial contra la República del Paraguay para cobrar las obligaciones que busca cobrar en este proceso arbitral.

3.3 Elección de una vía (*fork in the road*)

Para evitar duplicidad de reclamos y prevenir que los inversionistas vuelvan a litigar estos, ciertos tratados de inversión incluyen una cláusula de elección de una vía (o, en inglés, *fork in the road*) a través de la cual, para solucionar la controversia, se ofrece al inversionista una elección entre las cortes locales del Estado anfitrión y el arbitraje internacional. Una vez hecha, la elección es final. En otras palabras, "el inversionista solo podrá continuar con su reclamación en el foro al que acudió primero (*electa una via, non datur recursus ad alteram*)."⁶⁵

La práctica de los tratados de inversión sobre las cláusulas de elección de una vía varía ligeramente, pudiendo identificarse hasta seis tipos de tales cláusulas.⁶⁶ Ante todo, existen

⁶¹ Este requerimiento no se encuentra previsto en el Apéndice 6 del Protocolo de Optimización del ACCEI Perú – China.

⁶² Véase, por ejemplo, [TBI UE Belgo – Luxemburguesa y China](#) (artículo 8).

⁶³ Iniciado al amparo del TBI Perú – Paraguay.

⁶⁴ Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay, Caso CIADI N° ARB/98/5, Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Jurisdicción, 8 de agosto de 2000, párrs. 20 (c) y 30.

⁶⁵ Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, p. 39. De la misma manera, Christoph Schreuer, "Traveling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road," *The Journal of World Investment & Trade* 5, 2 (2004): 239-240 ("A typical clause provides that the investor must choose between the litigation of its claims in the host State's domestic courts or international arbitration and that, once made, the choice is final. (...). This type of clause is often referred to as a "fork in the road" provision. It is expressed by the Latin maxim of *una via electa non datur recursus ad alteram* ("once one road is chosen, there is no recourse to the other").")

⁶⁶ Cfr. Markus Petsche, "The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between formalistic and pragmatic approaches," *Washington University Global Studies Law Review* 18 (2019): 397-398.

cláusulas *fork in the road* que les brindan a los inversionistas opciones de mecanismos de solución de controversia, especificando que una vez la elección esté hecha, esta será final. En este grupo, por ejemplo, se encuentra el [TBI Chile - España](#), cuyo segundo párrafo de su artículo 10 (2) dispone que “[u]na vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva.”⁶⁷

Una segunda categoría de cláusulas *fork in the road* les brindan a los inversionistas la opción de recurrir al arbitraje siempre que estos no hayan presentado sus reclamos ante las cortes locales del Estado de anfitrión. Dentro de este grupo, también se pueden incluir aquellas cláusulas que excluyen la posibilidad de recurrir a las cortes locales si antes el inversionista ha presentado sus reclamos en un arbitraje. De manera ilustrativa, el [TBI Argentina – EE. UU.](#) contiene una disposición en tales términos (artículo VII (3)),⁶⁸ como se aprecia a continuación:

2. En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución:
 - a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o
 - b) A los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o
 - c) A lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.
3. (a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio (...).

En un tercer tipo de cláusulas de elección de una vía, con ciertos matices que el anterior, se establece que, si el inversionista presenta su reclamación ante las cortes locales del Estado anfitrión, no podrá someter dicha reclamación a un arbitraje, especificando, en la mayoría de los tratados de inversión que las contienen, que dicha elección será definitiva. Por ejemplo, el [DR-CAFTA](#)⁶⁹, en su Anexo 10-E, señala lo siguiente:

1. Un inversionista de Estados Unidos no podrá someter a arbitraje de conformidad con la Sección B una reclamación en el

⁶⁷ Véase también, por ejemplo, el [TBI Argentina - Francia](#), artículo 8 (2) (“Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.”), y el [TBI Italia - Líbano](#), artículo 7 (2) (“If these consultation do not result in a solution within six months from the date of written request for settlement, the investor may submit the dispute, at his choice, for settlement to: a) (...); or b) (...); or c) (...). The choice made as per subparagraphs a, b and c herein above is final.”)

⁶⁸ En el mismo sentido, véase el [TBI Estonia – EE. UU.](#), artículo 6 (3).

⁶⁹ Por las siglas en inglés del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.

sentido de que una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana ha violado una obligación establecida en la Sección A (...) si el inversionista o la empresa, respectivamente ha alegado esa violación de una obligación establecida en la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana.

2. Para mayor certeza, si un inversionista de Estados Unidos elige presentar una reclamación del tipo descrito en el párrafo 1 en un tribunal judicial o administrativo de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana, esa elección será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje de conformidad con la Sección B. (...).

Una cuarta categoría de cláusulas *fork in the road* señalan que, incluso si el inversionista eligió las cortes locales del Estado anfitrión, este podrá someter su reclamo a arbitraje siempre que no se haya emitido una decisión de primera instancia o una decisión final. Así, dentro de este tipo de cláusulas, se identifica, por ejemplo, el [TBI Suiza - Turquía](#), cuyo artículo 8 (3) dispone lo siguiente:

Si tales consultas no dan como resultado una solución dentro de doce (12) meses y si el inversionista en cuestión brinda un consentimiento escrito, la controversia será sometida al arbitraje del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, instituido por el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965, para la solución de controversias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, siempre que, en caso de que el inversionista en cuestión haya presentado la controversia ante las cortes de justicia de la Parte Contratante que sea parte en la controversia y no se haya dictado un laudo definitivo.

Como quinto tipo de cláusulas de elección de una vía, se pueden considerar aquellas que, sin detallar si la elección es final, brindan al inversionista opción de elegir diversos mecanismos de solución de controversias. Este tipo de cláusulas se ha incorporado, por ejemplo, en el [TBI Grecia - Albania](#), cuyo artículo 10 (2) establece lo siguiente:

Si tales controversias no pueden resolverse dentro de seis meses a partir de la fecha en que cualquiera de las partes solicitó una solución amistosa, el inversor o la Parte Contratante en cuestión podrá someter la controversia a la corte competente de la Parte Contratante o a un tribunal arbitral internacional.

Sobre esta categoría, se ha señalado que las cláusulas redactadas de la forma anterior “no clarifican si la elección inicial hecha por los inversionistas es exclusiva, sugiriendo, en consecuencia, que un inversionista podría también elegir ambos medios de solución de

controversias."⁷⁰ Así, sobre la base del artículo 10(2) del [TBI Rusia – Moldavia](#), en el caso Yuri Bogdanov & Yulia Bogdanova c. República de Moldavia, el tribunal arbitral señaló:⁷¹

Las denominadas cláusulas “*fork-in-the-road*” han sido frecuentemente examinadas por los tribunales que intervienen en controversias internacionales de inversión. Las cláusulas de este tipo suelen exigir expresamente que el inversionista elija un método de solución de la controversia y le impiden volver a litigarla ante otros foros.

Sin embargo, muchos tratados de inversión guardan silencio en cuanto al efecto preclusivo que corresponde atribuir a los diferentes métodos de solución de controversias ofrecidas al inversionista, lo cual resulta evidentemente aplicable al tratado invocado por las Demandantes en este arbitraje. En tales casos, como regla general, no cabe presumir un efecto preclusivo.

Si bien el referido tribunal arbitral señaló que no se debía asumir que existía una cláusula de elección de una vía en el tratado aplicable, continuó con el análisis correspondiente como si se hubiese invocado dicha cláusula, refiriéndose a que la base fundamental del reclamo en este caso era diferente y que las partes en disputa no eran las mismas que las que siguieron ante las cortes locales de Moldavia.⁷²

En otros dos arbitrajes de inversión, donde los tratados aplicables contenían una cláusula de elección de una vía sin precisar si la elección del inversionista tiene carácter final (o no),⁷³ los tribunales arbitrales de ambos casos no se detuvieron a analizar si dichas cláusulas podrían ser consideradas *fork in the road* y, sin entrar a una evaluación como lo hizo el tribunal arbitral del caso anteriormente mencionado, prosiguieron el análisis como si los referidos tratados contenían dicha cláusula.⁷⁴

En tal sentido, aunque no existe una corriente teórica o jurisprudencial sólida que precise si la quinta categoría señalada es una cláusula de elección de una vía, lo cierto es que, para efectos prácticos, al menos, tres tribunales arbitrales se han pronunciado sobre cláusulas incluidas en dicha categoría como si se encontrarán ante casos con cláusulas *fork in the road*.

Finalmente, en un sexto grupo, se pueden identificar tratados de inversión con cláusulas híbridas que incluyen, por ejemplo, características de la primera categoría -esto es, la elección que adopte el inversionista es final- y de la cuarta categoría -esto es, posibilidad de recurrir al arbitraje siempre y cuando la corte local no haya emitido sentencia-. De manera ilustrativa, este tipo de cláusula se puede encontrar en el artículo 9 (4 y 5) del [TBI Chile – Austria](#), que dispone lo siguiente:⁷⁵

⁷⁰ Pohl, et al., “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey,” 13.

⁷¹ Yuri Bogdanov & Yulia Bogdanova c. República de Moldavia, Caso SCC N° V091/2012, Laudo Final, 16 de abril de 2013, párrs. 170-171.

⁷² Cfr. Yuri Bogdanov & Yulia Bogdanova c. República de Moldavia, Caso SCC N° V091/2012, Laudo Final, 16 de abril de 2013, párrs. 172-175.

⁷³ TBI Grecia – Albania (artículo 10 (2)) y [TBI Omán – Yemen](#) (artículo 11 (2)).

⁷⁴ Desert Line Projects LLC c. República de Yemen, Caso CIADI N° ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008, párrs. 124-138; Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania, Caso CIADI N° ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009, párrs. 50-68.

⁷⁵ En un sentido similar, véase el [TBI Costa Rica – España](#), artículo XI (3).

4) Una vez que el inversionista haya sometido la diferencia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o a arbitraje internacional, esa elección será definitiva.

5) No obstante la cláusula 4), el inversionista podrá recurrir a arbitraje internacional en caso de que el tribunal competente no dictare una sentencia definitiva por un período de treinta y seis meses.

En ese contexto, con respecto a los tratados de inversión en vigor para el Perú, se identifica que la mayoría de estos contienen cláusulas de elección de una vía, distribuyéndose casi equitativamente entre TBI y ACCI el número de estos tratados con tales cláusulas. Los Gráficos 10 y 11 debajo proporcionan esta información.

Gráfico 10

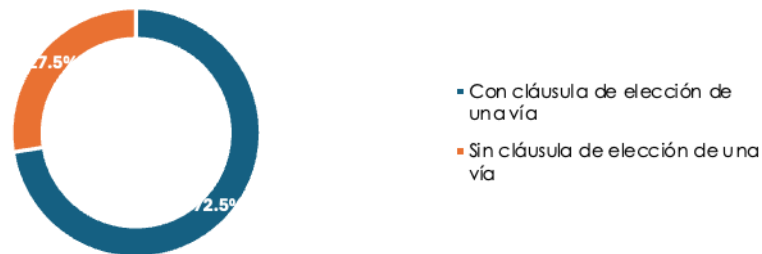
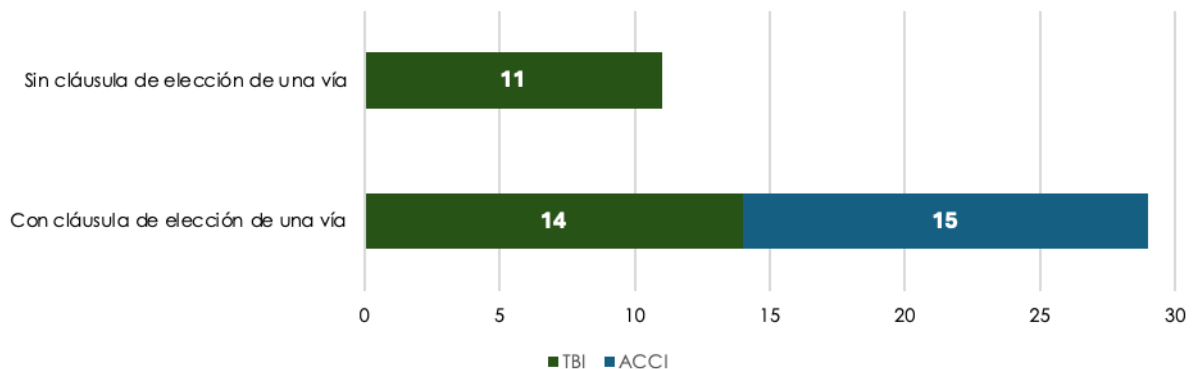


Gráfico 11

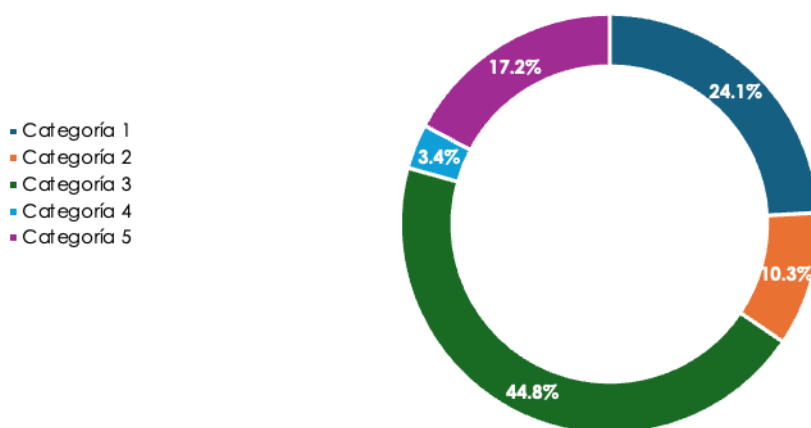


Si se trata de encajar los tratados de inversión en vigor por el Perú con cláusulas de elección de una vía en alguna de las seis categorías descritas, se identifica que el mayor número de tales cláusulas está dentro de la categoría 3, conteniendo casi exclusivamente la mayoría de los ACCI de los que el Perú es parte⁷⁶. Seguidamente, la categoría 1 ostenta el segundo lugar del número de tratados de inversión que cuentan con cláusulas *fork in*

⁷⁶ TBI Perú – Colombia (artículos 22 (7 y 8)), ACCI Perú – EE. UU. (artículo 10.18 (4) / Anexo 10-G), ACCI Perú – Chile (artículo 11.18 (3)), ACCI Perú – Canadá (Anexo 824.1), ACCI Perú – México (artículo 11.20 (11)), ACCI Perú – Panamá (artículo 12.18 (5 y 6)), ACCI Perú – Costa Rica (artículo 12.18 (5 y 6)), ACCI Perú – Guatemala artículo 12.18 (5 y 6)), Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (artículo 10.18 (4)), ACCI Perú – Honduras artículo 12.18 (5 y 6)), ACCI Perú – Australia (Anexo 8-F), CPTPP (Anexo 9-J) y AP Singapur (Anexo 8-E).

the road, especificando expresamente que la elección del inversionista es final.⁷⁷ Con un número similar, se encuentran los tratados de inversión con cláusulas *fork in the road* que no señalan expresamente el carácter final (o no) de la elección del inversionista, es decir, en la categoría 5.⁷⁸ En una penúltima posición, se observa que, en el Perú, también existen tratados de inversión con cláusulas de elección de una vía dentro de la categoría 2,⁷⁹ es decir, disposiciones que condicionan la elección de recurrir a arbitraje siempre y cuando no hayan iniciado previamente en las cortes locales del Estado anfitrión. Finalmente, un tratado de inversión cuenta con cláusula *fork in the road* en la categoría 4.⁸⁰ El Gráfico 12 debajo brinda la información sobre los tipos de cláusulas de elección de una vía en tratados de inversión de los cuales el Perú es parte.

Gráfico 12



El análisis de cláusulas *fork in the road* también ha sido objeto de ciertos tribunales arbitrales que han interpretados tales cláusulas en el marco de tratados de inversión de los cuales el Perú es parte. De manera ilustrativa, en el caso *Freeport-McMoran Inc. c. República del Perú*,⁸¹ el tribunal arbitral evaluó el artículo 10.18.4 del ACCI Perú – EE. UU., señalando que, a diferencia de otros casos donde se utilizan el “test de base fundamental” o el “test de triple identidad”, la interpretación de la cláusula de elección de vía contenido en dicho tratado debe evaluarse tomando en cuenta el término “la misma violación alegada”, cuya interpretación está sujeta a los principios generales del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁸²

3.4 Las cláusulas de renuncia (*waiver*)

A fin de prevenir duplicidad de reclamaciones, además de la cláusula de elección de una vía, los tratados de inversión contienen disposiciones que requieren que el

⁷⁷ TBI Perú – Rumanía (artículo 8 (3)), TBI Perú – Argentina (artículo 10 (2)), TBI Perú – Venezuela (artículo 10 (3)), TBI Perú – El Salvador (artículo 11 (3)), TBI Perú – Cuba (artículo 8 (3)), ACCI Perú – China (artículo 139 (2)) y ACCI Perú – Corea del Sur (artículo 9.16 (4)).

⁷⁸ TBI Perú – Italia (artículo 9 (3)), TBI Perú – España (artículo 9(2)), TBI Perú – Portugal (artículo 7 (2 y 3)), TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa (artículo 11(2)) y ACCI Perú – Singapur (artículo 10.17 (3)).

⁷⁹ TBI Perú – China (artículo 8 (2)), TBI Perú – Malasia (artículo 7 (3)) y TBI Perú – Japón (artículo 18 (2 y 4)).

⁸⁰ TBI Perú – Suecia (artículo 8 (2)).

⁸¹ Iniciado al amparo del ACCI Perú – EE. UU.

⁸² Cfr. *Freeport-McMoran Inc. c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/20/8, Laudo, 17 de mayo de 2024, párrs. 600-609.

inversionista renuncie a iniciar o continuar procedimientos ante cortes locales (u otros foros) antes de iniciar un arbitraje. Estas disposiciones se refieren a las cláusulas de renuncia (o "no vuelta atrás"), que algunos consideran una variación o forma de la cláusula *fork in the road*.⁸³

Si bien, en términos generales, se puede afirmar que existen objetivos en común entre las cláusulas *fork in the road* y las cláusulas *waiver* (o cláusula *no-U-turn*) lo cierto es que ambas cláusulas son interpretadas bajo premisas distintas. Así, "a diferencia de las cláusulas de elección de una vía (el cual hace que la elección del foro por el inversionista sea final), las cláusulas de renuncia o "no vuelta atrás" permiten a los inversionistas optar por el arbitraje internacional después de comenzar procedimientos ante cortes locales con relación a la misma medida. Sin embargo, si el inversionista decide presentar su reclamo al arbitraje internacional bajo una disposición de solución de controversias en el acuerdo internacional de inversión, se exige discontinuar los procedimientos ante cortes locales o renunciar a su derecho de iniciar nuevos tales procedimientos."⁸⁴

El arquetipo de las cláusulas *waiver* se ve reflejado en el artículo 1121 del extinto [NAFTA](#),⁸⁵ el cual establece, por ejemplo, en su párrafo 2 (b), que los inversionistas podrán solo si:

(...) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o

⁸³ Véase, por ejemplo, Noah Rubins y N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution. A Practitioner's Guide*, Nueva York: Oceana Publications, Inc., 2005, 276 ("NAFTA and a limited number of other investment treaties contain a variation of the 'fork in the road,' which might be termed as 'no U-turn' provision."), Lim, et al., *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and other Materials*, 102 ("(...) The clause is known as an *electa una via* (or 'fork-in-the-road') clause. A variation of this approach is a 'no u-turn' clause, which requires, as a condition of submitting an investment arbitration claim, the waiver of the right to bring some other claim in another forum,"), y Pohl, et al., "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey," 13 ("The provisions exist in two forms: the large majority denies access to international arbitration once an investor has chosen to bring its case to domestic courts (...); and (...) treaties require that an investor waive its right to access to domestic courts prior to initiating international arbitration proceedings.")

⁸⁴ Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 40-41. En un sentido similar, véase Christopher F. Dugan, et al., *Investor-State Arbitration*, Nueva York: Oxford University Press, 2008, 370-371 ("(...) [A]n important difference in policy lies behind these two types of treaty text. The waiver approach encourages investors to investigate possible remedies within the host state's municipal law system before turning to international arbitration. By contrast, a fork in the road provision discourages recourse to local courts and administrative tribunals whenever the investor is aware of and interested in preserving its rights to international arbitration under the investment protection treaty.")

⁸⁵ Por las siglas en inglés del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En un sentido similar, véase, el [USMCA](#) (por las siglas en inglés del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá), artículo 14.D.5 (1) (e) ("1. Ninguna reclamación será sometida a arbitraje conforme a este Anexo a menos que: (...) la notificación de arbitraje se acompañe: (i) para reclamaciones sometidas a arbitraje (...), con la renuncia escrita de la demandante (...) a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme al ordenamiento jurídica de una Parte del Anexo, o cualquier otro procedimiento de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a cualquier medida que presuntamente constituye una violación referida en el Artículo 14.D.3 (...).")

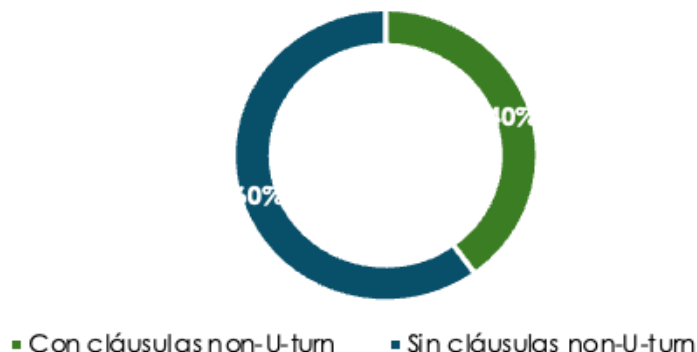
⁸⁶ Para mayor detalle sobre arbitraje iniciados al amparo del NAFTA que tratan sobre la cláusula de renuncia, véase, entre otros, Andrea K. Bjorklund, "Waiver and the Exhaustion of Local Remedies Rule in NAFTA Jurisprudence" en *NAFTA Investment Law and Arbitration: Pass Issues, Current Practice, Future Prospects*, ed. por Todd Weiler (Nueva York: Transnational Publishers Inc., 2004), 263-279.

extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente.

Al respecto, en la práctica de tratados de inversión, las cláusulas *waiver* pueden contener un lenguaje que obliga al inversionista “renunciar o discontinuar procedimientos” con respecto a la medida” no solo “ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes” sino también ante “otros procedimientos de solución de controversias”,⁸⁷ excluyéndose a su vez de dicho ámbito a los procedimientos en los que no implique el pago de daños monetarios (o pecuniarios).

En el caso del Estado peruano, las cláusulas *waiver* surgieron a partir de la suscripción de tratados de inversión de nueva generación, principalmente, con los ACCI que tienen, en su gran mayoría, una estructura similar al *NAFTA*.⁸⁸ En ese sentido, en el Gráfico 13 debajo se muestra información sobre la cantidad de tratados de inversión que cuentan con cláusulas *no-U-turn*. Seguidamente, en el Gráfico 14 debajo, se aprecia los tipos de tratados de inversión de los cuales el Perú es parte que contienen disposiciones con cláusulas *waiver*. Finalmente, el Gráfico 15 debajo proporciona información histórica de los períodos, de manera acumulada, con relación a la cantidad de los tratados de inversión de los cuales el Perú es parte que cuentan con cláusulas *waiver* y aquellos que se mantienen sin estas.

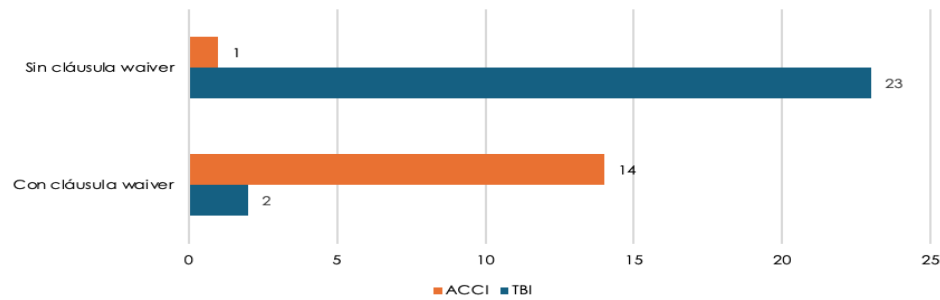
Gráfico 13



⁸⁷ Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 43.

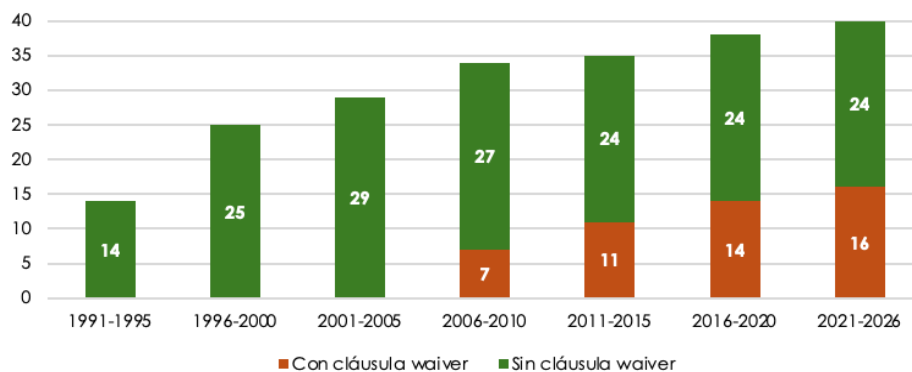
⁸⁸ Véase AP Singapur (artículo 8.22 (2) (b) y (3)), *CPTPP* (artículo 9.21 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Australia (artículo 8.22 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Honduras (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (artículo 10.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Guatemala (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Costa Rica (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Panamá (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – México (artículo 11.20 (6) (b) y (7) (b)), ACCI Perú – Canadá (artículo 823 (1) (e) y (2) (e)), ACCI Perú – Chile (artículo 11.18 (2) (b) y (4)), ACCI Perú – EE. UU. (artículo 10.18 (2) (b) y (3)) y TBI Perú – Colombia (artículo 22 (2) (b) y (4)). El resto de los tratados de inversión en vigor para el Perú con cláusulas *waiver* son ACCI Perú – Corea del Sur (artículo 9.16 (5) (b) (iii) y (6)), ACCI Perú – Singapur (artículo 10.17 (4) (b) (iii) y (5)) y TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa (artículo 11 (5)).

Gráfico 14



Asimismo, tomando como base la redacción del citado artículo 1121 del NAFTA y si bien la mayoría de los tratados de inversión con cláusulas *waiver* de los cuales el Perú es parte siguen una estructura similar, se identifica que no mantienen, necesariamente, la misma redacción. Metodológicamente, se puede dividir el contenido de tales cláusulas en (i) el derecho al cual se renuncia ("iniciar o continuar" o, únicamente, "iniciar"), (ii) el tipo de procedimiento sobre el cual se renuncia, y (iii) con respecto a qué se renuncia ("medida", "hecho" o "materia").

Gráfico 15



En ese contexto, el Gráfico 16 debajo muestra el número de tratados de inversión con cláusulas *waiver* que exigen al inversionista renunciar a iniciar o continuar o únicamente a iniciar con los procedimientos, destacando que más de la mitad de tales cláusulas se encuentran en este último supuesto.

Gráfico 16



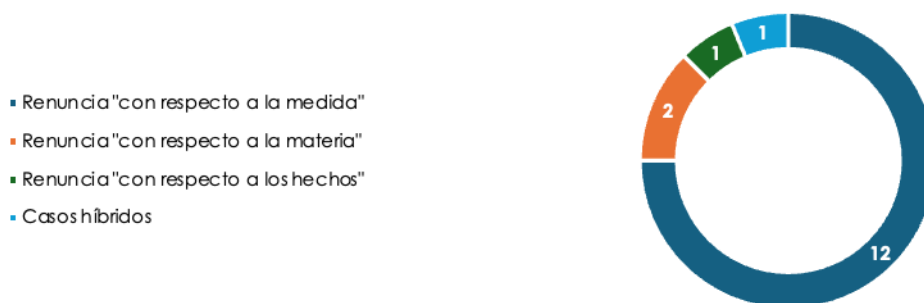
Seguidamente, corresponde indicar que, en todos los casos, sobre el tipo de procedimiento sobre el cual se renuncia, se constata que no solo recae en tribunales administrativas o judiciales sino también en cualquier otro procedimiento de solución de controversias. Al respecto, la Tabla 2 realiza un comparativo sobre la diversa redacción que, con ciertos matices, resultan en el mismo (o similar) contenido.

Tabla 2

	Contenido
Primer modelo	"[Renuncia] de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias [vinculante] (...)." ⁸⁹
Segundo modelo	"[Renuncia] a su derecho de iniciar cualesquier procedimientos (...) ante cualquier otro de los foros de solución de controversias referidos en el párrafo (...)." El párrafo al que se hace referencia señala que los procedimientos son "las cortes o los tribunales administrativos" del Estado anfitrión y "otros procedimientos de solución de controversias vinculantes." ⁹⁰

El Gráfico 17 debajo confirma que no existe unanimidad con respecto a qué renuncia el inversionista, ya que si bien existe una mayoría de cláusulas *no-U-turn* que exigen al inversionista renunciar con "respecto a la medida" también existe determinado número de tales cláusulas que tienen una redacción diferente.

Gráfico 17



La cláusula de renuncia ha sido también objeto de análisis de arbitrajes basados en tratados de inversión de los cuales el Perú es parte. El primero de estos arbitrajes fue el caso *The Renco Group, Inc. c. República del Perú*,⁹¹ donde el tribunal arbitral evaluó detalladamente la cláusula "sin vuelta atrás" previstas en el artículo 10.18 (2) (b) del AC CI Perú – EE. UU. e indicó, entre aspectos, lo siguiente:⁹²

⁸⁹ Véase AP Singapur (artículo 8.22 (2) (b) y (3)), CPTPP (artículo 9.21 (2) (b) y (3)), AC CI Perú – Australia (artículo 8.22 (2) (b) y (3)), AC CI Perú – Honduras (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (artículo 10.18 (2) (b) y (3)), AC CI Perú – Guatemala (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), AC CI Perú – Costa Rica (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), AC CI Perú – Panamá (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), AC CI Perú – México (artículo 11.20 (6) (b) y (7) (b)), AC CI Perú – Canadá (artículo 823 (1) (e) y (2) (e)), AC CI Perú – Chile (artículo 11.18 (2) (b) y (4)), AC CI Perú – EE. UU. (artículo 10.18 (2) (b) y (3)), TBI Perú – Colombia (artículo 22 (2) (b) y (4)) y TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa (artículo 11 (5)).

⁹⁰ Véase AC CI Perú – Corea del Sur y AC CI Perú – Singapur.

⁹¹ Iniciado al amparo del AC CI Perú – EE. UU.

⁹² *The Renco Group, Inc. c. República del Perú*, Caso UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016, párrs. 73, 84. Véase también *Bacilio Amorrortu c. República del Perú*, Caso CPA N° 2020-11, Laudo Parcial

En consecuencia, el acuerdo de arbitraje quedará conformado en virtud del Tratado sólo si el inversionista satisface los requisitos de formalidad y sustancialidad de la renuncia contemplados en el Artículo 10.18(2)(b). Párr.

[E]l objeto y el propósito del Artículo 10.18(2)(b) consiste en proteger al Estado demandado para que no deba litigar en múltiples procedimientos y en diversos foros sobre la misma medida, y minimizar el riesgo de doble recupero y determinaciones de hecho y de derecho inconsistentes pronunciadas por tribunales diferentes.

IV. CONCLUSIONES

El acceso al arbitraje de inversión basado en tratado puede requerir una serie de condiciones o requisitos que deberán ser cumplidos, de conformidad con las cláusulas previstas en el tratado de inversión invocado por los inversionistas.

Los inversionistas deben cumplir cabal y oportunamente lo establecido en los tratados de inversión, tomando como guía las decisiones que han interpretado esas cláusulas, a fin de evitar que el arbitraje se agote en la discusión sobre si las condiciones de acceso se cumplieron. A los Estados, por su parte, les corresponde velar por la observancia de tales condiciones y, cuando no se hayan satisfecho, oponer oportunamente las objeciones de defensa correspondientes ante el tribunal arbitral, así como destacar la importancia de su cumplimiento, ya que, al fin y al cabo, tales requisitos condicionan el acceso del inversionista al arbitraje de inversión.

Finalmente, los tratados de inversión en vigor para el Perú contienen cláusulas que el inversionista deberá considerar previamente para acceder al sistema de protección de inversiones a través del arbitraje. La Figura 2 debajo resume las condiciones o requisitos que incorporan los tratados de inversión de los cuales el Perú es parte: el periodo de espera, el requisito de recurrir a los recursos internos, las cláusulas de elección de una vía y las de "no vuelta atrás" (*no-U-turn*).

sobre Jurisdicción, 5 de agosto de 2022, párr. 225 ("[E]l Tribunal concuerda con la Demandada en cuanto a que el artículo 10.18.2(b) del APC exige una renuncia sin reservas e incondicional, incluso para instancias en las que las reclamaciones sean susceptibles de ser desestimadas por el tribunal constituido al amparo del tratado por falta de jurisdicción."), Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. República del Perú, Caso CIADI N° UNCT/18/2, Laudo, 6 de diciembre de 2022, párr. 482 ("[T]he purpose of the waiver provision is to provide flexibility, by allowing recourse to other fora up to a point, and certainty, by prohibiting any such recourse after filing a Treaty arbitration. The rule encourages investors to investigate possible remedies within the host State's municipal legal system, before seeking to internationalize their dispute by filing a notice of arbitration under the Treaty. But once the investor has taken the decision to submit to international arbitration, the rule prevents a return to a domestic court."), Latham Hydro LLC y CH Mamacocha S.R.L. c. República del Perú, Caso CIADI N° ARB/19/28, Laudo, 20 de diciembre de 2023, párr. 452 ("El Tribunal coincide [] en que el propósito del requisito de renuncia incluye evitar las determinaciones incoherentes, minimizar el Riesgo de doble recuperación y evitar las ineficiencias de tiempo y costos, como así también la inseguridad jurídica de actuaciones múltiples en distintos foros.")

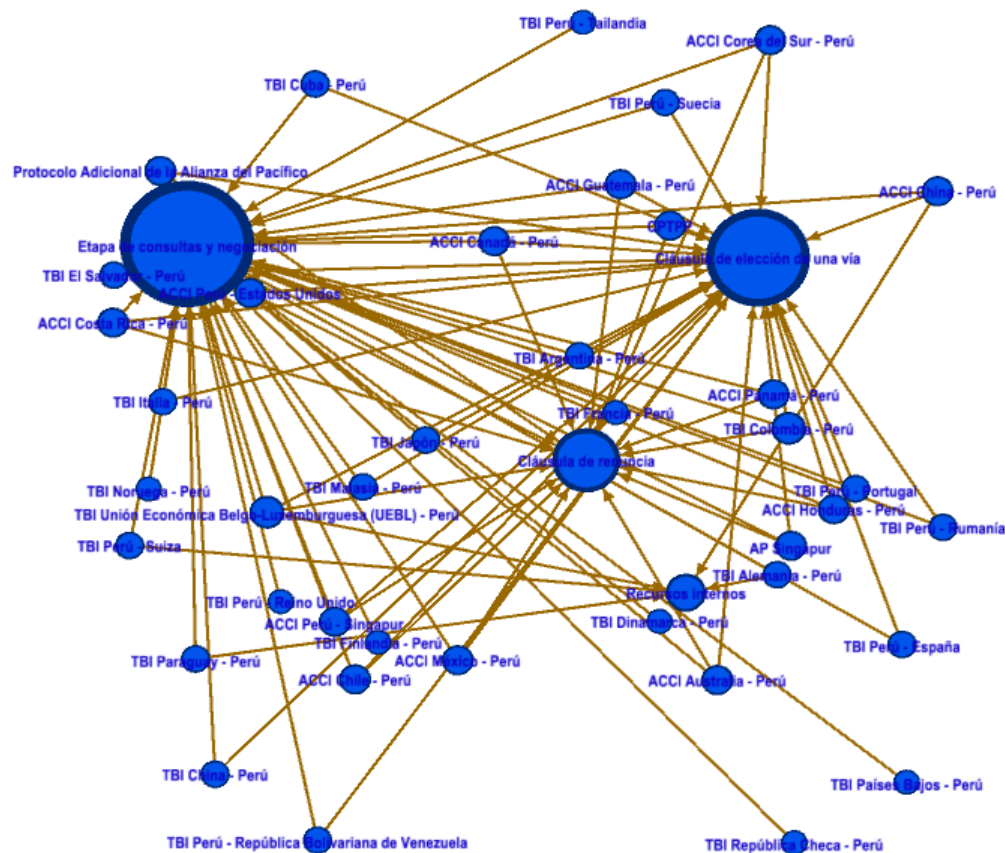


Figura 2. Red de tratados de inversión en vigor para el Perú y condiciones para acceder al arbitraje⁹³

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y capítulos en libros

- Alexandrov, Stanimir. "Article 26." En *Scheuer's Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, editado por Stephan W. Schill, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Christoph. H. Schreuer y Anthony Sinclair, 3era. ed., 539-632. Nueva York: Cambridge University Press, 2022.
- Amerasinghe, Chittharanjan Felix, *Local Remedies in International Law*, 2da. ed., Nueva York: Cambridge University Press, 2005.
- Bjorklund, Andrea K. "Waiver and the Exhaustion of Local Remedies Rule in NAFTA Jurisprudence." En *NAFTA Investment Law and Arbitration: Pass Issues, Current Practice, Future Prospects*, editado por Todd Weiler, 253-286. Nueva York: Transnational Publishers Inc., 2004.
- Dolzer, Rudolph, Ursula Kriebaum y, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 3era. ed., Nueva York: Oxford University Press, 2022.

⁹³ Para la elaboración de esta figura, se utilizó Gephi. Para más información, véase <https://gephi.org/>.

- Dugan, Christopher F., Don Wallace, Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- Gallagher, Norah y Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties, Policies and Practice*, Nueva York: Oxford University Press, 2009.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, Springer, 2020. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-44164-7>.
- Kostadinova, Milanka. "Aspects of Procedure for Institution of Proceedings and Establishment of Tribunals in Investment Treaty Arbitration." En *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, editado por Katia Yannaca-Small, 2da. ed., 114-141. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Lim, C. L., Jean Ho y Martins Paparinskis, *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and other Materials*, Nueva York: Cambridge University Press, 2018.
- Rubins, Noah y N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution. A Practitioner's Guide*, Nueva York: Oceana Publications, Inc., 2005.
- Salacuse, Jeswald, W., *The Law of Investment Treaties*, 3era. ed., Nueva York: Oxford University Press, 2021.
- Salacuse, Jeswald W., *The Three Laws of International Investment. National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Schäfer, Jan K. "Alternatives to Investment Arbitration." En *International Investment Law: A Handbook*, editado por Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch y Yun-I Kim, 1186-1211. Baden-Baden: Nomos; Múnich: C. H. Beck; y Oxford: Hart Publishing, 2015.
- Schreuer, Christoph. "Investment Arbitration." En *The Oxford Handbook of International Adjudication*, editado por Cesare PR Romano, Karen J. Alter y Yuval Shany, 295-315. Nueva York: Oxford University Press, 2014.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, Nueva York y Ginebra: United Nations, 2014. https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf.
- Wei, Shen, *Decoding Chinese Bilateral Investment Treaties*, Nueva York: Cambridge University Press, 2021.

Artículos y documentos de trabajo

- Brauch, Martin Dietrich. "Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law." *IISD Best Practices Series*, Manitoba: The International Institute for Sustainable Development, 2017. <https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf>.

- Petsche, Markus. "The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between formalistic and pragmatic approaches." *Washington University Global Studies Law Review*, 18 (2019), 391-428.
- Pohl, Joachim, Kekeletso Mashigo y Alexis Nohen, "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey." *OECD Working Paper on International Investment*, N° 2012/02, París: OECD Publishing, 2012. <https://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>.
- Porterfield, Matthew C. "Exhaustion of Local Remedies in Investment-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time has Come?" *The Yale Journal of International Law*, 41 (2015), 1-12.
- Schreuer, Christoph. "Traveling the BOT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road." *The Journal of World Investment & Trade* 5, n° 2 (2004), 231-256.
- Schreuer, Christoph. "Calvo's Grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration." *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4, n° 1 (2005), 1-17.

Jurisprudencia

- Bacilio Amorrtu c. República del Perú, Caso CPA N° 2020-11, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 5 de agosto de 2022.
- Bayindir Inssat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI N° ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005.
- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania, Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008.
- Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010.
- Caso Interhandel (Suiza c. Estados Unidos de América), Sentencia del 21 de marzo de 1959, I.C.J. Reports 1959.
- Desert Line Projects LLC c. República de Yemen, Caso CIADI N° ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008.
- Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay, Caso CIADI N° ARB/98/5, Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Jurisdicción, 8 de agosto de 2000.
- Freeport-McMoran Inc. c. República del Perú, Caso CIADI N° ARB/20/8, Laudo, 17 de mayo de 2024.
- Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania, Caso CIADI N° ARB/00/9, Laudo, 16 de setiembre de 2003.
- Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. República del Perú, Caso CIADI N° UNCT/18/2, Laudo, 6 de diciembre de 2022.

- Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CPA N° 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014.
- Latham Hydro LLC y CH Mamacocha S.R.L. c. República de Perú, Caso CIADI N° ARB/19/28, Laudo, 20 de diciembre de 2023.
- Lanco International Inc. República Argentina, Caso CIADI N° ARB/97/6, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 1998.
- Murphy Exploration y Production Company International c. República del Ecuador, Caso CIADI N° ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010.
- Nykomb Synergetics Technology Holding AV c. República de Letonia, SCC N° 118/2001, Laudo, 16 de diciembre de 2003.
- Panamericana Televisión S.A. et al. c. República del Perú, Caso CPA N° 2019-26, Laudo sobre Jurisdicción, 11 de septiembre de 2020.
- Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania, Caso CIADI N° ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009.
- Ronald S. Lauder c. República Checa, CNUDMI, Laudo Final, 3 de setiembre de 2001.
- RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa, Caso SCC N° V 079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, 1 de octubre de 2007.
- The Renco Group, Inc. c. República del Perú, Caso UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016.
- Yuri Bogdanov & Yulia Bogdanova c. República de Moldavia, Caso SCC N° V091/2012, Laudo Final, 16 de abril de 2013.

Tratados de inversión (diferentes a los suscritos por el Perú) ordenados por año que entraron en vigor

USMCA (2020), TBI Chile – Uruguay (2012), TBI UE Belgo – Luxemburguesa y China (2009), DR-CAFTA (2006), TBI Rusia – Moldavia (2001), TBI Italia – Líbano (2000), TBI Chile – Austria (2000), TBI Omán – Yemen (2000), TBI Costa Rica – España (1999), TBI Estonia – EE. UU. (1997), TBI Argentina – Croacia (1996), NAFTA (1994), TBI Argentina – EE. UU. (1994), TBI Chile – España (1994), TBI Argentina – Francia (1993), TBI Suiza – Paraguay (1992), TBI Grecia – Albania (1991), TBI Suiza – Turquía (1990) y TBI Países Bajos – Malasia (1972).