

*"Nadie tiene derecho a cometer injusticia, ni siquiera
aquel que fue tratado injustamente."*

VIKTOR FRANKL

*"No one has the right to commit injustice, not even
the one who has been treated unjustly."*

VIKTOR FRANKL

Primera Publicación 1998
Revista arbitrada por evaluadores
externos a la Asociación



Revista **semestral** editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Dirección ADV Editores:
Universidad de Lima, Avenida Javier Prado s/n, Aula 103, Pabellón G.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
ISSN
Registro de Proyecto Editorial

Nº 2002-0350
Nº 1996-4773
Nº 21501401401041

Tiraje: 110 ejemplares

Pre-prensa e Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
RUC 20125831410
Pasaje María Auxiliadora 156-164 Breña
Correo electrónico: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 424 8104

ADVOCATUS se encuentra indexada ante Dialnet, Latindex y Vlex registrado en la base de datos de la International Legal Group (IJ).

ADVOCATUS no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores.

Los interesados en publicar en **ADVOCATUS** pueden enviar sus artículos a nuestro correo electrónico edicion@revistaadvocatus.com en formato MS Word, los mismos que deberán ser originales. La Revista no se compromete a la publicación de los trabajos recibidos y se reserva el derecho de adaptarlos en forma de acuerdo a su línea editorial.

Prohibida su reproducción total o parcial sin la autorización por escrito de los Editores.



ASAMBLEA 2022-1

Directora General
Director de Cursos
Director de Economía
Director del Comité Editorial/Editor
Director de Eventos
Directora de Financiamiento
Directora de Informática
Directora de Relaciones Públicas
Director de Responsabilidad Social
Director de Ventas

Rodrigo Hesse
Silvana Cosentino
Valeria Ruiz
Giovanna Gazzo
Aranza Espinar
Vasco Soldevilla
Armel Fort
Alexandra Rojas
Ariana Flores
Lucía Degregori

MIEMBROS ACTIVOS

Comisión de Edición

Jorge Lazo
Luis Escobar
Antonella Paredes
Marcela Soto
Lucero Veliz
Dimar Mejía

Cursos

Daniela Gastañaga
Marco Wild
Juan Manuel Iglesias
Luis Antonio Naveda
Mariana Gonzales

Economía

Sebastián Scarneo
Tiffany Torres
Miguel Angel Yataco
Luis Alberto Gayoso

Eventos

Camila Arbe
Alejandro Valencia
Emilio Echeandía
Walter Ramírez
Rafael Ojeda

Financiamiento

Luisa Fernanda Rodriguez
Jeong Min Kim
José Gabriel Rodríguez

Priscila Vásquez
Sol Tapia

Informática

Mauricio Ameri
Luis Olazábal
Salvador Herrera
Aitana Ocampo
Nicol Canevaro
Angie Silva

Relaciones Públicas

Daniella Muñoz
Daniela Marchesi
Gianluca Pierantoni
Rafael Mazzeti
Nennele Rivadeneira

Responsabilidad Social

Maria Pia Olivares
Paula Sueldo
María José Cevalco
José Miguel Góngora
Luis Diego Fajardo
Ariana Balbín

Ventas

Sophia O'Connor
Pierina Cunza
Andrea Man
Adriano Ungaro

La Revista **ADVOCATUS** es editada por la Asociación Civil ADV Editores, conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

La Asociación Civil ADV Editores se encuentra inscrita en la Partida Electrónica N° 11270467 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima.



ASAMBLEA 2022-2

Directora General
Director de Cursos
Director de Economía
Director del Comité Editorial/Editor
Director de Eventos
Directora de Financiamiento
Directora de Informática
Directora de Relaciones Públicas
Director de Responsabilidad Social
Director de Ventas

Valeria Ruiz
Juan Manuel Iglesias
Sebastián Scarneo
Jorge Lazo
Alejandro Valencia
Jeon Min Kim
Angie Silva
Daniela Marchesi
Maria José Cevasco
Andrea Man

MIEMBROS ACTIVOS

Director de Edición

Jimena del Solar
Luis Karin Escobar
Alejandro Alvarado
Marcela Soto
Eliane Polo
Lucero Veliz

Cursos

Luis Antonio Naveda
Valeria Bocangel
Gabriel Luna
Daniel Gastañaga
Nicole Mezarina

Economía

Tiffany Torres
Luis Gayoso
Camila Medrano
Lucero Noriega

Eventos

Walter Ramirez
Camila Arbe
Rafael Ojeda
Gonzalo Durán
Amalia Acosta
Emilio Echeandía

Financiamiento

Sol Tapia
Priscila Vasquez
Carlo Jaymez

Satoshi Lomparte
Fabrizio Torres

Informática

Rafaela Zevallos
Nailia Olivera
Angie Silva
Aitana Ocampo
Salvador Herrera

Relaciones Públicas

Gian Luca Pierantoni
Rafael Mazzetti
Patricio Arancivia
Gabriel Alberca
Nicol Cordova
Nennele Rivadeneira

Responsabilidad Social

Ariana Balbín
José Gabriel Rodriguez
Bianca Lorenzoni
Milagros Velazque
Camila Valencia
Diego Fajardo

Ventas

Pierina Cunza
Maria José Martínez
Sophia O'Connor
Adriano Ungaro
Santiago Fumagalli

La Revista **ADVOCATUS** es editada por la Asociación Civil ADV Editores, conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

La Asociación Civil ADV Editores se encuentra inscrita en la Partida Electrónica N° 11270467 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima.



CONSEJO CONSULTIVO:

Adrián Simons Pino
Alberto Delgado Venegas
Augusto Ferrero Costa
Cecilia Delgado Ratto
Enrique Ghersi Silva
Enrique Varsi Rospigliosi
Fernando Tori Vargas

Freddy Escobar Rozas
Gastón Fernández Cruz
Ivo Gagliuffi Piercechi
Jaime Zavala Costa
Javier Tovar Gil
Joaquín Missiego del Solar
Juan José Haro Seijas

Juan Espinoza Espinoza
Juan Luis Hernández Gazzo
Luciano Barchi Velaochaga
Marco Antonio Ortega Piana
Oswaldo del Carmen Hundskopf Exebio
Víctor García Toma
Marcial Gutiérrez Lucar

CONSEJO EDITORIAL:

Luis Alberto Liñán Arana

Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Procesal y del Club Español de Arbitraje | Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura | Abogado por la Universidad de Lima.

Marco Antonio Ortega Piana

Profesor en la Facultad de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN en el curso de Contratos | Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima | Árbitro adscrito en la Cámara de Comercio de Lima, Perú | Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Profesora en el Programa de Especialización de Árbitros en Contratación Pública de la Universidad ESAN y del curso de Responsabilidad Civil en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad de Piura | Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Lima | Árbitro inscrita en la Cámara de Comercio de Lima, Perú | Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Javier Tovar Gil

Miembro del Instituto de Derecho de Servicios Públicos, Perú | Miembro del Directorio de Asociación de Empresas Promotoras de Mercado de Capitales – PROCAPITALES | Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Henry Huanco Piscoche

Fundador y Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Inmobiliario | Árbitro adscrito al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú | Profesor de Derecho Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas | Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Mirko Medic Medina

Máster en Derecho con mención en Derecho Corporativo por el University College London, Reino Unido | Abogado por la Universidad de Lima.

Andy Carrión Zenteno

Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn, Alemania | Máster en Derecho Penal por la Universidad de Bonn, Alemania | Especialista en Cumplimiento Normativo en Derecho Penal por la Universidad Castilla-La Mancha, España | Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Karen Gabriela Chire Herrera

Máster en Tributación y Política Fiscal por la Universidad de Lima | Máster en Gestión Pública por el European Centre of Innovation and Management - EUCIM Business School | Abogada por la Universidad de San Martín de Porres.

Mónica Roxana Medina Rosell

Máster en Derecho del Comercio Internacional por la London School of Economics and Political Sciences, Reino Unido | Diplomada en Gestión del Desarrollo Sostenible por la Universidad ESAN | Profesora de Integración Económica en la Academia Diplomática del Perú | Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Marcial Giovanni Gutierrez Lucar

Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en los cursos de Derecho Civil VI (Obligaciones) e Introducción a las Técnicas de Litigación Oral | Máster en Derecho por la Universidad de Lima | Estudios de posgrado en arbitraje por la Université de Genève, el Geneva Center for International Dispute Settlement y el Washington College of Law del American University – Washington D.C. | Estudios de civil patrimonial por la Universidad de Salamanca | Abogado por la Universidad de Lima.



MIEMBROS ASOCIADOS DE ADV EDITORES

Aaron Braulio Córdova Cortijo	Andrea Mariana Lazo Pérez-Palma
Abraham Aguilar Olival	Andrea Martín León
Adrián Franco Duharte	Andrea Narro Beck
Adrian Tovar Ayllon	Andrea Perez Valdez
Adriana Felicitá Cangalaya Ponce	Andrea Pittaluga Delgado
Adriana Francesa Chávarri Cordano	Andrea Villanueva Morays
Adriana Lucía Albitres Rodríguez,	Andres Pizarro Vizcarra
Adriana Marin	Ángel Estuardo Valladares
Aiko Moromizato Kawahira	Antonio Arrascue Baca
Alan Raúl García Nores	Antonio Lorenzo Hume Valenzuela
Alberto Arrieta Morante	Aranzazu Qahhat Zapata
Alberto Rivera Acuña-Falcón	Ariana Carolina Cisneros Cacho-Sousa
Alberto Simon Linares Rojas	Armando Bártoli Bernales
Alejandra De Izcue Bellido	Arturo Adolfo Bazán Vigo
Alejandra Gabriela López Chang	Arturo Baselli Gutiérrez
Alejandra Grazia Suárez Salazar	Augusto Bustamante Lozada
Alejandra Patricia Galvez Haro	Augusto Iberico Barrenechea
Alejandra Sánchez-Aizcorbe Hennings	Auki Shwartzman Jochamowitz
Alejandro Bazán Sánchez-Moreno	Bianca Cateriano Wieman
Alejandro Enrique Roeder Bellina	Brunella Pacchioni Vergara
Alejandro Izquierdo Laca	Bruno Fernando Vega Nuñez
Alejandro Joel Ramos Tamara	Bruno Zárate del Castillo
Alejandro Manrique Lewis	Camila Fernanda Mendoza Rosell
Alejandro Prado de Orbegoso	Camila Fernández Tovar
Alejandro Rafael Morales Cáceres	Camila Munive Ponce
Alessandra Ferrari Carrera	Camila Oriana Nieves Malpartida
Alessandra Vásquez Ávila	Camilo Vera Quintana
Alessia Milagros Villaran Huertas	Carla Chávez Berrios
Alexandra Arizmendi de Romaña	Carla Noriega Trujillo
Alexandra Patricia Varela Zanelli	Carlos Alejandro Zavala Yanac
Alexandra Paz Estremadoyro	Carlos Andrés Fernández Guevara
Alexandra Pinillos Molina	Carlos Antonio Diez Contreras
Alexandra Richter Carranza	Carlos Arévalo Velásquez
Alexandra Salcedo Rodríguez	Carlos Héctor Alayza Valdivieso
Alfredo Javier Salazar Aleman	Carlos Huayhualla Salazar
Alisson Antonella Coloma Vallejos	Carlos Kouri Jarufe
Alonso Gurmendi Dunkelberg	Carlos Miguel Goitizolo Airdi
Alonso Miranda Vargas	Carlos Ramón Vargas Pacheco
Alonso Moran De Romaña	Carlos Vidal Torres
Alonso Velezmoro Rocha	Carol Donayre Gonzales
Alonso Villa-García Gonzales	Carolina Cabada Vassi
Álvaro Andrés Alonso Donayre Delgado	Carolina Ciriani Alfageme
Álvaro Arbulú Cervera	Carolina Salinas Rosazza
Álvaro Estrada Rosas	Carolina Sarmiento Mansilla
Álvaro Lamas Garay	Carolina Vivanco Vargas
Alvaro Portocarrero Fernandez	César Antonio Guerrero Rivera
Amelie Silvie D'Auriol Augusto	César Elías Ruiz-González
Américo Hidalgo Gómez	Chiara Michela Lercari Lavezzo
Ana Karem Rodriguez Moreno	Christel Andrea Ingunza Coronado
Ana Paula Vega Vílchez	Christian Javier Arauco Guanilo
Anahi Pazos Aramburú	Christian Miguel Vegas Joaquin
AnaLucía Figueroa Dongo	Claudia García Bustamante
Andrea Alexandra Espino Buiza	Claudia Liliana Chávez Berrios
Andrea Cecilia Salazar Hernández	Claudia Mariana Rojas Manrique
Andrea Gallese Luna	Claudia Orihuela Tejada
Andrea Lanata Dentone	Claudia Patricia Calderón Correa



Claudia Viviana Ausejo Torres
Claudio Ferrero Merino
Cynthia Marlene Salazar Baldeón
Dafne Roel Noriega
Daniel Pablo Zapata Azurín
Daniel Reinoso Elbers
Daniela Alma Falcone Palacios
Daniela Andrea Quevedo Checa
Daniela Bazán Stewart
Daniela Carolina Supo Calderón
Daniela Comitre Miranda
Daniela Higuera Elias
Daniela Lucía Lozano Lagos
Daniela Mariajose Vasquez Medina
Daniela Terzano Orfanides
Daniela Urquiza Travi
Daniella Pastrana Rendón
Daniska Sofía Coronado Iberico
David Quintana Gutiérrez
Denisse Koehne O'Connor
Diego Alberto Vílchez Lizárraga
Diego Alonso Fernández Brigneti
Diego Antonio Becerra Farje
Diego de la Puente Salazar
Diego Fernando Salomón Pita
Diego Sierra Chavera
Domenico Giuseppe Giorffino Vega
Doménico Mariano Fonseca
Eddy Bruno Catacora Palomino
Edgardo Franco Bernal Santos
Eduardo Giovanni Córdova Saiki
Edward Polo Santiesteban
Elard Ricardo Melgar Rivera
Elizabeth Janet Calancha Vilchez
Emilia Isabel Valdivia García
Enrique Silgado Venegas
Erick Sablich Carpio
Erik Lind Cosulich De Pecine
Fabiola Esther Proaño Rivera
Fátima Moquillaza Robatty
Fátima Vega Pinedo
Fayzal Adnan Abuhadba Zegarra
Federico Humberto Galdo Pinedo
Fernanda Campusano Arsentales
Fernando Cornejo Mohme
Fernando Eberhardt Carpio
Fernando Eduardo Salhuana Quiroz
Fernando Manuel Matute Guevara
Fernando Miguel Díez Contreras
Fernando Rodríguez Molina
Fiorella Adriana Atoche Ortiz
Fiorella Alessandra Demartini Rivera
Frances Ricketts Dalton
Francisco Antonio Sandoval Vidalon
Francisco Cárdenas Pantoja
Francisco Carrillo Mesinas
Francisco Javier Ibazeta Navarro
Francisco José Berdejo Muñiz
Frank Henry Espinoza Ramirez
Franz Arízaga Huaynate
Franz Essenwanger Delgado
Fredy Mauricio Otárola Salvador
Gabriel Boucher Cálamo
Gabriel Najar Rosas
Gabriel Villavicencio Bedoya
Gabriela Andrea Córdova Luján
Gabriela Bolaños
Gabriela Lizarzaburu Rubiños
Geneve Dupont Huapaya
Giada María Taddei Contreras
Gian Piero Luigi Pierantoni Salazar
Giancarlo Celis Noriega
Gianmarco Tagliarino Rondinelli
Gilbert Volta Pineda
Gimena Salazar Llanos
Gino Alessandro Germana Zavala
Gino Cancino Dianderas
Gino Sangalli de los Ríos
Giulio Valz-Gen de las Casas
Giuseppe Manini Carrasco
Gonzalo Abel Bazan Montalto
Gonzalo Delgado Schambaher
Gonzalo Francisco Casapía Nué
Gonzalo Guillermo Chirinos Vidaaurrazaga
Gonzalo Leo Zoppi
Gonzalo Puertas Villavicencio
Gonzalo Soriano Castillo
Guillermo Aliaga Pajares
Guillermo Cabieses Crovetto
Guillermo Javier Lozano Castillo
Gustavo Adolfo López y López
Gustavo Barboza Beraún
Gustavo Miró Quesada Milich
Gustavo Raúl Ytokazu Minami
Heidi Vizcarra Honorio
Helen Romero del Castillo
Helga Irazola Pella
Ignacio Álvaro Surber
Illian Hawie Lora
Ilse Cubas Brandes
Ingrid Gätjens Cornejo
Isabella Cristina Carrera Zolezzi
Italo Fabian Armas Tipacti
Iván Ernesto Quispe Alarcón
Ivan Jaime Bendeuzú Elescano
Ivan Wassli Solís
Ivana Faride Velazco Chirinos
Jacques Didier D'Auriol Augusto
Jan Carlo Martin Mendoza Arévalo
Janella Mercado Mendoza
Javier Barrios Kaabar
Javier Basulto Lizárraga



Javier Frías Paira
Javier Martín Espinoza Villar
Jimena Ordóñez Chichizola
Jimena Vásquez Meneses
Joan Alexander Montoya Mercado
Joaquín Carrillo Bolaños
Joaquín Humberto Planas Fernández
Johanna Giuliana Rossi Villamil
Jorge Abad Alcedo
Jorge Edilberto Ugarte Imán
Jorge Erik Benavides Kolind-Hansen
Jorge Fernandini Newton
Jorge Joels Carrión
Jorge Leturia Rengifo
Jorge Luis Ganoza Luna
Jorge Luis Solari Flores
Jorge Rendón Bernui
Jorge Rodrigo Ugaz Viera
José Aguado López
José Alberto Haito Gálvez
José Alejandro Ponce Rivera
José Antonio García-Rosell Chávez
José Beltrán Valdiviezo-Novoa
José Carlos Franco Angulo
José Carlos Tizón Meza
Jose Castro Miyashiro
José Francisco Iturrizaga Montoya
Joselyn Irene Asalde León
Joyce Mary Moore Murphy
Juan Diego Carrillo Cama
Juan Diego de la Flor Mejía
Juan Diego García Montufar Miro Quesada
Juan Diego Mujica Filippi
Juan Diego Rodríguez Velez
Juan José Hopkins Brocq
Juan Rómulo Torres Abarca
Julia Rosa Victoria Elias de Lavalle
Jürgen Spihlmann Freiberg
Karina Cerna Nalvarte
Katherine Salkeld Galarreta
Kathia Stiglich Thorne
Kuno Kafka Prado
Laisha Mubarak Aguad
Laura Liliana Moreno Minaya
Leonardo Vera Quintana
Leslie Ortega Olivera
Leslie Victoria Barrios Miranda
Leticia Alexandra Bendezú Silva
Lila Leonela Bustamante Solis
Liliana Navarrete Hayakawa
Liliana Sánchez Montenegro
Lisbeth Benavides Kolind-Hansen
Lorena Vásquez Meneses
Lorenzo Cánepa Ricketts
Lucero Eguren García
Lucía Alexandra Castro Pereira
Luciana María Palomino Basurto
Luciano Rebagliati Castro
Lucy Lisett Ayme Salas
Luis A. Angulo Gonzáles Vigil
Luis Abraham Garrido Huamán
Luis Antonio La Rosa Airaldi
Luis Cerreño Alva
Luis Dongo de Villena
Luis Eduardo Espinoza Villar
Luis Francisco Paz Maury
Luis Hernández Parra Morzán
Luis Marcial García Neyra
Luis Rafael Escobar Ebell
Luisiana Daniella Samanamud Quino
Luz María Pedal Baertl
Macarena Carmona Schwartzmann
Magaly Traverso Zegarra
Manuel Alonso Hopkins Chavez
Manuel Alonso Reyna Camino
Manuel Calderón Ruiz
Manuel David Chong Tello
Marcial Giovanni Gutiérrez Lucar
María Alejandra Gutierrez Alfaro
María Alessandra Lima Espinoza
María Alexandra del Río Cárdenas
María Carmela Ayllón Yanac
María Claudia Zerpa Ramírez
María del Carmen Ramos Chuquiure
María Fe Barragán Saco
María Fe Carcelén Pérez
María Fe Torrejón
María Fernanda Alcaide Cárdenas
María Fernanda Cusman Calderón
María Fernanda de Cárdenas Mazzetti
María Fernanda de la Puente Rizo Patrón
María Fernanda Gadea Rivera
María Fernanda Molet Díaz
María Fernanda Rios Grau
María Fernanda Tamayo Morote
María Fernanda Vila Olivos
María Gabriela Delgado Borgo
María José García Seminario
María José Puertas Villavicencio
María Juliana Romero Zapata
María Lyliana Ongaro de Vettori
María Milagros Goicochea Piana
María Paula Madau Marín
María Paz Neyra Zenteno
María Paz Torres Portocarrero
María Pía Rivero Mendiola
María Pía Talavera Barclay
Mariana Arbe Arrieta
Mariana de Olazábal Parodi
Mariana Fajardo Infantas
Mariana Franco Angulo
Mariana Gandolfo Llontop



Mariana González-Prada Felices
Mariana Silva Santisteban López
Mariana Ubidia de Gregori
Mariana Ugarriza Tello
Mariella Paredes Chipilliquén
Mario Dennys Dávila Sanchez
Mariselle Dumler Marsano
Martín Chocano Tabja
Martín Ruggiero Garzón
Masiel Arrieta Lastres
Mateo Javier Alvarado Maraví
Mauricio Andrés Olaya Enciso
Mauricio Balbi Bustamante
Mauricio Lavaud Allen
Mayra Alejandra de la Rosa Carrillo
Mayra Alejandra Valencia Sulca
Mayra Campos Aragón
Melani Arteaga Galdo
Mélanie Briceño Clémens
Melissa Fritsch Febrero
Michael Chimpitazi
Miguel Antonio Viale Leo
Miguel Rodrigo Salerno Boggio
Milagros Rodríguez-Larraín Miro Quesada
Mirko Altair Medic Medina
Mónica Andrea Eguren Ráez
Mónica Posada Ugaz
Mónica Romero Watson
Myriam Chacón Robles
Napoleón de Jesús Álvarez Vargas
Natalie Zaidan Abusada
Nicolás Bustamante Gálvez
Nicolas Pflücker Madge
Nicole Lukac Sadler
Nicole Peschiutta Forga
Óscar Genaro Ballón Stoc
Óscar Picón Gonzales
Paloma Aparicio Lainez Lozada
Paloma Casanave Álvarez
Paloma Huby Noriega
Pamela Navarro Salinas
Paola Castillo Vigil
Paola Katherine Gálvez Callirgos
Paola Schulz Canessa
Patricia Valdivieso León
Patricio Noboa Olazábal
Paul Méndez
Paula Portocarrero Pereira
Paulo Sanz Montenegro
Pedro Medina León
Pedro Mendoza Mendoza
Pierina Gabriela Gonzáles Dulanto
Piero Rodrigo Cruzado Merino
Pierre Alexander Duobert Abarca
Rafael Alejandro Villarán Bedoya
Rafael Boisset Tizón
Rafael Lengua Peña
Rafael Sebastián Milla Quezada
Rafaela Labarthe Uranga
Randolf Josh Zapata Vilcahuaman
Raúl Alberto Artola Unda
Raúl Peña Olano
Regina Rivera
Renato Arturo Velásquez Pelàez
Renato Medina Valdivieso
Renato Rubén Vegas Joaquín
Renzo Chiri Marquez
Renzo Paolo Miranda León
Renzo Vernal Castañeda
Ricardo Arauco Guanilo
Ricardo Barrantes Balarezo
Ricardo de Vettor Pinillos
Ricardo Mercado Espinosa
Ricardo Sebastian Vega Mac Rae
Richard Barnett Ivazeta
Roberto Carlos Berendson Berninzon
Roberto Francisco Delgado Mendoza
Roberto Olaechea Miranda
Roberto Rios Tapia
Rocio Plasencia Alva
Rodrigo David Cano Reyes
Rodrigo de la Puente Pflucker
Rodrigo Delgado Arce
Rodrigo E. Montero Montoya
Rodrigo Fernando Ortiz Torrel
Rodrigo Gálvez Martin
Rodrigo Morales Draxl
Rodrigo Vicente Molina Cabrera
Rolando Barraza Oliva
Rolando Castellares Salazar
Romina Amorós Ore
Romina Buso Aleman
Ronald Cross Barragán
Rosa Ellena Zegarra Chavez
Rosa Isabel Espinoza Cordova
Rubén Murga Pizarro
Samuel Cordova Marroquin
Sandra Arredondo Simons
Sandra Elizabeth Kahn Coucillas
Sandro José Mariátegui Aragón
Santiago Montes de Oca Osorio
Sebastián Alonso Vidal Muñoz
Sebastián Farah Alva
Sebastián Heudebert Adawi
Sebastian Marcelo Elias Sardiña
Sebastián Villegas Bacigalupo
Sergio Amiel Rodríguez-Carpi
Sergio Antonio Silva Tapia
Sergio Martín Rodríguez Mosquera
Sergio Tafur Sánchez
Sergio Tafur Scaglia
Silet Yolanda Becerra Orihuela

ADVOCATUS

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima



Soo Yon Lee Jung	Valeria Paola Vila Contreras
Stefano David Ambrosini Campuzano	Valeria Samantha Abarca Mendoza
Stefano Lobatón	Vanesa de la Sota Torres
Stefano Valer Llerena	Vanessa Velarde Lazarte
Stefany León	Véronica Bustamante Rey de Castro
Stephanie Penny Lecca	Veronica Dibos Nemi
Stephen Rosholt Mesarina	Verónica Morán Allemant
Susana Santos Revilla	Verónica Tello Pino
Teresa Alayza Valdivieso	Victor Adrián Hoyle Urquiaga
Thomas Thorndike Piedra	Vivian Isabel Arroyo Bolivar
Uldarico Ossio Seminario	Wilfredo Cáceres Ghisilieri
Ursula Amelia Benites Távara	Wilfredo Rodrigo Paz Plasencia
Valeria Alessandra Suárez Heredia	Ximena Masías Romero
Valeria Giovanna Fry Chirinos	Yassmín Belén Muñoz-Nájar Salem
Valeria Khalilieh Saez	Yazmin Alejandra Mendoza Lavado
Valeria Lucia Illescas Pinto	Zully Danitza Chávez Morales

ÍNDICE

ESPECIAL: ARBITRAJE INTERNACIONAL



EDITORIAL

RODRIGO HESSE MARTINEZ Y GIOVANA GAZZO CAPOCCI.....	15
--	-----------

ENTREVISTA

SHEILAH VARGAS SOTO	17
Desafíos y perspectivas del Arbitraje Internacional: Reformas, Normativas y Nuevas Tecnologías	

ESPECIAL

JUAN PABLO GÓMEZ-MORENO.....	25
Contexto regulatorio y principales debates sobre el Código de Conducta para Árbitros en el arbitraje de inversión	

ROCÍO GOYANES Y FLORENCIA WAJNMAN.....	39
El Tratado sobre la Carta de la Energía, ¿crónica de una retirada anunciada?	

SANDRO ESPINOZA QUIÑONES Y CRISTHIAN DANIEL ESTRADA ROJAS	47
Un Acercamiento al "Amicus Curiae" en el arbitraje de inversión	

JAVIER FERRERO DÍAZ.....	63
El Sistema de Protección de Inversiones en el Perú	

RICARDO AMPUERO LLERENA	75
Implicancias jurisdiccionales del financiamiento de terceros en arbitrajes de inversión	

JOSÉ GERMÁN SALCEDO MACHADO	91
La protección contra la expropiación indirecta: El camino hacia su clarificación en los tratados de inversión modernos	

ELODY MALPARTIDA ZAMORA Y CAMILA MENDOZA ROSSELL	105
Desentrañando el Third Party Funding: ¿cuál es su espacio en el arbitraje de inversiones?	

RAFFO VELASQUEZ MELENDEZ	125
Ilegalidad de las inversiones en los arbitrajes internacionales contra el Perú	

LUIS BREUER GONZALES Y PAULA IBARGUEN PONCE.....	137
Influencia de decisiones previas en el arbitraje de tratados de inversión	

MATÍAS QUIROZ	151
¡Prohibido llegar tarde! Un Análisis del ejercicio oportuno de las cláusulas de denegación de beneficios de los tratados internacionales que garantizan la inversión extranjera como objeción a la competencia de los Tribunales Arbitrales en el arbitraje de inversiones	
CHRISTIAN ARMANDO CARBAJAL VALENZUELA Y PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO	171
Solución de Controversias en materia de Inversión Extranjera: Perspectiva de los Estados Latinoamericanos y Modelo Convergente	
MARCIAL GUTIERREZ	195
Un paso atrás: repensando la utilidad y los efectos de las cláusulas escalonadas en el arbitraje internacional	
<u>EDITORIAL</u>	
VALERIA ELIZABETH RUIZ HORNA Y JORGE FRANCISCO LAZO LEMA	204
<u>MISCELÁNEA</u>	
LUIS AGUIRRE ALVÁN	207
Análisis de la Cadena de Valor de las industrias mineras en el Perú	
JUAN OLAVARRÍA	223
La no aceptación de la indivisión testamentaria como figura excepcional y antidogmática en el Código Civil Peruano	
MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA	231
Algunos comentarios sobre las excepciones contractuales reguladas en el código civil de 1984	
AMÉRICO HIDALGO GÓMEZ Y CARLOS VARGAS PACHECO	261
El proceso monitorio y la necesidad de su incorporación en el ordenamiento procesal peruano	
RICARDO DE LA PIEDRA Y LUIS HERNÁNDEZ	273
Breviario de los Derechos de los Accionistas minoritarios de una Sociedad Anónima	

El arbitraje es un acto de libertad complejo. Incluso desde su estado natural -comercial y privado- es un acompañante especial del desarrollo económico de la sociedad pues su eficiencia y alta especialidad dotan de seguridad el intercambio mercantil. Este impacto social se hace incluso más evidente en materia de inversiones donde los proyectos tienen un propósito público por esencia y es incluso más urgente el perfeccionamiento constante (aunque estable) de las prácticas y regulaciones que rigen la función arbitral.

La Edición N° 44 de **ADVOCATUS** se enmarca en este escenario de innovación, cuestionamientos y reformas. Ha reunido trece (13) valiosas contribuciones que abordan las principales prácticas arbitrales que acompañan ambos contextos económicos (comercial y de inversiones), aunque con especial atención al sistema de protección de inversiones (*Investor-State Dispute Settlement, ISDS*).

El ISDS se encuentra bajo uno de los procesos de reforma más trascendentes de su historia y cuyos cambios tendrán efectos en regiones en vías de desarrollo como Latinoamérica, África y medio oriente donde las inversiones extranjeras resultan fundamentales para cerrar brechas estructurales en sectores claves para la población. La reforma plantea preguntas importantes para el derecho arbitral en materias clásicas como la transparencia, imparcialidad e independencia, pero desde una nueva perspectiva.

Lejos de ofrecer respuestas únicas, esta edición busca inspirar curiosidad y que sus lectores tomen postura sobre materias donde la mayoría intenta mantenerse neutral. Sus autores —profesionales con espíritu académico— abordan con solvencia algunos de los dilemas más complejos del arbitraje de inversiones y comercial internacional, convencidos de que el derecho, incluso en sus expresiones más técnicas, está íntimamente ligado al contexto político, económico y social en el que se aplica.

Agradecemos profundamente el esfuerzo de la Asamblea y del equipo de edición que hizo posible esta publicación. De manera especial, extendemos nuestro reconocimiento a los asesores temáticos y coordinadores, cuyo compromiso y guía fueron claves para el desarrollo de esta edición especializada. Gracias a ellos, este número no solo refleja excelencia académica, sino también el espíritu colectivo que ha caracterizado siempre a nuestra revista.

Rodrigo Emilio Hesse Martínez

Director General

Revista **ADVOCATUS**

Giovana Carolina Gazzo Capocci

Directora de Edición

Revista **ADVOCATUS**

LEA

1 8 2 3

Producto Español 

El placer de cada día

COSMÉTICA. ASEO. HIGIENE PERSONAL



Encuentranos en:

Mifarma 

 Inkafarma

plaza vea

 Vivanda

Desafíos y perspectivas del Arbitraje Internacional: Reformas, Normativas y Nuevas Tecnologías



SHEILAH VARGAS SOTO

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Maestría en Derecho Procesal en la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional
Mayor de San Marcos
Miembro del Chartered Institute of Arbitrators (MCIArb), sede en Reino Unido



RESUMEN:

La presente entrevista, realizada a la destacada abogada Sheilah Vargas Soto, brinda un análisis riguroso y actualizado sobre la evolución del arbitraje en el Perú. A partir de ejemplos concretos, se examinan las razones que motivaron la reforma del sistema arbitral y su impacto en el fortalecimiento de la autonomía de las partes y la limitación de la intervención judicial. Asimismo, se abordan aspectos relevantes del arbitraje internacional, como la aplicación de las directrices de la IBA, el reconocimiento de laudos extranjeros conforme a la Convención de Nueva York y el papel de las cláusulas paraguas en controversias con inversionistas, con referencia a casos emblemáticos como *Duke Energy* y *Kuntur Wasi*. Se reflexiona sobre el aporte de las tecnologías emergentes —como la inteligencia artificial y la ciberseguridad— en la práctica arbitral, destacando sus beneficios y advertencias éticas. Un aporte valioso para comprender la evolución, complejidad y perspectivas del arbitraje desde un enfoque práctico y especializado.

Palabras clave: Arbitraje internacional, directrices de la IBA, convención de Nueva York, cláusulas paraguas, arbitraje en el Perú

ABSTRACT:

The present interview, conducted with the distinguished attorney Sheilah Vargas Soto, provides a rigorous and up-to-date analysis of the evolution of arbitration in Peru. Drawing on concrete examples, it examines the reasons that motivated the reform of the arbitration system and its impact on strengthening party autonomy and limiting judicial intervention. Likewise, it addresses key aspects of international arbitration, such as the application of the IBA Guidelines, the recognition of foreign awards under the New York Convention, and the role of umbrella clauses in disputes with investors, with reference to landmark cases such as *Duke Energy* and *Kuntur Wasi*. The discussion also reflects on the contribution of emerging technologies—such as artificial intelligence and cybersecurity—to arbitration practice, highlighting both their benefits and ethical warnings. A valuable contribution for understanding the evolution, complexity, and prospects of arbitration from a practical and specialized perspective.

Keywords: International arbitration, IBA Guidelines, New York Convention, umbrella clauses, arbitration in Peru

1.- ¿Qué problemas prácticos o limitaciones presentaba la legislación anterior (Ley N° 26572) que justificaron una reforma integral del sistema arbitral?

Muchos no recordarán o creen que quizás el Decreto Legislativo N° 1071 es la primera norma que regula el arbitraje en el país, pero yo sí tuve la oportunidad de experimentar el cambio de legislación. En mi caso, tuve la oportunidad de litigar en el marco de la Ley N° 26572, incluso viendo casos de anulación de laudo arbitral hace más de 20 años, y es esa la forma en la que yo me aproximé al arbitraje.

Era una buena ley para el momento en que estuvo en vigencia, desde el año 1996 hasta el año 2008, cuando entra a regir el Decreto Legislativo N° 1071, conocido como la Ley de Arbitraje. Esta Ley N° 26572 todavía se movía en el esquema de distinguir lo que es la cláusula compromisoria del compromiso arbitral. Por ejemplo, tenías un contrato y en este decías que en el momento en que surge una controversia, nos

comprometemos a suscribir este segundo documento —que era el compromiso arbitral— para llevar la controversia a un arbitraje. No es como se conoce en la actual legislación, que el pacto de un convenio arbitral ya está reflejando la voluntad de las partes de poder acudir al arbitraje.

Entonces, esto que nos parece que se da por sentado —que refleja lo que es un pilar del arbitraje como la autonomía de la voluntad de las partes— en ese momento requería de dos etapas. ¿Qué pasaba entonces? Te comprometías en esa cláusula compromisoria, pero a veces, llegado el conflicto, no suscribían el compromiso arbitral que te permitía llevar el caso a un arbitraje.

En esa ley había mucha intervención del Poder Judicial. Ustedes saben que algo que caracteriza al arbitraje como una jurisdicción distinta al Poder Judicial —a la cual se someten las partes— es que hay momentos o recursos y oportunidades en que existe una relación en-

tre el arbitraje y el Poder Judicial. Pero en esos casos, por ejemplo, una parte no nombraba a su árbitro y entonces ciertos mecanismos de designación, hasta temas de recusación, podían terminar en el Poder Judicial. En toda esta etapa que hay entre la presentación de la solicitud arbitral y luego la constitución del Tribunal Arbitral se armaban incidentes judiciales que podían demorar dos o tres años y sin dar inicio al arbitraje.

Un tercer tema que llamaba la atención es que las partes podían pactar tener una segunda instancia arbitral, ya sea ante un segundo tribunal o ante el Poder Judicial. Y, como una segunda instancia, podían inclusive revocar o dejar sin efecto lo que ya se había decidido en el laudo. En otras palabras, podían entrar a revisar el fondo. Todo ello sin perjuicio de que también se regulaba el recurso de anulación.

Entonces, yo te doy ahí tres ejemplos que determinaron que luego, con el Decreto Legislativo N° 1071, se diera todo un cambio de perspectiva para reforzar el principio de autonomía de las partes y fortalecer al arbitraje como una institución que sirva para resolver controversias sin tanto intervencionismo del Poder Judicial.

Se le dio la potestad a los centros de arbitraje para que regulen sus propias normas y resuelvan temas de designación de árbitros, recusación de árbitros, etc. de tal manera que el arbitraje inicia, termina con el laudo, y el único recurso disponible para cuestionar su validez es el recurso de anulación. Desaparece, de esta forma, el tema del recurso de apelación, sea ante el Poder Judicial o ante un segundo tribunal arbitral. Asimismo, se establecen medidas cautelares y laudos parciales que podían emitirse durante el arbitraje.

Por otro lado, ya no tenemos un sistema dual, es decir, ya no tenemos normas de la anterior legislación que diferenciaban el arbitraje nacional del arbitraje internacional. Actualmente, se da un tratamiento monista. Al arbitraje en general, independientemente de la sede o de algunas características de internacionalización, se le aplica las mismas normas.

También se busca blindar al arbitraje como institución de tal manera que no sea cuestionado a través —como se dio en una época— del recurso de amparo, ni pretender que se modifique lo que se decidió en el laudo arbitral. Específicamente se señala que la vía para cuestionar cualquier actuación arbitral, incluido el laudo, es el recurso de anulación. En ese sentido, el amparo resulta excepcional. Además, considero que la nueva ley otorga poderes, inclusive de ejecución, a los propios árbitros a efectos de ejecutar el laudo.

En términos generales, podría concluir esta primera pregunta diciendo que el cambio fue positivo, en el marco de la ley UNCITRAL, y que permitió que el arbitraje se desarrollara mucho más.

Cabe rescatar lo anterior teniendo en cuenta el contexto del Perú de esa época, que celebraba muchos tratados bilaterales de inversión. Ante este panorama, cualquier tercero que decidiera invertir en el país evaluaba, entre otras cosas, los mecanismos disponibles para la resolución de controversias que pudieran surgir en el futuro, ya sea a partir del contrato o del tratado suscrito. Definitivamente es previsible que no quisieran recurrir al Poder Judicial por las cargas o deficiencias que este arrastra. Consecuentemente, el arbitraje terminaba siendo el mecanismo al que se deseaba acudir y, en ciertos casos, se optaba específicamente por el arbitraje internacional.

2. ¿Qué peso cree que deben tener las directrices de la IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional frente a normas locales o institucionales?

En el caso de las reglas de la IBA sobre conflictos de interés, se trata de normas o principios directrices que guían la actuación de los árbitros y que constituyen normas de *soft law*, por lo que no son vinculantes ni obligatorias por sí mismas.

En la práctica, tanto en tribunales ad hoc como institucionales, su aplicación es opcional y, en todo caso, se toman como referencia. Por ejemplo, en el acta de instalación —donde las partes

y el tribunal regulan las reglas procesales aplicables al proceso arbitral— no necesariamente se incluirá una disposición que indique que se tomarán en cuenta las directrices de la IBA.

Al no ser vinculantes frente a las normas locales de arbitraje de cada país, estas últimas tienen aplicación preferente. Así, las partes se someten a las disposiciones normativas nacionales. De igual manera, si las partes acuerdan someterse al reglamento de una institución arbitral, el cual suele contener disposiciones sobre conflictos de interés, recusaciones y el procedimiento aplicable, dicho reglamento tendrá también prevalencia sobre las directrices IBA.

Desde la experiencia práctica, se observa que las directrices de la IBA se usan comúnmente como referencia, especialmente porque incluyen un sistema de categorización de potenciales conflictos de interés dividido en tres listados: rojo, naranja y verde.

El listado rojo contempla conflictos evidentes entre el árbitro y una de las partes que justifiquen una recusación inmediata. Por ejemplo, si existen estudios jurídicos que representan a las partes y el árbitro pertenece a uno de ellos, se presume que no podrá resolver de manera imparcial.

El listado naranja incluye situaciones intermedias que podrían generar dudas razonables sobre la imparcialidad del árbitro. En estos casos, el árbitro debe revelar dicha situación y las partes decidirán si corresponde o no presentar una recusación.

El listado verde, por su parte, recoge situaciones en las que no existe duda sobre la imparcialidad del árbitro. En estos casos, los centros de arbitraje o los consejos encargados de resolver recusaciones deberían rechazarlas.

En conclusión, si bien las directrices de la IBA no son normas obligatorias frente a las normas locales, en la práctica son ampliamente utilizadas tanto en Perú como en América Latina, y también en instituciones internacionales como la ICC o el CIADI.

3. ¿De qué manera la legislación peruana refleja las disposiciones de la Convención de Nueva York con respecto al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros?

La actual norma de arbitraje, el Decreto Legislativo N°1071, que venimos conversando, realmente ha seguido lo que está regulado en la Convención de Nueva York. El Perú y alrededor de 130 países han suscrito este tratado que es uno de los más conocidos y completos en el tema, ¿no? Nuestra ley creo que sigue esa línea en la medida que recoge casi la totalidad de las causales que la Convención establece para la denegación, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

¿Y a qué van orientadas? ¿Cuáles son los principios que realmente rigen un reconocimiento y una ejecución de laudos extranjeros? Hay un principio de máxima eficacia que prioriza que los laudos se ejecuten. Entonces, en el supuesto de que la Convención regule unas normas y la ley tenga un trato más favorable, es decir, que permita esta ejecución del laudo extranjero, la propia Convención indica que prevalecen las normas nacionales. La Convención actúa como un estándar mínimo. En el caso peruano, tenemos dos artículos dentro de todo el capítulo de reconocimiento que resultan ser ligeramente más favorables que lo estipulado en la Convención de Nueva York.

En la práctica, este proceso funciona de la siguiente manera: Imaginemos que yo gané un laudo en Washington D. C.. El tribunal ordena el pago de una suma de dinero, por lo que vengo a ejecutar el laudo a Perú porque mi contraparte tiene bienes aquí. Voy a seguir un procedimiento de reconocimiento del laudo que se conoce como exequátur. Es un primer procedimiento y, luego de eso, cuando adquiera la calidad de cosa juzgada y sea equiparable a una sentencia emitida por un juez local, podré ejecutar ese laudo.

Durante este proceso, la parte afectada puede alegar determinadas causales de denegación. Puede decir, por ejemplo, que cuando se emi-

tió el laudo extranjero, se contravino el convenio arbitral, que se ha afectado el derecho de defensa, que no se han seguido las reglas procesales pactadas por las partes o las que están en el reglamento arbitral. En el Perú, también se incurre en causal si se ha laudado sobre materia no arbitrable o si contraviene el orden público. Estas dos últimas causales, inclusive, pueden ser alegadas de oficio por el tribunal que va a conocer este proceso. Precisamente, en nuestro país, este proceso de reconocimiento del laudo extranjero es competencia de las salas comerciales, que son las mismas que resuelven los recursos de anulación del laudo arbitral. Siendo así, cuentan con mucha jurisprudencia, tanto sobre las causales de anulación como de denegación de reconocimiento de laudos arbitrales

En líneas generales, creería que nuestra legislación arbitral sigue los parámetros de la Comisión de Nueva York, en algunos aspectos la mejora. Considero también que se ha mejorado al haber simplificado la cuestión de hacer un solo proceso de reconocimiento y, luego, la ejecución de laudos arbitrales extranjeros

4. ¿Cuál es su opinión sobre el uso e interpretación de las llamadas cláusulas paraguas en los TBI y su impacto en la expansión del arbitraje internacional de inversiones?

Sí, claro, esto va un poco en la línea de lo que veníamos conversando. Se puede decir que, a grandes rasgos, esta cláusula de solución de controversias se presenta en algunos contratos entre privados frente a una controversia determinada. Imaginemos, por ejemplo, un contrato de compraventa o un contrato de concesión o suministro. Sin embargo, si existe un tratado bilateral de inversión, no se trata solo de una relación entre dos partes locales, sino que entra en juego un tercero: un inversionista de otro país que viene a invertir. En este caso, se deben ofrecer garantías para que, cuando surja una controversia, se elija el mecanismo adecuado para su solución. Como bien sabemos, en la mayoría de los países existe la jurisdicción estatal, es decir, el Poder Judicial, y también existe el arbitraje.

Por lo tanto, en estos tratados bilaterales de inversión, sin perjuicio de que se pacte el arbitraje, también se establece el alcance de dicho convenio arbitral, es decir, lo que se decidirá como arbitrable. Este alcance tiene un componente objetivo y un componente subjetivo. En cuanto al alcance objetivo, se establece qué controversias se llevarán a arbitraje, y en este caso, el arbitraje internacional, que es lo que estamos conversando.

Así, las cláusulas paraguas en estos tratados son muy amplias, reflejando la disposición de que, cuando se produzca cualquier incumplimiento contractual por parte del Estado contratante respecto de la inversión en su territorio, dicha controversia podrá ser llevada a arbitraje. Esta amplitud de las cláusulas paraguas da lugar a dos interpretaciones: una amplia y una restrictiva. Si asumimos la primera tesis, que es la interpretación más amplia, cualquier incumplimiento del Estado frente al inversionista podría derivar en que incluso controversias mínimas o sin relación directa con la inversión sean llevadas a un arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), algo que, de no existir esta cláusula, tendría que resolverse en un arbitraje local o nacional.

Por lo tanto, se sostiene que el incumplimiento de una obligación contractual determinada debe estar relacionado o tener un impacto en lo que está estipulado en el tratado de inversión o sobre la inversión realizada por ese tercero en el país. Sin duda, al interpretarse de manera amplia, esta cláusula paraguas llevará a que haya más arbitrajes internacionales. Sin embargo, la interpretación dependerá mucho del tribunal arbitral, ya que en la doctrina existen ambas interpretaciones. Será el tribunal el que, dependiendo de la controversia específica sometida, se inclinará por una u otra interpretación.

Para ello, los tribunales arbitrales recurren a la Convención de Viena, que es el tratado que regula el derecho de los tratados entre países. Este tratado establece principios sobre cómo deben interpretarse las cláusulas de los trata-

dos firmados entre países. Los tribunales arbitrales siguen estos criterios interpretativos para resolver la controversia, interpretando y revisando la cláusula o la obligación que se está alegando por incumplimiento. De esta manera, el tribunal asumirá una tesis u otra, y una vez superada esta fase interpretativa, entrará a resolver la controversia en concreto.

5. ¿Qué rol han jugado las cláusulas paraguas u otras disposiciones similares en los casos que el Perú ha enfrentado ante el CIADI, y que enseñanzas puede extraerse de su interpretación en esos procesos?

Claro, por ejemplo, respecto a lo que nosotros tenemos como casos relevantes que se han dado con esta utilización de las cláusulas paraguas, hay dos completamente importantes. Uno, es el caos que se dio con Duke Energy Internacional y la República del Perú, este caso, más que una cláusula tipo paraguas de un contrato bilateral, tenía en estricto que ver con un convenio de estabilidad jurídica que nuestra Constitución lo reconoce y que por ejemplo, puede darse en materia tributaria; entonces, lo que sucede en esos casos es que el Estado peruano congela determinada regulación tributaria, incluso si esta cambia a futuro, para esta empresa, para este inversor.

Lo que pasó fue que la SUNAT interpretó y utilizó una cláusula antielusiva que existía en el Código Tributario y se emitió luego una resolución del Tribunal Fiscal. Duke alegó que dichos actos administrativos emitidos por entidades que forman parte del Estado peruano, habían vulnerado las garantías que ellos tenían en el convenio de estabilidad jurídica y en el tratado. En consecuencia, la controversia giró en torno hacia si la aplicación de la ley tributaria peruana por parte de la SUNAT y el Tribunal Fiscal constituían una vulneración de las garantías que el Estado se había comprometido respetar en dicho convenio de estabilidad jurídica que se había otorgado a Duke entonces finalmente esto tenía que ver con beneficios fiscales para fusiones y reorganizaciones. ¿Y qué hizo la SUNAT y el Tribunal Fiscal? Desconocieron dichos bene-

ficios fiscales; y, finalmente, el Tribunal Arbitral examinó si dicho acto de la SUNAT constituía o no una violación de las garantías específicas del convenio de estabilidad jurídica. Así, esta controversia que inicia por un incumplimiento contractual tributario se lleva a un nivel de derecho internacional de inversión. Como resultado, se le dio parcialmente la razón a Duke, dado que el Tribunal Arbitral resolvió que, en efecto, el Perú había violado las garantías de estabilidad tributaria y esto la fuerza vinculante de los compromisos que el Estado ha adoptado como acuerdos de estabilidad. De ese modo, en caso se incumplan dichos compromisos, se genera responsabilidad internacional, incluso cuando otras entidades estatales — como lo es la Administración Tributaria — efectuaron actos determinados. Dicho de otra forma, el Estado también responde por los actos determinados realizados por sus distintos órganos que vulneran los convenios de estabilidad.

Un segundo caso, al cual me quiero referir, es un caso más reciente de la Sociedad Agroportuaria Kuntur Wasi y Corporación América contra el Perú. Este caso ha sido de gran relevancia e, inclusive, ha salido en medios de comunicación. La controversia se da en el marco de un contrato de concesión celebrado con estas empresas que tienen accionariado argentino. La disyuntiva radica en que el contrato de concesión había sido cancelado de manera unilateral, contrato que había sido celebrado para el desarrollo del Aeropuerto Internacional de Chincheros en Cusco. Kuntur Wasi — que era la demandante — alegó que los actos y la resolución contractual efectuada por el Estado había vulnerado sus derechos bajo el Tratado Bilateral de Inversión que existe entre Argentina y Perú.

Lo llamativo y vinculado a la cláusula paraguas mencionada con anterioridad, es que el artículo tercero del Tratado Bilateral de Inversión sí recogía esta cláusula de incentivo abierto, estableciendo que cada parte contratante debía observar las obligaciones que haya contraído específicamente en relación con las inversiones que hayan realizado los inversores de la otra parte contratante en su territorio. Esto, en definitiva, eleva las obligaciones contractuales

del Estado que puedan existir en un contrato de concesión a un nivel de obligación de tratado. Y, en este caso, la demandante alegó que existió un incumplimiento contractual y que existe un acto administrativo — la resolución por parte del Estado — que violaba el tratado, concretamente el artículo tercero, siendo que todo esto nos lleva a disposiciones del tratado internacional. Aquello era previsible porque a veces el estado emite actos administrativos o toma decisiones en tema de contratación pública o inversiones que afectan al país porque se reconoce que esos actos son injustificados o arbitrarios. En este caso, se falló a favor de Kuntur Wasi porque se determinó que la resolución había sido unilateral y se reconoció la existencia de una vulneración a los términos del contrato, lo que implicó una posterior indemnización millonaria que el Estado — esto es, todos nosotros — debe pagar.

6. ¿Cómo cree que el arbitraje internacional puede adaptarse al auge de las tecnologías emergentes, como la inteligencia artificial y cuestiones relacionadas con la ciberseguridad?

Bueno, todos son temas muy interesantes que, me imagino que las últimas generaciones de abogados los manejan muchísimo más. Por la experiencia que tengo, me parece que hay dos formas en las que la inteligencia artificial podría ser útil en el campo del arbitraje. Ello aplicaría, tanto para los abogados de parte que litigan en el arbitraje, como si estás del otro lado, siendo un árbitro del tribunal arbitral.

La primera forma, considero, es la optimización en la gestión del caso. Como comprenderás, cuando se da un arbitraje internacional, ya sea en el marco de ICC —*International Chamber of Commerce*— o en el marco de CIADI —Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones— en un arbitraje de inversión, hay demasiada documentación. Por ejemplo, las memorias de demanda, de contestación —que conocemos a nivel local-nacional— los actos postulatorios, las demandas de reconvencción. Dichas, a veces, suelen ser muy extensas o densas. También, se incluye el tema de las pruebas, las alegaciones.

En ese sentido, la inteligencia artificial podría ayudarte a hacer una sistematización de datos, de información; donde tú puedas, quizás, resumir. Ello, claro, no quita la absoluta responsabilidad que tú asumes como árbitro de leer todo. Así como de analizar cada prueba o valorarla. Pero, sí podría ayudar, digamos, en ese aspecto de optimización de gestión del caso. Es decir, en la revisión de documentos y pruebas.

La segunda forma, que me parece que podría ser útil la inteligencia artificial, es el tema de la búsqueda de jurisprudencia y de derecho comparado. A veces, cuando tú vas a resolver un caso, tratándose más de un arbitraje internacional de inversión, siempre hay casos que han sido resueltos, casos típicos o casos emblemáticos; en los que se han analizado determinadas instituciones. Por ejemplo, con respecto a lo que venimos hablando, ¿Cómo debe de interpretarse la “cláusula paraguas”? ¿Cómo debe interpretarse el concepto de trato justo y equitativo? ¿Cómo debe interpretarse esta cláusula de innovación más favorecida? ¿Cómo la has interpretado? Tú podrías ver si esos casos, de alguna manera, tienen similitud con los casos que vayas a resolver, ¿no? ¿Cómo se regula dicha institución en otros países? Pero siempre, yo creo, con el cargo de no confiar al 100%, ni que eso exima al árbitro ni al tribunal de revisar la información que se pueda obtener.

Luego, en el tema de ciberseguridad, también es un tema sensible que hay que tener, digamos, en cuenta, porque en los arbitrajes, como todos sabemos, rige un principio de confidencialidad, salvo que se trate, pues, de un arbitraje que tiene su laudo en la legislación nacional. En contratación pública, el arbitraje está regulado hace años y, por ejemplo, hay una obligación de colgar los laudos en el SEACE —Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado—, y a nivel del CIADI —Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones— también se publican.

Pero en el arbitraje, de por sí, hay un criterio de confidencialidad que se tiene que tener muy presente. Si es un arbitraje entre privados, y si el caso nunca llega a anulación de laudos, es

decir, no es conocido y no es público para todas las partes. Entonces, si se va a hacer uso de algún tema de ciberseguridad o inteligencia artificial, este tendría que ser de conocimiento de las partes. Tendrían que tomarse determinadas metodologías que garanticen la seguridad y la protección de la información.

Ahora que las audiencias —ya la regla es que exista la virtualidad—, entonces las sesiones que se lleven de manera virtual deben estar totalmente resguardadas. La información de un arbitraje también tendría que ser guardada en una nube o en plataformas ya muy prácticas, para que la información pueda estar a disposición de todos.

Hay partes —y esto recuerdo que era muy reservado— que no quieren que se sepa que están teniendo una controversia con su subcontratista o con otra empresa grande, y entonces quieren manejarlo de manera confidencial. Hay una confidencialidad de los árbitros también

frente a la controversia. No porque yo sea árbitro de dos empresas, A y B, puedo estar publicando y diciendo: “sí, tengo este caso, me ha tocado resolverlo”; no, no se hace. Por ese respeto a la confidencialidad.

Yo creo que, como herramientas, son útiles. Hay que ver cómo se implementan en cada caso, ya sea como una optimización de gestión de casos o como un buscador de jurisprudencia, etcétera. Pero hay que tener cuidado al revisar esa información, no confiar al 100%.

Jamás la inteligencia artificial podrá, creo yo, reemplazar la convicción y esta valoración que tienen que hacer los árbitros al momento de resolver. Y tampoco la intermediación que tú tienes cuando estás en una audiencia arbitral: de ver a las partes, de lo que informan, de las declaraciones de parte, de testigos, etcétera. Todos esos elementos son valorados finalmente por el árbitro cuando va a decidir y emitir su labor arbitral.

Contexto regulatorio y principales debates sobre el Código de Conducta para Árbitros en el arbitraje de inversión

Regulatory context and main discussions on the Code of Conduct for Arbitrators in investment arbitration



JUAN PABLO GÓMEZ-MORENO

Abogado y filósofo por la Universidad de los Andes
Máster en Derecho Privado por la Universidad de los Andes
Especialista en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad de los Andes



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La pregunta ética en el ISDS.
 1. Potencial de riesgos éticos en el ISDS.
 2. Deberes de los árbitros.
- III. Esfuerzos regulatorios y redacción del Código.
 1. Iniciativas regulatorias a nivel institucional.
 2. El trabajo del CIADI y la CNUDMI.
- IV. Críticas a la iniciativa y retos de su implementación.
 1. Definición de las prácticas restringidas y su alcance.
 2. Capacidad técnica y diversidad.
 3. Diferencia de visiones sobre si estas prácticas son reprochables.
 4. Vinculatoriedad y efecto simbólico del código.
 5. Redundancia y potenciales conflictos de reglas.
- V. Conclusiones

RESUMEN:

Este artículo se sumerge en la dimensión ética del sistema de resolución de controversias de inversión y su regulación a través de un código de conducta. Se destaca la vital importancia de abordar estas cuestiones éticas para fortalecer la credibilidad del sistema, y se analiza el desarrollo de esfuerzos regulatorios en este contexto. Además, se exploran las críticas y desafíos que rodean esta iniciativa, haciendo hincapié en los debates sobre los contenidos y alcances de los estándares éticos propuestos. Se compara el enfoque multilateral con otros estándares regulatorios y se examinan en detalle los argumentos a favor y en contra de estas cuestiones éticas clave en el arbitraje de inversión internacional.

Palabras clave: Árbitros, arbitraje de inversión, ética, independencia, imparcialidad.

ABSTRACT:

This research article analyzes the ethical dimension of the investment dispute resolution system and its regulation through a code of conduct. It highlights the importance of addressing ethical issues to strengthen the credibility of the system and discusses the development of regulatory efforts. It also explores the criticisms and challenges surrounding this initiative, highlighting the debates on the contents and scope of the proposed ethical standards. Finally, it compares the multilateral approach with other regulatory standards and examines the arguments for and against these ethical issues, which are relevant in international investment arbitration.

Keywords: Arbitrators, investment arbitration, ethics, independence, impartiality.

I. INTRODUCCIÓN

Desde 2017, el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional — CNUDMI ha emprendido un proceso profundo de reflexión y reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados — en adelante ISDS, por sus siglas en inglés —. Este proceso ha sido motivado por una serie de desafíos y preocupaciones que han surgido en el contexto de las disputas de inversión a nivel global.

Una de las propuestas más debatidas dentro del Grupo de Trabajo III es la creación de un tribunal multilateral de arbitraje como alternativa al actual sistema de arbitraje de inversión. Este tribunal tendría como objetivo fundamental la promoción de la coherencia y la uniformidad en la toma de decisiones, lo que incluiría la definición de estándares éticos de conducta para los árbitros que participan en casos de ISDS.

Este artículo se sumerge en este contexto de reforma y debate en torno a la ética en el ISDS, con un enfoque particular en la conducta de los árbitros. La discusión se inicia en la Sección II, donde se exploran los riesgos y desafíos éticos inherentes a la labor de los árbitros en el arbitraje de inversión. Además, se destacan las

peculiaridades que distinguen al arbitraje de inversión en relación con estas cuestiones éticas.

La Sección III del artículo se centra en las iniciativas concretas que han surgido para abordar estas preocupaciones éticas en el ISDS. Se presta una atención especial al Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales relativas a Inversiones, una iniciativa conjunta del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones — CIADI y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil — CNUDMI. Esta sección analiza la evolución de este Código, sus objetivos y desafíos en su redacción y aplicación.

El artículo avanza a la Sección IV, donde se exploran las críticas y los retos asociados a la iniciativa regulatoria, especialmente en lo que respecta al Código de Conducta. Se examinan las objeciones planteadas por diversos actores y se evidencian las dificultades que pueden surgir durante el proceso de implementación.

Finalmente, en la Sección V, el artículo concluye con reflexiones finales que resumen los puntos clave de cada sección y subrayan la importancia de mantener un equilibrio entre la regulación ética necesaria para preservar la integridad del ISDS y el respeto por la autonomía de

las partes en la elección de árbitros. También se advierte la necesidad de una investigación continua sobre la efectividad del Código de Conducta y su impacto en el arbitraje de inversión a nivel internacional, así como la importancia de explorar la interacción entre este Código y otros estándares éticos existentes en futuras investigaciones. Este artículo contribuye a la comprensión en evolución de la ética en el ISDS y su papel en la promoción de un sistema de solución de controversias de inversión más justo y transparente a nivel global.

II. LA PREGUNTA ÉTICA EN EL ISDS — INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT

Recientemente, el *Investor-state dispute settlement* — en adelante ISDS — ha enfrentado numerosas y sustanciales críticas. En un sentido amplio, los críticos más radicales del sistema han argumentado que este socava la democracia y el Estado de derecho al limitar potencialmente la capacidad de un Estado para tomar decisiones regulatorias, como medidas para proteger la salud pública o el medio ambiente¹.

También se ha cuestionado la transparencia dentro del sistema, especialmente en lo que respecta a la capacidad de los actores de la sociedad civil para acceder a información sobre estos procedimientos y participar en ellos². Varios autores han enfatizado que, a pesar de que estas disputas involucren a partes privadas, las decisiones tomadas en estos casos tienen im-

plicaciones para el interés público y el ejercicio del poder público a nivel internacional³.

El ISDS también ha enfrentado una pregunta transversal sobre la ética. En particular, han surgido cuestionamientos sobre los estándares de conducta de los participantes de un arbitraje de inversión⁴. Esto ha llevado a algunos autores a referirse a una “explosión ética” en el campo de las inversiones internacionales⁵. Debido al enfoque de este artículo, la discusión se centrará en la pregunta ética relativa a la conducta de los árbitros. Esta cuestión se ha enfocado en asuntos como la falta de diversidad de los tribunales y la existencia de conflictos de interés.

En cuanto a los posibles conflictos de los árbitros, un debate fundamental se ha centrado en la participación del mismo individuo en diferentes roles en varios arbitrajes, un fenómeno conocido en inglés como *double hatting*. Por ejemplo, puede ocurrir que alguien actúe simultáneamente como árbitro, abogado o experto en diferentes procedimientos. En tales casos, si estos arbitrajes involucran problemas fácticos o legales similares, el juicio de esta persona puede verse comprometido⁶.

Como lo ha reconocido la doctrina, el tema del *double-hatting* es común en el arbitraje internacional⁷. Sin embargo, algunos comentaristas han señalado que esta situación puede llevar a los árbitros a favorecer sus propios intereses o los de sus clientes; o, en un sentido más amplio, puede afectar la legitimidad del ISDS⁸. Estas

1. Kyla Tienhaara, *The Expropriation of Environmental Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).
2. Juan Pablo Gómez-Moreno, “Confidentiality and the Legitimacy in International Commercial Arbitration”, *Romanian Arbitration Journal* (2022).
3. René Urueña y María Angélica Prada, “Constitucionalismo Transformador y Arbitraje de Inversión: Elementos Para un Estándar de Revisión Constitucional Estricto”, *MPIL Research Paper Series*, Max Planck Institute for Comparative Public and International Law, (2019).
4. J. Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, *ICSID Review* 25, no. 2 (Septiembre 2010): 339–55.
5. Katia Fach Gomez, “Drafting a Twenty-First Century Code of Conduct for International Investment Adjudicators”, *SSRN Electronic Journal*, (2021).
6. Malcolm Langford, Daniel Behn y Runar Lie, “The Ethics and Empirics of Double Hatting”, *SSRN Scholarly Paper*, (julio 2017).
7. Dennis H. Hranitzky y Eduardo Silva Romero, “The ‘Double Hat’ Debate in International Arbitration” *New York LJ*, (Junio 2010).
8. John R. Crook, “Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension”, *AJIL Unbound* 113 (2019): 284–89. <https://doi.org/10.1017/aju.2019.36>.

preocupaciones se han integrado en las discusiones institucionales sobre el tema⁹.

Existen antecedentes que demuestran la dimensión práctica del *double hatting*. En *ICS Inspection c. Argentina*, el Estado recusó a un árbitro debido a que su firma de abogados representaba a inversionistas en otro caso en contra de este mismo país¹⁰. La autoridad respectiva determinó que este hecho efectivamente colocaba al árbitro en una situación adversa y generaba dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia, incluso si, según el árbitro, los aspectos fácticos de ambos casos no estaban relacionados.

1. Potencial de riesgos éticos en el ISDS

Algunos autores argumentan que en un sistema en el que las partes nombran a sus árbitros, estos individuos se enfrentan inevitablemente a difíciles decisiones éticas. Específicamente, en tales sistemas, el deber normativo de imparcialidad de los árbitros choca con una consideración moral, consciente o no, de lealtad a la parte que los nombró¹¹. Esto inherentemente plantea un riesgo ético en la forma en que está diseñado el ISDS.

Este problema, categorizado como inminente e inevitable en la literatura, no debe considerarse una preocupación exclusiva del ISDS. La independencia judicial es un tema transversal en las discusiones legales, tanto a nivel nacional como internacional, y no es una preocupación nueva¹². Sin embargo, su relevancia en el contexto del ISDS está relacionada con el aumento del poder judicial internacional.

En la última década, han surgido varios tribunales y cortes internacionales, y el alcance de las decisiones que pueden tomar estos organismos se ha expandido¹³. En el caso del ISDS, como se mencionó anteriormente, los árbitros pueden tomar decisiones relacionadas con el poder regulatorio de los Estados. Esto ha hecho que la resolución de disputas a través de este mecanismo sea cada vez más común y ha ampliado el alcance de tales decisiones.

Precisamente por esta razón, la independencia de estos adjudicadores está ahora en el centro de las discusiones sobre política global. Esto llega al punto de situar su capacidad para tomar decisiones neutrales en el centro de la credibilidad y legitimidad de cualquier sistema de resolución de disputas. En otras palabras, si los usuarios no creen en la neutralidad de los árbitros, es poco probable que crean en la neutralidad del sistema en sí, lo que lo pone en tela de juicio.

El caso del ISDS es de particular interés porque el problema de la ética de los árbitros está mediado por su propia estructura. Entre las consideraciones que conducen a esta opinión se encuentra la limitación en el número de árbitros que pueden manejar casos de ISDS. Estudios empíricos han determinado que en más del 50% de las disputas de inversión, poco más de una docena de árbitros han estado involucrados, concentrando la mayoría de los casos en una minoría de individuos¹⁴.

Basándose en la psicología social, en particular en el concepto de “psicología de grupo”, algunos autores han argumentado que los árbitros

9. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), A/CN.9/WG.III/WP.151.

10. *ICS Inspection and Control Services Limited v. Argentine Republic (I)*, PCA Case No. 2010-09, Decision on Challenge to Arbitrator, 17 de diciembre de 2009.

11. Sergio Puig y Anton Strezhnev, “Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach”, *The Journal of Legal Studies* 46, no. 2 (2017): 371–98.

12. Ruth Mackenzie y Philippe Sands, “FOCUS: Emerging Fora for International Litigation (Part 2) - International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge”, *Harvard International Law Journal* 44, no. 1 (2003): 271–87.

13. Ibid.

14. Federica Cristani, “Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 13, no. 2 (Agosto 2014): 153–77.

del ISDS están sujetos a fuertes influencias internas¹⁵. Esto significa que, al ser individuos que a menudo comparten varias características, es probable que lleven a conclusiones similares, que no siempre serán racionales o consistentes entre sí.

Otra consideración relevante en estas discusiones ha sido el caso de las designaciones repetidas o *repeated appointments*, en inglés. Este fenómeno se refiere al hecho de que los mismos árbitros son nombrados por las mismas partes en múltiples disputas¹⁶. También es una ocurrencia común. Los comentaristas que han criticado esta situación han mencionado riesgos como el prejuicio potencial de la disputa, el desarrollo de lealtad hacia las partes y la falta de diversidad en las actividades de los árbitros, entre otros¹⁷.

Además, otro riesgo ético adicional discutido en el ISDS ha sido el problema potencial de que los árbitros expresen sus opiniones sobre un tema de arbitraje en eventos, publicaciones o incluso decisiones arbitrales previas. La preocupación en estos casos es principalmente que los árbitros pueden no acercarse a los asuntos pendientes con una “mente abierta”, sino que ya tengan una opinión formada¹⁸. En inglés, a este riesgo se le conoce como *issue conflict*.

2. Deberes de los árbitros

Los principales deberes de los árbitros incluyen la imparcialidad y la independencia. La independencia se refiere a la ausencia de control o

interferencia externa en la toma de decisiones, distinta de la del árbitro mismo. Este estándar se refleja en la ausencia de relaciones entre el árbitro y cualquier persona que pueda influir en su decisión¹⁹.

Algunos ejemplos de esto se pueden encontrar en los estándares de la práctica²⁰. Entre ellos se toman en cuenta las siguientes consideraciones: que el árbitro no tenga temores o presiones para tomar una decisión, que no se deje influir por las partes ni por organizaciones o agentes externos al arbitraje y que no tenga vínculos con ellos, como beneficios económicos o políticos.

Por ejemplo, una situación como las designaciones repetidas puede afectar este criterio si se considera que, al ser designado repetidamente por la misma parte, un árbitro tenderá a favorecer los intereses de esa parte. En este caso, se podría decir que la capacidad del árbitro para decidir de manera independiente, libre de interferencias, está comprometida.

Por otro lado, la imparcialidad se refiere a que no exista sesgo o predisposición del árbitro hacia las partes o los asuntos discutidos en el procedimiento²¹. En ese sentido, el *issue conflict*, por ejemplo, podría llevar al árbitro a carecer de imparcialidad, ya que podría estar sesgado a favor o en contra de un tema debido a sus opiniones pasadas.

Respecto a la evaluación de estos estándares, existen múltiples posiciones tanto en la prácti-

15. Myriam Gicquello, “The Reform of Investor-State Dispute Settlement: Bringing the Findings of Social Psychology into the Debate”, *Journal of International Dispute Settlement* 10, no. 4 (diciembre 2019): 561–81.
16. Will Sheng Wilson Koh, “Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges,” en *Journal of International Arbitration*, editado por Maxi Scherer (2017): 711–40.
17. Daphna Kapeliuk, “The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators”, *Cornell L Review* (2010): 47.
18. Michael Hwang y Kevin Lim, “Issue Conflict in ICSID Arbitrations,” *Transnational Dispute Management* 8, no. 5 (2011).
19. Fabien Gelin, “The Independence of International Arbitrators and Judges: Tampered with or Well-Tempered?” SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, (Marzo 2011). <https://papers.ssrn.com/abstract=1611233>.
20. Ibid.
21. M. L. Smith, “Impartiality of the Party-Appointed Arbitrator”, *Arbitration International* 6, no. 4 (Diciembre 1990): 320–42. <https://doi.org/10.1093/arbitration/6.4.320>.

ca como en la doctrina. Por un lado, puede haber un estándar subjetivo, que depende de si las partes tienen o no una “impresión” de falta de imparcialidad o independencia del árbitro²². Dado que este estándar depende de la percepción de las partes, puede considerarse demasiado amplio y dar lugar a más recusaciones.

Por otro lado, las decisiones del ISDS han determinado que es preferible optar por un estándar objetivo, relacionado con si esta impresión no proviene de las partes, sino de un tercero razonable²³. Esto significa que al evaluar si la independencia o imparcialidad del árbitro podría verse afectada, quien toma la decisión no se basará en la percepción de las partes, sino en la impresión que tendría una persona externa a la disputa.

Además, los árbitros tienen varios deberes con respecto a la conducción del procedimiento²⁴. Esto incluye la integridad, la equidad y la eficiencia, entre otros. En resumen, los árbitros deben tomar medidas para evitar costos innecesarios para las partes, garantizar igualdad de oportunidades procesales para ambas partes y mantener la confidencialidad del procedimiento. Este artículo, sin embargo, no se ocupa de estos aspectos.

III. ESFUERZOS REGULATORIOS Y REDACCIÓN DEL CÓDIGO

Varios organismos intergubernamentales y entidades privadas han intentado establecer normativas adecuadas para regular la conducta de los árbitros. Esta sección proporcionará un breve repaso de estas iniciativas, tanto en instituciones arbitrales y otros foros, como en tratados internacionales, para luego centrarse en el caso puntual del Código.

1. Iniciativas regulatorias a nivel institucional

La Unión Europea — en adelante UE — ha manifestado su interés en regular los aspectos éticos de los árbitros en las nuevas generaciones de Tratados Bilaterales de Inversión — TBIs. Este interés también se ha expresado en acuerdos en otras partes del mundo, aunque la UE ha liderado esta cuestión. En una línea similar, Canadá ha sido uno de los Estados que ha rechazado constantemente prácticas como el *double-hatting* en sus intervenciones y en la negociación de sus tratados de inversión²⁵.

La regulación de cuestiones éticas a nivel institucional se ha abordado de manera abstracta y concreta. En cuanto a la regulación abstracta, existen instrumentos que hacen referencias generales a los deberes éticos de los árbitros y cuestiones similares. Esto incluye comentarios someros sobre el deber de los árbitros de mantenerse independientes e imparciales, sin entrar en detalles.

Por otro lado, algunos acuerdos han optado por una regulación concreta, que incorpora directamente códigos de conducta para los árbitros. Aunque cada código es diferente, comparten al menos los temas que se regulan, así como el enfoque regulatorio sobre ellos. Como se verá más adelante, el *double-hatting* y las designaciones repetidas han sido temas recurrentes en estas iniciativas.

En algunos casos, ya existen códigos de conducta en otras instituciones. Por ejemplo, el Tribunal Arbitral del Deporte — TAS prohíbe a los árbitros y mediadores actuar como apoderados o expertos de parte para evitar conflictos de in-

22. Christopher Koch, “Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators”, *Journal of International Arbitration* 20 (2003): 325.

23. Ibid.

24. Catherine Rogers, “The Vocation of the International Arbitrator”, *American University International Law Review* 20 (2005–2004): 957. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amuilr20&id=971&div=&collection=>

25. Céline Lévesque, “Canada’s Pro-Ban Stance on Double-Hatting: Playing the Long Game in ISDS Reform?”, *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire Canadien de Droit International* 58 (Noviembre 2021): 382–407.

terés y recusaciones²⁶. Los árbitros deben firmar una declaración comprometiéndose a evitar estas prácticas. La Corte Internacional de Justicia — CIJ también prohíbe a sus jueces realizar actividades profesionales de otro tipo²⁷.

El Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá — en adelante CETA — contiene disposiciones similares. El Anexo 29-B de este acuerdo se refiere específicamente a un código de conducta para árbitros y mediadores. El artículo 2 de este anexo establece que los árbitros deben evitar cualquier conducta indebida o la apariencia de la misma, mantener la independencia e imparcialidad, evitar conflictos de interés directos e indirectos y mantener “altos estándares de conducta”.

Otra disposición fundamental de los veintiún artículos del Anexo 29 – B del CETA es la sección tercera. Aquí se incorpora el deber de actuar con justicia y diligencia, y evitar que deleguen sus deberes en otras personas. De esta forma, el tratado hace referencia a otros asuntos que han sido objeto de discusión a pesar de estar por fuera del alcance de este artículo. Entre ellos, vale la pena recalcar el hecho de que los árbitros descarguen una porción sustancial de su trabajo en secretarios y asistentes administrativos.

El CETA refleja la intervención de la UE a favor de una mayor regulación de la conducta de los árbitros. El Anexo 29-B se basa en las Reglas de la Asociación Internacional de Abogados — en adelante IBA —, por lo que hace referencia a cuestiones como la imparcialidad, independencia, deberes de revelación, entre otros²⁸. Sin embargo, a diferencia de las Reglas de la IBA, el CETA define expresamente todos los asuntos que deben revelarse, optando por una regulación más detallada²⁹.

Es importante señalar que, según el artículo X.25 del CETA, los árbitros pueden elegir entre el código de conducta del tratado y las Reglas de la IBA. Esto significa que las reglas anteriores no son totalmente vinculantes. Además, el CETA no establece claramente las consecuencias en caso de que los árbitros no cumplan con las disposiciones del código de conducta, más allá del derecho a reemplazar al árbitro, lo que puede ser ineficiente debido a mayores costos y demoras.

Otro acuerdo relevante es el Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico — en adelante CPTPP —. Las disposiciones sobre la conducta se aplican a las disputas bajo los capítulos 9 y 28 del acuerdo. En general, el artículo 2 de este tratado establece las responsabilidades de los árbitros, similares a las del CETA. Además, el artículo 3(b) hace referencia a principios generales, incluyendo la preservación de la confidencialidad del procedimiento, y el artículo 3(c) se refiere al deber de revelación.

Es importante destacar que el artículo 3(d) del CPTPP establece que el código no determina bajo qué circunstancias las partes pueden descalificar la designación de un árbitro. Esto sugiere que el tratado no pretende establecer reglas estrictas en relación con la conducta de los árbitros, sino proporcionar pautas indicativas para las partes.

Tanto el CETA como el CPTPP incluyen restricciones al *double-hatting*. El CPTPP dispone que, al ser designado, un árbitro debe evitar, durante el procedimiento, actuar como apoderado, experto o testigo en otra disputa de inversión bajo el mismo acuerdo o cualquier otros³⁰. Por su parte, el CETA establece una regla similar³¹. De esta manera, y a diferencia de otras disposiciones de los mismos acuerdos, ambos ins-

26. Code of Sports - related Arbitration, art. 18.

27. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 16.1, Stat. 1055.

28. Dominic Horodyski, “Code of Conduct for Arbitrators in CETA – A Step Forward in Investment Arbitration?” (2015): 13.

29. Ibid.

30. CPTPP, ch 9, s B, r (3) (d).

31. CETA, Ch 8, art. 8.30.

trumentos reflejan una posición fuerte con respecto al *double-hatting*, restringiéndolo.

Sin embargo, existen otras aproximaciones a este asunto, lo que impide afirmar que existe una posición uniforme al respecto. El mismo Código incluye como Anexo B un listado de más de diez tratados que contienen códigos de conducta³². Un ejemplo de una forma más laxa de tratar estas situaciones sin ser indulgente del todo con las mismas está en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte — USMCA. Este instrumento prohíbe el *double hatting*, pero lo restringe a otros casos bajo el mismo tratado³³.

2. El trabajo del CIADI y la CNUDMI

Las instituciones líderes en materia de ISDS también han reconocido la importancia de considerar expresamente las cuestiones éticas en el sistema. El CIADI, por ejemplo, ha resalta-do la importancia de estas consideraciones en la reforma de sus instrumentos. En las discusiones del *Working Group III* — en adelante WG III — de la CNUDMI, los participantes estuvieron de acuerdo en que desarrollar el Código sería beneficioso tanto para los Estados como para los inversionistas³⁴.

Es esencial tener en cuenta los objetivos de estos instrumentos para comprender su alcance y evaluar los esfuerzos realizados en función de una métrica clara. Según sus promotores, el Código busca mejorar la eficiencia y la transparencia del ISDS³⁵, con un enfoque en aumentar la confianza en la independencia e imparcialidad de los árbitros que actúan en tribunales arbitrales.

También es importante resaltar el papel de las dos instituciones involucradas en este proceso como actores multilaterales en el sistema eco-

nómico internacional. La CNUDMI forma parte de las Naciones Unidas, mientras que el CIADI está adscrito al Banco Mundial. Por lo tanto, el Código busca promover la uniformidad en la regulación de situaciones que puedan afectar la confianza en los árbitros³⁶.

La idea del Código fue propuesta por Argelia en 2015, y las Secretarías del CIADI y la CNUDMI accedieron a preparar los borradores dentro del WG III. El proceso de trabajo sobre el Código comenzó entre 2015 y 2016 bajo la supervisión de la CNUDMI. Luego de la emisión de la primera versión en mayo de 2020, ambas instituciones recibieron numerosos comentarios de la comunidad arbitral.

Entre las consideraciones iniciales que se tuvieron en cuenta se encontraban la independencia, imparcialidad, eficiencia en la conducción del procedimiento, confidencialidad y deberes de revelación. Las opiniones de los diferentes grupos invitados también influyeron en la versión de abril de 2021. Posteriormente, el proceso se repitió dos veces más, dando lugar a un cuarto borrador.

Finalmente, los miembros de las Naciones Unidas adoptaron este Código en su 56ª sesión anual en Viena. La aplicación del Código dependerá del acuerdo de las partes o de su vinculación según el tratado de inversión subyacente a una disputa. Esto significa que el instrumento está sujeto a la voluntad de las partes. En el caso de arbitrajes ante el CIADI, la institución aún está discutiendo la aplicación del Código a sus casos.

El WG III presentó ante la CNUDMI dos códigos de conducta en 2022, uno para árbitros y otro para jueces. La versión presentada en 2023 marcó el final de casi seis años de discusiones

32. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Code of Conduct for Adjudicators in Investment-Related Disputes*. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Annex_B_Codes_Conduct.pdf.

33. USMCA, Ch 14D.6(5)(c).

34. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/082/09/PDF/V1908209.pdf?OpenElement>

35. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), A/CN.9/WG.III/WP.167.

36. Ibid.

sobre el contenido del Código. Este instrumento consta de doce artículos junto con un comentario explicativo. Es importante señalar que dentro de este documento, se incluye una gran cantidad de contenido dedicado a discutir las justificaciones de la iniciativa y, en particular, las justificaciones planteadas por algunos actores estratégicos para defender determinadas posiciones.

Este articulado se divide principalmente en tres partes. Los artículos 1 a 3 abordan cuestiones introductorias y las obligaciones generales de los árbitros. Los artículos 4 a 11 contienen las obligaciones sustantivas, incluyendo los diferentes deberes de los árbitros. Finalmente, el artículo 12 se refiere a la aplicabilidad de estas disposiciones, incluyendo sanciones y medidas relacionadas.

Un tema fundamental en estas discusiones fueron los deberes de revelación de los árbitros, que se abordan en el artículo 11 del Código. En cuanto al estándar de revisión de la revelación, es importante destacar que el Código se refiere a circunstancias que “pudieran dar lugar a dudas razonables sobre la independencia o imparcialidad” del árbitro. Además, la regla establece que esta revelación no está limitada en el tiempo.

En términos de alcance de aplicación, el Código se aplica a los árbitros y a los miembros de los Comités de Anulación. En el contexto de un tribunal de ISDS eventual, el Código también se aplicaría a sus miembros.

IV. CRÍTICAS A LA INICIATIVA Y RETOS DE SU IMPLEMENTACIÓN

Algunos de los retos en la regulación de prácticas como el *double-hatting* son la dificultad de definir estos términos correctamente, el hecho de que, en este momento, son prácticas comunes en la comunidad arbitral, y las visiones distintas sobre si son reprochables o no y cómo

deben tratarse. Esta sección discutirá los principales debates que existen en torno a estas cuestiones.

1. Definición de las prácticas restringidas y su alcance

La definición precisa de las prácticas restringidas, como el *double-hatting*, ha sido un punto de debate importante. En particular, la noción de “medida” utilizada en el Código y su aplicación han generado interrogantes. La falta de una definición clara podría dar lugar a interpretaciones diversas y a la posibilidad de eludir las restricciones

La última versión del Código establece la prohibición de *double-hatting* en casos relacionados con la misma “medida” o las mismas partes por tres años desde la designación como árbitro. Aunque esto aportó cierta claridad a la discusión, la noción de medida no está libre de debate. Por ejemplo, en otros sistemas de solución de controversias, como es el caso de la Organización Mundial del Comercio — OMC, hay toda una discusión sobre la forma en que debe definirse este concepto³⁷.

Asimismo, con respecto al primer borrador del Código, desaparecieron en versiones subsiguientes las disposiciones que hacían referencia a los *repeated appointments*. En la primera versión, era importante evitar una situación de designaciones múltiples en casos en que tales designaciones afectaran la capacidad del árbitro para emitir una decisión en un tiempo adecuado.

Sin embargo, la dificultad de determinar en qué medida se vería afectada esta disponibilidad fue la que llevó a que se eliminara esta regla. En particular, los comentarios recibidos por los redactores del Código apuntaban a que las consideraciones sobre cómo esta circunstancia podría afectar la disponibilidad de un árbitro dependerían de distintos factores, como la

37. Tania Voon y Alan Yanovich, “What Is the Measure at Issue?” en *Challenges and Prospects for the WTO*, editado por Andrew Mitchell (Londres: Mayo 2005).

complejidad del caso, las condiciones personales de cada árbitro, etcétera.

2. Capacidad técnica de los árbitros y diversidad

El debate en torno al *double-hatting* también se centra en la capacidad técnica de los árbitros y la diversidad en el sistema. Algunos argumentan que permitir a los árbitros actuar como apoderados de parte y expertos mejora su comprensión de los casos y, por lo tanto, la calidad de los procedimientos³⁸. Esto puede ser especialmente relevante en casos complejos que requieren un profundo conocimiento técnico. Algo similar ocurre en la Organización Mundial del Comercio — OMC, donde las reglas de procedimiento privilegian la designación de adjudicadores con experiencia como apoderados de parte³⁹.

Adicionalmente, los críticos de la regulación también han planteado que este panorama desincentiva la aceptación de nombramientos por parte de los árbitros⁴⁰. En ese sentido, hay quienes han afirmado que una aproximación muy estricta a este asunto reduce la diversificación de los tribunales y el surgimiento de nuevas generaciones de árbitros⁴¹. De forma similar, se ha encontrado que los árbitros de grupos minoritarios se favorecen históricamente de permitir el *double-hatting*, por lo que limitar esta posibilidad puede afectar la diversidad del sistema⁴².

Desde la perspectiva de la historia de las negociaciones sobre los contenidos del Código, la

discusión en torno al *double-hatting* tuvo importantes tensiones entre los participantes de las reuniones del WG III. Al revisar los reportes de estas sesiones, es posible notar que hubo varios defensores de una regulación más permisiva. Estos representantes estaban interesados, en particular, en prevenir el riesgo de que unos estándares más estrictos limitaran la cantidad y diversidad de potenciales árbitros calificados.

Frente a estas críticas, debe advertirse que la restricción del *double-hatting* también tiene el efecto potencial de incrementar la diversidad. Si, como se indicó antes, unos pocos árbitros concentran la mayoría de nombramientos en el ISDS, entonces restringir su participación en más casos invita a las partes a buscar nuevos candidatos⁴³.

Por otra parte, quienes defienden las prácticas restringidas por el Código, alegan que la designación de los mismos árbitros en disputas similares mejora la eficiencia de los procedimientos⁴⁴. A su decir, los adjudicadores ya conocerán los hechos o tipos de medidas involucradas en estos casos, así como las cuestiones fácticas y jurídicas más relevantes, desarrollando cierto tipo de experticia.

En ese sentido, es cierto que esta especialización es deseable en el arbitraje y lleva a las partes a referirse a este mecanismo de solución de disputas antes que a otros foros. Sin embargo, esto se refiere a que los árbitros designados tengan un buen conocimiento de ciertas industrias o de ciertos tipos de proyectos. Esto es distinto a que se conviertan en expertos en la adju-

38. Langford, Malcolm, Daniel Behn y Runar Hilleren Lie, "The Revolving Door in International Investment Arbitration", *Journal of International Economic Law* 20, no. 2 (Junio 2017): 301–32. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018>.

39. Dispute Settlement Understanding, art. 8.1.

40. John Crook, "Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension", 113 (Enero 2019): 284–89. <https://doi.org/10.1017/aju.2019.36>.

41. Anthea Roberts, 'A Possible Approach to Transitional Double Hatting in Investor-State Arbitration' (EJIL, Julio 2017).

42. Clarissa Coleman y Louise Bond, "Two Heads Are Better Than One: Double Hatting and Its Impact on Diversity in International Arbitration", *National Law Review* (Julio 2020).

43. Lucy Greenwood, "Tipping the Balance – Diversity and Inclusion in International Arbitration." *Arbitration International* 33, no. 1 (2017): 99–108. <https://doi.org/10.1093/arbint/aix001>.

44. Will Sheng Wilson Koh, "Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges", *Journal of International Arbitration* 34, no. 4 (agosto de 2017): 711–40. <https://doi.org/10.54648/JOIA2017033>.

cación de medidas similares adoptadas por un Estado, pues dicha situación puede convertirse en la designación basada en una expectativa de contar con árbitros que, por ejemplo, favorecerán los intereses del Estado o los inversionistas.

3. Diferencia de visiones sobre si estas prácticas son reprochables

Los miembros de la comunidad suelen interpretar el hecho de que sean pocos los árbitros como una justificación razonable a prácticas como el *double hatting*. En *SGS c. Pakistán*, al descalificar una recusación, los coárbitros indicaron que, en el universo del arbitraje internacional, la comunidad de litigantes y árbitros es pequeña; por tanto, no será poco frecuente que se solapen⁴⁵. Agregaron, por lo demás, que en virtud de lo anterior que este hecho no debe ser un fundamento en sí mismo para descalificar a un árbitro⁴⁶.

Esta perspectiva se ve respaldada por datos relacionados con prácticas como el *double-hatting*. Según una investigación empírica basada en 1,077 casos del CIADI hasta enero de 2017, se encontró que en 509 casos, lo que representaba el 47% de la muestra, al menos uno de los árbitros participaba simultáneamente en otro procedimiento como apoderado⁴⁷.

Sin embargo, existen críticos de estas discusiones y los esfuerzos regulatorios que han surgido como resultado. Algunos comentaristas argumentan que al fomentar estos debates, se promueve la idea de que el ISDS carece de neutralidad⁴⁸.

A pesar de estas críticas, los esfuerzos por mantener la legitimidad del sistema y las capacidades de sus miembros no se han detenido. Por ejemplo, durante estas discusiones, los críticos del *double-hatting* destacaron la importancia de abordar este tema en el Código para dotar de seriedad y credibilidad al trabajo del WG III.

Desde la primera versión del Código, se han observado cambios significativos en la regulación del *double-hatting* desde la perspectiva del "consentimiento" de las partes. Se ha indicado que el *double-hatting* sería limitativo, a menos que las partes en disputa acuerden permitirlo.

Esta disposición es de particular interés ya que, aunque reconoce los desafíos del *double-hatting*, no lo prohíbe de manera absoluta. En cambio, deja a las partes la decisión sobre los efectos de esta práctica. Esto refleja uno de los pilares fundamentales del arbitraje, que es la voluntad de las partes⁴⁹. En otras palabras, la regla dispositiva otorga a las partes el poder de tomar una decisión considerando los riesgos y beneficios, ya sea basada en criterios objetivos como las cualidades del árbitro para evaluar un caso o subjetivos como el conocimiento previo de las partes sobre las cualidades del árbitro.

4. Vinculatoriedad y efecto simbólico del Código

Dado que el ISDS es un sistema de solución de controversias descentralizado, no existe un código uniforme para abordar cuestiones éticas⁵⁰. Esto implica que hay una falta de recur-

45. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Arbitrator (Diciembre 2002).

46. *Ibid.*, párr. 25.

47. Malcolm Langford, Daniel Behn y Runar Hilleren Lie, "The Ethics and Empirics of Double Hatting," *ESIL Reflections* 6, no. 7 (2017).

48. Joshua Tayar, "Safeguarding the Institutional Impartiality of Arbitration in the Face of Double-Hatting," *McGill Journal of Dispute Resolution* 5 (2019 2018): 104.

49. Rachel Engle, "Party Autonomy in International Arbitration: Where Uniformity Gives Way to Predictability," *Transnational Lawyer* 15 (2002): 323. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tranl15&id=329&div=&collection=>.

50. Catherine Rogers, "Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration," *Michigan Journal of International Law* 23 (2002 2001): 341. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mjil23&id=355&div=&collection=>.

sos para tratar los estándares éticos, excepto por algunos instrumentos de aplicación general. Un ejemplo de estos instrumentos son las Reglas de la IBA, que, a pesar de ser de naturaleza *soft law*, a menudo se incorporan en los procedimientos por la mayoría de los tribunales y partes⁵¹.

Los informes del WG III reflejan el interés de varios Estados en desarrollar un código de conducta a nivel multilateral. Esto se ha propuesto debido a la necesidad de contar con un conjunto armonizado de reglas y procedimientos en caso de incumplimiento⁵². Estas iniciativas indican que algunos interesados en estas regulaciones buscan instrumentos verdaderamente eficaces.

Sin embargo, muchos han criticado la falta de amplitud del Código. Por ejemplo, el primer borrador era más extenso en el sentido de aplicar restricciones al *double-hatting* a una variedad más amplia de roles paralelos que los árbitros podrían desempeñar. Esto incluía, por ejemplo, actuar como abogados, expertos, testigos, jueces o representantes de las partes, además de “otros roles relevantes”. En contraste, la última versión del Código se limitó a los roles como abogados de parte y expertos.

En cuanto a la aplicabilidad de las disposiciones, varios comentaristas han señalado que el lenguaje del artículo 4 del Código restringe las prohibiciones a circunstancias muy específicas. Esto podría considerarse como un esfuerzo simbólico para abordar el asunto, dejando de lado casos más controvertidos. Estas restricciones, por ejemplo, podrían aplicarse a una serie de casos como la reciente oleada de arbitrajes de inversión contra el Reino de España.

Debido a las medidas adoptadas por el gobierno en materia de transición energética, se han presentado numerosos casos en contra de este país, comparable a la etapa de demandas contra la República Argentina por medidas adoptadas durante la crisis a principios de los 2000. En estos casos, dado que varias disputas surgieron de las mismas medidas, muchos abogados actuaron como árbitros y representantes de las partes⁵³.

Asimismo, la restricción de la regla a un mismo “instrumento” se aplicará solo en casos específicos, como en el caso de la ECT. Esto es significativo porque se ha identificado que de los 191 candidatos a árbitros en disputas bajo este instrumento, 37 de ellos concentran la mitad de los arbitrajes⁵⁴. Por lo tanto, las reglas introducidas por el Código pueden ser valiosas para diversificar las opciones. Sin embargo, dado que se trata de un tratado tan específico, la aplicabilidad de estas reglas sigue siendo limitada a una pequeña parte de las controversias.

En cualquier caso, es importante destacar que cuando se trata del mismo instrumento, como un tratado o contrato que hace referencia al ISDS, el período de restricción para el *double-hatting* será de un año según lo establecido por el Código. Esto significa que, una vez más, las regulaciones multilaterales son bastante laxas en este asunto, ya que establecen un período de aplicación muy corto en comparación con otros tratados.

Por último, es fundamental recordar que, de acuerdo con la última versión del Código, las partes tienen la opción de no aplicar estas disposiciones. Esto refleja que, una vez más, las reglas están sujetas a la autonomía de las partes. Aunque esto proporciona cierta flexibilidad,

51. Peter Ashford, “The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”, Cambridge Books (2013). <https://ideas.repec.org/b/cup/cbooks/9781107032170.html>.

52. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), A/CN.9/WG.III/WP.167, párrafo 6. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/082/09/PDF/V1908209.pdf?OpenElement>.

53. Arthur Nelsen, “Revealed: Secret Courts That Allow Energy Firms to Sue for Billions Accused of ‘Bias’ as Governments Exit,” *The Guardian* (Noviembre 2022) <https://www.theguardian.com/business/2022/nov/14/revealed-secret-courts-that-allow-energy-firms-to-sue-for-billions-accused-of-bias-as-governments-exit>.

54. Ibid.

lo que permite un enfoque más conservador, también plantea preocupaciones significativas sobre el impacto real del Código.

5. Redundancia y potenciales conflictos de reglas

Otro desafío relacionado con la implementación del Código, señalado por algunos comentaristas, es la posibilidad de que surjan estándares en conflicto⁵⁵. Este problema se ilustra principalmente en el caso de las Reglas de la IBA, donde la creación de normas más estrictas podría entrar en conflicto con el consenso ya establecido y adoptado en la práctica⁵⁶. Esto se aprecia en los estándares de conducta de los árbitros. El Código establece que los árbitros deben demostrar niveles elevados de “competencia”.

La competencia se refiere, entre otros aspectos, a que el árbitro debe esforzarse al máximo para mantener el conocimiento y las habilidades necesarias para desempeñar sus funciones. Aunque esta expectativa es común en la práctica, incluirla en un instrumento formal podría abrir la puerta a impugnaciones contra el laudo u otras decisiones arbitrales. Por lo tanto, una crítica adicional se refiere a la redundancia de estos instrumentos.

Un problema similar puede surgir en relación con los estándares de conducta en acuerdos internacionales, como tratados. Por ejemplo, el CPTPP y el CETA prohíben que los árbitros designados actúen simultáneamente como abogados o expertos designados por las partes en cualquier disputa de inversión pendiente o nueva relacionada con estos acuerdos u otros acuerdos internacionales. A diferencia del Código, esta restricción no se limita a disputas con “el mismo contexto fáctico”.

Dado que los estándares ya existentes en instrumentos de *soft law* o en tratados tienen el respaldo de la comunidad internacional, un Có-

digo que genere posibles conflictos normativos podría cuestionar la idoneidad de esta iniciativa. En términos de legitimidad del ISDS, alejarse de estos estándares establecidos en instrumentos internacionales podría afectar la aplicabilidad y aceptación del Código.

En lo que respecta a la independencia e imparcialidad, la primera versión del Código también introducía un estándar que requería que, además de mantenerse independientes e imparciales, los árbitros “adoptaran pautas razonables para evitar sesgos y conflictos de interés”. Sin embargo, los comentaristas sugirieron eliminar este lenguaje adicional, y finalmente, se decidió adoptar esta sugerencia porque estas pautas no constituían obligaciones en sí mismas.

V. CONCLUSIONES

Este artículo ha abordado de manera exhaustiva la cuestión ética en el ISDS, centrándose en la regulación de prácticas restringidas como el *double-hatting* a través de un código de conducta para árbitros. Se ha destacado la importancia de abordar estas cuestiones éticas para fortalecer la credibilidad y legitimidad del ISDS en un contexto donde las controversias de inversión son cada vez más frecuentes y complejas.

Asimismo, se ha examinado en detalle la evolución de los esfuerzos regulatorios y la redacción del Código en el arbitraje de inversión. Los debates en torno a la definición precisa de prácticas restringidas, la capacidad técnica de los árbitros y la diversidad en el sistema se han presentado como desafíos fundamentales en este proceso. Se ha enfatizado la importancia del consentimiento de las partes en las restricciones propuestas, lo que subraya la necesidad de equilibrar la regulación con la autonomía de las partes.

Además, se han explorado las críticas y desafíos que enfrenta la iniciativa de regular el *dou-*

55. John Townsend, “Clash and Convergence on Ethical Issues in International Arbitration”, The University of Miami Inter-American Law Review 36, no. 1 (2004): 1–21. <https://www.jstor.org/stable/40176584>.

56. Ibid.

ble-hatting y otras prácticas restringidas en el arbitraje de inversión. Las perspectivas divergentes sobre si estas prácticas son reprochables se han debatido ampliamente, así como sus implicaciones en términos de diversidad y eficiencia en el sistema. Se ha señalado la cuestión de la vinculatoriedad del Código y su posible efecto simbólico, junto con la posibilidad de conflictos con estándares éticos existentes.

En términos de hallazgos y reflexiones, es evidente que la ética en el ISDS es un tema de creciente relevancia y complejidad, y el Código representa un esfuerzo importante para abordar estas cuestiones. Sin embargo, su implementación y efectividad plantean desafíos significativos que requieren una investigación continua y un monitoreo riguroso. Se ha subrayado el equilibrio delicado entre la regulación necesaria para preservar la integridad del arbitraje de inversión y la necesidad de respetar la autonomía de las partes en la elección de árbitros.

Finalmente, se han identificado varios puntos importantes para investigaciones futuras. Estos incluyen la necesidad de una mayor investigación sobre la efectividad del Código en la prác-

tica y su impacto en la conducta de los árbitros. Además, se acentúa la importancia de seguir de cerca las tendencias y cambios en la regulación ética en el ISDS, así como explorar formas de promover una mayor diversidad en la comunidad de árbitros.

La interacción entre el Código de Conducta y otros estándares éticos existentes también es un área que merece una mayor exploración en investigaciones futuras. En este sentido, es fundamental reconocer que el debate sobre la ética en el ISDS y la regulación de las prácticas restringidas está lejos de llegar a su fin. A medida que las disputas de inversión continúan expandiéndose y diversificándose en un entorno global cambiante, la necesidad de abordar estas cuestiones éticas sigue siendo apremiante.

En última instancia, este artículo subraya la importancia de mantener un equilibrio delicado entre la regulación ética necesaria para preservar la integridad del sistema y el respeto por la autonomía de las partes en la elección de árbitros. La ética en el ISDS seguirá siendo un tema crítico en la agenda internacional y requerirá un esfuerzo continuo de la comunidad legal y académica para abordarlo de manera efectiva.

El Tratado sobre la Carta de la Energía, ¿crónica de una retirada anunciada?

The Energy Charter Treaty, a chronicle of an announced withdrawal?



Rocío Goyanes

Abogada por la Universidad de Buenos Aires

Florencia Wajzman

Abogada por la Universidad de Buenos Aires

SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. El panorama actual de disputas bajo el TCE en Europa.**
- III. Las críticas al TCE y el frustrado proceso de modernización.**
- IV. Conclusión.**



RESUMEN:

El origen de la TCE se remonta a finales de la Guerra Fría, en donde el contexto histórico ofrecía una oportunidad de cooperación en el sector energético entre los países de Europa del Este y del Oeste. Sin embargo, en los últimos años los Estados Miembros de la Unión Europea han manifestado duras críticas al TCE por resultar incompatible con las obligaciones asumidas por la Unión Europea en tratados ambientales. El presente artículo busca analizar el panorama actual de disputas del TCE, las críticas que llevaron a un proceso de modernización del texto original del TCE, y los probables resultados de dicho proceso de modernización en atención a la postura crítica de la Unión Europea en relación con el sistema de resolución de disputas entre inversores y Estados. No dejamos de cuestionarnos, ¿nos encontramos ante una crónica de una retirada anunciada por parte de los Estados miembros de la Unión Europea?

Palabras clave: Arbitraje, Medioambiente, ISDS, Tratados, Unión Europea, Conflicto

ABSTRACT:

The origin of the ECT dates to the end of the Cold War, where the historical context provided an opportunity for cooperation in the energy sector between Eastern and Western European countries. However, in recent years, the Member States of the European Union have expressed strong criticisms of the ECT, finding it incompatible with the obligations assumed by the European Union in environmental treaties. This article seeks to analyze the current landscape of ECT disputes, the criticisms that led to a process of modernizing the original ECT text, and the probable outcomes of this modernization process considering the European Union's critical stance regarding the investor-state dispute resolution system. We cannot help but wonder: are we witnessing the chronicle of a withdrawal announced by the European Union Member States?

Keywords: Arbitration, Environment, ISDS, Treaties, European Union, Conflict

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado sobre la Carta de la Energía — en adelante TCE — es un instrumento internacional que busca darle un marco de protección al comercio y a las inversiones en la industria energética. Los orígenes del TCE se remontan a finales de la Guerra Fría, contexto histórico que ofrecía una oportunidad de cooperación en el sector energético entre los países de Europa del Este y del Oeste y la promoción de la inversión en el sector energético del Este¹. El TCE fue precedido por la firma de una declaración no vinculante, la Carta Europea de la Energía, firmada el 17 de diciembre de 1991 en La Haya, Países Bajos. La Carta Europea de la Energía contenía el compromiso de negociar de buena fe un Tratado y Protocolos que fueran jurídicamente vinculantes².

Tres años después de la adopción de la Carta Europea de la Energía, en diciembre de 1994 se firmaron el TCE y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la Eficiencia Energética y los Aspectos Medioambientales Relacionados. Dichos documentos internacionales entraron en vigor en abril de 1998. Al momento de su adopción, el objetivo del TCE fue establecer un *“marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta [Europea de la Energía]”*³.

Los principales pilares del TCE fueron el comercio y la promoción y protección de las inversiones. En relación con las disposiciones dirigidas a la promoción y protección de las inversiones,

1. Dore, Julia, y De Bauw, Robert, *The Energy Charter Treaty. Origins, Aims and Prospects* (London: The Royal Institute of International Affairs, 1995) 2-3.
2. “Título III: Acuerdos Específicos”, Carta Europea de la Energía, consultado el 10 de octubre, 2023, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>
3. El Tratado sobre la Carta de la Energía, artículo 2, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.

el artículo 10 del TCE establece el compromiso de los Estados Parte de brindar a las inversiones realizadas por inversores de otras partes contratantes un “trato justo y equitativo”, las cuales gozaran de una “protección y seguridad completas”⁴. A su vez, el artículo 10 del TCE establece estándares de trato nacional y trato de nación más favorecida, estableciendo obligaciones a los Estados Parte de conceder a las inversiones de otras partes contratantes y sus actividades relacionadas, un trato no menos favorable que el que conceda a las inversiones de sus propios inversores o de cualquier otra Parte Contratante o tercer Estado, debiendo aplicar la situación más favorable⁵.

Las provisiones para la protección y promoción de las inversiones establecidas en el artículo 10 del TCE, se encuentran complementadas por las provisiones de los artículos 12 y 13, que prevén: (i) la restitución o indemnización por las pérdidas que se pudieran sufrir en el marco de un conflicto armado o guerra, estado de excepción, disturbio y otro acontecimiento —artículo 12—⁶; y (ii) la indemnización al justo valor del mercado en caso de expropiación —artículo 13—⁷.

Por otro lado, el TCE prevé un sistema de resolución de disputas escalonado. En el artículo 26 del TCE, se prevé que el Estado Contratante y el inversor del otro Estado Contratante intentarán encontrar una solución amigable en un plazo de tres meses. En caso de que no sea posible resolver la disputa amigablemente, el inversor afectado podrá optar por someter la controversia:

- a) Ante los tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante.
- b) A un procedimiento de resolución de disputas previamente acordado.
- c) De conformidad con las provisiones específicas del TCE⁸.

El TCE ofrece varias opciones al inversor que opte por someter la controversia con arreglo al apartado (c), pudiendo someter la controversia:

- a) Al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones —CIADI, en este caso tanto el Estado de la nacionalidad del Inversor como la Parte Contratante en litigio deberán ser parte del Convenio CIADI.
- b) Ante un único árbitro o tribunal de arbitraje *ad hoc* establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —CNUDMI.
- c) Al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo⁹.

Por último, es relevante tener presente que el artículo 47 del TCE establece que tras la notificación formal de la retirada de una Parte Contratante del TCE, surtirán efectos un año después de la notificación. Además, las protecciones establecidas en el TCE continuarán siendo de aplicación para las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante durante un período de veinte años a partir de la fecha en que surta efecto la retirada de la Parte Contratante.

4. El Tratado sobre la Carta de la Energía, artículo 1, apartado 1, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>

5. El Tratado sobre la Carta de la Energía, artículo 10, apartado 7, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.

6. El Tratado sobre la Carta de la Energía, artículo 12, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>

7. El Tratado sobre la Carta de la Energía, artículo 13, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.

8. El Tratado sobre la Carta de la Energía, artículo 26, apartado 1 y 2, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.

9. El Tratado sobre la Carta de la Energía, artículo 26, apartado 4, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>

II. EL PANORAMA ACTUAL DE DISPUTAS BAJO EL TCE EN EUROPA

En el marco del TCE, la Secretaría de la Carta de Energía es la encargada, entre otras funciones, de supervisar la aplicación de las obligaciones del instrumento, para lo cual publica periódicamente informes con estadísticas de la ejecución del TCE¹⁰. En mayo de 2023, la Secretaría dio a conocer una nueva edición de estadísticas sobre arbitrajes de inversión iniciados en virtud de este instrumento¹¹ —en adelante, el Informe—, lo que permite obtener una apreciación general de cómo ha evolucionado la aplicación del TCE a lo largo de los años en el ámbito de las controversias.

Estas últimas estadísticas revelan que, a la fecha del Informe, el número total de procedimientos conocidos ascendía a 158¹². Entre estos casos, el 59% se relacionan con la generación de energía renovable, el 34% a combustibles fósiles y un 3% a energía nuclear¹³. También se indica que, en el marco de las demandas vinculadas a la generación de energía renovable, los inversores han reclamado unos 23 millones de euros en concepto de daños y que la cifra

concedida por parte de los tribunales asciende aproximadamente a 1.500 millones de euros. Por su parte, en los procedimientos de combustibles fósiles se han reclamado unos 13.000 millones —más otros 87.000 millones relacionados con la saga de casos *Yukos*— y los tribunales han concedido 1.000 millones de euros —y 40.000 millones de euros en la saga de casos *Yukos*— mientras que en los arbitrajes que involucran energía nuclear se han reclamado unos 4.500 millones y los tribunales han otorgado aproximadamente 550 millones de euros en concepto de daños¹⁴.

A fecha del Informe, el Estado más demandado en procedimientos arbitrales bajo el TCE ha sido España, con 51 casos iniciados en su contra, seguido de Italia, que se ha enfrentado a 14 procedimientos en su contra bajo el mismo instrumento. Aunque España e Italia encabezan las estadísticas como Estados demandados, Rumanía, Bulgaria, Turquía, Ucrania y la República Checa también han recibido varias demandas en virtud del TCE¹⁵.

En cuanto a la naturaleza de los inversores, cabe señalar que más de la mitad de las recla-

10. “La Secretaría de la Carta de Energía», Sitio web oficial de la Carta de Energía Internacional, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/who-we-are/secretariat/overview>. Cabe destacar que en virtud del artículo 26 del TCE las partes en un arbitraje de inversión iniciado al amparo de este instrumento no están obligadas a notificar a la Secretaría la existencia de la controversia, por lo que hay algunos procedimientos que posiblemente son confidenciales y cuya información no se encuentra reflejada en la estadística en cuestión (ver TCE, artículo 26).
11. “Estadísticas de casos bajo el TCE al 1 de mayo de 2023”, Secretaría de la Carta de Energía, consultado el 10 de octubre de 2023, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/All_statistics_-_1_May_2023.pdf.
12. Si bien el Informe no incluye un listado de los casos, dicha información es consistente con los datos proporcionados en el buscador elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) en el que se hace referencia a 157 casos. “Investment Dispute Settlement Navigator”, Investment Policy Hub (UNCTAD), consultado el 10 de octubre de 2023, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.
13. “Estadísticas de casos bajo el TCE al 1 de mayo de 2023”, Secretaría de la Carta de Energía, consultado el 10 de octubre de 2023, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/All_statistics_-_1_May_2023.pdf. A la fecha se desconoce qué fuentes de energía están involucrados en el 4% restante de los casos.
14. “Estadísticas de casos bajo el TCE al 1 de mayo de 2023”, Secretaría de la Carta de Energía, consultado el 10 de octubre de 2023, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/All_statistics_-_1_May_2023.pdf. Ver también *Yukos Universal Limited c. Federación Rusa* (Caso CPA No. AA 227), Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1888; *Hulley Enterprises Limited c. Federación Rusa* (Caso CPA No. AA 227), Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1888; *Veteran Petroleum Limited c. Federación Rusa* (Caso CPA No. AA 227), Laudo Final, 18 de julio de 2014, párr. 1888.
15. “Estadísticas de casos bajo el TCE al 1 de mayo de 2023”, Secretaría de la Carta de Energía, consultado el 10 de octubre de 2023, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/All_statistics_-_1_May_2023.pdf.

maciones han sido presentadas por pequeñas o medianas empresas, un tercio por *holdings* y un número menor por inversores particulares, seguidos de fondos de inversión, grandes empresas y bancos¹⁶.

De los 158 procedimientos arbitrales iniciados a la fecha del Informe, 53 se encuentran pendientes, en 79 se han dictado laudos arbitrales —de los cuales 18 se encuentran pendientes de revisión en cortes locales—, 11 han sido acordados y ocho discontinuados¹⁷. En cuanto al resultado de los laudos arbitrales, en casi la mitad de ellos los tribunales han determinado que los Estados demandados incurrieron en violaciones del TCE y les ordenaron pagar una indemnización a los inversores, mientras que en un 26%, los tribunales determinaron que los Estados demandados no incurrieron en violaciones del TCE y en un 14% consideraron que no tenían jurisdicción para entender la disputa¹⁸.

III. LAS CRÍTICAS AL TCE Y EL FRUSTRADO PROCESO DE MODERNIZACIÓN

En 2009 se celebró una conferencia del TCE en Roma en la que se discutió la posible modernización del instrumento y la creación de un grupo tendiente a examinar las posibles opciones para lograr un nuevo marco jurídico

para la cooperación energética¹⁹. Sin embargo, como se explica más adelante, el proceso de modernización no avanzó inmediatamente y no fue hasta años más tarde que este se puso en marcha.

Cabe notar que en el mismo 2009 en que se planteó la necesidad de modernización del marco jurídico, Rusia denunció la aplicación *provisional* del TCE —en un marco en el que un tribunal arbitral entendió que tenía jurisdicción bajo el TCE en la saga de casos *Yukos* iniciados en contra de Rusia—²⁰. Además, en los años que siguieron se iniciaron varios arbitrajes de inversores en contra de Estados europeos en virtud del TCE. Italia fue el primer Estado miembro en anunciar su intención de retirarse del TCE en 2015 alegando que dicha decisión se debía a una política de reducción de costos tendiente a evitar el pago de las cuotas anuales de adhesión al TCE. Dicha denuncia entro en vigor a partir de enero de 2016²¹.

Recién en 2017 que el proceso de modernización cobró impulso y se puso en marcha. En 2018 se acordó la lista de cuestiones que debían tratarse, las cuales se centraron en la limitación a la protección de las inversiones de combustibles fósiles y en el fomento del

16. “Estadísticas de casos bajo el TCE al 1 de mayo de 2023”, Secretaría de la Carta de Energía, consultado el 10 de octubre de 2023, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/All_statistics_-_1_May_2023.pdf.
17. “Estadísticas de casos bajo el TCE al 1 de mayo de 2023”, Secretaría de la Carta de Energía, consultado el 10 de octubre de 2023, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/All_statistics_-_1_May_2023.pdf.
18. “Estadísticas de casos bajo el TCE al 1 de mayo de 2023”, Secretaría de la Carta de Energía, consultado el 10 de octubre de 2023, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/All_statistics_-_1_May_2023.pdf. Además, cuatro casos fueron finalizados por acuerdo entre las partes y en otros tres casos, los tribunales determinaron que, si bien hubo violaciones del TCE por parte de los Estados demandados, no correspondía condenarlos al pago de una indemnización.
19. “Declaración conjunta”, Conferencia del TCE de 2009, consultado el 10 de octubre de 2023 en https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/ECC/20091209-20ECCRome_Statement.
20. “Rusia y el Tratado de la Carta de Energía”, Noticias – Sitio web oficial de la Carta de Energía Internacional, 7 de agosto de 2014, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/what-we-do/knowledge-centre/occasional-papers/russia-and-the-energy-charter-treaty/>.
21. “Italia”, Miembros y observadores – Sitio web oficial de la Carta de Energía Internacional, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/>. El artículo 47 del TCE, que regula la denuncia por parte de los Estados contratantes, establece que los Estados pueden retirarse del TCE en cualquier momento, una vez transcurrido el plazo de cinco años de entrada en vigor del TCE. Una vez remitida la notificación por escrito en la que manifieste su denuncia, ésta se hace efectiva un año después.

desarrollo sostenible²². En 2019 se encomendó al Grupo de Modernización que iniciara las negociaciones, cuya primera ronda tuvo lugar a mediados de 2020²³. Luego de 15 rondas de negociaciones, en junio de 2022 se publicó el texto del TCE modernizado. Sin embargo, desde ese entonces la fecha de votación se ha ido posponiendo debido a la falta de acuerdo de los Estados miembros²⁴.

En noviembre de 2022, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución sobre los resultados del proceso de modernización del TCE. El Parlamento Europeo reconoció que el TCE había sido objeto de fuertes críticas por los Estados Miembros de la Unión Europea, en particular respecto del objetivo de lograr la neutralidad de carbono para el año 2050²⁵ establecido en el Pacto Verde Europeo. El Parlamento Europeo destacó que el texto modernizado del TCE no se encuentra en consonancia con el Acuerdo de París del 2015, la Ley Europea del Clima ni con los objetivos del Pacto Verde Europeo.

En particular, el Acuerdo de París del 2015 estableció entre sus objetivos: (i) limitar el aumento de la temperatura media global a un 2°C por encima de los niveles preindustriales, con esfuerzos por mantenerlo en 1,5°C; (ii) promover

un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero; y (iii) situar los flujos financieros en un nivel compatible con un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero²⁶. A su vez, la Ley Europea del Clima, establece entre sus considerandos la necesidad de continuar trabajando para garantizar la eliminación progresiva de los subsidios energéticos que sean incompatibles con los compromisos ambientales, en particular, aquellos subsidios para inversiones relativas a combustibles fósiles²⁷. Por último, el Pacto Verde Europeo, prevé una serie de políticas ambientales que busca una transición ecológica y tiene como objetivo final alcanzar la neutralidad de carbono para el año 2050²⁸.

El Parlamento Europeo también señaló que el texto modernizado del TCE no se encuentra alineado con la Resolución del Parlamento de fecha 23 de junio de 2022²⁹ sobre el futuro de las políticas de inversión internacional de la Unión Europea, incluyendo: (i) la prohibición de demandar a los Estados Miembros de la Unión Europea por aplicar políticas de eliminación progresiva de los combustibles fósiles, en consonancia con sus compromisos internacionales; (ii) la disminución significativa del plazo para eliminar progresivamente la protección de las

-
22. Parlamento Europeo, Resolución sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, consultado el 10 de octubre de 2023 <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1725434&t=d&l=en>.
 23. Urban Rusnak, "ECT Modernisation Perspectives: Modernisation of the Energy Charter: The Long Story told Short", (Kluwer Arbitration: 2020).
 24. Fabian Eichberger, "ECT Modernisation Perspectives: No Winners: The Long End of the ECT Modernisation Process" (Kluwer Arbitration, 2023).
 25. Parlamento Europeo, Resolución sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, consultado el 10 de octubre de 2023 <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1725434&t=d&l=en>.
 26. ONU, (2015), Acuerdo de París, consultado el 10 de octubre de 2023, https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf
 27. Parlamento Europeo y Consejo Europeo, Reglamento por el que se establece el marco para conseguir la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) Nro. 401/2009 y (UE) 2018/1999, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1119#:~:text=Clima-te%2Dneutrality%20objective,-1.&text=Union%2Dwide%20greenhouse%20gas%20emissions,to%20achieve%20negative%20emissions%20thereafter>.
 28. "Pacto Verde Europeo", Políticas, Consejo de la Unión Europea, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/#what>.
 29. Parlamento Europeo, Resolución sobre el futuro de la política de inversión internacional de la UE, consultado el 10 de octubre de 2023 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0268_EN.html.

inversiones en combustibles fósiles existentes; y (iii) la eliminación del mecanismo de resolución de conflictos entre inversores y Estados. En línea con la Resolución del Parlamento de fecha 23 de junio de 2022, cabe recordar que en los últimos años, los distintos organismos dentro de la Unión Europea han tomado marcadas posturas oponiéndose al sistema de resolución de conflictos entre inversores y Estados existente. En el año 2018, en el marco del caso *Achmea c. Eslovaquia*³⁰, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea evaluó la compatibilidad entre la cláusula de resolución de disputas incluida en el artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversión entre Los Países Bajos y Eslovaquia — en adelante el TBI Países Bajos-Eslovaquia — y la legislación de la Unión Europea. El Tribunal concluyó que la legislación de la Unión Europea se opone al artículo 8 del TBI Países Bajos-Eslovaquia, en tanto el mecanismo de resolución de disputas entre inversores y Estados establecido podrían impedir que dichas disputas se resolvieran garantizando la plena eficacia de la legislación de la Unión Europea³¹.

Por otro lado, desde fines del 2017 la Comisión Europea ha entablado conversaciones multilaterales en miras a reformar el sistema de resolución de conflictos entre inversores y Estados

existente. En particular, la Comisión Europea ha realizado propuestas para la creación de un tribunal multilateral de inversiones. La propuesta de la Comisión Europea incluye la creación de dos instancias de resolución, siendo el tribunal de primera instancia el encargado de examinar los hechos y aplicar la legislación pertinente, y el tribunal de apelación quien se encuentre facultado para revisar las decisiones. Además, propone reemplazar el sistema de designación de los árbitros por las partes del arbitraje por un mecanismo de jueces a tiempo completo³². La Unión Europea ya ha reemplazado mecanismos de resolución de controversias entre inversores y Estados por un sistema de tribunales de inversión en los más recientes acuerdos de inversión internacional con Canadá, México, Singapur y Vietnam.

En este contexto, en diciembre de 2022, Polonia, Alemania y Francia notificaron su denuncia del TCE, la cual entrará en vigor a fines de 2023³³. En esa misma línea, a fines de agosto de 2023, Luxemburgo notificó la denuncia del TCE, la cual entrara en vigor dentro de un año³⁴ y, más recientemente, España, Bélgica, Países Bajos, Portugal, y Eslovenia también han anunciado su intención de comenzar los procedimientos internos correspondientes para denunciar el TCE³⁵.

-
30. *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*).
 31. *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), 6 de marzo de 2018, parr. 56, consultado el 10 de octubre de 2023, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9548_0.pdf.
 32. European Parliament, Multilateral Investment Court, Overview of the reform proposals and prospects, consultado el 10 de octubre de 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI\(2020\)646147_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI(2020)646147_EN.pdf).
 33. “Notificaciones escritas de retirada del Tratado sobre la Carta de Energía”, Noticias — Sitio web oficial de la Carta de Energía Internacional, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notifications-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/>.
 34. “Notificación escrita de retirada del Tratado sobre la Carta de Energía”, Noticias — Sitio web oficial de la Carta de Energía Internacional, consultado el 10 de octubre de 2023, https://www.energycharter.org/media/news/article/written-notification-of-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty/?tx_news.
 35. Ver, por ejemplo, Carta enviada por España a altos ejecutivos del TCE (2023), consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.ecologistasenaccion.org/wp-content/uploads/2022/10/Letter-Spain-to-Commission-on-ECT-September-27-2022.pdf>; “Belgian Climate Minister wants to withdraw from Energy Charter Treaty” (Belga News Agency: 2022), consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.belganewsagency.eu/belgian-climate-minister-wants-to-withdraw-from-energy-charter-treaty>; “Portugal considers ECT withdrawal” (GAR News: 2023); “Netherlands moves to quit Energy Charter Treaty” (GAR News: 2022); “23rd regular sesión of the Government of the Republic of Slovenia”, Sitio web oficial de la Republica de Eslovenia, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.gov.si/en/news/2022-11-10-23>.

(Continúa en la siguiente página)

En este marco de anuncios, en julio de 2023, la Comisión Europea propuso una “denuncia coordinada y ordenada” del TCE por parte de la Unión Europea y sus Estados miembros³⁶. Tras considerar al TCE como un instrumento “obsoleto” que no se encuentra en consonancia con la legislación climática de la Unión Europea ni con sus compromisos bajo el Acuerdo de París, los ejecutivos explicaron que dicha decisión se condice con la remodelación de las políticas energéticas y de la inversión para un “futuro sostenible”³⁷.

En una comunicación oficial, la Secretaria General del TCE calificó de “decepcionante” la propuesta de la Comisión Europea, informó que aún quedaban esperanzas de que el texto modernizado del TCE reciba apoyo y solicitó a los Estados miembros que continúen impulsando el proceso de modernización en cuestión³⁸.

IV. CONCLUSIÓN

Al momento de redacción de este artículo, no

se ha fijado una nueva fecha de votación del TCE modernizado. Resulta relevante recordar que, como se explicó, la tendencia general en la Unión Europea parece ser reacia al arbitraje internacional como método de resolución de conflictos. Además de las discusiones relativas al TCE, desde hace algún tiempo está en marcha un debate en torno a la decisión de la Corte de Justicia de la Unión Europea en el caso *Achmea* y la Comisión de la Unión Europea ha entablado conversaciones tendientes a la creación de una corte multilateral de inversión.

De hecho, la Unión Europea – tanto por parte del Parlamento Europeo³⁹ como de la Comisión Europea⁴⁰ – ha marcado una posición clara al solicitar a sus Estados Miembros que preparen una salida coordinada del TCE y acuerden una renuncia a la cláusula de extinción que prevé la aplicación del TCE por un periodo de 20 años a partir de la fecha de retirada de las Partes Contratantes. Queda por ver qué ocurrirá en los próximos meses.

Como se indicó más arriba, cabe señalar que, en cualquier caso, el artículo 47(3) del TCE contiene una cláusula de extinción (conocida como “*sunset clause*”) que establece que las disposiciones del instrumento seguirán “siendo de aplicación para las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de otras Partes Contratantes” durante un periodo de 20 años a partir de que surta efecto la denuncia del Estado en cuestión. De modo que los inversores que pretendan iniciar un arbitraje en virtud del mecanismo de solución de diferencias establecido en el TCE disponen de una suerte de periodo de gracia para iniciar sus reclamaciones.

36. El Tratado sobre la Carta de la Energía, Artículo 47(3), consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energy-charter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>.

37. “La Comisión Europea propone una retirada coordinada de la UE del Tratado sobre la Carta de la Energía”, Anuncios — Comisión Europea, consultado el 10 de octubre de 2023, https://energy.ec.europa.eu/news/european-commission-proposes-coordinated-eu-withdrawal-energy-charter-treaty-2023-07-07_en.

38. “Declaración del Secretario General de la Secretaría de la Carta de Energía sobre el proyecto de Decisión del Consejo que propone la retirada de la Unión Europea del Tratado sobre la Carta de Energía”, Noticias – Sitio web oficial de la Carta de Energía Internacional, consultado el 10 de octubre de 2023, <https://www.energycharter.org/media/news/article/statement-by-the-secretary-general-of-the-energy-charter-secretariat-on-the-draft-council-decision-p/>.

39. Parlamento Europeo, Resolución sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, consultado el 10 de octubre de 2023 <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1725434&t=d&l=en>.

40. “La Comisión Europea propone una retirada coordinada de la UE del Tratado sobre la Carta de la Energía”, Anuncios – Comisión Europea, consultado el 10 de octubre de 2023, https://energy.ec.europa.eu/news/european-commission-proposes-coordinated-eu-withdrawal-energy-charter-treaty-2023-07-07_en.

Un acercamiento al “*Amicus Curiae*” en el Arbitraje de Inversión

An approach to the “*Amicus Curiae*” in Investment Arbitration



SANDRO ESPINOZA QUIÑONES

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Post grado en arbitraje comercial internacional y de inversión en American
University - Washington College of Law
Director y Profesor de la Escuela de Arbitraje ARBANZA

CRISTHIAN DANIEL ESTRADA ROJAS

Egresado de Derecho por la Universidad de Piura

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Una institución, mil usos, ninguna definición
- III. El *amicus curiae* en la práctica del arbitraje de inversión
- IV. Algunos criterios y reglas aplicables sobre el *amicus curiae* en el arbitraje de inversión
- V. Conclusiones



RESUMEN:

Mediante la presente investigación, los autores ofrecen un acercamiento a la institución jurídica del *amicus curiae* en el arbitraje de inversión. Para tales fines, desarrollan sus orígenes para comprender su naturaleza y lógica operativa en abstracto. Luego, en concreto contraste con algunos casos emblemáticos, desarrollan los motivos que han justificado su uso, así como los criterios para su aceptación e intervención como participantes en el arbitraje de inversión.

Palabras clave: Amicus curiae, arbitraje de inversión, interés público, transparencia, confidencialidad, neutralidad, conocimiento.

ABSTRACT:

Through this research, the authors offer an approach to the institution of the *amicus curiae* in investment arbitration. For this purpose, they explain its origins in order to understand its nature and operational logic in the abstract. Then, in concrete contrast with some emblematic cases, they explain the reasons that have justified their use, as well as the criteria for their acceptance and intervention as participants in investment arbitration.

Keywords: Amicus curiae, investment arbitration, public interest, transparency, confidentiality, neutrality.

I. INTRODUCCIÓN

La figura del *amicus curiae* no ha sido ampliamente desarrollada en lo que respecta al arbitraje de inversión. Sin embargo, el hecho de que no cuente con un amplio desarrollo no significa que se trate de una cuestión menor. Muy por el contrario: no lo es, sobre todo si se considera que el Perú lleva algunos años siendo de los países con más demandas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante: CIADI) ¹.

Este es el contexto en virtud del cual se realiza la presente investigación, para investigar más respecto de la figura y, como será desarrollado en las siguientes líneas, conocer quién es este tercero, así como sus rasgos particulares en el arbitraje de inversión. Ello resultará de gran utilidad, tanto para las futuras controversias en las que el Perú sea parte, así como para otros países de la región.

Sin embargo, durante el desarrollo de este trabajo académico, han surgido muchas interrogantes: ¿Cómo podría un Tribunal Arbitral per-

mitir la participación de un tercero, que no está legitimado como parte, en un arbitraje de inversión? ¿Acaso ello no supondría desequilibrar la balanza a favor del Estado o del inversor? En caso la respuesta sea negativa, y se considere legítimo que este tercero tenga participación, ¿bajo qué criterios debería ser aceptada su intervención y cómo debería llevarse a cabo?

Para responder a dichas interrogantes, se procederá a desarrollar un esquema que vaya desde lo general hacia lo particular. Lo referido supone iniciar con la presentación de los orígenes del *amicus curiae*, para intentar entender su lógica operativa y rasgos más esenciales.

Una vez entendida la institución en líneas generales, se ofrecerá una visión propia desde el arbitraje de inversión, abarcando sus inicios en dicho mecanismo de solución de controversias, así como las razones que justifican su relativo éxito. Finalmente, se revisarán algunos de los criterios principales para determinar la aceptación y el modo de intervención del *amicus curiae* según algunos reglamentos y tratados internacionales.

1. «Perú aún en el “podio” de países más demandados ante el Ciadi, ¿cómo cerrará 2023?», Diario Gestión, acceso el 28 de diciembre de 2023, <https://gestion.pe/economia/peru-sigue-en-el-podio-de-paises-mas-demandados-ante-el-ciadi-como-cerrara-2023-ciadi-arbitraje-noticia/?ref=gesr>

II. UNA INSTITUCIÓN, MIL USOS, NINGUNA DEFINICIÓN²

Se ha llegado a sostener que «*el amicus curiae es el instrumento de las paradojas*»³, por lo difuso de comprender el origen de una figura jurídica milenaria y tradicional. Si bien existe cierta conformidad en que el *amicus curiae* tiene su origen en el Derecho Romano⁴, es mucho más aceptado que su desarrollo se produce principalmente por el *common law* de Inglaterra. Posteriormente, esta figura jurídica fue adaptada a la práctica del derecho norteamericano y, finalmente, fue recogida en los países del *civil law*⁵, en los cuales viene teniendo un importante desarrollo que se aprecia en la realidad⁶.

El camino del *amicus curiae* a través de la historia ha generado que tenga una configuración muy particular, según las concretas circunstancias del espacio y el tiempo. Incluso podría sostenerse, como será desarrollado en las siguientes líneas, que tiene rasgos propios en el arbitraje de inversión, los cuales responden a los principios y valores que inspiran este mecanismo de solución de controversias.

Así, por ejemplo, Salinas Ruiz suscribe la idea de que el origen del *amicus curiae* en el Derecho

Romano se encuentra en la figura del «*consiliari*», un abogado que era consultado por el juzgador, a efectos de brindarle asistencia en la formación de sus opiniones⁷. Sobre el particular, parece sugerirse que el *amicus curiae* es un jurista, abogado u hombre de derecho, al cual el juez acude en consulta para tomar una decisión.

Respecto del derecho inglés, Barbisan señala que el *amicus curiae* fue concebido como una figura sumamente neutral, al servicio del juzgador, para evitar que este incurra en error⁸. Esta figura no comparte los intereses personales de la disputa, por lo que su participación es espontánea y está inspirada por un sentido de justicia en el caso concreto, propio de su ciencia⁹. La autora también señala que, si bien en un inicio el *amicus curiae* debía ser un abogado, a partir de la Ley 4 Hen. IV de 1403, este rol podía ser desempeñado por cualquier persona¹⁰.

Como puede observarse en sus orígenes, el *amicus curiae* se presenta como una figura que se caracteriza por el conocimiento y la neutralidad. Su labor, inspirada por sus propios conocimientos, lo induce a participar en auxilio del juzgador, ofreciéndole información de la que este último carece. Todo ello con el fin de que su decisión sea completa y no incurra en error.

2. El presente subtítulo se encuentra fuertemente inspirado en el título de la investigación «*Amicus Curiae: Una institución, Mil Usos, Ninguna definición*», de Benedetta Barbisan. Ello se ha realizado de este modo por lo preciso y contundente de las palabras elegidas por la autora, las cuales reflejan con acierto el sentido de su investigación, cuando menos, en lo que se refiere a los orígenes del *amicus curiae*.
3. José Salinas Ruiz, «*Amicus curiae: Institución robusta en Inglaterra y Estados Unidos, incipiente en México*», *Derecho en Libertad*, (2008), 11.
4. Esta conformidad no es absoluta. Como será desarrollado en las siguientes líneas, mientras autores como Salinas Ruiz señalan que el origen del *amicus curiae* se encuentra en la figura del «*consiliari*», autoras como Barbisan señalan que se desconoce si la similitud entre ambas figuras no es más que accidental. A mayor detalle, véase Benedetta Barbisan, «*Amicus Curiae: Una institución, Mil Usos, Ninguna definición*». *Diálogos Jurídicos* 7 (2022): 102-111.
5. José Salinas Ruiz, «*Amicus curiae...*», 11.
6. Piénsese, por ejemplo, en la frecuencia con la que en los Plenos Casatorios Civiles se ha admitido la intervención en calidad de *amicus curiae* de diversos especialistas. Pese a ello, la primera vez que el *amicus curiae* se recoge de manera expresa en una norma con rango de ley ocurre con la Ley N° 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, específicamente en el artículo V de su Título Preliminar.
7. José Salinas Ruiz, «*Amicus curiae...*», 11-12.
8. Benedetta Barbisan, «*Amicus Curiae: Una institución, Mil Usos, Ninguna definición*». *Diálogos Jurídicos* 7 (2022), 105-108.
9. Benedetta Barbisan, «*Amicus Curiae: Una institución...*», 105-108.
10. Benedetta Barbisan, «*Amicus Curiae: Una institución...*», 105-108.

No obstante, el paso del tiempo, así como la práctica que ha tenido en la realidad estadounidense y latinoamericana, parece haber difuminado su característica neutralidad e imparcialidad. Por ejemplo, en el caso de Latinoamérica, Bazán suscribe la idea de que el *amicus curiae* se ha convertido en una suerte de «*interviniente interesado y comprometido, que argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia*»¹¹. Mientras que, para el caso de Estados Unidos, Barbisan ha señalado que «*poco a poco se fue consolidando (...) la idea según la cual actúa para influir en el resultado de las decisiones*»¹².

Puede verificarse con facilidad, a partir de lo referido que, pese a las similitudes en cuanto al conocimiento ofrecido, la configuración del *amicus curiae* no ha sido unívoca a lo largo de la historia de las tradiciones jurídicas. Precisamente por ello es que no resulta sencillo presentar una noción que abarque su complejidad, y que también sea lo suficientemente precisa para englobar sus características esenciales.

Sin embargo, es posible formarse una idea del *amicus curiae* a partir de lo que se establece en algunos diccionarios autorizados. Por ejemplo, el Diccionario panhispánico del español jurídico¹³ de la Real Academia Española lo define como aquella «*Persona física o jurídica que sin estar legitimada como parte o como tercero en un litigio interviene voluntariamente ante un tribunal para colaborar con este aportando información objetiva*». Luego, en *The Law Dictionary*, más afín a la tradición del *common law*, se ha definido al

amicus curiae en los siguientes términos: «*A party that is not involved in litigation but gives expert testimony when the court asks. They can support public interest not being addressed in the trial*»¹⁴.

A partir de estas definiciones, se recogen algunos de los rasgos del *amicus curiae* en la actualidad, con la generalidad necesaria para entender su naturaleza, por lo menos de forma preliminar. Como se aprecia, tales rasgos son los siguientes: (1) no es una parte del litigio, (2) cuenta con experiencia en la materia que se le solicita, (3) interviene de forma voluntaria, (4) aporta información objetiva al tribunal y, con ello, (5) podría abordar un interés público que no se discute en el litigio.

Por el momento baste entender, entonces, que el *amicus curiae* resulta ser un tercero, cuya finalidad en el trámite procesal es proporcionar información objetiva al juzgador. Con ello, se pretende que el derecho sea determinado con una mayor cuota de conocimiento y, en consecuencia, la decisión sea lo más correcta y justa posible. Con todo ello, se entienden los motivos por los que la traducción literal del *amicus curiae* es «amigo de la Corte» o «amigo del Tribunal».

III. EL AMICUS CURIAE EN LA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

La esencia y naturaleza del *amicus curiae* en el arbitraje de inversión, no varía significativamente respecto de lo que ha sido previamente señalado en forma preliminar. Se trata de una persona que interviene en el proceso

11. Víctor Bazán, «En Torno Al Amicus Curiae». *Revista Oficial Del Poder Judicial* 5 (2009): 313.

12. Benedetta Barbisan, «Amicus Curiae: Una institución...»: 107.

13. Según lo ha señalado la Real Academia Española, la elaboración del «Diccionario panhispánico del español jurídico» contó con un equipo de más de cuatrocientos juristas y filólogos, tanto de América como de España. En consecuencia, puede sostenerse que su pretensión ha sido abarcar el lenguaje jurídico de la comunidad hispanoamericana. Independientemente de lo acertado de la definición, según la variedad de opiniones, lo cierto es que ofrece un primer acercamiento válido para los fines del presente trabajo de investigación. En «Diccionario panhispánico del español jurídico», Real Academia Española, acceso el 28 de diciembre de 2023, <https://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-panhispanico-del-espanol-juridico>

14. «Una parte que no interviene en el litigio, pero presta testimonio de experto cuando la corte lo requiere. Puede sostener el interés público que no ha sido tratado en el proceso.» Traducción libre de la palabra «*amicus curiae*», recogida por *The Law Dictionary*. En «amicus curiae», *The Law Dictionary*, acceso el 28 de diciembre de 2023, <https://thelawdictionary.org/?s=amicus+curiae>

debido al interés que tiene en el mismo, por lo que su rol es el de asistir al Tribunal Arbitral aportando información especializada sobre cuestiones de hecho o de derecho, aunque no como parte, pues el *amicus curiae* nunca asumirá las consecuencias jurídicas directas de la decisión final¹⁵.

En la práctica, cada vez es más común y aceptada la presentación de solicitudes para participar como *amicus curiae* en arbitraje de inversión. Por ejemplo, en el informe «*Amici Curiae in Investment Arbitration*»¹⁶, actualizado el 3 de octubre de 2023, se señala que, para la fecha, se han presentado 94 peticiones para participar como *amicus curiae* en 76 casos diferentes.

Dicho informe también precisa que 56 de las solicitudes presentadas fueron completamente aceptadas, 4 fueron parcialmente aceptadas y 34 fueron rechazadas por los Tribunales Arbitrales. Asimismo, el informe incide en que, solamente en una ocasión, un Tribunal Arbitral solicitó la intervención de un *amicus curiae* por iniciativa propia.

Lo referido demuestra que es necesario entender, por lo menos de forma general, el funcionamiento del *amicus curiae* en el arbitraje de inversión. Por lo tanto, en las siguientes líneas se desarrollarán algunas cuestiones relacionadas con (1) su relativamente reciente aparición en el arbitraje de inversión, (2) la justificación e importancia de su uso, y (3) las reglas en virtud de las cuales los Tribunales Arbitrales han determinado la procedencia, o no, de escritos de *amicus curiae*.

1. Los inicios del *amicus curiae* en el arbitraje de inversión.

Uno de los primeros casos en incluir el *amicus curiae*, y también el más emblemático, es el conocido *Methanex Corporation vs. United States of America*. En este caso, se siguió el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), conforme a la protección invocada por Methanex en virtud del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Según el Laudo Final, la controversia inicia cuando Methanex demanda a Estados Unidos y le reclama una indemnización por pérdidas. A grandes rasgos, Methanex es el mayor productor de metanol, materia prima utilizada en el aditivo para gasolina MTBE (metil terbutil éter); y el Estado de California prohibió el uso de dicho aditivo, generando las pérdidas alegadas por Methanex. Como se verifica de los actuados, el Estado de California prohibió su uso señalando que este tipo de combustibles generaba efectos negativos en el medio ambiente y en la salud de las personas¹⁷.

Con acierto, Sommer sostiene que esta controversia trajo consigo un debate sobre los alcances que podrían tener las decisiones de un Tribunal Arbitral, pues la discusión no solo incide sobre las consecuencias económicas generadas al inversor, sino también en las implicancias para la salud y seguridad de los ciudadanos del Estado de California¹⁸. En consecuencia, fue interés público detrás de la controversia lo que motivó que, entre agosto y octubre del año

15. Alejandra Zegarra Blanco, «Importancia de la participación de los *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) referidos a las expropiaciones en los países en desarrollo», *Anuario de Investigación del CICAJ* 2015 (2016), 228.
16. Pablo Jaroslavsky y Juan Pablo Blasco, «*Amici Curiae in Investment Arbitration*», *JUS MUNDI* (2023). La versión actualizada del informe puede encontrarse en: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-amici-curiae-in-investment-arbitration>
17. *Methanex Corporation vs. United States of America*. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. Recuperado de: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-methanex-corporation-v-united-states-of-america-final-award-of-the-tribunal-on-jurisdiction-and-merits-wednesday-3rd-august-2005#decision_824
18. Christian G. Sommer, «Los alcances del *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones», *Revista de la Facultad de Derecho* 2 (2), (2011), 168.

2000, se presenten 4 agrupaciones solicitando intervenir como *amicus curiae*, siendo estas las siguientes: *International Institute for Sustainable Development, Communities for a Better Environment, Bluewater Network of Earth Island Institute y Center for International Environmental Law*.

Con todo ello de por medio, el Tribunal Arbitral aceptó las solicitudes de estas agrupaciones, estableciendo claramente que ello no significaba adicionarlas como parte en el arbitraje, que su participación sería únicamente mediante presentación de escritos, y que su acceso estaría limitado únicamente a algunos documentos del caso. Las conclusiones del Tribunal Arbitral para aceptar el *amicus curiae* se resumen principalmente en dos aspectos: (1) su poder para aceptar la presentación escrita de los *amicus*, y (2) la apreciación discrecional de circunstancias relevantes (interés público) para tal aceptación¹⁹.

Sobre el primer aspecto, el Tribunal Arbitral concluyó que el numeral 1 del artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI le otorga el poder para aceptar las solicitudes de *amicus curiae* formuladas. Además, determina que tales presentaciones se deben realizar por escrito y que deben ser notificadas a las partes. Finalmente, en un ejercicio de prudencia, el Tribunal Arbitral determina que su poder no le habilita permitir el acceso a los solicitantes sobre todos los materiales generados en el arbitraje, ni asistir a las audiencias orales que se realicen con ocasión del mismo, sin perjuicio de reconocer que estos materiales pueden obtenerse oportunamente del dominio público.

La pauta considerada por el Tribunal Arbitral en la determinación de su poder para aceptar, o no, las solicitudes de *amicus curiae* se encuen-

tra en la Sección III, Procedimiento Arbitral, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI vigente durante la controversia. A mayor detalle, la versión oficial en español establece lo siguiente:

«Artículo 15. – Disposiciones generales. –

1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos. (...)»²⁰.

Como puede observarse, el Tribunal Arbitral consideró la posibilidad de aceptar las solicitudes en virtud del poder genérico que le ofrece la norma para dirigir el arbitraje. Sin embargo, dicho poder no puede ser ejercido de manera irrestricta, sino que requiere ser justificado en el extremo de los motivos por los que la intervención de *amicus curiae* se consideraría apropiada.

De este modo, es relevante tener en consideración el segundo aspecto que consideró el Tribunal Arbitral para aceptar la solicitud: su apreciación discrecional para determinar si es «apropiado» hacerlo bajo el numeral 1 del artículo 15 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral determinó lo siguiente:

«There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: there are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a

19. *Methanex Corporation vs. United States of America*. Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “*amici curiae*” (2001). Recuperado de: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-methanex-corporation-v-united-states-of-america-decision-of-the-tribunal-on-petitions-from-third-persons-to-intervene-as-amici-curiae-monday-15th-january-2001#decision_1256

20. El idioma en el que se desarrolló la controversia fue el inglés, por lo que el Tribunal Arbitral realmente observó la siguiente redacción de la misma pauta: «1. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case».

dispute between private persons. The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerfully suggested in the Petitions. There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent: or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal's willingness to receive amicus submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas a blanket refusal could do positive harm»²¹.

Respecto del interés público, Carbajal y Mendoza señalan que existe una relación directa entre las decisiones finales de los arbitrajes de inversión y el bienestar e intereses de terceros, por lo que se reconoció el derecho de participación de terceras partes no contendientes, pero con razonables limitaciones para su uso²². Tales limitaciones se deben a que el interés público no lo puede todo, y el Tribunal Arbitral optó por equilibrar las solicitudes con los matices que han sido previamente desarrollados.

Es así que este primer caso estableció los primeros criterios para la aceptación y el alcance de las solicitudes de *amicus curiae* presentados durante el trámite de una controversia entre

inversionista y Estado. Sin perjuicio de ello, no puede perderse de vista que, incluso desde esta primera decisión, los cuestionamientos a la figura estaban relacionados con la confidencialidad y el trato equitativo para las partes contendientes.

2. Justificación e importancia del *amicus curiae* en el arbitraje de inversión

Partiendo de la premisa de que el *amicus curiae* ha sido utilizado como una respuesta del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados para revertir su dañada imagen pública, Carbajal y Mendoza resumen la justificación de la figura bajo análisis en 3 grandes motivos: (1) el interés público, (2) la política pública internacional y (3) la transparencia²³.

Sin embargo, a partir del precedente establecido por el caso *Methanex vs. Estados Unidos*, que fue ratificado en arbitrajes de inversión posteriores²⁴, conviene destacar los motivos de interés público y transparencia. Como fue analizado, estos dos han sido los principales elementos de juicio que sopesó el Tribunal Arbitral para determinar que es «apropiada» la intervención del *amicus curiae*, independientemente de la utilidad de la información que le pudieran ofrecer.

21. «Existe un indudable interés público en este arbitraje. Los asuntos del fondo van más allá de los que plantea usualmente el arbitraje transnacional entre partes comerciales. Ello no solo se debe a que una de las partes contendientes sea un Estado: existen, por supuesto, controversias en las que intervienen Estados que no revisten mayor importancia pública general que una controversia entre particulares. El interés público en este arbitraje surge de su objeto, como se sugiere vigorosamente en las peticiones. También hay un argumento más amplio, como sugieren el demandado y Canadá: el Capítulo XI (proceso arbitral) podría ser más beneficioso si se percibiera con mayor apertura o transparencia o, por el contrario, ser más perjudicial si se percibiera como indebidamente secreto. En este sentido, la disposición del Tribunal para recibir presentaciones de *amicus* podría apoyar el proceso en general y este arbitraje en particular; mientras que una negativa general podría generar un perjuicio real». Traducción libre del párrafo 54, en *Methanex Corporation vs. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “*amici curiae*” (2001). Recuperado de: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-methanex-corporation-v-united-states-of-america-decision-of-the-tribunal-on-petitions-from-third-persons-to-intervene-as-amici-curiae-monday-15th-january-2001#decision_1256

22. Cristhian Carbajal y Yolanda Mendoza, «La relevancia de los *amicus curiae* en los arbitrajes internacionales de inversión pos COVID-19 en materia de salud pública», *Agenda Internacional* 28 (39), (2021), 205.

23. Cristhian Carbajal y Yolanda Mendoza, «La relevancia de los *amicus curiae*...», 205-209.

24. De hecho, en el arbitraje de inversión recaído en el caso *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada* se ratifican los criterios establecidos por en *Methanex Corporation vs. United States of America*. Lo mismo sucede en *Suez et al. vs. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/19 y en los casos que serán desarrollados en las siguientes líneas.

(i) Respetto del interés público.

El Diccionario panhispánico del español jurídico define el «interés público» como el «Conjunto de aspiraciones surgidas de las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado». Sin embargo, para lo que compete a la presente investigación, han sido los propios Tribunales Arbitrales los encargados de establecer ciertas pautas o elementos para determinar la existencia de un interés público en el arbitraje de inversión²⁵.

Como fue señalado en *Methanex Corporation vs. United States*, pueden existir controversias en las que un Estado sea parte contendiente, sin que revistan mayor importancia pública general que una controversia entre particulares²⁶. No obstante, en este caso la intervención del Estado trae consigo una relación directa con el medio ambiente y la salud de los ciudadanos del Estado de California, existiendo un interés público que trasciende el interés de las partes contendientes y que justifica, también, la intervención de *amicus curiae*.

Sobre el particular, en el caso *Suez et. al. vs. República de Argentina*, desarrolló con más precisión a qué se refiere el Tribunal Arbitral cuando menciona que existe un «interés público» en el proceso. A entender del colegiado, este interés viene dado por la posibilidad de que su decisión afecte a la población de la República de Argentina. A mayor detalle:

«El factor por el cual este caso reviste especial interés público consiste en que la diferencia relativa

a inversiones gira en torno a los sistemas de distribución de agua y alcantarillado de una extensa zona metropolitana: la ciudad de Buenos Aires y los municipios que la rodean. Esos sistemas proporcionan servicios públicos básicos a millones de personas y, en consecuencia, podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos. Toda decisión emitida en este caso, sea a favor de los Demandantes o de la Demandada, tiene el potencial de afectar el funcionamiento de esos sistemas y, por consiguiente, a la población que los mismos atienden»²⁷. (Subrayado añadido).

Por lo tanto, para los Tribunales Arbitrales en arbitraje de inversión, el hecho de que la decisión del Tribunal Arbitral pueda afectar a la población configura el «interés público» del arbitraje. Si el objeto de la controversia «*involucra cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales de las poblaciones afectadas, primando, entre otros, las cuestiones medioambientales y de salud pública*»²⁸, entonces el Tribunal Arbitral valorará mucho más la participación de *amicus curiae*.

No obstante, incluso reconociendo el «interés público» como uno de los motivos más determinantes para permitir la intervención de *amicus curiae* en el arbitraje de inversión, este no supone necesariamente una vulneración al principio de igualdad en el arbitraje. Dicha aclaración resulta necesaria considerando que, desde sus orígenes en *Methanex Corporation vs. Estados Unidos*, la parte demandante alega la posibilidad de un trato injusto por la aceptación del escrito del *amicus curiae*. El Tribunal Arbitral se ha pronunciado acerca de ello en los siguientes términos:

25. Nayiber Febles Pozo, «La transparencia y el interés público en el arbitraje de inversiones», *Vniversitas* 69 (2020), 4.

26. Párrafo 54, en *Methanex Corporation vs. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “amici curiae” (2001). Recuperado de: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-methanex-corporation-v-united-states-of-america-decision-of-the-tribunal-on-petitions-from-third-persons-to-intervene-as-amici-curiae-monday-15th-january-2001#decision_1256

27. Párrafo 19 en *Suez et al. vs. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. Recuperado de: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-suez-sociedad-general-de-aguas-de-barcelona-s-a-and-vivendi-universal-s-a-formerly-aguas-argentinas-s-a-suez-sociedad-general-de-aguas-de-barcelona-s-a-and-vivendi-universal-s-a-v-argentine-republic-ii-award-thursday-9th-april-2015#decision_720

28. Nayiber Febles Pozo, «La transparencia...», 9.

«Accordingly, whilst there is a possible risk of unfair treatment as raised by the Claimant, the Tribunal is aware of that risk and considers that it must be addressed as and when it may arise. There is no immediate risk of unfair or unequal treatment for any Disputing Party or Party»²⁹.

Como ha sido desarrollado con anterioridad, la función del *amicus curiae* no es sino ofrecer elementos de juicio técnicos y especializados, para cuestiones de hecho y/o de derecho, que permitan al Tribunal Arbitral tomar una decisión mucho más precisa y acertada. Por lo tanto, ciertamente no existe un riesgo inmediato de trato injusto o desigual por la intervención de un *amicus curiae*, incluso cuando dicha intervención se justifique principalmente en el «interés público».

De hecho, la intervención e interés del *amicus curiae* en la controversia no significa necesariamente que se favorezca a una de las partes, ni mucho menos que determine la decisión del Tribunal Arbitral. Prueba de ello es que, por ejemplo, el caso *Suez et. al. vs. República de Argentina*, uno de los cuales incide con énfasis en el «interés público» tras la controversia, fue decidido en favor del inversionista.

(ii) Respecto de la transparencia.

Desde *Methanex Corporation vs. United States*, la transparencia aparece como un elemento que valora positiva y cuidadosamente el Tribunal Arbitral. Sobre el particular, se consideró beneficioso que el arbitraje sea percibido como uno con apertura o transparencia, y perjudicial que sea percibido como indebidamente secreto.

Al respecto, Carbajal y Mendoza consideran que la transparencia es un elemento crucial y significativo para el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados, pues «fortalece la igualdad de los interesados y la credibilidad de las soluciones adoptadas por tribunales arbitrales»³⁰. En términos similares, Febles menciona que el acceso a la información sería un medio para asegurar la mayor legitimidad del arbitraje de inversión, ayudando a exponer ante el público su funcionamiento³¹.

Ahora bien, uno de los argumentos utilizados por el demandante para oponerse a la intervención de *amicus curiae*, respecto del caso *Methanex Corporation vs. United States*, estuvo relacionado con la confidencialidad del arbitraje. Sobre el particular, ya se ha señalado que el Tribunal Arbitral prefirió otorgar más importancia a los valores relacionados con el interés público y a la transparencia en el arbitraje de inversión.

En definitiva, la confidencialidad en el arbitraje de inversión ha ido cediendo paulatinamente, aunque sin quedar completamente desplazada³². De hecho, existen algunos aportes sobre la confidencialidad que refuerzan la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral de *Methanex Corporation vs. United States*. Por ejemplo, en el caso *S.D. Myers, Inc. vs. Government of Canada*, el Tribunal Arbitral señaló lo siguiente:

«The Tribunal considers that, whatever may be the position in private consensual arbitrations between commercial parties, it has not been established that any general principle of confidentiality exists in an arbitration such as that currently before this Tribunal. The

29. «En consecuencia, si bien existe el posible riesgo de trato injusto planteado por el Demandante, el Tribunal es consciente de tal riesgo y considera que debe atenderse en el momento en que pueda aparecer. No existe riesgo inmediato de trato injusto o desigual para ninguna de las Partes contendientes.». Traducción libre del párrafo 37, en *Methanex Corporation vs. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “amici curiae” (2001). Recuperado de: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-methanex-corporation-v-united-states-of-america-decision-of-the-tribunal-on-petitions-from-third-persons-to-intervene-as-amici-curiae-monday-15th-january-2001#decision_1256

30. Cristhian Carbajal y Yolanda Mendoza, «La relevancia de los amicus curiae...», 207.

31. Nayiber Febles Pozo, «La transparencia...», 3.

32. Nayiber Febles Pozo, «Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional», *Revista de Derecho Privado* 40 (2021), 471.

*main argument in favour of confidentiality is founded on a supposed implied term in the arbitration agreement. The present arbitration is taking place pursuant to a provision in an international treaty, not pursuant to an arbitration agreement between the disputing parties».*³³

Si lo que se pretende es legitimar el arbitraje de inversión y no dilapidar el interés público que subyace en algunas controversias entre inversionistas y Estados, entonces resulta oportuno valorar la transparencia, incluso por encima de la confidencialidad. Sin embargo, esta valoración no exime a los Tribunales Arbitrales de realizar un sano ejercicio de prudencia en el caso concreto, pues no todo puede permitirse en aras de una pretendida legitimación del arbitraje de inversión. Finalmente, este no deja de ser un mecanismo de solución de controversias especializado y jurídico, por lo que no puede convertirse en un modo de democratizar las decisiones, igualmente especializadas, de los Tribunales Arbitrales.

Ahora bien, independientemente de los motivos que justifican la creciente tendencia para la aceptación del *amicus curiae* en el arbitraje de inversión, no ha de perderse de vista cuál es el motivo fundamental por el que es tan importante. De hecho, todo lo relacionado a la transparencia y el interés público no vienen por sí solos, sino que se derivan del mayor conocimiento que los *amicus curiae* pueden ofre-

cer al Tribunal Arbitral para la solución de la controversia.

Esto queda mucho más claro, por ejemplo, a partir de la definición de *amicus curiae* que ofrece *The Law Dictionary*, previamente citada en los siguientes términos: «*A party that is not involved in litigation but gives expert testimony when the court asks. They can support public interest not being addressed in the trial*»³⁴. En efecto, el énfasis sobre el interés público y la transparencia deben ser derivados de que es más justo aquel Tribunal Arbitral que ha considerado todos los elementos de juicio relevantes para tomar una decisión, incluso de aquellos ofrecidos por intervinientes que, sin ser parte del arbitraje, pueden ofrecer un conocimiento más objetivo.

Al respecto, resulta de mucha utilidad lo que ha dispuesto el Tribunal Arbitral del caso *Phillip Morris et al. vs. República de Uruguay*, en los siguientes términos:

*«The Tribunal believes that the Submission may be beneficial to its decision-making process in this case considering the contribution of the particular knowledge and expertise of two qualified entities regarding the matters in dispute. It considers that in view of the public interest involved in this case, granting the Request would support the transparency of the proceeding and its acceptability by users at large»*³⁵.

33. «El Tribunal considera que, cualquiera sea la posición en los arbitrajes privados consensuados entre partes comerciales, no se ha establecido la existencia de ningún principio general de confidencialidad en el arbitraje, como el que actualmente tiene ante sí este Tribunal. El argumento central a favor de la confidencialidad se fundamenta en una supuesta cláusula implícita en el acuerdo de arbitraje. El presente arbitraje se realiza conforme a una disposición de un tratado internacional, no conforme a un acuerdo de arbitraje entre las partes contendientes». Traducción libre del párrafo 8, en *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Procedural Order No. 16 (concerning confidentiality in materials produced in the arbitration) (1999). Recuperado de: https://jusmundi.com/en/document/other/en-s-d-myers-inc-v-government-of-canada-procedural-order-no-16-concerning-confidentiality-in-materials-produced-in-the-arbitration-saturday-13th-may-2000#other_document_1288

34. «Una parte que no interviene en el litigio, pero presta testimonio de experto cuando la corte lo requiere. Puede sostener el interés público que no ha sido tratado en el proceso.» Traducción libre de *The Black Law Dictionary*, <https://thelawdictionary.org/?s=amicus+curiae>

35. «El Tribunal considera que la Petición podría beneficiar su proceso para tomar una decisión en este caso, considerando el aporte del conocimiento y experiencia particulares de dos entidades cualificadas en relación con las materias en disputa. Considera que, en vista del interés público involucrado en este caso, conceder la Petición apoyaría la trans-

(Continúa en la siguiente página)

Por la propia naturaleza de la figura, ha de considerarse más el aporte en conocimiento y experiencia para cuestiones de hecho y de derecho que pueda ofrecer quien solicite intervenir como *amicus curiae*. Tras ello, el Tribunal Arbitral puede considerar los beneficios que tal intervención traería consigo, lo cual inevitablemente se relaciona con el interés público y la transparencia previamente desarrollados. En orden lógico, entendiendo de manera estricta la figura del *amicus curiae*, primero debería valorarse el conocimiento que el tercero pueda aportar en la solución de la controversia y, después, valores como el interés público y la transparencia.

No debe perderse de vista que los *amicus curiae* permiten, en principio, la mayor calidad técnica y jurídica del Laudo Arbitral, pues difícilmente un árbitro sería especialista en todos los regímenes del derecho internacional, o un experto en áreas sociales o científicas³⁶. Como ha sido señalado previamente, la solución efectiva de una controversia especializada requiere de un conocimiento igual de especializado, mientras que el defecto de conocimiento también supone un defecto en la motivación.

IV. ALGUNOS CRITERIOS Y REGLAS APLICABLES SOBRE EL AMICUS CURIAE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Con anterioridad se ha hecho referencia al informe «*Amici Curiae in Investment Arbitration*»³⁷ (en adelante: el Informe), recientemente actualizado el 3 de octubre de 2023. De las 94 peticiones para intervenir como *amicus curiae*, en 76 casos diferentes, los autores han señalado

cuáles habrían sido las principales consideraciones de los Tribunales Arbitrales para aceptar dicha intervención.

Por consiguiente, conviene realizar un análisis tales consideraciones, muchas de los cuales han sido desarrolladas oportunamente con ocasión de los precedentes revisados. Ahora bien, a efectos de realizar un análisis detallado de la cuestión, se realizará un contraste entre ello y lo establecido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), así como lo establecido por las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). A mayor detalle:

(i) El énfasis en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se justifica en que casi la tercera parte de los casos analizados en los que se ha solicitado la participación de *amicus curiae*, se han desarrollado en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), cuyo Capítulo XI remite al referido reglamento. No debe perderse de vista que, desde el año 2014, entró en vigencia el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (en adelante: Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia)³⁸, el cual también contiene disposiciones relevantes al respecto.

(ii) El énfasis en las Reglas de Arbitraje del CIADI se justifica, no solo en su frecuencia,

parencia del procedimiento y su aceptación por los usuarios en general». Traducción libre del párrafo 28, en *Phillip Morris et al. vs. República de Uruguay*, Procedural Order No. 3 (2015). Recuperado de: https://jsumundi.com/en/document/other/en-philip-morris-brand-sarl-switzerland-philip-morris-products-s-a-switzerland-and-abal-hermanos-s-a-uruguay-v-oriental-republic-of-uruguay-procedural-order-no-3-tuesday-17th-february-2015#other_document_772

36. Cristhian Carbajal y Yolanda Mendoza, «La relevancia de los *amicus curiae*...», 209.

37. Pablo Jaroslavsky y Juan Pablo Blasco, «*Amici Curiae* ...»

38. Según el numeral 2 de su artículo 1, este reglamento se aplicará en tres escenarios, respecto de los tratados que se remitan al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: (1) para tratados celebrados a partir del 1 de abril de 2014, salvo las partes acuerden otra cosa; (2) en caso las partes de un arbitraje convengan en su aplicación respecto de ese arbitraje; y (3) para tratados celebrados antes de esta fecha, cuando las partes así lo consientan después del 1 de abril de 2014.

sino también en el hecho de que el Perú es uno de los países con más demandas ante el CIADI en los últimos años³⁹.

Ahora bien, muchas de las principales consideraciones de los Tribunales Arbitrales para aceptar las solicitudes de *amicus curiae* han sido desarrolladas oportunamente en la presente investigación, al momento de revisar el origen, justificación e importancia de la figura. Siendo así, conforme a lo establecido por el informe «*Amici Curiae in Investment Arbitration*»⁴⁰, tales consideraciones son las siguientes:

(i) La petición incide sobre cuestiones comprendidas en el alcance de la disputa.

En caso se acepte la solicitud de *amicus curiae*, el interviniente deberá ofrecer información objetiva al Tribunal Arbitral para que tenga un mayor conocimiento de la controversia. Si ello es así, entonces el presupuesto lógico para que dicha información sirva como apoyo, es que las cuestiones abordadas por el *amicus curiae* se realicen dentro del marco de la disputa. De lo contrario, la intervención no estaría justificada.

La pauta ha sido recogida en el Artículo 4, numeral 1 del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia; así como en la Regla 67, numeral (2), inciso (a) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

(ii) La petición no genera cargas indebidas, no perjudica injustamente la presentación de una parte contendiente, ni altera el procedimiento.

La preocupación de las partes respecto de un trato injusto está presente desde las primeras solicitudes de *amicus curiae* en el arbitraje de inversión. De hecho, fue uno de

los argumentos en los que la parte demandante fundamentó su oposición al *amicus curiae* en el caso *Methanex Corporation vs. United States*. Sin embargo, como ha sido previamente señalado, la intervención de un tercero en calidad de *amicus curiae* requiere de un sano ejercicio de prudencia por parte del Tribunal Arbitral para evitar las dificultades referidas.

La pauta ha sido recogida en el Artículo 4, numeral 5 del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia; así como en la Regla 67, numeral (4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Sobre el particular, el Reglamento del CIADI incide con mayor precisión sobre las facultades discrecionales del Tribunal Arbitral en relación al *amicus curiae*, señalando que «*a tal fin, el Tribunal podrá imponer condiciones a la parte no contendiente, incluyendo respecto al formato, la extensión, el alcance o la publicación del escrito y el plazo en el que deberá presentarse*».

(iii) El peticionario cuenta con una pericia, experiencia o perspectiva distinta a la de las partes, que podría asistir al Tribunal

Como ha sido previamente señalado, la figura del *amicus curiae* es, en el fondo, un apoyo técnico y especializado para cuestiones de hecho y de derecho. Su finalidad es ofrecer más elementos de juicio para que el Tribunal Arbitral pueda valorarlos y, en consecuencia, emitir un Laudo Arbitral con mayor conocimiento.

Sin embargo, dicho conocimiento debe ser distinto al que pueda ser aportado por las partes contendientes, e incluso distinto del que pueda proveerse el propio Tribunal Arbitral. De lo contrario, solo su participación

39. «Perú aún en el “podio” de países más demandados ante el Ciadi, ¿cómo cerrará 2023?», Diario Gestión, acceso el 28 de diciembre de 2023, <https://gestion.pe/economia/peru-sigue-en-el-podio-de-paises-mas-demandados-ante-el-ciadi-como-cerrara-2023-ciadi-arbitraje-noticia/?ref=gesr>

40. Pablo Jaroslavsky y Juan Pablo Blasco, «Amici Curiae ...»

sería contraproducente, en detrimento de la celeridad y eficiencia que debe regir el arbitraje.

La pauta ha sido recogida en el Artículo 4, numeral 3, inciso (b) del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia; así como en la Regla 67, numeral (2), inciso (b) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

(iv) El peticionario tiene un interés significativo en el arbitraje

En relación al interés del *amicus curiae* en el arbitraje, este no consiste en el mismo interés sustancial de las partes en la solución de la controversia, pues de lo contrario se estaría identificando con ellas. Por el contrario, se trata de un interés que se deriva del conocimiento y experiencia del solicitante, quien a partir de ello podría ofrecer una perspectiva en apoyo del Tribunal Arbitral.

Este interés significativo se presenta con mayor intensidad en aquellos casos en los que la intervención es solicitada voluntariamente. De hecho, la participación voluntaria es la regla general, pues el Informe señala que, además de las 94 peticiones analizadas, solo un Tribunal Arbitral requirió la participación de *amicus curiae* por iniciativa propia⁴¹.

La pauta ha sido recogida en el Artículo 4, numeral 3, inciso (a) del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia; así como en la Regla 67, numeral (2), inciso (c) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

(v) Existe interés público en el objeto del arbitraje

Como ha sido ampliamente desarrollado con anterioridad, es usual que el Tribunal

Arbitral considere el interés público detrás del objeto de la controversia para justificar la intervención de un tercero en calidad *amicus curiae*. De hecho, ello ocurrió desde *Methanex Corporation vs. United States*. Sin embargo, como fue previamente señalado, el interés público se deriva del mayor conocimiento que el interviniente ofrece al Tribunal Arbitral con miras a solucionar la controversia, y no es exactamente un fin en sí mismo.

En relación al interés público, ni el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ni las Reglas de Arbitraje del CIADI contienen una disposición expresa y directa al respecto. Sin embargo, en el artículo 1, numeral 4, inciso (a) del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia se ha establecido que el Tribunal Arbitral, en ejercicio de las facultades discrecionales que se le confieren, debe tener en cuenta el «*interés público en la transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y Estados enmarcados en el marco de un tratado y del procedimiento arbitral en particular*».

(vi) El peticionario era independiente de las partes del arbitraje

Esta consideración podría encontrar sustento, también, en la preocupación de las partes sobre un posible trato injusto. El *amicus curiae* debe ser capaz de ofrecer información objetiva, alineada con los intereses propios de su ejercicio y de manera independiente. Es por ello, a fin de no desnaturalizar la figura y de respetar el trato equitativo entre las partes, se requiere que su intervención no dependa de alguna de las partes en el arbitraje.

Bajo la misma lógica acerca de la independencia, tanto en el Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia, como en las

41. Este supuesto excepcional, según el Informe, habría tenido lugar en el caso *Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) vs. The Slovak Republic (I)*, PCA Case No. 2008-13. Sobre el particular, el laudo final (*Final Award*) puede ser consultado en: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-achmea-b-v-formerly-eureko-b-v-v-the-slovak-republic-i-award-friday-7th-december-2012>

Reglas de Arbitraje del CIADI, se requiere al peticionario declarar toda afiliación directa o indirecta con alguna de las partes o con alguna parte no contendiente del tratado. Asimismo, también se requiere al peticionario declarar si es que alguna persona o entidad le ha proporcionado asistencia financiera o de otro tipo para presentar el escrito. Estas pautas han sido recogidas en el Artículo 4, numeral 2, incisos (b) y (c) del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia; así como en la Regla 67, numeral (2), incisos (d) y (e) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

(vii) El peticionario ofreció un compromiso escrito de correr con los gastos derivados de su intervención

Esta consideración se relaciona directamente con aquella que establece que, para aceptar la intervención de un *amicus curiae*, ha de tenerse en cuenta que no se genere una carga indebida en las partes ni un trato injusto durante el arbitraje. Sobre el particular, y desde la conveniencia, un Tribunal Arbitral podría estar más predispuesto a aceptar la intervención de terceros si es que es su propio interés el que los motiva a asumir los costos de su intervención.

No obstante, no se encuentran pautas que recojan expresamente esta consideración en el Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia, ni en las Reglas de Arbitraje del CIADI.

Finalmente, con independencia de las pautas que se establecen en el Informe, conviene señalar algunos aspectos procesales recogidos en los reglamentos para la admisibilidad del *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones. Si bien estos aspectos no determinan la aceptación del *amicus curiae* en el arbitraje, se relacionan en mayor o menor medida con las consideraciones previamente expuestas. Dichos aspectos procesales son los siguientes:

(i) El *amicus curiae* es un interviniente que no es parte de la contienda, y puede ser

cualquier persona natural o jurídica. Ello de conformidad con el Artículo 4, numeral 2, inciso (a) del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia; así como en la Regla 67, numeral (1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

(ii) La intervención del *amicus curiae* debe materializarse por escrito. Esto se infiere de la completa redacción del Artículo 4 del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia; así como de la redacción de la Regla 67 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

(iii) El Tribunal Arbitral deberá garantizar a las partes contendientes el derecho de formular observaciones respecto de si debería permitirse la intervención del *amicus curiae*, así como de las condiciones para tal intervención.

Esto se relaciona con el principio de contradicción y el principio de igualdad entre las partes, y se encuentra recogida en el Artículo 4, numeral 1 del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia; así como en la Regla 67, numeral (3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

(iv) Si se determina la aceptación del *amicus curiae*, el Tribunal Arbitral deberá garantizar a las partes contendientes el derecho de formular observaciones sobre la intervención del *amicus curiae*.

En la misma lógica utilizada para la regla precedente, esto se relaciona con el principio de contradicción y el principio de igualdad entre las partes. Se encuentra recogida en el Artículo 4, numeral 6 del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia; así como en la Regla 67, numeral (7) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

V. CONCLUSIONES

(i) En sus orígenes, el *amicus curiae* era concebido como un auxiliar voluntario del juzgador, que le ofrecía asistencia para evitar que incurra en error. Estaba especialmente caracterizado por su neutralidad y la cali-

dad de su conocimiento. El interés de su intervención se encontraba en un sentido de justicia respecto del caso concreto.

(ii) A medida que la figura del *amicus curiae* evolucionó en las distintas tradiciones jurídicas, especialmente la estadounidense, el rasgo de la neutralidad fue perdiéndose paulatinamente. Se acepta la posibilidad de que el *amicus curiae* tenga un interés propio, pero sin llegar a ser identificable con el interés de las partes de la disputa.

(iii) En el arbitraje de inversión, cada vez es más común y aceptada la presentación de solicitudes para intervenir como *amicus curiae*.

(iv) El primer antecedente directo del *amicus curiae* en el arbitraje de inversión se encuentra en *Methanex Corporation vs. United States of América*. Dicho caso arbitral estableció las primeras pautas para aceptar la intervención de un *amicus curiae*. En uso de sus facultades discrecionales, el Tribunal Arbitral determinó que dicha intervención era apropiada, tanto por el apoyo que supone el conocimiento de un ente especializado, así como por motivos de interés público y de transparencia.

(v) Si bien la finalidad del *amicus curiae* es el mayor conocimiento del Tribunal Arbitral, la justificación de su éxito se encuentra en razonamientos que inciden sobre el interés público, la legitimidad, la transparencia y las políticas internacionales detrás del arbitraje de inversión.

(vi) En orden a la naturaleza originaria del *amicus curiae*, primero debería valorarse el conocimiento que podría ofrecer el interviniente para que el juzgador resuelva de

forma más especializada. Posteriormente, el Tribunal Arbitral podría tener en consideración valores como el interés público y la transparencia detrás de la controversia.

(vii) Que el Tribunal Arbitral acepte una solicitud de *amicus curiae* no supone necesariamente un trato desigual entre las partes, pues las opiniones del interviniente no son vinculantes. Además, su intervención especializada no se realiza en favor de una u otra de las partes, sino en virtud de los propios intereses que persigue el *amicus curiae*.

(viii) La participación del *amicus curiae* no implica necesariamente vulnerar la confidencialidad. Si bien se reconoce un riesgo latente de que ello sea así, los Tribunales Arbitrales han sido cautelosos al permitir la intervención de *amicus curiae* en los arbitrajes de inversión.

(ix) La conveniencia de aceptar la intervención de *amicus curiae* en el arbitraje de inversión no exime al juzgador de realizar un sano ejercicio de prudencia. El interés público y la transparencia no lo pueden todo, pues también existe la confidencialidad, el trato equitativo entre las partes y la necesidad de evitar mayores cargas a las partes en disputa.

(x) El Tribunal Arbitral deberá permitir a las partes contendientes ejercer su derecho de formular observaciones y comentarios respecto a: (1) la solicitud de *amicus curiae* presentada, (2) las condiciones en las que debería permitirse la intervención del *amicus curiae*, en caso sea aceptada, y (3) la intervención del *amicus curiae* propiamente dicha, en caso el Tribunal Arbitral lo haya considerado apropiado.



ÚNETE A NOSOTROS



**“TODA PERSONA TIENE DERECHO A GOZAR DE UN
AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO AL
DESARROLLO DE SU VIDA.”**

-INCISO 22 DEL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ



@OBSERVATORIOMARINOCOSTERO

El sistema de protección de inversiones en el Perú

The Investment Protection System in Peru



JAVIER FERRERO DÍAZ

Abogado por la Universidad de Lima
Master en Derecho por American University Washington College of Law.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Los Tratados de Protección a las Inversiones celebrados por el Perú.
- III. El Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversia Internacional de Inversión – SICRECI.
- IV. El Perú en el CIADI - Casos y resultados.
- V. Conclusiones.



RESUMEN:

El presente artículo trata sobre el Sistema de Protección de Inversiones en el Perú, compuesto por los Tratados Bilaterales de Inversión —“TBIs”—; Capítulos de Inversión de Tratados de Libre Comercio —“TLCs”—, así como el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión —“SICRECI”—. Ello incluye además la activa participación del Perú como Estado Parte del Convenio CIADI, teniendo una gran cantidad de arbitrajes —concluidos y pendientes— involucrando muy diversos sectores, junto con una evaluación de cuáles podrían ser las razones que hayan generado esta gran variedad de casos, bajo tratados de protección a las inversiones, Contratos de Concesión, Convenios de Estabilidad Jurídica y Contratos de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos.

Palabras clave: Tratados Bilaterales de Inversión —“TBIs”—, Capítulos de Inversión de Tratados de Libre Comercio —“TLCs”—, Convenio CIADI, y Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión —“SICRECI”—, Contratos de Concesión.

ABSTRACT:

This article deals with the Investment Protection System in Peru, composed of Bilateral Investment Treaties —“BITs”—; Investment Chapters of Free Trade Agreements —“FTAs”—, as well as the State Coordination and Response System in International Investment Disputes —“SICRECI”—. This also includes the active participation of Peru as a State Party to the ICSID Convention, having a large number of arbitrations - concluded and pending - involving very diverse sectors, along with an evaluation of what could be the reasons that have generated this great variety of cases, under investment protection treaties, Concession Contracts, Legal Stability Agreements and License Contracts for the Exploitation of Hydrocarbons.

Keywords: Bilateral Investment Treaties —“BITs”—, Investment Chapters of Free Trade Agreement —“FTAs”—, ICSID Convention, State Coordination and Response System in International Investment Disputes —“SICRECI”—, Concession Contracts.

I. INTRODUCCIÓN

Desde principios de la década de los 90s, con la finalidad de salir de la crisis económica en que se encontraba el Perú, se implementaron diversas reformas para la promoción de inversión extranjera, necesaria para la estabilidad económica y el desarrollo del país, incluyendo la promulgación de importantes decretos, tales como el Decreto Legislativo número 662, el Decreto Legislativo número. 674 y el Decreto Legislativo número. 757.¹

Asimismo, por medio de la Constitución Política

de 1993 y su régimen económico, se estableció que la iniciativa privada es libre, la cual se ejerce en una economía social de mercado, como también que la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones, salvo ciertas excepciones.² También la Carta Magna dispuso que el estado y demás personas de derecho público pueden someter sus controversias derivadas de la relación contractual a arbitraje nacional o internacional.³

Es en este contexto, que el 9 de agosto de 1993, el Perú luego de haber firmado en septiembre de 1991 el Convenio sobre Arreglo de Dife-

1. Ver Decreto Legislativo No. 662, “Otorgan un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías”, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2 de septiembre de 1991. Ver también Decreto Legislativo No. 674, “Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado”, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de septiembre de 1991. Ver también Decreto Legislativo No. 757, “Dictan Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada”, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de noviembre de 1991.
2. Ver Constitución Política de 1993, arts. 58, 63 y 71.
3. *Ibid.*, art. 63: (“El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”).

rencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados —“Convenio CIADI”—, depositó su instrumento de ratificación, entrando en vigencia el 8 de septiembre de 1993.⁴ Es mediante el Convenio CIADI, que se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial —en adelante “CIADI”—, entidad más relevante a nivel mundial para la administración de controversias inversionista-Estado.

También durante la década de los 90s, el Perú celebró una gran variedad de Tratados Bilaterales de Inversión —en adelante “TBIs”—, con el objetivo de promover y proteger la inversión extranjera en el país, así como la inversión peruana en el exterior —aunque realmente el objetivo era atraer inversión extranjera de los países desarrollados—. Estos tratados celebrados por el Perú durante la década de los 90s son considerados como de primera generación, teniendo en cuenta su contenido más limitado y alcances.

Luego con la celebración del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos —“TLC con Estados Unidos”— en abril de 2006 y su entrada en vigencia en febrero de 2009, se inició una nueva etapa para el Perú con la celebración de diversos Tratados de Libre Comercio —en adelante “TLCs”—, varios de los cuales contienen Capítulos de Inversión. Estos Capítulos de Inversión de los TLCs son como TBIs insertos en estos tratados, pero más modernos y más amplios, incorporando una mayor explicación sobre los estándares de protección a las inversiones disponibles para los inversionistas nacionales de un Estado Parte y sus inversiones en el otro Estado Parte, así como también mayores derechos para el otro Estado Parte receptor de la inversión.

Todos estos tratados de protección a las inversiones, tanto TBIs como TLCs, contienen meca-

nismos de solución de controversias inversionista-Estado, incluyendo arbitraje ante el CIADI, arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —“CNUDMI”— u otros sistemas que las partes contendientes pudieran pactar.

Pero además algo que se puede decir es muy especial a diferencia de otros países, es que los Contratos de Concesión suelen en su mayoría contener arbitraje ante el CIADI para resolver las controversias entre el Concesionario y el Concedente, reconociendo a la empresa concesionaria como nacional de otro Estado Parte del Convenio CIADI, por estar sometida a control extranjero, de acuerdo a lo dispuesto por su Artículo 25, párrafo 2, letra b.

Teniendo en cuenta que los arbitrajes de inversión —principalmente ante el CIADI— comenzaron a ir en aumento, es que en diciembre de 2006 se promulgó la Ley N° 28933, por la cual se crea el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión —“SICRECI”—, y luego en octubre de 2008 se adopta su Reglamento, Decreto Supremo N°125-2008-EF. El SICRECI liderado por el Ministerio de Economía y Finanzas — en adelante “MEF”— en su calidad de Coordinador y compuesto por una Comisión Especial, se encarga de la defensa del Perú en arbitrajes de inversión, contratando para ello a prestigiosos estudios de abogados extranjeros.

De esta manera, a la fecha, el Perú cuenta 44 arbitrajes ante el CIADI, de los cuales 21 se encuentran pendientes y 23 concluidos.⁵ Cada uno de estos arbitrajes de inversión versa sobre controversias distintas involucrando diversos sectores, tales como minería, hidrocarburos, infraestructura, banca, concesiones viales, eléc-

4. Ver “Base de Datos de Estados Miembros del CIADI”, disponible en el siguiente enlace: <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>

5. Se esta tomando en consideración el arbitraje iniciado por el Perú en el 2013 contra Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía bajo dos Contratos de Concesión, el cual poco tiempo después fue descontinuado por un Acuerdo Integral celebrado por las partes: *República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.*, Caso CIADI No. ARB/13/24.

tricas, portuarias, de telecomunicaciones, entre otros. También el Perú cuenta con 5 arbitrajes de inversión bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que se encuentran administrados por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya —4 pendientes y 1 concluido—.

Es por ello, que resulta relevante entender de una manera integral el Sistema de Protección de Inversiones en el Perú, así como el rol muy activo que tiene Perú ante el CIADI, al ser el tercer Estado más demandado en Latinoamérica, luego de Argentina y Venezuela, junto con una revisión general de los diversos arbitrajes que ha enfrentado.⁶ Son diversos los factores que han generado el gran número de casos que tiene el Perú, los cuales serán explicados en este artículo.

II. LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES CELEBRADOS POR EL PERÚ

El Perú cuenta actualmente con 33 TBIs⁷, así como con diversos TLCs con Capítulos de Inversión⁸, para efectos que inversionistas nacionales de un Estado Parte de estos tratados, tenga la seguridad jurídica que sus inversiones se encuentren protegidas en el territorio del otro Estado Parte receptor de la inversión, en el caso, que dicho Estado incurra en conductas que sean consideradas violatorias de estándares de protección a las inversiones disponibles en dichos tratados. Es en parte gracias a este conglomerado de tra-

tados de protección a las inversiones que los inversionistas extranjeros deciden invertir en el Perú a largo plazo, al ser considerado para ellos como un seguro contra riesgos políticos que pudieran enfrentar, formando parte del Sistema de Protección de Inversiones en el Perú.

Estos tratados contienen diversos estándares de protección a las inversiones, tales como trato justo y equitativo como estándar independiente —sobre todo en los TBIs de primera generación— y como parte de un nivel mínimo de trato —en los TBIs de segunda generación y TLCs—; protección y seguridad plenas —en algunos casos incluyendo expresamente el ámbito jurídico y no solamente físico—; trato nacional; trato de la nación más favorecida; expropiación directa o indirecta; y libre transferencia de capitales.

Asimismo, estos tratados contienen mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado, principalmente el CIADI, y arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —“CNUDMI”—.

III. EL SISTEMA DE COORDINACIÓN Y RESPUESTA DEL ESTADO EN CONTROVERSIAS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

El 16 de diciembre de 2016, el Estado Peruano por medio de la Ley N° 28933 estableció el Si-

-
6. Argentina cuenta con 59 casos ante el CIADI, muchos de los cuales ya se encuentran concluidos, teniendo actualmente 8 casos pendientes. Venezuela cuenta con 55 casos ante el CIADI, 18 de los cuales se encuentran pendientes.
 7. El Perú cuenta con TBIs celebrados con Colombia (2010), Japón (2009), Unión Económica Bélgica - Luxemburgo (2008), Canadá (2007), Singapur (2006 - terminado y reemplazado por el TLC con Singapur), Colombia (2004 - terminado y reemplazado por el TBI del 2010), Cuba (2001), Chile (2001 - terminado y reemplazado por el TLC con Chile), Ecuador (1999 - terminado pero contando con un periodo de gracia de 10 años), Malaysia (1998), Alemania (1997), Venezuela (1997), Australia (1997 - terminado y reemplazado por el TLC con Australia), Argentina (1996), El Salvador (1996), Finlandia (1996), Francia (1996), Países Bajos (1996), España (1996), Bolivia (1995), Noruega (1995), Dinamarca (1995), Portugal (1995), China (1995), Rumania (1995), República Checa (1995), Italia (1994), Suecia (1994), Paraguay (1994), Reino Unido (1994), Corea del Sur (1994), Suiza (1993) y Tailandia (1991). Se está tomando en consideración la fecha de entrada en vigencia de cada uno de estos tratados.
 8. El Perú cuenta con TLCs con Capítulos de Inversión con los siguientes países o de manera multilateral: Tratado Integral y Progresista de la Asociación Transpacífico (CPTPP) (2021), Australia (2020), Brasil (no se encuentra en vigencia), Honduras (2017), Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (2016), Guatemala (no se encuentra en vigencia), Costa Rica (2013), Japón (2012 - que incorpora el TBI con Japón), Panamá (2012), México (2012), Corea del Sur (2011), China (2010), Canadá (2009), Singapur (2009), Chile (2009), y Estados Unidos (2009). Se está tomando en consideración la fecha de entrada en vigencia de cada uno de estos tratados.

CRECI, para contar con un sistema centralizado que se encargue de la administración de la defensa del Perú en arbitrajes de inversión.⁹

De acuerdo con la Ley N° 28933 y su Reglamento, el ámbito de aplicación del SICRECI abarca:

(i) *Acuerdos celebrados entre Entidades Públicas e inversionistas nacionales o extranjeros*, mediante los cuales se otorguen derechos o garantías a estos últimos incluyendo los siguientes: contratos de privatización, contratos de concesión, convenios de estabilidad jurídica, contratos de licencia para la explotación de hidrocarburos, así como en general todos aquellos acuerdos indicados en el Reglamento de la Ley N°. 28933, el Decreto Supremo N°125-2008-EF.¹⁰

(ii) *Tratados de protección a las inversiones celebrados por el Estado Peruano con otros Estados*, en donde se establezcan procedimientos de solución de controversias inversionista-Estado.¹¹

El SICRECI se encuentra conformado por un Coordinador —que viene a ser MEF—, una Comisión Especial —adscrita al MEF— y las entidades públicas del Gobierno Central que hayan suscrito contratos mediante los cuales se otorguen derechos o garantías a los Concesionarios inversionistas, o aquellas que representen al Es-

tado Peruano en la suscripción de tratados de protección a las inversiones.¹²

De esta manera, toda entidad pública que sea notificada por un inversionista sobre su intención de someter una controversia a un mecanismo de solución de controversias inversionista - Estado, debe informar al MEF en su calidad de Coordinador del SICRECI, de acuerdo al procedimiento que este último establezca en un plazo máximo de 5 días hábiles, contados desde que se tomó conocimiento.¹³ Esta obligación de informar, también se extiende a las entidades públicas que tuvieran la intención de someter una controversia de inversión a arbitraje.¹⁴

La Comisión Especial se encuentra conformada por un representante del MEF quien la preside, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y de PROINVERSIÓN.¹⁵ Asimismo, forman parte de la Comisión Especial como miembros no permanentes: —i— un representante del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, en el caso de controversias que surjan en aplicación de tratados de protección a las inversiones; y —ii— un representante de cada entidad pública involucrada en una controversia de inversión.¹⁶

De acuerdo a la Ley N° 28933, las funciones de la Comisión Especial incluyen entre otras:¹⁷

9. Ver Ley N° 28933, “Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión”, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de diciembre de 2006, art. 3.1 (“Ley N° 28933”).
10. Ver Decreto Supremo N° 125-2008-EF, Reglamento de la Ley N° 28933, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 23 de octubre de 2008, art. 2: (“Están comprendidos dentro del ámbito de lo dispuesto en el literal a) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley, los contratos de concesión, contratos de compraventa o transferencia de acciones de empresas estatales, convenios de estabilidad jurídica, contratos de licencia o servicio para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, contratos referidos a la explotación de recursos naturales, recursos mineros o energéticos, y en general todos aquellos acuerdos celebrados entre entidades públicas e inversionistas que confieran derechos o garantías a estos últimos respecto de su inversión, siempre que tales acuerdos contengan cláusulas que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias”). (“Reglamento de la Ley N° 28933”).
11. Ver Ley N° 28933, art. 3.1, literal b).
12. Ver Ley N° 28933, art. 4.
13. *Ibid.*, art 5, literal b). Ver también Reglamento de la Ley N° 28933, art. 6.
14. *Ibid.*
15. *Ibid.*, art. 7.3.
16. *Ibid.*
17. *Ibid.*, art. 8.

1. El evaluar las posibilidades de negociación que pudieran darse en la fase de trato directo y adoptar una estrategia al respecto;
2. Solicitar informes técnicos a las entidades públicas involucradas en una controversia de inversión, respecto de las materias vinculadas a la misma;
3. Participar en las negociaciones con la contraparte durante la etapa de trato directo, en caso el mecanismo de solución de controversias así lo disponga;
4. Proponer la contratación de abogados para la etapa de trato directo y en el arbitraje o conciliación, aunque por lo general la Comisión Especial suele llevar ella misma la representación del Estado en el trato directo, y luego contratar a los abogados para el arbitraje, salvo algunas excepciones;
5. Coadyuvar a la labor de los abogados contratados para representar al Estado Peruano, y;
6. Determinar la responsabilidad de la entidad pública involucrada en la controversia, para efectos de la asignación de gastos correspondiente.¹⁸

La Comisión Especial cuenta con una Secretaría Técnica, la cual es ejercida por el MEF, y que tiene como funciones: —i— realizar una evaluación inicial de la controversia, para lo cual, elaborará un informe preliminar para los miembros de la Comisión Especial; —ii— elaborar informes respecto a la acción a seguir, estrategia y otros aspectos que sean necesarios para

el cumplimiento de las funciones de la misma; y —iii— redactar y mantener las actas de las Sesiones Ordinarias o Extraordinarias que se lleven a cabo.¹⁹

Con relación a la toma de decisiones, todos los miembros de la Comisión Especial cuentan con un derecho a voto, debiendo adoptar sus decisiones por mayoría de los miembros asistentes al tiempo de la votación en la sesión respectiva.²⁰ Salvo, cuando se tenga que votar sobre la selección de abogados locales o extranjeros, árbitros, conciliadores, así como para la aprobación de estrategias y asuntos de importancia al caso bajo en cuestión, como también para definir la competencia de la Comisión Especial en una controversia, en donde se requiere el voto de la mayoría de los miembros de la Comisión Especial, teniendo el MEF en su calidad de Presidente voto dirimente en caso de un empate.²¹

Es importante tener en cuenta que la Comisión Especial puede recomendar una fórmula de transacción, conciliación y/o suscripción de un acuerdo de solución amistosa en una controversia, ya sea durante el procedimiento arbitral o en el trato directo.²² Para que esta fórmula sea autorizada, se requiere un informe del Consejo de Ministros, que sea aprobado mediante Resolución Suprema, refrendada por los ministros de los sectores que conforman la Comisión Especial, y de ser el caso, por el Ministro del Sector que cumplirá la fórmula de transacción, conciliación y/o el acuerdo de solución amistosa.²³

18. Ver Ley N° 28933, art. 14.3: ("Los pagos necesarios para el cumplimiento de los laudos arbitrales, actas de conciliación o acuerdos en trato directo, que resulten de la conclusión de una controversia internacional de inversión serán realizados por la Entidad Pública involucrada en la controversia conforme al artículo 70 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N° 28411").

19. *Ibid.*, art. 10. Ver también Reglamento de la Ley N° 28933, art. 10: ("Las sesiones se realizarán cada vez que la Presidencia [de la Comisión Especial] lo considere necesario debiendo convocarse a las mismas con las formalidades establecidas en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. Cualquiera de los miembros de la Comisión Especial podrá solicitar la convocatoria a una Sesión Extraordinaria para tratar algún tema de su sector, de particular interés o urgencia para el Sistema, debiendo el Presidente proceder a la convocatoria dentro de un plazo de tres (3) días calendario").

20. Ver Reglamento de la Ley N° 28933, art. 11.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*, art. 13.

23. *Ibid.*

A modo de ejemplo, en el arbitraje de inversión de *Isolux Corsán Concesiones S.A. c. República del Perú*, que fuera iniciado bajo el TBI España - Perú, la Comisión Especial a través de sus abogados celebró con los inversionistas demandantes un Acuerdo Integral, mediante el cual se puso fin a dicha controversia.²⁴ Asimismo, como parte del Acuerdo Integral se acordaron aspectos relacionados con otros dos arbitrajes adicionales, uno iniciado por empresas subsidiarias de los inversionistas en donde el Estado Peruano salió victorioso y se lo ordenó al inversionista pagarle al Perú un monto determinado,²⁵ así como otro arbitraje iniciado por el Estado Peruano, bajo dos contratos de concesión de transmisión eléctrica.²⁶ Para efectos de poder celebrar este Acuerdo Integral, el Consejo de Ministros aprobó la fórmula de transacción por medio de la Resolución Suprema N°075-2013-EF.²⁷

De esta manera, la Comisión Especial cumple un rol fundamental como parte del Sistema de Protección de Inversiones del Perú, para efectos de la administración de la defensa de Estado Peruano en controversias internacionales de

inversión, ya sea que sean iniciadas en aplicación de tratados de protección a las inversiones, o por medio de contratos de concesión celebrados por el Gobierno Central, contratos de licencia para la explotación de hidrocarburos celebrados por Perupetro o convenios de estabilidad jurídica, que contengan cláusulas CIADI.²⁸

IV. EL PERÚ EN EL CIADI – CASOS Y RESULTADOS

El 4 de septiembre de 1991 el Perú firmó el Convenio CIADI, depositando su instrumento de ratificación el 9 de agosto de 1993, luego de cual entro en vigencia este convenio para el Perú el 8 de septiembre de 1993.²⁹ Asimismo, el 11 de octubre de 1996, en aplicación del Artículo 25, números 1 y 3 del Convenio CIADI, el Perú designó a Perupetro S.A. como subdivisión política u organismo público del Estado Peruano, para efectos que pueda ser demandada directamente ante el CIADI.³⁰

A la fecha, el Perú cuenta 43 arbitrajes ante el CIADI, de los cuales 21 se encuentran pendien-

-
24. *Ver Isolux Corsán Concesiones S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/12/5, Laudo Arbitral conteniendo el Acuerdo Integral celebrado por las partes, del 25 de marzo de 2014.
 25. *Ver Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/11/9, Laudo del 15 de abril de 2013. *Ver también República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía*, Caso CIADI No ARB/13/24, el cual fue terminado por acuerdo de partes producto de un Acuerdo Integral.
 26. *Ver Isolux Corsán Concesiones S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/12/5, Laudo Arbitral conteniendo el Acuerdo Integral celebrado por las partes del 25 de marzo de 2014.
 27. *Ibid.*, Anexo A, 2. Antecedentes, literal g. *Ver también Resolución Suprema No. 075-2013-EF*, “Autorizan solución amistosa entre el Estado Peruano y Elecnor S.A., Isolux Corsán Concesiones S.A. y Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía”, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de diciembre de 2013.
 28. Perupetro es la única entidad aparte del Gobierno Central que puede ser demandada directamente ante el CIADI, tal como ha sido designado por el Perú en octubre de 1996. *Ver Base de Datos de Estados Miembros el CIADI*, Perú, disponible en el siguiente enlace: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states/member-state-details?state=ST109>.
 29. *Ver “Base de Datos de Estados Miembros del CIADI”*, Perú, disponible en el siguiente enlace: <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>
 30. *Ibid.* *Ver también Convenio CIADI*, art. 25(1): (“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”). Asimismo, el numeral 3 del artículo en mención añade que “[e]l consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.”

tes y 22 concluidos.³¹ Cada uno de estos arbitrajes de inversión versa sobre controversias distintas involucrando diversos sectores, tales como minería, hidrocarburos, infraestructura, banca, concesiones viales, eléctricas, portuarias, de telecomunicaciones, entre otros. También el Perú cuenta con 5 arbitrajes de inversión bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que se encuentran administrados por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya —4 pendientes y 1 concluido—.

El primer arbitraje CIADI que tuvo el Perú fue el de *Compagnie Minière Internationale Or S.A. v. Republic of Peru*, registrado en el CIADI el 28 de octubre de 1998, el cual estaba vinculado con un proyecto minero y llevado a arbitraje en aplicación del TBI Francia - Perú. Sin embargo, en el transcurso del arbitraje las partes llegaron a un acuerdo y el Tribunal Arbitral emitió una orden procesal descontinuándolo en febrero de 2001.³¹

Luego de ello, no hubo ningún otro arbitraje CIADI contra el Perú hasta el año 2003, en que se registraron los arbitrajes de *Lucchetti S.A. y otros c. República del Perú* en marzo de 2003 y *Duke Energy International Peru Investments número 1 Limited. contra. República del Perú*, en octubre de 2003. El primero de ellos, en favor del Perú al establecer el Tribunal Arbitral no tener jurisdic-

ción debido a la aplicación retroactiva por los inversionistas del TBI Perú - Chile³², y el segundo en parte en favor del inversionista, respecto a un Convenio de Estabilidad Jurídica.³³

Se puede decir que con los arbitrajes de *Lucchetti* y *Duke Energy* empieza una primera etapa de arbitrajes CIADI contra el Perú que va hasta el año 2014, con el arbitraje de *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, abarcando controversias vinculadas con inversiones en concesiones eléctricas, pesca, concesiones viales, banca, un proyecto hotelero, concesiones de transmisión eléctrica, hidrocarburos y minería.³⁴

Luego de ello, no se registra un solo arbitraje CIADI hasta el 2016, en donde se aprecia un constante incremento de casos y registros de casos nuevos año tras año, ello incluye varios arbitrajes contractuales en aplicación de Cláusulas CIADI en Contratos de Concesión, siendo una de las razones que han generado un aumento tan significativo de casos contra el Perú. Solamente en el año 2021, se registraron 9 casos contra el Perú.³⁵

Con relación a arbitrajes CIADI meramente contractuales, a la fecha el Perú cuenta con 15 entre concluidos y pendientes, de los cuales 11 están vinculados con Contratos de Concesión³⁶, 2 con

31. Ver página web del CIADI, casos Perú, disponible en el siguiente enlace: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/98/6>.

32. Ver *Industria Nacional de Alimentos S.A. y Indalsa Perú S.A. (anteriormente Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A.) c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo del 7 de febrero de 2005.

33. Ver *Duke Energy International Perú Investments No. 1, Ltd. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/28, Laudo del 18 de agosto de 2008.

34. Ver página web del CIADI, casos Perú, disponible en el siguiente enlace: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/98/6>. Ver *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo del 30 de noviembre de 2017.

35. Ver página web del CIADI, casos Perú, disponible en el siguiente enlace: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/98/6>.

36. Los arbitrajes CIADI bajo Contratos de Concesión, entre concluidos y pendientes, que tiene el Perú son los siguientes: *Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/11/19; *APM Terminals Callao S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/16/33; *Metro de Lima Línea 2 S.A. v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/17/3; *Autopista del Norte S.A.C. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/18/17; *Hydrika 1 S.A.C. y otros c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/18/48; *Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/20/18; *APM Terminals Callao S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/21/28; *Metro de Lima Línea 2, S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/21/41; *Concesionaria Peruana de Vías – COVINCA, S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/21/45; *Metro de Lima Línea 2, S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/21/57; y *Operadora Ecológica del Titicaca S.A.C. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/23/11.

Contratos de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos³⁷ y 2 con Convenios de Estabilidad Jurídica.³⁸

Ahora, si bien el Perú ha tenido muy buenos resultados en muchos de los arbitrajes de inversión CIADI lo cual es reconocido a nivel mundial, ello está cambiando y la balanza de resultados se empieza a inclinar hacia el otro lado.³⁹ A la fecha el Perú ha perdido los siguientes 8 arbitrajes CIADI:

1. *Duke Energy International Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/28, Laudo del 18 de agosto de 2018: Pérdida parcial, ordenando el Tribunal al Perú pagar al inversionista la suma de US\$ 18 millones más intereses.
2. *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, Laudo del 7 de julio de 2011: en donde el Tribunal estableció que el Perú incurrió en una expropiación indirecta de la inversión del demandante bajo e TBI China - Perú, ordenándole al Perú pagarle al inversionista solamente la suma de US\$ 786,306.24 más el pago de intereses, monto sustancialmente menor al reclamado.
3. *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21; Laudo del 30 de noviembre de 2017: en donde el Tribunal estableció que el Perú incurrió en una expropiación indirecta de la inversión del demandante bajo el Capítulo de Inversión del TLC con Canadá, ordenando pagar al inversionista la suma de US\$ 18 millones de dólares más intereses.
4. *Metro de Lima Línea 2 S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/17/3, Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad del 6 de julio de 2021 y Laudo Final del 21 de marzo de 2024: en donde el Tribunal estableció que el Perú incurrió en diversos incumplimientos bajo el Contrato de Concesión, que le generaron daños al Concesionario, reservándose la decisión sobre el *quantum* para un laudo posterior. El 21 de marzo de 2024 se emitió el Laudo Final con el monto de daños, el cual no es público.
5. *Autopista del Norte S.A.C c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/18/17, Laudo del 30 de junio de 2022: en donde el Tribunal Arbitral estableció que el Perú incurrió en incumplimientos bajo el Contrato de Concesión vinculados con la falta de entrega de terrenos, ordenando al Perú pagar al inversionista la suma de US\$ 8.6 millones más intereses, representando solamente el 5% de lo reclamado.
6. *Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/28/2, Laudo del 6 de diciembre de 2022: en donde el Tribunal estableció que el Perú incurrió en una violación del estándar del trato justo y equitativo como parte del Nivel Mínimo de Trato bajo el Capítulo de Inversión de TLC con Estados Unidos, por la metodología aplicada para el pago del valor de los bonos de la reforma agraria, ordenando al Perú pagar a los demandantes la suma de US\$ 33'222'630 millones más intereses.

-
37. Los arbitrajes CIADI bajo Contratos de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos contra Perupetro S.A. ya concluidos, el primero en favor de Perupetro y el segundo discontinuado, son los siguientes: (i) *Pluspetrol Perú Corporation y otros c. Perupetro S.A.*, Caso CIADI No. ARB/12/28; y (ii) *Upland Oil and Gas LLC (USA) y Upland Oil and Gas LLC (Perú) c. Perupetro S.A.*, Caso CIADI No. ARB/22/19.
 38. Los arbitrajes CIADI ya concluidos bajo Convenios de Estabilidad Jurídica, el primero en favor en parte del inversionista y el segundo en favor del Perú son los siguientes: (i) *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/28; (ii) *Aguaytia Energy, LLC c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/06/13.
 39. Ver FERRERO, Javier, "Seguirá el Perú teniendo la buena racha de resultados en arbitrajes de inversión o la balanza se empieza a inclinar hacia el otro lado?", Agenda Legal del Diario Gestión, 9 de febrero de 2023, disponible en el siguiente enlace: <https://gestion.pe/blog/agenda-legal/2023/02/seguira-el-peru-teniendo-la-buena-racha-de-resultados-en-arbitrajes-de-inversion-o-la-balanza-se-empieza-a-inclinar-hacia-el-otro-lado.html/>.

7. *Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/18/27, Laudo Parcial sobre jurisdicción, responsabilidad y ciertos aspectos de *quantum*: en donde el Tribunal estableció que el Perú incurrió en una resolución por interés público ilegítima del Contrato de Concesión, así como la violación del estándar de trato justo y equitativo bajo el TBI Argentina - Perú, ordenando pagar al inversionista la suma de más de US\$ 50 millones más intereses por incumplimientos contractuales. A la fecha de este artículo, se encuentra pendiente el cálculo de daños por los costos de inversión incurridos más un beneficio empresarial, a ser establecidos en un Laudo Final.
8. *IC Power Ltd y Kenon Holdings Ltd. c República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/19/19, Laudo del 3 de octubre de 2023: en donde el Tribunal Arbitral estableció que el Perú violó el estándar de trato justo y equitativo como parte del Nivel Mínimo de Trato bajo el Capítulo de Inversión del TLC Singapur - Perú, ordenando al Perú pagar al inversionista la suma de US\$ 110.7 millones por concepto de daños más intereses.

Teniendo en cuenta la gran cantidad de arbitrajes de inversión que tiene el Perú - principalmente CIADI - resulta relevante cuestionarnos cuales podrían ser las razones detrás de ello y como tratarlo a futuro.

Una primera razón, viene a ser el gran número de tratados de protección a las inversiones que ha celebrado el Perú, tanto en cuanto a TBIs —33 en vigencia— como diversos TLCs con Capítulos de Inversión. Todos estos tratados representan canales para que un inversionista nacional de un Estado Parte pueda demandar al Perú, siempre que se cumplen los requisitos jurisdiccionales de *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis*.

Una segunda razón, es que, a diferencia de otros países de la región, la mayoría de los contratos de concesión en el Perú contienen cláusulas para ir a arbitraje CIADI o bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, cuando se llega a

cierto umbral sobre el monto en controversia, habiendo el Estado peruano considerado expresamente a la empresa concesionaria local como nacional de otro Estado contratante del Convenio CIADI por estar sometida a control extranjero, en aplicación del Artículo 25, párrafo 2, letra b del Convenio CIADI. Ello ha generado un aumento significativo en el número de casos ante el CIADI. Asimismo, algunos Convenios de Estabilidad Jurídica y Contratos de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos contienen cláusulas CIADI.

Una tercera razón, se debe al periodo de inestabilidad política en que ha estado envuelto el Perú en los últimos años, con los distintos cambios de gobierno, presidentes y sus diversos ministerios, lo cual ha generado, en algunos casos la toma de decisiones poco acertadas, afectando a inversionistas extranjeros y sus inversiones en el Perú.

Una cuarta razón, se debe a que el periodo de trato directo previo al arbitraje internacional previsto en el contrato o tratado de protección a las inversiones, no es usado por las partes para buscar alguna solución amistosa a la controversia. Todo lo contrario, estos periodos de trato directo suelen ser usados simplemente por las partes para cumplir con una formalidad de admisibilidad y así poder iniciar luego un arbitraje de inversión una vez que se cumpla el plazo establecido en el contrato o en el tratado de protección a las inversiones aplicable. De esta manera, se pierde una valiosa oportunidad de que tanto el Estado como el inversionista extranjero se sienten a conversar y buscar una manera alternativa de encontrar una solución a una controversia existente. Incluso, durante este periodo de trato directo las partes, de manera voluntaria —cuando consideren que hay una posibilidad— podrían intentar un proceso de mediación bajo las nuevas Reglas de Mediación CIADI del 2022, u otras reglas disponibles.

V. CONCLUSIONES

El Perú cuenta con todo un Sistema de Protección de Inversiones, que tiene como finalidad promover y proteger la inversión extranjera en

el país, brindando a los inversionistas extranjeros seguridad jurídica mediante un conglomerado de tratados de protección a las inversiones, compuesto por un gran número de TBIs y TLCs con capítulos de inversión.

Estos tratados contienen estándares de protección a las inversiones, así como mecanismos de solución de controversias inversionista - Estado, principalmente CIADI y arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Pero además los Contratos de Concesión en el Perú suelen contener cláusulas que incorporan la opción de recurrir a arbitraje internacional cuando se supera un monto determinado de cuantía en la controversia —arbitraje CIADI y arbitraje CNUDMI, por lo general—, como también algunos Convenios de Estabilidad Jurídica y Contratos de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos contienen cláusulas CIADI, brindando una mayor protección a los inversionistas extranjeros. Esto se basa en que nuestra Consti-

tución Política reconoce al arbitraje nacional e internacional en contratos con el Estado.

Asimismo, el SICRECI, liderado por el MEF y que cuenta con una Comisión Especial creada bajo la Ley N° 28933, cumple un rol primordial en la representación del Estado peruano en arbitrajes de inversión, para lo cual recurre a distinguidas firmas de abogados. Si bien los resultados del Perú ante el CIADI siguen siendo positivos, ya la balanza se comienza a inclinar hacia el otro lado, habiendo tenido resultados desfavorables en 8 ocasiones y ello puede ir en aumento debido al gran número de arbitrajes en curso —44 arbitrajes entre concluidos y pendientes—. Es por ello que resulta relevante reflexionar sobre los diversos aspectos que pueden haber generado este gran número de casos, así como ver otras maneras de enfrentar esta situación, como sería por ejemplo haciendo un mejor uso de la etapa de trato directo previo al arbitraje, o explorar otros mecanismos alternativos, tales como la mediación.



MIRANDA
AMADO

25
AÑOS

poniendo a nuestra gente
y nuestros clientes

EN EL CENTRO DE TODO LO QUE HACEMOS

mafirma.pe
+51 1 610 4747
abogados@mafirma.com.pe



Implicancias jurisdiccionales del financiamiento de terceros en arbitrajes de inversión

Jurisdictional implications of third-party financing in investment arbitrations



RICARDO AMPUERO LLERENA

Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
Máster en Derecho por la Universidad de Columbia, New York

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Principales inquietudes de los estados en relación con el financiamiento de terceros en el arbitraje de inversión.
 1. Importancia de revelación de información para evitar posibles conflictos de intereses derivados de la financiación por terceros.
 2. Posible influencia de la existencia de financiación por terceros en la determinación relacionada con la asignación de costos.
 3. Protección de la información confidencial a la que podría tener acceso un tercero que aporta financiación.
 4. Potencial control ejercido por los terceros que aportan financiación sobre el proceso arbitral y sus efectos en la posibilidad de solucionar amistosamente la controversia.
 5. Incidencia de la financiación por terceros en el aumento del número de casos de SCIE.
 6. Posible desequilibrio generado por la práctica de la financiación por terceros.
- III. Alternativas de regulación del financiamiento de terceros en el arbitraje de inversión considerando las implicancias jurisdiccionales de esta figura.
- IV. Conclusiones.



RESUMEN:

Este artículo examina algunas de las principales implicancias jurisdiccionales derivadas del uso de financiamiento por terceros en arbitraje de inversiones, considerando las principales preocupaciones de los Estados. Algunos de estos elementos incluyen la obligación de divulgar la existencia de un acuerdo de financiamiento, la posible influencia de este financiamiento en la asignación de costos, la preocupación por la confidencialidad de la información, el incremento de reclamaciones infundadas o frívolas, los desafíos en la resolución amistosa de disputas, y un posible desequilibrio generado por la práctica de financiación por terceros.

Palabras clave: Financiamiento de terceros, arbitraje internacional, derecho de inversiones, conflicto de interés, transparencia.

ABSTRACT:

This article examines some of the main jurisdictional implications arising from the use of third-party funding in investment arbitration, considering the main concerns of the States. Some of these elements include the obligation to disclose the existence of a funding agreement, the possible influence of such funding on the allocation of costs, concerns about confidentiality of the information, the increase in unfounded or frivolous claims, challenges in the amicable resolution of disputes, and a possible imbalance generated by the practice of third-party funding.

Keywords: Third-party financing, international arbitration, investment law, conflict of interest, transparency.

I. INTRODUCCIÓN

El financiamiento de terceros es un término genérico que se utiliza, de manera indistinta, para describir una situación en la que una parte obtiene apoyo económico, o de otro tipo, por parte de un tercero con la finalidad de cubrir los costos relacionados con la presentación y sustentación de un reclamo. Típicamente, este financiamiento se brinda a cambio de un porcentaje del monto que se pueda ordenar o pagar en compensación como resultado del litigio. Los términos bajo los cuales se brinda ese financiamiento pueden variar significativamente en cada caso y, por lo general, dependen de lo que se establezca en un acuerdo que se suscribe entre la parte que recibe el financiamiento y el tercero que brinda los fondos, contrato que normalmente se conoce como acuerdo de financiamiento¹.

Esta práctica, en la que una de las partes en un litigio recibe financiamiento por parte de

un tercero para presentar su reclamo, no es un fenómeno nuevo. Como indican diversos reportes, particularmente en lo que se refiere al financiamiento de litigios comerciales en cortes domésticas, se tiene información de empresas dedicadas a esta industria al menos desde la década de 1990. Sin embargo, la demanda de esta práctica ha crecido significativamente en la última década debido, entre otras causas, al deseo de incrementar el acceso a la justicia, la oportunidad de utilizar fondos en otras actividades en lugar del financiamiento de litigios por parte de empresas, y la incertidumbre generada luego de la grave crisis económica mundial de 2008².

Uno de los ámbitos en los que la demanda de financiamiento de terceros ha crecido de manera más notable es en el sistema de arbitraje de inversiones. Podemos atribuir esta situación a diversos factores que están estrechamente vinculados a las características particulares de este tipo de casos.

1. Brooke Güven, Karl Lockhart y Michael García, «Chapter 14: Regulating Third-Party Funding in Investor-State Arbitration Through Reform of ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules: Holding Global Institutions to Their Development Mandates», *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?* (2020): 290.
2. Didem Kayali, «Third-Party Funding in Investment Arbitration: How to Define and Disclose It», *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 38, Issue 1, (2023).

Se trata de un mercado atractivo para esta práctica, dado que las controversias inversionista-Estado típicamente involucran reclamos y pedidos de compensación que entrañan contingencias significativas. El cálculo de los montos de daños que un inversionista alega haber sufrido al iniciar un arbitraje de inversión suele arrojar números altos y, por lo tanto, la posibilidad de obtener una decisión por un valor significativo resulta sumamente atractiva para los terceros financistas. Aunque es un tipo de disputa en el que las partes gastan montos altos para presentar sus casos o defenderse de los reclamos, según sea el caso, la perspectiva de obtener un laudo que ordena pagar un monto de millones de dólares también es considerable. Esto hace que sea una industria atractiva y rentable.

Por otro lado, el sistema de solución de controversias inversionista-Estado ha visto un incremento sostenido en el número de casos de las últimas décadas. Cada vez más se alejan los procesos arbitrales en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones — en adelante CIADI — de ser procesos vistos como “último recurso”. Es decir, a los que solo se acudía en situaciones sumamente graves o frente a actitudes groseras y hostiles contra inversionistas por parte de Estados receptores de inversión. Hoy, cada vez más, se percibe como un recurso o foro natural al que puede acudir frente a cualquier movimiento regulatorio de los Estados que se considera puede generar un perjuicio al inversionista. Esta situación ha contribuido a que empresas más pequeñas, o que tal vez no cuentan con los fondos necesarios para gatillar un proceso ante un foro como el CIADI, ahora tengan acceso a presentar reclamos bajo instrumentos internacionales respaldados por empresas que se dedican a financiar el inicio de este tipo de disputas.

Considerando este contexto, el presente artículo analizará algunas de las principales implicancias jurisdiccionales que se derivan del uso del financiamiento por terceros en el arbitraje de inversiones, a la luz de las principales inquietudes de los Estados al respecto. Algunos

de estos elementos incluyen la revelación de la existencia de un financista, la posible influencia del financiamiento de terceros en la asignación de costos, la preocupación por la divulgación de información confidencial, el aumento de reclamaciones infundadas o frívolas, los desafíos en la resolución amistosa de disputas y el posible desequilibrio generado por la práctica de la financiación por terceros.

De la misma forma, se analizarán algunas de las opciones de regulación que podrían estar disponibles en relación con un asunto que sigue en permanente evolución, así como cuál es la regulación por la que se ha optado en la nueva versión de las reglas del CIADI frente al financiamiento de terceros.

II. PRINCIPALES INQUIETUDES DE LOS ESTADOS EN RELACIÓN CON EL FINANCIAMIENTO DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Aunque el financiamiento por terceros no es un fenómeno nuevo en el mundo del litigio, su uso en un número creciente de casos de arbitraje de inversiones ha causado cierta preocupación entre los participantes en este tipo de controversias. La mayoría de estas inquietudes entre actores del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado — en adelante SCIE — están relacionadas con el impacto que esta práctica pueda tener en los temas que se debaten en dichas disputas y su naturaleza. Esto es así, dado que estas controversias pueden abordar asuntos delicados de política pública, tales como acciones relacionadas con la protección del medio ambiente o la salud, por nombrar algunos ejemplos.

Considerando lo anterior, es natural que un rol cada vez más activo de la figura del financiamiento de terceros en procesos del SCIE genere ciertas sensibilidades, particularmente en los Estados. Esta preocupación, a su vez, ha impulsado no solamente una mayor discusión de esta figura en foros académicos, sino también llamados a su regulación, aunque con enfoques muy diversos.

Uno de los principales foros en los que se ha discutido esta problemática en los últimos años es el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional — en adelante CNUDMI —. La CNUDMI ha establecido seis grupos de trabajo que se encargan de la labor preparatoria sustantiva sobre los temas del programa de trabajo de la Comisión. En ese marco, el Grupo de Trabajo III tiene un mandato para examinar cuestiones relacionadas con la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados con un amplio margen de discrecionalidad para el cumplimiento de este objetivo. Su enfoque busca que las soluciones alcanzadas se definan teniendo en cuenta la labor que estuviesen realizando en ese momento las organizaciones internacionales pertinentes, de modo tal que cada Estado tuviera la posibilidad de elegir si deseaba, y en qué medida, adoptar la o las soluciones propuestas.

Es importante resaltar que en las discusiones de este Grupo de Trabajo participan no solamente todos los Estados miembros de la Comisión; sino también diversas organizaciones internacionales, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, y otros invitados que representan diversos sectores de la academia y la práctica legal. Esto asegura que las discusiones de estos temas relevantes consideren diversos puntos de vista, lo que, sin lugar a duda, enriquece el debate.

Considerando tales discusiones, tanto en las sesiones de trabajo convocadas periódicamente, como en los eventos entre sesiones; podemos identificar las siguientes como algunas de las principales preocupaciones que los Estados han mostrado en relación con el incremento en el uso del financiamiento por parte de terceros en procesos arbitrales en el marco del SCIE.

1. Importancia de revelación de información para evitar posibles conflictos de intereses derivados de la financiación por terceros.

Para el correcto desarrollo de cualquier pro-

ceso de arbitraje, garantizar la imparcialidad e independencia de los miembros del tribunal arbitral es uno de los aspectos que reviste vital importancia. Para establecer y mantener esta imparcialidad e independencia, o dicho de otra forma, para evitar situaciones en que existan dudas justificadas de su ausencia, resulta indispensable que todos los involucrados tengan la oportunidad de identificar si los árbitros, o personas de su entorno familiar o profesional, tienen un interés económico directo o indirecto en el resultado del litigio. En escenarios donde un tercero está financiando un reclamo, para lograr evaluar un posible conflicto de interés, es imprescindible, como mínimo, conocer la existencia del acuerdo de financiamiento y la identidad de ese tercero.

Si un tercero está financiando un determinado reclamo, consideramos que la única forma de verificar que, en efecto, no existen dudas justificadas sobre la falta de imparcialidad o independencia del tribunal es a través de la revelación de esta información. Es un asunto en que la solución es relativamente sencilla, pues no existirían otras medidas que podrían adoptarse que cumplan cabalmente con tal finalidad, que no sean revelar la existencia de un acuerdo de financiamiento y la identidad del financiador.

Sin embargo, para cumplir su objetivo, la revelación debe ser oportuna. Es decir, tal información debe proporcionarse tan pronto se constituya el tribunal arbitral o, de ser el caso, tan pronto se finalice el correspondiente acuerdo de financiamiento. Ello implicaría, además, razonablemente una obligación continua de informar al tribunal y las partes en caso la situación cambie en el curso del desarrollo del arbitraje.

En esa misma línea, Shahdarpuri menciona lo siguiente en relación con este deber de revelación del financiamiento de terceros:

“La necesidad de revelar obligatoriamente la existencia del financiador quedó ejemplificada en el caso Ecuador contra Chevron. En este caso, la disposición impuesta al aboga-

do de una parte reveló los diversos conflictos que existían entre las partes en el litigio debido a la existencia de un financiador. En vista de que los conflictos surgen con una frecuencia aún mayor en el arbitraje internacional, es preocupante que no exista actualmente ningún mecanismo que garantice la revelación de la presencia de financiadores.

Para que un árbitro pueda siquiera revelar cualquier conflicto de intereses del que tenga conocimiento, primero debe saber quién es el financiador. La única manera de que salga a la luz cualquier conflicto de intereses potencial o presente es que la parte financiada revele quién es el financiador.”³

Revelar de manera oportuna la existencia de un acuerdo de financiamiento y la identidad del financista es importante, no solamente para el caso en particular, sino también para preservar la legitimidad del sistema de arbitraje y mantener la confianza en él. No obstante, es importante precisar que la revelación de la identidad del financiador debería ir más allá de simplemente proporcionar el nombre de la entidad que proporciona los fondos. En algunos casos, esta información básica puede no ser suficiente para identificar posibles conflictos de interés. Si se crea una persona jurídica con la finalidad de manejar un portafolio de casos a ser financiados y solo se revela el nombre de esta empresa, que tal vez tiene pocos años de actividad, podría no ser suficiente para determinar con certeza quién tiene un interés económico en el resultado del conflicto.

Al respecto, Shawn explica los riesgos que puede conllevar la falta de revelación oportuna de la presencia de un tercero financista:

“La divulgación también puede ayudar a evitar que surjan conflictos de intereses en una fase avanzada del proceso y, de este modo,

evitar que se impugne el laudo y la legitimidad del procedimiento. Los árbitros son actores recurrentes en un campo altamente especializado, y su participación a largo plazo, ya sea como abogados, árbitros o asesores, les pondrá en contacto con terceros financiadores. Si un árbitro que resuelve una demanda tiene una relación actual o previa con un financiador que apoya a una de las partes en esa misma demanda, el árbitro debe tener la obligación de revelar este posible conflicto desde el principio. De lo contrario, los posibles conflictos que surjan en una fase avanzada del proceso o una vez concluido éste podría poner en peligro la legitimidad del proceso arbitral. Dado el coste de un procedimiento arbitral y la mayor necesidad de legitimidad debido a la participación soberana, la impugnación de la legitimidad de los procedimientos podría tener repercusiones costosas y públicas.”⁴

Por consiguiente, la revelación debe ser exhaustiva, proporcionando suficiente información para permitir a las partes y a los miembros del tribunal conocer quiénes están detrás del financiamiento más allá de la empresa vehículo que pueda usarse, sean personas naturales o jurídicas. Solo con esta información completa, podrán evaluar correctamente si sus relaciones personales y profesionales generarían dudas razonables sobre la imparcialidad o independencia de los miembros del tribunal, de acuerdo con las normas estándar y los principios de arbitraje internacional.

Teniendo en cuenta la naturaleza de los asuntos que pueden discutirse en el SCIE, como ha sido explicado, la opacidad en la revelación de información puede amenazar la integridad del proceso arbitral y poner en duda la legitimidad del sistema para resolver problemas críticos de manera justa y transparente.

3. Khushboo Hashu Shahdarpuri, «Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory», *Asian International Arbitration Journal*, Volume 12, Issue 2, (2016): 90 - 91.
4. Gary Shawn, «Third-party funding in investment arbitration: how nondisclosure can cause harm for the sake of profiting», *Arbitration International*, Volume 33, Issue 1, (2017): 116.

2. Posible influencia de la existencia de financiación por terceros en la determinación relacionada con la asignación de costos.

Uno de los principales asuntos en los que el financiamiento por parte de un tercero puede tener influencia es en la asignación de costos del proceso arbitral. Al resolver una controversia, el tribunal arbitral no solo tiene la responsabilidad de dictaminar sobre los reclamos presentados, sino también de decidir cómo se distribuirán los costos en los que han incurrido las partes durante el desarrollo del proceso. La presencia de un tercero financista, particularmente en lo que se refiere a procesos en el marco del SCIE, a menudo está vinculada a la posibilidad de presentar al tribunal arbitral una solicitud de garantía de costos.

Una solicitud de garantía de costos suele materializarse cuando, en el transcurso de un arbitraje, alguna de las partes — en el marco del SCIE normalmente se trata de los Estados — anticipa una posible decisión a su favor en términos de quién deberá asumir los costos del proceso arbitral, y existen dudas razonables respecto a la capacidad económica de la contraparte para poder cumplir con esa decisión.

Es importante tener en cuenta que los montos que las partes pueden llegar a gastar en este tipo de procesos tienden a ser elevados, lo que representaría una carga financiera considerable. Según Jeffery P. Commission, un estudio de los arbitrajes CIADI entre 2011 y 2015 determinó que el costo de un arbitraje en dicho foro podía significar un gasto promedio de \$ 5'619,261.74 para un demandante y \$ 4'954,461.27 para un demandado; sumas a las cuales debe agregarse los costos del Tribunal Arbitral, los cuales, en promedio, ascienden a \$ 882,668.19⁵. Sumado a

lo anterior, debe considerarse también el monto total de gastos administrativos que las partes deben cubrir.

En ese sentido, Bachmann señala que:

*"La motivación para que una parte recurra a la financiación de terceros radica en los elevados costes del arbitraje internacional, el riesgo inherente de anticipar el resultado y la duración del procedimiento. Especialmente al principio de un arbitraje, los costes son onerosos. Sin un pago anticipado de los costes del arbitraje, el tribunal generalmente no iniciará el arbitraje y/o terminará el procedimiento. Además, hay que pagar los costes legales de la representación del demandante y los costes de los peritos requeridos. Por lo tanto, un demandante sin recursos o sin suficiente liquidez no está en condiciones financieras de proseguir con su demanda. En última instancia, el demandante se vería obligado a renunciar a una demanda (meritoria), lo que constituiría una violación del derecho a acceder a la justicia."*⁶

Ahora bien, es importante reconocer que existen diversas razones por las cuales una parte puede decidir recurrir a la financiación por parte de un tercero para presentar una demanda en este tipo de procesos. Aunque es una de las circunstancias más comunes que llevan a las partes a buscar a un tercero financista, lo cierto es que no en todos los casos es la falta de fondos. Por ejemplo, una empresa puede optar por recurrir a un tercero financista porque, aunque cuenta con los fondos necesarios para financiar el reclamo por sí misma, prefiere utilizar ese capital para otras inversiones o para estructurar su reclamo de una manera específica sin comprometer ese dinero.

5. Ver: "How much does an ICSID arbitration cost? A snapshot of the last five years". En: Kluwer Arbitration Blog. Disponible en: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/29/how-much-does-an-icsid-arbitration-cost-a-snapshot-of-the-last-five-years/?doing_wp_cron=1597737588.8041689395904541015625#:~:text=As%20explained%20in%20more%20detail,and%20US%244%2C954%2C461.27%20by%20respondents. (Abril de 2024)
6. Simon Bachmann, «The Impact of Third-Party Funding on Security for Costs Requests in International Arbitration Proceedings in Switzerland. Why and how third-party funding should be considered under the Swiss lex arbitri», ASA Bulletin, Volume 38, Issue 4, (2020): 844 - 845.

Sin embargo, una vez se toma conocimiento de la participación de un financista en un caso en particular, los Estados suelen interpretarlo como una señal de alerta que da lugar a evaluar la pertinencia y necesidad de presentar una solicitud de garantía de costos. Esta solicitud se puede presentar, no solo porque la presencia del financista podría indicar que la parte que ha sido financiada podría no ser capaz de cumplir con una posible orden de asunción de costos al no contar con los recursos necesarios, sino también debido a que el acuerdo con el financista podría excluir la posibilidad de recuperar los costos de dicho tercero en caso de que la decisión sea adversa. Esta situación pondría en riesgo la posibilidad de ejecutar el laudo.

Resulta interesante resaltar que algunos actores del sistema han propuesto que la regulación del financiamiento de terceros se adopte teniendo en cuenta la interacción que podrían tener con la regulación de las circunstancias que los tribunales arbitrales deben tener en cuenta al decidir si otorgar o no una garantía de costos.

Para entender esta situación, es importante destacar que el tema de la garantía de costos no es trivial. En consecuencia, cuando los tribunales han analizado este asunto, por lo general han manifestado de forma clara que una medida como esta solo debería otorgarse en circunstancias excepcionales. Esta postura mayoritaria ha sido justificada explicando, con razón, que requerir la presentación de una garantía de costos de manera injustificada podría representar una barrera para el acceso a la justicia.

Al respecto, Simon Bachmann cita una serie de casos para explicar cómo se ha desarrollado este asunto en el arbitraje de inversiones:

"En Guaracachi América Inc. y Rurelec plc c. Bolivia, el Tribunal denegó la orden de constitución de una garantía. Consideró que el demandado no había demostrado un "nexo causal" suficiente que permitiera inferir de la mera existencia de financiación de terceros la incapacidad del demandante para pa-

gar un laudo adverso en materia de costes. Además, el demandado no demostró que el demandante carezca de fondos para pagar una futura condena en costas o para obtener financiación (adicional) con ese fin.

En RSM Production Corporation c. Santa Lucía, un tribunal ordenó una garantía para costas por primera vez en un arbitraje de tratado de inversión. El demandado justificó la solicitud basándose en el incumplimiento por parte del demandante (financiado) de sus obligaciones en virtud de laudos sobre costas en una serie de arbitrajes anteriores del CIADI y en que el financiador no cumpliría con las obligaciones del demandante en virtud de un laudo sobre costas resultante, lo que constituiría un "atropello arbitral".

En su evaluación en virtud del Artículo 47 del Convenio del CIADI y de la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el tribunal planteó las mismas preocupaciones. El tribunal concluyó que el historial de incumplimiento por parte del demandante de los laudos sobre costas, la falta de recursos financieros suficientes del demandante y el hecho de que esté financiado por un tercero (desconocido), constituyen circunstancias excepcionales que justifican una orden de garantía.

En el caso posterior EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. República Eslovaca, el Tribunal aplicó las consideraciones de RSM c. Santa Lucía, pero se negó a ordenar una garantía considerando que el demandante (financiado) no había incumplido su pago (anterior). Además, concluyó que la financiación por terceros se ha convertido en una práctica común, lo que no constituye automáticamente una circunstancia excepcional.

En el caso de South American Silver Limited c. Bolivia, el Tribunal denegó la solicitud de una garantía en el marco del artículo 26(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Siguió el razonamiento de RSM c. Santa Lucía y EuroGas e hizo hincapié en que en los casos que implican financiación de terceros, sólo circunstancias excepcionales que demuestren un alto riesgo económico real para el demandado y/o un comportamiento de mala fe pueden justificar la orden de una garantía, de lo contrario aumentaría el riesgo

de bloquear reclamaciones potencialmente legítimas.”⁷

De esta forma, en tanto la carga de la prueba la tiene quien alega un hecho, cuando una parte solicita una garantía de costos, es esta quien normalmente tiene la carga de probar que, efectivamente, su contraparte no tiene la capacidad de cumplir con un eventual laudo adverso en el proceso. Los casos citados anteriormente demuestran cómo es que diversos tribunales han seguido esta línea al analizar este tipo de pedidos. Algunas de las sugerencias de regulación incluyen la implementación de una regla que invierta la carga de la prueba en relación con la capacidad de pago de la parte contra la que se solicita la garantía.

En este escenario, se ha sugerido que cuando exista un financiamiento de terceros y se solicite una garantía de costos, se aplique una regla que invierta la carga de la prueba. En esa situación, sería la parte que recibe el financiamiento quien tendría la carga de demostrar que, efectivamente, tiene la capacidad económica necesaria para cumplir con una eventual decisión del tribunal arbitral que ordene la condena de costos. Esta es una regla que, hasta donde tenemos conocimiento, no ha sido implementada aún en ningún tratado o reglamento de arbitraje. A lo mucho, existen algunas regulaciones que establecen que la existencia de un financiamiento por parte de un tercero es una circunstancia que los tribunales arbitrales pueden tener en cuenta al momento de analizar un pedido de garantía de costos.

3. Protección de la información confidencial a la que podría tener acceso un tercero que aporta financiación.

Uno de los aspectos que presenta mayores retos en la posible regulación del financiamiento de terceros es el relacionado con el acceso a la información confidencial que podría llegar a obtener el tercero que aporta el financiamien-

to. La complejidad de este asunto reside en que el financista es un tercero y existen posiciones diversas respecto a la capacidad que tendría un tribunal arbitral de ordenarle adoptar ciertas medidas en relación con este asunto. Naturalmente, esto ha generado que se cite dicha problemática como una de las razones que justificarían una regulación específica de esta figura.

El financiamiento de terceros se diferencia notablemente del acceso a financiamiento bajo figuras más tradicionales. En el contexto del financiamiento de terceros, la entrega de fondos está íntimamente vinculada a un análisis de las probabilidades de éxito del reclamo a financiar. En otras palabras, el financista debe llevar a cabo una estimación cuidadosa y rigurosa de la naturaleza del reclamo y su solidez antes de tomar la decisión de prestar financiamiento. Esto es así, porque solo si el reclamo tiene éxito y se obtiene un laudo que ordena el pago de un monto a favor de la parte financiada, el tercero financista podrá recuperar su inversión y generar una utilidad, lo que resulta el objetivo principal de esta actividad.

Con la finalidad de llevar adelante esta evaluación de manera adecuada, es altamente probable que el financista necesite acceso, no solo a la información pública del récord de la disputa, sino también a cierta data confidencial directamente relacionada con la controversia. En el caso de que se celebre el acuerdo de financiamiento, es natural que también se acuerde brindar acceso a la información que permita conocer cómo se está desarrollando el proceso arbitral. Esto probablemente incluirá no solo los documentos producidos por el Tribunal Arbitral, sino también los escritos y pruebas que pueda presentar su contraparte.

En relación con este asunto, Lamm y Hellbeck manifiestan lo siguiente:

“Asegurar la financiación de terceros y la coordinación con un tercero financiador du-

7. Simon Bachmann, *Ibidem*: 862 - 863.

rante un arbitraje requiere necesariamente compartir información confidencial, privilegiada y, en ocasiones, altamente sensible entre la parte y el financiador. Esto conlleva el riesgo de que el hecho de compartir dicha información confidencial o privilegiada con un tercero pueda considerarse una renuncia. Garantizar la protección de dicha información confidencial y preservar el privilegio existente en consecuencia son cuestiones importantes que la parte y su abogado deben considerar cuidadosamente antes de buscar financiación de terceros.⁷⁸

Como fue explicado anteriormente, aunque el financista proporciona los fondos, sigue siendo un tercero en el arbitraje desde un punto de vista procesal. Por lo tanto, es razonable que exista preocupación sobre las obligaciones de confidencialidad que debería cumplir este tercero financista respecto a dicha información. En relación, se ha resaltado la importancia de no solo tener pautas claras y una guía del tribunal sobre cómo brindar acceso a esta información, sino también de tomar medidas para que las obligaciones de confidencialidad que rigen el acceso a la información protegida del arbitraje se extiendan también al tercero financista.

4. Potencial control ejercido por los terceros que aportan financiación sobre el proceso arbitral y sus efectos en la posibilidad de solucionar amistosamente la controversia.

Tratándose de controversias entre inversionistas y Estados, es clave recordar que la mayoría de los instrumentos que regulan la promoción y protección recíproca de inversiones requieren, entre otras cosas, una notificación previa antes de iniciar un arbitraje. Esto con la finalidad de llevar adelante un proceso de negociación directa entre las partes. Dicho requisito apunta, entre otros, a que las partes tengan la oportunidad de buscar una solución amisto-

sa que pueda evitar la necesidad de iniciar un proceso arbitral para solucionar la disputa. Este período de negociación directa como paso previo al inicio de un arbitraje, conocido también como “período de trato directo”, tiene objetivos importantes.

Diversos tribunales internacionales han indicado que la finalidad de este período de trato directo incluye proporcionar un tiempo adecuado para que el Estado pueda recopilar toda la información necesaria, entender completamente la naturaleza y el alcance de la disputa, y tener la oportunidad de responder eficientemente para evitar su responsabilidad internacional.

Es necesario recordar que la responsabilidad internacional del Estado puede ser generada por cualquier entidad o agencia estatal, sea del gobierno central, regional o local, sea una agencia del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o el Poder Judicial, e independientemente también del nivel de autonomía o independencia del que pueda gozar la entidad en virtud del derecho interno. A nivel de Derecho Internacional Público, el Estado es uno solo, y es este quien ha asumido las obligaciones contenidas en el tratado de promoción y protección de inversiones. De esta forma, se debe tener en cuenta que la responsabilidad internacional puede ser gatillada por cualquiera de las entidades públicas que forman parte del aparato estatal. El plazo de negociación directa brinda un espacio adecuado para que el Estado pueda informarse primero respecto a las circunstancias de la disputa, y luego explorar adecuadamente la posibilidad de lograr una solución negociada a la controversia. Esto en lugar de someterla a un proceso de arbitraje internacional, el cual podría ser más largo y costoso.

Este enfoque está en línea con el objetivo principal de los instrumentos de promoción y protección recíproca de inversiones extrajeras. La finalidad de estos no es necesariamente

8. Carolyn Lamm y Eckhard Hellbeck, «Recent Developments in Third-Party Funding in Investor-State Arbitration», BCDR International Arbitration Review, Volume 5, Issue 2, (2018): 189 – 191.

resolver controversias a través de litigios, sino promover inversiones extranjeras que contribuyan al desarrollo sostenible de los países receptores de dichas inversiones. Esto implica que, si los Estados receptores de inversión pueden resolver de manera amistosa una controversia — permitiendo que la inversión siga generando empleo, impulsando el desarrollo económico y promoviendo el crecimiento —, entonces los objetivos del instrumento se cumplen plenamente.

Sin embargo, esta situación puede cambiar cuando un tercero financiador se involucra en estos procesos. Su participación puede, potencialmente, tener efectos negativos en la resolución amigable de las controversias, agregando un nuevo nivel de complejidad a la ecuación.

En principio, el tercero financista y la parte que recibe el financiamiento tienen objetivos alineados en términos de la posición frente al conflicto. Ambos buscan una compensación monetaria frente a lo que consideran que es una violación de obligaciones internacionales, la cual ha generado un daño que debe ser reparado.

Pero, esto no significa que tengan necesariamente el mismo interés, y ello puede tener un impacto significativo en las posibilidades de éxito de una posible solución amistosa. El interés del inversionista extranjero puede abarcar alternativas que van más allá de una compensación monetaria. En el proceso de negociación, las partes pueden buscar alternativas creativas que generen valor para ambas como, por ejemplo, la ampliación del plazo de un contrato de concesión. Un tercero financista, sin embargo, podría no compartir ese abanico amplio de alternativas de solución, ya que una posible solución como la descrita anteriormente no le permitiría recuperar su inversión y generar una utilidad.

La situación es incluso más compleja si consideramos que puede resultar común que el acuerdo de financiamiento incluya disposiciones que regulan el nivel de control de decisión del tercero financista respecto a la posibilidad de lograr una solución amistosa. En algunos casos, esto inclusive podría incluir la capacidad de veto.

Sobre el control del tercero financista y la forma en que podría ser ejercido, Müller indica que:

*"Algunos acuerdos de financiación contienen incluso un derecho de aprobación para el financiador en relación con la conclusión de cualquier acuerdo o la selección de abogados o árbitros. Sin embargo, la gran mayoría de los acuerdos de financiación están estructurados de forma que se garantice que el financiador no ejerce control sobre el caso. (...) A pesar de ello, los financiadores suelen tratar de establecer ciertas salvaguardias para proteger su inversión, como derechos de supervisión o el derecho a rescindir el acuerdo de financiación en casos específicos. Naturalmente, la amenaza de rescisión de la financiación puede suponer una presión considerable y un control algo indirecto sobre los procedimientos de una parte financieramente dependiente."*⁹

La preocupación reside no solamente en que esta dinámica, en la que se incorpora un tercero ajeno a la relación original, puede empeorar las posibilidades de lograr una solución amistosa. El problema es que esta situación también puede tener el efecto de distorsionar el objetivo de los instrumentos de promoción y protección recíproca de inversiones, alejando a estos tratados de ser herramientas de promoción de desarrollo sostenible y volviéndolos en oportunidades de lograr un retorno significativo por una inversión, en un plazo relativamente corto. Ciertamente, la intención de los Estados que firmaron acuerdos internacionales de este tipo

9. Maximilian Müller, «Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Arbitration Rules and the Challenge of Effectively Addressing Third-Party Funding», *Austrian Yearbook on International Arbitration*, (2023): 142.

no fue crear un mercado de compra y venta de reclamos internacionales.

5. Incidencia de la financiación por terceros en el aumento del número de casos de SCIE.

En el mercado existen distintos tipos de empresas y fondos que se dedican a financiar reclamos en arbitrajes de inversiones. Estas empresas pueden tener perfiles diversos. Si bien es cierto que, en la mayoría de los casos, los procesos a ser financiados pasan por un escrutinio serio en relación con las probabilidades de éxito de la demanda; desafortunadamente, este no necesariamente es el caso de todas las disputas que reciben un financiamiento.

Algunas empresas dedicadas a estas actividades pueden armar portafolios de casos a ser financiados, lo que podría permitirles asumir casos más riesgosos o con probabilidades de éxito un poco más bajas de lo que normalmente sería el estándar para estos casos. Esta situación puede dar lugar a un incremento de demandas infundadas o frívolas.

Esta situación ha llamado la atención de los Estados, porque más allá del resultado de una disputa del SCIE, lo cierto es que el solo hecho de tener que responder frente a una demanda de este tipo implica costos significativos para los Estados. Como bien lo explica el tribunal arbitral en el caso *Isolux Corsán Concesiones S.A. contra la República del Perú* en la Resolución Procesal N° 2 mediante la cual se deja constancia de la terminación del procedimiento respecto a *Elecnor S.A.*:

"(...) Pero también es cierto que Elecnor puso en marcha un mecanismo de arbitraje internacional que obligó a la Demandada a hacer frente a las reclamaciones que presentó en su contra, y en el que no demostró sus pretensiones.

*Entablar una demanda al amparo de un tratado no es un asunto trivial. Existe una responsabilidad cuando se pone en marcha el mecanismo de arbitraje y se fuerza a la contraparte a atender la demanda que pesa en su contra. La decisión de recurrir al procedimiento de arbitraje debe tomarse con toda seriedad y plena conciencia de sus implicaciones."*¹⁰

De esta forma, un incremento en el número de casos del SCIE como consecuencia de la actividad del financiamiento de reclamos por parte de terceros puede poner presión en la defensa de los Estados. Esto considerando todo lo que implica poner en marcha la maquinaria estatal para hacer frente a reclamos en los que se discute la potencial responsabilidad internacional del Estado.

6. Posible desequilibrio generado por la práctica de la financiación por terceros.

Finalmente, es importante hacer notar también que existe preocupación por un posible desequilibrio en el SCIE generado por el incremento de la práctica de financiamiento de terceros en este tipo de controversias. El desequilibrio se daría partiendo de la premisa que quienes tienen acceso a este tipo de financiamiento típicamente son inversionistas extranjeros.

Existen diversas razones que pueden explicar los motivos por los cuales normalmente un Estado no utilizaría a un tercero para financiar su participación en arbitrajes de inversión. La razón principal se relaciona con la naturaleza de este tipo de disputas. Dado que la mayor parte de este tipo de controversias son iniciadas en virtud de acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, y que estos instrumentos típicamente establecen obligaciones únicamente para los estados y no para los inversionistas, en la gran mayoría de los casos los Estados aparecen como demandados y los in-

10. Resolución Procesal N° 2 mediante la cual se deja constancia de la terminación del procedimiento respecto a *Elecnor S.A.* Párrafos 21 y 22. Caso CIADI No. ARB/12/5, *Isolux Corsán Concesiones S.A. contra la República del Perú*.

versionistas como demandantes. Esta situación hace que sea realmente complejo para un tercero que está interesado en financiar reclamos, presentar estos servicios a los Estados. Debido a que no existiría una pretensión de compensación monetaria a su favor, el financista no tendría forma de recuperar su inversión y generar una utilidad.

Otra de las razones por las cuales los Estados normalmente no recurren al financiamiento por parte de un tercero tiene relación con la disponibilidad de fondos para atender este tipo de disputas. Si bien es cierto, como se ha explicado, pueden existir razones más allá de no contar con el dinero para acudir a este tipo de prácticas de financiación, esta sigue siendo la principal. En ese sentido, es difícil pensar en una situación en la que un soberano no disponga del dinero suficiente para costear su participación en este tipo de disputas.

Finalmente, es necesario precisar que la decisión de los Estados de recurrir a un tercero para financiar su participación en una controversia de este tipo potencialmente puede generar también problemas de naturaleza política. Esto tiene que ver no solamente con potenciales cuestionamientos a las razones que llevan a un soberano a usar a un financista, sino también con las potenciales críticas que podría generarse al ceder parte de una decisión favorable a un privado.

III. ALTERNATIVAS DE REGULACIÓN DEL FINANCIAMIENTO DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN CONSIDERANDO LAS IMPLICANCIAS JURISDICCIONALES DE ESTA FIGURA

Frente a una situación como la descrita hasta este momento, las posiciones respecto a cómo

lidiar con dicho fenómeno varían significativamente en términos de enfoque y objetivos. Dado que se trata de un fenómeno que se encuentra en constante proceso de evolución, las alternativas de regulación deben adoptarse teniendo en cuenta no solamente los objetivos que puedan trazarse en relación con la naturaleza y características del SCIE, sino también reconociendo la realidad de que esta práctica se ha extendido y que seguirá siendo utilizada.

Las opciones de regulación que se han examinado hasta ahora en diversos foros en los que se viene discutiendo estos asuntos, como el grupo de Trabajo III de la CNUDMI, podrían resumirse en lo siguiente: por un lado existe la posibilidad de adoptar la prohibición total de la financiación por terceros en el ámbito del SCIE y, por otro lado, optar por su reglamentación. Por ejemplo, introduciendo mecanismos para asegurar cierta transparencia, entre otras cosas, mediante la comunicación de información — lo que también podría ser útil, como se ha visto anteriormente, para garantizar la imparcialidad de los árbitros—, la imposición de sanciones si no se comunica esa información y, en general, la adopción de reglas no solamente vinculadas con esta práctica, sino también con las facultades con que contarían los tribunales arbitrales para lidiar con estas situaciones.

En algunos tratados de inversión recientes se han incorporado disposiciones relativas a la financiación por terceros. Mientras que en determinados tratados de inversión se ha prohibido completamente esta práctica, en varios otros se han introducido obligaciones de proporcionar información. Mediante las cuales se exigen, principalmente, que se comunique a la otra parte litigante y al tribunal la existencia de la financiación por terceros y su dirección.¹¹

11. Algunos ejemplos de tales regulaciones son los siguientes: Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre la Argentina y los Emiratos Árabes Unidos: "Artículo 24. *Financiamiento de terceros. No se permitirá el financiamiento de terceros.*" Acuerdo de Libre Comercio UE-Vietnam: "Artículo 3.37 1. *En caso de financiación por terceros, la parte contendiente que se beneficie de ella notificará a la otra parte contendiente y a la división del Tribunal, o cuando la división del Tribunal no esté establecida, al Presidente del Tribunal la existencia y naturaleza del acuerdo de financiación, y el nombre y dirección del tercero financiador.*" Acuerdo de Protección de Inversiones UE-Singapur:

En relación con las opciones que están disponibles para la regulación del financiamiento por terceros, consideramos que la prohibición total de esta figura puede ser en realidad contraproducente para los objetivos que se buscarían con tal medida. Para desarrollar esta noción es importante remitirnos a la definición de qué exactamente constituye un financiamiento de terceros.

Las definiciones de financiamiento de terceros recogidas en los tratados que decidieron regular esta práctica son relativamente amplias y cubren, por lo general, la financiación de las actuaciones por un tercero que no es parte en la diferencia, pero tiene un interés económico en su resultado. Es importante recordar que existen diversos tipos de financiación por terceros, y que su definición puede variar según las distintas fuentes de derecho que resulten de aplicación.

Si bien es cierto que cuando se menciona esta figura, tal vez por lo general, se piensa en un fondo que se dedica a alocar capital para el financiamiento de litigios a cambio de un porcentaje de lo que se obtenga en el laudo, lo cierto es que esta no es la única práctica que podría calificar como un financiamiento de tercero. Podría calzar dentro de dicho concepto, por ejemplo, la financiación proporcionada por el abogado de la parte litigante en el marco de un acuerdo de financiación pro-bono o un pacto de cuotalitis. El abogado o estudio de abogados, en los ejemplos brindados anteriormente, no son una empresa que se dedica a financiar reclamos, pero en determinado contexto podrían perfectamente calzar con su definición.

Algunos otros ejemplos relevantes pueden verse con pólizas de seguros o inversiones en capital social realizadas por terceros que aportan financiación. También se podría tomar en cuenta situaciones como las que se dieron en el marco del caso iniciado por la tabacalera Phillip Morris contra Uruguay. En este caso, el Estado recibió fondos de organizaciones que tenían un interés particular en velar por que la posición del Estado receptor de la inversión, en defensa del derecho a la salud de los ciudadanos, prevalezca en el proceso. Tales aportes le permitieron a una de las partes en el litigio costear los gastos que demandaba su participación en el conflicto. En estos escenarios se estaría brindando fondos que permiten presentar un reclamo o defenderse del mismo, por lo que en determinadas circunstancias podrían calzar con la definición de financiamiento de terceros.

Brindar una definición precisa del financiamiento de terceros, que cubra todos los escenarios posibles, es una tarea compleja. Sin embargo, es indispensable en caso se pretenda prohibir esta práctica. Sin una definición adecuada, el objetivo que se busca no se cumpliría. Esto se agrava si consideramos, además, que se trata de un fenómeno en evolución.

Una prohibición total de esta figura podría más bien alentar que surjan nuevas formas de financiar reclamos, que sean más sofisticadas y difíciles de detectar, lo que a su vez ocasionaría que se pierda por completo el objetivo original de la prohibición. De esta forma, consideramos que lo más prudente es establecer una regulación que permita que la figura pueda darse, pero bajo ciertas reglas básicas que aseguren, principalmente, la transparencia de la información.

"Artículo 3.8-Financiamiento de terceros. Cualquier parte contendiente que se beneficie del financiamiento de terceros deberá notificar a la otra parte contendiente y al Tribunal el nombre y dirección del tercero financiador. Dicha notificación se hará al momento de presentar una reclamación, o sin demora tan pronto como se acuerde, done o conceda el financiamiento de terceros, según sea el caso." Tratado de Libre Comercio UE-México: "Artículo 10. 1. Cuando exista financiamiento de terceros, la parte contendiente que se beneficie del mismo notificará a la otra parte contendiente y a la división del Tribunal, o cuando la división del Tribunal no esté integrada, al Presidente del Tribunal, el nombre y domicilio del tercero financiador. 2. Dicha notificación se efectuará en el momento de la presentación de una demanda o, cuando el acuerdo de financiación se celebre o la donación o subvención se efectúe después de la sub-misión de una demanda, sin demora tan pronto como se celebre el acuerdo o se efectúe la donación o subvención."

Ello con el objetivo de cautelar la legitimidad del SCIE, y que se garanticen las facultades de los tribunales para lidiar con situaciones particulares que puedan surgir en casos específicos.

En relación con la reglamentación de financiamiento de terceros, existen diversos elementos a considerar. Uno de tales aspectos es, por ejemplo, si se debiese limitar el recurso de la financiación por terceros a casos en que los demandantes carecen de fondos. Es decir, evaluar la posibilidad de limitar la financiación por terceros en el ámbito del SCIE a las causas iniciadas por demandantes que, de otra forma, no podrían hacer valer sus derechos porque no tienen la posibilidad de costear un proceso de esta naturaleza. Este podría ser el caso, en particular, de los demandantes que, por alguna razón, tal vez incluso vinculada a las razones por las que se presenta el reclamo, carecen de fondos o las pequeñas y medianas empresas con capacidad financiera limitada.

Otro elemento sumamente importante es el relacionado con la obligación de comunicar información sobre la financiación por terceros. Esta obligación de comunicación puede abarcar, como ha sido explicado anteriormente, tanto la existencia de finamiento por terceros como la identidad del tercero que aporta financiación. Cabe señalar que podría ser necesario hacer permanente la obligación de revelación, dado que las circunstancias o acceso al financiamiento podrían cambiar a lo largo del desarrollo del proceso arbitral.

También será importante evaluar la conveniencia de hacer extensiva la obligación de revelación al acuerdo de financiamiento. Esta es una materia que puede resultar altamente sensible, puesto que es importante lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de contar con las principales características del acuerdo de financiamiento para evaluar cómo es que estas pueden impactar en el desarrollo del arbitraje, incluyendo la determinación de posibles conflictos de interés y, por otro lado, evitar que se revele información confidencial o sensible vinculada con el acuerdo de financiamiento.

Como ha sido explicado anteriormente, típicamente un financista realiza una evaluación exhaustiva para determinar cuáles son las probabilidades de éxito de un determinado reclamo antes de brindar fondos para su presentación. Es posible que dicho análisis se incluya en el acuerdo de financiamiento, o que ciertos elementos de su estructura revelen cómo las partes ven sus probabilidades de éxito en relación con la disputa. Algunas de las alternativas para lograr ese equilibrio, incluyen establecer que el tribunal arbitral sea quien determine en qué casos debe presentarse el acuerdo de financiamiento o que, en los casos en los que deberá presentarse que esta información, la misma sea remitida únicamente al tribunal arbitral para que este decida qué parte del acuerdo de financiamiento se incorpora al récord del proceso arbitral. En este marco también es importante considerar cuáles podrían ser algunas de las consecuencias del incumplimiento de la obligación de comunicación de información vinculada con el financiamiento de terceros.

Un ejemplo que puede resultar ilustrativo de cómo se pueden abordar estos asuntos, lo podemos encontrar en las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI que entraron en vigor el 1 de julio de 2022. Las nuevas reglas son el resultado de un proceso de años de discusión entre Estados Contratantes del Convenio, especialistas legales, representantes de inversionistas y académicos. Fue una oportunidad para poner sobre la mesa las preocupaciones de los Estados luego de la experiencia acumulada de tantos años de aplicar reglas en centenares de procesos de arbitraje. Por supuesto, el tema de financiamiento por parte de terceros también fue parte importante de la discusión.

En lo que se refiere al financiamiento por terceros se incluyó una nueva regulación que se materializó en la actual Regla 14, la misma que establece lo siguiente:

*"Notificación de Financiamiento por Terceros
(1) Una parte presentará una notificación por escrito revelando el nombre y la dirección de cualquier tercero de quien la parte, directa o indirectamente, haya recibido*

fondos para la interposición de, o defensa en un procedimiento a través de una donación o una subvención, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento ("financiamiento por terceros"). Si el tercero que proporciona el financiamiento es una persona jurídica, la notificación deberá incluir los nombres de las personas y entidades que poseen y controlan dicha persona jurídica.

(2) La parte presentará la notificación a la que se refiere el párrafo (1) al Secretario General al momento del registro de la solicitud de arbitraje o, en su caso, inmediatamente después de concluir el acuerdo de financiamiento si sucede después del registro. La parte comunicará inmediatamente al Secretario General cualquier cambio en el contenido de la notificación.

(3) El Secretario General transmitirá la notificación de financiamiento por terceros y cualquier comunicación sobre cambios a la información contenida en dicha notificación a las partes y a cualquier árbitro propuesto para nombramiento o nombrado en el procedimiento a efectos de completar la declaración de árbitro requerida por la Regla 19(3)(b).

(4) El Tribunal podrá ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador en virtud de la Regla 36(3)."¹²

Tenemos, en este caso, algunos aspectos que vale la pena destacar, particularmente porque en el proceso de enmienda de sus reglas, el CIADI veló en todo momento por tener un enfoque balanceado entre las posiciones e intereses de los Estados, pero también de los inversionistas. Una de las principales características de las nuevas reglas es que establecen la obligación de notificar por escrito el nombre y dirección de cualquier tercero de quien, directa o indirectamente, se hubiera recibido fondos para un arbitraje a través de una donación o subvención, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento.

Si el financista es una persona jurídica, se debe incluir los nombres de las personas y entidades que poseen y controlan a esa persona jurídica. Adicionalmente, se establece que se debe presentar tal información al momento de registro de la solicitud de arbitraje o apenas se concluya el acuerdo de financiamiento, y también se debe notificar cualquier cambio en la situación.

Todo lo anterior apunta a preservar la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral, que resulta un aspecto fundamental para el adecuado desarrollo del proceso arbitral. Es importante resaltar que no solo se establece la obligación de revelar la identidad del financista, sino que también se toman medidas adecuadas para que las partes conozcan la identidad de las personas naturales o jurídicas que lo puedan controlar. El objetivo es, claramente, permitir la correcta identificación de cualquier potencial conflicto de interés en los miembros del tribunal arbitral al permitir la identificación plena de cualquier persona que pueda tener un interés directo o indirecto en el resultado del conflicto.

Otro aspecto sumamente importante es que se deja abierta la posibilidad de que el tribunal ordene la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador.

Esto último es muy importante dado que, hasta la adopción de las nuevas reglas del CIADI, se interpretaba que los tribunales tenían la capacidad de solicitar esta información bajo la regla general de discrecionalidad para la conducción del proceso. Sin embargo, establecer de forma expresa la facultad del tribunal arbitral para requerir la revelación de información adicional del acuerdo de financiamiento o respecto al financista es un paso importante. Debido a que puede ayudar a ahorrar discusiones entre las partes sobre la capacidad del tribunal de ordenar tales cuestiones en relación con terceros financistas y sobre cualquier alegada extralimi-

12. Regla 14. Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – CIADI.

tación de facultades del tribunal en eventuales procesos de anulación de laudo.

IV. CONCLUSIONES

Como ha sido desarrollado en el presente artículo, las opiniones sobre cómo manejar el fenómeno del financiamiento por terceros son variadas. Las alternativas se encuentran entre una posición que impulsa la prohibición total de la financiación por terceros y, por otro lado, una posición que aboga más bien por su regulación. La misma que, como ha sido desarrollado, debería incluir como mínimo la revelación de la existencia del financiamiento y la identificación del tercero financista, incluyendo potenciales sanciones por incumplimiento de esta obligación.

Asimismo, se han expuesto las principales implicancias jurisdiccionales derivadas del uso de financiamiento por terceros en arbitraje de inversiones, considerando las principales preocupaciones de los Estados. Muchas de estas

inquietudes pueden solucionarse, o al menos atenuarse, con una regulación clara y transparente. En ese sentido, creemos que la prohibición total podría ser contraproducente y fomentar formas más sofisticadas de financiación. Consideramos que lo más recomendable en este escenario es establecer una regulación que permita la financiación por terceros, pero bajo ciertas reglas que aseguren la transparencia y brinden a los tribunales la capacidad de manejar situaciones específicas.

Una regulación adecuada permitiría atender muchas de las preocupaciones que han sido desarrolladas en este trabajo en relación con el aumento en el uso del financiamiento de terceros en el SCIE. Es importante prestar debida atención a estas sensibilidades, dado que pueden tener efectos no solamente en la integridad del arbitraje, sino también, de forma más general, en la legitimidad del sistema como mecanismo eficaz y eficiente de solución de controversias.

La protección contra la expropiación indirecta: El camino hacia su clarificación en los tratados de inversión modernos

**Protection against indirect expropriation:
The road to clarification in modern investment treaties**



JOSÉ GERMÁN SALCEDO MACHADO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestría en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Warwick.



SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Contextualizando el problema.**
- III. La tensión entre la protección de la inversión extranjera y del interés público.**
- IV. Las razones por las cuales delimitar la expropiación indirecta no ha sido tarea fácil.**
- V. Los criterios desarrollados por la casuística arbitral.**
 - a. La Doctrina de los Efectos.**
 - b. La Doctrina de los Poderes de Policía.**
 - c. El Análisis de Proporcionalidad.**
- VI. Hacia la clarificación de las cláusulas de protección contra la expropiación indirecta.**
- VII. Conclusiones.**

RESUMEN:

En el presente artículo, el autor repasa los esfuerzos emprendidos durante décadas por la doctrina y los tribunales de inversión para interpretar cuándo ocurre una expropiación indirecta, y expone la actual tendencia hacia la clarificación textual de esta protección en los tratados de protección de inversiones modernos.

Palabras clave: Expropiación indirecta, tratados de protección de inversiones, derecho internacional.

ABSTRACT:

In this article, the author reviews the efforts undertaken for decades by investment doctrine and tribunals to interpret when an indirect expropriation occurs, and discusses the current trend towards textual clarification of this protection in modern investment protection treaties.

Keywords: Indirect expropriation, investment protection treaties, international law.

I. INTRODUCCIÓN

En los más de 3,200 acuerdos internacionales de inversión —All— en vigor,¹ una disposición se repite con uniformidad: la obligación de los Estados de indemnizar la expropiación de la inversión extranjera. Pese a la universalidad de esta protección y a la habitualidad con la que genera controversias de inversión, en el derecho internacional de las inversiones no se ha absuelto de forma definitiva la pregunta de ¿cuándo una medida estatal de efecto expropiatorio configura una expropiación *indirecta* compensable y cuándo constituye una conducta regulatoria legítima no compensable? Una de las causas de esta pendencia es que las cláusulas de expropiación tradicionales no contemplaban definiciones ni parámetros precisos para su aplicación. Por ello, muchos All recientes buscan establecer criterios específicos para que los tribunales arbitrales puedan responder esa pregunta con mayor deferencia hacia el espacio regulatorio de los Estados.

Y es que las expropiaciones de inversión extranjera ya no ocurren de forma directa y deliberada como en el pasado, cuando una incautación violenta o la promulgación de un decreto de confiscación eran modalidades frecuentes. Hoy, ocurren de forma *indirecta*, generalmente

como consecuencia de actos regulatorios que tienen legítimos objetivos de interés público, pero que, involuntariamente, generan daño colateral en negocios de inversionistas protegidos, anulando sustancialmente los beneficios de dicha propiedad. Una cuestión problemática de esta coyuntura es que, dependiendo de qué tan expansivamente sea interpretada la protección contra la expropiación indirecta, puede producirse un peligroso desbalance entre la protección de la inversión extranjera particular y del interés público general.

Este artículo explora el camino sinuoso que han transitado la doctrina y los tribunales de inversión al interpretar las cláusulas de protección contra la expropiación de los All de primera generación y la actual tendencia hacia la clarificación de las cláusulas de expropiación indirecta en los tratados más recientes.

II. CONTEXTUALIZANDO EL PROBLEMA

En agosto de 1922, preparándose para su ingreso a la Primera Guerra Mundial y ante una inminente escasez de material de guerra, Estados Unidos confiscó numerosos navíos que estaban en plena construcción en astilleros en su territorio. Quince compañías navieras noruegas vieron automáticamente truncados los

1. Al momento de redacción de este artículo, se estiman vigentes 3,265 tratados internacionales de inversión. UNCTAD, *World Investment Report 2023: Investing in sustainable energy for all* (Ginebra: UNCTAD, 2023), 71.

contratos que habían suscrito con estos astilleros para la construcción de barcos cuyo destino comercial debía ser Europa. Si bien el gobierno de los Estados Unidos honró los pagos a los astilleros norteamericanos para que culminen la construcción de los barcos confiscados, no compensó a las compañías que habían encargado su construcción, pese a que estas habían sufrido la pérdida de los anticipos pagados a los constructores, además de algunos bienes intangibles asociados a esos proyectos —diseños, planos y especificaciones técnicas para la fabricación de las naves—.

En representación de sus nacionales afectados, el gobierno noruego demandó a los Estados Unidos ante la Corte Permanente de Arbitraje para el pago de compensaciones. El tribunal arbitral a cargo del caso falló en favor de Noruega y determinó que, mientras que Estados Unidos había formalmente expropiado y compensado a los astilleros norteamericanos por las embarcaciones requisadas en sus instalaciones, esta misma medida había involucrado, en simultáneo, una desposesión de facto de los derechos contractuales de los mandantes noruegos, sin que estos hubieran sido compensados por tales pérdidas.²

Este es conocido como el caso *Norwegian Shipowners* y fue uno de los primeros pronunciamientos sobre expropiación indirecta por un tribunal internacional. Diversos autores atribuyen a esta decisión, además, la inepción de la que, luego, tribunales de inversión acuñarían como la *Sole Effects doctrine*.³ Según esta doctri-

na, para determinar si un acto gubernamental constituye una expropiación indirecta, deben analizarse únicamente sus efectos sobre los derechos de propiedad del inversionista, sin entrar a ponderar las motivaciones del Estado que la dictó.⁴ De acuerdo con esta corriente, un acto estatal califica como expropiatorio y compensable si interfiere sustancialmente en el uso o disfrute de la propiedad del inversionista, aun cuando detrás de tal medida hubiera existido un objetivo de interés público.⁵

Cien años después de *Norwegian Shipowners*, el mundo afrontó otra amenaza global: la pandemia de la Covid-19. En el apogeo de esta crisis, en octubre de 2020, los gobiernos de India y Sudáfrica pidieron a la Organización Mundial del Comercio —OMC— que suspendiera temporalmente las patentes de las vacunas contra el virus.⁶ Esta iniciativa prosperó recién en junio de 2022, cuando la OMC acordó una moratoria de la exclusividad de las patentes de las vacunas contra la Covid-19 por cinco años y autorizó a los países en vía de desarrollo a producir estas dosis sin el consentimiento del titular de los derechos.⁷

Para aquel momento, cientos de millones de dosis de vacunas habían sido producidas por sus titulares y estaban siendo rápidamente distribuidas, por lo que los gobiernos no necesitaron implementar la autorización de la OMC para fabricarlas sin el consentimiento de aquellos. Sin embargo, es razonable pensar que, de haberse valido de dicha moratoria, algunos Es-

2. *Noruega c. EE.UU. —Norwegian Shipowners Claims—*, caso PCA 1921-01, laudo del 13 de octubre de 1922, 28.
3. Michael Reisman y Robert D. Sloane, «Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation», *British Yearbook of International Law* 74, (2004): 119; G. C. Christie, «What constitutes a taking of property under International Law», *British Yearbook of International Law* 38, (1962): 310; UNCTAD, *Expropriation. UNCTAD series on issues in International Investment Agreements II*, (2008): 7.
4. Yves Fortier y Stephen L. Drymer, «Indirect expropriation in the Law of International Investment: I know it when I see it, or Caveat Investor», *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 19, no. 2 (2004): 308.
5. Ben Mostafa, «The Sole Effects doctrine, police powers and indirect expropriation under International Law», *Australian International Law Journal* 15, (2008): 267.
6. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, *Exención de determinadas disposiciones del Acuerdo Sobre los ADPIC para la prevención, contención y tratamiento de la Covid-19, Comunicación de la India y Sudáfrica*, OMC IP/C/W/669 (2 de octubre de 2020).
7. Conferencia Ministerial, duodécimo período de sesiones, *Decisión Ministerial relativa al Acuerdo sobre los ADPIC*, OMC WT/MIN(22)/30 (22 de junio de 2022).

tados habrían tenido que afrontar demandas de las farmacéuticas dueñas de las patentes por la expropiación indirecta de sus derechos de propiedad intelectual. Creemos que una aplicación estricta de la *Sole Effects doctrine* en estos casos habría resultado en la determinación de que existió una expropiación indirecta compensable,⁸ aun cuando la medida estatal controvertida hubiera tenido por finalidad proteger la salud pública en medio de una grave emergencia sanitaria.

Es también razonable imaginar que incluso la sola perspectiva de ser demandado internacionalmente por expropiación podría haber disuadido a más de un gobierno que, pese a estar urgido de vacunas para su población, habría preferido no implementar la moratoria de la OMC, intimidado por el riesgo de enervar responsabilidad internacional.

III. LA TENSIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y DEL INTERÉS PÚBLICO

El caso hipotético que acabamos de señalar sirve para ilustrar las constantes tensiones entre el régimen de protección de inversiones y el ejercicio de la autonomía regulatoria gubernamental. Estas tensiones son más patentes en aquellas áreas donde la protección contra la expropiación indirecta reduce el espacio de maniobra que necesitan los gobiernos para poder regular aspectos de interés público, tales como la protección medioambiental, la seguridad interna y la salud pública.

Cuando los Estados suscriben tratados de inversión, entran en una compleja situación de bús-

queda constante de equilibrio. Por un lado, deben respetar las protecciones concedidas a los inversionistas cubiertos por el tratado, al mismo tiempo que deben preservar y ejercer su poder regulatorio para proteger el interés público. Esto coloca a los Estados en un dilema permanente pues, como bien señala la UNCTAD, “casi cualquier medida gubernamental puede ser interpretada como un acto de interferencia en el negocio de algún inversionista extranjero”.⁹ Así, cuando un gobierno decide regular para atender alguna de las siempre cambiantes necesidades del interés público, puede resultar causando daño colateral en alguna inversión protegida. Pero, si dicho gobierno decide no practicar su autoridad regulatoria, estará desatendiendo su deber de velar por el interés público. Cualquiera de estas opciones le puede traer serias consecuencias negativas. Por ello, los Estados pueden sentir que su legítimo accionar está incómodamente condicionado por un régimen de protección de inversiones poco claro al que están sujetos.

En la actualidad, numerosos AIIs de primera generación están vigentes,¹⁰ y seguirán estándolo por mucho tiempo más. Como más adelante veremos, estos acuerdos se caracterizan por contener cláusulas de expropiación sumamente escuetas y por no definir qué es una expropiación indirecta. Esta escasa precisión textual obligó a muchos tribunales de inversión a interpretar dicha protección y a intentar establecer fórmulas para identificar cuándo ocurre una expropiación indirecta compensable. Sin embargo, estos emprendimientos autónomos, al haber sido conducidos por tribunales culturalmente diversos y que operaron bajo el lenguaje de distintos AIIs, generaron interpretaciones disímiles, de las cuales surgieron fórmulas como

8. Para fines didácticos, asumimos que las cláusulas sobre expropiación en el hipotético tratado de protección de inversiones aplicable no impiden la aplicación de la *sole effects doctrine*.
9. UNCTAD, «*Taking of Property: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*» (Nueva York y Ginebra: UNCTAD, 2000), 6.
10. Se conoce como AII de primera generación a aquellos tratados celebrados antes de la década de los 2000. Esta fecha marcó un punto de inflexión en la práctica de tratados pues, a consecuencia de la proliferación de demandas de inversión en la década previa, los Estados empezaron a producir modelos de AII de redacción más sofisticada, con estándares de protección más precisos y que buscaban un mejor balance entre la protección de la inversión extranjera y la preservación del interés público. Ver UNCTAD, «*Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*» (UNCTAD, 2007).

la *Sole Effects doctrine* y otros criterios alternativos cuya coexistencia agudizó las tensiones.

Esa falta de predictibilidad de cuándo ocurre una expropiación indirecta compensable impide a los Estados tener suficiente claridad respecto del régimen de protección de inversiones que deben respetar. Lógicamente, esto reduce su capacidad de tomar decisiones razonadas al momento de adoptar medidas regulatorias que puedan tener algún impacto sobre la propiedad extranjera. La ausencia de certeza y consistencia en este campo puede llevar a los Estados a cometer errores y tener que afrontar el pago de cuantiosas compensaciones. Puede también infundirles suficiente aprensión como para generar enfriamiento normativo – fenómeno también conocido como *regulatory chill*, que ocurre cuando un Estado se abstiene de promulgar legislación o ejecutar acciones regulatorias por aversión al riesgo de afrontar demandas de inversión.¹¹

En ese contexto, es comprensible que uno de los desarrollos contemporáneos más notables en el derecho internacional de las inversiones sea la clarificación de las cláusulas de protección contra la expropiación indirecta en los AI más recientes.¹² La mayor precisión con la que estas cláusulas vienen siendo redactadas en los AI de moderna generación demuestra el gran interés de los Estados por restringir la discreción con la que cuentan los tribunales de inversión para interpretar cuándo una medida gubernamental califica como una expropiación indirecta compensable.

IV. LAS RAZONES POR LAS CUALES DELIMITAR LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA NO HA SIDO TAREA FÁCIL

Para el derecho internacional, la expropiación es la forma más severa de interferencia estatal contra la propiedad.¹³ Claro que esto no significa que la propiedad privada sea inviolable pues, según el principio de soberanía territorial, los Estados tienen el derecho de regular y gravar la propiedad ubicada dentro de su área de poder, así como de expropiarla. Sin embargo, para que el ejercicio de este derecho no enerve responsabilidad, el derecho internacional clásico establece ciertas condiciones mínimas que son: que la expropiación tenga un propósito público, se ajuste al debido proceso, no sea discriminatoria y esté acompañada de una compensación justa.¹⁴

Si bien la legalidad de la expropiación de propiedad extranjera depende fundamentalmente del cumplimiento cumulativo de esas condiciones, cuando se trata de una expropiación indirecta, esta verificación puede resultar bastante difícil. De hecho, autores muy acreditados reconocen que el delimitar cuándo una conducta estatal equivale a una expropiación indirecta ilícita y cuándo se trata de una medida regulatoria legítima, ha sido una de las labores más arduas en el derecho internacional de las inversiones.¹⁵

Mucho trabajo en doctrina y casuística arbitral ha sido dedicado a intentar fijar criterios que sirvan para distinguir una medida expropiato-

11. Begoña Pérez B., «Límites a la autonomía legislative en materia tributaria derivados del TTIP: el «regulatory chill effect», *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid* 34 (2017): 216.
12. Ying Zhu, «Do clarified indirect expropriation clauses in International Investment Treaties preserve environmental regulatory space?», *Harvard International Law Journal* 60, no. 2, (2019): 377.
13. Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum y Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (3ra ed.) (Oxford University Press, 2022), 146.
14. Andrew Newcombe y Luis Paradell, *Law and practice of investment treaties. Standards of treatment* (Wolters Kluwer, 2009), 369.
15. Rudolf Dolzer, «Indirect expropriation of alien property», *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1, no. 1 (1986): 41. Más de quince años después de hacer esta afirmación, el Profesor Dolzer reiteraría la vigencia de la cuestión. Ver Rudolf Dolzer, «Indirect expropriations: New developments?», *NYU Environmental Law Journal* 11, no. 1 (2002): 66 —“it is not unreasonable to assume that the legal issues in the foreign investment context may, for the time being, be dominated by the definition of expropriation.”—

ria compensable de una legítima medida regulatoria no compensable. Creemos que la dificultad de esta labor obedece, en gran medida, a dos motivos. El primero es que la expropiación indirecta puede adoptar diversas formas, intensidades y matices,¹⁶ lo cual hace muy difícil determinar si una medida de efecto expropiatorio ha siquiera ocurrido.

Y es que, a diferencia de una expropiación directa, donde el Estado abierta y deliberadamente se hace de la propiedad privada, una expropiación indirecta involucra una medida estatal que en apariencia no conlleva una transferencia de propiedad, pero resulta en la privación sustancial de los derechos de propiedad del inversionista o de sus beneficios. Esta privación puede llegar a ocurrir como consecuencia de uno o varios actos estatales que interfieren en el uso o control de la propiedad del inversionista a tal punto que la tornan inservible, aun cuando éste conserve el título de su propiedad y el Estado no haya tenido un ánimo expropiatorio. Debido a este amplio espectro y a la variedad de posibles matices resultantes, no es casualidad que en doctrina y casuística la expropiación indirecta se describa empleando diversas adjetivaciones, tales como de facto, equivalente, encubierta, consecuencial, cumulativa, virtual o regulatoria.¹⁷

El segundo obstáculo es la escasa precisión textual que caracteriza a los AIIs de primera generación.¹⁸ Debido a esta particularidad, las cláusulas de expropiación contempladas en estos instrumentos no contienen una definición clara de lo que constituye una expropiación

indirecta y tampoco establecen exenciones específicas ni materias respecto de las cuales los Estados contratantes se hayan reservado el derecho de regular sin enervar su responsabilidad internacional. Para ilustrar este obstáculo, revisemos las cláusulas de expropiación de un par de AIIs de primera generación suscritos por el Perú, que continúan en vigor y que han sido invocados en diversos arbitrajes de inversión entablados contra el país, lo cual demuestra su relevancia y plena vigencia práctica.

El AII entre Perú y España data de 1994 y ha sido invocado en, al menos, cinco arbitrajes de inversión contra el Perú.¹⁹ La cláusula de expropiación de este tratado señala únicamente lo siguiente:²⁰

Artículo 5 - Nacionalización y expropiación
La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una parte contratante contra las inversiones de inversores de la otra parte contratante en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por razones de necesidad o utilidad pública conforme a las disposiciones legales y en ningún caso será discriminatoria. La parte contratante que adoptara estas medidas pagará al inversor o a su derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible y libremente transferible.

De otro lado, el AII entre Francia y Perú de 1996 ha sido invocado en tres arbitrajes de inversión

16. Para un repaso amplio sobre la expropiación indirecta en el derecho internacional y las formas como que puede ocurrir, ver OECD, «“Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law», *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04 (OECD Publishing, 2004).
17. Andrew Newcombe y Luis Paradell, *Law and practice of investment treaties. Standards of treatment* (Wolters Kluwer, 2009), 325.
18. Sobre la falta de claridad textual de las protecciones contenidas en los tratados de inversión, ver Bernard Hanotiau, «Are bilateral investment treaties and free trade agreements drafted with sufficient clarity to give guidance to tribunals?», *American University Business Law Review* 5, no. 3 (2015): 313.
19. *Exeteco International Company S.L. c. Perú*, caso PCA No. AA535; *Isolux Corsán Concesiones S.A. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/12/5; *Lidercón S.L. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/17/9; *Telefónica S.A. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/21/10; *Enagás Internacional S.L.U. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/21/65.
20. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el Reino de España, suscrito en Madrid el 17 de noviembre de 1994 y en vigor desde el 16 de febrero de 1996.

contra el Perú,²¹ y su cláusula de expropiación dispone así en su parte relevante:²²

Artículo 5

(2) Las Partes Contratantes no adoptarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea privar, directa o indirectamente, a los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante de las inversiones que les pertenecen en su territorio y área marítima, a menos que sea por causa de utilidad pública y a condición que estas medidas no sean discriminatorias, ni contrarias a un compromiso particular de una de las partes contratantes con los nacionales o sociedades de la otra parte contratante.

Las medidas de expropiación que podrían ser adoptadas darán lugar al pago de una indemnización pronta y adecuada cuyo monto, equivalente al valor real de las inversiones afectadas, será determinado en base a una situación económica normal y anterior a toda amenaza de expropiación. (...)

Estos son solo dos ejemplos de los 20 All de primera generación suscritos por el Perú durante la década de los 90. Vistos en retrospectiva, resulta sorprendente que un estándar de protección tan frecuentemente invocado en controversias de inversión fuera redactado con tanta austeridad. Por ejemplo, el lector habrá podido apreciar que ninguna de las cláusulas transcritas define qué es una expropiación indirecta. Tampoco se ocupan de definir cuál es el grado de interferencia en la propiedad idóneo para configurar una expropiación compensable; mucho menos establecen situacio-

nes especiales fuera del alcance de la cláusula para escenarios específicos relacionados con el interés público. Por el contrario, nótese que ambas cláusulas citadas disponen que, incluso tratándose de medidas adoptadas por razones de *utilidad pública*, habrá lugar al pago de una *compensación pronta y adecuada*.

Esta es una característica transversal de los All de previa generación: cláusulas de expropiación carentes de límites y ausencia de definición de la expropiación indirecta, lo cual generó un vacío legal que numerosos tribunales de inversión intentaron autónomamente llenar.

V. LOS CRITERIOS DESARROLLADOS POR LA CAUÍSTICA ARBITRAL

De la vasta red de más de 3,200 All vigentes, un gran número corresponde a acuerdos de primera generación, los cuales, como ya vimos, contienen cláusulas de expropiación genéricas y de escueta redacción. Esta falencia impide delinear con nitidez la frontera entre lo que constituye una medida estatal que interfiere lícitamente con la propiedad extranjera y una expropiación indirecta compensable. Esta ambigüedad ha demostrado ser particularmente problemática para los Estados al momento de regular en asuntos de interés público, pues la falta de linderos claros de su espacio de autonomía regulatoria genera incertidumbre y puede dar lugar al ya mencionado *regulatory chill*.²⁴

En este escenario, los tribunales de inversión emergieron como una pieza fundamental para el ecosistema de protección de inversiones y, por medio de sus decisiones, ejercieron un rol

21. *Compagnie Minière Internationale Or S.A. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/98/6; *Renée Rose Levy c. Perú*, caso CIADI No. ARB/10/17; *Renée Rose Levy & Gremcitel S.A. c. Perú*, caso CIADI No. ARB/11/17.
22. Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Francesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, en vigor desde el 30 de mayo de 1996.
23. Al momento de redacción de este artículo, se estiman vigentes 3,265 tratados internacionales de inversión. UNCTAD, *World Investment Report 2023: Investing in sustainable energy for all*, (Ginebra: UNCTAD, 2023), 71.
24. Los tratados de inversión han sido descritos como “armas de doble filo” pues, si bien constituyen instrumentos útiles para atraer la inversión extranjera, al mismo tiempo pueden constreñir el espacio seguro dentro del cual los Estados pueden adoptar medidas regulatorias legítimas. Ver Wolfgang Alschner y Elizabeth Tuerk, “The Role of International Investment Agreements in Fostering Sustainable Development”, en Freya Baetens (ed.), *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives* (Cambridge University Press, 2013), 221.

de gobernanza para este régimen mediante la interpretación normativa.²⁵ Estos tribunales han formulado ciertas doctrinas para intentar superar la ambigüedad normativa y resolver reclamos de inversión por expropiación indirecta. De esta labor emergieron tres corrientes principales: (i) la doctrina de los efectos, (ii) la de los poderes de policía y (iii) el principio de proporcionalidad.

a. La Doctrina de los Efectos

Según la *Sole Effects doctrine*, para determinar la existencia de una expropiación indirecta compensable, un tribunal debe valorar únicamente el efecto de la medida estatal denunciada sobre los derechos de propiedad del inversionista. Bajo esta óptica las motivaciones gubernamentales que pudieran existir detrás de la medida estatal no afectan tal determinación.

Como vimos al inicio, el origen de esta doctrina puede rastrearse hasta el caso *Norwegian Shipowners*, donde el tribunal explícitamente desestimó el digno propósito gubernamental detrás de la confiscación de las naves y resolvió que Estados Unidos se apropió fáctica y jurídicamente de los contratos de los navieros noruegos bajo los cuales dichas embarcaciones se encontraban en construcción, siendo el efecto de dicha medida la privación completa y permanentemente de su propiedad.²⁶

Diversos otros tribunales perflaron esta corriente. Por ejemplo, el del caso *Metalclad* determinó que una expropiación ocurre cuando una interferencia “tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”.²⁷ El tribunal en *Saipem* fue incluso más explícito pues enfatizó que el criterio más importante para determinar la existencia de una expropiación es el impacto de la medida.²⁸ Similares determinaciones fueron hechas por los tribunales en *Biwater Gauff*²⁹ y *Siemens*,³⁰ entre otros.

Como se ha visto, la doctrina de los efectos privilegia la determinación del impacto real de la medida sobre los derechos de propiedad del inversionista, por encima de las motivaciones gubernamentales. Si bien algunos autores sostienen que el altísimo grado de interferencia que esta doctrina exige para que una medida califique como expropiatoria preservaría adecuadamente el espacio regulatorio de los Estados,³¹ en nuestra opinión, mientras la determinación de cuál es ese grado de interferencia quede en manos de los tribunales, subsistirá la impredecibilidad, el riesgo de decisiones inconsistentes y la percepción por parte de los Estados del acortamiento de su potestad regulatoria.

-
25. Diversos autores coinciden en que, debido a la ambigüedad de las protecciones conferidas en los AIIs, el arbitraje de inversiones se ha convertido en una fuente de gobernanza global. Ver, por ejemplo, Benedict Kingsbury & Stephan Schill, «Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law», *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46* (2019).
 26. *Norwegian Shipowners' Claims* (Noruega c. EE.UU.), laudo del 13 de octubre de 1922, 18 —“whatever the intentions may have been, the United States took, both in fact and in law, the contracts under which the ships in question were being or were to be constructed. (...) in fact the claimants were fully and for ever deprived of their property (...) this amounts to a requisitioning by the exercise of the power of eminent domain within the meaning of American municipal law.”—.
 27. *Metalclad c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, laudo del 30 de agosto de 2000, 103.
 28. *Saipem c. Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/7, laudo del 30 de junio de 2009, 133 —“(...) the most significant criterion to determine whether the disputed actions amount to indirect expropriation or are tantamount to expropriation is the impact of the measure.”—
 29. *Biwater Gauff c. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008, 463-64.
 30. *Siemens AG c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007, 270.
 31. Ben Mostafa, «The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law», *Australian International Law Journal* 15 (2008): 295.

b. La Doctrina de los Poderes de Policía

Bajo el derecho internacional consuetudinario, los Estados tienen el derecho, y en muchos casos el deber, de regular para proteger el interés público.³² La doctrina de los poderes de policía privilegia esta potestad regulatoria y determina que los Estados son inmunes cuando adoptan medidas que persiguen objetivos de interés público, si es que lo hacen de buena fe, según el debido proceso y de una manera no discriminatoria.³³ Según esta teoría, donde ocurra una interferencia en los derechos de propiedad de un inversionista con ocasión de una medida estatal orientada a proteger el interés público, no existe expropiación. Por lo tanto, el Estado no estará obligado a pagar compensación alguna, incluso si la interferencia fuera total.

Diversas decisiones arbitrales se inclinaron por esta doctrina. Por ejemplo, en el caso *Burlington*, para determinar si la medida estatal impugnada configuró una expropiación, el tribunal se propuso analizar copulativamente si la privación del valor de la inversión había sido sustancial y permanente, y si se justificaba en alguna manifestación del poder policial.³⁴ Similarmente, en *Methanex*, el tribunal determinó que “regulación no discriminatoria con propósito público, que sea promulgada de acuerdo al debido proceso y afecte a un inversionista o inversión extranjera, no es considerada expropiatoria y compensable”.³⁵ Varios otros tribunales

se adhirieron a esta doctrina, tales como los de los casos *Saluka*³⁶ y *Phillip Morris*.³⁷

Esta teoría no está exenta de objeciones, pues no parece lograr un balance sostenible entre la protección de los intereses público y privado. Al respecto, es relevante citar al tribunal del caso *Vivendi*, que criticó frontalmente esta doctrina apuntando que “[s]i la finalidad pública automáticamente previniera a la medida de tener carácter expropiatorio, en ese caso nunca habría una confiscación indemnizable por razones de utilidad pública.”³⁸

En nuestra opinión, esta crítica es válida pues cualquier medida estatal puede de algún modo asociarse a algún objetivo de interés público, por lo que resulta muy difícil imaginar una medida regulatoria que carezca por completo de algún arraigo en el interés público. Por ello, de prevalecer la doctrina de los poderes de policía, los Estados podrían siempre encontrar cómo justificarse alegando que su accionar busca preservar alguna de las diversas manifestaciones del interés público: protección medioambiental, salud pública, seguridad nacional, derechos humanos, orden público, etc.

c. El Análisis de Proporcionalidad

Las doctrinas de los efectos y de los poderes de policía han sido consistentemente criticadas por situarse en posiciones antípodas, lo cual

-
32. Rudolf Dolzer y Felix Bloch «Indirect Expropriation: Conceptual Realignments?», *International Law Forum du Droit International* 5, no. 3 (2003): 161.
 33. Maryam Malakotipur, «The Chilling Effect of Indirect Expropriation Clauses on Host States’ Public Policies: a Call for a Legislative Response», *International Community Law Review* 22 (2020): 239.
 34. *Burlington Resources Inc. c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, laudo del 14 de diciembre de 2012, 473.
 35. *Methanex Corporation c. EE.UU.*, laudo del 3 de agosto de 2005, 7.
 36. *Saluka Investments BV c. República Checa*, laudo parcial del 17 de marzo de 2006, 255 —“It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare.”—
 37. *Phillip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, laudo del 8 de julio de 2016, 295 —“Después del año 2000 surgió una tendencia congruente a favor de la diferenciación del ejercicio del poder de policía de la expropiación indirecta. (...) que una medida se pueda caracterizar como expropiatoria depende de la naturaleza y el fin de la acción del Estado.”—
 38. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, laudo del 20 de agosto de 2007, 7.5.21.

obliga a adoptar una fórmula del “todo o nada”, que impide acomodar la protección del interés público y de la propiedad privada de una forma equitativa y predecible.³⁹

El método de análisis de proporcionalidad emergió como una fórmula más equilibrada para identificar expropiaciones compensables, y ha sido empleado por los tribunales de los casos *Tecmed*⁴⁰ y *SD Myers*,⁴¹ entre otros. Este método aplica un análisis de proporcionalidad que sopesa el interés público detrás del accionar del Estado y el interés del inversionista en proteger su propiedad. Para ello, en cada caso en concreto se valoran no solo el propósito de la medida estatal y su impacto sobre la propiedad protegida, sino también la necesidad e idoneidad de la interferencia para alcanzar el propósito público perseguido, la autenticidad del interés público alegado, las legítimas expectativas del inversionista respecto de la ocurrencia de una interferencia de esa naturaleza y la diligencia del Estado al adoptar la medida.⁴²

Pese a que este método busca encontrar un saludable punto de equilibrio entre los intereses privado y público, no es ajeno a las críticas por parte de la doctrina especializada. Algunos autores sostienen que asigna demasiada discreción a los tribunales de inversión y que, para una correcta identificación de la idoneidad de la medida para proteger el interés público, el análisis de proporcionalidad exige un alto nivel de conocimiento del contexto político y eco-

nómico del Estado receptor, lo cual no siempre puede ser asegurado por un tribunal de inversión.⁴³

VI. HACIA LA CLARIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN CONTRA LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Los esfuerzos desplegados para establecer una fórmula universal para la identificación de una expropiación indirecta compensable parecen haber sido infructuosos. Como hemos repasado, las diversas doctrinas desarrolladas hacen énfasis en distintos intereses y, si bien la del análisis de proporcionalidad pareciera haber ganado mayor popularidad en la última década y media,⁴⁴ lo cierto es que no logramos identificar en la casuística arbitral un patrón de aplicación consistente y claro. Esto porque, si bien es una práctica común que los tribunales de inversión se apoyen en decisiones previas, el derecho internacional de inversiones no contempla un sistema de jurisprudencia vinculante, lo cual impide dotar de certeza jurídica y predictibilidad a los pronunciamientos arbitrales, en particular, y al régimen, en general. Por ello, la coexistencia de estas doctrinas ha ocasionado una casuística vacilante y se podría decir que incluso ha agravado el problema, pues sigue sin poderse predecir con certeza cuál método será aplicado en un caso en particular.

Es improbable que la intrincada arquitectura de All de primera generación sea desmantelada en

39. Ursula Kriebaum, «Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State», *The Journal of World Investment & Trade* 8, no. 5 (2007): 729.

40. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, laudo del 29 de mayo de 2003, 122 —“el Tribunal Arbitral estima apropiado considerar, para determinar si dicho encuadramiento procede, la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad”—.

41. *S.D. Myers c. Canada*, laudo parcial del 13 de noviembre de 2000, 255, 261 y 263.

42. Ursula Kriebaum, n.º 39, 732.

43. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (4ta. ed.) (Cambridge University Press, 2017), 462.

44. Ver, por ejemplo, Alec Stone Sweet, «Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier», *Law and Ethics of Human Rights* 4 (2010): 47; Erlend Leonhardsen, «Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration», *Journal of International Dispute Settlement* 1 (2011): 1; Caroline Henckels, «Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration», *Journal of International Economic Law* 15, nro. 1, (2012): 224.

un futuro cercano, pues el proceso de terminación de estos instrumentos es una compleja tarea de diplomacia comercial y de política doméstica. Involucraría, además, la negociación de nuevos All que reemplacen los acuerdos terminados y que eviten la percepción de desprotección por parte de los inversionistas. Por esta razón, los tribunales de inversión seguirán teniendo que resolver controversias sobre expropiación indirecta que derivan de All de primera generación que contienen cláusulas de expropiación poco claras. Para ello, deberán seguir echando mano de las doctrinas disponibles o las que decidan crear. Por ello, creemos que los tribunales seguirán conservando amplia discreción para resolver, caso por caso, cuándo un acto estatal configura una expropiación compensable, y terminarán adoptando decisiones que posiblemente no representen la intención de los Estados contratantes del All aplicable a dichas controversias.

Para remediar en algo este escenario, los All de moderna generación muestran una clara tendencia hacia la clarificación textual de la protección contra la expropiación indirecta. En efecto, en las últimas dos décadas, los Estados han venido negociando y suscribiendo instrumentos que contemplan novedosas cláusulas complementarias, anexos explicativos separados e incluso declaraciones interpretativas que reflejan sus reales intenciones al conceder esta protección. En estas nuevas disposiciones, los Estados vienen plasmando con mayor precisión una serie de exenciones, reservas y otros aspectos que los tribunales de inversión deben tomar en cuenta al analizar una medida gubernamental de efecto expropiatorio.

Un ejemplo de esta tendencia hacia una más precisa calibración de la protección contra la expropiación indirecta es el tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Perú —TLC Perú EE.UU.—,⁴⁵ el cual se basó en el tratado modelo de inversiones de Estados Unidos de 2004 (2004 U.S. BIT Model). Para comenzar, este instrumento

contempla expresamente la figura de la expropiación indirecta en su Capítulo 10, Anexo 10-B, en cuya sección 3(a) aclara que la determinación por parte de un tribunal de inversión de si un acto o una serie de actos estatales constituye una expropiación indirecta, requiere un análisis fáctico del caso en concreto que considere, entre otros factores, el impacto económico del acto, la medida en la cual el acto interfiere con las expectativas razonables e inequívocas de la inversión, y la naturaleza del acto; es decir, su propósito, intensidad y contexto. Consideramos que, al tener que analizar una medida gubernamental impugnada, a la luz de estos factores, reduce la discrecionalidad de los tribunales de inversión y le inserta predictibilidad al sistema.

En ese mismo Anexo 10-B, sección 3(a)(i), además, se establece que “aunque el hecho de que un acto o serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido”. Asimismo, en la sección 3(b) establece que, salvo en circunstancias excepcionales, “no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.” Consideramos que estas disposiciones son bastante potentes para equilibrar y reacomodar la autoridad regulatoria estatal, pues erradican de plano la aplicabilidad de la *Sole Effects doctrine* en las controversias que surjan bajo este All.

En cuanto a la específica protección del espacio regulatorio para la protección del medioambiente, el artículo 10.11 del TLC Perú-EEUU dispone que nada en dicho capítulo debe interpretarse en el sentido de impedir que alguno de los Estados contratantes adopte, mantenga o haga cumplir una medida “que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.

45. Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006.

Estas disposiciones hacen evidente que, a diferencia de los All de antigua generación, el TLC Perú-EEUU —así como todos los tratados basados en el 2004 U.S. BIT Model y en sus versiones subsecuentes— se ocupa directamente de excluir situaciones específicas del alcance de las protecciones conferidas. Este método de composición de protecciones responde a una relativamente moderna técnica de redacción de tratados mediante la estipulación de *carve-outs*.⁴⁶ Esta técnica consiste en reservar determinadas manifestaciones de la regulación estatal como, por ejemplo, las medidas adoptadas para proteger el medioambiente, las cuales, de producirse, no darán lugar a la vulneración del tratado, pues están fuera de su cobertura.

En similar sentido, el tratado de libre comercio entre Perú y Canadá también preserva el espacio regulatorio estatal empleando esa misma técnica de estipulación de *carve-outs*.⁴⁷ Así, el Anexo 812.1, literal c, dispone que las medidas adoptadas para proteger legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta, “[s]alvo en raras circunstancias, como cuando una medida o serie de medidas son demasiado severas a la luz de su objetivo que no pueden ser consideradas de manera razonable como que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe”.

Además, su Capítulo 22 contiene un listado de excepciones concretas que ambos Estados contratantes reservaron y que no podrán configurar una expropiación compensable. Así, el artículo 2201, lista *carve-outs* específicos, los cuales excluyen de la aplicación del tratado a las medidas que sean necesarias para proteger la vida o salud humana, animal y vegetal; el medioambiente; y la conservación de recursos naturales

agotables. El lenguaje empleado establece con claridad la intención de los contratantes de preservar un amplio espacio donde puedan ejercer su autoridad regulatoria sin enervar responsabilidad internacional.

Los dos All suscritos por Perú que acabamos de referir se basaron en los respectivos modelos de acuerdos de inversión bilaterales que Estados Unidos y Canadá tuvieron entonces vigentes y que emplearon durante varios años para la negociación de acuerdos de inversión con otros Estados. Esto quiere decir que similar redacción fue adoptada en otros All contemporáneamente concluidos por esos países, lo cual implica que estos textos incluyen una definición de expropiación indirecta y contienen presupuestos para la activación de esta protección, así como reservas y situaciones excluidas entre otras cuestiones relacionadas con la salvaguarda del espacio regulatorio estatal.⁴⁸

Asimismo, numerosos países han venido adoptando tratados bilaterales modelo que siguen esas mismas pautas, los cuales han servido para la suscripción de una serie de All hoy vigentes.⁴⁹ Por lo tanto, la clarificación textual de la expropiación ha pasado de ser un esfuerzo aislado de algunos Estados, a convertirse en una tendencia de política de tratados. De hecho, un análisis empírico de cerca de 2,200 All efectuado en 2019 determinó que, al menos, 118 tratados contenían cláusulas de clarificación de la protección contra la expropiación indirecta.⁵⁰ Asimismo, según una más reciente encuesta conducida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo —UNCTAD—, el 75 por ciento de los All concluidos entre 2020 y 2023 contiene salvaguardas en favor del espacio regulatorio de los Estados contratantes, entre las cuales figuran la

45. Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006.

46. Ying Zhu, n.º 12, 403-404.

47. Tratado de Libre Comercio entre Perú y Canadá, suscrito el 29 de mayo de 2008.

48. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio —TLC— entre Estados Unidos con Colombia del 2006 y el TLC entre República Dominicana, Centroamérica —Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua— y Estados Unidos del 2004.

49. Por ejemplo, los modelos de Tratado Bilateral de Protección de Inversiones de Colombia de 2007 y de Noruega de 2015, y el Tratado de Libre Comercio entre China y Nueva Zelanda del 2008.

50. Ying Zhu, n.º 12, 416.

incorporación de definiciones precisas de qué constituye una expropiación y la exclusión de determinadas conductas estatales del alcance de dicha protección.⁵¹ Las cifras son, por lo tanto, reveladoras: la clarificación de las protecciones otorgadas a la inversión extranjera con relación a la expropiación es ya una corriente instalada.

VII. CONCLUSIONES

El debate acerca de cuándo una medida estatal de efectos expropiatorios constituye una expropiación indirecta compensable ha sido intenso, prolongado y vacilante. Debido a la carencia de precisión textual de los AI que debían aplicar, los tribunales de inversión tuvieron que interpretar dicha protección caso por caso, asumiendo así un activo rol de gobernanza en el régimen internacional de protección de inversiones. Desafortunadamente, estos emprendimientos autónomos, adoptados por tribunales de distintas tradiciones jurídicas, generaron fórmulas dispares que no resolvieron el problema. Por el contrario, resultaron en aproximaciones discordantes respecto de la definición y parámetros de una expropiación internacionalmente ilícita.

En la actualidad, la incorporación de cláusulas de clarificación de la protección contra la expropiación indirecta y el uso de lenguaje más específico en los nuevos textos convencionales es una tendencia. Estando numerosos de estos AI en vigor, los tribunales que deban resolver controversias a la luz de estos instrumentos, por fin cuentan con criterios predefinidos y con más información acerca de cuál fue la verdadera intención de los Estados que los suscribieron, lo cual permite insertar certeza en el sistema y predictibilidad respecto de sus pronunciamientos.

No obstante, queda pendiente una cuestión. Mientras continúen en vigor varios centenares de AI de primera generación, seguirán surgiendo controversias de inversión que deban resolverse aplicando las cláusulas de expropiación

de antigua redacción que estos tratados contienen. Para estos casos, los tribunales volverán a contar con amplia discreción para definir el alcance y los presupuestos de dicha protección. Si bien creemos que estos tribunales podrían sentirse inclinados a interpretar esas antiguas cláusulas de expropiación en sintonía con la corriente actual que busca preservar el espacio regulatorio de los Estados y que trata con deferencia las medidas gubernamentales adoptadas en buena fe y sin discriminación, aun cuando causen daño colateral en alguna inversión protegida, no podemos asegurar que esa vaya a ser una tendencia infalible y constante.

Consideramos que habría un camino más por explorar. En la actualidad, diversas controversias sobre expropiación, derivadas de AI de moderna generación, vienen siendo resueltas en la vía arbitral; y estos pronunciamientos ya reflejan los nuevos criterios y estándares contenidos en dichos tratados. Ello sugiere que podría estar surgiendo una línea jurisprudencial consistente en cuanto a la definición y los límites de la expropiación indirecta.

Entonces, queda por analizar si, tanto las reglas más homogéneas que los Estados contratantes están acordando para esta protección en los nuevos AI, así como la línea jurisprudencial que está surgiendo de estos instrumentos, calificarían como una práctica consistente de los Estados y que la comunidad internacional considere como vinculante en cuestión de derecho. De ser así, estaríamos ante la gestación de nuevas reglas de naturaleza consuetudinaria que los futuros tribunales de inversión deberán aplicar para llenar las lagunas del derecho convencional. Al respecto, cabe tener en cuenta que el derecho internacional consuetudinario está compuesto por normas que resultan de una práctica general aceptada como derecho, con independencia del derecho convencional.⁵² La exploración de este camino, sin embargo, excede los alcances de este artículo.

51. UNCTAD, *World Investment Report 2023: Investing in sustainable energy for all* (5 de julio de 2023), 73-74.

52. James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8va. Edición) (Oxford University Press, 2012), 25.



RAFAEL PRADO

LITIGIO JUDICIAL Y ARBITRAL

Rafael Prado
Rocío Gómez
Giomira Escudero

Américo Hidalgo
Mercedes Cabrera
Marian Gonzáles

Nicolle Rutzke
Michelle López
Carolina Fonseca

Av. Del Pinar 106. Oficina 706
Edificio Vistacorp Chacarilla | Surco

Teléfono: +51 1 715 1060
Correo electrónico: contacto@rpb.pe

ESTUDIO
DE LA FLOR,
GARCÍA MONTUFAR,
ARATA & ASOCIADOS
ABOGADOS

Más de 37 años en el mercado



ldgabogados.com



estudio@ldgabogados.com



(511) 512-3870



/Estudio de la Flor, García Montufar,
Arata & Asociados Abogados



/Estudio de la Flor, García Montufar,
Arata & Asociados Abogados

Desentrañando el Third Party Funding: ¿cuál es su espacio en el arbitraje de inversiones?

Unraveling Third Party Funding: ¿what is its role in investment arbitration?



ELODY MALPARTIDA ZAMORA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

CAMILA MENDOZA ROSELL

Abogada por la Universidad de Lima

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Third Party Funding.
 1. ¿Qué es el Third Party Funding?
 2. La historia del Third Party Funding.
- III. Third Party Funding y arbitraje de inversión.
 1. ¿Cuál es la regulación vigente a nivel internacional?
 2. ¿Discusiones cerradas?: el Third Party Funding no afecta la admisibilidad de un reclamo de inversiones.
 3. Discusiones abiertas: las preocupaciones existentes sobre el Third Party Funding en el arbitraje de inversiones.
 - 3.1. ¿El Third Party Funding fomenta el aprovechamiento del sistema de arbitraje de inversiones por parte de terceros?
 - 3.2. ¿El Third Party Funding fomenta que se arbitren casos especulativos o sin méritos?
 - 3.3. ¿En qué medida afecta los acuerdos de Third Party Funding a las decisiones sobre los costos del arbitraje?
 - 3.4. ¿Debe revelarse la existencia y/o contenido de los acuerdos de Third Party Funding?
- IV. Conclusiones.



RESUMEN:

A través del "Third Party Funding", un tercero financia los costos del proceso arbitral a cambio de una participación en el posible resultado final del caso. Este artículo aborda los antecedentes históricos del Third Party Funding, su regulación a nivel internacional en el arbitraje de inversiones y el impacto en la jurisdicción de los tribunales arbitrales y admisibilidad de los reclamos de inversión. Además, se abordan algunas de las discusiones existentes a la fecha, como el riesgo de que se arbitren casos especulativos o sin mérito, si los acuerdos de Third Party Funding pueden afectar las decisiones sobre los costos del arbitraje y si la existencia y/o contenido de los acuerdos de Third Party Funding debe ser revelada durante el proceso arbitral.

Palabras clave: Third Party Funding – arbitraje – inversiones – CIADI – jurisdicción.

ABSTRACT:

Through "Third Party Funding," a third party finances the costs of the arbitration process in exchange for a share of the case's potential outcome. This article covers the historical background of Third Party Funding, its international regulation in investment arbitration, and its impact on the jurisdiction of arbitral tribunals and the admissibility of investment claims. It also addresses several ongoing debates, such as the risk of speculative or meritless cases being pursued, whether Third Party Funding agreements can influence decisions on arbitration costs, and whether the existence and/or terms of such agreements should be disclosed during the arbitral process.

Keywords: Third Party Funding – arbitration – investments – ICSID – jurisdiction.

I. INTRODUCCIÓN

El financiamiento por terceros en un litigio, mayormente conocido como TPF por sus siglas en inglés -Third Party Funding - comprende, en sus términos más amplios un método para financiar los costos de un litigio. Mediante este, un tercero - es decir, quien no es parte de la relación jurídica procesal - asume los costos de litigar de una de las partes, quien sí es parte de la relación jurídica procesal.

El TPF no es un fenómeno nuevo y, como tal, ha pasado por un extenso desarrollo. Habiendo empezado en el litigio judicial de la antigua Grecia Roma se fue extendiendo a toda clase de litigios alcanzando en la actualidad a uno de los más especializados: el arbitraje de inversiones.

La presencia del TPF en el arbitraje de inversiones, ha obligado a los actores a enfrentarse a situaciones cuyo manejo genera interesantes debates, algunos de los cuales han sido zanjados y otros que se mantienen activos. El presen-

te artículo realiza un desarrollo general de estas discusiones, proveyendo una mirada al estado actual sobre la incidencia del TPF en el arbitraje de inversiones.

II. THIRD PARTY FUNDING

1. ¿Qué es el Third Party Funding?

El TPF - que también aparece con menor frecuencia con otros nombres tales como "comercial legal Finance", "litigation funding" o "litigation finance"- no cuenta con una definición estandarizada. Ello se debe a que dentro del concepto general se pueden presentar innumerables matices. Tal como indica Caivano "*a partir de este concepto general, las variantes pueden ser múltiples*".¹

Lo anterior no quiere decir que no haya habido intentos de definir al TPF. Por ejemplo, el grupo de trabajo de la Universidad Queen Mary y el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA por sus siglas en inglés) publicó un reporte sobre TPF en arbitraje internacional en el

1. Roque Caivano, «Financiamiento por terceros en el arbitraje: un análisis global», *Revista Argentina de Arbitraje* N° 2 (2018): 2.

año 2018.² Tras un exhaustivo análisis sobre los modelos de TPF, el grupo de trabajo propuso la siguiente definición:

“The term “third-party funding” refers to an agreement by an entity that is not a party to the dispute to provide a party, an affiliate of that party or a law firm representing that party,
a) funds or other material support in order to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and
b) such support or financing is either provided in exchange for remuneration or reimbursement that is wholly or partially dependent on the outcome of the dispute, or provided through a grant or in return for a premium payment.”³

En ese sentido, la definición del grupo de trabajo busca ser lo suficientemente amplia para que pueda abarcar la mayor cantidad de variantes del TPF.

Por su parte, Blackaby y Wilbraham, citando a Parks y Rogers, se encargan de identificar a los principales de modelos de TPF, los cuales procederemos a explicar brevemente⁴:

a. Financiamiento por abogados: puede darse a través del trabajo pro-bono, a través de honorarios contingentes -donde el pago depende del éxito- o, a través de honorarios condicionales -donde se ofrece un descuento que posteriormente se re-

embolsa y se aumentan los honorarios en caso de éxito.

b. Financiamiento por seguros: si bien existen distintos tipos de seguros, bajo el más tradicional el asegurador paga al asegurado y se subroga en el manejo del caso cuando el riesgo se materializa, a pesar de que el asegurado continúa siendo la parte reclamante en el arbitraje. También existen los seguros “before-the-event” (BTE), que cubren los gastos legales en los que se incurrirá si es que se inicia un reclamo, y los seguros “after-the-event” (ATE), que aseguran los gastos legales en un reclamo ya iniciado. Estos seguros no suelen cubrir el pago ordenado mediante un laudo.

c. Financiamiento por capital o “equity”: se da cuando una empresa vende acciones a un inversionista y así consigue el dinero para financiar el arbitraje. Para que este tipo de financiamiento calce dentro de la definición de TPF, la inversión debe estar ligada al procedimiento arbitral.

d. Financiamiento del deudor en posesión (“debtor in possession financing”): este tipo de financiamiento es propio de empresas estadounidenses ya que está diseñado para aquellas que pasan por el proceso de quiebra regulado en el capítulo 11 de la ley de quiebras de los Estados Unidos.

e. Financiamiento pro-bono o caritativo: suele darse a través de una donación. En

2. International Council for Commercial Arbitration, «Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration», *The ICCA Reports* N° 4 (2018): 50.
3. Traducción libre: “El término “third-party funding” se refiere a un acuerdo por el cual una entidad que no es parte en una disputa provee a una parte, un afiliado de dicha parte o una firma de abogados representando a esa parte,
 a) Financiamiento u otro soporte material en aras de financiar parte o todo el costo del procedimiento, ya sea individualmente o como parte de un rango específico de casos y
 b) Ese soporte o financiamiento es provisto a cambio de remuneración o reembolso que es total o parcialmente dependiente del resultado de la disputa, o provisto por un préstamo o como retorno de una prima.”
4. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 704-706.

estos casos, si bien no hay un interés financiero en el resultado del litigio, puede haber un interés moral o político.⁵

- f. **Financiamiento de interés común:** el financiador en estos casos tiene un interés indirecto o subyacente en el resultado del litigio. Por ejemplo, cuando se busca sentar un precedente.

El séptimo y último modelo de TPF es denominado por Blackaby y Wilbraham como “financiamiento sin recurso con reembolso contingente al éxito”. De los modelos de financiamiento este es el que más se suele asociar con el término TPF y es el modelo sobre el cual la discusión doctrinaria más se ha enfocado, llamándolo también TPF “profesional” o TPF “de inversión”.

Mediante esta modalidad el financiador realiza una inversión en la disputa, por lo que la parte financiada no queda endeudada con el financiador. Si la parte financiada es exitosa en su reclamo, el financiador ve un retorno en su inversión. En contrapartida, si la parte financiada pierde su reclamo, el financiador pierde su inversión.

Bajo esta modalidad el financiador suele ser una empresa organizada y especializada en la prestación de este servicio (normalmente es un fondo de inversión especializado que considerará al litigio como activo).⁶ Asimismo, los financiadores suelen realizar un *due diligence* previo

a la suscripción del acuerdo de financiamiento para determinar la probabilidad de éxito del reclamo y, en consecuencia, el posible retorno que obtendrán.

Asimismo, una vez realizada la inversión, el financiador suele estar involucrado en el caso o en la estrategia legal que se siga. El nivel de involucramiento depende de los términos contractuales que se negocien, pero el financiador podría intervenir, por ejemplo, con comentarios a los escritos legales, participando en prácticas de audiencias, revisando las propuestas de acuerdos extrajudiciales o revisando el manejo de costos.⁷

2. La historia del Third Party Funding

El financiamiento de litigios por terceros tiene sus orígenes más rudimentarios en el litigio judicial de la antigua Grecia y Roma. En esos tiempos si uno buscaba destruir a un enemigo una manera de hacerlo era a través de una demanda bien dirigida, aunque probablemente sin veracidad, por lo que la práctica de pagarle a otro para que presente una demanda con este propósito era una práctica socialmente rechazada.⁸

Durante la edad media, en los países del common law la práctica de financiar a un tercero en un litigio llegó a ser prohibida sobre la base de tres doctrinas: “maintenance”, “champerty” y “barretry”. La primera de estas doctrinas consiste en recibir, directa o indirectamente, apoyo fi-

5. Es interesante ver el caso de “Campaign for Tobacco Free Kids” que apoyó en el financiamiento de la defensa de la República Oriental del Uruguay en los seguidos por la empresa tabacalera Philip Morris en el caso CIADI ARB/10/7 llevado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI, en el marco del Tratado Bilateral de Inversión entre la República Oriental del Uruguay y la Confederación Suiza. Asimismo, tenemos que, en el 2015, Filantropías Bloomberg y la Fundación Bill y Melinda Gates anunciaron la creación del “Anti-Tobacco Trade Litigation Fund” que tiene por objeto financiar a países de medios y bajos recursos que han sido demandados por empresas tabacaleras en arbitrajes bajo tratados de inversión. Además de financiamiento, el fondo provee asistencia técnica en la defensa de los gobiernos.
6. Roque Caivano, «Financiamiento por terceros en el arbitraje: un análisis global», *Revista Argentina de Arbitraje* N° 2 (2018): 2.
7. «Adding value beyond capital: Post-investment», Burford Capital, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://www.burfordcapital.com/insights-news-events/insights-research/adding-value-beyond-capital-post-investment/>.
8. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 699.

nanciero de un tercero para iniciar o defenderse en un proceso que no tiene mayor fundamento legal. Las otras dos consisten en formas agravadas de la primera, ya que no solo se financia una causa frívola, sino que se espera recibir un beneficio económico por ello.⁹

En el siglo XIX el filósofo inglés Jeremy Bentham dio inicio al debate mediante el cual se cuestionaron las doctrinas del “champetry” y “maintenance”. Para Bentham estas doctrinas restringían el acceso a la justicia, calificándolas como políticas inconsistentes y absurdas.¹⁰

Ahora bien, el TPF “moderno” tiene sus orígenes en Australia, a finales del siglo XX, cuando algunas empresas empezaron a ofrecer el servicio de financiamiento en litigios judiciales a partes.¹¹ En un inicio el financiamiento estaba restringido a empresas en quiebra¹², pero posteriormente se extendió a toda clase de litigios, incluso los arbitrales, y a diversas jurisdicciones de common y civil law.

Hoy en día las doctrinas de “champetry” y “maintenance” han sido abandonadas o son raramente aplicadas por muchos países. Por el contrario, la práctica del TPF es ampliamente aceptada, existiendo diversos pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen al TPF como parte integrante del sistema de solución de con-

troversias actual. Uno de los más emblemáticos es el pronunciamiento del juez Tomlinson en el caso *Excalibur Ventruess LLC c. Textas Keystone Inc* y otros donde afirmó lo siguiente: “*Third party funding is a feature of modern litigation*”.¹³

En el marco de la práctica arbitral actual, existen jurisdicciones como Hong Kong y Singapur que han buscado integrar en sus leyes de arbitraje provisiones que acogen el TPF.¹⁴ Como veremos más adelante, diversos centros de arbitraje también han integrado estas provisiones en sus reglamentos. Incluso tenemos que listas y guías internacionalmente reconocidas como Chambers and Partners elaboran rankings sobre empresas que ofrecen servicios de TPF específicamente para arbitrajes.¹⁵

III. THIRD PARTY FUNDING Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN

1. ¿Cuál es la regulación vigente a nivel internacional?

A pesar de que el TPF no es un fenómeno nuevo, en tanto que como vimos en las secciones anteriores puede presentarse de diversas modalidades que a su vez contemplan distintos matices, son pocos los instrumentos normativos o regulatorios que han positivizado disposiciones sobre el TPF.

9. Sebastian Camilo Camayo Ortiz, «Tendencias del Third-Party Funding y su futuro en el arbitraje internacional», *Con-texto* 56, (2021), 17–62: 24.
10. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 699.
11. Roque Caivano, «Financiamiento por terceros en el arbitraje: un análisis global», *Revista Argentina de Arbitraje* N° 2 (2018): 1.
12. Niccolò Landi, «Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure: Third Party Funding in International Commercial Arbitration – An Overview», en Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration Volume 2012* (Vienna: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung), 85 – 104: 87.
13. Traducción libre: “*El financiamiento por terceros es una característica de la litigación moderna.*” *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Ors* [2016] EWCA Civ 1144, Court of Appeal of England and Wales, Civil Division, Case Nos A3/2015/0443 & A3/2015/0476, 18 November 2016, Public Source Materials, 1 – 31: 1.
14. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 700.
15. «Litigation Funding: International Arbitration | Litigation Support», Chambers and Partners, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://chambers.com/legal-rankings/litigation-funding-international-arbitration-global-wi-de-58:3214:15649:1>.

En el marco de controversias de inversión, es interesante revisar el Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA) entre la Unión Europea y Canadá que sí incluye una disposición sobre el TPF.

En su capítulo 8, el CETA contiene las disposiciones que regulan las inversiones en el marco del acuerdo. La sección F de este capítulo contempla las disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y estados, contemplando un método de solución de controversias que puede regirse por las reglas de arbitraje CIADI o UNICTRAL. Dentro de este marco, el artículo 8.26 del CETA impone a la parte financiada en una controversia la obligación de revelar la identidad y dirección del TPF:

“Article 8.26 Third party funding (1)

1. Where there is third party funding, the disputing party benefiting from it shall disclose to the other disputing party and to the Tribunal the name and address of the third party funder.

2. The disclosure shall be made at the time of the submission of a claim, or, if the financing agreement is concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as the agreement is concluded or the donation or grant is made.”¹⁶

Lo más interesante de este artículo es que se acoge una definición de TPF que abarca las modalidades de financiamiento a través de

donaciones. Esto nos podría indicar que esta modalidad de financiamiento es utilizada en controversias de inversión con suficiente frecuencia para que se haya considerado necesaria su alusión en el CETA.

En el marco del soft law aplicable al arbitraje de inversiones, debemos resaltar la explicación del sexto estándar general de las Directrices sobre Conflictos de Intereses de la International Bar Association - IBA del año 2024 (Directrices de la IBA), donde se indica lo siguiente:

“Third-party funders and insurers may have a direct economic interest in the prosecution or defence of the case in dispute, a controlling influence on a party to the arbitration, or influence over the conduct of proceedings, including the selection of arbitrators. These distinctions may be relevant when considering whether such entities should be considered to bear the identity of a party.”¹⁷

Sin perjuicio de lo anterior, lo más importante en términos de la regulación del TPF en el arbitraje de inversión es su inclusión en los reglamentos de los principales centros de solución de controversias en materia de arbitraje de inversiones: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI, de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - CCI, y el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur - SIAC.

El CIADI es el centro que ha incluido la disposición más extensa y específica sobre el TPF en su

16. Traducción libre: “Artículo 8.26 Financiamiento de terceros (1)

En caso de financiamiento de terceros, la parte en disputa que se beneficie de él deberá revelar al otro partido en disputa y al Tribunal el nombre y dirección del financiador de terceros.

La revelación se realizará en el momento de la presentación de una reclamación, o si el acuerdo de financiamiento se concluye o la donación o subvención se realiza después de la presentación de una reclamación, sin demora tan pronto como se concluya el acuerdo o se realice la donación o subvención.” The Comprehensive and Economic Trade Agreement, Capítulo 8, Artículo 8.26.

17. Traducción libre: “Los terceros financiadores y aseguradores pueden tener un interés económico directo en la tramitación o defensa del caso en litigio, una influencia de control sobre una de las partes del arbitraje o influencia sobre el desarrollo del procedimiento, incluida la selección de los árbitros. Estas distinciones pueden ser relevantes a la hora de considerar si dichas entidades deben tener la identidad de una parte.” International Bar Association, *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (Londres: International Bar Association), 11.

reglamento. La Regla 14(1) del Reglamento de Arbitraje del CIADI contempla la obligación de las partes de revelar la existencia del financiamiento por terceros y regula el alcance de la revelación sobre el TPF, poniendo especial detalle en el contenido de la revelación de identidad del financiador:

“Regla 14

Notificación de Financiamiento por Terceros

(1) Una parte presentará una notificación por escrito revelando el nombre y la dirección de cualquier tercero de quien la parte, directa o indirectamente, haya recibido fondos para la interposición de, o defensa en un procedimiento a través de una donación o una subvención, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento («financiamiento por terceros»). Si el tercero que proporciona el financiamiento es una persona jurídica, la notificación deberá incluir los nombres de las personas y entidades que poseen y controlan dicha persona jurídica (...).”¹⁸

Algunas particularidades interesantes sobre la disposición es la inclusión expresa la modalidad de TPF a través de donaciones, la regulación del procedimiento de notificación a los árbitros y contraparte con esta información y el otorgamiento de la facultad al Tribunal para ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador:

“Regla 14

Notificación de Financiamiento por Terceros

(...) (2) La parte presentará la notificación a la que se refiere el párrafo (1) al Secretario General al momento del registro de la solicitud de arbitraje o, en su caso, inmediatamente después de concluir el acuerdo de financiamiento si sucede después del registro. La parte comunicará inmediatamente al Secretario General cualquier cambio en el contenido de la notificación.

(3) El Secretario General transmitirá la notificación de financiamiento por terceros y cualquier comunicación sobre cambios a la información contenida en dicha notificación a las partes y a cualquier árbitro propuesto para nombramiento o nombrado en el procedimiento a efectos de completar la declaración de árbitro requerida por la Regla 19(3)(b).

(4) El Tribunal podrá ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador en virtud de la Regla 36(3).”¹⁹

Los otros centros mencionados contienen disposiciones más acotadas sobre el TPF conforme explicamos a continuación:

El artículo 11.7 del Reglamento de Arbitraje de la CCI incorpora una disposición que obliga a las partes a revelar la únicamente la existencia e identidad de un tercero financiador cuando este tenga un interés económico sobre el resultado del arbitraje²⁰.

La Regla 24 del Reglamento de Arbitrajes de Inversiones del SIAC otorga la facultad al Tribunal de ordenar a las partes revelar la existencia y/o identidad del tercero financiador,

18. CIADI, Reglas de arbitraje del CIADI, Regla 14.

19. CIADI, Reglas de arbitraje del CIADI, Regla 14.

20. “Artículo 11

Disposiciones generales

(...) 7. Con el fin de asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los Artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar con prontitud a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje.” Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Reglamento de Arbitraje, artículo 11.7.

así como algunos términos del acuerdo de financiamiento.²¹

2. ¿Discusión cerrada?: el Third Party Funding no afecta la admisibilidad de un reclamo de inversiones

En el arbitraje de inversiones, el tribunal arbitral tiene jurisdicción sobre las controversias legales que surgen de una inversión realizada por un inversor que tiene una nacionalidad diferente a la del estado receptor. A partir de lo anterior, ha surgido la pregunta sobre si la participación de terceros financistas podría afectar la admisibilidad de una reclamación de inversión y la condición del demandante como inversor²².

Este tema ha sido objeto de discusión en varios arbitrajes de inversión, donde las partes demandadas han intentado descalificar la condición de inversor de las partes demandantes debido a que éstas buscaron financiamiento de terceros para el inicio del arbitraje. El primer caso de este tipo fue el CIADI ARB/97/4, en el que la República de Eslovaquia argumentó que la asignación de beneficios del reclamo por parte del demandante (Ceskoslovenslci Obchodni Banka, A.S) a la República Checa resultó en que esta última se convirtiera en la verdadera parte interesada al ser la propietaria beneficiaria de las reclamaciones en disputa.²³

Sobre el particular, el tribunal arbitral se pronunció estableciendo lo siguiente:

*"Absence of beneficial ownership by a claimant in a claim or the transfer of the economic risk in the outcome of a dispute should not and has not been deemed to affect the standing of a claimant in an ICSID proceeding, regardless of whether or not the beneficial owner is a State party or a private party."*²⁴

Al comentar este caso, Blackaby y Wilbraham concluyen que, aplicando este criterio, si un inversionista asigna alguno o todos los posibles ingresos de un arbitraje a un tercero financiador esto no afectaría su condición de verdadera parte interesada. En otras palabras, recurrir al TPF en nada debería afectar la admisibilidad del reclamo de inversiones²⁵.

Desde entonces, ha habido al menos siete casos en los que se ha analizado los efectos del involucramiento de un tercero financiador. Al respecto, en todos ellos los tribunales arbitrales rechazaron los argumentos que cuestionaban la jurisdicción del tribunal arbitral y la admisibilidad de los reclamos interpuestos debido al involucramiento de un tercero financiador²⁶.

Entre lo señalado por estos tribunales arbitrales, el argumento común es que los terceros fi-

21. "24. Additional Powers of the Tribunal
Unless otherwise agreed by the Parties, in addition to the other powers specified in these Rules, and except, as prohibited by the mandatory rules of law applicable to the arbitration, the Tribunal shall have the power to:
(...) I. order the disclosure of the existence of a Party's third-party funding arrangement and/or the identity of the third-party funder and, where appropriate, details of the third-party funder's interest in the outcome of the proceedings, and/or whether or not the third-party funder has committed to undertake adverse cost liability." Singapore International Arbitration Centre, Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, Regla 24.
22. International Council for Commercial Arbitration, «Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration», *The ICCA Reports* N° 4 (2018): 216.
23. Ceskoslovenslci Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c. República de Eslovaquia, caso CIADI ARB/97/4, Laudo de jurisdicción (24 de mayo de 1999): par. 30.
24. Ceskoslovenslci Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c. República de Eslovaquia, caso CIADI ARB/97/4, Laudo de jurisdicción (24 de mayo de 1999): par. 31-32.
25. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 708.
26. Ambiente Ufficio S.p.A. c. República Argentina, caso CIADI ARB/08/9, Laudo de jurisdicción (8 de febrero de 2013):

nanciadores no tienen la condición de parte en un arbitraje de inversión, motivo por el cual su involucramiento en el proceso deviene en irrelevante al analizar las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad²⁷.

3. Discusiones abiertas: las preocupaciones existentes sobre el Third Party Funding en el arbitraje de inversiones

3.1. ¿El Third Party Funding fomenta el aprovechamiento del sistema de arbitraje de inversiones por parte de terceros?

El arbitraje de inversiones es un método de solución de controversias altamente especializado que no está al alcance de cualquiera. Los tratados internacionales que lo regulan establecen criterios muy específicos para determinar quiénes pueden acceder a él y bajo qué condiciones. En ese sentido, el sistema está diseñado no para que cualquiera pueda beneficiarse de él, sino solo quienes cumplen con los requisitos que han sido establecidos por los mismos estados en los tratados internacionales.

Bajo los términos generales de los acuerdos de inversión los financiadores suelen llevarse una parte -a veces bastante sustancial- de los montos indemnizatorios ordenados en los laudos. En ese sentido, hay quienes sostienen que los financiadores en el arbitraje de inversión terminan beneficiándose de este sistema sin cumplir con los requisitos para ello.

Al respecto, se alega que los financiadores no tienen conexión con las inversiones materia de la controversia y tampoco conexión con el desarrollo económico que estas inversiones generaron, por lo que no sienta bien que terminen siendo estos los beneficiarios finales del sistema de arbitraje de inversiones, un sistema que no fue diseñado con la protección de financiadores en mente.²⁸

Esto se agrava al considerar que quienes terminan soportando la condena de pago en contra de un estado son sus propios ciudadanos a través de impuestos. En ese sentido, si la parte financiada es el inversionista, el financiador genera el retorno de su inversión a través del pago de los contribuyentes del estado perdedor. Esto crea una asimetría y una transferencia de riqueza que preocupa en particular en el marco de los países en desarrollo, ya que el 88% de los inversionistas vienen de países desarrollados y los países en desarrollo ganan este tipo de arbitrajes solo la mitad de las veces que los países desarrollados.²⁹

Un ejemplo de lo anterior se aprecia en el caso CIADI ARB/09/1 en el que las empresas Teinver S.A, Transportes de Cercanías S.A y Autobuses Urbanos del Sur S.A demandaron a la República Argentina. Las demandantes tenían un acuerdo de financiamiento con el fondo Burford Capital Limited y este acuerdo, al ser público, fue materia de amplia discusión en el arbitraje.

par. 276-278. Abaclat y otros c. República Argentina, caso CIADI ARB 07/5, Laudo de jurisdicción y admisibilidad (4 de agosto de 2011): par. 546. Giovanni Alemanni y otros c. República Argentina, caso CIADI ARB/07/8, Laudo de jurisdicción y admisibilidad (17 de noviembre de 2014): par. 276-278. Quasar de Valores y otros c. Federación Rusa, caso SCC 24/2007, Laudo (20 de julio de 2012): par. 31.33. RosinvestCo UK Led. c. Federación Rusa, caso SCC Case V079/2005, Laudo (12 de septiembre de 2010): par. 322-323. Teinver SA, Transportes de Cercanías SA y Autobuses Urbanos del Sur SA c. República Argentina, caso CIADI ARB/09/1, Laudo de jurisdicción (21 de diciembre de 2012). Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Laudo (4 de mayo de 2021): par. 691.

27. "Third-Party Funding", Jus Mundi, Wiki Notes, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-third-party-funding>.

28. Maya Steinitz, «Third Party Funding of Investment Arbitration», *Iowa Legal Studies Research Paper* N° 2021-42, (2021): 9.

29. «The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration by Frank J. Garcia», *Investment Treaty News*, International Institute for Sustainable Development, acceso el 11 de mayo de 2024, https://www.iisd.org/itn/en/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/#_ftn5

Al respecto, en el voto disidente del árbitro Kamal Hossain³⁰ este explica que la identidad del reclamante en el arbitraje no ha sido determinada y ello genera una contingencia considerable en lo que respecta a la jurisdicción. El árbitro expone una serie de cuestionamientos en este marco los cuales dice son agravados por la existencia del tercero financiador. Al analizar el texto del acuerdo de financiamiento, mediante el cual se le garantizaba al financiador una tasa interna de retorno de al menos el 50% de su inversión, el árbitro concluye que es evidente que los principales beneficiarios de los ingresos del laudo serían el financiador, que no es un inversionista bajo el TBI aplicable, y los abogados:³¹

*"70. Despite not being an –investor under the BIT and the funds provided by Burford not being –protected investment under the BIT, these proceedings have continued because Burford and the Nominated Lawyers have been assured of receiving significant amounts from any award which may be made by the ICSID Tribunal. Burford is a third party and as the Respondent states –is abusing the ICSID system by bringing forward a claim that is contrary to the purposes and goals of the Convention in order to make astronomical profits."*³²

Como se desprende del considerando citado, la posición de la República Argentina en el caso

consistía en un rechazo tajante al financiamiento, indicando que se estaría abusando el sistema de arbitraje de inversiones.

En ese sentido, en este caso vemos reflejados en un caso práctico la preocupación sobre el rol del TPF en el arbitraje de inversiones y como los financiadores podrían aprovecharse del sistema. Ello, en tanto que - como concluyó el árbitro Kamal Hossain - Burford Capital Limited no podía ser catalogado como inversionista protegido por el TBI.

3.2. ¿El Third Party Funding fomenta que se arbitren casos especulativos o sin méritos?

Otra preocupación que surge respecto al TPF en el arbitraje de inversiones es que puede fomentar que se arbitren casos especulativos o incluso casos sin méritos.

Si esta preocupación suena familiar es porque es la más antigua en el TPF: el "champetry", práctica que - como vimos en la sección II.2- fue prohibida durante muchos años. El matiz por considerar respecto al "champetry" en el arbitraje de inversiones lo describen Santuosso y Scarlett, citados por Steinitz, indicando que *"it seems morally objectionable to allow speculation in the context of ISDS, where outcomes can result in devastating economic implications for developing nations."*³³

30. Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A c. República Argentina, caso CIADI ARB/09/1, Laudo (21 de julio de 2017).
31. Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A c. República Argentina, caso CIADI ARB/09/1, Opinión disidente de Kamal Hossain (21 de julio de 2017): 26-31.
32. Traducción libre: "A pesar de no ser un "inversor" según el TBI y de que los fondos proporcionados por Burford no sean una "inversión protegida" según el TBI, estos procedimientos han continuado porque Burford y los abogados han recibido la garantía de recibir cantidades significativas de cualquier monto que pueda ser otorgado por el Tribunal del CIADI. Burford es un tercero y, como el demandado afirma, "está abusando del sistema del CIADI al presentar una reclamación que es contraria a los propósitos y objetivos de la Convención para obtener ganancias astronómicas". Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A c. República Argentina, caso CIADI ARB/09/1, Opinión disidente de Kamal Hossain (21 de julio de 2017): 29.
33. Traducción libre: "es moralmente cuestionable permitir la especulación en el contexto del arbitraje de inversión donde los resultados pueden generar consecuencias económicamente devastadoras para países en desarrollo." Tara Santuosso y Sacarlett Randall, «Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance», *Boston College Law Review* 60 (2019), citado en Maya Steinitz, «Third Party Funding of Investment Arbitration», *Iowa Legal Studies Research Paper* N° 2021-42, (2021): 10.

Davitti y Vargui analizan cuatro casos ante el CIADI³⁴ en los que encuentran una correlación entre la participación de un tercero financiador y reclamos “inflados” por parte del inversionista financiado. Los autores indican que cuando el financiador interviene de manera significativa en el arbitraje ello afecta el tipo de reclamos que se presentan y la posibilidad de llegar a transacciones. En tanto que los financiadores necesitan recuperar su inversión, una transacción puede ser frustrada por estos si es que no logran obtener un retorno en su inversión a través de esta.³⁵ En ese sentido, el reclamo ya no refleja el interés del inversionista sino refleja los objetivos especulativos del tercero financiador.³⁶

En tanto que el “champetry” es una preocupación antigua, la otra cara de este debate también lo es: el acceso a la justicia. El TPF es una manera para que una parte que no cuenta con los medios económicos para iniciar un procedimiento pueda hacerlo. El arbitraje, y especialmente el arbitraje de inversiones, es altamente costoso. Entre el 2011 y el 2015 el costo aproximado fue de USD 5’619,261.74 para demandantes y de USD 4’954,461.27 para demandados en el foro CIADI³⁷. En ese sentido, el TPF democratiza el acceso a este tipo de arbitraje.

Adicionalmente, hay un sector de la doctrina que opina que este peligro es más hipotético que real en tanto que las empresas que financian arbitrajes suelen “financiar únicamente los casos tras un análisis minucioso de los méritos de las reclamaciones”³⁸. En efecto, debido a los elevados costos de un arbitraje CIADI, los financiadores realizan un serio due diligence, por lo que no resultaría lógico para estos realizar una inversión considerable en un reclamo que no esté bien fundamentado y que puede ser descartado por frívolo. De ahí se sigue que únicamente entre un 5 y 10% de los potenciales casos son efectivamente financiados.³⁹

Finalmente, tenemos una tercera cara de este debate que indica que falta evidencia empírica sobre si el TPF aumenta el número de casos frívolos ante el CIADI o no, por lo que hasta que se cuente con esto realizar un análisis sobre esta contingencia es bastante difícil.⁴⁰

3.3. ¿En qué medida afecta los acuerdos de Third Party Funding a las decisiones sobre los costos del arbitraje?

La relación entre los acuerdos de TPF y las decisiones de los tribunales arbitrales sobre los costos del arbitraje ha tenido como consecuencia el surgimiento de dos líneas de discusión. En

34. Infinito Gold c. República de Costa Rica, caso CIADI ARB/14/5, Laudo (3 junio 2021); South American Silver c. Bolivia, caso PCA 2013-15, Laudo (22 de noviembre de 2018); Cortec Mining c. República de Kenia, caso CIADI ARB/15/29, Laudo (22 de octubre 2018); y Churchill Mining y Planet Mining c. República de Indonesia, caso CIADI ARB/12/14 y 12/40, Laudo (6 de diciembre de 2018); citados en Daria Davitti y Paolo Vargiu, « Litigation Finance and the Assetization of International Investment Arbitration », *The Journal of World Investment & Trade* 24(3) (2023), 487-500: 493.
35. “Third party funding in international investment arbitration by Ignacio Tortorola”, Investment Policy Hub, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://investmentpolicy.unctad.org/blogs/21/third-party-funding-in-international-investment-arbitration>.
36. Daria Davitti y Paolo Vargiu, « Litigation Finance and the Assetization of International Investment Arbitration », *The Journal of World Investment & Trade* 24(3) (2023), 487-500: 493.
37. «How Much Does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the Last Five Years by Jeffery P. Commission», Kluwer Arbitration Blog, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/29/how-much-does-an-icsid-arbitration-cost-a-snapshot-of-the-last-five-years/>.
38. Enrique Fernández Masía, «La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional» *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 8, Nº 2, (2016), 204-220: 207.
39. Enrique Fernández Masía, «La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional» *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 8, Nº 2, (2016), 204-220: 207.
40. Üzeyir Karabiyik, «Abusive Conduct in Investor-State Arbitration: A Focus on Frivolous Claims», *Deri Park* (2022), 487-512: 507.

primer lugar, se ha analizado si una parte que ha tenido éxito en su reclamo y que ha recurrido a un tercero financiador de terceros puede recuperar tanto los costos ordinarios⁴¹ del arbitraje como los costos adicionales⁴² y el monto finalmente pagado al tercero financiador. En segundo lugar, se ha analizado si deben ampararse las solicitudes de garantía de costa (o “security for costs” en inglés) cuando el demandante ha recurrido a un tercero financiador.

Respecto de la primera línea de discusión, debe notarse de manera preliminar que no existe una regla estándar en el arbitraje de inversión sobre la distribución de los costos del arbitraje. Por un lado, el Reglamento de Arbitraje CNUDMI establece en su artículo 42 que los costos deberán ser asumidos por la parte vencida⁴³, mientras que por el otro lado el artículo 61 del Convenio CIADI establece que la distribución de los costos será determinada caso por caso por el tribunal arbitral⁴⁴.

Al respecto, existe relativo consenso sobre la posibilidad de que el demandante – que sus-

cribió un acuerdo de TPF – recupere los costos ordinarios de un arbitraje. Esta postura, además de sustentarse en vasta jurisprudencia⁴⁵, también ha sido expresada por la ICC:

“87. Where a successful claimant or counterclaimant has been funded by a third party, the third-party funder is usually repaid (at least) the costs of the arbitration from the sum awarded. Therefore, the successful party will itself ultimately be out of pocket upon reimbursing such costs to the third-party funder and may therefore be entitled to recover its reasonable costs, including what it needs to pay to the third-party funder, from the unsuccessful party. The tribunal will need to determine whether these costs were actually incurred and paid or payable by the party seeking to recover them, and were reasonable. The fact that the successful party must in turn reimburse those costs to a third-party funder is, in itself, largely immaterial.”⁴⁶

En ese sentido, la ausencia de consenso en realidad recae en la recuperación de los costos

-
41. Los costos ordinarios de un arbitraje incluyen los honorarios y gastos del árbitro o árbitros, los costos administrativos del centro de arbitraje, los gastos de las salas de audiencias, los costos de traducción y cualquier otro gasto necesario para llevar a cabo el proceso arbitral. Estos costos son los que se consideran necesarios para la realización de un arbitraje y que las partes deben pagar para llevar a cabo el proceso.
 42. Los costos adicionales de un arbitraje son aquellos que no se consideran costos ordinarios y que pueden surgir debido a circunstancias especiales o inusuales durante el proceso arbitral. Estos pueden incluir el costo de expertos, el costo de testigos, los gastos de viaje y alojamiento para las partes, los costos de producción de pruebas adicionales y cualquier otro gasto que no sea esencial para la realización del arbitraje pero que se considera necesario para el éxito del caso. Los costos adicionales también pueden incluir los honorarios de abogados y consultores externos que puedan ser necesarios para apoyar a las partes durante el proceso arbitral.
 43. CNUDMI, Reglamento de Arbitraje, artículo 42.
 44. CIADI, Convenio CIADI, artículo 61.
 45. Kardassopoulos & Fuchs c. República de Georgia, casos CIADI ARB/05/18 y ARB/07/115, Laudo (3 de marzo de 2010): par. 691. RSM Production Corporation c. Granada, caso CIADI ARB/05/14, Procedimiento de Anulación de Laudo, Orden del Comité para interrumpir el procedimiento y decisión sobre costos (28 de abril de 2011): par. 68. ATA Construction, Industrial & Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania, caso CIADI ARB/08/2, Procedimiento de Anulación de Laudo, Orden tomando nota de la interrupción del procedimiento (11 de julio de 2011): par. 34.
 46. Traducción libre: “Cuando un demandante o demandado exitoso ha sido financiado por un tercero, el financiador de terceros usualmente es reembolsado (al menos) los costos del arbitraje de la suma otorgada. Por lo tanto, la parte exitosa quedará, en última instancia, fuera de bolsillo al reembolsar dichos costos al financiador de terceros y, por lo tanto, puede tener derecho a recuperar sus costos razonables, incluido lo que debe pagar al financiador de terceros, del partido no exitoso. El tribunal deberá determinar si estos costos fueron efectivamente incurridos y pagados o pagaderos por la parte que busca recuperarlos, y si fueron razonables. El hecho de que la parte exitosa deba a su vez reembolsar esos costos a un financiador de terceros es, en sí mismo, en gran medida irrelevante.” ICC, « ICC Commission Report Decisions on Costs in International Arbitration », ICC Dispute Resolution Bulletin 87 (2015): 17.

adicionales (que incluye el monto finalmente pagado al tercero financiador). Al respecto, el grupo de trabajo de la Universidad Queen Mary y el ICCA ha establecido que no considera que los costos adicionales (en específico, los costos incurridos por la parte demandante en el TPF) deban ser recuperables⁴⁷. Por su parte, la ICC tiene una postura distinta, argumentando que estos costos deberían ser recuperables en tanto sean razonables⁴⁸.

La ausencia de consenso también se refleja en que los tribunales arbitrales han optado por evaluar caso por caso la solicitud de recuperación de costos para efectos de determinar si los costos incurridos por la parte demandante en el TPF son recuperables. Sin perjuicio de ello, en la mayoría de los casos la decisión del tribunal arbitral ha sido desfavorable⁴⁹.

Respecto de la segunda línea de discusión, de manera preliminar es importante definir qué se entiende por garantía de costos o “security for costs”. En el arbitraje de inversión, esta es una medida provisional mediante la cual una parte (usualmente la demandada) solicita al tribunal arbitral que ordene a su contraparte (usualmente el demandante) a aportar una garantía

de pago con el fin de asegurar el derecho de la primera a recuperar los costos incurridos en el arbitraje en caso de resultar vencedora⁵⁰. Este tipo de medidas suelen ser solicitadas por la parte demandada cuando prevé que, en caso de resultar vencedora, no podrá recuperar los costos del arbitraje toda vez que la parte demandante carecería de fondos suficientes.⁵¹

En el caso específico del arbitraje de inversión, los tribunales arbitrales han establecido que, como parte del análisis para el otorgamiento de medida provisional de garantía de costos, se considerará si el demandante ha recurrido a un acuerdo de TPF a la par de encontrarse en una situación financiera desfavorable (y que esta haya sido acreditada)⁵². En otras palabras, el solo hecho de que una parte haya recurrido al mecanismo de TPF no tiene como consecuencia automática el otorgamiento de la solicitud de “security for costs”.

Al respecto, debe notarse que en la mayoría de los casos los tribunales arbitrales no han amparado las solicitudes de “security for costs” cuando hay un acuerdo de TPF de por medio⁵³. Lo anterior se ha debido a que no se ha demostrado la existencia de circunstancias excepcio-

47. ICCA-QMUL Task Force, *ICCA-QMUL Task Force on TPF in International Arbitration Subcommittee on Security for Costs Draft Report* (2015): 10.

48. ICC, « ICC Commission Report Decisions on Costs in International Arbitration », *ICC Dispute Resolution Bulletin* 87 (2015): 17.

49. Nachingwea U.K. Limited, Ntaka Nickel Holdings Limited y Nachingwea Nickel Limited c. República Unida de Tanzania, caso CIADI ARB/20/38, Laudo (14 de julio de 2023): par. 408. Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto, caso PCA 2012-07, Laudo (23 de diciembre de 2019): par 590-591.

50. “Security for Costs”, Jus Mundi, Wiki Notes, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-security-for-costs>.

51. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 714.

52. Julio Miguel Orlandini-Agreda y Compañía Minera Orlandini Ltda. c. Estado Plurinacional de Bolivia, caso PCA 2018-39, Orden Procesal N° 15 (12 de noviembre de 2021): par. 68-73. Domingo García Armas, Manuel García Armas, Pedro García Armas y otros c. República Bolivariana de Venezuela, caso PCA 2016-08, Orden Procesal N° 9 (20 de junio de 2018): par. 197-199.

53. Riverside Coffee, LLC c. República de Nicaragua, caso CIADI ARB/21/16, Orden Procesal N° 7 (20 de diciembre de 2023). Bay View Group LLC y The Spalena Company LLC c. República de Ruanda, caso CIADI ARB/18/21, Orden Procesal N° 6 (28 de septiembre de 2020). Eskosol S.p.A. en liquidación c. República Italiana, caso CIADI ARB/15/50, Orden Procesal N° 3 (12 de abril de 2017). South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia, caso PCA 2013-15, Orden Procesal N° 10 (11 de enero de 2016). EuroGas Inc y Belmont Resources Inc. c. República de Eslovaquia, caso CIADI ARB/14/14, Orden Procesal N° 3 (23 de junio de 2015).

nales que justifiquen el otorgamiento de dicha solicitud. Al respecto, en el arbitraje entre Tennant Energy contra Canada (caso PCA 2018-54), el tribunal arbitral resumió cuáles serían las circunstancias excepciones a tener en consideración a la luz de decisiones previas de tribunales arbitrales CIADI y CNUDMI:

*"74. The Tribunal agrees with the tribunal in Orlandini v Bolivia that such exceptional circumstances would include, for instance (i) a claimant's track record of non-payment of costs awards in prior proceedings; (ii) a claimant's improper behaviour in the proceedings at issue, such as conduct that interferes with the efficient and orderly conduct of the proceedings; (iii) evidence of a claimant moving or hiding assets to avoid any potential exposure to a costs award; or (iv) other evidence of a claimant's bad faith or improper behaviour."*⁵⁴

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que, en al menos dos oportunidades, los tribunales arbitrales CIADI han otorgado la solicitud de "security for costs" en arbitrajes en los que un tercero financiador estaba involucrado. El primero de estos casos es RSM Production Corporation contra Santa Lucía (caso CIADI ARB/12/10)⁵⁵. En dicha oportunidad, el tribunal arbitral sí consideró que la existencia de un tercero financiador demostraba que el demandante no iba a contar con los fondos suficientes para el pago de la condena de costos:

"Moreover, the admitted third party funding further supports the Tribunal's concern that Claimant will not comply with a costs award rendered against it, since, in the absence of

*security or guarantees being offered, it is doubtful whether the third party will assume responsibility for honoring such an award. Against this background, the Tribunal regards it as unjustified to burden Respondent with the risk emanating from the uncertainty as to whether or not the unknown third party will be willing to comply with a potential costs award in Respondent's favor."*⁵⁶

Más recientemente, en el caso Dirk Herzig contra Turkmenistán (caso CIADI ARB/18/35) el tribunal arbitral concluyó que, debido a los términos del acuerdo de TPF, "Turkmenistan faces not a Risk but, on the basis of the factual record before it, a certainty that it could not collect a costs award."⁵⁷ Por tal motivo, el tribunal arbitral resolvió por otorgar la solicitud de "security for costs" de Turkmenistán.

Sin perjuicio de todo lo anterior, lo cierto es que existe relativo consenso respecto de que la existencia de un tercero financiador debe ser analizada junto contras circunstancias al momento de resolver si otorgar o no una solicitud de "security for costs". Este consenso lo refleja la propuesta de reforma del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados, en el borrador elaborado por el Grupo de Trabajo en el año 2022⁵⁸.

4. ¿Debe revelarse la existencia y/o contenido de los acuerdos de Third Party Funding?

La tendencia reciente – tanto a nivel jurisprudencial como normativo – ha sido por determinar que los demandantes en un arbitraje de inversión deberían declarar la existencia de un

54. Tennant Energy, LLC c. Canadá, caso PCA N° 2018-54, Orden Procesal N° 4 (27 de febrero de 2020): par. 174.

55. RSM Production Corporation c. Santa Lucía, caso CIADI ARB/12/10, Decisión sobre "security for costs" (13 de agosto de 2014).

56. RSM Production Corporation c. Santa Lucía, caso CIADI ARB/12/10, Decisión sobre "security for costs" (13 de agosto de 2014): par. 83.

57. Dirk Herzig como Administrador de Insolvencia de los activos de Unionmatex Industrieanlagen GmbH c. Turkmenistán, Decisión sobre solicitud de "security for costs" y "security for claim" (27 de enero de 2020): 59.

58. United Nations Commission on International Trade Law, «Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Draft provisions on procedural reform», A/CN.9/WG.III/WP.219, (2022): 7.

acuerdo de TPF así como la identidad de los financistas. La finalidad de la divulgación es evitar cualquier posible conflicto de interés entre los árbitros y los terceros financiadores.

Esto fue determinado, por ejemplo, por los tribunales arbitrales de los casos Muhammet Cap contra Turkmenistán (caso CIADI ARB/12/6)⁵⁹ y South American Silver Limited contra Bolivia⁶⁰. Al respecto, el tribunal arbitral del primer caso fundamentó su decisión estableciendo lo siguiente:

"The Tribunal has decided that Claimants should disclose whether their claims in this arbitration are being funded by a third-party/parties, and, if so, the names and details of the third-party funder(s) and the terms of that funding. The Tribunal's decision is based on the following factors.

First, the importance of ensuring the integrity of the proceedings and to determine whether any of the arbitrators are affected by the existence of a third-party funder. In this respect the Tribunal considers that transparency as

*to the existence of a third-party funder is important in cases like this."*⁶¹

Asimismo, tal y como se desarrolló en la sección III.1 del presente artículo, a nivel normativo se aprecia que instrumentos como el CETA establecen expresamente que la parte financiada en una controversia deberá revelar la identidad y dirección del tercero financiador⁶². Esta obligación también la establecen el Tratado de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y Singapur⁶³ y el Acuerdo de Asociación Económica Integral entre Indonesia y Australia⁶⁴. Al respecto, cabe recalcar que este último instrumento tiene una particularidad, en tanto establece en su artículo 14.32 que *"If a disputing investor fails to disclose third party funding under this Article, the tribunal may order the suspension or termination of the proceedings"*⁶⁵.

La obligación de divulgar la identidad y dirección del tercero financiador también se contempla en los reglamentos de los centros de arbitraje de inversión más importantes del mundo. En efecto, tal y como fue desarrollado

-
- 59. Muhammet Çap & Sehil İn_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Orden Procesal N° 3 (13 de febrero de 2015).
 - 60. South American Silver Led. (Bermuda) c. Estado Plurinacional de Bolivia, CNUDMI, Orden Procesal N° 10 (11 de enero de 2016).
 - 61. Traducción libre: *"El Tribunal ha decidido que los demandantes deben revelar si sus reclamaciones en este arbitraje están siendo financiadas por un tercero/terceros, y, en caso afirmativo, los nombres y detalles del/los financiador(es) de terceros y los términos de ese financiamiento. La decisión del Tribunal se basa en los siguientes factores. En primer lugar, la importancia de garantizar la integridad del procedimiento y determinar si alguno de los árbitros se ve afectado por la existencia de un financiador de terceros. En este sentido, el Tribunal considera que la transparencia en cuanto a la existencia de un financiador de terceros es importante en casos como este."* Muhammet Çap & Sehil İn_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Orden Procesal N° 3 (13 de febrero de 2015); par. 8-9.
 - 62. The Comprehensive and Economic Trade Agreement, Capítulo 8, Artículo 8.26.
 - 63. Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Singapore, of the other part, Capítulo 3, Artículo 3.8.
 - 64. Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement, Capítulo 14, Artículo 14.32.
 - 65. Traducción libre: *"Article 14.32: Third Party Funding*
 1. *If there is third party funding, the disputing investor benefiting from it shall notify to the disputing Party and to the tribunal, or where the tribunal is not established, to the Appointing Authority of the tribunal, the name and address of the third party funder.*
 2. *Such notification shall be made at the time of submission of a claim, or, where the financing agreement is concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as such agreement is concluded or the donation or grant is made.*
 3. *If a disputing investor fails to disclose third party funding under this Article, the tribunal may order the suspension or termination of the proceedings."* Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement, Capítulo 14, Artículo 14.32.

en la sección III.2 del presente artículo, encontramos que el CIADI establece que las partes deberán revelar la identidad y dirección del tercero financiador⁶⁶. Por su parte, la CCI y el SIAC contemplan disposiciones similares a las del CIADI. La primera establece la obligación de revelación únicamente cuando el tercero financiador tenga un interés económico sobre el resultado del arbitraje⁶⁷, mientras que la segunda dispone que la revelación deberá realizarse a solicitud del tribunal arbitral correspondiente⁶⁸.

A nivel de soft law, el séptimo estándar general de las Directrices de la IBA es claro en establecer que las partes tienen el deber de divulgar a los árbitros sobre la existencia de una relación entre el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico en la controversia (que, conforme a lo establecido en la explicación del sexto estándar general de este instrumento, incluye a los terceros financiadores):

"(6) Relationships

(...) Explanation to General Standard 6:

(...) Third-party funders and insurers may have a direct economic interest in the prosecution or defence of the case in dispute, a controlling influence on a party to the arbitration, or influence over the conduct of proceedings, including the selection of arbitra-

tors. These distinctions may be relevant when considering whether such entities should be considered to bear the identity of a party.

(...) (7) Duty of the Parties and the Arbitrator:

(a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of

(i) any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and

(...) • any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration; (...)."⁶⁹

Como se aprecia, pareciese existir un consenso respecto de la necesidad de divulgar la existencia de un acuerdo de TPF y la identidad del tercero financiador en un arbitraje de inversiones. Dicho consenso también se aprecia en el Reporte elaborado por el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (Grupo de Trabajo), que se encuentra trabajando en una reforma del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados. En efecto, de acuerdo con el Grupo de Trabajo, entre los comentarios de los Estados miembros de las Naciones Unidas al proyecto de reforma hubo "broad support for requiring

66. CIADI, Reglas de arbitraje del CIADI, Regla 14.

67. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Reglamento de Arbitraje, artículo 11.7.

68. Singapore International Arbitration Centre, Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, Regla 24.

69. Traducción libre: "(6) Relaciones

(...) Explicación del Estándar General 6:

(...) Los financiadores y aseguradores de terceros pueden tener un interés económico directo en la prosecución o defensa del caso en disputa, una influencia de control sobre una parte en el arbitraje o influencia en la conducta del proceso, incluyendo la selección de los árbitros. Estas distinciones pueden ser relevantes cuando se considera si dichas entidades deben ser consideradas con la identidad de una de las partes.

(...) (7) Deber de las partes y del árbitro:

(a) Una parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las otras partes y a la institución de arbitraje u otra autoridad nominadora (si la hubiere) de:

(i) cualquier relación, directa o indirecta, entre el árbitro y

(...) • cualquier persona o entidad con un interés económico directo, o un deber de indemnizar a una parte por el laudo que se emita en el arbitraje; (...)." International Bar Association, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (Londres: International Bar Association), 12.

disclosure as a way to enhance transparency and avoid conflict of interests.”⁷⁰

Sin embargo, un punto respecto del cual no existe consenso es sobre si el contenido del acuerdo de TPF debe ser divulgado. Al respecto, el Grupo de Trabajo ha destacado lo siguiente:

“136. With regard to subparagraph 1(c), diverging views were expressed on whether the funding agreement or the terms thereof should be subject to mandatory disclosure. One view was that the disclosure of such information was crucial, as it would allow the arbitral tribunal and the other disputing party to be aware of any conflict of interests, how the funding was channeled, and the extent to which the third-party funder might cover the costs of the proceeding. It was stated that without the disclosure of such information, the arbitral tribunal would not be in a position to request additional information in accordance with paragraph 2.

137. Another view was that the funding agreement and its terms should only be disclosed when required by the arbitral tribunal insofar as it would be necessary to identify the nature of the funding arrangement. It was further

mentioned that the funding agreement might be subject to confidentiality, which might deter compliance. However, it was mentioned that the disclosure requirement could be met by taking certain measures, for example, by redacting confidential information.”⁷¹

Como se aprecia, si bien existen estados miembros que consideran que se debería divulgar la existencia, identidad y contenido de un acuerdo de TPF, existen otros estados que alegan que esto únicamente debería suceder si lo requiere el tribunal arbitral debido a su relevancia en el arbitraje.

Al respecto, Blackaby y Wilbraham alegan que la divulgación de los términos de un acuerdo de TPF no debe producirse a menos que haya una razón específica para ello. Esto se debe a lo siguiente:

“Indeed, the terms of the funding will necessarily reveal material which would be privileged, such as likelihood of success. As a consequence of (a) the lack of materiality of the merits of the dispute; and (b) the possible disclosure of perceptions of strengths and weaknesses through the terms agreed, tribunals have been reluctant to order the disclosure of funding terms.”⁷²

70. Traducción libre: “Hubo un amplio apoyo para exigir la divulgación como una forma de mejorar la transparencia y evitar conflictos de intereses.” United Nations Commission on International Trade Law, «Report of Working Group III (Inversor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of its forty-third sesión (Vienna, 5-16 September 2022)», A/CN.9/1124, (2023): 23.

71. Traducción libre: “136. Con respecto al subpárrafo 1(c), se expresaron opiniones divergentes sobre si el acuerdo de financiación o sus términos deberían estar sujetos a divulgación obligatoria. Una opinión fue que la divulgación de dicha información era crucial, ya que permitiría al tribunal arbitral y a la otra parte en disputa estar al tanto de cualquier conflicto de intereses, cómo se canalizaba la financiación y en qué medida el financiador de terceros podría cubrir los costos del procedimiento. Se afirmó que sin la divulgación de dicha información, el tribunal arbitral no estaría en posición de solicitar información adicional de conformidad con el párrafo 2.

137. Otra opinión fue que el acuerdo de financiación y sus términos solo deberían divulgarse cuando lo requiera el tribunal arbitral en la medida en que sea necesario para identificar la naturaleza del acuerdo de financiación. Además, se mencionó que el acuerdo de financiación podría estar sujeto a confidencialidad, lo que podría desalentar el cumplimiento. Sin embargo, se mencionó que el requisito de divulgación podría cumplirse tomando ciertas medidas, por ejemplo, mediante la eliminación de información confidencial.” United Nations Commission on International Trade Law, «Report of Working Group III (Inversor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of its forty-third sesión (Vienna, 5-16 September 2022)», A/CN.9/1124, (2023): 23.

72. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third-party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition) (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 722.

En efecto, los tribunales arbitrales han adoptado esta postura y analizado, caso por caso, la necesidad de que se divulguen los términos del acuerdo de TPF. Por ejemplo, en el caso Muhammet Çap contra Turkmenistán (caso CIADI ARB/12/6)⁷³, el tribunal ordenó a los demandantes que divulgaran la existencia e identidad de un tercero financiador, así como los términos del acuerdo de TPF. Al respecto, el tribunal arbitral aclaró que este mandato se explicaba en el hecho de que los demandantes no habían cumplido con el pago de una condena de costos en otro caso⁷⁴. Asimismo, el tribunal arbitral enumeró los criterios a tener en consideración para determinar si el acuerdo de TPF debía ser divulgado o no:

"10. It seems to the Tribunal that the following factors may be relevant to justify an order for disclosure, and also depending upon the circumstances of the case:

- a. To avoid a conflict of interest for the arbitrator as a result of the third party funder;*
- b. For transparency and to identify the true party to the case;*
- c. For the Tribunal to fairly decide how costs should be allocated at the end of any arbitration;*
- d. If there is an application for security for costs if requested; and*
- e. To ensure that confidential information which may come out during the arbitral pro-*

*ceedings is not disclosed to parties with ulterior motives."*⁷⁵

Por su parte, existen otros tribunales arbitrales que han determinado que no existe necesidad de divulgar los términos del acuerdo de TPF, únicamente la identidad del tercero financiador. Esto se produjo, por ejemplo, en los casos EuroGas contra la República de Eslovaquia⁷⁶ (caso CIADI ARB/14/14) y South American Silver contra Bolivia⁷⁷.

IV. CONCLUSIONES

El TPF en el ámbito de arbitrajes de inversiones una práctica de larga data y que es cada vez más común y relevante. A pesar de su creciente uso, aún no existe una regulación uniforme en cuanto al TPF en el arbitraje de inversiones. Si bien existen ciertas disposiciones en instrumentos normativos y en los reglamentos de los centros de arbitraje de inversión, éstas varían en cuanto a su alcance y detalle.

Si bien el TPF ha sido objeto de discusión en varios arbitrajes de inversión, los tribunales arbitrales han sido consistentes en sostener que el TPF no afecta la admisibilidad de una reclamación de inversión ni la condición del demandante como inversor. Ello se debe a que los terceros financiadores no tienen la condición de parte en un arbitraje de inversión, por lo que su

-
- 73. Muhammet Çap & Sehil İn_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Orden Procesal N° 3 (12 de junio de 2015).
 - 74. Muhammet Çap & Sehil İn_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Orden Procesal N° 3 (12 de junio de 2015): par. 8-10.
 - 75. Traducción libre: "Parece al Tribunal que los siguientes factores pueden ser relevantes para justificar una orden de divulgación, y también dependiendo de las circunstancias del caso:
 - a. Para evitar un conflicto de intereses para el árbitro como resultado del financiador de terceros;
 - b. Para la transparencia y para identificar la verdadera parte en el caso;
 - c. Para que el Tribunal decida justamente cómo deben asignarse los costos al final de cualquier arbitraje;
 - d. Si hay una solicitud de seguridad para los costos si se solicita; y
 - e. Para asegurarse de que la información confidencial que pueda surgir durante el proceso arbitral no sea divulgada a partes con motivos ulteriores." Muhammet Çap & Sehil İn_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Laudo de jurisdicción (13 de febrero de 2015): par. 50.
 - 76. EuroGas Inc y Belmont Resources Inc. c. República de Eslovaquia, caso CIADI ARB/14/14, Orden Procesal N° 3 (23 de junio de 2015).
 - 77. South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia, caso PCA N° 2013-15, Orden Procesal N° 10 (11 de enero de 2016).

involucramiento en el proceso no es relevante para las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad. Por lo anterior, recurrir al TPF no debería afectar la condición de verdadera parte interesada del inversor en el proceso arbitral.

El TPF en el arbitraje de inversiones ha generado preocupación de que los terceros financiadores se beneficien del sistema de arbitraje de inversión sin tener la condición de parte. Además, existe preocupación sobre la posibilidad de que se arbitren casos especulativos o sin mérito.

Sin embargo, se aprecia que estas preocupaciones terminan siendo reemplazadas por el beneficio que genera el TPF al democratizar el acceso a la justicia para aquellos que no cuentan con los medios económicos para iniciar un arbitraje de inversión, lo que es especialmente importante dado los costos elevados de este tipo de arbitraje. A esto se le suma el hecho de que los terceros financiadores realizan un análisis minucioso de los méritos de las reclamaciones antes de financiarlas, lo que reduce el peligro de los casos frívolos.

En cuanto a la recuperación de los costos del arbitraje, existe un relativo consenso en que el demandante que ha suscrito un acuerdo de TPF puede recuperar los costos ordinarios del arbitraje, pero no hay acuerdo en cuanto a la recuperación de los costos adicionales. En cuanto

a la solicitud de “security for costs”, actualmente existe consenso en que la existencia de un acuerdo de TPF no tiene como consecuencia automática el otorgamiento de dicha solicitud.

Por su parte, la tendencia reciente en el arbitraje de inversión es requerir que los demandantes divulguen la existencia de un acuerdo de TPF y la identidad del tercero financiador para evitar conflictos de interés entre los árbitros y los terceros financiadores. Sin embargo, existe un debate sobre si el contenido del acuerdo de TPF también debe ser divulgado, ya que podría contener información privilegiada. Al respecto, los tribunales arbitrales han adoptado una postura caso por caso en relación con la divulgación de los términos del acuerdo de TPF.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es claro que – pese a que sigue en evolución – el TPF ha encontrado un espacio en el ámbito de los arbitrajes de inversión y ha venido para quedarse. Por tanto, no solo se debe hacer un constante seguimiento a las decisiones de tribunales arbitrales de inversión en los que se vea involucrado un tercero financista, sino también a las modificaciones a instrumentos normativos y reglamentos de centros arbitrales que tengan como finalidad regular esta figura. Ello, con la intención de que el TPF sea utilizado de la manera más responsable y ética posible en el marco de los arbitrajes de inversión.



REBAZA, ALCÁZAR & DE LAS CASAS

21 socios
75 abogados
23 áreas de práctica

"Rebaza, Alcázar & De Las Casas cuenta con uno de los mejores equipos del mercado. Resuelven asuntos complejos con facilidad y ofrecen un gran servicio al cliente."

Chambers & Partners, 2025

Áreas Transaccionales

- Antitrust
- Financiamientos
- Fusiones y Adquisiciones
- Mercado de Capitales
- Minería
- Private Equity
- Proyectos e Infraestructura
- Real Estate
- Reestructuración e Insolvencias
- Venture Capital y Tecnología

Áreas de Litigios

- Arbitraje
- Litigios
- White Collar Crime e Investigaciones Internas

Áreas de Consultoría

- Compliance
- Corporativo
- Fintech
- Laboral
- Life Sciences
- Private Clients
- Productos Estructurados, Fondos y Titulizaciones
- Data Protection
- Tributario
- Propiedad Intelectual

LIMA

SANTIAGO DE CHILE

MADRID

Ilegalidad de las inversiones en los arbitrajes internacionales contra el Perú

Illegality of investments in international arbitration against Peru



RAFFO VELÁSQUEZ MELENDEZ

Abogado con especialización en derecho comercial y de las inversiones por la Universidad Complutense.
Maestría en derecho administrativo y regulación de servicios públicos por la Universidad de Piura.
Maestría en derecho constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha.
Maestría en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante y la Università degli studi di Palermo.

SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Breve historial de nuestras alegaciones de ilicitud de las inversiones.**
- III. Condicionamientos del arbitraje de inversiones a las alegaciones de ilegalidad.**
 - 1. Condicionamientos generales.**
 - 2. Condicionamientos ante la ausencia de texto de los tratados.**
 - 3. Condicionamientos ante limitaciones en el texto de los tratados.**
 - 4. Facilidades en el texto de los tratados.**
- IV. Estándares objetivos como límites a las inversiones ilegales.**
 - 1. Los principios generales imponen obligaciones a los inversionistas.**
 - 2. Aplicación de los principios generales contra las inversiones ilícitas.**
- V. A modo de conclusión**



RESUMEN:

La ilegalidad de las actuaciones de los capitales extranjeros en el ámbito de los arbitrajes de inversión constituyen un tema recurrente en los casos que defiende el Estado peruano, por lo que el autor aborda con detenimiento las prácticas y argumentos usuales en estas defensas internacionales. Para ello, se apoya en la revisión de varios laudos del CIADI, donde la legalidad de las inversiones ha sido analizada de manera decisiva para rechazar o declarar inadmisibles una demanda arbitral.

Palabras clave: Inversiones ilegales, buena fe, derecho internacional, arbitraje de inversiones, CIADI

ABSTRACT:

The illegality of the actions of foreign capital in the field of investment arbitration is a recurring theme in the cases defended by the Peruvian State, for which reason the author deals in detail with the usual practices and arguments in these international defenses. For this purpose, he relies on the review of several CIADI arbitral decisions, where the legality of investments has been analyzed in a decisive manner to reject or declare an arbitration claim inadmissible.

Keywords: Illegal investments, good faith, international law, investment arbitration, CIADI

I. INTRODUCCIÓN

La crisis económica e institucional por la que atravesó el Perú en la década de los ochenta hacía poco o nada atractivo nuestro mercado para los capitales extranjeros. Si bien a inicios de los noventa hubo una nueva Constitución que proclamaba la economía social de mercado y se dictaron una andanada de leyes que apuntaban en la misma línea protectora de la propiedad privada e inversiones, igual era muy difícil que inversionistas extranjeros confíen en el respeto de tales reglas.

Ciertamente, las grandes inversiones privadas relacionadas con el otorgamiento de derechos, concesiones, autorizaciones por parte del Estado (telecomunicaciones, transporte, electricidad, petróleo, minería, banca, etc.) podían apoyarse en aquellas leyes nacionales que estatuyen una serie de garantías en su favor. El problema era que, a inicios de los noventa el Estado peruano no era conocido por su respeto de la inversión privada, ni por mantener inalterables las reglas que las garantizaba. Piénsese en los contratos de concesión vial. El Estado es el garante del respeto de tales contratos y, a la vez, es parte interesada en los beneficios de esos acuerdos. El Estado pronto comprenderá que puede modificar las reglas a su favor, ampliará sus beneficios y reducirá las garantías de la inversión.

Usualmente las Constituciones contienen el poder estatal, incluso la potestad de dictar leyes, sin embargo, nuestra historia está plagada de cambios de Constitución e incluso de modificaciones parciales de ella que ponen en riesgo las reglas inicialmente pactadas con los inversionistas. Incluso si las leyes no fueran alteradas, la jurisprudencia nacional que las aplica tampoco tiene un buen historial de previsibilidad, uniformidad e imparcialidad.

Al igual que otras experiencias, una manera de asegurar el respeto de la inversión extranjera es colocando al Estado ataduras de las que no pueda liberarse, imponerle reglas que no pueda modificar después. Por eso, en la década de los noventa el Estado peruano empezó a suscribir los primeros tratados bilaterales de inversión — en adelante TBI, y en la década siguiente los tratados de libre comercio — en adelante TLC. A través de ellos, se reconocen una serie de garantías en favor de las inversionistas nacionales de uno de los países suscriptores del tratado en el territorio del otro país.

No se trata de garantías arbitrarias o extraordinarias, sino que se reconocen estándares universales de justicia. Por ejemplo, se establece que los Estados no expropian en forma directa o indirecta la inversión extranjera sin pagar el justiprecio debido, o que establezcan tratos distintos contra los extranjeros, entre otros.

Además, el Estado no será el custodio de esas garantías, sino que traslada su respeto, exigencia y reparación a un organismo internacional —usualmente tribunales arbitrales—, que administrará un arbitraje de inversiones en donde se trasladará el reclamo del inversionista extranjero contra el Estado anfitrión.

Como se puede presumir, los primeros tratados partieron de una protección idealizada de los inversionistas. Lamentablemente la práctica evidenció que no todos ellos merecen ser protegidos bajo las garantías internacionales, ya sea porque cometieron actos delictuales para constituir o ejecutar sus inversiones, o porque simplemente no cumplían con mínimos requisitos de legalidad de sus inversiones¹. Eso generó que los nuevos tratados introduzcan cláusulas que define a las inversiones como aquellas establecidas o ejecutadas conforme al derecho del Estado anfitrión.

De hecho, esa empezó a ser la línea de defensa de distintos Estados frente a arbitrajes de inversión: los tribunales arbitrales carecen de competencias para conocer de reclamos formulados por inversiones ilícitas o ilegítimas. La ausencia de normas que proscriban directamente la protección de inversiones ilícitas forzó la construcción puramente jurisprudencial de las directrices aplicables a estos casos.

En estas líneas, profundizaremos en los fundamentos, alcances y limitaciones de tales exigencias. Nuestro objetivo es aclarar cómo funcionan las alegaciones de ilicitud de las inversiones. Esto tiene particular importancia en nuestro país, pues ha sido la línea de defensa del Estado peruano en cinco arbitrajes inversión, y es muy probable esa línea se mantenga en un sexto arbitraje que viene en camino.

II. BREVE HISTORIAL DE NUESTRAS ALEGACIONES DE ILICITUD DE LAS INVERSIONES

La inversión puede definirse como la colocación de activos en un proyecto con el propósito de obtener beneficios a largo plazo. Ya vimos que el derecho de inversiones tiene como objetivo proteger a los inversores extranjeros al establecer garantías especiales que les permitan hacer frente a los riesgos, como los cambios políticos o legales, asociados con sus inversiones en otros países. Sin perjuicio de ello, como remarca Sornarajah², en la actualidad son los tratados de inversión los que buscan ampliar el concepto de inversión para garantizar que la protección del tratado se extienda a una gama más amplia de actividades del inversor extranjero. Sin embargo, muchas de las inversiones en el Perú que han sido materia de análisis en arbitrajes iniciados bajo los tratados de inversión, han estado plagadas de acusaciones de ilicitud, fraude y/o corrupción. Veamos

El 8 de enero de 1998, el presidente del directorio de una empresa se reunía con Vladimiro Montesinos cuando era asesor del expresidente Alberto Fujimori. El propósito fue solicitar “apoyo” en el proceso de amparo que había iniciado ese mismo día la empresa. El pedido fue resumido por el empresario de la siguiente forma: *“Yo quiero una guerra corta, sangrienta y decisiva. Como se ganan las batallas”*. Un mes después, el juez de amparo declaró fundada la demanda de amparo que permitía continuar con la construcción de la fábrica de Lucchetti en un Área Natural Protegida, y sin contar con todos los permisos requeridos. Si bien la Municipalidad de Lima apeló el fallo, en otra reunión de Montesinos con uno de los dueños de la empresa, señaló que el resultado favorable final estaba garantizado. Y efectivamente, así ocurrió me-

1. La corrupción en general abarca ámbitos nacionales e internacionales. Si bien la lucha contra la corrupción es principalmente responsabilidad de cada país, muchos casos tienen implicaciones internacionales, de modo que los sistemas internacionales deben alinearse con una respuesta a nivel global. Cfr. Bhargava, V. (2006). *Curing the Cancer of Corruption*. En V. Bhargava (Ed.), *Global Issues for Global Citizens. An Introduction to key Development Challenges*. Washington, Estados Unidos: The World Bank, p. 342.
2. Sornarajah, M. (2010). *The international law on foreign Investment* (3 ed.). New York, Estados Unidos: Cambridge University Press, p. 10.

diente sentencia confirmatoria del 4 de marzo de 1998. De modo que, la empresa pudo continuar y culminar la construcción de su fábrica.

El 16 de marzo de 2001 se hicieron públicos los famosos *vladivideos* de esas reuniones, eso habilitó a la Municipalidad a paralizar el funcionamiento de la fábrica y dio inicio a causas penales contra las personas involucradas.

Ante ello, el 24 de abril de 2002, los accionistas extranjeros de la empresa *Lucchetti* formularon una solicitud de arbitraje de inversiones ante el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones — en adelante CIADI, contra el Estado peruano — caso ARB/03/4—. Los demandantes sostuvieron que el estado anfitrión había lesionado las garantías de sus inversiones previstas en el TLC Perú-Chile. Y es que, sostuvieron, a pesar de contar con una sentencia con calidad de cosa juzgada, el Estado peruano impedía el funcionamiento de su fábrica.

De hecho, el Perú enfrentó ya tres arbitrajes administrados por el CIADI, tiene en trámite otros dos más y se prevé que se inicie uno más, en donde parte de su defensa se relaciona con la legitimidad o licitud de las inversiones extranjeras en suelo peruano.

Por ejemplo, el 11 de agosto de 2014, los accionistas de la empresa *Bear Creek* formularon una solicitud de arbitraje de inversiones contra el Estado peruano, bajo el TLC Perú- Canadá. Entre otras cosas, la empresa sostuvo que se afectaron sus inversiones porque el Estado anfitrión revocó su concesión, lo que significaba una expropiación indirecta de la inversión. El Estado sostuvo que actuó en virtud del artículo 71 de la Constitución peruano en donde se prevé que es ilícito que los extranjeros adquieran derechos o títulos en tierras dentro de los 50km de las fronteras peruanas. De modo que, la empresa extranjera *Bear Creek* conocía que su inversión no era lícita, no se ajustaba al orden jurídico — caso ARB/14/21—.

En forma similar, el 21 de julio de 2018, los integrantes del *Consorcio Kuntur Wasi* formularon solicitud de arbitraje de inversiones en

virtud del TBI Perú-Argentina. Alegaron que la anulación de la adenda a su contrato de concesión para la construcción del aeropuerto de Chincheros vulneraba las garantías internacionales de sus inversiones. El Estado sostuvo que la adenda no se ajustaba a la regulación peruana sobre Asociaciones Público-Privadas, lo que motivó una situación de ilegalidad que justificó la cancelación del contrato — caso ARB/18/27—.

El 30 de abril de 2021, *Kaloti Metals* presentó su solicitud arbitral contra Perú — ARB/21/29—, para lo cual alegó, entre otros, que el Estado expropió sus inversiones de compra de oro al impedir la importación de ese recurso a EEUU. El estado peruano sostuvo que la situación de *Kaloti* no calificaba como inversión, sino que era una simple operación comercial de compra, sin inversión real en el país anfitrión. En todo caso, añadió, no se trataría de una inversión protegible, debido a que se trataba de oro adquirido presuntamente de minería ilegal, lo que lo que quitaría la calidad de inversión bajo los términos del TLC Perú-EEUU.

Al resolver estos cuatro casos los Tribunales Arbitrales del CIADI dejaron constancia de que la defensa del Estado peruano se dirigió a cuestionar la competencia de dicho tribunal por tratarse de inversiones extranjeras lícitas, contrarias a las normas peruanas. Eso, a juicio del Estado, descalificaría a las inversiones como bienes sujetos de protección bajo los tratados invocados.

Actualmente existen otros dos arbitrajes de inversión en trámite en donde el Estado peruano también invocó la ilicitud de las inversiones. Nos referimos a los arbitrajes iniciados por *Enagás* bajo TBI Perú-España — caso ARB/21/75— y por *Odebrecht Latinvest* bajo el TBI Perú-Luxemburgo — caso ARB/20/4— que se vinculan con el desarrollo de la concesión de Gaseoducto del Sur. En esos casos, incluso existen confesiones de altos funcionarios de Odebrecht sobre actos de corrupción desplegados por estos para obtener la concesión del gaseoducto.

Finalmente, los accionistas canadienses de la empresa *Rutas de Lima* ya adelantaron que ini-

ciarán un arbitraje ante CIADI contra el Estado peruano. Eso debido a la sentencia del Tribunal Constitucional —TC, que ordena la suspensión del cobro de peajes, lo que en la práctica dejó sin efecto parte de su contrato de concesión de vías. Al respecto, la Municipalidad de Lima ha hecho públicas sus alegaciones de corrupción en la obtención de aquel contrato de concesión otorgado originalmente a la empresa *Odebrecht*. De modo que, es muy probable que la futura defensa del Estado peruano se dirija nuevamente a cuestionar la licitud de la inversión extranjera.

En suma, la ilegalidad de las inversiones parece ser una alegación recurrente en la defensa del Estado peruano para evitar la competencia de los tribunales arbitrales del CIADI, lo que hace necesario conocer más sobre sus alcances.

III. CONDICIONAMIENTOS DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES A LAS ALEGACIONES DE ILEGALIDAD

La posibilidad de acudir a arbitrajes de inversión ad hoc o administrados por alguna institución arbitral internacional — CIADI, Cámara de Comercio Internacional-ICC, Corte Permanente de Arbitraje) puede estar prevista en un acuerdo particular entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión (usualmente incorporados en los contratos de concesión—, en cuyo caso el convenio es específico para ambas partes.

No obstante, en estas líneas sólo nos referiremos a la oferta general que hace un Estado a los nacionales del otro Estado suscriptor del tratado — TBI o TLC— para trasladar a un arbitraje de inversiones sus reclamos contra cualquier actuación estatal que incumpla las garantías previstas en el tratado.

1. Condicionamientos generales

Esta situación condiciona mucho el contenido y forma de dicho arbitraje. En primer lugar, existe una legitimidad indeterminada para accionar, pues el tratado puede ser invocado por todos los nacionales del Estado suscriptor que tengan inversiones en el país anfitrión. En segundo lu-

gar, el consentimiento para arbitrar es asimétrico, pues el Estado acepta el arbitraje antes de la controversia, mientras que el inversionista brinda su consentimiento con la solicitud de arbitraje. En tercer lugar, la oferta de arbitraje solo contiene obligaciones para los Estados suscriptores del tratado, pero no para los inversionistas que son terceros beneficiarios del acuerdo. En cuarto lugar, la competencia de los tribunales arbitrales para proteger los derechos y beneficios reclamados por los inversionistas debe tomar como base lo previsto en el tratado.

Los puntos anteriores merecen una precisión adicional. Y es que muchas veces los tratados contienen referencias directas o indirectas al derecho interno como fuentes autorizadas para evaluar el reclamo. No es que el tratado establezca una obligación directa sobre los inversionistas, sino que los Estados condicionaron su consentimiento de someterse a arbitraje al cumplimiento del derecho interno por parte del inversionista. En tal escenario, una inversión extranjera que no respete las leyes del Estado anfitrión no calificaría como inversión tutelable bajo el tratado y, por ende, no sería pasible de protección bajo un arbitraje de inversiones.

Pero cuidado, no se trata de una simple y llana aplicación del derecho interno, tal como lo haría un tribunal nacional, sino que aquel derecho se integrará con las normas y principios internacionales de inversiones, para evaluar la razonabilidad internacional de la regla interna exigida al inversionista. Después de todo, se debe evitar una situación en donde se incentive que los Estados aprueben y apliquen normas internas absurdas o innecesarias sobre las inversiones con la finalidad eludir la competencia de un arbitraje de inversiones. Tal proscripción es ordenada incluso por el artículo 27 de la Convención de Viena en donde se prevé que un Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En suma, para que sea relevante el incumplimiento del derecho interno, para que exista una inversión ilegal, deberá evaluarse si dicha ilegalidad también puede ser calificada como

un incumplimiento de los principios del derecho internacional.

Cuando es así, la inadecuación de las inversiones con el derecho interno suele ser usada como una defensa contra la jurisdicción del tribunal arbitral, esto es, como una defensa contra su competencia. Una forma de canalizar esa alegación es sosteniendo que no existió consentimiento de los Estados —al suscribir el tratado— para proteger negocios ilícitos a través de arbitrajes de inversión. Si se usa ese argumento, lo usual es integrarlo con la invocación de los principios generales de las inversiones, en específico con el principio de equidad, para resaltar que más allá de la voluntad de las partes, de lo previsto en el tratado, la finalidad de esta rama del derecho internacional es extender tutela a los inversionistas legítimos.

2. Condicionamientos ante la ausencia de texto de los tratados

En una etapa inicial los tratados no hacían ninguna referencia a la necesidad de licitud de las inversiones. De modo que, se podrían generar dudas sobre el alcance de los tratados a *todo* tipo de inversión. De hecho, ese estilo se apreciar incluso ahora. Por ejemplo, los TBI de Perú con Chile y Liechtenstein, así como los TLC de Perú con Canadá y EEUU, no tienen ninguna referencia a la necesidad de licitud de las inversiones.

En *Bear Creek contra Perú*, el Estado sostuvo la falta de competencias del tribunal porque se trataba de una inversión ilegal ya que la empresa extranjera adquirió derechos sobre minas y recursos dentro de los 50 km del límite de la frontera Perú-Bolivia, asunto proscrito por el artículo 71 de nuestra Constitución. El inversionista sostuvo que el consentimiento de los Estados en el TLC Perú-Canadá no imponía la legalidad de las inversiones como requisito para acceder a la competencia arbitral. Finalmente, el Tribunal CIADI resolvió que el texto del TLC

no establece el requisito de legalidad de las inversiones, de modo que, sí tenía competencia para atender el reclamo de inversionista, aunque señaló que el asunto de la legalidad sí sería relevante para resolver y cuantificar el fondo del caso (páginas. 319-324).

Algo distinto pasó al analizar el TBI Perú-Chile en la anulación de laudo del caso *Lucchetti contra Perú* — ARB/03/4—. Aunque el tratado no se refiere a la legalidad de las inversiones, la Comisión CIADI sí reconoció su exigibilidad. Señaló que, la legalidad de la actuación del inversionista no se debe limitar a lo establecido en el derecho interno de cada Estado, sino que la legalidad de aquella actuación se evalúa desde el derecho internacional de las inversiones. Lo contrario, concluyó, habilitaría al Estado —a través de sus normas y dependencias internas— a eludir su consentimiento para arbitrar materializado en el TBI. En específico, se sostuvo que, aunque el inversionista contaba con una sentencia favorable con calidad de cosa juzgada según el derecho peruano, su legitimidad —y la consecuente legalidad de la inversión— podía ser cuestionada desde el punto de vista del derecho internacional (páginas. 87-88).

La práctica usual de los tribunales arbitrales del CIADI va en este último sentido. En efecto, incluso si los tratados no hacen ninguna exigencia a la legalidad de las inversiones, eso no significa que la suscripción de un tratado habilite a proteger a toda clase de inversiones. Es implícito al espíritu de todo tratado impedir que las actuaciones ilegales sean protegidas por el derecho internacional³.

La cuestión es que, ante la ausencia de un texto expreso, lo más probable es que el asunto de la ilegalidad de las inversiones no se resuelva mediante una cuestión de falta de jurisdicción del tribunal arbitral. Tal punto entrará a tallar al momento de evaluar el fondo de la controversia, esto es, cuando se evalúe la justicia del reclamo.

3 Cfr. *Phoenix Actions contra República Checa* (ARB/06/5, par. 101) y *Plama Consortium Limited contra Bulgaria*, (ARB/03/24, par. 138).

3. Condicionamientos ante limitaciones en el texto de los tratados

La necesidad de precisar los términos en los que los Estados prestan su consentimiento al arbitraje de inversiones motivó la inclusión de las llamadas “cláusulas de conformidad” que hacen referencia a expresa a que las inversiones protegidas son las realizadas “de conformidad con las leyes y reglamentos” del país anfitrión. Eso se aprecia en la mayoría de los TBI suscritos por Perú⁴. Incluso el tratado con Dinamarca exige además que la inversión sea acorde con la “práctica administrativa”.

Para comprender las defensas que suelen usarse en este tipo de situaciones es necesario hacer referencia a una disociación conceptual que diferenciar entre dos tipos de ilegalidades de las inversiones⁵. Un tipo consiste en la existencia de inversiones en sí mismas ilegales o contrarias al derecho interno, por ejemplo, la adquisición de negocios o estructuración de negocios para ocultar ingresos provenientes de delitos — tráfico de drogas, lavado de activos, peculados, etc. —; o el despliegue de negocios específicamente proscritos por la ley. El otro tipo de ilícitos, más comunes, se relaciona con inversiones *per se* legales, pero establecidos o desarrollados usando mecanismos ilegales que involucraron graves inconductas — delitos o faltas administrativas— y no solo violaciones técnicas de las normas internas⁶.

Precisamente, se usa esta distinción para señalar que los actos posteriores de una inversión originalmente legal no pueden negar el acceso a la justicia arbitral prevista en los tratados. En *Metal-Tech contra Uzbekistán* y *Hamester contra Gana* los tribunales arbitrales concluyeron que las “cláusulas de conformidad” de los tratados exigían legalidad al implementarse, establecerse o hacerse la inversión inicial. De modo que, si luego, en la ejecución o desarrollo de la inversión, hubiera ilegalidades, eso no impediría que los capitales extranjeros puedan activar el arbitraje de inversiones. Aunque, la ilegalidad de sus conductas posteriores sí que se sería tomada en cuenta luego, al momento de determinar la justicia de fondo del caso⁷.

En el caso de las inversiones originalmente ilícitas, los tribunales arbitrales les niegan toda protección bajo el tratado de inversión. Por ejemplo, en *Inceysa Vallisoletana contra El Salvador* — caso ARB/03/26— se advirtió que la inversión era ilegal desde su constitución, pues la empresa obtuvo una concesión gracias a estados financieros con datos falseados, y con declaraciones falsas sobre sus socios estratégicos y experiencia. Eso generó que el tribunal arbitral desestime el reclamo por falta de jurisdicción, dado que el tratado España-El Salvador no protege inversiones ilegales. Algo similar ocurrió en *World Duty Free Cía. contra Kenia* — ARB/00/7—, pues el tribunal arbitral desestimó la demanda debido a que la concesión para

4. Cfr. Los TBI suscritos con Alemania, Argentina, Australia, México, Países Bajos, Noruega, Colombia, Paraguay, Cuba, Portugal, Reino Unido, República Checa, El Salvador, China, España, Rumania, Singapur, Finlandia, Suecia, Francia, Suiza, Italia, Tailandia, Japón, Venezuela, y Bélgica-Luxemburgo.

5. Cfr. Kalicki, J., Evseev, D. y Silberman M. (2015). “Legality of Investment”. En Kinnear et al (editores). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Kluwer Law International, pp. 207-208.

6. En *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum contra Albania* (ARB/11/24) se hizo una clasificación similar (pár. 371-379). De un lado, están las inversiones sustancialmente ilegales, las mismas que se darían cuando se realizan actividades prohibidas como el comercio de sustancias o productos prohibidos, por ejemplo, la extracción de recursos en zonas naturales protegidas, o el comercio de drogas ilícitas. Aquí el momento decisivo para apreciar la legalidad de la inversión es la existencia del marco legal vigente al planificar e instaurar la inversión. De otro lado, estarían las inversiones ilegales desde el punto de vista procedimental inversión. Eso ocurre cuando la actividad o negocio es legal en esencia, pero la forma de instaurarlo y practicarlo vulnera la regulación interna. Por ejemplo, ejecutar concesiones mineras otorgadas, sin contar con los demás derechos y permisos necesarios (servidumbres, estudios de impacto ambiental, etc.).

7. *Metal-Tech vs Uzbekistán*, TBI Israel- Uzbekistán (ARB/10/3, par. 186-193) y *Gustav Hamester vs Gana*, TBI Alemania-Gana (ARB/07/24, par. 126-129).

construir y operar tiendas libres de impuestos en el aeropuerto de Mombasa fue obtenido como consecuencia del pago de sobornos, explícitamente se señaló que el orden jurídico internacional no extiende protección a inversiones ilegales.

Los casos del Perú no han sido ajenos a la necesidad de definir las inversiones protegidas bajo los términos de los tratados suscritos. Por ejemplo, en *Bear Creek* — páginas. 319-321— se analizó con detalle si el requisito de buena fe del inversionista era un elemento pactado o no como condición para el acceso al arbitraje. Intuimos que en el caso *Odebrecht* se discute si la inversión es originalmente ilícita o no, pues según las declaraciones de ex funcionarios de la empresa hubo acuerdos ilícitos que les permitieron ganar la licitación del gasoducto del sur. De otro lado, en el futuro caso *Rutas de Lima*, los tribunales arbitrales ya determinaron que la inversión no fue originalmente ilícita — tal como alegó la Municipalidad de Lima—, de modo que muy probablemente el Estado peruano alegue la ilicitud de los actos posteriores del inversionista.

4. Facilidades en el texto de los tratados

Las decisiones de los casos *Inceysa* — páginas. 162-173— *Metal-Tech* — página. 373— *Hammester* — páginas. 125-127— antes mencionados se avocaron a desentrañar el alcance del consentimiento otorgado por los Estados para verificar si aceptaron someter a arbitraje cualquier tipo inversiones. Eso les supuso un intenso análisis de los alcances lingüísticos del texto de los tratados de inversión, lo que les llevo incluso a disociar entre inversiones originalmente ilícitas e inversiones con ilicitudes en su desarrollo.

Para superar las dificultades de este tipo y dejar más claro los alcances del consentimiento a arbitrar que dan los Estados, los tratados

más recientes suelen ser más precisos en este punto. Por eso, se establece un estándar más exigente en los TLC suscritos por Perú con Panamá, Costa Rica y Honduras. En ellos se niega protección a las inversiones “*realizadas con capital o activos derivados de actividades ilegales*”, y se reconoce que las garantías reconocidas no impedirán que los Estados adopten o mantengan medidas que incidan sobre las inversiones siempre que se dirijan a preservar el orden público, restaurar la paz, la seguridad internacional o intereses de seguridad esencial. Esto, desde luego, no implica discrecionalidad absoluta de los Estados, sino que la razonabilidad de sus regulaciones podrá ser analizada desde la óptica internacional.

Este sin duda ayudará cuando el análisis sobre la legalidad de las inversiones se dirija a desentrañar el consentimiento de los Estados suscriptores de los tratados, esto sirve para las interpretaciones gramaticales. Se trata de una perspectiva claramente subjetivista, dirigida a averiguar la voluntad de los Estados suscriptores del tratado.

No obstante, ese análisis es insuficiente, pues se trata de un traslado simple y llano de la lógica de los arbitrajes comerciales a los arbitrajes de inversión. En efecto, en los primeros sí existe acuerdo de voluntades entre las partes, existe un convenio arbitral con la voluntad de ambos que amerita ser desentrañado.

En forma más precisa Roberts⁸ señala que, a diferencia de los arbitrajes comerciales, los tribunales de inversión obtienen sus facultades de lo previsto en el tratado, y no de la *autonomía de voluntad* de las partes. De ahí que sea problemático importar dicho concepto o el consentimiento a los tribunales de inversión. Estos tribunales no son agentes de las partes contendientes, ni de las partes del tratado, pues su misión es aumentar la confianza en los compromisos del tratado para promover así la

8. Roberts, Anthea (2013). “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System”, en *American Journal of International Law*, N° 107, pp. 60-61.

inversión extranjera. Para ello, los tribunales de inversiones necesitan un grado significativo de independencia frente a las partes del tratado y del litigio.

Ciertamente, en los arbitrajes de inversiones lo que se analiza es un tratado internacional, no un contrato. Si bien los inversionistas son beneficiarios de derechos privados, estos son consecuencia de obligaciones estatales asumidas bajo el derecho internacional. De modo que, la interpretación literal es necesaria, pero insuficiente, pues se requiere además recurrir a interpretaciones que tengan en cuenta la buena fe, la lógica, la finalidad de la regla, su contexto y la práctica regular de las partes, tal como mandan los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

Precisamente aquí entran a tallar las técnicas de interpretación dirigidas a limitar el acceso o protección internacional de las inversiones ilegales.

IV. ESTÁNDARES OBJETIVOS COMO LÍMITES A LAS INVERSIONES ILEGALES

1. Los principios generales imponen obligaciones a los inversionistas

Ya señalamos que los tratados no incluyen obligaciones para los inversionistas, sino para las partes suscriptoras, esto es, para los Estados. Sin embargo, cuando se trata de ilicitud de las inversiones se suelen derivar obligaciones para los titulares de capitales extranjeros a partir de los principios generales del derecho — que también integran el derecho internacional de inversiones—. De esto modo, se logra hacer hincapié en la obligación de integridad y buena conducta, pues solo aquellos que actúan conforme a la legalidad y a los principios interna-

cionales podrán buscar protección en los tribunales de inversión.

Cuando se trata de ilegalidad de las inversiones son relevantes los principios de buena fe, justicia o el principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* — nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo—. Todos ellos suelen ser usados como defensas independientes o integradas con el llamado principio *clean hands* de las inversiones. Sin embargo, los alcances de este último aún están bajo construcción jurisprudencial, de modo que para los tribunales de inversión tiene márgenes poco claros.

La vinculatoriedad de estos principios es innegable en el sistema internacional. De un lado, el artículo 38.1, literales b y c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce que este tribunal resuelve conforme a los principios generales de derecho. De otro lado, el preámbulo de la Convención de Viena y el artículo 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas exigen la actuación de los Estados conforme al principio general de justicia. Esto permite entender que cuando el artículo 42.1 del Convenio CIADI dispone que los tribunales de inversión aplicarán el derecho internacional que fuera pertinente, incluyen entre ellos al principio de justicia o, si prefiere, al principio de buena fe, *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* o *clean hands*.

Debido a su escaso uso en la práctica nacional⁹, conviene hacer referencia a las palabras de Dumberry¹⁰ sobre la llamada doctrina del *clean hands* — a veces llamado principio de “manos sucias” —. Según esta doctrina, si un inversionista se encuentra bajo una conducta ilegal o impropia, sus manos estarán “sucias”, de tal suerte que sus reclamaciones estarán prohibidas y cualquier pérdida sufrida permanecerá

9. Las razones sobre la inadecuación de usar la doctrina del *clean hands* al ámbito nacional en: ESPINOZA, Sandro y Chunga, Carmen. “La Arbitrabilidad de la Corrupción: ¿Es Posible Aplicar «Clean Hands Doctrine» en el Arbitraje en Contratación Pública?”, en *Derecho & Sociedad*, N° 44, 2015, pp. 285 y ss.

10. Dumberry, P. (2016). “State of Confusion: The Doctrine of ‘Clean Hands’ in Investment Arbitration After the Yukos Award”. En: *The Journal of World Investment & Trade*, N° 17, p.230.

donde esté. En otras palabras, la lógica detrás de esta doctrina es que aquel que comete un acto ilícito no puede obtener beneficios de él ni reclamarlos a través de la justicia¹¹.

De cualquier modo, la aplicación de estos principios permite hacer más objetivos los filtros contra las inversiones ilegales sometidas a arbitraje. Su uso “descomercializa” la visión de los arbitrajes de inversión, pues ya no se trata de analizar sólo los textos de los tratados para determinar los alcances del consentimiento otorgados por los Estados suscriptores para la apertura de arbitrajes. Además de la voluntad de los Estados, será el sistema normativo de las inversiones internacionales el que exige negar protección a capitales extranjeros con origen o prácticas contrarias a la ley del Estado anfitrión. De no ser así, se permitiría que las obligaciones asumidas por los Estados serían contrarias al principio general de justicia.

2. Aplicación de los principios generales contra las inversiones ilícitas

Con relación al principio de buena fe, en el caso *Hamester* se señaló que: “Una inversión no estará protegida si ha sido creada en violación de principios nacionales o internacionales de buena fe, mediante corrupción, fraude o conducta engañosa; o si su creación en sí misma constituye un uso indebido del sistema de protección internacional de inversiones bajo el Convenio del CIADI” — pá-

gina. 123—. Mientras que en el caso *Phoenix* se ha precisado que: “... no se puede considerar que los Estados ofrezcan acceso al mecanismo de solución de controversias del CIADI a inversiones que realizadas sin buena fe... [eso sería] contrario a los principios generales del derecho internacional, entre los cuales el principio de buena fe es de suma importancia” — página. 106).

En *Inceysa* — página. 240— también se hace referencia al principio de buena fe — página 244—, aunque es usado como complemento del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* — página. 240— que se materializa en

“... diversas máximas que resultan claramente aplicables... a) *Ex dolo malo non oritur actio* — ningún derecho a accionar puede tener su origen en el dolo—; b) *Malitiis nos est indulgendum* — ante la conducta maliciosa no debe haber indulgencia—; c) *Dolos suus neminem relevat* — a nadie se le exonera de su propio dolo—; d) *In universum autem haec in ea re regula sequenda est, ut dolus omnimodo puniatur* — de modo general ha de observarse la regla de que el dolo será castigado en todo caso—; e) *Unusquisque doli sui poenam suferat* — cada uno debe soportar la pena por su propio dolo—; f) *Nemini doli suus prodesse debet* — nadie debe aprovecharse de su propio dolo—” (página. 240).

11. Gutiérrez indica que la doctrina del *clean hands* surge de la noción de “equity” del *common law*, y se refiere a la razonabilidad o a la justicia inherente a todo precedente o norma jurídica. En ese sentido, del equity surgirían doce máximas que darían lugar después al principio de *clean hands*, según el cual se exige que *quien acude a la jurisdicción debe tener las manos limpias*. Tales máximas serían las siguientes: (i) “*Equity will not suffer a wrong to be without a remedy*” (El equity no tolera agravio sin reparación); (ii) “*Equity follows the law*” (El equity sigue a la ley); (iii) “*Where there is equal equity, the law shall prevail*” (Cuando el equity favorece por igual a ambas partes, se confía la resolución del conflicto al Derecho estricto); (iv) “*Where the equities are equal, the first in time shall prevail*” (Cuando el equity favorece por igual a ambas partes, debe prevalecer el derecho del que es anterior en el tiempo); (v) “*He who seeks equity must do equity*” (Quien busca equity debe proceder con equity); (vi) “*He who comes into equity must come with clean hands*” (Quien acude a la jurisdicción de equity debe tener las manos limpias); (vii) “*Delay defeats equities*” (La demora perjudica a la equity); (viii) “*Equality is equity*” (La igualdad es equity); (ix) “*Equity looks to the intent rather than to the form*” (La equity mira la intención más que la forma); (x) “*Equity looks on that as done which ought to be done*” (La equity considera realizado lo que debería ser realizado); (xi) “*Equity imputes an intention to fulfill an obligation*” (La equity presume siempre la intención de cumplir la obligación); (xii) “*Equity acts ‘in personam’*” (La equity actúa “in personam”). Gutiérrez, M. (2021). *La doctrina de las manos limpias o clean hands en el arbitraje de inversión: una herramienta para combatir la corrupción y su aplicación a una disputa peruana*. Tesis de Maestría, Universidad de Lima, pp. 13-14.

Ciertamente aquel principio puede tener distintas manifestaciones que materialicen la exigencia de que *nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo*. Por ejemplo, en *World Duty Free* — página. 178-179— se señaló que la inversión ilícita no puede obtener tutela de, pues hacerlo sería *“una afrenta a la conciencia pública”*, sería *“ayudar y alentar la conducta ilegal del demandante”*. Por ende, se concluyó que ese tipo de inversiones no generan derechos bajo el principio *ex turpi causa non oritur actio* — de una causa inmoral, no surge ningún derecho—.

A su vez, la jurisprudencia resalta que el sistema normativo del arbitraje de inversiones o, si se prefiere, el orden público internacional, proscriben las inversiones ilegales. En *Phoenix* se deja en claro que *“La finalidad del mecanismo internacional de protección de las inversiones... no puede consistir en proteger las inversiones realizadas en violación de las leyes del Estado receptor o las inversiones no realizadas de buena fe... que supongan un abuso del sistema internacional de arbitraje del CIADI”* página. 100—. De modo que: *“El Tribunal debe impedir que se abuse del sistema de protección internacional de las inversiones... garantizando que sólo se protejan las inversiones que se realicen de conformidad con el principio internacional de buena fe y que no intenten abusar del sistema”* — página. 113—.

Una línea similar se maneja en *Fraport AG Frankfurt Airport contra Filipinas* — ARB/11/12— en donde se señaló que *“existe un principio internacional cada vez más establecido que exige que los remedios legales internacionales no estén disponibles para las inversiones ilegales, al menos cuando dicha ilegalidad afecta a la esencia de la inversión”* — página. 332—.

Una combinación de todos esos principios confluye en el caso *Plama* donde se señala que ante los casos de inversiones ilícitas: *“...otorgar las protecciones del — Tratado—... sería contrario al principio nemo auditur propriam turpitudinem allegans... y también a la noción básica del orden público internacional: que exige de que un contrato obtenido por medios ilícitos (tergiversación fraudulenta) no sea ejecutado... — Eso indica además— que la conducta de la Deman-*

dante es contraria al principio de buena fe que forma parte no sólo del derecho búlgaro... sino también del derecho internacional” — páginas. 143-144—.

Finalmente, la doctrina del *principio clean hands* como una forma de proscripción de inversiones ilegales, aún es objeto de controversias e indefiniciones sobre su grado de vinculatoriedad y campo de aplicación.

En el laudo sobre jurisdicción de *Niko Resources contra Bangladesh* — ARB/10/11, páginas. 478-485— se reconoció su condición de principio general del derecho, aunque no se daban las condiciones para su aplicación al caso específico. Sin embargo, en el laudo de *Churchill Mining contra Indonesia* — ARB/12/14— se señaló que

“la doctrina del derecho consuetudinario de clean hands que excluye reclamaciones basadas en conducta ilegal también encuentra expresión a nivel internacional, aunque su estatus y contornos exactos están sujetos a debate aún y son abordados de manera diferente por los tribunales internacionales” (página. 493).

En ese orden, en *South American Silver contra Bolivia* — arbitraje de inversión *ad hoc*— se indicó que: *“... no está en discusión que los principios generales del derecho exigen cierto grado de reconocimiento y consenso. Según la Demandada, el análisis de estos principios debería considerar eminentemente ‘la práctica de los Estados’. Sin embargo, Bolivia no presentó pruebas suficientes que permitan concluir que la doctrina de clean hands goza del reconocimiento y consenso entre Estados que se requiere para alcanzar el estatus — de principio general de derecho— que ésta le atribuye”* — página. 445—.

Como se aprecia, las alegaciones de ilegalidad de las inversiones suelen canalizarse mediante la invocación de distintos principios general del derecho internacional, de los fines del sistema arbitral de las inversiones e incluso de una doctrina cada más recurrente — *clean hands*—. Todos estos elementos amplían el ámbito competencial de los tribunales de inversión, y no lo limitan al texto de los tratados suscritos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El propósito de estas líneas ha sido más descriptivo que prescriptivo, pues nos hemos dirigido a aclarar las dudas que pudieran existir sobre cuáles son y cómo funcionan las armas que usan los Estados para impedir que las inversiones ilegales o acusadas de ilegalidad puedan prosperar en los arbitrajes de inversión.

Esto es de suma relevancia, sobre todo para el Perú, dado que esas defensas son recurrentes en su estrategia procesal — lo que, por cierto, es preocupante—.

Por lo pronto, esperamos que haya quedado claro que no solo interesa el texto del tratado o su contexto — preámbulo, trabajos preparatorios y forma de aplicación— para desentrañar el sentido de la voluntad de los Estados que aceptaron someterse a arbitrajes de inversión.

Además de eso, puede ser incluso más relevante que la conducta de los inversionistas se evalúe a la luz de los principios generales del derecho que integran el derecho de inversiones, como la buena fe, el principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, la justicia o equidad, el orden público internacional, los fines del sistema internacional de reclamación de inversiones, o incluso en algunos casos la doctrina del *clean hands*.

A estas alturas, debe quedar claro que la lucha contra las ilegalidades de todo tipo en las inversiones es un asunto que trasciende a la voluntad de los estados que son parte de un tratado, o a las partes de un arbitraje de inversión. Impedir que inversiones ilegítimas utilicen cauces legítimos para consolidar sus ilicitudes es una exigencia esencial del sistema internacional de inversiones y de los principios generales que derivan de él.

Influencia de Decisiones Previas en el Arbitraje de Tratados de Inversión

Influence of Previous Decisions in Investment Treaty Arbitration



LUIS BREUER GONZALES

Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Asunción, Paraguay
Master en Leyes (LL.M.), Harvard Law School

PAULA IBARGÜEN PONCE

Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín (UFM) en
Guatemala con distinción magna cum laude
Profesora auxiliar de cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín en
los cursos de Derecho Constitucional y Contratos Civiles

SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. El Precedente como Fuente de Derecho**
- III. El uso del Recedente en el Arbitraje de Inversión**
- IV. Comentarios y Conclusiones sobre el uso del Precedente en el Arbitraje de Inversión**



RESUMEN:

El término —precedente— tiende a ser utilizado sin mayor reparo al hablar del arbitraje de inversión. Si bien es un concepto legal que, en apariencia, no presenta mayor grado de complejidad para su comprensión, su aplicación práctica muestra todo lo contrario. La convergencia de múltiples disciplinas y las fuentes de derecho, particulares a este ámbito, en el mundo del arbitraje de inversión plantea una problemática en cuanto al sentido, alcance e implicancia de las decisiones de otros tribunales de inversión al resolver una disputa en particular. Por ende, este artículo tiene como objetivo analizar la figura del precedente en el arbitraje de inversión, la influencia que la jurisprudencia ha tenido en decisiones posteriores, así como el uso del precedente para la fundamentar decisiones arbitrales.

Palabras clave: precedente, jurisprudencia, arbitraje de inversión, derecho internacional, inconsistencias, decisiones, seguridad jurídica, interpretación.

ABSTRACT:

The term —precedent— tends to be used without much caution when referring to investment arbitration. Although it is a legal concept that, at first glance, does not appear particularly complex to understand, its practical application tells a different story. The convergence of multiple disciplines and sources of law specific to this field in the world of investment arbitration raises challenges regarding the meaning, scope, and implications of decisions from other investment tribunals when resolving a particular dispute. Therefore, this article aims to analyze the concept of precedent in investment arbitration, the influence that jurisprudence has had on subsequent decisions, and the use of precedent to support arbitral rulings.

Keywords: precedent, jurisprudence, investment arbitration, international law, inconsistencies, decisions, legal certainty, interpretation.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo ha sido estructurado en atención a tres capítulos relacionados al uso, alcance e influencia de las decisiones previas en el arbitraje de inversión. El Capítulo I busca introducir a modo general las fuentes aplicables al arbitraje de inversión. A su vez, se desarrollarán las bases de la figura del —precedente— como fuente de derecho, prestando especial atención al uso de este como fuente secundaria del derecho internacional público y las matizaciones que presenta su uso en el arbitraje de inversión.

Posteriormente, en el Capítulo II se analizarán una serie de decisiones previas proferidas por tribunales arbitrales de inversión, con la finalidad de identificar el uso que le han dado los tribunales al precedente al momento de laudar. El Capítulo III contiene críticas que se han formulado ante el actual uso que se le ha dado al precedente, así como posibles soluciones que han sido propuestas por otros autores para fomentar el uso adecuado del precedente en el arbitraje de inversión.

II. EL DERECHO APLICABLE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Todo laudo arbitral se fundamenta en normas sustantivas de derecho que resultan aplicable a la controversia suscitada entre las partes en disputa. La determinación respecto de cuáles son las normas sustantivas relevantes para la correcta resolución de una disputa de inversión puede parecer un asunto de fácil solución. Sin embargo, ante la primacía que se le otorga a la autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje internacional es que suelen derivarse las problemáticas en la determinación del derecho aplicable al fondo de la disputa.

Lo anterior, toda vez que el proceso intelectual de los árbitros debe partir de la elección que hayan hecho —o no— las propias partes respecto a las normas que regirán el fondo de la disputa. Solo ante la ausencia de tal elección es que los árbitros pueden y deben determinar el marco normativo que se aplicará a la disputa. Por tanto, se trata de un campo de análisis discernible, compuesta por dos posibles escalones. Primero, la determinación del derecho

aplicable, y segundo la identificación del contenido del derecho que se busca aplicar y el sustento que acredita dicho contenido.¹

En el contexto del arbitraje de inversión, las principales reglas de arbitraje y convenios reafirman la noción de que los árbitros deben respetar la elección de derecho realizada por las partes:

- a. Artículo 42 del Convenio el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)²:
 - i. El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.
 - ii. El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.
 - iii. Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.
- b. Artículo 35 Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —CNUDMI—³:
 - i. El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal ar-

bitral aplicará la ley que estime apropiada.

- ii. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor — *ex aequo et bono* — solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo.
 - iii. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso.
- c. Artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo⁴:
 - i. El Tribunal Arbitral decidirá el fondo de la controversia con base en el derecho o en las normas jurídicas que las partes hayan acordado. A falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal Arbitral aplicará el derecho o las normas jurídicas que considere más apropiado/as.
 - ii. Se entenderá que toda indicación hecha por las partes al derecho de un Estado determinado, se refiere al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.
 - iii. El Tribunal Arbitral decidirá la controversia *ex aequo et bono* o como *amiable compositeur* sólo si las partes lo han autorizado expresamente.
 - d. Artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje —CPA—⁵:
 - i. El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral “(...)”.

1. Yas Banifatemi, *Chapter 9 The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration*, (Oxford University Press, 2018), 191.
2. Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado, artículo 42.
3. Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, artículo 35.
4. Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, artículo 27.
5. Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje, artículo 35.

- ii. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o *ex aequo et bono* sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo.

De las normas recién citadas se evidencia las pautas que deben respetar los tribunales arbitrales al momento de identificar y aplicar las normas sustantivas al fondo de la disputa. Si bien es una práctica recurrente, reflejada en diversos reglamentos y centros arbitrales, para propósitos de este artículo el análisis se centrará en los conflictos de inversión bajo el Convenio CIADI. En ese sentido, y en el contexto del artículo 42 del Convenio CIADI, el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio⁶ señala que:

- *Conforme al convenio, el Tribunal de Arbitraje deberá aplicar las leyes que las partes acuerden. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará las leyes del Estado que sea parte en la diferencia (a menos que estas leyes exijan la aplicación de otras leyes), así como las normas de derecho internacional que resulten aplicables. El término “derecho internacional”, cuando se usa en este contexto, se entenderá en el sentido que le atribuye el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien teniendo en cuenta que el expresado Artículo 38 está destinado a aplicarse a diferencias entre Estados —.*

Del artículo 42 del Convenio CIADI, así como de los comentarios a este formulados por los Directores Ejecutivos, se colige que los tribunales tienen la labor, en una primera instancia, de revisar las normas de derecho pactadas por las partes de conformidad con la primera oración del artículo 42(1). Solo ante la ausencia de una elección respecto del derecho aplicable por las partes, es que la segunda oración del artículo

42(1) remite al tribunal a aplicar la legislación del Estado parte en la diferencia — lo cual incluye las normas de derecho privado de dicho Estado, así como aquellas *normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables* —.

Dicha metodología tiene como propósito evitar la falta de certeza en la determinación del derecho aplicable, aun en casos de *silencio u oscuridad de la ley* — artículo 42(2) del Convenio CIADI —.

El artículo 42 del Convenio CIADI ha sido objeto de amplia interpretación en la práctica arbitral:

Klöckner c. Camerún:⁷

Article 42 of the Washington Convention certainly provides that “in the absence of agreement between the parties, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute” (...)” and such principles of international law as may be applicable.” This gives these principles — perhaps omitting cases in which it should be ascertained whether the domestic law conforms to international law— a twofold role, that is, complementary — in the case of a “lacuna” in the law of the State—, or corrective, should the State’s law not conform on all points to the principles of international law. In both cases, the arbitrators may have recourse to the “principles of international law” only after having inquired into and established the content of the law of the State party to the dispute (which cannot be reduced to one principle, even a basic one) and after having applied the relevant rules of the State’s law.

Amco Asia c. Indonesia:⁸

It seems to the ad hoc Committee worth no-

6. *Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio*, (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1965), 41.
7. Klöckner c. la República de Camerún, CIADI Caso No. ARB/81/2, Decisión del Comité *ad hoc* de Anulación, 21 de octubre de 1983, 69.
8. Amco Asia Corporation y otros c. la República de Indonesia, CIADI Caso No. ARB/81/1, Decisión del Comité *ad hoc* de Anulación, 16 de mayo 1986, 20-22.

ting that Article 42(1) of the Convention authorizes an ICSID tribunal to apply rules of international law only to fill up lacunae in the applicable domestic law and to ensure precedence to international law norms where the rules of the applicable domestic law are in collision with such norms.

The above view of the role or relationship of international law norms vis-à-vis the law of the host State, in the context of Article 42 (1) of the Convention, is suggested by an overall evaluation of the system established by the Convention. The law of the host State is, in principle, the law to be applied in resolving the dispute. At the same time, applicable norms of international law must be complied with since every ICSID award has to be recognized and pecuniary obligations imposed by such award enforced, by every Contracting State of the Convention — Art. 54 (1), Convention —. Moreover, the national State of the investor is precluded from exercising its normal right of diplomatic protection during the pendency of the ICSID proceedings and even after such proceedings, in respect of a Contracting State which complies with the ICSID award — Art. 27, Convention —. The thrust of Article 54(1) and of Article 27 of the Convention makes sense only under the supposition that the award involved is not violative of applicable principles and rules of international law.

The above view on the supplemental and corrective role of international law in relation to the law of the host State as substantive applicable law, is shared in ICSID case law — literature and legislative history of ICSID “(…)”.

Wena Hotels Limited c. Egipto⁹:

This discussion brings into light the various views expressed as to the role of international law in the context of Article 42(1). Scho-

larly opinion, authoritative writings and some ICSID decisions have dealt with this matter. Some views have argued for a broad role of international law, including not only the rules embodied in treaties but also the rather large definition of sources contained in Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice. Other views have expressed that international law is called in to supplement the applicable domestic law in case of the existence of lacunae. In Klöckner the ad hoc Committee introduced the concept of international law as complementary to the applicable law in case of lacunae and as corrective in case that the applicable domestic law would not conform on all points to the principles of international law. There is also the view that international law has a controlling function of domestic applicable law to the extent that there is a collision between such law and fundamental norms of international law embodied in the concept of *jus cogens*.

Some of these views have in common the fact that they are aimed at restricting the role of international law and highlighting that of the law of the host State. Conversely, the view that calls for a broad application of international law aims at restricting the role of the law of the host State. There seems not to be a single answer as to which of these approaches is the correct one. The circumstances of each case may justify one or another solution. However, this Committee's task is not to elaborate precise conclusions on this matter, but only to decide whether the Tribunal manifestly exceeded its powers with respect to Article 42(1) of the ICSID Convention. Further, the use of the word “may” in the second sentence of this provision indicates that the Convention does not draw a sharp line for the distinction of the respective scope of international and of domestic law and, correspondingly, that this has the effect to confer on to

9. Wena Hotels Limited c. Egipto, CIADI Caso No. ARB/98/4, Decisión (Procedimiento de Anulación), 5 de febrero de 2002, 38-40.

the Tribunal a certain margin and power for interpretation.

What is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of Article 42 1) allowed for both legal orders to have a role. The law of the host State can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit.

ii. El Precedente como Fuente de Derecho.

Existiendo claridad sobre los parámetros que deben observarse para la determinación del derecho aplicable, y las pautas que se han establecido para poder recurrir a las normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables, resulta procedente indagar en el análisis del precedente como fuente de derecho en el arbitraje de inversión.

Para ello, prestaremos atención a la última parte del artículo 42(1) del Convenio CIADI que faculta a los tribunales arbitrales a aplicar las *normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*. Como punto de partida debemos remitirnos una vez más al Informe de los Directores Ejecutivos, el cual nos brinda un primer entendimiento sobre *qué* constituye el término — derecho internacional — en este contexto; pues le atribuye el sentido recogido por el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual dispone que:

Artículo 38(1)¹⁰: La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- i. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

- ii. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- iii. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- iv. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

No hay duda de que existe la posibilidad de que los tribunales arbitrales recurran al derecho internacional para la resolución de las disputas que les han sido encomendadas por las partes. Tampoco existe duda, que las decisiones proferidas por otros tribunales forman parte de lo que debemos entender por derecho internacional.

Partiendo de lo anterior, se procederá a analizar la manera en la que las decisiones de otros tribunales arbitrales de inversión, como parte del derecho internacional, han sido utilizadas y aplicadas para la resolución de controversias inversionista-Estado.

Sin embargo, para identificar con precisión y propiedad el sentido, alcance e influencia que ha tenido el precedente en las disputas de inversión, debemos primero definir el concepto cuya aplicación será objeto de análisis.

Según *Ahmed Yusuf & Gulled Yusuf*, — el precedente se define como un caso resuelto que proporciona una base para determinar casos posteriores que implican hechos o cuestiones similares—. Comentan los doctrinarios recién citados, que el precedente vinculante se asocia más estrechamente y a menudo es sinónimo de la doctrina de *stare decisis et quia non movere* — atenerse a lo decidido y no alterar el derecho establecido —, máxima legal comúnmente abreviada como *stare decisis*, en los sistemas anglosajones, que exige que un tribunal aplique

10. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38(1).

la ley de la misma manera que una decisión anterior cuando esa decisión fue dictada por un tribunal superior u, ocasionalmente, igualmente situado.¹¹

En el caso del derecho civil, se debe matizar que la doctrina de jurisprudencia constante o establecida requiere que los tribunales de justicia otorguen un significado a una norma de derecho aceptada y reiterada en una serie de casos:

It is to be distinguished from the civil law doctrine of jurisprudence constante or — settled jurisprudence, — which requires courts to give significant weight to a rule of law that is accepted and applied in a long line of cases.

In civil law, the emphasis is on a de facto, rather than a de jure, recognition of the persuasive nature of a series or group of cases creating a practice. Both doctrines seem to exercise some influence in the manner in which international courts and tribunals take past decisions into account.¹²

El precedente entonces es un término cuya implicancia en particular puede variar entre distintos sistemas legales. — i.e. sistema anglosajón y sistema civil —. Por tanto, el significado y alcance del precedente también puede variar en el derecho internacional.

Al respecto, partimos de la premisa que no existe doctrina de *stare decisis* o precedente vinculante en el derecho internacional. Es más, el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que: << [l]a decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en el litigio y respecto del caso que ha sido decidido>>. Congruente con lo anterior, el ya citado artículo 38 del mismo Estatuto dis-

pone que las decisiones judiciales constituyen medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho.

No obstante, lo anterior, y existiendo claridad respecto de la no vinculatoriedad de las decisiones pasadas en el derecho internacional, ha sido una práctica común — tanto por los tribunales como las partes — recurrir a los fallos de otros tribunales arbitrales para la resolución de sus disputas de inversión.

El siguiente capítulo de este artículo busca realizar un breve repaso de la forma en la que tribunales arbitrales — así como los comités de anulación — han recurrido, utilizado e interpretado el rol que juega el precedente en la resolución de casos de inversión.

III. EL USO DEL PRECEDENTE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Existe una aceptación generalizada en el sistema del arbitraje de inversión, respecto de la ausencia de vinculación de lo resuelto por otros tribunales. Lo anterior no ha sido impedimento para que, tanto las partes en conflicto, como los tribunales arbitrales, utilicen dichos fallos para profundizar o complementar los puntos de derecho cuya resolución esperan.

Los motivos por los cuales los actores y usuarios del arbitraje de inversión recurren al precedente pueden variar. Por lo que se pretende con el siguiente recuento jurisprudencial, analizar algunas de las consideraciones que han motivado al uso y/o rechazo del precedente como fuente aplicable a la resolución de disputas.

En el caso *SGS c. la República de las Filipinas*¹³, en la decisión del tribunal a las objeciones a su jurisdicción, este resolvió que:

11. Abdulqawi Ahmed Yusuf & Gulled Yusuf, *Building International Investment Law, The First 50 Years of ICSID, Chapter 6: Precedent & Jurisprudence Constante*, (Wolters Kluwer, Países Bajos, 2016), 71.
12. Abdulqawi Ahmed Yusuf & Gulled Yusuf, *Building International Investment Law, The First 50 Years of ICSID, Chapter 6: Precedent & Jurisprudence Constante*, (Wolters Kluwer, Países Bajos, 2016), 71.
13. SGS Société Générale de Surveillance S.A c. Filipinas, CIADI Caso No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal a las Objeciones a su Jurisdicción, 29 de enero de 2004, 97.

"(...) although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State.

Si bien el fallo recién citado evidencia el ejercicio de competencia que corresponde a cada tribunal con base al derecho aplicable a cada disputa en particular, existe un reconocimiento a la intención preponderante de los tribunales arbitrales de buscar la consistencia en la interpretación y aplicación del derecho de inversión, por lo menos bajo el llamado — sistema CIADI —.

En un sentido similar falló el tribunal arbitral en el caso *Enron C. la República de Argentina*¹⁴ al determinar que:

- *El Tribunal está de acuerdo con la opinión que la República Argentina expresó en la audiencia sobre competencia celebrada respecto de la presente controversia, en el sentido de que las decisiones de los tribunales del CIADI no constituyen precedentes vinculantes y de que cada caso debe examinarse a la luz de sus propias circunstancias. [...] Sin embargo, las cuestiones fundamentales planteadas por las partes en relación con la competencia en el presente caso no son en realidad diferentes de las planteadas en casos anteriores. Por ello, las conclusiones del Tribunal siguen la misma línea de razonamiento, no porque existe precedentes vinculantes sino porque las circunstancias de los distintos casos son comparables, y en algunos aspectos idénticas. —*

De una forma similar a lo expresado por el Tribunal en el caso de *SGS*, el Tribunal de *Enron* reconoce que las decisiones de los tribunales CIADI no constituyen precedentes vinculantes. No obstante, agrega una salvedad que merece

ser mencionada. Esto es que, si bien el Tribunal no tenía la obligación de fallar de la misma manera que otros lo hicieron en el pasado, la similitud — y en algunos aspectos identidad — de la plataforma fáctica de ambos casos hacen en cierto grado ineludible la aplicación de un mismo razonamiento.

El Tribunal que conoció el caso de *AES c. Argentina*¹⁵ dedicó un análisis importante respecto de la discusión del precedente en el sistema CIADI:

- *For this Tribunal, Argentina is right to insist on the limits imposed on it as on any other arbitral ICSID tribunal. The provisions of Article 25 of the ICSID Convention together with fundamental principles of public international law dictate, among others, that the Tribunal respects: "(...) d) the rule according to which each decision or award delivered by an ICSID Tribunal is only binding on the parties to the dispute settled by this decision or award. There is so far no rule of precedent in general international law; nor is there any within the specific ICSID system for the settlement of disputes between one State party to the Convention and the National of another State Party. This was in particular illustrated by diverging positions respectively taken by two ICSID tribunals on issues dealing with the interpretation of arguably similar language in two different BITs. "(...)"*

From the above derive at least two consequences: the first is that the findings of law made by one ICSID tribunal in one case in consideration, among others, of the terms of a determined BIT, are not necessarily relevant for other ICSID tribunals, which were constituted for other cases; the second is that, although Argentina had already submitted similar objections to the jurisdiction of other tribunals prior to those raised in the present case before this Tribunal, Argentina has a va-

14. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, CIADI Caso No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, (Demanda Adicional), 2 de agosto de 2004, August 2, 2004, 25.
15. *AES Corporation c. Argentina*, CIADI Caso No. ARB/02/17, Decisión sobre Jurisdicción, 26 de abril de 2005, 23, 26, 30, 32 y 33.

lid and legitimate right to raise the objections it has chosen for opposing the jurisdiction of this Tribunal. "(...)"

An identity of the basis of jurisdiction of these tribunals, even when it meets with very similar if not even identical facts at the origin of the disputes, does not suffice to apply systematically to the present case positions or solutions already adopted in these cases. Each tribunal remains sovereign and may retain, as it is confirmed by ICSID practice, a different solution for resolving the same problem; but decisions on jurisdiction dealing with the same or very similar issues may at least indicate some lines of reasoning of real interest; this Tribunal may consider them in order to compare its own position with those already adopted by its predecessors and, if it shares the views already expressed by one or more of these tribunals on a specific point of law, it is free to adopt the same solution. "(...)"

The same may be said for the interpretation given by a precedent decision or award to some relevant facts which are basically at the origin of two or several different disputes, keeping carefully in mind the actual specificities still featuring each case. If the present Tribunal concurs with the analysis and interpretation of these facts as they generated certain special consequences for the parties to this case as well as for those of another case, it may consider this earlier interpretation as relevant.

From a more general point of view, one can hardly deny that the institutional dimension of the control mechanisms provided for under the ICSID Convention might well be a factor, in the longer term, for contributing to the development of a common legal opinion or jurisprudence constant, to resolve some difficult legal issues discussed in many cases, in as much as these issues share the same substantial features —.

Del texto recién citado se identifica el análisis que hace el Tribunal de AES respecto de las dinámicas que convergen para la determinación de la competencia de los tribunales arbitrales del CIADI. Se enfatiza los límites establecidos por la propia Convención del CIADI, así como los principios de derecho internacional público en la utilización e injerencia del precedente. El Tribunal subraya la vinculatoriedad inter-partes que tienen las resoluciones proferidas por los tribunales CIADI a la luz de lo consagrado en el artículo 25 de la Convención del CIADI.

De igual manera, se remarca la ausencia de una regla de derecho que obligue a respetar el precedente, tanto a nivel de derecho internacional como a nivel específico del CIADI. Para el efecto, el Tribunal de AES trae a colación distintos casos en los que surgen interpretaciones divergentes y contrapuestas respecto de problemas similares contenidos en los diferentes tratados bilaterales de inversión.

A su vez, del análisis del tribunal se extraen dos consecuencias: — a— aclara que los hallazgos e interpretaciones legales a los que arribe un tribunal CIADI con base en un tratado específico, no necesariamente resultan relevantes o aplicables a otros tribunales CIADI; y, —b— el legítimo derecho de las partes —en el caso en cuestión, la República de Argentina— de plantear objeciones a la jurisdicción del tribunal aun si son puntos de derecho ya interpretados y resueltos en casos anteriores. Para respaldar lo anterior, el Tribunal de AES señala que una mera identidad de fundamentos o hechos no justifica en sí mismo la aplicación absoluta de soluciones brindadas en casos anteriores.

La ausencia de un sistema centralizado, en el contexto del CIADI, y la dificultad de obtener soluciones uniformes ante la autonomía e independencia de cada tribunal arbitral también fue remarcada en el caso de *Total S.A. c. la República de Argentina*:¹⁶

16. Total S.A. c. Argentina, CIADI Caso No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, nota al pie de página 187.

- *The Tribunal notes that settlement of investment disputes under BITs is not a centralized system, even within the context of ICSID, so that uniformity of solutions — even in cases presenting similarities and connections— may not necessarily be attained. Each Tribunal has to decide each case independently based on the assessment of the arbitrators operating to the best of their ability and guided by the specific BIT at issue. As a consequence, an arbitral tribunal applying a specific BIT may well reach decisions different from those of other tribunals in similar cases under similar BITs in light of the different factual contexts and the variable factual circumstances of, and the tribunal's consideration of the legal arguments submitted by the parties in, each case. The same position as to the role of precedents has been taken by other ICSID Tribunals—.*

Al igual que las decisiones recién citadas, el Tribunal Arbitral en el caso de *Saipem S.p.A c. Bangladesh*¹⁷ reconoció la ausencia de vinculación a decisiones pasadas. No obstante, agrega una consideración cuya mención resulta oportuna para propósitos del presente artículo:

- *The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law —.*

El Tribunal de *Saipem* reconoce que, aun ante la ausencia de una norma de derecho que le oblige a respetar y seguir el precedente sentado por otros tribunales arbitrales, se debe prestar una consideración debida a las decisiones de otros tribunales internacionales. Señalando que los tribunales tienen una labor de procurar la adopción de soluciones ya establecidas mediante casos contestes salvo que se demuestra la existencia de evidencia contundente del caso en particular que exija lo contrario. Según el Tribunal, la labor de procurar la uniformidad en el desarrollo armónico del sistema del arbitraje de inversión influye en la legitimidad de este, así como en la certeza jurídica.

Valoración similar fue asignada al rol del precedente en el arbitraje de inversión por el Tribunal de *ADV c. Hungría*:¹⁸

- *The Parties to the present case have also debated the relevance of international case law relating to expropriation. It is true that arbitral awards do not constitute binding precedent. It is also true that a number of cases are fact-driven and that the findings in those cases cannot be transposed in and of themselves to other cases. It is further true that a number of cases are based on treaties that differ from the present BIT in certain respects. However, cautious reliance on certain principles developed in a number of those cases, as persuasive authority, may advance the body of law, which in turn may serve predictability in the interest of both investors and host States —.*

IV. COMENTARIOS Y CONCLUSIONES SOBRE EL USO DEL PRECEDENTE EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

El precedente constituye una fuente del derecho secundaria o auxiliar en el marco del derecho internacional. Diversas estatutos, convenciones y reglamentos de arbitraje habilitan

17. *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, CIADI Caso No. ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, 21 de marzo de 2007, 67.
18. *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. Hungría*, CIADI Caso No. ARB/03/16, Laudo, 293.

— más no obligan — la posibilidad de que los árbitros recurran a las decisiones de otros tribunales en la resolución de disputas sometidas a su conocimiento.

Si bien es una práctica *de facto*, resulta innegable que la misma ha ocasionado ciertos obstáculos y críticas al desarrollo uniforme del sistema del derecho de inversiones. Las críticas se derivan en gran medida ante la ausencia de un marco normativo que obligue al respeto del precedente en el arbitraje de inversión. Aunado a ello, el sistema descentralizado del arbitraje de inversión no resulta del todo compatible para la correcta aplicación de la doctrina de *stare decisis*. Existen múltiples tratados bilaterales y multilaterales con disposiciones de inversión en vigor. Sin embargo, no existe una jerarquía entre los tribunales constituidos al amparo de estos, ni un mecanismo de control que pudiesen erradicar la falta de consistencia o predictibilidad que se le ha criticado al arbitraje de inversión.¹⁹

¿Los doctrinarios Christoph Schreuer y Matthew Weiniger han remarcado dicha problemática en su escrito titulado — *A Doctrine of Precedent?* —,²⁰ en el cual indican que la consistencia o falta de en las decisiones, se ha convertido en un problema preponderante en el arbitraje de inversión. Señalan los autores que en múltiples instancias se ha dado el caso en el que tribunales que han conocido de diferentes casos han arribado a conclusiones contrapuestas sobre temas idénticos, a continuación, se citan algunos de los ejemplos desarrollados por los Schreuer y Weiniger:

a. *Todas las controversias relativas a inversiones o cualquier controversia legal relativa a una inversión:*

El análisis de los autores citados evidencia como diversos tribunales han otorgado significados contrapuestos a estos términos. Para el efecto citan los siguientes casos:

*Salini c. Marruecos:*²¹ *In other words, Article 8 compels the State to respect the jurisdiction offer in relation to violations of the Bilateral Treaty and any breach of contract that binds the State directly. The jurisdiction offer contained in Article 8 does not, however, extend to breaches of a contract to which an entity other than the State is a named party.*

*Compañías de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal c. Argentina:*²² *“(...)” el Artículo 8 se refiere, en términos generales, a diferencias “relativas a inversiones en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante”. Son aquellas diferencias a las que pueden ser sometidas, a la opción del inversor, para su adjudicación ya sea nacional o internacional. El Artículo 8 no utiliza una formulación más estrecha en el sentido de exigir que la reclamación del inversor alegue un incumplimiento del TBI mismo. Leído literalmente, los requisitos de jurisdicción arbitral del Artículo 8 no precisa que la demandante alegue un incumplimiento del TBI mismo: es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI. “(...)” En consecuencia, si el procedimiento nacional involucra “una diferencia relativa a inversiones”, tal como se interpreta en el TBI, entonces, se aplica el Artículo 8(2).*

b. *Períodos de Enfriamiento:* Es una práctica común la inclusión de periodos de enfriamiento o *cooling off periods* en las cláusulas

19. Abdulqawi Ahmed Yusuf & Gulled Yusuf, *Building International Investment Law, The First 50 Years of ICSID, Chapter 6: Precedent & Jurisprudence Constante*, (Wolters Kluwer, Países Bajos, 2016), 72-73.

20. Christoph Schreuer and Matthew Weiniger, *A Doctrine of Precedent?*, (The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008), 8.

21. Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA e Italstrade S.p.A c. Marruecos [I], CIADI Caso No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 31 de julio de 2001, 61.

22. Compañía de Aguas del Aconquija, SA & Vivendi Universal (anteriormente Compagnie Générale des Eaux) c. Argentina, CIADI Caso No. ARB/97/3, Decisión de Anulación, 3 de julio de 2002, 55.

de resolución de controversias contempladas en los tratados, los cuales mandan a las partes a intentar solucionar sus problemas de manera amigable por un determinado tiempo previo a su sometimiento al arbitraje. La interpretación respecto de la naturaleza de estas disposiciones (jurisdiccional o procedimental) al igual que la obligatoriedad de estas (facultativa o imperativa) ha contribuido a la existencia de interpretaciones contradictorias en el arbitraje de inversión:

*SGS c. Pakistán:*²³ *Tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature. Compliance with such requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction. "(...)" Finally, it does not appear consistent with the need for orderly and cost-effective procedure to halt this arbitration at. This juncture and require the Claimant first to consult with the Respondent before re-submitting the Claimant's BIT claims to this Tribunal.*

*Enron c. Argentina:*²⁴ *The Tribunal wishes to note in this matter, however, that the conclusion reached is not because the six-month negotiation period could be a procedural and not a jurisdictional requirement as has been argued by the Claimants and affirmed by other tribunals. Such requirement is in the view of the Tribunal very much a jurisdictional one. A failure to comply with that requirement would result in a determination of lack of jurisdiction.*

- c. Cláusulas de nación más favorecida: Otro tema que ha contribuido a la inconsisten-

cia en la determinación del sentido y alcance de cláusulas propias a los tratados de inversión es el referente a la extensión y efectos que tienen las cláusulas de nación más favorecida. Por una parte, una existe una línea de precedentes que contemplan una interpretación más amplia de dicha cláusula, extendiendo sus efectos a las disposiciones relativas a los mecanismos de solución de controversias. O en contraposición, los tribunales que se han decantado por una interpretación más restrictiva de sus efectos:

*Siemens c. Argentina:*²⁵ *Por otro lado, el Tribunal considera que el Tratado, junto con otros muchos tratados de protección de inversiones, ofrece como característica distintiva mecanismos especiales de solución de controversias que no están normalmente abiertos a los inversores. El acceso a estos mecanismos es parte de la protección otorgada en virtud del Tratado. Formando parte del trato a las inversiones extranjeras y a los inversores y de las ventajas que se obtienen a través de la CNMF.*

Esta conclusión coincide con las conclusiones del tribunal arbitral en Maffezini.

*Plama c. Bulgaria:*²⁶ *The present Tribunal fails to see how harmonization of dispute settlement provisions can be achieved by reliance on the MFN provision. "(...)"*

The present Tribunal agrees with that observation, albeit that the principle with multiple exceptions as stated by the tribunal in the Maffezini case should instead be a different principle with one, single exception: an MFN

-
- 23. SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan, CIADI Caso No. ARB/01/13, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, 184.
 - 24. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina, ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, 88.
 - 25. Siemens A.G. c. Argentina, CIADI Caso No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, August 2004, 102-103.
 - 26. Plama Consortium Limited c. Bulgaria, CIADI Caso No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, 219 y 223.

provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them.

Las problemáticas que se deriven a raíz del uso del precedente en el arbitraje de inversión están claras. Lo que obliga a formular la pregunta respecto de qué soluciones se pudiesen implementar para contrarrestar las múltiples críticas que se han lanzado contra el arbitraje de inversión a raíz del uso — o mal uso — del precedente.

Sendas palabras han sido destinadas a la elaboración de posibles soluciones, tanto por célebres doctrinarios de la comunidad arbitral, así como mediante *obiter dictas* de los tribunales arbitrales al tener la tarea de valorar precedentes en la resolución de sus casos.

Algunas de las soluciones propuestas enfatizan la necesidad de un mecanismo de apelación a lo interno del sistema CIADI con la finalidad de tener un órgano encargado de controlar y procurar la uniformidad de las decisiones proferidas por tribunales CIADI. Si bien es una solución que pudiese contrarrestar el problema que nos ocupa, la misma presenta algunas desventajas que son inherentes a la naturaleza de la misma solución propuesta. Pues esto no resuelve el

problema a nivel *macro* toda vez que lo resuelto por tribunales *ad hoc* o tribunales constituidos bajo otros centros arbitrales no estaría sujeto a dicho mecanismo de apelación.

Otros han propuesto como solución a la falta de uniformidad en la jurisprudencia de inversión la implementación de mecanismos institucionales y oficiales que permitan la interpretación uniforme de los tratados de inversión.²⁷ Esta propuesta requiere de la implementación de un mecanismo que delegue a un órgano la autoridad para emitir decisiones vinculantes respecto de la interpretación del tratado. Si bien este mecanismo ha sido catalogado como eficiente, no está exento de críticas. Lo anterior, toda vez que existe la posibilidad que los mismos Estados parte de los tratados puedan tener una injerencia en la implementación del mecanismo encargado de emitir interpretaciones oficiales sobre las disposiciones que posiblemente estén litigando frente a tribunales arbitrales en controversias de inversión.²⁸

Lo cierto es, que mientras no se implemente una solución encaminada a contrarrestar las problemáticas que han surgido ante el uso del precedente en el arbitraje de inversión, los usuarios del sistema del arbitraje de inversión tienen una responsabilidad en procurar el uso y manejo adecuado del precedente.

27. Jeffery P. Commission, *Precedent in Investment Treaty Arbitration*, (Journal of International Arbitration, Kluwer Law International; Kluwer Law International, Volume 24 Issue 2, 2007), 129 – 158.

28. Christoph Schreuer and Matthew Weiniger, *A Doctrine of Precedent?*, (The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008), 12-13.



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELÉNDEZ
CASTRO
ONO
& HERRERA
Abogados

Líderes en el mercado legal peruano.

www.munizlaw.com



¡Prohibido llegar tarde! Un Análisis del ejercicio oportuno de las cláusulas de denegación de beneficios de los tratados internacionales que garantizan la inversión extranjera como objeción a la competencia de los Tribunales Arbitrales en el arbitraje de inversiones **"No Late Arrivals Allowed! An Analysis of the Timely Exercise of Denial of Benefits Clauses in International Treaties Ensuring Foreign Investment as an Objection to the Competence of Arbitral Tribunals in Investment Arbitration."**

MATÍAS QUIROZ ARELLANO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. La Cláusula de Denegación de Beneficios
 1. Definición y finalidad
 2. Condiciones comunes para la aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios
- III. La invocación de la cláusula de denegación de beneficios en los tratados en los que ha participado Estados Unidos
 1. Tendencia mayoritaria: La cláusula puede invocarse con posterioridad al inicio del arbitraje
 - 1.1. Caso EMELEC c. Ecuador: El primer caso y la interpretación literal
 - 1.2. Caso Ulysseas c. Ecuador: El segundo caso y persistencia de la interpretación literal
 - 1.3. Caso Pac Rim c. El Salvador: Un análisis completo basado en diversos métodos interpretativos
 - 1.4. Caso Guaracachi c. Bolivia: Se repite la tendencia de la pluralidad de métodos interpretativos
 - 1.5. Caso Bridgestone c. Panamá: Un caso en donde no fue necesario interpretar
 2. Tendencia minoritaria: La cláusula solo puede invocarse con anterioridad al inicio del arbitraje
 - 2.1. Caso AMPAL c. Egipto: Una decisión diferente adoptada en base a diferentes métodos interpretativos
- IV. Análisis conjunto de los fundamentos de los adoptados por los Tribunales Arbitrales en los casos analizados
 1. ¿Qué método de interpretación suele primar y en qué casos?
 2. ¿Los Tribunales Arbitrales deberían adoptar únicamente un método de interpretación literal o también otros métodos interpretativos?
- V. Conclusiones



RESUMEN:

Esta investigación busca absolver la pregunta de por qué los tribunales arbitrales han interpretado que los tratados concluidos por Estados Unidos recogen un enfoque pragmático con respecto a la invocación de las cláusulas de denegación de beneficios que contienen. De este modo, se plantea como hipótesis que diversos tribunales arbitrales que han interpretado estos tratados adoptando un enfoque pragmático, han interpretado estas cláusulas siguiendo diversos métodos de interpretación, entre los que priman: (i) el método literal; (ii) el método teleológico; y, (iii) el método funcional de interpretación. En ese sentido, el objetivo principal de la investigación consistirá en identificar los principales fundamentos empleados por los tribunales arbitrales al analizar el momento de la invocación de estas cláusulas en este tipo de tratados. Para ello, la metodología utilizada es una de carácter cualitativo y busca ser principalmente analítica de la jurisprudencia existente. Se buscarán analizar directamente las decisiones de casos arbitrales existentes e, indirectamente, las fuentes bibliográficas que analicen lo decidido por dicha jurisprudencia.

Palabras clave: arbitraje; inversión extranjera; cláusulas de denegación de beneficios; jurisprudencia.

ABSTRACT:

This research seeks to address the question of why arbitral tribunals have interpreted treaties concluded by the United States as taking a pragmatic approach to the invocation of the denial of benefits clauses they contain. Thus, our hypothesis states that various of the arbitral tribunals that have interpreted these treaties adopting a pragmatic approach have interpreted these clauses following various methods of interpretation, among which (i) the literal method, (ii) the teleological method, and (iii) the functional method of interpretation are predominant. In this sense, the main objective of the research will be to identify the main grounds used by the arbitral tribunals when analyzing the moment of invocation of these clauses in this type of treaties. To this end, the methodology used is qualitative in nature and seeks to be mainly analytical of existing jurisprudence. The aim is to directly analyze the decisions of existing arbitration cases and, indirectly, the bibliographical sources that analyze the decisions of this case law.

Keywords: arbitration; foreign investment; denial of benefits clauses; case law.

I. INTRODUCCIÓN¹

Como se ha advertido de forma extensa por la doctrina, el derecho internacional de las inversiones se encuentra caracterizado por la fragmentación. Esto se debe a que cada caso en particular, y especialmente los arbitrajes decididos en base a tratados internacionales de protección de las inversiones extranjeras –dígase TBIs, TLCs, entre otros– se deciden en base a las disposiciones acordadas en dichos tratados, y por tribunales arbitrales distintos².

Debido a ello, los tribunales arbitrales han alcanzado interpretaciones sobre materias procesales

y de fondo que difieren unas de otras y que, en algunos casos, terminan siendo incompatibles entre sí. Un tema sobre el cual actualmente existe discusión en el arbitraje de inversiones radica en torno a la correcta interpretación de las denominadas “cláusulas de denegación de beneficios” y, particularmente, en torno al momento concreto en que estas deben ser invocadas por los Estados como excepciones a la competencia de los tribunales arbitrales.

La presente investigación ha adoptado como temática analizar los criterios empleados por los tribunales arbitrales para determinar cuándo los Estados pueden invocar la cláusula de

1. El presente artículo constituye una adaptación de la investigación “Un análisis del ejercicio oportuno de las cláusulas de denegación de beneficios de los tratados que garantizan la inversión extranjera como objeción a la competencia de los tribunales arbitrales en el arbitraje de inversiones” llevada a cabo en el curso “Asesoría de Investigación” en el Semestre Académico 2022-1 en la Facultad de Derecho de la PUCP. Nota del Autor: El autor agradece la asesoría de los Profesores Yovana Reyes Tagle y Roger Rubio Guerrero sin cuyo apoyo no se hubiera podido llevar a cabo la presente investigación.
2. Cole, Tony, *The Structure of Investment Arbitration* (London: Routledge, 2013) 81.

denegación de beneficios en los tratados de inversión concluidos por Estados Unidos.

En esa línea, se buscará absolver a la pregunta de por qué la mayoría de los tribunales arbitrales han interpretado que los tratados concluidos por Estados Unidos recogen un enfoque pragmático con respecto a la invocación de las cláusulas de denegación de beneficios que contienen. Para ello, se plantea como hipótesis tentativa que los tribunales arbitrales han interpretado estos tratados adoptando un enfoque pragmático porque interpretan estas cláusulas siguiendo diversos métodos de interpretación, entre los que priman son los siguientes: (i) el método literal; (ii) el método teleológico; y, (iii) el método funcional de interpretación.

Con miras a absolver la pregunta de investigación que se ha planteado, se propone adoptar una metodología de carácter cualitativo que busca ser principalmente analítica de la jurisprudencia existente. Se analizarán directamente las decisiones de casos arbitrales existentes e, indirectamente, las fuentes bibliográficas que analicen lo decidido por dicha jurisprudencia.

Asimismo, el desarrollo de la presente investigación constará de tres secciones o partes principales. En primer lugar, se planteará un marco teórico general en torno a la cláusula de denegación de beneficios en donde se explicará su definición y finalidad, así como las condiciones que comúnmente se exigen para su aplicación. En segundo lugar, se expondrá cómo es que los tribunales arbitrales han analizado la invocación de la cláusula de denegación de beneficios

en los tratados en los que ha participado Estados Unidos y se analizarán los métodos de interpretación adoptados por dichos tribunales. Finalmente, en tercer lugar, se realizará un análisis conjunto de los fundamentos empleados por los tribunales arbitrales para determinar el momento correcto en que debe invocarse cada cláusula de denegación de beneficios en los tratados materia de análisis.

II. LA CLÁUSULA DE DENEGACIÓN DE BENEFICIOS

1. Definición y finalidad.

Las cláusulas de denegación de beneficios tienen por objeto buscar excluir a inversionistas extranjeros, a los que inicialmente se les aplicarían las protecciones y garantías de tratados internacionales, de poder acceder a dichas protecciones y garantías. Como explican Sabahi, Rubins y Wallace Jr., "(l)as cláusulas de denegación de beneficios constituyen una excepción que se encuentra en muchos tratados de inversión, y que puede negar las protecciones de un tratado en los casos en los que, de otro modo, sí se obtendrían"³. (Traducción propia).

Usualmente, se ha señalado que estas cláusulas buscan tutelar una doble finalidad⁴. Por un lado, sirven como un mecanismo para prevenir un abuso de derechos. Particularmente, es como parte de este primer propósito que algunos autores sostienen que estas cláusulas han recibido mucha más atención en la última década como mecanismo para contrarrestar la práctica del *treaty shopping*⁵. Por ejemplo, como afirman Söderlund y Sergeevna:

-
3. Sabahi, Borzu; Rubins, Noah. & Wallace Jr., Don, *Investor-State Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2019) 381.
 4. Mistelis, Loukas & Baltag, Crina, "Denial of Benefits' Clauses in Investment Treaty Arbitration", *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, 293 (Diciembre 2018): 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300618
 5. Mistelis, Loukas & Baltag, Crina, "Denial of Benefits' Clauses in Investment Treaty Arbitration", *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, 293 (Diciembre 2018): 55, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300618
Dolzer, Rudolf. & Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 55

“(U)na cláusula de denegación de beneficios pretende evitar el *forum-shopping*. Esta autoriza a un Estado contratante a denegar el arbitraje de inversiones a los inversores ‘sin actividades comerciales sustanciales’ en su supuesto Estado de origen. Este tipo de cláusula impedirá la posibilidad de establecer una empresa intermediaria o ‘de paso’ constituida con el único propósito de permitir el acceso al sistema internacional de protección de las inversiones”⁶. (Traducción propia).

Por otro lado, estas cláusulas permiten salvaguardar el principio de reciprocidad tutelado por los tratados internacionales. Como explican Gastrell y Le Cannu:

“(S)e podría decir que esta exclusión (de la cláusula de denegación de beneficios) impide que (...) los nacionales de terceros países disfruten de los beneficios de un tratado cuando sus Estados de origen no han aceptado ninguna de sus obligaciones. El derecho a denegar los beneficios del tratado mantiene así la reciprocidad con respecto a estos beneficios”⁷. (Traducción propia).

Un ejemplo clásico de este tipo de cláusulas, y que resulta de particular interés para el presente trabajo, es el que se encuentra en el Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE.UU. del año 2012. El artículo 17 de este instrumento dispone una cláusula de denegación de beneficios en los siguientes términos:

“Artículo 17: Denegación de Beneficios

1. Una parte puede negar los beneficios de este tratado a un inversionista de la otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y para las inversiones de ese inversionista si personas de una no-Parte poseen o controlan la empresa y la Parte que niega:

No mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; o Adopta o mantiene medidas con respecto a la no-Parte o una persona de la no-Parte que prohíbe las transacciones con la empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este Tratado fueran otorgados a la empresa o sus inversiones.

2. Una Parte podrá denegar los beneficios de este Tratado a un inversionista de la otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de ese inversionista si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte y personas de un no-Parte, o de la Parte que niega, posee o controla a la empresa”⁸. (Traducción propia).

Como explica Banifatemi, el fraseo particular de esta cláusula fue introducido por primera vez en el Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE.UU. del año 2004 y, a partir de ello, ha tenido una importante influencia en otros tratados bilaterales y multilaterales de protección de las inversiones extranjeras que han recogido cláusulas de denegación de beneficios en términos similares⁹. Sin embargo, a pesar de

-
6. Söderlund, Christer & Sergeevna, Elena, “Is There Such a Thing as Admissibility in Investment Arbitration?”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 33(2) (Setiembre 2018): 525-559, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siy009>
 - Simon, Alastair, “Embracing Practical Solutions in Dealing with the Distinct Shades of Abuse of Process in Investment Arbitration” *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 4 (2018) s/p, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-nappert-prize-2nd-prize-embracing-practical-solutions-in-dealing-with-the-distinct-shades-of-abuse-of-process-in-investment-arbitration>
 7. Gastrell, Lindsay & Le Cannu, Jean-Paul, “Procedural Requirements of ‘Denial -of-Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions”, *ICSID Review*, 30(1), (Enero 2015): 82, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu030>
 8. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Cl. 17.
 9. Banifatemi, Yas, Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses (*Jurisdiction in Investment Arbitration*, 2018) 227.

ello, las cláusulas de denegación de beneficios todavía no son tan comunes en los tratados de protección de las inversiones extranjeras. Precisamente, algunos autores sostienen que:

“(L)as cláusulas de denegación de beneficios todavía no son muy comunes. Han aparecido con mayor frecuencia en los tratados bilaterales y multilaterales en los que Estados Unidos y Australia son Estados contratantes, así como en el TCLAN (NAFTA), el CAFTA-DR, el TCE (ECT) y los modelos de TBI de Estados Unidos y Canadá”¹⁰. (Traducción propia)

Por tanto, teniendo claro qué son las cláusulas de denegación de beneficios y habiendo explicado cuáles son las finalidades que se suelen perseguir mediante su incorporación en los tratados de protección de las inversiones extranjeras, corresponde analizar brevemente cuáles son las condiciones que generalmente se suelen exigir para su aplicación, pero no sin antes realizar una breve salvedad. En efecto, resulta imperativo puntualizar que, en tanto existen redacciones muy distintas de este tipo de cláusulas que permiten llegar a interpretaciones diferentes, no se puede hablar de condiciones generales para la aplicación de este tipo de cláusulas. Como bien señalan Thorn y Doucleff:

“Es axiomático -y obvio a partir de la discusión anterior- que cada tratado de inversión es diferente. Hay numerosas permutaciones en la definición de ‘inversionista’, por ejemplo, y el uso y la redacción de las cláusulas de denegación de beneficios difiere considerablemente entre los tratados. Por supuesto, esto es de esperarse considerando que existen más de 2500 TBIs y tratados multilaterales que protegen la inversión ex-

tranjera. Estos tratados son celebrados por diferentes Estados en diferentes momentos; el distinto poder de negociación, las relaciones diplomáticas, las motivaciones, el clima de inversión, los niveles de experiencia y los instrumentos predecesores no son uniformes y todos pueden influir (y lo hacen) en el alcance y contenido de cada tratado. Por lo tanto, hacer generalizaciones es una tarea difícil que debe abordarse con precaución”¹¹. (Traducción propia).

Dicho de otro modo, si bien es cierto pasaremos a analizar las condiciones que comúnmente se suelen exigir para que una cláusula de denegación de beneficios sea aplicable, lo cierto es que no se trata en absoluto de un listado definitivo o rígido. En consecuencia, los requisitos aplicables en cada caso concreto siempre serán determinados por lo dispuesto en cada cláusula de forma a partir de su propia redacción y de lo dispuesto en el tratado aplicable. Sin perjuicio de ello, y únicamente con fines ilustrativos, pasaremos a explicar un listado de las condiciones que usualmente los tribunales y la doctrina señalan que suelen exigirse para aplicar este tipo de cláusulas.

2. Condiciones comunes para la aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios.

Como hemos señalado, existen una serie de condiciones que generalmente se suelen exigir para la aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios. A partir de una revisión de la doctrina y jurisprudencia existentes sobre la materia se puede señalar que estas vendrían a ser las siguientes:

- i. El inversionista frente al cual se busca oponer la cláusula de denegación de benefi-

-
10. Thorn, Rachel. & Doucleff, Jennifer, “Part I, Chapter 1: Disregarding the Corporate veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of ‘investor’”, (2010). En: Waibel, M. (2010). *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, p. 10.
 11. Thorn, Rachel. & Doucleff, Jennifer. (2010). “Part I, Chapter 1: Disregarding the Corporate veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of ‘investor’”. En: Waibel, M. (2010). *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, p. 11. Ver también: McLachlan, C; Shore, L. & Weiniger, M. (2017). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Second Edition, Oxford University Press, p. 213.

cios debe calificar como un inversionista extranjero de acuerdo con el tratado aplicable;

- ii. El tratado aplicable debe contener una cláusula de denegación de beneficios;
- iii. Deben cumplirse las condiciones objetivas establecidas por la cláusula de denegación de beneficios para su aplicación;
- iv. El Estado que invoca la cláusula de denegación de beneficios tiene la carga de probar que se acreditan los fundamentos para su aplicación; y,
- v. La cláusula debe ser invocada oportunamente por el Estado que busca oponerla al inversionista extranjero.

A continuación, se desarrollará brevemente cada una de estas condiciones comúnmente exigidas:

A. Primera Condición: El inversionista debe calificar como inversionista extranjero bajo el tratado aplicable.

Una condición inicial que se suele exigir para el ejercicio de una cláusula de denegación de beneficios consiste en que, en principio, el inversionista extranjero frente al cual el Estado busca oponer la aplicación de la cláusula califique o encaje en la definición de inversionista extranjero adoptada por el tratado aplicable. Como explica González de Cossío: “Los tratados de inversión generalmente utilizan los términos “inversionistas” o “nacionales” para describir a los individuos o entidades que gozan de protección y derecho de acción bajo el mismo”¹².

De igual modo, Douglas destaca que:

“(L)a definición de inversionista en un tratado de protección de las inversiones contiene indicios para poder invocar el mecanismo de arbitraje inversionista/Estado. Una objeción por parte del Estado anfitrión demandado de que tales indicios no se han cumplido es una objeción a la jurisdicción *ratione personae* del tribunal con respecto al demandante”¹³. (Traducción propia)

No obstante, como bien se ha señalado, todo ello deberá ser considerado sin perjuicio de que siempre se tenga en cuenta que los efectos de cada cláusula de denegación de beneficios dependerán de su redacción y ubicación en la estructura del tratado aplicable, lo que permitirá concluir si dicha cláusula constituye una objeción a la jurisdicción del tribunal o si estará dirigida a afectar la admisibilidad del reclamo¹⁴.

Pues bien, se tiene que, en principio, si un inversionista no califica como inversionista extranjero de acuerdo con el tratado aplicable, no habría necesidad de aplicar la cláusula de denegación de beneficios para buscar excluirlo de la aplicación del tratado en tanto aquel inversionista nunca se habría encontrado protegido por dicho instrumento. En palabras de Banifatemi:

“(P)or lo tanto, como cuestión de procedimiento, el tribunal arbitral debe determinar primero si un demandante califica como inversionista protegido antes de determinar si el Estado demandado ha ejercido efectivamente su derecho a negar los beneficios del tratado pertinente a ese inversionista”¹⁵. (Traducción propia).

12. González de Cossío, F. (2009). *Arbitraje de inversión*, Editorial Porrúa, p. 97.

13. Douglas, Z. (2009). *The international law of investment claims*, Cambridge University Press, p. 468.

14. Mistelis, Loukas & Baltag, Crina, “Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaty Arbitration”, Queen Mary School of Law *Legal Studies Research Paper*, 293 (Diciembre 2018): 2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300618

15. Banifatemi, Yas, Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses (*Jurisdiction in Investment Arbitration*, 2018) 227. 234.

Asimismo, cabe destacar que, en muchos casos, los tratados que incluyen cláusulas de denegación de beneficios suelen recoger amplias definiciones del concepto de inversionista extranjero¹⁶. Esto se debe, justamente, a que las cláusulas de denegación de beneficios suelen servir en estos casos como un “contrapeso” que permite restringir estas definiciones¹⁷.

B. Segunda Condición: El tratado aplicable debe contener una cláusula de denegación de beneficios.

Es prácticamente indiscutido por la jurisprudencia y la doctrina que, ante la ausencia de una cláusula de denegación de beneficios en el tratado aplicable, no resulta posible alegar la aplicación de dicha excepción para limitar la definición del concepto de inversionista extranjero. Este tema fue discutido en *Tokios Tokelés c. Ucrania*.

En este caso, el Estado ucraniano alegó que el inversionista no calificaba como tal en virtud del Tratado Bilateral de Inversiones –TBI Ucrania-Lituania, el cual era el tratado aplicable al caso, debido a que no mantenía actividades comerciales sustanciales en Lituania. Ucrania alegó que este era un requisito común en las cláusulas de denegación de beneficios de otros tratados y, por tanto, por más que el TBI Ucrania-Lituania no contenía una cláusula similar, debía entenderse que dicha limitación restringía el concepto de inversionista aplicable al caso¹⁸.

El tribunal no acogió los argumentos del Esta-

do y arribó a una conclusión distinta. Cuando un tratado no contiene una cláusula de denegación de beneficios, cabe considerar que las partes hicieron una elección deliberada por no incluir esta disposición:

“El TBI Ucrania – Lituania, por el contrario, no incluye ninguna disposición de ‘denegación de beneficios’ con respecto a las entidades controladas por nacionales de terceros países o por nacionales de la parte denegante. Consideramos que la ausencia de dicha disposición es una elección deliberada de las Partes Contratantes. En nuestra opinión, no corresponde a los tribunales imponer límites al alcance de los TBIs que no se encuentren en el texto, y mucho menos, límites que no se desprenden de la historia de la negociación del tratado. Un tribunal internacional de jurisdicción definida no debería de ejercer una jurisdicción más allá de los límites de la definición del término. Pero igualmente un tribunal internacional debe ejercer, y de hecho está obligado a hacerlo, la medida de la jurisdicción con la que está dotado”¹⁹. (Traducción propia)

De igual manera, otros tribunales arbitrales han acogido interpretaciones similares a las sostenidas en el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania*. De acuerdo con Mistelis y Baltag, “(a)nte la ausencia de una cláusula de ‘denegación de beneficios’ invocada por el demandado, los tribunales arbitrales suelen ser reacios a investigar la estructura empresarial de los inversionistas y sus actividades económicas en el supuesto Estado de origen”²⁰. (Traducción propia).

16. Thorn, R. & Doucleff, J. (2010). “Part I, Chapter 1: Disregarding the Corporate veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of ‘investor’”. En: Waibel, M. (2010). *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, p. 10.
17. Feldman, M. (2015). “Chapter 33: Denial of Benefits after Plama v. Bulgaria”. En: Kinnear, M. & others. (2015). *Building International Investment Law: The First 50 years of ICSID*, Kluwer Law International, p. 466.
18. Tokios Tokelés c. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 4 de abril de 2004. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/1099>, 33-35.
19. Tokios Tokelés c. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 4 de abril de 2004. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/1099>, 36.
20. Mistelis, Loukas & Baltag, Crina, “Denial of Benefits’ Clauses in Investment Treaty Arbitration”, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper, 293 (Diciembre 2018): 3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300618

C. Tercera Condición: Deben cumplirse las condiciones objetivas establecidas por la cláusula de denegación de beneficios para su aplicación.

Como bien se ha señalado, hay una gran diversidad de tipos de cláusulas de denegación de beneficios en los diferentes tratados de protección de las inversiones extranjeras. No obstante, es común que este tipo de cláusulas generalmente busquen hacer frente a una serie de supuestos objetivos que suelen repetirse, unos más que otros. Sin perjuicio de resaltar que no cabe hablar de una lista taxativa al respecto, los supuestos objetivos más comunes que se suelen encontrar en las cláusulas de denegación de beneficios para su aplicación vendrían a ser los siguientes:

Primero, probablemente el supuesto más común, consiste en demostrar que el inversionista extranjero al cual se le buscan denegar los beneficios del tratado, y que sea una persona jurídica, no posea ni mantenga actividades económicas sustanciales en el Estado en el cual se constituyó. Este requisito se encuentra presente, por ejemplo, en el numeral 2 del artículo 17 del Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE.UU. del año 2012 expuesto anteriormente, así como en otros tratados²¹.

Frente a ello, se ha señalado que, en algunos casos, los Estados buscan intencionalmente dejar indefinido el término “actividades comerciales sustanciales” con el propósito de dar mayor flexibilidad a los tribunales arbitrales al momento

de analizar cada caso particular. Como aclara Simon:

“Hay que tener en cuenta que la ‘actividad empresarial sustancial’ a menudo se deja (intencionalmente) sin definir, dando a los Estados la libertad de evaluar caso por caso, y dejando a los tribunales con poca orientación a la hora de determinar si el ejercicio de los derechos de un Estado para denegar los beneficios fue adecuado”²². (Traducción propia)

Segundo, otro supuesto recurrente consiste en acreditar que el inversionista extranjero al cual se le buscan denegar los beneficios del tratado, y que sea una persona jurídica, es propiedad o está bajo el control de los nacionales (i) de un Estado que no es parte del tratado aplicable, o (ii) de un Estado que no mantiene relaciones diplomáticas con el Estado demandado²³. Este requisito se encuentra presente, por ejemplo, en los numerales 1 y 1.a) del artículo 17 del Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de EE.UU. del año 2012 expuesto anteriormente, así como en otros tratados²⁴.

Tercero, un supuesto adicional consiste en demostrar que el inversionista extranjero al cual se le buscan denegar los beneficios del tratado, y que sea una persona jurídica, es propiedad o está bajo el control de nacionales del propio Estado receptor de la inversión²⁵.

Finalmente, cabe destacar que, dependiendo de la redacción particular de cada cláusula de

-
21. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Cl. 17. Ver también: Acuerdo de Integración Comercial entre la república del Perú y los Estados Unidos Mexicanos, suscrito el 6 de abril de 2011, artículo 11.16.2.; Tratado sobre la Carta de la Energía, suscrito el 17 de diciembre de 1994, reformado en la Conferencia de La Haya del 20 y 21 de mayo de 2015, artículo 17.1.
 22. Simon, A. (2018). “Embracing Practical Solutions in Dealing with the Distinct Shades of Abuse of Process in Investment Arbitration”. *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2018(4), s/p.
 23. Sabahi, Borzu; Rubins, Noah. & Wallace Jr., Don, *Investor-State Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2019) 381.
 24. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Cl. 17. Ver también: Acuerdo de Integración Comercial entre la república del Perú y los Estados Unidos Mexicanos, suscrito el 6 de abril de 2011, artículos 11.16.1 y 11.16.1.a); Tratado sobre la Carta de la Energía, suscrito el 17 de diciembre de 1994, reformado en la Conferencia de La Haya del 20 y 21 de mayo de 2015, artículos 17.1. y 17.2.a).
 25. Sabahi, Borzu; Rubins, Noah. & Wallace Jr., Don, *Investor-State Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2019) 381.

denegación de beneficios, en algunos casos el Estado demandado deberá demostrar de forma copulativa o conjunta la existencia de algunos de estos supuestos.

D. Cuarta Condición: El Estado que invoca la cláusula de denegación de beneficios tiene la carga de probar que se acreditan los fundamentos para su aplicación.

Es ampliamente reconocido que el Estado que alega el derecho a denegar los beneficios de un tratado tiene la carga de probar que se acreditan los fundamentos que exige la cláusula para ello. En palabras de Douglas:

“(Una) cláusula de ‘denegación de beneficios’ no se juzga por su sola existencia. La carga de la prueba recae claramente en el Estado anfitrión demandado y si esa carga se cumple ante el tribunal, entonces las reclamaciones del inversionista demandante deben ser desestimadas”²⁶. (Traducción propia)

Por su parte, Banifatemi se pronuncia en el mismo sentido señalando que:

*“El Estado que pretende denegar los beneficios tiene la carga de probar que se cumplen las condiciones enumeradas en la cláusula de denegación de beneficios. Esto es coherente con el principio *actori incumbit probatio*, según el cual la carga de la prueba de una alegación recae en la parte que la presenta. Así, mientras que al demandante le corresponde demostrar que cumple los requisitos jurisdiccionales en virtud del tratado, el Estado demandado que pretenda denegar los beneficios del tratado a un inversionista debe demostrar que tiene los fundamentos para ejercer su derecho de denegación. Este*

razonamiento ha sido afirmado por los tribunales que interpretan tanto los tratados multilaterales como los bilaterales”²⁷. (Traducción propia).

En efecto, y como bien se ha señalado, ello resulta concordante con la aplicación del principio *actori incumbit probatio*, el cual ha sido muchas veces catalogado como un principio general del derecho internacional en lo que a la carga de la prueba se refiere. Como confirma Bin Cheng, “la carga de la prueba recae en la parte que alega el hecho, a menos que la verdad del hecho sea de conocimiento judicial o sea presumida por el tribunal. A falta de pruebas convincentes, el tribunal desestimará la alegación”²⁸. (Traducción propia)

E. Quinta Condición: La cláusula debe ser invocada oportunamente por el Estado receptor.

Actualmente, tal vez el tema que ha generado mayor discusión en los últimos años en torno a la aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios consiste en analizar cuándo es el momento oportuno en que dichas cláusulas deben ser invocadas por los Estados receptores de las inversiones. Douglas es tajante al sostener que, “(una) cláusula de ‘denegación de beneficios’ debe ser positivamente invocada por el demandado”²⁹ (Traducción propia), por lo que sobre este asunto no existe mayor controversia. Sin embargo, el centro de la discusión gira en torno a cuál o cuándo es el momento oportuno en que dichas cláusulas deben ser invocadas por los Estados.

En la práctica, los tribunales arbitrales han planteado interpretaciones distintas en torno a cuándo constituye el momento oportuno para que los Estados soberanos invoquen la

26. Douglas, Z. (2009). *The international law of investment claims*, Cambridge University Press, p. 469.

27. Banifatemi, Yas, *Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses (Jurisdiction in Investment Arbitration, 2018)* 234-235.

28. Cheng, B. (2006). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, pp. 334-335.

29. Douglas, Z. (2009). *The international law of investment claims*, Cambridge University Press, p. 469.

aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios para buscar que las disposiciones del tratado del caso concreto no se apliquen a inversionistas extranjeros. Como detallan Gastrell y Le Cannu:

“Dos tendencias parecen estar emergiendo en la jurisprudencia, una en las decisiones que interpretan el artículo 17 (1) del Energy Charter Treaty –ECT y la otra en las decisiones que interpretan las cláusulas de denegación de beneficios contenidas en los TBI de Estados Unidos, y el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América –CAFTA-DR”³⁰. (Traducción propia)

En el caso de los tribunales que han analizado la aplicación de esta cláusula en el ECT de parte de los Estados soberanos, se ha sostenido que el momento oportuno para la invocación de esta cláusula es antes del inicio de la disputa e, incluso, en algunos casos, antes de que el inversionista realice su inversión. Por el contrario, en los casos de los TBIs concluidos por Estados Unidos y el DR-CAFTA, se ha señalado, en su mayoría, que el momento oportuno para la invocación de estas cláusulas es antes de que se inicie formalmente el arbitraje, al momento de la presentación de las objeciones jurisdiccionales o mediante la presentación del Memorial de Contestación de parte de los Estados soberanos.

III. LA INVOCACIÓN DE LA CLÁUSULA DE DENEGACIÓN DE BENEFICIOS EN LOS TRATADOS EN LOS QUE HA PARTICIPADO ESTADOS UNIDOS

A continuación, se analizarán en detalle varios casos de los TBI de Estados Unidos y el DR-CAFTA en los que los tribunales arbitrales han analizado el momento de la invocación oportuna de la cláusula de denegación de beneficios. Como

se expondrá a continuación, si bien es cierto se evidencia una tendencia jurisprudencial mayoritaria que propone una invocación de la cláusula con posterioridad al inicio del arbitraje, también existe una línea jurisprudencial minoritaria que plantea una interpretación distinta.

El objetivo de la presente sección será analizar los principales argumentos empleados por los tribunales arbitrales para optar por una u otra interpretación.

1. Tendencia mayoritaria: La cláusula puede invocarse con posterioridad al inicio del arbitraje.

1.1. Caso EMELEC c. Ecuador: El primer caso y la interpretación literal.

El primer caso en donde un tribunal arbitral analizó la oportunidad para la invocación de una cláusula de denegación de beneficios de un tratado en el que participó Estados Unidos fue el caso Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. c. Ecuador – en adelante EMELEC c. Ecuador–, laudo el 2 de junio de 2009. En este caso, dentro de las excepciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del tribunal planteadas por el Estado receptor, este alegó que, en caso se cumpliera con la jurisdicción *ratione personae*, el inversionista no podría invocar a su favor el TBI porque sus beneficios le habrían sido denegados en virtud de la aplicación del Art. I.2 del tratado aplicable³¹.

Al respecto, el TBI Ecuador – Estados Unidos, que era el tratado aplicable al caso, disponía lo siguiente en su Art. I.2:

“Cada Parte se reserva el derecho de denegar a cualquier empresa las ventajas del presente Tratado si los nacionales de cualquier tercer país controlan dicha empresa y, en el caso de una empresa de la otra Parte, dicha empresa

30. Gastrell, L. & Le Cannu, P. J. (2015). Procedural Requirements of Denial-of-Benefits Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 30 (1), p. 84.

31. Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. c. Ecuador. ICSID Case No. ARB/05/9, Laudo, 2 de junio de 2009. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/387>, 73.c).

*no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte o está controlada por nacionales de un tercer país con el que la Parte denegante no mantiene relaciones económicas normales*³². (Traducción propia)

Al analizar la oportunidad de la invocación de la cláusula de denegación de beneficios, el tribunal del caso se limitó a señalar lo siguiente:

*"Por ser EMELEC una "sociedad de la otra Parte", el Ecuador está facultado a denegar los beneficios del TBI si la empresa no tiene actividades comerciales importantes en Estados Unidos. El Tribunal estima que el Ecuador anunció la denegación de los beneficios a EMELEC en la etapa procesal oportuna, esto es, al formular sus excepciones en materia de competencia. Si el Tribunal llegase a conocer los méritos del presente caso, sólo entonces habría de examinar los requisitos sustantivos de la denegación de beneficios, esto es, la determinación sobre si EMELEC tiene actividades comerciales importantes en el territorio de Estados Unidos"*³³. (Subrayado añadido).

Como es evidente, el tribunal del presente caso no realizó una interpretación exhaustiva para determinar la oportunidad de la invocación de la cláusula de denegación de beneficios del TBI. Por el contrario, recurrió únicamente a una interpretación literal del tratado para determinar que dicha objeción a la competencia sí se invocó oportunamente.

1.2. Caso Ulysseas c. Ecuador: El segundo caso y la persistencia de la interpretación literal como único método interpretativo.

Un segundo caso en donde se analizó el tema materia de análisis fue el caso Ulysseas, Inc. c.

Ecuador –Ulysseas c. Ecuador en donde el tratado aplicable fue, al igual que en EMELEC c. Ecuador, el TBI Ecuador – Estados Unidos.

En este caso, al analizar la oportunidad de la invocación de la cláusula de denegación de beneficios del tratado, el tribunal recurrió al Reglamento CNUDMI de 1976, reglamento arbitral aplicable al caso, y sostuvo que este disponía que el momento oportuno para el planteamiento de las objeciones jurisdiccionales era el momento de la presentación del Memorial de Contestación³⁴. Por tanto, dado que el momento en que el Estado había invocado la cláusula de denegación de beneficios fue, precisamente, al presentar su Memorial de Contestación, entonces el tribunal concluyó que la Demandada había ejercido esta objeción a la competencia oportunamente³⁵.

Por otro lado, el tribunal también interpretó literalmente el Art. I.2 del TBI aplicable para sustentar que el Estado había invocado oportunamente la cláusula de denegación de beneficios, y sostuvo que "(n)ada en el artículo I(2) del TBI excluye que el derecho de denegar los beneficios del TBI sea ejercido por el Estado cuando tales beneficios sean reclamados por el inversor a través de una solicitud de arbitraje"³⁶.

1.3. Caso Pac Rim c. El Salvador: Un análisis completo basado en diversos métodos interpretativos.

Un tercer caso materia de análisis es el caso Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador –en adelante Pac Rim c. El Salvador– en donde el Estado invocó la cláusula de denegación de beneficios del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana –en adelante DR-CAFTA–, quince meses des-

32. Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 23 de agosto de 1993, Art. I. 2.

33. Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. c. Ecuador. ICSID Case No. ARB/05/9, Laudo, 2 de junio de 2009. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/387>, 71.

34. Ulysseas, Inc. c. Ecuador. UNCITRAL, Laudo Interino, 28 de septiembre de 2010. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/387>.

35. *Id.* 172.

36. *Id.* 172.

pués haber recibido la solicitud de arbitraje por parte del inversionista³⁷.

Al respecto, la cláusula presente en el Art. 10.12.2 del DR-CAFTA dispone lo siguiente:

*"Sujeto a los Artículos 18.3 (Notificación y Suministro de Información) y 20.4 (Consultas), una Parte podrá negar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de ese inversionista, si la empresa no tiene actividades sustanciales en el territorio de ninguna Parte, distinta de la Parte que niega, y personas de un país que no es Parte, o de la Parte que niega, poseen o controlan la empresa"*³⁸. (Traducción propia)

Con respecto al análisis de la temporalidad de la invocación de la presente cláusula, el tribunal concluyó que esta sí fue oportunamente invocada por el Estado, principalmente, en base a los siguientes argumentos.

Primero, el tribunal, mediante una interpretación literal, señaló que el DR-CAFTA no establecía expresamente ningún límite temporal para la invocación de la cláusula de denegación de beneficios presente en el artículo 10.12.2 del tratado³⁹.

Segundo, el tribunal remarcó que este caso constituyó la primera vez que se ha invocado la cláusula de denegación de beneficios del artículo 10.12.2 del DR-CAFTA, por lo que se trató de una decisión que requirió la especial atención de todas las partes involucradas. En ese sentido, se remarcó que:

"(N)o es evidente para el tribunal que la Demandada haya buscado o ganado deliberadamente alguna ventaja sobre la Demandante, al esperar hasta el 1 de marzo de 2010 (en lo que respecta a la notificación a los EE.UU.) o hasta el 3 de agosto de 2010 (para su invocación de la denegación de beneficios a la Demandante)"⁴⁰. (Traducción propia)

Por tanto, de acuerdo con un alcance práctico de la interpretación realizada por el tribunal, ninguna parte se benefició o perjudicó a partir de la oportunidad en que se invocó la respectiva cláusula de denegación de beneficios.

Luego, el tribunal remarcó que, al ser aplicables el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI, cabía recordar que la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece que cualquier objeción jurisdiccional o a la competencia que la parte Demandada plantee deberá realizarse lo antes posible, y a más tardar en la fecha de presentación del Memorial de Contestación⁴¹. Por tanto, cabía entender que esta última es la fecha en que debía invocarse la cláusula de denegación de beneficios del DR-CAFTA⁴².

En línea con lo anterior, el tribunal remarcó que una invocación temporal distinta de la cláusula en cuestión, que sea más exigente en torno al momento de su invocación, no resultaba compatible con la redacción del artículo 10.12.2 del DR-CAFTA⁴³. Asimismo, también sostuvo que una interpretación más exigente "crearía considerables dificultades prácticas para las Partes del DR-CAFTA, incompatibles con el objeto y finalidad de esta disposición"⁴⁴ (Traducción pro-

37. Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador. ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the respondent's jurisdictional objections, 1 de junio de 2012. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/783>, 4.38.

38. Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, redactado el 5 de agosto de 2004, Art. 10.12.2.

39. Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador. ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the respondent's jurisdictional objections, 1 de junio de 2012. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/783>, 4.83

40. *Id.* 4.84.

41. *Id.* 4.85.

42. *Id.* 4.85.

43. *Id.* 4.85.

44. *Id.* 4.85.

pia). Para ello, se remitió a los escritos referidos a la interpretación del artículo 10.12.2 presentados libremente en el marco del arbitraje por los Estados Unidos, país del inversionista, y por Costa Rica, Estado miembro del DR-CAFTA, los cuales se pronunciaron en sentidos similares⁴⁵.

Finalmente, el tribunal sostuvo que si bien el artículo 25.1 del Convenio CIADI, aplicable al caso, dispone la irrevocabilidad del consentimiento a arbitrar, la invocación de una cláusula de denegación de beneficios con posterioridad al inicio del arbitraje no constituía un retiro unilateral del consentimiento⁴⁶. Por el contrario, señaló que “(n)o es posible llegar a una interpretación diferente sin distorsionar el significado del Artículo 10.12.2, en contra de las normas aplicables para la interpretación de los tratados según el derecho internacional”⁴⁷. (Traducción propia)

La decisión del tribunal del caso Pac Rim c. El Salvador fue una decisión que se basó en diversos criterios interpretativos, entre los que destacan: (i) la interpretación teleológica del DR-CAFTA para determinar el significado correcto de la cláusula materia de análisis; (ii) la interpretación literal de la cláusula en cuestión; (iii) la interpretación histórica, en tanto se consideraron relevantes los escritos presentados libremente por dos de los Estados parte del tratado que se manifestaron en torno a la interpretación de la cláusula, en este caso, los escritos de Estados Unidos y Costa Rica; (iv) la interpretación funcional, en tanto consideró si alguna parte se habría beneficiado o perjudicado a partir de la oportunidad en que se invocó la cláusula; y, (v) la interpretación sistemática, al realizar una interpretación de la cláusula que resultara concordante con lo dispuesto por el artículo 25.1 del Convenio CIADI también aplicable al caso.

Por tanto, a diferencia de las decisiones de los tribunales de EMELEC c. Ecuador y Ulysseas c. Ecuador, se trató de una interpretación sustentada en diferentes criterios interpretativos, y no solo en base a una interpretación literal del tratado aplicable. Tal como explica Bhelman, la decisión del Tribunal es correcta porque, “(e)n lugar de centrarse únicamente en el significado ordinario del texto, el tribunal tiene en cuenta en su análisis el objeto y la finalidad del tratado, así como su contexto. Este enfoque hace efectivo el propósito y significado de la cláusula de Denegación de Beneficios”⁴⁸. (Traducción propia)

1.4. Caso Guaracachi c. Bolivia: Se repite la tendencia de la pluralidad de métodos interpretativos.

Un cuarto caso en donde se abordó el tema materia de análisis fue el caso Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Bolivia – Guaracachi c. Bolivia. En este caso, Bolivia invocó la cláusula de denegación de beneficios del TBI Bolivia – Estados Unidos una vez ya había iniciado el arbitraje en su contra para buscar denegarle los beneficios del tratado a Guaracachi America, Inc. – en adelante Guaracachi. Al respecto, el artículo XII del tratado disponía lo siguiente:

*“Cada Parte se reserva el derecho de denegar a una empresa de la otra Parte los beneficios del presente Tratado si los nacionales de un tercer país son propietarios o controlan la empresa y: (a) la Parte denegante no mantiene relaciones económicas normales con el tercer país; o (b) la sociedad no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la Parte bajo cuya legislación está constituida u organizada”*⁴⁹.

45. *Id.* 4.85.

46. *Id.* 4.90.

47. *Id.* 4.90.

48. Behlman, J. (2014). “Out on a Rim: Pacific Rim’s Venture Into CAFTA’s Denial of Benefits Clause”. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 45(2), p. 411.

49. Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Bolivia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, suscrito el 17 de abril de 1998, Art. XII.

Al determinar la oportunidad de la invocación de la cláusula, el tribunal sostuvo que esta sí fue oportunamente invocada por el Estado boliviano en base a los siguientes argumentos.

Primero, el tribunal confirmó que no se vulneró la legítima expectativa de ningún inversionista en tanto son más bien los inversionistas quienes debían ser conscientes de una posible invocación de la cláusula por parte del Estado receptor de la inversión⁵⁰. De acuerdo con el tribunal:

“Cualquier inversionista estadounidense que invierta en Bolivia ya conoce de antemano la posibilidad de una denegación de beneficios por parte de Bolivia –en tanto y en cuanto se cumplan los requisitos del artículo XII– y, en el supuesto de que acepte la oferta de arbitraje hecha por Bolivia en el TBI, la acepta como está, al pie de la letra”⁵¹.

En línea con ello, a partir de los hechos del caso, el tribunal concluyó que Guaracachi realizó su inversión con posterioridad a la suscripción y ratificación del TBI por lo que esta era consciente de la cláusula de denegación de beneficios del tratado y pudo haber actuado en consecuencia para impedir su posible invocación por parte del Estado⁵².

Luego, el tribunal señaló que, a partir de un análisis de la propia redacción de la cláusula, se tiene que los Estados parte no establecieron que esta debía invocarse con anterioridad al surgimiento de alguna controversia⁵³. Por el contrario:

“El tribunal está de acuerdo con que la denegación puede ser y normalmente será

utilizada cuando un inversionista decida invocar uno de los beneficios del TBI. Será en esa ocasión que el Estado demandado analizará si se cumplen las condiciones objetivas para la denegación y, en ese caso, decidirá si ejerce su derecho de denegar los beneficios comprendidos en el TBI al momento de la presentación de su contestación de la demanda”⁵⁴.

Esto, en tanto, como explicó el tribunal, analizando la practicidad de la invocación de la cláusula, “sería extraño que un Estado analizase si se han cumplido los requisitos del artículo XII con relación a un inversionista con quien no ha tenido controversia alguna” lo cual, incluso, podría ser visto “como un acto hostil, carente de fundamento, contrario a la promoción de inversiones extranjeras”⁵⁵. Asimismo, sostuvo que lo anterior adquiere todavía mayor relevancia si se tiene en cuenta que el cumplimiento de los requisitos para la invocación de la cláusula puede cambiar constantemente en relación a cada inversionista⁵⁶.

Finalmente, el tribunal también sostuvo que su conclusión se veía respaldada en lo dispuesto por el artículo 23.2 del Reglamento CNUDMI, reglamento aplicable al caso, para lo cual se remitió también a la decisión del caso *Ulysseas c. Ecuador* que falló en el mismo sentido⁵⁷.

Como se desprende del análisis del tribunal, de forma similar a lo señalado en el caso *Pac Rim c. El Salvador*, el tribunal realizó una interpretación exhaustiva en donde adoptó: (i) una interpretación teleológica de la cláusula, principalmente cuando señaló que una interpretación contraria no sería concordante con la promo-

50. Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Bolivia. PCA Case No. 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/518>, 372.

51. *Id.* 373.

52. *Id.* 375.

53. *Id.* 376-377.

54. *Id.* 378.

55. *Id.* 379.

56. *Id.* 379.

57. *Id.* 382.

ción de las inversiones extranjeras que buscaría fomentar el TBI; (ii) una interpretación literal; (iii) una interpretación funcional; y, (iv) una interpretación que se fundamentó en lo ya decidido por la jurisprudencia en casos similares.

1.5. Caso Bridgestone c. Panamá: Un caso en donde no fue necesario interpretar.

El tema volvió a abordarse en el caso Bridgestone Licensing Services Inc. y Bridgestone Americas Inc. c. Panamá – Bridgestone c. Panamá. En este caso, Panamá invocó la cláusula de denegación de beneficios aplicable del U.S. – Panama Trade Promotion Agreement – TPA, el cual era el tratado aplicable. Al respecto, el artículo 10.12.2 del tratado recogía la cláusula de denegación de beneficios en los siguientes términos:

“(U)na Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversor de la otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de ese inversor si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte, y personas de una no Parte, o de la Parte denegante, poseen o controlan la empresa”⁵⁸. (Traducción propia)

Como parte de los cuestionamientos iniciales planteados por el inversionista al ejercicio de esta objeción por parte del Estado, el inversionista sostuvo que el Estado no había invocado oportunamente la cláusula de denegación de beneficios. No obstante, luego dicho argumento fue abandonado por el inversionista en aras de enfocarse principalmente en señalar que no se cumplían con los requisitos objetivos para la aplicación de la cláusula⁵⁹.

Al resolver la cuestión en su Decisión sobre Objeciones Expeditivas, el tribunal sostuvo que:

“Panamá ha invocado esta disposición y ha pretendido negar los beneficios a BSLS (Bridgestone Licensing Services Inc). En un momento dado, BSLS alegó que Panamá no había cumplido con las obligaciones temporales que eran una condición previa a la denegación de los beneficios, pero esa impugnación no se ha llevado a cabo, sabidamente en opinión del tribunal”⁶⁰. (Traducción propia)

Como se desprende del resumido análisis del tribunal, se tiene que este no analizó a profundidad la oportunidad de la invocación de la cláusula de denegación de beneficios aplicable. No obstante, se puede concluir que el tribunal consideró que la cláusula fue invocada oportunamente por el Estado en tanto señaló que la parte Demandante habría abandonado “sabidamente” su argumento basado en una aplicación inoportuna de la misma. Lamentablemente, dado que el tema no se analizó en detalle, no es posible identificar los criterios interpretativos que el tribunal habría empleado para arribar a la presente conclusión.

2. Tendencia minoritaria: La cláusula solo puede invocarse con anterioridad al inicio del arbitraje.

2.1. Caso AMPAL c. Egipto: Una decisión diferente adoptada en base a diferentes métodos interpretativos.

Si bien parecía formarse una tendencia clara en las decisiones de los tribunales Arbitrales que interpretaron el momento oportuno para la invocación de esta cláusula en los TBIs u otros tratados en los que participó Estados Unidos, la tendencia se rompió con la decisión del caso Ampal-American Israel Corporation y otros c. Egipto – Ampal c. Egipto. Como explica Banifatemi:

58. Bridgestone Licensing Services, Inc. y Bridgestone Americas, Inc. c. Panamá. ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections, 13 de diciembre de 2017. Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/4475>, 286.

59. *Id.* 287.

60. *Id.* 287.

"Mientras que la mayoría de los tribunales arbitrales que interpretan las cláusulas de denegación de beneficios en los tratados de EE.UU. han adoptado un enfoque diferente al permitir que un Estado demandado deniegue los beneficios antes o después de que una empresa someta una disputa a arbitraje, la decisión de Ampal ha puesto en tela de juicio esta política y, aunque sigue siendo un caso anómalo, proporciona una importante advertencia a los Estados parte a la hora de negociar los AI [Acuerdos Internacionales de Inversión] y de invocar posteriormente su derecho a denegar los beneficios del tratado"⁶¹. (Traducción propia)

En este caso, el Estado invocó la cláusula de denegación de beneficios dispuesta en el primer párrafo del protocolo del TBI Egipto - Estados Unidos para buscar denegar los beneficios del tratado al inversionista. La disposición establecía lo siguiente:

"Cada Parte se reserva el derecho de negar los beneficios de este tratado a cualquier empresa de cualquiera de las Partes, o a sus filiales o subsidiarias, si nacionales de cualquier tercer país controlan dicha empresa, filial o subsidiaria; siempre que, cuando una de las Partes llegue a la conclusión de que los beneficios de este Tratado no deben extenderse por esta razón, consultará rápidamente con la otra Parte para buscar una solución mutuamente satisfactoria de este asunto"⁶². (Traducción propia)

Al realizar su análisis, el tribunal destacó ser consciente de la existencia de dos líneas juris-

prudenciales en torno a la oportunidad para la invocación de la cláusula de denegación de beneficios: la línea jurisprudencial que interpreta el artículo 17.1 de la Carta de Energía, y la línea jurisprudencial que interpreta a los TBIs suscritos por Estados Unidos, así como al DR-CAFTA⁶³. No obstante, dado que el artículo 17.1 de la Carta de Energía contiene una redacción sustancialmente distinta a la del tratado aplicable, el tribunal sostuvo que no se concentraría en analizar esas decisiones⁶⁴. De manera similar, con respecto a los análisis de los casos que interpretaron TBIs suscritos por Estados Unidos y el DR-CAFTA, el tribunal sostuvo que las conclusiones a las que llegaron dichos tribunales se basaron muchas veces en aspectos particulares de cada caso concreto, por lo que correspondía que se realice lo propio en este caso para determinar si la cláusula del tratado fue invocada oportunamente⁶⁵.

El tribunal sostuvo que correspondía interpretar el tratado y su protocolo por lo que se remitió a los principios de interpretación dispuestos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 – CVDT⁶⁶. En base a ello, el tribunal hizo una primera interpretación literal del protocolo del tratado y concluyó que este disponía que la invocación de la cláusula de denegación de beneficios mediante el proceso de consulta establecido entre las partes no se cumplió, en tanto este requería que se llegase a un acuerdo conjunto entre los Estados Parte sobre la aplicación de la cláusula al caso concreto. Por el contrario, no correspondía que una parte se dirigiera a la otra cuando ya se hubiera arribado a una conclusión sobre la aplicación de la cláusula, como se sostiene lo habría hecho Egipto en este caso⁶⁷.

61. Banifatemi, Yas, Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses (*Jurisdiction in Investment Arbitration*, 2018) 258.

62. Treaty between the United States of America and the Arab Republic of Egypt concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, firmado el 11 de marzo de 1986, protocolo.

63. Ampal-American Israel Corporation y otros c. Egipto. ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on jurisdiction, 1 de febrero de 2016. <https://www.italaw.com/cases/1926>, 128.

64. *Id.*, 129.

65. *Id.*, 130-131.

66. *Id.*, 144.

67. *Id.*, 145-154.

Por tanto, el tribunal interpretó que la cláusula requería para su correcta invocación que los Estados parte siguieran un proceso obligatorio de consulta entre ellos respecto a la invocación de la cláusula en cada caso concreto.

Asimismo, el tribunal señaló que si bien es cierto la cláusula del tratado era muy similar a la del tratado aplicable en el caso *Pac Rim c. El Salvador*, ambas se diferenciaban en que la primera establecía un proceso de consultas obligatorias entre las partes mientras que la segunda solo establecía consultas discrecionales⁶⁸. En base a ello, el tribunal concluyó que la cláusula no fue oportunamente invocada por el Estado⁶⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal señaló que analizaría cuándo debieron realizarse las consultas entre los Estados parte con relación a la invocación de la cláusula de denegación de beneficios del tratado, y concluyó que esto debió ocurrir durante la etapa de trato directo entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista⁷⁰.

Finalmente, sostuvo que su interpretación era coherente con lo dispuesto por el artículo 25.1 del Convenio CIADI en tanto, si se permitía una invocación de la cláusula una vez que ya hubiera iniciado el arbitraje, entonces se estaría permitiendo que el Estado receptor revoque unilateralmente su consentimiento a arbitrar, lo que entraría en directa contradicción con el texto del Convenio CIADI⁷¹.

Conforme al análisis realizado por el tribunal, se tiene entonces que este adoptó principalmente una interpretación literal del tratado aplicable y de su protocolo. No obstante, también se habría adoptado una interpretación funcional, al señalar que la cláusula, con su respectivo procedimiento obligatorio de consultas, podría ser aplicada durante la etapa de trato directo, y una

interpretación sistemática, al realizar una interpretación de la cláusula que resultara concorde con lo dispuesto por el artículo 25.1 del Convenio CIADI, también aplicable al caso.

IV. ANÁLISIS CONJUNTO DE LOS FUNDAMENTOS DE LOS ADOPTADOS POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN LOS CASOS ANALIZADOS

1 ¿Qué método de interpretación suele primar y en qué casos?.

A partir de todos los casos analizados se puede determinar como un factor constante que los tribunales siempre realizaron una interpretación literal de los tratados aplicables a cada caso para determinar el momento oportuno de la invocación de la cláusula de denegación de beneficios. Esto ocurre en todos los casos analizados, salvo en *Bridgestone c. Panamá*, en donde el tribunal determinó que no fue necesario interpretar dado que la Demandada habría abandonado su argumento basado en la invocación de la cláusula de denegación de beneficios.

No obstante, algunos tribunales, generalmente los de los casos más recientes, se han inclinado por aplicar una diversidad de métodos de interpretación, entre los que destacan la interpretación teleológica y la interpretación funcional, adicionalmente a la interpretación literal. Este es el caso, por ejemplo, de los tribunales de *Pac Rim c. El Salvador*, *Guaracachi c. Bolivia*, y *Amal c. Egipto*.

En ese sentido, se puede plantear como una conclusión preliminar de la investigación realizada que los tribunales de los casos analizados suelen aplicar una interpretación literal, ya sea como único método de interpretación, o como uno de los diversos métodos interpretativos aplicados.

68. *Id.*, 155-156.

69. *Id.*, 148.

70. *Id.*, 157-160.

71. *Id.*, 164-169.

2. ¿Los Tribunales Arbitrales deberían adoptar únicamente un método de interpretación literal o también otros métodos interpretativos?

Consideramos importante que los tribunales arbitrales recurran a métodos interpretativos adicionales a la interpretación literal al momento de analizar las cláusulas de denegación de beneficios de los tratados que protegen la inversión extranjera. Llegamos a esta conclusión preliminar porque consideramos que una interpretación sustentada en diferentes métodos interpretativos, como la interpretación funcional o teleológica, entre otras, además de la literal, resulta más coherente con la interpretación que usualmente deberán adoptar los tribunales arbitrales al analizar los tratados de inversión que contengan las cláusulas materia de análisis.

Lo anterior se fundamenta, precisamente, en que los tribunales arbitrales en casos de arbitrajes de inversión, usualmente deberán remitirse a los métodos de interpretación recogidos en la CVDT. Como explican Dolzer y Schreuer, al interpretar tratados de inversión, "(l)a mayoría de los tribunales [arbitrales] comienzan invocando el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados"⁷². Además, cabe destacar que los métodos de interpretación reconocidos en la CVDT suelen considerarse como costumbre internacional,⁷³ lo que refuerza el hecho de que los tribunales arbitrales deberán recurrir a ellos en la mayoría de los casos al interpretar tratados de inversión.

Pues bien, se tiene que la CVDT recoge en sus artículos 31 y 32 diversos métodos de interpretación que se deberán utilizar para interpretar tratados de inversión como los que nos ocupan. Entre los diversos métodos de interpretación reconocidos, se encuentran, entre otros, (i) la conocida "regla del significado ordinario de los términos"⁷⁴, que constituye básicamente el método de interpretación literal y que, como se ha señalado, viene a ser el punto de partida de la interpretación de los tratados de inversión⁷⁵; (ii) la regla basada en el "objeto y fin del tratado"⁷⁶, que viene a ser el método teleológico; y, (iii) la regla basada en los acuerdos subsiguientes y la práctica,⁷⁷ que en cierto sentido recoge también al método funcional.

En esa línea, como explica Aust, al redactar los borradores de los artículos 31 y 32 de la CVDT, la Comisión de Derecho Internacional rechazó la visión que daba preponderancia a un método interpretativo en particular, decantándose al final por recoger diversos métodos de interpretación, en base a lo que ya habría sido dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia:

"La Comisión rechazó la opinión de que al interpretar un tratado hay que dar importancia a un factor concreto, como el texto (enfoque «textual» o «literal»), o las supuestas intenciones de las partes, o el objeto y la finalidad del tratado (enfoque «efectivo» o teleológico). El recurso a uno de ellos en detrimento de los demás es contrario a la jurisprudencia de la

-
- 72. Dolzer, Rudolf. & Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 28
 - 73. Aust, A. (2007). *Modern Treaty Law and Practice*, Second Edition, Cambridge University Press, p. 232. Como explica Aust: ("The International Court of Justice considers that principles embodied in Articles 31 and 32 reflect customary international law, and other international courts and tribunals, for example, the World Trade organization (WTO) Appellate Body, have followed this").
 - 74. Clasmeier, M. (2016). *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, "Chapter 1: Treaty Interpretation in Public International Law", Kluwer Law International, pp. 8-9.
 - 75. McLachlan, C. (2008). "Investment Treaties and General International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 2, p. 399. ("Central place of the treaty text: The application of such other rules is subject to the general rule of interpretation, which starts with the ordinary meaning of the words and their object and purpose (Article 31 (1))").
 - 76. Clasmeier, M. (2016). *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, "Chapter 1: Treaty Interpretation in Public International Law", Kluwer Law International, pp. 10-15.
 - 77. *Id.*, p. 16.

Por tanto, es en base a lo anterior que consideramos que una interpretación sustentada en diferentes métodos interpretativos, y no solo en el método literal, resulta concordante con lo dispuesto en torno a la interpretación de tratados internacionales en la CVDT y con la práctica que suelen seguir los tribunales arbitrales al interpretar este tipo de tratados.

Por otro lado, consideramos que existe un motivo adicional que permite sustentar por qué es preferible una interpretación de la cláusula de denegación de beneficios en la cual los tribunales adopten diferentes métodos interpretativos y no se remitan únicamente a realizar una interpretación literal. Esta razón consiste en que, dado que existen diferentes líneas jurisprudenciales en torno a la interpretación de este tipo de cláusulas en los tratados suscritos por EE.UU.⁷⁹, el hecho de que un tribunal adopte diferentes métodos interpretativos para sustentar el optar por una u otra tendencia podrá tener mayor influencia en la interpretación que adopten otros tribunales en el futuro al interpretar cláusulas similares. Nos explicamos.

Como se ha señalado al inicio de esta investigación, en el arbitraje de inversiones, los tribunales arbitrales analizan cada controversia en base a los tratados aplicables en cada caso concreto, y en base a las tendencias interpretativas que suelen seguir los diferentes árbitros que componen a dichos tribunales.⁸⁰ Por tanto, si un tribunal quiere que su decisión pueda ser usada como marco de referencia y pueda influir en los

tribunales que analicen cláusulas similares en el futuro, deberá interpretar la cláusula adoptando diferentes métodos de interpretación. De este modo, se garantiza que estos tribunales no descarten una interpretación por interpretar solo literalmente el tratado aplicable al caso concreto, el cual podría diferir en su redacción en aspectos menores de las otras cláusulas que sean analizadas por estos otros tribunales en el futuro.

Asimismo, también se garantiza que, al adoptar diferentes métodos interpretativos, se brinde una interpretación que sea más acorde con los métodos interpretativos preferidos por los distintos tribunales que interpreten cláusulas similares en el futuro. Por ejemplo, si un tribunal adopta diferentes métodos de interpretación al interpretar una cláusula de denegación de beneficios, entre los que se incluye el método funcional, y en el futuro otro tribunal, que debiera interpretar una cláusula similar en otro caso, diera preponderancia a la interpretación funcional por las preferencias personales de los árbitros que lo componen, entonces es probable que dicho tribunal se vea persuadido, o por lo menos considere, la interpretación del tribunal inicial que interpretó una cláusula de denegación de beneficios similar en base a diferentes métodos interpretativos entre los que adoptó al método funcional.

Por tanto, por estos motivos adicionales, consideramos que es preferible que los tribunales que deban interpretar cláusulas de denegación de beneficios en el futuro, y particularmente el momento correcto en que estas deban ser invocadas por los Estados, adopten diferentes

78. Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, (UK: Cambridge University Press, 2007) 231.

79. Nos referimos a la tendencia mayoritaria, que considera que la cláusula puede invocarse con posterioridad al inicio del arbitraje, y a la tendencia minoritaria, que considera que la cláusula solo puede invocarse con anterioridad al inicio del arbitraje. Ambas tendencias han sido explicadas en detalle en la sección 3 del presente trabajo.

80. Cole, Tony, *The Structure of Investment Arbitration* (London: Routledge, 2013) 81. [t]he law applicable in a dispute is usually found in a bilateral agreement, applicable only between the two states connected to the dispute, rather than in a multilateral treaty or customary international law. Moreover, the international investment community itself is profoundly divided on many issues of substantive law, meaning both that the interpretation given to international investment law by a tribunal will be determined largely by those who sit on it, and that even the most authoritative texts are recognized as representing only their authors' own views, rather than constituting a clarifying statement of the law as it actually stands").

métodos de interpretación y no se limiten a interpretar literalmente este tipo de cláusulas.

V. CONCLUSIONES

A partir de los casos analizados y las consideraciones expuestas anteriormente, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- i. Primero, existen dos tendencias en torno a la interpretación de las cláusulas de denegación de beneficios en los tratados concluidos por Estados Unidos. Por un lado, una tendencia mayoritaria que propone que la cláusula puede invocarse con posterioridad al inicio del arbitraje, y por otro lado, una tendencia minoritaria que propone que la cláusula solo puede invocarse con anterioridad al inicio del arbitraje.
- ii. Segundo, los tribunales que han analizado la invocación de las cláusulas de denegación de beneficios en los tratados suscritos por Estados Unidos han adoptado en todos los casos un método de interpretación literal, ya sea como único método de interpretación aplicable, o como uno de los diversos métodos de interpretación a los que se ha recurrido.
- iii. Tercero, se considera adecuado que los tribunales arbitrales que interpreten las cláusulas de denegación de beneficios en los tratados suscritos por Estados Unidos recurran de manera simultánea a los diversos métodos de interpretación recogidos por la CVDT, y no se limiten a aplicar únicamente el método de interpretación literal.

Solución de Controversias en materia de Inversión Extranjera: Perspectiva de los Estados Latinoamericanos y Modelo Convergente

Dispute Resolution in Foreign Investment: The Perspective of Latin American States and a Convergent Model



CHRISTIAN ARMANDO CARBAJAL VALENZUELA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Maestría en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Warwick – Inglaterra
Profesor de Arbitraje Internacional en la Pontificia Universidad Católica de Paraná y en la Universidad del Valle de Itajaí, en Brasil, así como en la Universidad de Lima y la Universidad ESAN, en Perú.

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Maestría en Derecho con mención en Derecho de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor en cursos de Derecho Concursal, Arbitraje Comercial y Arbitraje en Contratación Pública en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

SUMARIO:

- I. Introducción**
- II. Latinoamérica como principal región demandada en el mundo.**
 - 1. Tratados Bilaterales de Promoción de Inversiones —BITs— y Capítulos de Inversión en Tratados de Libre Comercio —TLCs— en Latinoamérica.**
 - 2. Modelo tradicional de solución de controversias de inversión en Latinoamérica: Arbitraje Internacional de Inversiones —All—Ius Standi de inversionistas vs. Estados.**
 - 3. La experiencia del Perú como uno de los principales actores del Arbitraje Internacional de Inversiones en Latinoamérica.**
- III. Discusiones en UNCITRAL relativas a la reforma del sistema de solución de controversias de inversión: La posición de los Estados latinoamericanos.**
 - 1. Creación de un Tribunal Permanente de Inversiones.**
 - 2. Coherencia en las decisiones dictadas por Tribunales de Inversión.**
- IV. El modelo brasileiro en materia de solución de controversias de inversión —ACFIs—.**
 - 1. Modelo preventivo y no adversarial, prevalencia de mecanismos de protección diplomática. Ventajas y desventajas.**
 - 2. Modelo Brasileiro de Acuerdo de Inversiones: Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones —ACFI—.**
- V. Hacia un modelo convergente de tratado de inversiones en Latino América**
- VI. Conclusiones**



RESUMEN:

El presente artículo analiza la evolución del sistema de solución de controversias en inversiones extranjeras en América Latina, resaltando el protagonismo de la región en arbitrajes internacionales. Asimismo, se analizan los efectos de los BITs y TLCs, así como las críticas al modelo tradicional. Por otro lado, se contrasta la experiencia del Perú con el enfoque preventivo del modelo brasileiro. Además, se abordan las propuestas de reforma impulsadas por UNCITRAL. Finalmente, se plantea un modelo convergente que equilibre intereses públicos y privados.

Palabras clave: Arbitraje Internacional, Solución de Controversias, Tratados Bilaterales de Promoción de Inversiones y Inversión en Tratados de libre comercio

ABSTRACT:

This article analyzes the evolution of the foreign investment dispute settlement system in Latin America, highlighting the region's leading role in international arbitration. It also analyzes the effects of BITs and FTAs, as well as the criticisms of the traditional model. On the other hand, the Peruvian experience is contrasted with the preventive approach of the Brazilian model. It also discusses the reform proposals promoted by UNCITRAL. Finally, a convergent model that balances public and private interests is proposed.

Keywords: International Arbitration, Dispute Settlement, Bilateral Investment and Investment Promotion Treaties and Free Trade Agreements.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe la menor duda que, en las últimas décadas, el uso del arbitraje se ha constituido en la herramienta favorita para dirimir las disputas internacionales relacionadas a inversiones. Sea en la relación inversionista – Estado, como en la relación Estado – Estado, el arbitraje internacional de las inversiones es un mecanismo pactado y recurrido en los contratos y Tratados que lo prevén.

En un mundo globalizado y donde las tecnologías e información tienen un peso gravitante en las relaciones comerciales, armonizar los mecanismos de solución de controversias es una necesidad imperiosa. A tal efecto, por un lado, se establecieron pactos bilaterales entre dos países para promover las inversiones y brindar seguridades a los inversores nacionales de cada país, como es el caso de los Tratados Bilaterales de Promoción de Inversiones (BITs); y, por otro lado, se trabajaron acuerdos mayores, principalmente a nivel regional, para asegurar el cumplimiento de los Estados de derechos mínimos a favor de los inversionistas foráneos, siendo que su incumplimiento es sometido a foros arbitrales internacionales para su resolución.

Nuestro país no ha sido la excepción. Al respecto, la Constitución Política del Perú de 1993, con

un régimen económico liberal, que postula la libertad de empresa, el respeto a la propiedad privada y el rol subsidiario del Estado en el quehacer económico, autorizó expresamente a este y a otras entidades de Derecho Público a resolver sus controversias con particulares ante tribunales arbitrales internacionales, constituidos en virtud de Tratados en vigor. Esta norma constitucional fue desarrollada por el Decreto Legislativo N° 1071, la Ley de Arbitraje, y por normas relativas a Inversiones Extranjeras, entre otras, que ratificaron en el Perú esta posibilidad de acudir al arbitraje internacional en materia de inversiones.

Latinoamérica -con algunas excepciones- ha seguido el mismo derrotero, suscribiendo un número considerable de BITs, Acuerdos de Promoción Comercial (APCs) y Tratados de Libre Comercio (TLCs), sobre todo, desde la década de los 90, con el propósito de atraer inversiones a sus respectivos países.

Si bien esto último ha ocurrido, también se ha presentado un número creciente de demandas usando tales instrumentos. En efecto, como veremos más adelante, América Latina lidera hoy la lista de países demandados por inversionistas extranjeros ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI) con más del 40% de casos ante dicho foro arbitral de inversiones.

El modelo tradicional de solución de controversias de inversión en Latinoamérica no ha estado exento de críticas (independientemente de los resultados obtenidos en los laudos arbitrales). Como producto de dichas críticas, se han hecho esfuerzos en los últimos años para que los Capítulos de Inversión de los TLCs reflejen una visión más equilibrada entre la protección del interés privado y del interés público.

En el presente artículo veremos cuáles son esas modificaciones y cuáles los nuevos alcances que se desea dar a ellos. Asimismo, abordaremos las discusiones en UNCITRAL relativas a la reforma del sistema de solución de controversias de inversión, como es el caso de la creación de un Tribunal Permanente de Inversiones y de un mecanismo de revisión de laudos arbitrales de inversión, y cuál ha sido la posición de los Estados latinoamericanos al respecto.

Igualmente, como una experiencia muy particular, y distinta al del resto de países de la región, describiremos el modelo brasileiro en materia de solución de controversias de inversión con su Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFIs) el cual tiene un enfoque preventivo y no adversarial, donde prevalecen mecanismos de protección diplomática, con las consiguientes objeciones que ello puede traer.

Finalmente, apuntaremos hacia la necesidad de contar con un modelo convergente de tratado de inversiones en Latinoamérica, que exprese el progresivo reconocimiento por parte de todos los Estados de la región del estándar mínimo de trato a la inversión extranjera, incluyendo la prohibición de la arbitrariedad estatal, la denegación de justicia y la protección de las legítimas expectativas para la inversión.

II. LATINOAMÉRICA COMO PRINCIPAL REGIÓN DEMANDADA EN EL MUNDO

1. Tratados Bilaterales de Promoción de

Inversiones —BITs— y Capítulos de Inversión en Tratados de Libre Comercio —TLCs— en Latinoamérica.

En Latinoamérica, el diseño de los mecanismos de resolución de disputas en materia de inversiones ha dado un giro considerable en las últimas décadas motivado, principalmente, a: (i) las corrientes económicas tendientes a la mayor participación de los capitales privados (nacionales y extranjeros) en distintos sectores económicos, algunos considerados “estratégicos”, como el gas, hidrocarburos, telecomunicación y otros, con su necesaria desregulación; y (ii) la necesidad de atraer a esos capitales para dinamizar economías en crisis producto de recetas estatizadoras ligadas a una planificación central del Estado en la conducción económica, en un rol cuasi monopolístico en la oferta de bienes y servicios.

Históricamente, antes de ese giro, el inversionista extranjero, ante un problema contractual con el Estado receptor de su inversión, se veía compelido o bien a recurrir a las Cortes o Tribunales locales de ese mismo Estado, o bien a pedir la intervención de su Gobierno para que este, a su nombre, protegiese su inversión frente al Estado receptor, a través de la vía diplomática, por medio de Principio de Protección Diplomática. Así, bajo la dirección de la cláusula Calvo, *“en América Latina, por mucho tiempo, la opinión predominante fue que los inversionistas extranjeros estaban obligados a someterse a los tribunales locales en igualdad de condiciones que los nacionales de ese Estado”*¹.

Sin embargo, sostener ese diseño de solución de disputas de inversión, hoy en día, es inviable, si es que un Estado desea tener una imagen atractiva para inversionistas foráneos y captar la mayor cantidad de capitales. Ello, da respuesta a la celebración de un número cada vez mayor de Tratados Bilaterales de Promoción de Inversiones (BITs) y Tratados de Libre Comercio

1. Ali, Arif. Breves notas sobre el Arbitraje de Inversión. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 9. Magna Editorial. Lima, 2009. Págs. 3-4.

(TLCs) con sendos Capítulos de Inversión, en Latinoamérica.

El caso del Perú es un ejemplo de lo anterior. Con más de 35 BITs suscritos y 22 TLCs celebrados a la fecha², nuestro país ha apostado por la apertura comercial, la promoción de inversiones y la solución de controversias relativas a ellas a través del arbitraje internacional de las inversiones. Igualmente, a nivel global, actualmente, tenemos 165 Estados que han firmado y ratificado el Convenio CIADI³ y se someten voluntariamente a la administración de este órgano del Banco Mundial para la tramitación de sus arbitrajes de inversión.⁴

Ahora bien, sin perjuicio que la solución de disputas en materia de inversiones pueda ampararse en cláusulas arbitrales contenidas en los contratos particulares del inversor con el Estado o en convenios macro de estabilidad jurídica, o incluso en legislación especial de promoción a la inversión extranjera; lo cierto es que, los arbitrajes de inversión se sustentan decididamente en acuerdos bilaterales, como es el caso de los BITs, o acuerdos de libre comercio o tratados multilaterales de protección de inversiones, como es el caso de los TLCs.⁵

Los BITs y TLCs nacidos del Derecho Internacional de las Inversiones, en palabras de Kundmüller, buscan el balance de dos factores: (i) coadyuvar al crecimiento económico global otorgando estabilidad a las inversiones y seguridad a los inversionistas extranjeros, en sus

estipulaciones sobre flujo de inversiones; y (ii) al mismo tiempo que ofrece seguridades a la inversión y al inversionista, garantiza el respeto a la soberanía de los Estados, en armonía con el Derecho Internacional Público, lo que permite al inversionista iniciar en forma directa un arbitraje contra un Estado, sin necesidad de acudir a la jurisdicción estatal del Estado receptor de la inversión.⁶

A la fecha existen alrededor de 2835 BITs, cientos de ellos corresponde a países de Latinoamérica.⁷ Resulta interesante advertir que muchos de los acuerdos contemplan no sólo disposiciones para la liberalización del comercio recíproco mediante la eliminación de aranceles y otras medidas restrictivas del comercio, sino también, compromisos en asuntos como el tratamiento a la inversión extranjera, compras gubernamentales, facilitación del comercio y la propiedad intelectual, entre otros. De esa manera, se establecen normas y reglamentaciones internacionales, negociadas bilateral o regionalmente, que complementan los compromisos asumidos por los países en el marco de acuerdos de integración regional, como la Comunidad Andina, o a nivel multilateral, la Organización Mundial del Comercio (OMC).⁸

Uno de esos temas contenidos en los acuerdos y TLCs de última generación se enfocan a la solución de controversias nacidas de dichos Tratados, para lo cual se crean nuevos estándares internacionales. *“El arbitraje como medio de solución de controversias entre inversionistas y Estados es hoy*

2. Información disponible en <https://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/>

3. Información disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>

4. Hay que tener presente que el auspicio del CIADI, acaso el más recordado, no es el único para la solución de disputas en materia de Inversión. Existen arbitrajes ad hoc bajo las Reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), así como arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Internacional (ICC), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) y otras instituciones arbitrales de reconocido prestigio internacional.

5. Ali, Arif. Op. cit.

6. Kundmüller, Franz. El arbitraje y los Tratados de Libre Comercio. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 1. Editorial Grijley. Lima, 2005. Págs. 149-150.

7. Información disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

8. Rodríguez, Miguel. Tratados de Libre Comercio en América del Sur. Serie: Políticas públicas y transformación productiva. Corporación Andina de Fomento – CAF. 2012.

parte del estándar internacional comprendido en los capítulos de inversión de los TLCs y también en las normas de solución en controversias de los TBIs. Al igual que otras instituciones jurídicas, el arbitraje en inversiones evoluciona en la medida que avanza la producción normativa y jurisprudencial especializada en la materia”.⁹ Incluso, algunos autores, llaman a reflexionar sobre la posibilidad de contar con un foro interestatal que intercambie experiencias para un BIT “modelo” para Latinoamérica, con los ajustes que sean necesarios para cada país en particular.¹⁰

Otros autores, igualmente, resaltan como, en este proceso de reforma del Derecho Internacional de las Inversiones, se incorporan aspectos propios del Derecho Público, así como otras áreas del Derecho Internacional, originalmente no consideradas en la práctica de los tribunales arbitrales, siendo que, producto de lo anterior, se están dando cambios en el arbitraje de inversión, como por ejemplo, mayor transparencia, audiencias públicas, el uso de los *amicus curiae*, la publicación de laudos, entre otros.¹¹

A continuación, veremos como el modelo original o tradicional para la solución de controversias en materia de inversión, con el paso de los años, ha operado una evolución, no solo en la forma que han adoptado los Tratados (BITs, TLCs y otros) para alcanzar una regulación integral en las relaciones comerciales, sino para potenciar y equilibrar las reglas arbitrales en sus respectivos capítulos de inversión.

2. Modelo tradicional de solución de controversias de inversión en Latinoamérica

ca: Arbitraje Internacional de Inversiones —All— – lus Standi de inversionistas vs. Estados.

El incremento en los países latinoamericanos del uso del arbitraje internacional en materia de inversiones se encuentra directamente relacionado con las reformas producidas en la región a partir de la década de los 90, cuyo objetivo fue la liberalización y desregulación de los mercados, la apertura al libre comercio, la atracción de capitales y la consolidación de marcos normativos nacionales e internacionales promotores y protectores de la inversión extranjera.

Como consecuencia del gran número de BITs suscritos por los países latinoamericanos durante la década de los 90, América Latina lidera hoy la lista de países demandados por inversionistas extranjeros ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI). De un total de 920 casos, de 1972 a junio de 2023, los países latinoamericanos participaron como Estados demandados entre 40% a 45% de los mismos, la mayoría de los cuales están relacionados con los sectores de minería, hidrocarburos, energía, construcción, transporte e infraestructura, entre otros.¹²

Argentina, ha participado en más de 59 casos, liderando la lista de países demandados, debido principalmente a circunstancias de emergencia producidas por la crisis económica y financiera de los años 2001 y 2002, lo que originó controversias con diversos inversionistas extranjeros, la mayoría referidas a contratos de prestación de servicios públicos, entre otros.¹³



9. Kundmüller, Franz. Op. Cit. Pág. 177.

10. Graham, James. Hacia una doctrina Latinoamericana em materia de arbitraje sobre Inversión extranjera. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México – UNAM. México D.F., 2013.

11. Carbajal, Christian. Arbitragem Internacional como mecanismo de atração e proteção de investimentos estrangeiros. IV Congresso Internacional da Arbitragem da CAMESC. Santa Catarina, 12 de julho de 2019.

12. ICSID Caseload – Statistics, Issue 2023 – 2 (https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2023.ENG_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue.2_ENG.pdf)

13. En relación a este punto, debe tenerse en consideración la siguiente opinión en sí misma controvertida: “[...] Las demandas interpuestas por los inversionistas extranjeros contra la República Argentina ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI (20 demandas por más de tres mil millones de dólares y 40 reclamos en etapa inicial), producto de la ejecución de las cláusulas arbitrales previstas en los Trata-

(Continúa en la siguiente página)

Igualmente, otros países latinoamericanos tienen una participación significativa en diversos procesos arbitrales como Estados demandados ante el CIADI, tales como Venezuela (55), México (47) y Perú (45)¹⁴.

Aparentemente, los Estados latinoamericanos cuando ratificaron un gran número de BITs durante los años noventa, no calcularon la magnitud de las implicaciones económicas que se derivarían de las obligaciones internacionales asumidas mediante estos Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversión Extranjera, así como de los laudos arbitrales resultantes, sin imaginar que Latinoamérica sería la región con mayor participación en arbitrajes internacionales de inversión, ocupando el Perú en 2024 la cuarta posición¹⁵. Esta participación históricamente mayoritaria de nues-

tra región en el sistema¹⁶ justifica la posibilidad de debatir con seriedad un modelo propio de tratado de inversiones, que tome en consideración nuestras características particulares, como veremos más adelante¹⁷.

3. La experiencia del Perú como uno de los principales actores del Arbitraje Internacional de Inversiones en Latinoamérica.

En relación al arbitraje internacional en materia de inversión extranjera, el Perú adoptó inicialmente, desde los años 60 hasta la década de los 80, al igual que todos los países latinoamericanos, posiciones restrictivas y claramente hostiles al arbitraje internacional de inversiones, propias de épocas en que la cláusula o doctrina Calvo era incorporada en las Constituciones Políticas nacionales, exigiendo

dos Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBIs) ante la emisión de leyes de emergencia mediante las cuales se facultó principalmente al poder ejecutivo para la rescisión de los contratos públicos y la inaplicación de los factores de reajuste o indexación, rebasan, en la opinión de un amplio sector de la doctrina, la finalidad de estos tratados que era la de resolver – entre otras – cuestiones ordinarias de discriminación o expropiación indirecta, en condiciones también ordinarias y no de gran convulsión social como las acontecidas en Argentina”. Linares, Mario. *Inversión Extranjera, Contratos Públicos y Arbitraje Internacional. La Experiencia Argentina y su Incidencia en Latinoamérica*. En: Revista de Derecho Yachaq, Nº 5, Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco, Perú, 2007, pág. 323.

14. “The first milestone took place between 2002 a 2003 and is mainly identified with the Argentinian economic crisis and the corresponding state measures that were taken to reestablish public stability and confidence, as well as the Mexican irruption into the NAFTA integration scheme with USA and Canada. The second peak went from 2010 to 2013, when 23 case were held against Venezuela on the occasion of a wave on nationalizations of foreign-owned companies, supported by the left-oriented government of Hugo Chaves. Finally, a later pinnacle happened between 2017 and 2019, and was principally related to cases carried out against Colombia (8 cases) and Peru (8 cases). These cases are related with the consolidation of constitutional orders cognizant of human rights and the environment”. Velasquez – Ruiz, Marco A. and others. *Introduction—Legal Protection Offered to Foreign Investment in Latin America: Context and General Trends*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pag. 15.
15. Carbajal Valenzuela, Christian. *Arbitraje entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión en América Latina: el caso del TLC entre Perú y Estados Unidos*. En: Lima Arbitration No. 3 – 2008/2009, pág. 76.
16. “..... the current trends in international investment arbitration show that Latin America is one of the regions with the highest amount of litigation of this type, and that cases are configured in the field of access and use of land and natural resources. Therefore, there is a high incidence of lawsuits from companies in the extractive and infrastructure industries”. Velasquez – Ruiz, Marco A and others. *Introduction—Legal Protection Offered to Foreign Investment in Latin America: Context and General Trends*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pag. 20.
17. “.....¿Por qué pensar en desarrollar una doctrina latinoamericana en materia de arbitraje, si el arbitraje es “internacional” y si fuera posible “delocalizado”? No se trata en nuestra opinión tanto de crear compartimentos regionales en la materia, sino hacer una aportación a la reflexión global. América Latina, como otros continentes, tiene en la actualidad particularidades que los dos grandes actores del arbitraje, Estados Unidos y Europa, no tienen, y que deben ser tomadas en cuenta...”. Graham, James. *Hacia una Doctrina Latinoamericana en Materia de Arbitraje sobre Inversión Extranjera*. En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, págs. 359 - 360.

el sometimiento de estas controversias a las respectivas cortes judiciales y rechazando la protección diplomática¹⁸.

La Constitución Política del Perú de 1993, con un régimen económico y jurídico liberal, autorizó expresamente al Estado y a otras entidades de Derecho Público a resolver sus controversias con particulares ante tribunales arbitrales internacionales, constituidos en virtud de Tratados en vigor. Esta norma constitucional fue reglamentada por la Ley de Arbitraje y por normas relativas a Inversiones Extranjeras, entre otras, que ratificaron en el Perú esta posibilidad de acudir al arbitraje internacional en materia de inversiones.

Esta transformación en la concepción de la soberanía absoluta del Estado peruano, que impedía el arbitraje internacional, en un concepto de soberanía relativa, que autoriza e inclusive promueve el arbitraje internacional de inversiones, fue una consecuencia natural de la necesidad de insertar de manera plena al Perú en el mercado global.

El Perú ha suscrito aproximadamente 33 BITs y 28 Acuerdos Comerciales, muchos con capítulos de inversión, con diversos países de Europa, América y Asia, encontrándose varios acuerdos en etapa de negociación.

Estos convenios incorporan principios y estándares mínimos de protección a las inversiones extranjeras, que para algunos doctrinarios forman parte de la costumbre internacional,

tales como la cláusula de tratamiento justo y equitativo¹⁹, cláusula de tratamiento nacional, cláusula de la nación más favorecida, de seguridad y protección plenas a la inversión, de compensación por pérdidas o expropiaciones directas o indirectas, libre transferencia de activos, entre otros.

En relación a los mecanismos de solución de controversias con inversionistas extranjeros, todos los BITs y TLCs suscritos por el Perú incorporan el *Ius Standi* del inversionista frente al Estado. No obstante, no incorporan un tratamiento uniforme. Algunos de ellos establecen arbitraje internacional como mecanismo disponible, previa tentativa obligatoria de solución de la controversia ante las cortes judiciales locales durante un período de tiempo determinado. Otros tratados incorporan acceso directo al arbitraje internacional en la medida en que la controversia no haya sido sometida por el particular a los tribunales judiciales o administrativos locales. Otros, en cambio, establecen vías paralelas, es decir, Corte Judicial local o Arbitraje Internacional, teniendo el inversionista el derecho de elección.

Adicionalmente a los Convenios de Estabilidad Jurídica entre el Estado y los particulares, los BITs y TLCs, los inversionistas extranjeros en la mayoría de los países latinoamericanos, y en particular en el Perú, cuentan con otros instrumentos internacionales que protegen la inversión. El Perú ratificó el Convenio CIADI, los Convenios MIGA y OPIC que son seguros internacionales contra riesgos no comerciales

18. “[...] Tradicionalmente Latinoamérica ha sido considerada como un subcontinente hostil al arbitraje ... Esta afirmación resulta fácil de demostrar, simplemente apelando a las pobrísimas legislaciones arbitrales que nos han regido hasta hace muy pocos años y a la casi nula aceptación de tratados arbitrales universales, como son la Convención de Nueva York y la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) ... Sin embargo, a partir de la década pasada las cosas han comenzado a cambiar para bien”. Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, Perú, 2007. Pág. 80.

19. “[...] El trato justo y equitativo que se otorga a las inversiones extranjeras es un principio general que no tiene una definición precisa. Su significado y alcance es un asunto de interpretación en cada caso en particular. Su incorporación en los BITs puede servir para múltiples propósitos: como un elemento complementario en la interpretación de cláusulas específicas del BIT, o para llenar vacíos en este, la legislación nacional o en contratos con el Estado”. Vega, María del Carmen. *Convenios Internacionales de Promoción y Protección de Inversiones*. En: Guía Legal de Negocios. Invirtiendo en el Perú. Promperú. Lima, Perú, 1998, pág. 117.

o políticos y también las Convenciones Multilaterales de Panamá y Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales, que permiten el reconocimiento y ejecución en forma casi automática de laudos extranjeros en el Perú, salvo causales de exclusión taxativamente establecidas.

El Perú, por el momento, ha participado como Estado demandado ante el CIADI en 45 casos, relativos a inversiones extranjeras en los sectores de minería, energía, petróleo y gas, infraestructura, telecomunicaciones, financiero, industria alimenticia y pesca. Algunos de los casos están referidos también a Convenios de Estabilidad Jurídica y Tributaria suscritos por el Estado peruano. En los casos que involucran al Estado peruano, los inversionistas demandantes son de nacionalidad francesa, chilena, norteamericana, china, argentina, británica, española, canadiense, holandesa, colombiana, mexicana, de Singapur y de Luxemburgo - Brasil. De los 45 casos en que el Perú ha participado, 26 ya han concluido, 19 en curso, con la mayoría de los casos concluidos con laudos favorables al Perú o mediante transacción.

Los BITs originales de los 90s y el arbitraje internacional de inversiones han sido objeto de críticas debido a que contenían básicamente derechos de inversionistas y obligaciones de los Estados, lo que se vio inicialmente reflejado en laudos arbitrales en su mayoría favorables a los inversionistas demandantes.

Como producto de dichas críticas, los Capítulos de Inversión de los TLCs, desde el año 2005, reflejan una visión más equilibrada entre la protección del interés privado y del interés público. Actualmente aproximadamente 3200 tratados de inversión a nivel mundial están siendo revisados para garantizar mayor coherencia con

otros tratados y sistemas normativos que protegen el interés público (estabilidad económica, medio ambiente, salud pública, derechos humanos, patrimonio cultural, responsabilidad social empresarial, lucha internacional anticorrupción, específicos objetivos de desarrollo, entre otros).

Las principales modificaciones contenidas en los Capítulos de Inversión de los TLCs, en relación a los BITs, que en su mayoría favorecen a los Estados, se refieren a los siguientes puntos:

- a. Fomento de mecanismos autocompositivos – negociación o mediación (anterior o paralelo al arbitraje);
- b. Limitación o prohibición de arbitrar determinadas materias (que antes eran arbitrables), tales como temas tributarios, ambientales, entre otros;
- c. Mayor transparencia en los procesos arbitrales, con posibilidad de audiencias públicas, mayor participación de *amicus curiae*, publicación de laudos arbitrales, entre otros²⁰, siendo que esta mayor transparencia favorece también la lucha internacional contra la corrupción;
- d. Inclusión en los TLCs de mecanismos de apelación al interior del propio proceso arbitral CIADI, siempre de mutuo acuerdo. Esta necesidad de doble instancia se debe a la proliferación de laudos contradictorios;
- e. El Tribunal antes de emitir el laudo arbitral, si las partes lo requieren, podrá presentarles el proyecto de laudo arbitral para sus comentarios, los mismos que serán considerados por el tribunal arbitral. La intención es promover el carácter consensual en la resolución de la controversia;
- f. Se incluyen en los TLCs precisiones a diversos estándares de protección a la inversión

20. « ...as Professor Schill, and other distinguished scholars have suggested, that legitimacy, in a more idealistic and philosophical sense, should now be understood to require maximum transparency as well as procedures which allow for participation of as many citizens or non-governmental organizations as possible ». Kessler, Judd L. *Investment Arbitration, Legitimacy and National Law in Latin America: An Arbitrator's Perspective*. En: The American Review of International Arbitration. 2016, Vol. 27, No.3, pag. 308. Center for International Commercial and Investment Arbitration. Columbia Law School.

(trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, trato justo y equitativo), reduciendo con ello la discrecionalidad de los árbitros y generando mayor previsibilidad y menos inconsistencias en los laudos arbitrales de inversión;

- g. En cuanto al concepto de expropiación indirecta, la tendencia es incorporar en los TLCs listas detalladas de actividades regulatorias de los Estados, que en principio no podrán ser consideradas medidas expropiatorias indirectas (como era antes), no dando lugar a arbitraje de inversiones o al deber de compensación por parte del Estado. Es el caso de reglamentaciones estatales relativas a la protección del “bien-estar público” (salud pública, seguridad y medio ambiente);
- f. A pesar de lo mencionado en el punto anterior, se incluyen factores de análisis de los actos estatales, por parte de los Tribunales Arbitrales, como el impacto económico de la medida regulatoria, la posible interferencia negativa con las legítimas expectativas del inversionista, el carácter no discriminatorio de la medida, etc. Esto es así porque el mayor respeto a las facultades regulatorias estatales no debe interpretarse como carta blanca para arbitrariedades estatales, no bastando que el Estado invoque el interés público para liberarse automáticamente de responsabilidad.

A pesar de estos cambios en el contenido de los Tratados de Inversión, hacia un mayor equilibrio entre el interés privado y el interés público, lo cual favorece a los Estados, se encuentran en curso, en diversos foros internacionales, iniciativas de reforma del Sistema de Solución de Controversias de Inversión, como es el caso del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL, así como la propuesta de modelos alternativos de Tratados

de Inversión, siendo el caso del Convenio ACFI de Brasil, conforme pasamos a analizar.

III. DISCUSIONES EN UNCITRAL RELATIVAS A LA REFORMA DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN: LA POSICIÓN DE LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS

Desde el año 2013, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), por medio del Grupo de Trabajo III, viene discutiendo diversas propuestas de reforma al Mecanismo de Solución de Controversias Inversionista-Estado (ISDS).

Las principales preocupaciones de UNCITRAL, entre otras, están referidas a la supuesta falta de consistencia, coherencia, previsibilidad y corrección de los laudos arbitrales de inversión²¹. El Grupo de Trabajo decidió abordar las interpretaciones aparentemente inconsistentes de las disposiciones de los Tratados de Inversión y de otros principios relevantes del Derecho Internacional por parte de los Tribunales de Inversión²² y el hecho de que muchos tratados vigentes incorporan mecanismos limitados o prácticamente nulos que permitan superar esta incoherencia e incorrección de los laudos arbitrales²³.

UNCITRAL también identificó otras cuestiones a ser examinadas, tales como la conveniencia de distintos métodos autocompositivos y alternativos al arbitraje para resolver controversias de inversión, la promoción de métodos de prevención de controversias;²⁴ el agotamiento de recursos internos, la participación de terceros en los procesos arbitrales (*amicus curiae*) y el riesgo regulatorio (*regulatory chill*).

Parte de las discusiones que se producen en el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL sobre la re-

21. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionistas – Estado), Sesión 36, 1 25, U.N. Doc. A/CN.9/964 (Nov. 6, 2018).

22. *Ibid.*, 40.

23. *Ibid.*, 63.

24. Knieper, Judith y Haddad, Jonathan. “The History, Evolution, and Future of the UNCITRAL Mediation Framework”.

forma del sistema de solución de controversias de inversión, que buscan mayor coherencia y previsibilidad en las decisiones, incluyen como posibilidad, la creación de un Tribunal Permanente de Inversiones y un mecanismo de revisión (Corte de Apelación de Inversiones).

1. Creación de un Tribunal Permanente de Inversiones

En su 38º período de sesiones, UNCITRAL formalizó las discusiones sobre la creación de un Tribunal Permanente de Inversiones²⁵.

Los principales partidarios de un Tribunal Permanente son la Unión Europea, Canadá, Singapur, entre otros²⁶. La propuesta fue formulada por la Unión Europea de la siguiente manera:

“Un mecanismo permanente deberá tener dos niveles de adjudicación.

Un tribunal de primera instancia conocerá las controversias. Llevará a cabo, como lo hacen hoy los tribunales arbitrales, la determinación de los hechos y luego aplicará la ley aplicable a estos hechos. También se ocupará de los casos que le devolverá el tribunal de apelación cuando éste no pueda resolver el caso. El tribunal de primera instancia contará con su propio reglamento.

Un tribunal de apelación conocerá las apelaciones contra las decisiones del tribunal de primera instancia. Las causales del recurso de apelación deberán ser errores de Derecho (incluidas deficiencias procesales graves) o errores manifiestos en la apreciación de los

hechos. El tribunal de apelación no deberá realizar un examen de novo de los hechos.

Deberán incluirse medidas para garantizar que no se abuse del mecanismo de apelación. Estas medidas pueden incluir, por citar un ejemplo, exigir una garantía para el pago de costos.

Los adjudicadores serán contratados a tiempo completo. No tendrán ninguna actividad externa. El número de jueces deberá basarse en proyecciones del volumen de trabajo que tendrá el tribunal permanente.

A los adjudicadores se les pagará sueldos comparables a los que se pagan a los jueces de otros tribunales internacionales”²⁷.

Ningún Estado latinoamericano apoyó expresamente la constitución de un Tribunal Permanente de Inversiones como fue propuesto por la Unión Europea. Solamente Ecuador mostró su apoyo a esta posición en el pasado cuando, en 2016, denunció el Convenio CIADI.

Brasil cuestionó la efectividad de este mecanismo de solución de controversias para controversias entre Estados²⁸. Adicionalmente, Brasil generalmente no apoya el sistema ISDS, ya que, de acuerdo a Brasil “*impone una discriminación contra los inversionistas nacionales que no tienen la oportunidad de recurrir al arbitraje internacional y deben resolver cualquier controversia dentro de los tribunales nacionales*”²⁹. Brasil considera que el arbitraje de inversiones constituye una violación de la soberanía nacional y que el ISDS no ofrece un marco estable, coherente o pre-

25. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado) sobre la labor de su 38 período de sesiones, 1 21, U.N. Doc. A/CN.9/1004/Add.1 (28 de enero de 2020).

26. Liang Yong y Zhao Daiwei, «*The developments of ISDS mechanism started by the EU investment court system and China's choice*» (2019) 11 Indian J Int'l Econ L 127. Pág. 134.

27. UNCITRAL Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado) Comunicación de la Unión Europea y sus Estados miembros, 1 12, U.N. Doc. A/CN.9/WG. III/WP.159/Add.1 (24 de enero de 2019), 13-17.

28. Ibid.

29. Anthea Roberts & Zeineb Bouraoui, *UNCITRAL and ISDS Reforms: What are States' Concerns?*, EJIL: TALK! (5 de Junio, 2018), en <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-are-states-concerns>.

visible para los Estados, al estar parcializado a favor de los inversores.

Adicionalmente, Brasil presentó ante UNCITRAL un documento explicando en detalle el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones (ACFI), modelo brasileiro concebido como alternativa a los Convenios Bilaterales de Inversión tradicionales (BITs). El ACFI se inspiró en la experiencia de Corea del Sur con la Oficina del Defensor del Pueblo (Ombudsman) para la Inversión Extranjera (OFIO), cuya prioridad es la prevención de disputas mediante la promoción del diálogo y la comunicación con una agencia administrativa o vinculada a las inversiones extranjeras, con el objetivo de fomentar la cooperación para la resolución temprana de problemas experimentados por inversionistas extranjeros³⁰.

El modelo de tratado brasileiro, que se analizará más adelante, expresa una posición contraria al arbitraje de inversiones, al considerarlo una violación de la soberanía nacional. Además, considera que el ISDS no ofrece un marco estable y predecible para los Estados, al ser un sistema parcializado a favor de los privados. En cuanto a la reforma del ISDS, Brasil apoyó una posición reformista centrada en instituciones permanentes, como el Ombudsman y el Comité Interestatal Conjunto, como se verá más adelante. Por último, Brasil critica abiertamente la alegada falta de coherencia de los laudos arbitrales de inversión.

Chile, Perú y México apoyan una posición contraria a los cambios estructurales en el sistema de solución de controversias de inversión. Sus sugerencias están dirigidas a mejorar el sistema existente más que a alterar sus estructuras centrales. Estos países examinaron conjuntamente el uso de un instrumento procesal multilateral

para implementar las reformas, lo que incluye, principalmente, acceso a un mecanismo de apelación de naturaleza opcional y/o a un tribunal de primera instancia, siempre que se garantice la existencia de diferentes opciones y la posibilidad de que los Estados elijan a qué elementos desean adherirse en cada tratado³¹. Estos 3 países propusieron proyectos de disposiciones que apoyen el establecimiento de un Tribunal Permanente de Inversiones con una arquitectura abierta y opcional, sin embargo, las objeciones de Chile y Perú al desarrollo de dicho mecanismo se mantienen, argumentando que el sistema actual requiere de mejoras en determinados aspectos, pero no necesariamente una reforma de carácter estructural.

A pesar de que los países latinoamericanos no están de acuerdo en la necesidad de un Tribunal Permanente de Inversiones, aun así, podría existir espacio para el desarrollo del mismo en el futuro. No obstante, la principal preocupación planteada por la región ha sido la relacionada con la previsibilidad de los laudos arbitrales dictados por diferentes tribunales de inversión, los cuales no tienen carácter vinculante.

2. La consolidación de un mecanismo de revisión de laudos arbitrales de inversión: el Tribunal de Apelaciones en controversias de Inversión

La necesidad de un Tribunal de Apelaciones (mecanismo de revisión) se centra principalmente en la necesidad de corregir discrepancias entre los laudos de inversión, promover la unidad, la corrección, la previsibilidad y la consistencia en las decisiones arbitrales relativas al Derecho Internacional de las Inversiones³².

El Grupo de Trabajo III de UNCITRAL llegó a la conclusión de que los mecanismos existentes

30. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado) Comunicación del Gobierno del Brasil, 5, Doc. de las Naciones Unidas A/CN.9/WG. III/WP.171 (11 de junio de 2019).

31. Anthea Roberts y Zeineb Bouraoui, *Reformas de la CNUDMI y el ISDS: ¿Qué hace que algo vuele?* EJIL: ¡HABLA! (11 de febrero de 2020), en <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-makes-something-fly/>

32. Albert Jan van den Berg, *Mecanismo de apelación para los laudos de ISDS: Interacción con los convenios de Nueva York y el CIADI*. En: Revista del CIADI, Vol. 34, N.º 1 (2019), pág. 157.

de anulación de laudos "tienen por objeto subsanar deficiencias significativas del procedimiento arbitral, también denominadas de "integridad y equidad del proceso", pero no constituyen necesariamente un mecanismo para abordar las preocupaciones derivadas de decisiones "incorrectas"³³.

Por lo tanto, el sistema actual no está en capacidad de abordar las preocupaciones que surgen de decisiones que podrían ser incorrectas desde el punto de vista de la coherencia del Derecho Internacional de las Inversiones. A la luz de ello, la Secretaría de UNCITRAL elaboró una lista de posibles reformas, incluyendo la posibilidad de un mecanismo de apelación³⁴.

Chile, Ecuador y Colombia presentaron posiciones por escrito a la Secretaría de UNCITRAL. Ecuador destacó la falta de previsibilidad y coherencia en las decisiones de los tribunales de inversión. Para respaldar su posición, Ecuador se refirió a los laudos *Austrian Airlines v. República Eslovaca*³⁵ y *Burlington Resources v. República del Ecuador*³⁶. En ambos casos, los tribunales sostuvieron que las decisiones de otros tribunales no eran vinculantes para ellos. Sin embargo, también concluyeron que los tribunales tienen el deber de respetar las decisiones en casos similares, lo que, a juicio de Ecuador, contribuiría a un desarrollo más armónico del Derecho Internacional de las Inversiones y a garantizar que se respeten las legítimas expectativas de los Estados y de los inversionistas en cuanto a la previsibilidad de las decisiones.³⁷ Además, Ecuador mencionó contradicciones e incoherencias en

cuatro casos importantes que involucraron a Argentina:

*La inconsistencia de las decisiones de los tribunales en el sistema actual ha sido fuente no infrecuente de críticas. Por ejemplo, en CMS vs. Argentina, Sempra v. Argentina y en Enron vs. Argentina, el tribunal arbitral rechazó el argumento de estado de necesidad planteado por el Estado, mientras que en LG&E v. Argentina y en Continental Casualty v. Argentina, el tribunal admitió este mismo argumento de defensa. La incompatibilidad patente entre los laudos se debió a las diferentes interpretaciones del concepto de estado de necesidad en virtud de un Tratado Bilateral de Inversión y del Derecho Internacional Consuetudinario. Casos como estos ilustran las deficiencias del sistema actual*³⁸.

De acuerdo también con su propia experiencia, Ecuador considera que la materia de fondo de los casos sometidos a arbitraje de inversión debe ser sometida a un mecanismo de revisión. Este mecanismo debería tener disposiciones que describan de manera clara qué tipo de violaciones pueden ser objeto de una apelación. Esto evitaría que las partes utilizaran las apelaciones de manera indebida o que las utilizaran con el objetivo de retrasar la ejecución de un laudo. Sobre ello, los recursos de apelación deben limitarse a errores cometidos en la aplicación del Derecho³⁹.

Colombia tiene igualmente claro interés en la creación de una instancia de apelación para los

-
33. Albert Jan van den Berg, *Mecanismo de apelación para los laudos de ISDS: Interacción con los convenios de Nueva York y el CIADI*. En: Revista del CIADI, Vol. 34, N.º 1 (2019), pág. 157. Citando: "Posible reforma de la solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS)" (2018) UN Doc A/CN.9/WG. III/WP.149, párr. 10.
 34. Asamblea General de las Naciones Unidas, «Posible reforma de la solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS): coherencia y cuestiones conexas» (2018) Documento de las Naciones Unidas A/CN.9/WG. III/WP.150 (Nota de la Secretaría), 37-47.
 35. *Austrian Airlines v. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Final, 2009.
 36. *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 2012.
 37. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (*Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado*) Comunicación del Gobierno del Ecuador, 16, U.N. Doc. A/CN.9/WG. III/WP.175 (17 de julio de 2019).
 38. *Ibid.*, 7.
 39. *Ibid.*, párr. 13.

tribunales de inversión⁴⁰. La justificación de ese mecanismo de apelación es similar a la expuesta anteriormente por Ecuador.

Adicionalmente, Colombia considera que la selección de árbitros para el nivel de apelación debe cumplir con requisitos específicos, como un grado significativo de experiencia en materia de arbitraje de inversiones⁴¹.

Si bien Chile no discute en detalle la estructura del mecanismo de apelación, está claramente determinado a que dicho mecanismo sea un aspecto clave de la reforma,⁴² que debe ser discutido y ratificado mediante tratado⁴³.

Perú y México se unieron a Chile en la discusión de la posibilidad de un mecanismo de apelación, siempre que sea opcional, contenido en un instrumento procesal multilateral. En particular, ambos países mostraron su apoyo a un tribunal más abierto, con respecto a las condiciones actuales del Arbitraje Internacional de Inversiones⁴⁴.

Argentina también formuló observaciones, sugiriendo que todas las decisiones de primera instancia puedan ser objeto de apelación, pudiendo ser: las decisiones sobre el fondo de la controversia, sobre las excepciones preliminares a la jurisdicción y admisibilidad, sobre responsabilidad internacional, decisiones que

no sean puramente procesales y decisiones sobre medidas cautelares⁴⁵. Adicionalmente, Argentina argumentó a favor de un efecto suspensivo durante el proceso de apelación, hasta que un laudo definitivo haya sido dictado⁴⁶. Argentina argumentó a favor de un estándar de revisión amplio, en virtud del cual el tribunal de apelación pueda evaluar los asuntos con mayor detalle.

3. Coherencia en las decisiones dictadas por Tribunales de Inversión

La coherencia y consistencia de las decisiones dictadas por los Tribunales de Inversión ha sido una preocupación central en el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL. A medida que los países plantean cuestiones de previsibilidad, transparencia y corrección de los laudos arbitrales de inversión, es posible observar la influencia en este tema de los países latinoamericanos⁴⁷.

Uruguay expresó su preocupación por la "pérdida de control de las inversiones por parte de los Estados"⁴⁸ y señaló que diferentes interpretaciones de las mismas situaciones y cláusulas del tratado por parte de diferentes tribunales de inversión resulta perjudicial para el ambiente de las inversiones. Además, Uruguay subrayó la necesidad de que los tribunales arbitrales mantuvieran coherencia en la interpretación de los tratados, ya que, debido a la falta de cohe-

40. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado (Posible reforma de la ISDS). *Comentarios de Colombia sobre el Proyecto de Disposiciones sobre un Mecanismo Multilateral Permanente: Selección y Nombramiento de los Miembros del Tribunal de ISDS y Asuntos Conexos* (15 de noviembre de 2021). 4.

41. *Ibid.*, 18.

42. UNCITRAL Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado). *Comunicación del Gobierno de Chile, Japón e Israel*, 1-9, U.N. Doc. A/CN.9/WG. III/WP.163 (15 de marzo de 2019).

43. *Ibid.*, págs. 8 y 9.

44. Anthea Roberts & Zeineb Bouraoui, *UNCITRAL and ISDS Reforms: What Makes Something Fly?* EJIL: TALK! (11 de febrero de 2020), at <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-makes-something-fly/>

45. *Comentarios sobre el Proyecto Inicial del Mecanismo de Apelación del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI de la República Argentina*, disponible en: <https://uncitral.un.org/draftworkingpapers>

46. *Ibidem*.

47. Carbajal Valenzuela, Christian y otros. *Latin America's Perspective on the Reform of the Investor-State Dispute Settlement Mechanism*. En: ELGAR Companion to UNCITRAL, 2023, pag. 127.

48. Anthea Roberts y Zeineb Bouraoui, *UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Consistency, Predictability and Correctness* (5 de junio de 2018). En: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness/>

rencia "la misma cláusula de un tratado puede interpretarse de manera diferente a la que se acordó durante la negociación"⁴⁹.

Costa Rica también apoyó las reformas al sistema de ISDS en lo que respecta a la coherencia y consistencia de las decisiones de los tribunales de inversión.

En sus comunicaciones al Grupo de Trabajo III de UNCITRAL, Costa Rica apoyó la creación de un mecanismo para asegurar la interpretación conjunta de las decisiones arbitrales relativas a la práctica de los tratados⁵⁰. Además, Costa Rica sugirió que los tribunales de inversión estén en capacidad de consultar con las autoridades estatales, incluyendo asuntos sobre medidas disconformes, servicios financieros y medidas tributarias⁵¹.

Brasil expresó ante el Grupo de Trabajo de UNCITRAL su preocupación por la situación actual del arbitraje de inversiones. Argumentó *"el carácter controvertido de los acuerdos de inversión que protegen indebidamente a los inversores a expensas del derecho de los países receptores a regular en protección del interés público y la creciente demanda de un enfoque más equilibrado entre inversionistas y Estados"*⁵². Asimismo, Brasil planteó dudas sobre la coherencia y transparencia del proceso, criticando el desarrollo de los arbitrajes de inversión, al considerar que el ISDS es un mecanismo llevado a cabo *"a puerta cerrada, sin el deseable escrutinio de la sociedad y de otras partes interesadas"*⁵³.

Como se desprende de los comentarios de los países latinoamericanos sobre la coherencia de los laudos arbitrales de inversión, la principal preocupación está referida al resultado de los procesos desde la perspectiva de los Estados demandados. Dado que los laudos de inversión no constituyen precedentes vinculantes, los Estados pueden estar sujetos a escrutinio y limitaciones por parte de tribunales arbitrales, sin que existan para ello estándares claramente definidos, pudiendo las decisiones finales variar de manera arbitraria de un caso para otro⁵⁴.

Por lo tanto, las preocupaciones de los países latinoamericanos están referidas, principalmente, a la necesidad de existencia de estándares de Derecho Internacional que sean claros, transparentes, coherentes y consistentes, que debido a su vaguedad no generen responsabilidad a los Estados por cada acto de regulación, respetando así las facultades regulatorias de los Estados dentro de sus fronteras.

La reforma del sistema ISDS es un tema de creciente y profundo análisis y debate durante los últimos años. A medida que la participación de los países exportadores de capital, como Estados demandados, ha ido creciendo durante las últimas tres décadas (esencialmente Estados Unidos y Europa), la necesidad de reglamentar las facultades y derechos otorgados a los inversionistas extranjeros se convirtió en una cuestión de importancia. En este sentido, la labor del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL ha demostrado un esfuerzo constante por corregir

49. Ibidem.

50. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado) *Comunicación del Gobierno de Costa Rica*, U.N. Doc. A/CN.9/WG. III/WP.164 (22 de marzo de 2019). Pág. 4.

51. Ibidem.

52. UNCITRAL, Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado). *Comunicación del Gobierno del Brasil*, 1, Doc. de las Naciones Unidas A/CN.9/WG. III/WP.171 (11 de junio de 2019).

53. Ibid., párr. 13.

54. "...La actuación aislada de los tribunales arbitrales del CIADI; este aislacionismo de los distintos tribunales se traduce en una falta de conexión en el actuar que realiza cada uno de ellos, y por ende, en una falta de concantenación e ilación de sus pronunciamientos. Cabe recordar que en el CIADI no se habla de "jurisprudencia" sino de laudos arbitrales aislados situados en el contexto específico de la demanda presentada (aun cuando) contengan referencias a otros emitidos con anterioridad". Rodríguez Jiménez, Sonia. *Tres Casos Latinoamericanos ante el CIADI: Argentina, México y Ecuador*. En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, pag. 427.

determinadas “deficiencias” del sistema arbitral de inversiones.

Los Estados han destacado la necesidad de coherencia en el arbitraje internacional de inversiones. En este contexto, la propuesta de establecimiento de un Tribunal Permanente de Inversiones se ha convertido en un asunto central para la reforma. No obstante, como se ha visto, es un tema no libre de controversias.

Los Estados latinoamericanos han planteado sistemáticamente cuestiones relevantes para esta reforma, aunque no siempre de manera unánime. Por ejemplo, Chile, Perú y México se oponen a la idea de un Tribunal de Inversiones, formado por jueces permanentes. Consideran que el sistema ISDS no requiere de una nueva estructura, sino una mejora en puntos específicos, como la coherencia y la previsibilidad de los laudos de inversión. Otros países, como Colombia y Ecuador, sí están a favor del establecimiento de un Tribunal Permanente de Inversiones.

Existen temas en los cuales los Estados latinoamericanos muestran una mayor unidad. Por ejemplo, existe relativo consenso sobre el establecimiento de un mecanismo de revisión (apelación), sea obligatorio u opcional.

Finalmente, a medida que continúa la reforma del sistema arbitral de inversiones, la participación en este debate por parte de los Estados latinoamericanos podrá arrojar luz sobre cuestiones especialmente importantes, como la coherencia, la transparencia y la seguridad jurídica de los laudos arbitrales de inversión, contribuyendo en la configuración del futuro Derecho Internacional de las Inversiones.

IV. EL MODELO BRASILEÑO EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN —ACFIS—

1. Modelo preventivo y no adversarial, prevalencia de mecanismos de protección diplomática. Ventajas y desventajas.

El análisis de las tradicionales objeciones de un país como Brasil, importante actor en la

economía regional y mundial, resulta esencial en la evaluación del cumplimiento o incumplimiento de los objetivos originales del CIADI y del sistema arbitral de inversiones en su conjunto. Por ello, resulta importante analizar el modelo alternativo propuesto por Brasil en materia de inversión extranjera, que es el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI), considerando sus virtudes y limitaciones.

Brasil hasta el momento no es Estado parte del Convenio CIADI y tampoco ha ratificado BITs o acuerdos de inversión que incorporen al arbitraje internacional de inversiones como mecanismo de solución de controversias inversionista - Estado, en contraste con la mayoría de los países del mundo, incluidos los países de América Latina, que son parte del sistema arbitral de inversiones desde hace por lo menos tres décadas.

Diversos son los argumentos que invoca Brasil para mantener esta posición contraria al arbitraje internacional de inversiones y a la ratificación de Convenios de Inversión. En opinión de los autores, algunas de dichas objeciones tienen un real sustento jurídico. Otras son anacrónicas o claramente ideológicas. A continuación, pasamos a mencionar estas objeciones de Brasil y nuestras consideraciones.

Primera objeción: Los instrumentos internacionales que regulan la inversión extranjera únicamente protegen al inversionista extranjero, dejando de lado las facultades regulatorias de los Estados, por lo que no son convenientes para Brasil. Esta objeción claramente desconoce la evolución del contenido de los BITs en relación a los TLCs, que son mucho más equilibrados y protectores de las facultades regulatorias estatales, como se mencionó anteriormente. Por otro lado, Brasil señala que nada garantiza que los tratados de inversión (BITs o TLCs) realmente contribuyan a atraer inversión extranjera o si esta inversión al ingresar al país realmente favorecerá el desarrollo económico del Estado receptor. Esta objeción igualmente ignora la existencia de estadísticas que se refieren a los efectos positivos (en algunos casos neutrales,

pero nunca negativos) de los tratados de inversión en la atracción de inversiones⁵⁵.

Segunda objeción: Los Estados han perdido la mayoría de los casos en el sistema arbitral CIA-DI, favoreciendo el sistema únicamente a los inversionistas.

Esta objeción es simplemente inexacta o anacrónica. Hoy el resultado de los laudos de inversión es equilibrado. Los Estados tienen éxito en el 35% de los casos (en cuanto a jurisdicción o méritos), los inversionistas en el 30% de los casos y el 35% de los casos culminó por acuerdo de las partes, por desistimiento del demandante o por falta de pago de los derechos administrativos o arbitrales.

Tercera objeción: El ejemplo de Argentina, que fue demandada en más de 40 casos debido a severas medidas gubernamentales de emergencia adoptadas durante la crisis económica y financiera que vivió durante los años 2001 y 2002.

Entre otras medidas, la “pesificación”, adoptada para enfrentar la crisis y reestructurar la economía. En este proceso, diversos inversores extranjeros efectivamente fueron afectados y demandaron al país ante el CIADI. La situación de Argentina es invocada por Brasil como un referente para no ser parte del CIADI y para no ratificar BITs o Tratados con capítulos de inversión, incorporando al arbitraje internacional de inversiones. Esta objeción puede ser respondida señalando que cada país vive una realidad diferente, de acuerdo a sus propias circunstancias políticas y económicas. Brasil, en lugar de compararse con Argentina, podría, por ejemplo, compararse con el caso del Estado Peruano, que a pesar del gran número de procesos arbitrales de inversión en que ha participado, ha obtenido laudos favorables en la mayoría de los casos.

Cuarta objeción: El arbitraje internacional de inversiones CIADI implica un trato discriminatorio entre inversionistas extranjeros e inversionistas nacionales, considerando que solamente los inversionistas extranjeros tendrían acceso al arbitraje internacional de inversiones. Atenta

también contra la soberanía y el principio jurídico brasileiro de agotamiento de los recursos internos. Es verdad que son debatibles desde un punto de vista jurídico los temas de acceso al arbitraje internacional de inversiones por parte de inversionistas extranjeros y no de inversionistas nacionales, así como el de agotamiento previo de recursos internos. Estos son temas que merecen mayor debate, si comparados con las otras objeciones de Brasil.

Quinta objeción: Brasil ha argumentado tradicionalmente que las grandes dimensiones de la economía brasileira, un mercado en expansión, el crecimiento de la economía y la relativa estabilidad económica y política le permiten a Brasil ser un país atractivo para la inversión, sin ser necesario suscribir ningún acuerdo internacional de promoción y protección de inversiones, exponiendo innecesariamente al país. Es verdad que Brasil ocupa, sin ser parte del sistema, los primeros lugares como país destino de inversiones en el mundo.

Sin embargo, también es cierto que el ISDS no está pensado únicamente desde el punto de vista de los Estados como receptores de inversión, sino también desde el punto de vista de la protección de las inversiones de las empresas transnacionales en el exterior. Por otro lado, si fuera cierto que el argumento de las grandes dimensiones de la economía es suficiente para mantenerse al margen del sistema de protección de inversiones, tanto China como México (de dimensión mayor o similar a Brasil, respectivamente) no se habrían incorporado recientemente al CIADI y no tendrían un número creciente de tratados de inversión ratificados o en vías de negociación.

2. Modelo Brasileiro de Acuerdo de Inversiones: Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI)

En forma paralela y complementaria a las objeciones de Brasil al sistema arbitral de inversiones arriba mencionadas, es importante referirnos brevemente a las principales características del modelo de Acuerdo de Inversión que Brasil ha propuesto y que utiliza para la promoción,

facilitación y protección de inversiones, conocido como ACFI.

Este modelo tiene aspectos positivos desde el punto de vista del derecho sustantivo y ciertas declaraciones favorables, pero también contiene serias limitaciones desde el punto de vista jurisdiccional y de ejecución o protección de dichos derechos sustantivos.

El modelo de Acuerdo está basado en mecanismos autocompositivos y por esta misma razón, apuesta por la solución de controversias mediante mecanismos preventivos, de carácter consensual e incluso diplomáticos, sin el respaldo de instrumentos legales coercitivos, como es el arbitraje internacional⁵⁶. Esta visión puede ser excesivamente optimista, desde el punto de vista de la solución real de una controversia y por esta misma razón, puede resultar poco eficaz⁵⁷.

Entre 2015 y 2023, Brasil firmó catorce ACFIs con países de África, Asia y América Latina, como Mozambique, Angola, Marruecos, Malawi, Etiopía, San Tomé y Príncipe, India, Emiratos Árabes Unidos (EAU), México, Colombia, Chile, Surinam, Guyana y Ecuador. Únicamente tres ACFIs de Brasil han sido ratificados (con Angola, México y EAU). Entre Perú y Brasil se firmó en 2016 un Acuerdo de Ampliación Económico Comercial, con un Capítulo de Inversiones con la misma estructura y contenido de un ACFI.

Como ha sido mencionado, el ACFI privilegia soluciones consensuales y preventivas, con protección diplomática, sin *Ius Standi* de los inversionistas y por ello, sin arbitraje inversionis-

ta-Estado, como ocurre en los BITs y TLCs de los demás países de latinoamericanos.

En materia sustantiva, el Acuerdo incorpora algunos estándares internacionales de protección a la inversión, como trato nacional y no discriminación. Sin embargo, no contempla el principio de trato justo y equitativo o la expropiación indirecta, que son los estándares más utilizados en el arbitraje internacional de inversiones. El ACFI sí contempla obligaciones de inversionistas, como las relativas a responsabilidad social corporativa, protección del medio ambiente y Derechos Humanos. Esto es positivo.

El ACFI es un modelo de Acuerdo de Inversiones, con dos etapas y objetivos claramente definidos: (i) Prevención de controversias inversionista extranjero – Estado; y (ii) Arbitraje Estado – Estado, como último recurso, con indemnización a los inversionistas únicamente de manera excepcional.

Como mecanismo preventivo de conflictos, el ACFI considera 2 etapas:

- a. Punto Focal (Ombudsman) – Cámara de Comercio Exterior de Brasil. Primer punto de contacto del inversionista y del Estado para buscar apoyo y presentar un reclamo, con el objetivo de resolver en forma preventiva la controversia. También es responsabilidad del Ombudsman evaluar, en consulta con las autoridades gubernamentales pertinentes, las reclamaciones recibidas de la otra Parte o de los inversionistas de la otra Parte y emitir recomendaciones

56. “The essence of such institutions is to knit transparent and friendly relations with foreign investors with the objective of minimizing disputes and misunderstandings. This is in line with UNCTAD’s guideline to diversify dispute management processes. An expected consequence is the non-systematic association of international investment law to arbitration and to an underlying (supposed) permanent tension between States and foreign investors”. Monebhurrun, Nitish y Vieira, Leonardo. *Dispute Prevention Methods in the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (CFIAs)*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pag. 162.

57. Carbajal Valenzuela. Christian. *Arbitragem Internacional como Mecanismo de Atração e Proteção de Investimentos Estrangeiros. Objeções do Brasil ao sistema, Modelo Alternativo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) e propostas de reforma da União Europeia*. En: *Transnational Dispute Management (TDM)*, Nov, 2019, pág.10.

al Comité Interestatal Conjunto sobre las medidas necesarias para mejorar el entorno de inversión.

- b. Comité Conjunto Interestatal. Si la etapa anterior ante el Punto Focal (Ombudsman) no tiene éxito, la controversia se presenta al Comité Conjunto para que colabore en una solución de consenso. Se trata de un tipo de mediación, anterior a un eventual arbitraje internacional Estado - Estado. El Comité Conjunto, compuesto por representantes gubernamentales de ambas Partes, supervisa el seguimiento de la aplicación del ACFI, el intercambio de información sobre oportunidades de inversión, la cooperación bilateral en materia de inversiones, las iniciativas de facilitación y, sobre todo, la acción conjunta para la prevención de las controversias, así como la solución amistosa de cualquier cuestión relacionada con las inversiones bilaterales. Con el objetivo de desarrollar sus funciones adecuadamente, así como de trabajar en estrecha colaboración con los inversores, el Comité Interestatal Conjunto tiene la posibilidad de establecer *grupos de trabajo ad hoc* e invitar al sector privado a participar en ellos.

Como es posible constatar, las dos etapas son preventivas o autocompositivas, con la participación de un facilitador – mediador.

A su vez, si la etapa ante el Comité Conjunto no obtiene resultados positivos, si ambos Estados así lo determinan, la controversia será vista dentro de un arbitraje internacional entre los dos Estados, cuyo objetivo principal será que el Tribunal determine si la medida estatal cuestionada se encuentra o no conforme con el ACFI, es decir, es un sistema muy similar al de la Or-

ganización Mundial de Comercio (OMC). El inversionista extranjero afectado no participa en dicho proceso arbitral.

En el arbitraje Estado – Estado del ACFI, la determinación de daños a favor del inversionista ocurrirá solamente de manera excepcional, incluso existiendo daño, siempre que exista previo acuerdo entre los dos Estados, autorizando al Tribunal Arbitral para que determine estos daños. En otras palabras, el inversionista se encuentra completamente en manos de la decisión de los Estados, sin capacidad legal alguna de defenderse de manera directa. Es claramente una sobreprotección de los Estados y una desprotección de los inversionistas.

Como se ha analizado y mencionado al inicio de este artículo, en el Derecho Internacional de las Inversiones resulta necesario alcanzar un equilibrio entre los derechos de los inversionistas y las facultades regulatorias estatales. No es conveniente, en materia de tratamiento a la inversión extranjera, oscilar desde un extremo liberal, pro-inversionista, como ocurrió en los años 90, con los BITs originales, hacia un extremo pro-Estado, desprotegiendo a cualquiera de las dos partes, como ocurre en el modelo brasileiro ACFI.

Como se ha indicado, el modelo ACFI de solución de controversias es en cierta medida similar al sistema de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en donde los actores principales son los Estados y no los particulares. El inversionista no tiene *Ius Standi* o acción directa contra el Estado que vulnera sus derechos. Es un mecanismo interestatal, cuasi diplomático, siendo su objetivo la evaluación de conformidad de la medida. En materia de inversión extranjera, este sistema pierde eficacia para una real protección de los derechos del inversionista⁵⁸.

58 “.....considering that investor-State arbitration is not provided for by the CFIs, it would be only fair to (at least) always enable investors’ participation in the dispute prevention process so as not to confine them to the role of mere spectators. The CFIs are sometimes criticized for not being as protective as the other existing international investment agreements..... Therefore, making room for their participation in the dispute management might add some balance or some compensation and enhance the CFIs attractiveness—in bringing together investors and States for non-litigation purposes”. Monebhurrin, Nitish y Vieira, Leonardo. *Dispute Prevention Methods in the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (CFIs)*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pag. 168.

Al ser un mecanismo Estado – Estado, la solución de la controversia potencialmente podría ser influenciada por factores políticos y diplomáticos, dependiendo en gran medida de las relaciones positivas o negativas existentes en dicho momento entre los dos Estados involucrados, pasando a un segundo plano el interés directo y los derechos y obligaciones del inversionista extranjero⁵⁹, incluso, se relativiza la determinación de la responsabilidad internacional directa del Estado receptor frente al inversionista.

Consideramos que es una visión sobreprotectora de los Estados, sin ningún tipo de coercitividad. Un derecho sustantivo de protección de derechos, sin un sistema procesal sólido que lo acompañe, pierde claramente efectividad. El ACFI se limita a mecanismos autocompositivos, que sin duda son positivos y necesarios, debiendo promoverse, sin embargo, resultan insuficientes. Un sistema de solución de controversias complejas, para ser efectivo, no debe limitarse únicamente a estos mecanismos.

Por último, con relación a Brasil y al arbitraje internacional de inversiones, consideramos que las objeciones existentes, en su mayoría, no están respaldadas en los hechos y en la evolución de los Tratados y la “jurisprudencia arbitral”. Algunas de estas objeciones son efectivamente válidas y el propio sistema ya se encuentra en proceso de reforma, como se ve reflejado en los capítulos de inversión de los nuevos TLCs,

atendiendo precisamente a estas críticas, que no son únicamente de Brasil, sino también de diversos otros países, desarrollados y no desarrollados.

Finalmente, modificar el contenido de los ACFIs o formar parte del sistema dependerá finalmente de la decisión soberana de Brasil. No obstante, todo parece indicar que son más las ventajas que las desventajas en la decisión de integrarse a la comunidad internacional, en materia de inversión extranjera y de arbitraje internacional, sea a través del mecanismo de arbitraje de inversiones CIADI tradicional, del Mecanismo Complementario CIADI o de una tercera alternativa más eficaz que las existentes, evaluando en ese proceso las virtudes y limitaciones del modelo brasileiro ACFI y su evolución.

V. HACIA UN MODELO CONVERGENTE DE TRATADO DE INVERSIONES EN LATINO AMÉRICA

Sin duda la destacada experiencia latinoamericana en materia de controversias de inversión, su mayoritaria participación en casos arbitrales CIADI y las divergencias aún existentes en temas esenciales del Derecho Internacional de las Inversiones, justifican un debate regional especializado, así como el intento de elaboración de un modelo de tratado convergente⁶⁰, que incorpore las características y aspectos positivos de los BITs, Capítulos de Inversión de los TLCs, ACFIs y tratados de inversión regionales, bus-

59. “Political circumstances, sensitive conundrums or other strategic reasons might deter the home State’s will to activate the dispute prevention mechanism. The political relationship between the concerned investor and its home State will also be a shadow criterion in determining the State’s motivation to act. For instance, it is not clear if Brazil, as a home State, would be ready to intervene in cases concerning small or medium Brazilian investors abroad or if it would readily accept to trigger the procedure several times a year before the same Joint Committee on behalf of different Brazilian investors. These are some dim spots of the dispute prevention mechanism”. Monebhurrin, Nitish y Vieira, Leonardo. *Dispute Prevention Methods in the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (CFIAs)*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*. 2024, pag. 173.

60. “.....no cabe duda que el principal campo de estudio en los próximos años será el arbitraje en materia de inversión extranjera. Vista la experiencia de los varios Estados con distintos tratados (TLCAN, BIT, etc.), sería interesante tener un fórum interestatal donde se pueda intercambiar las experiencias y reflexionar sobre un BIT Modelo para América Latina, que podría ser adaptado a las situaciones particulares de cada país”. Graham, James. *Hacia una Doctrina Latinoamericana en Materia de Arbitraje sobre Inversión Extranjera*. En: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 2013, pág. 379.

cando superar las diversas críticas que se han formulado a cada uno de estos modelos.

Como hemos visto en este trabajo, la tendencia existente en cuanto a la evolución del contenido de los BITs en dirección a los Capítulos de Inversión de los TLCs es de fortalecer las facultades regulatorias de los Estados; limitar la discrecionalidad de los árbitros en la interpretación de los estándares de protección de la inversión (considerados amplios y vagos), disminuyendo con ello la incoherencia, imprevisibilidad y el riesgo regulatorio; fomentar mecanismos autocompositivos como la negociación y la mediación; garantizar mayor transparencia y participación de terceros en los procesos arbitrales (*amicus curiae*), entre otros cambios dirigidos a lograr mayor equilibrio entre el interés público y el interés privado en el Derecho Internacional de las Inversiones.

Al mismo tiempo, el modelo de tratado de inversión brasileiro, llamado ACFI, que buscó inicialmente ser una alternativa a los BITs tradicionales, esencialmente liberales y pro-inversionistas, ha demostrado igualmente que proteger en exceso y de manera privilegiada a los Estados, dejando a los inversionistas en abierta desprotección y dependencia de la

protección política y diplomática de sus Estados de origen, sin capacidad de defenderse autónomamente frente a los Estados receptores, es decir, sin *Ius Standi*, no es tampoco una opción atractiva para los países exportadores de capital, que requieren proteger a sus inversionistas en el exterior⁶¹.

Por lo tanto, Brasil se ve en la necesidad de aproximar, de manera progresiva, su modelo de tratado ACFI, inicialmente pro-Estado, a las nuevas tendencias y al contenido de los Capítulos de Inversión de los TLCs, que ya han sido reformados o que se encuentran en vías de reforma y por ello, son más equilibrados. Existe, por lo tanto, en los hechos, una convergencia de modelos. De hecho, el modelo ACFI de Brasil comenzó a aproximarse al contenido de los Capítulos de Inversión de los TLCs de Latinoamérica, a partir de la reciente firma del Tratado Brasil - India⁶².

Este modelo convergente de tratado se expresará en el progresivo reconocimiento por parte de todos los Estados de la región, incluido Brasil, del estándar mínimo de trato a la inversión extranjera, incluyendo la prohibición de la arbitrariedad estatal, la denegación de justicia y la protección de las legítimas expectativas.

-
61. "As the current Administration envisages enhancing economic integration with developed countries, Brazil might face certain demand for additional provisions on investment protection and might need to review certain aspects of CFIA model while exploring alternatives to incorporate new elements of investment protection..... There is no doubt that the CFIA Model, as it stands now, is closer to a traditional BIT than the first agreements signed back in 2015. The movement towards developed countries can deepen this process". Freitas da Silva, Ana Rachel y Ramos Codeço, Rafael. *CFIA: Evolution Towards the Traditional?*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pag. 27.
62. «A third generation arose after the negotiations with India. Although the treaty was signed recently, negotiations dated back to 2016. India-Brazil CFIA is seen as "a remarkable sophistication of each of the two positions on investment agreements". In the third generation of CFIA's, the provision entitled "treatment" resembles the traditional international minimum standard of treatment, including a reference to customary law. The language on investor's obligation is also more emphatic than the previous "best efforts" Corporate and Social Responsibility (CSR) clauses. CFIA's with Guyana, India, United Arab Emirates, Ecuador and MERCOSUR Protocol follow these new trends. We can also speculate about a fourth generation after the negotiations with developed countries, where CFIA could get even closer to a traditional BIT—after incorporating new provisions traditionally demanded by these countries.....As stated above, CFIA's primary policy objective was to support the internationalization of Brazilian companies, especially in South America and Africa. As Brazil reframes its foreign policy towards closer economic ties with developed countries, CFIA's provisions will be further challenged to incorporate new elements for investment protection». Freitas da Silva, Ana Rachel y Ramos Codeço, Rafael. *CFIA: Evolution Towards the Traditional?*. En: *International Investment Law and Arbitration from a Latin American Perspective*, 2024, pags. 27-28 y 35

Asimismo, se incorporará, no libre de debates, la prohibición de los actos de expropiación indirecta y correspondiente compensación, hoy excluidos de los ACFIs. Se incluirán también con mayor claridad y obligatoriedad, determinadas responsabilidades y obligaciones de los inversionistas frente a los Estados receptores, referidas a responsabilidad social empresarial (RSE), medio – ambiente, salud pública, lucha anticorrupción, entre otros. Hoy estas “obligaciones” se incorporan en los tratados como *soft law*, es decir, como disposiciones de carácter no vinculante. Esto deberá cambiar en un nuevo modelo, debiendo los Tribunales Arbitrales evaluar de manera equitativa la conducta de ambas partes en la controversia, Estados e inversionistas.

Finalmente, en un modelo de tratado convergente se deberá producir una evolución en materia de solución de controversias de inversión, manteniendo y fomentando el uso de mecanismos autocompositivos y preventivos, como la negociación y la mediación, como ocurre actualmente en el actual modelo brasileiro ACFI. No obstante, es indudable que estos mecanismos, si bien necesarios, no son suficientes para proteger de manera efectiva la inversión.

Para que ello ocurra, no debe descartarse el arbitraje inversionista – Estado, que debe permanecer reformado, o eventualmente un tribunal permanente de inversiones, como propone la Unión Europea, garantizando un justo equilibrio entre el interés público que los Estados representan y el interés privado que los inversionistas representan.

VI. CONCLUSIONES

a. Históricamente, antes del giro dado por el Derecho Internacional de las Inversiones, el inversionista extranjero, ante un problema contractual con el Estado receptor de su inversión, se veía compelido, o bien a recurrir a las Cortes o Tribunales locales de ese mismo Estado, o bien a pedir la intervención de su Gobierno para que este, a su nombre, protegiese su inversión frente al Estado receptor, a través de la vía diplomá-

tica, por medio de Principio de Protección Diplomática.

- b. El incremento en los países latinoamericanos del uso del arbitraje internacional en materia de inversiones se encuentra directamente relacionado con las reformas económicas producidas en la región a partir de la década de los 90s, las cuales apostaron por la liberalización, el libre comercio y la desregulación de la economía.
- c. El Perú ratificó el Convenio CIADI, los Convenios MIGA y OPIC que son seguros internacionales contra riesgos no comerciales o políticos, y también las Convenciones Multilaterales de Panamá y Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales, que permiten el reconocimiento y ejecución en forma casi automática de laudos extranjeros en el Perú.
- d. Los BITs originales de los 90s y el arbitraje internacional de inversiones han sido objeto de críticas debido a que contenían, básicamente, derechos de inversionistas y obligaciones de los Estados, lo que se vio inicialmente reflejado en laudos arbitrales en su mayoría favorables a los inversionistas demandantes. Como producto de dichas críticas, los Capítulos de Inversión de los TLCs, desde el año 2005, reflejan una visión más equilibrada entre la protección del interés privado y del interés público.
- e. Desde el año 2013, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), por medio del Grupo de Trabajo III, viene discutiendo diversas propuestas de reforma al Mecanismo de Solución de Controversias Inversionista-Estado (ISDS). Parte de las discusiones que se producen en el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL sobre la reforma del sistema de solución de controversias de inversión, buscan mayor coherencia y previsibilidad en las decisiones, e incluyen como posibilidad, la creación de un Tribunal Permanente de Inversiones y un meca-

nismo de revisión (Corte de Apelación de Inversiones).

- f. La necesidad de un Tribunal Permanente de Apelaciones (mecanismo de revisión) se centra principalmente en la necesidad de corregir discrepancias entre los laudos de inversión, promover la unidad, la corrección, la previsibilidad y la consistencia en las decisiones arbitrales relativas al Derecho Internacional de las Inversiones, tendientes a alcanzar un equilibrio entre los derechos de los inversionistas y las facultades regulatorias estatales.
- g. La reforma del sistema ISDS es un tema de creciente y profundo análisis y debate durante los últimos años. Las preocupaciones de los países latinoamericanos están referidas, principalmente, a la necesidad de contar con estándares de Derecho Internacional que sean claros, transparentes, coherentes y consistentes, que no generen responsabilidad a los Estados por cada acto de regulación, respetando así las facultades regulatorias de los Estados dentro de sus fronteras.
- h. Países de la región como Perú, Chile y México no apoyan una posición contraria a los cambios estructurales en el sistema de solución de controversias de inversión. Sus sugerencias están dirigidas a mejorar el sistema existente, más que a alterar sus estructuras centrales.
- i. Brasil, por su parte, tiene una posición contraria al arbitraje internacional de inversiones y a la ratificación de Convenios de Inversión. Cuenta con el ACFI, que es un modelo de Acuerdo de Inversiones, con dos etapas y objetivos claramente defini-

dos: (i) Prevención de controversias inversionista extranjero – Estado; y (ii) Arbitraje Estado – Estado, como último recurso, con indemnización a los inversionistas únicamente de manera excepcional. El ACFI privilegia soluciones consensuales y preventivas, con protección diplomática, sin *ius Standi* de los inversionistas y por ello, sin arbitraje inversionista-Estado, como ocurre en los BITs y TLCs de los demás países de latinoamericanos.

- j. La tendencia existente en cuanto a la evolución del contenido de los BITs en dirección a los Capítulos de Inversión de los TLCs es la de fortalecer las facultades regulatorias de los Estados; limitar la discrecionalidad de los árbitros en la interpretación de los estándares de protección de la inversión (considerados amplios y vagos), disminuyendo con ello la incoherencia, imprevisibilidad y el riesgo regulatorio; fomentar mecanismos autocompositivos como la negociación y la mediación; garantizar mayor transparencia y participación de terceros en los procesos arbitrales (*amicus curiae*), entre otros cambios dirigidos a lograr mayor equilibrio entre el interés público y el interés privado en el Derecho Internacional de las Inversiones.
- k. La destacada experiencia latinoamericana en materia de controversias de inversión, su mayoritaria participación en casos arbitrales CIADI y las divergencias aún existentes en temas esenciales del Derecho Internacional de las Inversiones, justifican un debate regional especializado, así como el intento de elaboración de un modelo de tratado convergente⁶³, que incorpore las características y aspectos positivos de los BITs, Capítulos de Inversión de los TLCs, ACFIs y tratados

63. “.....no cabe duda que el principal campo de estudio en los próximos años será el arbitraje en materia de inversión extranjera. Vista la experiencia de los varios Estados con distintos tratados (TLCAN, BIT, etc.), sería interesante tener un fórum interestatal donde se pueda intercambiar las experiencias y reflexionar sobre un BIT Modelo para América Latina, que podría ser adaptado a las situaciones particulares de cada país”. Graham, James. *Hacia una Doctrina Latinoamericana en Materia de Arbitraje sobre Inversión Extranjera*. En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pág. 379.

de inversión regionales, buscando superar las diversas críticas que se han formulado a cada uno de estos modelos.

- I. Un modelo de tratado convergente deberá producir una evolución en materia de solución de controversias de inversión, manteniendo y fomentando el uso de mecanismos autocompositivos y preventivos,

como la negociación y la mediación. No debe descartarse el arbitraje inversionista – Estado, que debe permanecer reformado, o eventualmente un tribunal permanente de inversiones, como propone la Unión Europea, garantizando un justo equilibrio entre el interés público que los Estados representan y el interés privado que los inversionistas representan.





**CONECTADOS
CON TUS
NECESIDADES,
GUIADOS
POR LA
EXCELENCIA**



zyaabogados.com
PERÚ | ESPAÑA

Un paso atrás: repensando la utilidad y los efectos de las cláusulas escalonadas en el arbitraje internacional

A step back: rethinking the usefulness and effects of escalation clauses in international arbitration



MARCIAL GIOVANNI GUTIERREZ LUCAR

Abogado y Máster en Derecho por la Universidad de Lima.
Estudios de posgrado en arbitraje por la Université de Genève, el Geneva Center for International Dispute Settlement y el Washington College of Law del American University – Washington D.C., así como de civil patrimonial por la Universidad de Salamanca.



SUMARIO:

- I. Introducción
- II. La cláusula arbitral y su origen.
 1. Teoría contractualista.
 2. Teoría jurisdiccionalista.
 3. Teoría mixta o ecléctica.
- III. Las cláusulas escalonadas y los motivos para celebrarlas.
- IV. Cláusula escalonada ¿Debe ser obligatoria o facultativa? ¿Es útil?
- V. ¿Qué ocurre ante el incumplimiento de sentarse a negociar?
- VI. Cuestiones que tomar en cuenta para la redacción de las cláusulas escalonadas.
- VII. Conclusión general.

RESUMEN:

En el presente trabajo encontrarán la identificación de los principales inconvenientes que provienen del acordar una cláusula arbitral escalonada, así como las herramientas con las que contamos en el arbitraje internacional para que no se evite la actuación de la fase arbitral. Asimismo, existen propuestas a tomar en consideración al momento de pactar estas cláusulas, con el fin de promover que sean las partes quienes soluciones sus controversias en lugar de que lo haga un tercero.

Palabras clave: Cláusula, escalonadas, negociación, requisito, arbitraje

ABSTRACT:

In this paper you will find the identification of the main disadvantages of agreeing to a staggered arbitration clause, as well as the tools available to us in international arbitration so that the arbitration phase is not avoided. Likewise, there are proposals to take into consideration when agreeing these clauses, in order to promote that the parties settle their disputes instead of having a third party do it. Translated with DeepL.com (free version)

Keywords: Clause, staggered, negotiation, requirement, arbitration

"Las personas que debemos temer no son las que no están de acuerdo con nosotros. Debemos temer a las que no están de acuerdo y son demasiado cobardes para hacértelo saber."

Napoleón Bonaparte

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones contractuales, así como los conflictos que se generan de ellas, no dejan de ser relaciones entre seres humanos. Inclusive cuando las mismas vinculan a empresas internacionales, dado que detrás de ellas habrá personas comunes y silvestres.

Por tal motivo, no debemos olvidar que, sin perjuicio de la utilidad y efectividad del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos concedido a un tercero, resulta importante confiar en nuestras habilidades para poner fin a una controversia, sobretodo, cuando nadie mejor que nosotros puede definir qué necesitamos realmente. Que nos satisfice y, por lo tanto, qué nos da tranquilidad.

Pero, claro está, para llegar a un punto de entendimiento es necesario que haya un espacio, sea físico o virtual, para que cada uno intercambie sus ideas, manifieste cuáles son sus expectativas, así como los aspectos sobre los que está dispuesto a ceder. Ya que la negociación

es eso, no solo es ganar, también es ceder. Con la finalidad de evitar un riesgo mayor, que sería un futuro laudo que termine dando la razón íntegramente a una u otra parte.

Ese es el principal incentivo para que las partes contractuales celebren una cláusula escalonada, para que sea un tribunal arbitral, el remedio subsidiario que resulte aplicable para la resolución de un conflicto, confiando en que serán los sujetos quienes, en base a su propia voluntad, podrán llegar a un punto de encuentro.

Si bien este es el objetivo detrás de las cláusulas escalonadas, no resulta menos cierto, también, que este mecanismo de autocomposición está siendo empleado con un solo objetivo: el bombardear la posibilidad de que el arbitraje llegue a buen puerto. Por ello es por lo que esta investigación tiene por finalidad evaluar la situación actual que atraviesan las cláusulas escalonadas, así como las herramientas con las que contamos para salvaguardar su utilidad.

II. LA CLÁUSULA ÁRBITRAL Y SU ORIGEN

Como principal punto de partida, por más que resulte ocioso para el lector, no debemos olvidar que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias al que los interesados acceden, usualmente, por un acuerdo previo celebrado entre ellos. Por el que las partes de-

ciden renunciar a la jurisdicción ordinaria — Poder Judicial — a fin de que sea un privado — Árbitro Único o Tribunal Arbitral — quién ponga fin a sus controversias.

En sencillo, el arbitraje es un mecanismo heterónomo de solución de controversias, dado que será un tercero quien resuelva el conflicto, mas no las propias partes intervinientes en la disputa.

Para que el arbitraje exista, es necesario que, previamente, las partes hayan suscrito una cláusula o un acuerdo arbitral. Es por ello por lo que existe el tan conocido aforismo: *el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje internacional*.

Ahora bien, el dilema ante el que nos encontraremos siempre, a fin de definir soluciones a determinados inconvenientes prácticos, se sostiene en cuál es el sustento que respalda el origen de la cláusula arbitral. Así nos encontramos ante tres posiciones: — i — teoría contractualista, — ii — teoría jurisdiccionalista y — iii — teoría mixta o ecléctica.

Para fines meramente didácticos, cumpliremos con explicar rápidamente cada una de estas teorías, en atención a las posiciones adoptadas por la doctrina:

1. Teoría contractualista.

Para un extremo de la doctrina, el arbitraje su origen única y exclusivamente en la cláusula arbitral, la misma que debe ser considerada como un contrato en sí misma. Así advertimos que Barona Vilar¹ explica esta teoría de la siguiente manera:

“— ... — el componente que enmarca jurídicamente la institución es el convenio arbitral, el contrato entre las partes, a partir del cual y por el cual, existe arbitraje. De él nace el arbitraje, y es en él donde se plasma la voluntad

de sometimiento de la disputa a la institución arbitral, amén de conformar, eventualmente, su desarrollo — determinación del órgano arbitral, iniciación del arbitraje, sometimiento a una institución arbitral, reglas de procedimiento, etc —.”

Si bien en el origen de los tiempos esta teoría fue una de las que contó con mayores adeptos, en la actualidad, no reviste de mayor relevancia.

2. Teoría jurisdiccionalista.

Esta posición está sustentada en que el arbitraje cuenta con naturaleza jurisdiccional por el hecho que el laudo arbitral contará con el carácter de cosa juzgada o es equiparable a una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional judicial. Desde esta posición, lo único que queda a discreción de las partes es el acordar someter la controversia a un Árbitro Único o Tribunal Arbitral, pero, fuera de ello, todas las actuaciones que le siguen son consideradas como jurisdicción.

Ante esta posición la profesora Barona Vilar² también se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“Esta teoría no tiene bien establecidos sus límites respecto al porqué del carácter jurisdiccional del arbitraje, pues, además de lo ya expuesto, también se le considera tal en virtud de que los árbitros ejercen la función declarativa y cautelar, mientras que corresponde a los órganos jurisdiccionales la tarea de hacer ejecutar lo juzgado. En esa línea, se señala que esto obedece a que la labor de los árbitros alcanza hasta donde es posible aplicar la autonomía de la voluntad.”

3. Teoría mixta o ecléctica.

Ante las posiciones antagónicas de las teorías contractualista y jurisdiccionalista, apareció una tercera que contaba con una posición que comprendía ambos postulados. La proposición

1. Barona Villar, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje* (Navarra: Thomson – Civitas), 42.

2. *Ibíd.*, 44.

en la que esta teoría se basa es que el origen del arbitraje, de manera innegable, es la existencia de una cláusula arbitral, la que es una clara manifestación de la libertad de contratación de las partes. Sin que ello reste importancia a que la ejecución de la cláusula arbitral, desde el inicio del arbitraje hasta la emisión del laudo sean actuaciones, propiamente, adscritas a una actividad jurisdiccional.

Esta teoría se concentra en que, como requisito para la existencia del arbitraje, deberá existir un contrato — la cláusula arbitral — y, llegado el momento de que se manifieste una reclamación, se activará la fase jurisdiccional de la decisión adoptada por las partes arbitrales.

Por nuestro lado, la última de las teorías no es solo la que cuenta con mayores adeptos, sino que, también, es a la que nos alineamos. Ello se sustenta en que, dependiendo del ordenamiento ante el que nos encontremos, pero en su mayoría, la jurisdicción ordinaria es el derecho fundamental con el que todo sujeto de derecho cuenta. Sin embargo, al decidir someter una controversia a arbitraje, lo que se está generando es la transferencia de esa jurisdicción — por acuerdo de partes y siempre que estén autorizados — a un tercero imparcial que no sea parte de la función judicial.

Así, sin que la jurisdicción arbitral deje de ser jurisdicción, ella siempre requerirá un acuerdo de partes, por el que estas dejarán de lado el fuero natural y público, a fin de someterse a la decisión adoptada por un privado.

Consideramos pertinente haber realizado esta explicación respecto del origen del arbitraje, dado que nos permitirá hallar soluciones a los problemas prácticos que, posteriormente, serán identificados, tomando en cuenta la posición que sea adoptada respecto del origen del arbitraje.

III. LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS Y LOS MOTIVOS PARA CELEBRARLAS

Como parte del derecho fundamental al juez natural, ello implica que los justiciables tengan

la posibilidad de acceder a la solución de sus controversias por las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales, es decir, el Poder Judicial. Como todo derecho, la contrapartida de éste es el deber que tiene el Estado de brindar las condiciones mínimas que garanticen el debido proceso.

Al encontrarnos ante una obligación estatal, podemos considerar que la impartición de justicia es un servicio público que, en algunas materias, es gratuito, mientras que en otras puede implicar un costo, pero que, en estricto, resulta ser marginal.

Esta precisión es relevante dado que, en contraste con el arbitraje, éste no es barato, sino que resulta ser altamente costoso, tanto por los gastos propios a la administración del procedimiento arbitral — secretaría arbitral — y por los honorarios de los árbitros, quienes suelen contar con un elevado perfil profesional debido a su alta especialización.

Este aspecto principalmente económico puede generar que las partes de una controversia, antes de llegar al inminente procedimiento arbitral, estén dispuestas a regular fases previas que les permitan poner fin a sus controversias. Esto es lo que denominamos *cláusulas escalonadas*.

Consideramos útil distinguir que, habitualmente, las cláusulas escalonadas regulan mecanismos alternativos de resolución de conflicto que no son de heterocomposición sino autocompositivos, como la negociación, mediación y conciliación. Asimismo, regula al arbitraje, el mismo que sea empleado como última *ratio* y, sin lugar a duda, es considerado como un mecanismo de heterocomposición, dado que la solución es definida por un tercero ajeno a las partes de la controversia.

Puesto que no existen definiciones específicas sobre qué entendemos por negociación, mediación y conciliación, intentaremos de ensayar proposiciones que puedan ser de utilidad, independientemente de la jurisdicción territorial en la que nos encontremos:

i. **Negociación:** este mecanismo de auto-composición parte de la premisa que, bajo la libre determinación, las partes involucradas en una controversia tienen la intención genuina de hacer sus mejores esfuerzos para llegar a un acuerdo que les permita satisfacer sus intereses. En relación con este punto, quienes intervienen en esta negociación suelen ser única y exclusivamente las partes, sin la asistencia de ningún tercero. En los diversos casos a los que hemos accedido, en lo que respecta a la negociación, también es identificada bajo la denominación de trato directo.

ii. **Mediación:** por su parte, el mediar implica que durante el trámite de la negociación exista un tercero que no tiene poder de decisión pero que empleará sus mejores esfuerzos para acercar las posiciones de ambas partes del conflicto, sin que este sujeto guarde razón a una u otra posición.

iii. **Conciliación:** si bien resulta complejo realizar una distinción entre los conceptos de mediación y conciliación, desde nuestra perspectiva, existe un claro matiz. El último de estos implicará la ejecución de una negociación ante un tercero, quien no intentará de acercar las posiciones de las partes, sino que contará con una opinión propia respecto de la controversia y que, en atención a ella, planteará propuestas conciliatorias. Es decir, el tercero procurará que las partes lleguen a un acuerdo en atención a cómo él resolvería el caso en concreto, si bajo su competencia estuviese hacerlo.

No cabe duda de que, mientras los tres mecanismos de solución de controversia son auto-compositivos y necesitarán de la voluntad de las partes, el arbitraje es un mecanismo hetero-compositivo que llegará a una solución impuesta por un tercero neutral, que podría, en realidad, adoptar una u otra de las posiciones contrapuestas. Lo que implicará, en muchos casos, que una de las partes termine en mejor posición de la que se encontraba, mientras que la otra en una peor.

Tomando en consideración lo indicado, adicionalmente a las cuestiones económicas, desde una perspectiva práctica y en atención a los intereses de las partes, las cláusulas escalonadas también pueden ser celebradas por las siguientes razones:

i. Consideramos que no existe mejor solución a una controversia que la establecida por las propias partes, puesto que no hay nadie mejor que ellas para definir que les brindará una real satisfacción, mientras que la emisión de un laudo podría ser realmente sorpresivo para cualquiera de las partes;

ii. La posibilidad de que en una negociación ambas partes terminen ganando algo es más satisfactoria a la generada con la emisión de un laudo, en la que una resulte ganadora y la otra perdedora; y,

iii. Durante el empleo de los mecanismos de auto-composición, las partes mantendrán el poder de decisión desde el inicio hasta el fin, el mismo que pueden perder una vez que la discusión pasa a las manos de los árbitros.

De esta manera, el pacto del arbitraje como mecanismo hetero-compositivo puede ser considerado como uno subsidiario, puesto que será promovido que, en primer lugar, sean las partes quienes se procuren arribar a un acuerdo y, ante la imposibilidad de hacerlo, sean los árbitros quienes diriman la controversia.

IV. CLÁUSULA ESCALONADA ¿DEBE SER OBLIGATORIA O FACULTATIVA? ¿ES ÚTIL?

No debemos perder de vista que las cláusulas arbitrales escalonadas son celebradas, que duda cabe, cuando las partes se encuentran en la fase de conformación de sus respectivos contratos, momento en el que ambos cuentan con mayor predisposición para llegar a un acuerdo respecto del contenido de la relación obligatoria que están conformando.

En esa secuencia, resulta obvio que el empleo de los mecanismos auto-compositivos se acti-

varía cuando existe una discrepancia entre las partes, lo que significa, desde ya, que ambas se encuentran en posiciones contrapuestas, lo que de por sí implicaría la imposibilidad fáctica de que lleguen a un acuerdo.

Ante tal escenario es que nace la pregunta de si el cumplimiento de la cláusula escalonada debe ser obligatoria o facultativa, como un requisito previo para que la fase arbitral pueda ser activada y el procedimiento en sí mismo inicie.

Desde nuestra perspectiva y, considerando que la cláusula arbitral escalonada se sustenta en la libertad contractual de las partes, y hasta que no se inicie el arbitraje, nos encontramos ante una clara obligación de hacer que debe ser cumplida por ambos polos. Debemos diferenciar entre la obligación de sentarnos a negociar a la obligatoriedad de arribar a un acuerdo. Son cuestiones totalmente diferentes.

Lo que consideramos es que lo que sí puede ser requerido a cualquiera de las partes contractuales es que participen en la fase de negociación, pero, de ninguna manera, que lleguen a un acuerdo respecto de la controversia existente. Esta posición está siendo la tendencia a nivel internacional, motivo por el que diversas Cortes jurisdiccionales están ordenando a las partes del conflicto que se sienten para procurar arribar a un acuerdo.

Por ejemplo, en Inglaterra, en el Queen's Bench Division, fue resuelto el caso *in re Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd.* EWHC 2059, en el que la Corte Comercial declaró que la cláusula escalonada resultaba de obligatorio cumplimiento, por lo que fue suspendido el procedimiento arbitral y las partes fueron remitidas a la fase de negociación que acordaron.

Por otro lado, en los Estados Unidos de América, los tribunales judiciales han reconocido el efecto vinculante y exigible de las cláusulas arbitrales escalonadas que comprenden un período de negociación. Así, el US Court of Appeals of the Southern District of New York, en el caso *M.L.B. Kay Int'l Realty Inc. v. Prudential Real Estate Affiliates Inc.* WL 385034, fue ordenada la suspen-

sión del procedimiento arbitral, hasta que sea cumplido el procedimiento de mediación preliminar, dado que este resultaba de obligatorio cumplimiento para acceder al arbitraje.

En el mismo sentido se han pronunciado los tribunales franceses, cuando la Corte de Casación determinó que si una cláusula escalonada establecía la obligatoriedad de seguir un procedimiento previo de conciliación, no resultaba factible activar la fase arbitral hasta que no haya sido cumplida esta obligación. Esta decisión fue adoptada por la Cour de Cassation en el caso seguido por *Clinique du Morvan c. Vermusseau*.

Desde nuestra perspectiva, a fin de que la cláusula arbitral escalonada tenga razón de ser, la fase previa de negociación debe ser obligatoria, dado que esto permitirá que las partes, así originalmente no lo deseen, se sienten en la misma mesa para, si quiera, tener un acercamiento respecto de la contraposición que los vincula y, quien sabe, hasta teniendo la posibilidad de llegar a un acuerdo.

En caso la cláusula escalonada fuese facultativa, estimamos, que no tendría razón de ser el incorporarla como un paso previo para la activación del arbitraje, porque dicha situación igual podría configurarse existiendo o no dicha disposición contractual. Dado que, por la autorregulación a sus propios intereses, las partes podrían iniciar una fase de negociación de manera voluntaria, existiendo o no una disposición contractual que así lo determine.

V. ¿QUÉ OCURRE ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE SENTARSE A NEGOCIAR?

Ahora bien, desde un punto de vista obligacional, no debemos dejar pasar que esa obligación de negociar puede ser considerada como una prestación de hacer, pero de naturaleza personalísima. Esto implicará que, si una de las partes decide no participar de la fase de negociación, no puede ser conminada a hacerlo.

Por ello, como hemos advertido de la jurisprudencia emitida a nivel internacional, para las principales cortes en materia arbitral del mun-

do, resulta factible obligar a que las partes empuen una fase de negociación, porque ello resulta del contexto obligacional contenido en la cláusula arbitral.

Sin embargo, ¿cómo debemos proceder cuando, pese a la existencia de una obligación, una de las partes no desea participar de la etapa de negociación directa? ¿Cuál será el efecto que tiene este incumplimiento en la tramitación del arbitraje?

En este punto, podemos concluir que la activación de la fase arbitral va a depender del cumplimiento del escalón previo, el mismo que está vinculado con el cumplimiento de la etapa de negociación. En pocas palabras, si las partes nunca se sientan a negociar, no será factible que estas lleguen a someter sus controversias a un arbitraje.

Así, vamos a encontrar diversas posiciones desde la jurisprudencia a nivel mundial:

- i. Por un lado, desde Alemania, es considerado que nos encontraríamos ante un incumplimiento contractual — el no negociar — que no afectaría de manera alguna la admisibilidad del arbitraje, tal como ha sido reconocido por la Corte de Apelaciones de Zurich, en el caso resuelto el 15 de marzo de 1999, ZR, 99 (— 2000 —).
- ii. En contraposición, otra facción de la jurisprudencia considera que nos encontraríamos ante una cuestión de naturaleza procedimental, pero cuyos efectos serían variados. Para determinadas cortes, el no cumplir con la etapa previa de negociación implicaría la suspensión del arbitraje hasta el cumplimiento de esta, mientras que para otra se debería declarar la improcedencia del arbitraje porque el Tribunal Arbitral aún no contaría con competencia para resolver la controversia.

En el primer escenario encontramos a la Corte de Casación francesa, mientras que la segunda posición fue adoptada en el Caso ICC N° 9984, en el laudo preliminar emitido el 7 de junio de 1999.

Desde nuestra perspectiva, alineado con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —en adelante, CNUNDMI — sobre Conciliación Comercial Internacional, el cumplimiento de la fase previa de negociación no perjudicará a la jurisdicción otorgada a los árbitros, dado que no puede existir un mecanismo que busque evitar, valga la redundancia, la inevitabilidad del arbitraje.

Esta posición se sustenta en un hecho importante, y es que las cláusulas arbitrales escalonadas no tienen por finalidad otorgar a las partes una herramienta que busque evadir la activación del procedimiento arbitral. Todo lo contrario, promueve que voluntariamente se llegue a una solución y, de no ser posible, recurrir a la fase arbitral. Pero, claro está, esto parte de la premisa de que no habrá negativas inmotivadas para intentar, siquiera, una fase de negociación.

Así, desde nuestra perspectiva, y evitando que una de las partes pretenda evitar la consecuencia vinculada al inicio del procedimiento arbitral, proponemos que el incumplimiento del participar de la fase de negociación no tenga efectos negativos respecto de quien promueve llegar juntos a este escalón. Nos explicamos.

En puridad, desde un análisis de la teoría mixta, no existirá jurisdicción hasta que no inicie el arbitraje, por lo que, en el caso de las cláusulas arbitrales escalonadas, esto no se manifestará hasta que se haya cumplido con la fase previa de negociación. Así, esta fase anterior no es parte de una función jurisdiccional, sino, se circunscribe a verificar el cumplimiento o no de una obligación contractual.

En dicho escenario, el cumplimiento de la obligación contractual de negociar parte de la premisa de que tanto el deudor como el acreedor concurren mediante una actuación. Esto implica la ejecución conjunta de esta prestación, no siendo posible que haya negociación sin la participación de la una o la otra.

Esto genera que, desde ambos polos exista un deber de colaboración. Así, si el acreedor nece-

sita activar el arbitraje, necesitará la colaboración del deudor para que participe en la fase de negociación y, si no llegasen a un acuerdo, recién sea el Tribunal Arbitral quien emita una decisión que resuelva la controversia. Y viceversa, si es el deudor quien quisiera iniciar el procedimiento arbitral.

En ese sentido, dado que cualquiera de las dos partes necesita de la actuación de la otra, no es posible que, mediante una actuación negativa, la parte incumplidora se genere el beneficio de no acceder al arbitraje, porque bloquearía la posibilidad de que el reclamante obtenga un pronunciamiento jurisdiccional.

Por ello, ante la negativa de una de las partes de intervenir en la fase de negociación, corresponderá que la cumplidora impute ese incumplimiento a la contraria y, como consecuencia de ello, dado que nos encontramos ante una obligación de naturaleza personalísima, la prestación resultará inexigible y, consecuentemente, podría acceder directamente al arbitraje sin ningún inconveniente.

Dado que, en materia internacional no contamos con una disposición legal específica a encasillar la situación antes mencionada, podemos hacerlo con remisión a los Principios Uniform Law on International Sales of Goods — en adelante, UNIDROIT — sobre los Contratos Internacionales 2016, cuyo artículo 7.2.2. indica lo siguiente:

“Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación a menos que:

- *Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;*
- *La prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;*
- *La parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;*
- *La prestación tenga carácter exclusivamente personal; o*
- *La parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.”*

Sin inconveniente alguno el inciso —c— del artículo 7.2.2. de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales 2016, de resultar aplicable, nos brinda una salida. Y es que cuando la prestación tiene carácter personalísimo y la parte contraria se niega a su cumplimiento, no resultará posible exigirla. En tal sentido, al no ser posible pasar por el escalón previo de la negociación, la parte reclamante podría acudir directamente al arbitraje.

Claro está, dado que nos encontraríamos ante un incumplimiento contractual, resultará necesario que el mismo sea imputado por el reclamante a la parte renuente a la negociación, puesto que es la única manera de que tome conocimiento de las consecuencias de su actuar negativo y podría avanzar con su reclamación arbitralmente.

Consideramos que los demás ordenamientos jurídicos del Civil Law, en los que fue inspirada la redacción de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales 2016 deben contar con una disposición normativa similar a la citada, lo que permitirá, independientemente de la norma de fondo que haya sido pactada, encontrar una salida legal ante la negativa a participar de la fase de negociación.

VI. CUESTIONES QUE TOMAR EN CUENTA PARA LA REDACCIÓN DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS

Los principales problemas que se generan sobre las cláusulas escalonadas dependen de varios factores, tanto para entendimiento de las partes como para los árbitros, por lo que, a fin de evitar más problemas, proponemos algunos aspectos a tomar en consideración en su redacción:

- i. **Dejar en claro el alcance facultativo u obligatorio de la negociación:** en primer lugar, resultará útil que ambas partes tengan claro si deben cumplir con la negociación o si quedará a una manera disposición de ellas, dado que ello les permitirá comprender los efectos jurídicos de su actuar omisivo o participativo.

- ii. **Regular cuáles son las consecuencias del incumplimiento de la negociación:** un hecho que salvará de varias discusiones es que las partes tengan pleno conocimiento de qué ocurrirá si deciden no participar de la fase de negociación, por ejemplo, el que se habilite automáticamente la etapa arbitral o la imposición de una sanción económica, como consecuencia del sobrecosto que generará la demora en el inicio del arbitraje.
- iii. **Regular los alcances de la fase de negociación:** consideramos importante no solo regular el procedimiento, sino, además, la determinación de qué puede ser negociable y qué no. Por ejemplo, si nos encontramos ante un problema que implica la nulidad del contrato, en algunos países, ello no podrá ser materia de negociación porque no resulta factible subsanar dicho acto jurídico.
- iv. **Establecer las formas de probar el cumplimiento de la fase de negociación:** por otro lado, a fin de evitar cualquier cuestionamiento posterior, las partes podrían regular cómo será el procedimiento, por seguir para la citación a la negociación y cuáles serán las pruebas que pueden ser emitidas, sea de manera conjunta o individual, para demostrar el cumplimiento o incumplimiento de este requisito para seguir con el arbitraje.
- v. **Regular el alcance temporal de la fase de negociación:** finalmente, y aún más im-

portante, determinar cuánto durará el período de negociación si se llega a instalar o el plazo que deberá esperar el solicitante antes de considerar que su contraria no desea participar, por ejemplo, de un trato directo.

VII. CONCLUSIÓN GENERAL

No existe duda que la negociación, así como la comunicación entre las partes, puede evitar sobre costos siempre que ambas estén dispuestas a escucharse. Muchas veces, esa voluntariedad no está presente por el hecho propio de que existe una contraposición; sin embargo, el contar con un espacio obligatorio de negociación permitirá, por lo menos, que las partes estén sentadas una frente a la otra de forma obligatoria y, como consecuencia de ello, que exista la posibilidad de un acercamiento, quien sabe y ese puede ser el inicio de una solución que evitaría la emisión de un laudo.

Para ese escenario, es necesario contar con reglas claras que agilicen no solo la negociación, sino que tampoco obliguen a una de las partes a estar sometidas a esta fase de manera eterna y no alcance a la justicia mediante un arbitraje.

Así, lo importante es identificar las problemáticas y encontrar herramientas que permiten evitarlas, poniendo por delante, siempre, la posibilidad de arribar a un acuerdo como primera línea, antes de llegar al remedio residual del arbitraje.

EDITORIAL

Bien coinciden las más autorizadas voces en doctrina en que uno de los mayores triunfos de la humanidad en su historia ha sido el poder solucionar conflictos sin tener que recurrir a la violencia, el poder lograr la paz sin acudir a la guerra. Como sociedad, hemos desarrollado y evolucionado nuestro concepto de justicia a lo largo de la historia, a tal punto que la dependencia total sobre el fuero judicial se ha vuelto un lejano recuerdo del pasado. Más allá de la opinión que pueda guardar cada uno sobre la naturaleza del arbitraje, es innegable que, por su propia configuración, sus valores están profundamente arraigados en la libertad individual – y colectiva – de los justiciables. Es así como la Lex Mercatoria nos ofrece una alternativa que complementa la misión judicial – más allá también de la discusión de si el arbitraje ejerce jurisdicción o no – y hace posible brindar transparencia, celeridad y especialización a la solución de controversias, con la particular virtud de permitir a quienes acuden a su tutela el derecho de elegir su foro, su tribunal arbitral, y sus reglas de juego.

No es posible someter a arbitraje tales materias como un conflicto armado, o la disputa sobre un territorio, sin embargo, creemos firmemente en el arbitraje como un medio para lograr la paz. Es evidente que los arbitrajes de inversión se han consolidado como uno de los mecanismos más relevantes para la resolución de controversias en el marco del derecho internacional actual. En un contexto de globalización económica, el arbitraje se presenta como una herramienta esencial que tiene como finalidad garantizar la protección de los inversionistas: nadie invertiría en un país cuya justicia es corrupta, lenta, y poco especializada para resolver materias complejas. Del mismo modo, ofrecer acceso a una justicia previsible, célere, y capacitada, es la mejor manera de garantizar seguridad jurídica a inversores internacionales, y así generar confianza para contratar. No sería descabellado postular que existe una relación directa y proporcional entre el nivel de desarrollo de un país y el acceso a la justicia de este.

Los arbitrajes de inversión destacan entre las ramas del derecho, no solo por su complejidad técnica, sino también por la búsqueda del balance entre la soberanía estatal y la protección del capital en el Perú. En ese sentido, el arbitraje de inversión plantea retos tanto para los Estados como para los profesionales del derecho que buscan especializarse en este ámbito. El Perú se ha posicionado para muchos como la “Meca del Arbitraje” en Latinoamérica. Nuestra Ley de arbitraje, la cual en diseño fue inspirada por la Ley Modelo CNUDMI, es reconocida internacionalmente de manera consistente por la doctrina, y como foro arbitral, nuestro país está cobrando cada vez más relevancia a nivel mundial, tomando en consideración también su participación como parte en arbitrajes CIADI, y otros tribunales arbitrales de alto prestigio. A pesar de tener críticas por parte de ciertos doctrinarios, la realidad es que en sus 15 años o más de vigencia, el Decreto Legislativo 1071 ha brindado un balance sumamente positivo, con miras a seguir en el mismo trayecto, incluso con la serie de retos a los que se enfrenta el Perú como sede arbitral.

Los 15 años de la actual Ley de Arbitraje Peruana coinciden a su vez con los 25 años de la segunda época de la Revista **ADVOCATUS**. Este número ha representado un gran reto en todo sentido, y queremos empezar por darles las gracias a la asamblea y al magnífico equipo de Edición que estuvo a nuestro cargo durante este periodo, así como también a los Consejos Directivos que pudieron hacer posible este lanzamiento. A través de la presente edición, quisiéramos rendir homenaje no solo a aquellos asociados que estuvieron presentes durante la etapa de la refundación de la Revista, sino también a los alumnos y profesores fundadores, sobre todo a aquellos que ya no nos

acompañan. A su vez, no podemos dejar de agradecer la colaboración de nuestros gentiles auspiciadores, y de los miembros asociados que nos apoyaron, así como la labor de nuestros asesores temáticos, coordinadores, autores y árbitros.

Cuando planteamos la idea para el esquema temático de esta edición en particular, tuvimos la visión de poder plasmar la esencia de **ADVOCATUS** en su pasado, presente y futuro, y paradójicamente, nos dimos cuenta de que el arbitraje como concepto guarda similitudes con lo que representa nuestra asociación. **ADVOCATUS** nació originalmente como una manera de canalizar las voces y opiniones de los estudiantes de la facultad de Derecho de la Universidad de Lima, guardando una visión propia frente a los conflictos sociales y a la violencia que atravesaba nuestro país durante la década de 1980. No es exageración decir que, lo que buscó ese grupo de alumnos y profesores desde su fundación fue poder ejercer su libertad de expresión, de manifestación, y poder contribuir a nuestra sociedad mediante la difusión del conocimiento. De la misma manera – y como hemos mencionado antes – el arbitraje está profundamente arraigado en la libertad de las partes y es una alternativa la jurisdicción tradicional que ejerce el Estado a través del Poder Judicial, tal como nuestra asociación siempre se caracterizó por tener una línea editorial independiente y libre.

Por supuesto, no habría sido posible que en la época de la fundación de **ADVOCATUS** se pudiera predecir que el Perú se convertiría en la sede arbitral que es hoy, pero sería incorrecto negar que las bases estaban ahí, arraigadas en nuestra idiosincrasia. Por su parte, **ADVOCATUS** tiene como misión seguir estando a la vanguardia de la difusión del conocimiento y el llamado a la reflexión desde su campo, y a sus 25 años, es menester tomar el ejemplo de quienes nos precedieron y honrar su trabajo teniendo en cuenta su visión original, la de querer iniciar un cambio. “ADVOCATUS” significa para nosotros, tanto simbólica como literalmente (por su raíz latina), el llamado a la acción. Es trabajo de todos prestarnos para responder a ese llamado, indistintamente de la misión y el propósito al que nos encomendemos, sea dentro o fuera del derecho. Estimados lectores, presentamos muy gentilmente ante ustedes la Edición N° 44 de la Revista **ADVOCATUS**, un homenaje por los 25 años de esta etapa, un vistazo al pasado, presente y futuro del arbitraje internacional.

Valeria Elizabeth Ruiz Horna

Directora General

Revista **ADVOCATUS**

Jorge Francisco Lazo Lema

Director de Edición

Revista **ADVOCATUS**



www.revistaadvocatus.com



consejo@revistaadvocatus.com



ADVOCATUS



@revistaadvocatus



Revista ADVOCATUS

Blog jurídico AGNITIO



www.agnitio.pe



equipoagnitio@agnitio.pe



Agnitio



@agnitiope



AGNITIO



Blog Jurídico Agnitio



@agnitiope

Análisis de la Cadena de Valor de las industrias mineras en el Perú

Value Chain analysis of the mining industries in Peru



LUIS AGUIRRE ALVÁN

Abogado por la Universidad de Lima
Maestría en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima



SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Adjudicación de contratos, permisos y licencias de la actividad minera.**
- III. Regulación y seguimiento de operaciones de la actividad minera.**
- IV. Recaudación de impuestos, regalías de la actividad minera y puesto de trabajo (materialización de la importancia de la actividad minera).**
- V. Asignación y gestión de ingresos de la actividad minera.**
- VI. Implementación de Políticas y Proyectos de Desarrollo Sostenible vinculados a la actividad minera y su importancia.**
- VII. Conclusión.**

RESUMEN:

La minería es considerada la actividad económica central del Perú, dado que su industria resulta esencial para su desarrollo social y económico, contribuyendo significativamente al PBI y generando empleo formal. A pesar de sus beneficios, enfrenta diversos desafíos, los cuales hacen necesaria una gestión transparente de recursos. Integrar la Cadena de Valor de las industrias extractivas y fomentar políticas de sostenibilidad son claves para maximizar las ventajas de las industrias mineras y minimizar impactos negativos..

Palabras clave: minería, Cadena de Valor, desarrollo sostenible, empleo formal, beneficio económico, concesiones

ABSTRACT:

Mining is considered the central economic activity in Peru, as its industry is essential for its social and economic development, contributing significantly to GDP and generating formal employment. Despite its benefits, it faces several challenges, which require transparent resource management. Integrating the value chain of the extractive industries and promoting sustainability policies are key to maximizing the advantages of the mining industries and minimizing negative impacts.

Keywords: mining, Value Chain, sustainable development, formal employment, economic benefit, concessions, economic benefits

I. INTRODUCCIÓN

Las industrias extractivas en el Perú se han constituido como actividades de explotación que generan gran beneficio a la economía nacional, como es el caso de la minería, que incide de forma significativa en distintos ámbitos de la sociedad. Dados los grandes ingresos que se obtienen por dicha actividad, es necesario que la administración de los recursos obtenidos, los cuales se consideran potenciales para la reducción de pobreza y contribución al desarrollo social de un país, se genere de forma transparente e íntegra.

En ese sentido, los beneficios que brinda la actividad minera, van desde la generación de empleos directos e indirectos, hasta la contribución directa al Producto Bruto Interno — en adelante PBI — nacional, lo que determina una base financiera para el desarrollo de infraestructura y prestación de servicios sociales. Es casi imposible cuestionar la importancia y aportes que la actividad extractiva genera en el país; sin embargo, siempre es necesaria la implementación de políticas para el desarrollo sostenible de dicha actividad.

De esta forma, el enfoque de la Cadena de Valor de las industrias extractivas que contiene todos los aspectos relacionados a licencias, procedimientos para la obtención de títulos habili-

tantes, recaudación de impuestos, gestión de recursos e implementación de políticas sostenibles, se integran en los planes de desarrollo y maximización de los beneficios de la actividad. Ello con la finalidad de elevar la calidad de vida y ayudar a promover la estabilidad social.

II. ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS, PERMISOS Y LICENCIAS DE LA ACTIVIDAD MINERA

La explotación de recursos naturales recibe un tratamiento constitucional en nuestra legislación, de tal forma que el artículo 66 de la Constitución Política del Perú ha establecido que: *“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El estado es soberano en su aprovechamiento”*. Mediante este tratamiento, se otorga al Estado la potestad de aprovechar estos recursos, con la finalidad de generar ciertos beneficios económicos.

Es precisamente esa ventaja económica, lo que impulsa la explotación de estos recursos, pues el Estado obtiene ingresos que puede redistribuir en los diversos aspectos sociales, como educación, trabajo y salud, en beneficio de la sociedad. Bajo esta premisa, es que se contrata con empresas en busca de orientar la finalidad del aprovechamiento de dichos recursos.

En ese sentido, a través de diversos contratos, un gobierno puede ceder derechos de explo-

tación y producción de recursos naturales, como es el caso de la minería. Estos contratos van desde arrendamientos hasta concesiones, dependiendo de cada Estado. Para el caso peruano, se establecen concesiones mineras a favor de empresas privadas, a través de las cuales se otorgan derechos sobre la explotación de recursos minerales sobre un área determinada como “cuadrícula”, previa autorización del derecho administrativo que otorga el título habilitante por parte de la entidad correspondiente.

Una concesión minera otorga a su titular derechos de exploración y explotación de recursos minerales en el subsuelo del área designada. Sobre el particular, Zevallos nos señala que:

*“Por otro lado, debemos entender que la concesión minera es un proceso administrativo emitida por el Estado, a petición del solicitante, aquél por ser ente administrador de los recursos naturales, otorga al solicitante ciertos derechos y obligaciones para el aprovechamiento de los recursos naturales; sin embargo, es preciso aclarar que la concesión minera no otorga a su titular la posesión del terreno o del predio superficial (...).”*¹

El autor considera a la concesión como un trámite administrativo, a través del cual se solicita ciertos derechos sobre la explotación de un recurso, como es el caso de la explotación de minerales. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la concesión solo otorga derechos para explotar una zona, mas no la posesión o propiedad del terreno explotado, toda vez que solo otorga al titular la calidad de bien inmueble de forma especial o declarativa.

Bajo este aspecto, a través de la concesión se otorga un derecho administrativo especial para la explotación del área superficial de un predio, sobre el cual el titular realiza la actividad previamente habilitada. En donde para poder generar las actividades de exploración y extracción,

previamente estas deberán ser autorizadas tanto por el Estado, como por el titular del predio.

Es debido a ello que la concesión se otorga por un tiempo determinado, con la finalidad de explorar y explotar el recurso natural; pero, tomando en cuenta que el predio o terreno superficial es diferente al de la concesión.

Ahora bien, el Ministerio de Energía y Minas señala el siguiente procedimiento para el otorgamiento de una concesión:

- a. *“Petitorio: constituye la solicitud de concesión remitida por la empresa privada a la entidad administrativa correspondiente, la cual contendrá los datos de inscripción de la empresa y su representante legal en conjunto con una declaración jurada de compromiso en la cual se sostiene actuar en conformidad con la responsabilidad ambiental y social. Para este caso, también es necesario que el peticionante adjunte un pago de derecho de vigencia y derecho de tramitación. Se exigen una serie de requisitos necesarios para la viabilidad de la concesión, los cuales están previstos en la normativa correspondiente.*
- b. *Notificación al interesado de aviso de publicación: si el petitorio ha reunido todos los requisitos que se exigen, entonces se procede a notificar al interesado sobre el aviso de publicación.*
- c. *Publicación: una vez que se notifica, se procede a publicar en el diario oficial “El Peruano”, acto que se efectúa dentro de los 30 días siguientes luego de haber notificado el aviso al interesado.*
- d. *Dictamen técnico y legal: publicada la solicitud, dentro de los 30 días hábiles se emitirán los dictámenes correspondientes.*
- e. *Título de concesión minera: emitido el dictamen, se dispone de 5 días hábiles para que se expida la resolución correspondiente. En ese sentido, se emitirá el título correspondiente a la empresa interesada sobre la con-*

1. Zevallos Yana, J. 2020. «Concesiones mineras, comunidades campesinas. Conflictos sociales en la región puno.» *Revista de derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno* 61.

cesión, a través del cual, el Estado reconoce el derecho de esta empresa para explorar y explotar cierta zona y aprovechar los recursos naturales, en este caso los minerales.

- f. *Inscripción del título de concesión: finalmente, emitido el título, quedará consentida y ejecutoriada la resolución que la otorga, por lo que se procede de manera posterior a su inscripción.*²

Un aspecto que se debe tomar en cuenta es que, en las concesiones en áreas urbanas, solo se podrá otorgar concesión si existe una ley especial que así lo autorice. Esta ley autoriza solo para dicha área, pudiendo peticionar de 10 hasta 100 hectáreas.

Por otro lado, para el caso de concesiones en áreas de expansión urbana, se debe tomar en cuenta que el título de concesión solo se podrá otorgar cuando exista una opinión favorable del Concejo Provincial de la zona, la cual no se considera favorable si no existe un pronunciamiento dentro de cierto plazo. En el caso de que se emita una respuesta, y esta sea favorable para el peticionante, se cursará un oficio a la autoridad correspondiente con la finalidad de que se autorice el otorgamiento del título y proceder a la explotación de la zona en expansión.

Ahora bien, para la adjudicación de derechos de exploración y explotación de los minerales, se debe tomar en cuenta lo precisado por Mayorga:

*“En la industria minera, los términos básicos para la concesión de derechos mineros a las empresas se definen en la ley del sector, que a menudo aplica el principio de “primero en llegar, primero en ser atendido”. Las licencias mineras generalmente establecen la obligación del inversionista de realizar ciertas actividades dentro de un período de tiempo específico (el “compromiso mínimo de trabajo” o “requisitos mínimos de gasto”).”*³

Bajo ese contexto, se establece un procedimiento cuya transparencia para la adjudicación de los derechos mineros determina una mayor competencia entre los posibles concesionarios en beneficio del gobierno.

Cabe precisar que, dada la ventaja económica que genera la minería, a lo largo de los años y como se ha evidenciado, nuestro Estado ha otorgado diversas concesiones a favor de diversas empresas tomando en cuenta el marco constitucional del aprovechamiento de los recursos naturales. Ello ha permitido que exista una garantía sobre la protección del medio ambiente y los recursos que no son susceptibles de explotar, como las áreas naturales protegidas o las áreas urbanas o de expansión urbana.

Finalmente, cabe precisar que la concesión minera, además de ceder derechos de exploración y explotación, también conlleva una serie de obligaciones a cargo del titular. Dichas apuntan a una serie de factores o variantes socioambientales, que pasan a constituirse como deberes sociales y ambientales, los cuales deben ser cumplidos en garantía de los involucrados por la actividad. De esta forma, se exige que el impacto sobre el ambiente y los pobladores de la zona sea lo mas reducido posible, evaluando las repercusiones sociales y ambientales que, de por sí, la actividad minera provoca, lo cual resulta mas beneficioso para los involucrados.

III. REGULACIÓN Y SEGUIMIENTO DE OPERACIONES DE LA ACTIVIDAD MINERA

La actividad minera es una forma de explotación de recursos naturales que otorga grandes beneficios económicos; no obstante, para su mejor aprovechamiento, es necesario un marco regulatorio que determine todo lo concerniente a esta actividad. Este debería abarcar desde la concesión del título hasta los procedimientos a emplear para extraer minerales, lo cual resulta necesario para evitar perjuicios y

2. Ministerio de Energía y Minas. 2008. *Guía de inversiones de la gran y mediana minería*. Lima: Dirección General de Minería.
3. Mayorga Alba, E. 2009. «Cadena de valor de las industrias extractivas.» *The World Bank* 6.

daños, y especialmente para evitar impactos negativos tanto en el ambiente como en los pobladores de la zona.

Sin duda, la necesidad de atraer la inversión en la explotación de este recurso que genera grandes beneficios económicos obliga a todos los países a establecer o reformar el marco de regulación sobre la actividad. De esta forma, se constituyen condiciones reguladoras sobre la explotación de los minerales a través de marcos jurídicos estables que establezcan competencias claras y recursos necesarios para el cumplimiento de las funciones. En esta línea de pensamiento, cabe acotar lo precisado por Vio: *“La búsqueda de marcos jurídicos estables y predecibles llevó a los países a revisar sus normas y a implementar regímenes jurídicos para regular la concesión de derechos de exploración a fin de limitar o eliminar la discrecionalidad en el otorgamiento de los títulos mineros.”*⁴

Así, bajo un marco regulatorio no solo se pretende regular el otorgamiento de títulos mineros, sino también promover su inversión a través de los particulares, instaurando un procedimiento adecuado para tal fin. Por ejemplo, como lo precisa el autor, en Chile se reguló esta actividad a través del Código de Minería en el año 1983, y posteriormente siguieron los países de Argentina, México y Perú.

Esta regulación tiene como finalidad, además de los aspectos señalados, determinar la capacidad para formular e implementar políticas públicas en aras del desarrollo de la minería, generar información necesaria para el desarrollo de la actividad y determinar el procedimiento llevado a cabo con el fin de garantizar la viabilidad de la explotación, reduciendo el impacto negativo de la misma.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta también, que la regulación de la actividad minera

es una forma de intervención necesaria. Por tanto resultará primordial, principalmente en esta actividad, establecer un marco de acción que regule el actuar del titular de la concesión. Sobre el particular, cabe destacar lo acotado por Barreda:

*“La regulación es una forma de intervención pública necesaria en la actividad económica, orientada a establecer un marco de acción que restringe, influye o condiciona el actuar de los agentes económicos, así como también permite controlar el cumplimiento del marco de actuación establecido.”*⁵

De esta forma, se emitió en el año 1992 la Ley General de Minería, la cual fue modificada en los años siguientes por distintas normas, y que regula todos los aspectos relacionados a la actividad minera. Por otro lado, se tiene el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería —TUO LGM, o simplemente TUO —, el cual contiene todas las normas ya modificadas sobre esta actividad. De esta forma, el artículo I del Título Preliminar del TUO nos señala que la ley comprende todo lo referente al aprovechamiento de los recursos minerales del suelo y subsuelo comprendidos en el territorio nacional, así como del dominio marítimo.

En su artículo II regula expresamente que todos los recursos minerales pertenecen al Estado, el cual estará encargado de evaluar y preservar los recursos naturales. Resulta necesario que se cree y desarrolle un sistema adecuado de información para fomentar la inversión en la explotación de estos recursos y normar la actividad minera al mismo tiempo que la fiscaliza. De esta manera, es que se establece que el aprovechamiento de estos recursos se efectuará a través del sistema de concesiones mineras.

Cabe mencionar que el gran número de inversiones que se efectúan en el país para la explo-

4. Vio Gorget, Diego. 2016. *Marcos normativos e institucionales de la minería en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo 12.
5. Barreda Tamayo, C. 2017. «Regulación del sector minero.» En *La industria de la minería en el Perú*, de OSINERGMIN. Lima: Osinergmin 148.

tación de recursos minerales se debe no solo a las riquezas naturales consistentes en minerales, sino también por la estabilidad de la legislación sobre la materia, tal y como lo acentúa Huapaya:

“Considero que gran parte del gran número de inversiones que se viene realizando en el sector, es debido, así como por el potencial geológico que tiene el país, también por la estabilidad de nuestra legislación y la predictibilidad de nuestras políticas y su aplicación; sinceramente, el dato de la legislación y su aplicación predecible son importantes para atraer inversiones.”⁶

Bajo esta premisa, el TUO de la ley ha establecido que para ejercer actividades mineras es necesario que se efectúen las concesiones, las cuales se acceden bajo un procedimiento que son de carácter público. Así, el artículo 7 nos estipula que las actividades que comprenden la explotación minera — exploración, explotación, beneficio y transporte — se ejecutan por personas naturales o jurídicas mediante este sistema de concesiones.

Tal y como se ha precisado, a través de la concesión minera se otorga al titular el derecho de explotar los recursos minerales de una determinada zona, concesión que es otorgada luego de haber seguido el procedimiento indicado por la misma norma — capítulo II del TUO —. Si esta concesión es efectuada sobre un sólido de profundidad indefinida, limitada por planos verticales correspondiente a lados cuadrados, rectángulo o poligonal, como lo establece el artículo 9 del TUO.

Por otro lado, se establecen cuales son los atributos a los titulares de las concesiones según el artículo 37, precisándose los siguientes:

- a. *En concesiones para terrenos eriazos el titular goza del uso minero gratuito de la superficie*

- b. *Solicitar a la autoridad correspondiente el derecho al uso minero gratuito*
- c. *Solicitar a la autoridad correspondiente la autorización para el uso de servidumbres en terrenos de terceros siempre que resulte necesario.*
- d. *A construir en concesiones vecinas siempre que resulta necesario para la viabilidad de su propia concesión.*
- e. *Ejecutar en terreno franco labores necesarias para el desarrollo de la actividad*
- f. *Solicitar expropiación si resulta necesario (...)*

Bajo estos atributos, la norma también exige que, mediante ley orgánica, se establecerán las condiciones para el uso de los minerales y su otorgamiento a los particulares, determinándose que las concesiones obligan a su trabajo, obligaciones que hace referencia a la inversión para la producción de sustancia minerales, tal y como lo expresa el artículo 38 del TUO.

Ahora bien, en cuanto al seguimiento de operaciones, a través de este marco legal se permite una supervisión sobre el funcionamiento de la actividad minera, la cual debe estar alineada al cumplimiento con las especificaciones indicadas. De esta forma, también se previenen problemas que puedan tener impacto negativo en el progreso.

Así el artículo 49 del TUO especifica expresamente que los titulares de las concesiones mineras tienen la obligación de facilitar en cualquier tiempo el acceso de la autoridad fiscalizadora correspondiente. Cabe manifestar que la jurisdicción administrativa para los asuntos que conciernan a la actividad minera estarán a cargo del Poder Ejecutivo, quien puede fiscalizar a través de la Dirección de Fiscalización Minera.

De esta forma, el artículo 102 ha establecido cuáles son las atribuciones de esta Dirección que le permiten dictaminar sobre los siguientes aspectos:

6. Huapaya Tapia, R. 2007. «La regulación del sector minero en el Perú: Reflexiones y propuestas desde una visión administrativa.» *Derecho y sociedad* 221.

- a. Cumplimiento de los contratos de estabilidad tributaria
- b. Formación de unidades económicas administrativas
- c. Declaración anual consolidada
- d. Cumplimiento del pago del derecho de vigencia
- e. Incumplimiento de las obligaciones en la explotación de la actividad
- f. Programas de vivienda, salud y bienestar minero (...)

Todos estos aspectos son materia de pronunciamiento de la Dirección, la cual verificará su cumplimiento en aras de seguir las operaciones llevadas a cabo por las concesionarias mineras, y constatar la idoneidad en la explotación de los recursos minerales.

IV. RECAUDACIÓN DE IMPUESTOS, REGALÍAS DE LA ACTIVIDAD MINERA Y PUESTO DE TRABAJO (MATERIALIZACIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LA ACTIVIDAD MINERA)

En este punto, se observan los grandes beneficios de la actividad minera y las razones por las cuales dicha actividad adquiere especial importancia. En ese sentido, se tiene a la recaudación de impuestos y regalías derivadas de dicha actividad. Ello determina que la importancia de los recursos mineros no radica en los volúmenes de producción que se puedan obtener, sino en los ingresos que este sector genera al fisco a través de los impuestos gravados y las rentas que se establezcan. Cabe recordar que la capacidad que tiene el Gobierno para recaudar los impuestos de forma eficiente dependerá en parte del régimen fiscal y de los instrumentos que utilice. Entonces, la actividad minera se constituye en una actividad esencial y de gran importancia debido a la gran contribución económica que realiza al país en los impuestos y las regalías.

De esta forma, según lo establecido por el Instituto Peruano de Economía:

“Así en el periodo 1998-2009, el sector minero participó con el 32.4% del total de la recaudación de impuestos a la renta (incluyendo tercera categoría, impuestos a otras rentas, las regalías y el aporte voluntario). Esta participación tendió a crecer con el crecimiento del sector y en función también del aumento de los precios de los minerales, como parte del ciclo normal de precios de commodities. Así en el punto más bajo del ciclo, hacia el 2001, la minería contribuyó con solo el 11.3% de las cargas de renta, mientras que en el pico del 2007 esta contribución llegó a alcanzar el 49%.”

Es necesario manifestar que la mayor parte de las rentas peruanas que provienen de la actividad minera se recauda a través de la renta que, según Del Valle (2013), establece una tasa del 30% sobre la utilidad bruta o del 32% para empresas que cuentan con estabilidad tributaria. Cabe manifestar que la estabilidad tributaria es adquirida por los titulares de las concesiones que inicien sus actividades o mantengan operaciones mayores de 350 TM — Toneladas Métricas — y hasta 5,000 TM por día según el artículo 78 del TUO. De igual forma, se detalla que el impuesto más recaudado es el IGV — Impuesto General a las Ventas —, el cual aplica una tasa de 18% sobre los precios de venta.

Por otro lado, el ingreso económico que se recauda a través de estas actividades y que se dirige a los ingresos fiscales son los siguientes:

- a. Impuesto corporativo: este impuesto también se denomina impuesto a la renta, recauda el 30% del beneficio y participación en las ganancias de la empresa y luego de las regalías.
- b. Regalías mineras: se constituyen como cuotas que los titulares de las concesiones deben pagar para explotar los minerales. Estas regalías son progresivas, y se aplican a través de una tasa efectiva.
- c. Impuesto a la minería especial: este im-

7. Instituto Peruano de Economía. 2011. *La tributación minera en el Perú*. Lima: Sociedad Nacional de Minería 8

puesto grava todos los beneficios que obtienen las empresas de la venta y consumo de recursos minerales, y se determina trimestralmente.

- d. Gravamen minero especial: se constituye como un suplemento voluntario y temporal que son pagados por las empresas derivado de un acuerdo con el Estado.
- e. Participación de los trabajadores en las utilidades: es una transferencia que realizan las empresas mineras a sus trabajadores.

Cabe acotar que la inversión del extranjero de las empresas mineras resulta ser el principal factor que influye de forma significativa en la recaudación tributaria, toda vez que a partir de dicha inversión la producción y venta de minerales se hace efectiva.

Ahora bien, los impuestos que recauda el Estado por la explotación de los recursos mineros son recabados por el gobierno central de forma directa. Sin embargo, conforme a la Constitución Política del Perú, el 50% de dicha recaudación por impuesto a la renta, el cual se considera como "canon minero", es distribuido a los gobiernos regionales. Es necesario precisar que el canon minero es la participación de la cuales los gobiernos locales y regionales obtienen por la explotación de los recursos mineros en la zona.

Asimismo, el canon minero es una forma de retribuir a la población por la explotación de los minerales, de tal manera que el Estado recauda y distribuye el fondo que obtiene mediante el impuesto consignado, a los gobiernos regionales y locales. El objetivo es claro, los gobiernos locales y regionales deben recibir los recursos económicos e invertir en el desarrollo de la comunidad o población. Lo mismo sucede con las regalías que se obtienen, las cuales también se distribuyen a estos gobiernos con la finalidad del bienestar poblacional.

Tal es la importancia de la actividad minera que, a partir de los ingresos que se obtienen por su ejercicio, existe una redistribución a todos los gobiernos del Estado. Ello implica una posibilidad de mayor inversión en las zonas y comunidades del Perú, especialmente en las comunidades donde se explotan los recursos.

En base a esta premisa, la carga fiscal que soporta la actividad minera llega a un aproximado del 44% al 52% de acuerdo con los beneficios obtenidos en el ejercicio de su actividad. En la misma línea de pensamiento, cabe traer a colación lo precisado por Warthon: *"Así, se puede observar que pese a la creencia de que las mineras pagan impuestos bajos y contribuyen con relativamente poco, en la realidad nos encontramos frente a una carga fiscal bastante alta."*⁸

Finalmente cabe manifestar lo acotado por el Instituto Peruano de Economía:

*"La minería es un motor importante en la dinámica económica del país y su crecimiento. En la última década, el PBI generado por la minería explicó el 10% del total de la economía nacional. En dicho periodo, el PBI minero ha tenido un ritmo de crecimiento similar al total de la economía. Así, mientras que el sector minero creció 3.9% en promedio cada año entre el 2010 y 2019, la economía nacional lo hizo a un ritmo de 4.0% anual."*⁹

Tal y como se observa, la relevancia e importancia de la actividad minera se evidencia en el crecimiento del PBI nacional derivado del pago de los diferentes impuestos consignados. Se destaca la importante contribución en los últimos años y el beneficio que se genera para la población, lo que claramente contiene las siguientes implicancias:

- a. Genera un incremento en la económica nacional

8. Warthon, D. 2019. «La recaudación tributaria minera y su distribución.» <https://energiminas.com/la-recaudacion-tributaria-minera-y-su-distribucion/>.

9. Instituto Peruano de Economía. 2021. *Contribución de la minería a la economía nacional*. Lima: Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía 14.

- b. Se beneficia a las Gobiernos Regionales y Locales
- c. Se potencia la inversión en las comunidades y zonas donde se explotan los recursos
- d. Se contribuye a la reducción de la pobreza a través de una gestión transparente de los beneficios obtenidos
- e. Se potencia la inversión en obras públicas
- f. Se potencian las exportaciones nacionales, compras e inversiones
- g. Beneficio para sectores de salud y educación por ejemplo a través de campañas medicas gratuitas o donaciones importantes de las empresas mineras.
- h. Se dinamizan las economías locales

Ahora bien, según el Instituto de Ingenieros de Minas en el Perú, los ingresos por impuesto a la renta en la actividad minera ascienden a un total de S/ 2,30.1 millones entre enero y julio del 2021, lo que implica que ha existido un crecimiento desde marzo tras la llegada de la pandemia. De esta forma, en lo que iba del año 2021, las exportaciones mineras sumaron un aproximado de S/ 15,150 millones superando los años anteriores, lo que aumenta y potencia las implicancias antes descritas.¹⁰

Estos ingresos favorables para nuestro Estado son reflejados en los tributos que se pagan, de tal forma que la recaudación en los primeros seis meses del año, por ejemplo, para el caso de impuestos a la renta e impuesto especial, suman un aproximado de S/ 8,125.6 millones, monto que beneficia a muchos peruanos.

Este aspecto también denota la gran importancia que tiene la minería en la economía nacional y en su desarrollo, pues no solo resulta favorables para el crecimiento económico, sino que también es esencial para la inversión en obras públicas en beneficio de los pobladores. Por otro lado, se tiene lo acotado por Narrea: “Los beneficios de la minería

en el país se reflejan en su contribución a las exportaciones y a la recaudación tributaria. Con excepción del 2014, durante los últimos 10 años las divisas por esta actividad representaron en promedio el 60% de las exportaciones nacionales.”¹¹

Finalmente, no puede cuestionarse la importancia de la minería en el desarrollo económico del país, desde el punto de vista de la recaudación de impuesto y regalías. Debido a la producción y sus beneficios es que la minería en el Perú ocupa lugares importantes en Latinoamérica, contribuyendo generosamente a importantes ingresos fiscales. Asimismo, estos beneficios también se ven reflejados en las contribuciones a las exportaciones.

Ahora bien, el comportamiento de la inversión en este sector extractivo resulta esencial para la economía nacional, no solo en lo que concierne a la recaudación de impuestos, sino también en la generación de puestos de trabajo que ofrece. De esta forma la importancia de la minería también se refleja en la generación de empleos, lo cuales han sufrido un gran impacto positivo desde años anteriores al incrementarse los puestos de trabajo. Sobre este aspecto, Dammert nos señala que para el año 2017:

“(...) la minería dio empleo directo en enero 298 a 193 mil trabajadores tanto en las empresas mineras como a través de contratistas (62 mil trabajadores en empresas mineras y 131 mil trabajadores en contratistas). Las regiones con mayor empleo en el sector minero fueron: Arequipa, Junín, La Libertad, Cajamarca, Lima, Apurímac y Ancash. En cuanto a los ingresos regionales por canon, regalías, y derecho de vigencia, en 2017 se transfirieron 3,262 millones de soles a las regiones, siendo las principales regiones beneficiadas Ancash, Arequipa, La Libertad, Apurímac, Cajamarca, y Cuzco.”¹²

-
- 10. Instituto de Ingenieros de Minas en el Perú. 2021. «Ingreso tributario por minería suma S/ 8,125.6 millones y ya supera 2019 y 2020.» *Actualidad minera*.
 - 11. Narrea, O. 2018. *La minería como motor de desarrollo económico para el cumplimiento de los Objetivos del Desarrollo Sostenible*. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social-CIES 13.
 - 12. Dammert, A. 2021. *Economía minera*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú 16.

Tal y como se observa, para el año 2017 se generaron mas de 200 mil puestos de trabajos en virtud de la actividad minera. Ello redujo el porcentaje de desempleo para la fecha, beneficiando no solo al individuo sino también a la población y al Estado, potenciando de forma indirecta la economía nacional. Por otro lado, se toma en cuenta lo acotado por Narrea: *"La minería, por su parte, ofrece 63.217 empleos directos y 122.769 indirectos"*¹³. Debe tomarse en cuenta que en los países donde la minería esta inmersa de forma considerable se crean mayormente empleos indirectos, como lo demuestra cifra precisada por el autor.

De esta forma, la importancia de la actividad minera se refleja en una fuente de generación de empleos que no solo importa al establecimiento de puesto de trabajo directos, sino también por el empleo que se promueve a través de los encadenamientos con otras actividades económicas. Así, este sector se caracteriza por ser formal y productivo. En ese sentido, si se ejecutara la cartera que contiene los proyectos mineros en lo que va del año, en los próximos se pueden llegar a generar mas de 2 millones de puestos de trabajo, sean directos o indirectos, según lo ha precisado el Instituto Peruano de Economía — en adelante IPE —.

Denotada la importancia de la minería en su generación de puestos de trabajo, se pueden observar las siguientes implicancias de esta actividad:

- a. Puestos de trabajos formales
- b. Reducción de trabajos informales
- c. Reducción de la brecha de desempleo
- d. Se potencia la lucha contra la pobreza a través de la generación de empleo formal
- e. Oportunidades de empleo para los ciudadanos y pobladores que contribuye al bienestar del país
- f. Impacto al empleo y a su calidad a través de la inversión pública, ya que si esta es de buena calidad generará impactos posi-

vos y significativos en el crecimiento económico de largo plazo.

Cabe recordar que debido a la pandemia la situación de empleo en la minería ha sido impactado de forma negativa. Sin embargo, a partir de junio del 2021, ha existido una recuperación progresiva, de tal manera que el empleo generado en agosto del 2021 fue de 172 mil trabajadores, denotándose el gran beneficio que la minera en la economía y en el aspecto social relacionado a los puestos de trabajo, según lo precisó el IPE.

V. ASIGNACIÓN Y GESTIÓN DE INGRESOS DE LA ACTIVIDAD MINERA

Como se ha venido precisando, la minería es la actividad económica que reviste de gran importancia en la económica del Perú, de tal forma que se considera incluso como la actividad económica central del país, toda vez que genera grandes beneficios a través de los ingresos y representando alrededor del 10% del PBI y cerca del 60% de sus exportaciones. Además de los empleos directos que genera, es innegable la gran importancia que obtiene esta actividad en nuestro país, principalmente para el desarrollo económico y social.

En base a ello, es importante también establecer la asignación y gestión de estos beneficios económicos obtenidos por la actividad minera, que también reflejan su importancia. La gestión de los ingresos percibidos es un área importante para el manejo de los recursos económicos obtenidos que, bien ejecutados, generan grandes beneficios para la población y el Estado. Bajo este aspecto, se precisa que, en el impuesto a la renta, el Gobierno Central es quien recibe los ingresos económicos por la explotación de esta actividad, debiendo repartir dicho ingreso a los gobiernos regionales y locales en cierto porcentaje. Ello con la finalidad de que estos inviertan en la población a través de las gestiones correspondientes. A este aspecto se

13. Narrea, Op. Cit.

denomina “canon minero”, y como se ha precisado, constituye una participación efectiva que gozan los gobiernos locales y regionales sobre los ingresos y rentas de la actividad minera.

De esta forma, es factible señalar que la actividad minera reviste de especial importancia toda vez que beneficia no solo al gobierno central, sino también a los gobiernos locales y regionales, evidenciando un gran alcance en las consecuencias positivas de la actividad minera.

La Ley N 27506, Ley del Canon, estipula en su artículo 9 que el canon minero está constituido por el 50% del total de los ingresos y rentas que el Estado obtiene por la explotación de los recursos minerales. De esta forma, el Gobierno Central tiene el deber de repartir el 50% del impuesto a la renta a los gobiernos locales y regionales y, en caso existan saldos que se adeuden, estos serán cancelados a los respectivos gobiernos en cuotas mensuales en un plazo de un año.

Ahora bien, en cuanto al uso del canon, la trigésima disposición complementaria de la Ley de Presupuesto del Ejercicio fiscal para el año 2021, se autoriza a los gobiernos regionales y locales el uso de hasta el 20% de los recursos que provienen del canon, así como de los saldos de balance generados por este concepto, los cuales tienen como fin el mantenimiento de la infraestructura. Por otro lado, el artículo 45 de dicha ley, estipula la autorización para el uso del canon en las universidades públicas, puesto que parte de los ingresos obtenidos también están destinados a estas instituciones. De esta forma, se autoriza destinar hasta el 50% de los recursos que provienen del canon con la finalidad de que se financien inversiones de optimización y ampliaciones relacionadas a bienes materiales necesarios para el crecimiento de la universidad.

Para el caso de las regalías, a través de la Ley de Regalía Minera el artículo 3 establece que la regalía minera se calcula sobre la utilidad operativa trimestral, considerando los periodos corres-

pondientes de enero a marzo, de abril a junio, de julio a septiembre y de octubre a diciembre. Por otro lado, el artículo 8 estipula que el 100% de los obtenidos por este concepto se distribuye de la siguiente manera: el 20% del total se reparte para los gobiernos locales que pertenecen a la zona donde se explotan estos recursos, porcentaje que será utilizado en beneficio de la población. Asimismo, el 40% de lo recaudado es para las municipalidades distritales y provinciales del departamento o regiones donde se explota el recurso mineral. Por último, el 15% se dirige a los gobiernos regionales de la zona, y el 5% restante para las Universidades Nacionales.

Para estos porcentajes, será el Ministerio de Economía y Finanzas quien distribuirá a los gobiernos locales, regionales y universidades dentro de un plazo de 30 días calendarios en las cuentas respectivas. Finalmente, el artículo 9 establece que los recursos que los gobiernos obtengan deberán ser utilizados para proyectos de inversión que beneficie a la población de las zonas afectadas, con la finalidad de mantener la sostenibilidad en las áreas urbanas y rurales.

Se puede evidenciar, a través de esta asignación y gestión de recursos, la importancia de la actividad minera y lo esencial que resulta para el beneficio de los gobiernos regionales y locales. Dado que, al obtener la distribución por concepto de rentas y regalías, las implicancias son claras: beneficio para financiar proyectos en favor del pueblo y mejor el bienestar social, principalmente para mantener el desarrollo económico, además de inversión pública para potenciar las zonas o comunidades. Concordante a ello, se precisa lo acotado por el Ministerio de Energía y Minas:

“A cierre de elaboración de la presente edición del Boletín Estadístico, las transferencias económicas a los gobiernos subnacionales sumaron S/ 1200 millones. Dicho monto está constituido por el Canon Minero, Regalías Mineras Legales y Contractuales y Derecho de Vigencia y Penalidad.”¹⁴

14. Ministerio de Energía y Minas. 2021. *Boletín estadístico minero*. Lima: Dirección de Promoción Minera 14.

Resulta esencial tomar en cuenta que las implicancias de la gestión de dichos recursos como reflejo de la importancia de la actividad minera, debe derivarse de una manejo y gestión transparente para el logro de los objetivos propuestos. Lamentablemente, para las necesidades de la población, se deberán de tomar en cuenta variables que podrían afectar la transparencia de una gestión para la ejecución presupuestal en obras que cierren brechas y cubran necesidades reales de la población. Por ejemplo, está el caso de la corrupción, la cual termina por perjudicar la distribución de recursos de forma integral, generándose el fenómeno denominado como la “maldición de los recursos”. Fuera de este ámbito, se puede evidenciar de manera concreta el gran aporte de la minera a la economía.

Debe tomarse en cuenta, entonces, la independencia del manejo de los recursos, no pudiéndose cuestionar el beneficio económico y la importancia de la minería en el Perú. Además, es necesario resaltar su incidencia en el desarrollo económico del Estado y comunidades, toda vez que el manejo y gestión de los mismos, si bien encuentra relación con los beneficios obtenidos, no desacreditan el potencial beneficio de la actividad, principalmente a relevancia que adquiere y sus implicancias. Lógicamente, debe ejercerse una gestión integral e idónea en aras de conseguir un verdadero progreso social y económico.

VI. IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS Y PROYECTOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE VINCULADOS A LA ACTIVIDAD MINERA Y SU IMPORTANCIA

Se ha identificado y desarrollado la importancia e implicancias de la actividad minería en el país; sin embargo, para destacar esta importancia y los grandes beneficios que aporta la minería, es necesario hablar de dicha actividad

en conjunto con el desarrollo sostenible. Para este aspecto, es necesario determinar qué se entiende por sostenibilidad en todos sus ámbitos. En una primera aproximación, podemos señalar que se entiende por sostenibilidad al desarrollo encaminado a satisfacer las necesidades de la población sin que ello genere un perjuicio para las generaciones del futuro. Es decir, tener la capacidad de satisfacer cada necesidad, sin que ello incida de forma negativa en el futuro. Este concepto abarca tanto el ámbito social como ambiental, además del económico, los cuales pueden estar asociados entre sí.

Sobre el particular, el Consorcio de investigación Económico y Social — en adelante CIES — nos señala que: *“Es el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones, garantizando el equilibrio entre el crecimiento económico, el cuidado del medio ambiente y el bienestar social”*¹⁵. Bajo este concepto, se entiende que la sostenibilidad busca un crecimiento económico, el cuidado del medio ambiente y el bienestar social aprovechando los recursos a su disposición, sin que ello determine una mala calidad de vida para generaciones futuras.

En cuanto a la sostenibilidad en el aspecto ambiental, se determina la administración racional de todos los recursos naturales, de tal forma que se permite un beneficio poblacional, sin que ello genere un impacto negativo en el medio que nos rodea.

De esta forma, se utilizan y explotan los recursos naturales sin agotarlo o comprometerlos a futuro. Concordante a ello, se tiene lo precisado por Morales quien afirma que: *“Implica el manejo integrado de los recursos naturales mediante la aplicación de políticas eficientes que permitan un balance entre el desarrollo y la conservación tomando en cuenta las necesidades de las genera-*

15. Consorcio de investigación Económico y Social . 2018. *La minería peruana y los objetivos del desarrollo sostenible. Oportunidades y retos que plantean los ODS al sector minero y subsectores comprometidos*. Lima: Consorcio de investigación Económico y Social 8.

ciones presentes y futuras”¹⁶. Por otro lado, la sostenibilidad social implica fomentar el desarrollo de los individuos que integran la sociedad, así como de las comunidades o culturas. Ello con la finalidad de elevar la calidad de vida en los diferentes ámbitos de la persona, como la salud, la educación y la estabilidad social.

Igualmente, la sostenibilidad económica acarrea un crecimiento económico en el Estado sin que se perjudiquen los recursos que se usan para tal fin. En otros términos, constituye una explotación de recursos que busca el crecimiento económico sin perjudicar los mismos a largo plazo.

Bajo estos conceptos, se entiende que un desarrollo sostenible explora el crecimiento de la economía y el bienestar social sin que se agoten todos los recursos que se explotan para tal fin. De esta manera, se evita el perjuicio a futuro, lo cual solo se logra con la instauración de políticas públicas integrados y claras.

En ese sentido, en el caso de la minería y el desarrollo sostenible, se puede determinar que para ejecutar esta actividad, hay que tener en cuenta los tres aspectos esenciales: el económico, social y ambiental. Si bien se busca el desarrollo económico a través de la minería, este debe realizarse sin perjudicar los recursos naturales, generando inversión y reparto igualitario para potenciar los otros pilares de la sostenibilidad.

Por otro lado, la ejecución de esta actividad debe procurar en lo mínimo generar un impacto negativo en el medio ambiente, asegurándose que no existan repercusiones a futuro y, a su vez, asegurando el bienestar social. Este se enfoca en las acciones que se puedan ejecutar para mejorar la calidad de vida de los pobladores de la zona donde se explotan los recursos.

Estos aspectos constituyen parte de los 17 Objetivos del Desarrollo Sostenible — en adelante ODS —, los cuales permiten un desarrollo integral y beneficioso de la actividad en los ámbitos descritos. Sobre el particular, el CIES señala que:

“Todos los objetivos ofrecen a las mineras la posibilidad de efectuar una contribución positiva, y estas deberán llevar a cabo un análisis para determinar la repercusión potencial de sus actividades en ese sentido. Las medidas y oportunidades concretas de una empresa dependerán del contexto social, político y económico local, del recurso mineral en cuestión, de la fase de las actividades mineras (exploración, desarrollo, extracción o cierre) y de las aportaciones efectuadas por las comunidades locales y las restantes partes interesadas mediante el diálogo y la participación formales.”¹⁷

Ahora bien, según lo manifestado por el consorcio, y en consecuencia de la persecución de las ODS; en el marco del proyecto de cooperación regional para la gestión sustentable de los recursos mineros en los países andinos, se presentan dos documentos de política cuyo fin es el de reflexionar en torno a la minería y cómo es que esta actividad puede constituirse como un catalizador para la promoción de buenas políticas públicas en el logro de los ODS.

De esta forma, se tiene dos documentos, que resultan ser acertados y beneficiosos para la minería y su relación con la ODS.

En el primer documento desarrollado por Narrea¹⁸ se determinan 7 propuestas de política que son aplicables desde el corto a largo plazo, los cuales debe observar los siguientes criterios: identificación del ámbito de intervención a nivel clúster minero, identificación de fuentes de

16. Morales Castillo, F. 2002. «El desarrollo sostenible en el Perú y la Comisión de Ambiente y Ecología.» *Revista del Instituto de Investigación de la Facultad de Minas, Metalurgi y Ciencias geográficas* 80.
17. Consorcio de investigación Económico y Social . 2018. *La minería peruana y los objetivos del desarrollo sostenible. Oportunidades y retos que plantean los ODS al sector minero y subsectores comprometidos*. Lima: Consorcio de investigación Económico y Social .
18. Narrea, Op. Cit.

financiamiento y delimitación de acciones específicas por actor.

En ese sentido, se propuso como política el fortalecimiento de los clústeres para encadenamientos de productores peruanos en demanda de bienes y servicios. Ello con la finalidad de incrementar la calidad en los proveedores locales, y que exista una satisfacción a los requerimientos de empresas mineras, direccionando de forma más eficiente los recursos de esta actividad en este aspecto.

A través de esta política, se pretende el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, además de una generación de empleo pleno y productivo a través de la identificación de clústeres mineros a nivel nacional. A la par, también se busca poner en funcionamiento una agenda política que determine el diálogo entre el Estado y las empresas mineras. Por otro lado, se propuso la promoción de una gran industria de valor agregado a partir de productos generados por esta actividad, es decir, tratar de generar encadenamientos productivos e invertir en el desarrollo de tecnologías que incrementen la oferta de productos que deriven de la actividad minera.

Esta propuesta también promueve el desarrollo sostenido y sostenible de la actividad minera, toda vez que se pretende beneficiar el desarrollo tecnológico que incrementa la oferta de demanda de metales derivados de la actividad minera, respetando las restricciones sobre emisiones de gases nocivos.

Se ha propuesto, también, que el Estado debería liderar estrategias para desarrollar corredores económicos en las regiones mineras. Sin duda alguna, el Estado juega un rol fundamental en la actividad, y esta propuesta determina las gestiones necesarias para que se desarrollen los corredores económicos. Esto en aras de que exista mayor proximidad y accesibilidad para que se reduzcan los costos de las empresas que

realizan transacciones al interior del territorio. Asimismo, se propuso incentivar a las Mipymes — Micro, Pequeñas y Medianas Empresas — para que participen como proveedores en la demanda de las empresas mineras.

El desarrollo sostenible y la actividad minera también tienen relación con la participación del Estado y su capacidad para instaurar estrategias y políticas necesarias para el desarrollo económico del país derivado de esta actividad. No se pueden lograr los Objetivos del Desarrollo Sostenible sin la participación estatal y su capacidad de respuesta ante situaciones importantes y de gran beneficio para la población, especialmente para la minería y su ejercicio de forma sostenible.

La promoción de infraestructura pública para corredores económicos entre varias regiones es una de las propuestas más idóneas en relación con el desarrollo social. Debido a que se busca la sostenibilidad en conjunto con la actividad minera, beneficiando al Estado y a la comunidad donde se explotan los recursos minerales. Así también, la garantía de modalidades de consumo y producción sostenible en aras de garantizar el medio ambiente, tomando en cuenta el impacto que genera la minería, es otra de las propuestas que incentivan el desarrollo sostenible de la minería.

De esta forma, se propuso la promoción del confinamiento para desarrollo de tecnologías de remediación de pasivos mineros y mitigación ambiental, además de incentivos para que las empresas mineras inviertan en la remediación de pasivos que abandonan todas empresas, políticas que reducirían el impacto ambiental de esta actividad y potencian el desarrollo sostenible de la minería.

En el segundo documento, el Consorcio de Investigación Económica y Social¹⁹, se propuso la creación de medidas para combatir el cambio climático y sus efectos a través de una platafor-

19. Consorcio de Investigación Económica y Social, Op. Cit.

ma regional destinada al seguimiento del GEI — Gases del Efecto Invernadero — y al diseño de adaptación que mitiguen el cambio climático. Así como la promoción de plantas desalinizadoras de agua marina, y la restauración y uso sostenible de los bosques incrementando la forestación.

Estas propuestas están direccionadas al ejercicio de la actividad minera en relación con el cuidado del medio ambiente y su preservación, de tal forma que, al explotar los recursos mineros, también se preserve el medio ambiente. El cuidado del entorno donde se ejerce la actividad es un tema imprescindible si se quiere hablar de desarrollo sostenible y actividad minera.

Cabe manifestar que todas estas políticas por implementar se constituyen como la materialización del desarrollo sostenible y la actividad minera. Dado que el ejercicio de esta actividad sí encuentra una estrecha relación con los ODS siempre que exista iniciativa por parte del Estado para implementar políticas como las descritas. La importancia de la minería y sus implicancias también pueden verse reflejadas en un ejercicio de forma sostenible bajo ciertas políticas que integran todos los objetivos de la sostenibilidad.

VII. CONCLUSIÓN

La actividad minera es considerada como la actividad económica central del Perú, revistiendo de especial importancia para el desarrollo económico y social del país. Sin cuestionamiento alguno, la minería como actividad extractiva se constituye como el motor de desarrollo del Estado, destacando su impacto respecto de la economía y lo que genera tanto en puestos de trabajo como a nivel de ingresos para el país.

La minería genera una gran contribución en el PBI peruano y detenta gran parte de los ingresos para el Gobierno Central. Bajo la asignación y gestión de recursos, se beneficiaría a los gobiernos regionales y locales, quienes los invierten a favor de la población en los niveles de necesidad social y desarrollo económico. Por otro lado, determina la generación de puestos

de trabajo reduciendo la brecha de desempleo en el Perú y beneficiando sin duda a miles de personas y comunidades.

Se toma en cuenta que la minería reclama un lugar importante en lo que refiere a los fiscos y la recaudación tributaria, constituyéndose la actividad en uno de los mayores ingresos del país. Los impuestos a la renta y las regalías no solo materializan la importancia de la minería, sino que resumen las implicancias y beneficios de esta actividad a favor de los ciudadanos.

El peso económico que determina la actividad minera se ha expandido a lo largo del tiempo, generando incluso cierta dependencia del país en los beneficios económicos que genera, configurándose también como un imán de inversiones y potenciador de exportaciones. De esta forma, la importancia e implicancias de la actividad minera se materializan en el incremento de la economía nacional, el beneficio para los gobiernos del Perú, la potenciación de la inversión a las comunidades y zonas donde se explotan los recursos minerales, la potenciación de inversión en obras públicas y en la dinamización de economías locales.

Por otro lado, contribuye a los puestos de trabajo, generando empleos formales, reduciendo la informalidad laboral, además de la reducción de la brecha de desempleo. De esta manera, se potencia la lucha contra la pobreza en los empleos formales y se brindan oportunidades de trabajo para los ciudadanos, lo cual genera una gran contribución al bienestar del país.

Dado los grandes beneficios de esta actividad, se toman en cuenta las variables negativas como la corrupción, las cuales generan un retraso para el desarrollo social. Resulta, entonces, necesaria la gestión de recursos de forma transparente, siendo que el enfoque de la Cadena de Valor de las industrias extractivas pueda integrarse dentro de los planes de desarrollo y estrategias para maximizar los beneficios de la minería.

Se toma en cuenta que la Cadena de Valor en estas industrias importa la adjudicación de li-

cencias, seguimiento de operaciones, cumplimiento de requisitos, ejecución de actividades de acuerdo con la sostenibilidad, recaudación de impuesto y la distribución de ingresos en conjunto con la implementación de políticas para lograr los ODS. Siendo este un aspecto que se ha demostrado a lo largo del presente artículo, destacando la importancia de la minería en cada uno de los aspectos que constituyen la Cadena de Valor.

Finalmente, debe tomarse en cuenta que la actividad minera como actividad extractiva y de

gran beneficio económico puede ejercerse en conformidad con el desarrollo sostenible. Ello se logra a través de la implementación de políticas integrales que traten todos los aspectos relevantes, desde lo económico, hasta lo ambiental y social. Para tal efecto, es necesaria la participación activa del Estado y del diálogo con las empresas mineras, pues al constituirse como una actividad tan importante, resulta imprescindible su ejercicio en relación con el desarrollo sostenible. De esta forma, se potencian aun más los beneficios que genera y se reducen posibles los impactos negativos.

“La no aceptación de la indivisión testamentaria como figura excepcional y antidogmática en el Código Civil peruano”

“The non-acceptance of testamentary indivision as an exceptional and anti-dogmatic figure in the peruvian Civil Code”



JUAN ALEJANDRO OLAVARRÍA VIVIAN

Abogado por la Universidad de Lima
Magister en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima
Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad San Martín de Porres
Doctorando en Derecho egresado de la Universidad San Martín de Porres



SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. La indivisión testamentaria y su no aceptación en el código civil peruano de 1984.**
- III. Tratamiento de la indivisión testamentaria en los códigos civiles peruanos de 1936 y de 1852.**
- IV. La empresa del testador como una excepción a la legítima y a la igualdad de la cuota hereditaria de los herederos forzosos.**
- V. Conclusiones.**

RESUMEN:

El Código Civil de 1984 encierra algunas grandes contradicciones, que generan soluciones difíciles al común denominador de las personas, así como a quienes deben administrar Justicia, ya que se ven expuestos a lidiar permanentemente con el abanico interpretativo que nos genera nuestro código sustantivo.

En el artículo bajo comento hacemos análisis de una contradicción que se nos presenta en el caso concreto de la indivisión testamentaria y las posibilidades y consecuencias de la no aceptación de la misma por parte de los herederos testamentarios, lo que puede llevarnos a entender contradictoriamente ello como una suerte de renuncia parcial de la herencia, por cierto no permitida por la Ley.

Nos hemos valido de las soluciones que se han encontrado en legislaciones extranjeras, básicamente Argentina y España, para tomar referencias del tratamiento y solución normativos, así como de nuestros antecedentes del Código Civil de 1852 y del Código Civil de 1936, en cuanto al estado de indivisión testamentaria.

Palabras clave: Indivisión Testamentaria, Herederos, Testador, aceptación y renuncia de la herencia, Código Civil.

ABSTRACT:

The Civil Code of 1984 contains some great contradictions, which generate difficult solutions to the common denominator of the people, as well as to those who must administer justice, since they are exposed to permanently deal with the interpretative range that our substantive code generates.

In this article we analyze a contradiction that arises in the specific case of testamentary indivision and the possibilities and consequences of the non-acceptance of the same by the testamentary heirs, which can lead us to understand it contradictorily as a sort of partial waiver of the inheritance, certainly not allowed by law.

We have made use of the solutions that have been found in foreign legislations, basically Argentina and Spain, to take references of the normative treatment and solution, as well as of our antecedents of the Civil Code of 1852 and the Civil Code of 1936, regarding the state of testamentary indivision.

Keywords: Testamentary Indivision, Heirs, Testator, acceptance and renunciation of the inheritance, Civil Code.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día es una realidad innegable que la sociedad presenta cambios vertiginosos en todos los aspectos de la vida humana, y todo aquello que incluso en el corto tiempo pasado pudiese ser una ficción, utopía o surrealismo kafkiano, se percibe, se trata y se habla actualmente con una naturalidad que no deja obstáculo alguno para lo que pueda catalogarse como impensable. Se percibe en la atmósfera un aire rancio de inexistencia de verdades absolutas, de macro flexibilización de los principios y de relajación de valores donde todo es posible y todo es relativo, pues los dogmas o axiomas son cosas del pasado.

Se argumenta a modo de sustento lógico, y por cierto con mucha naturalidad, facilismo y/o simpleza, que para hacer tortillas hay que rom-

per huevos, lo que de suyo es cierto, pero también lo es el hecho que no sea necesariamente preciso destrozarse los cascarones de los huevos para lograr dichas tortillas.

Y es que el Derecho no puede ni debe ser ajeno a la realidad y mucho menos inventarla o trastocarla; el Derecho está llamado a regular lo que existe o lo que es, y por ello las ficciones legales siempre deben ser excepcionales.

En esta misma línea se inscribe este pequeño y modesto trabajo de investigación que se relaciona con la posibilidad que franquea el artículo 849 del Código Civil peruano para quienes no acepten la indivisión de alguna empresa contenida en la herencia, por imposición del testador en su testamento, o en su caso, de la acordada entre los coherederos sobre uno o más bienes de la herencia sujetos a indivisión,

y pese a ello tener derecho a que se le pague la porción hereditaria.

Prima Facie o *a priori*, como se verá en el desarrollo de este artículo, la solución normativa vigente no solo es muy abierta o genérica, sino que también peca de confusa y resulta por demás anti dogmática y contraria a principios jurídicos fundamentales de carácter “universal”; lo que puede irrogar graves conflictos en su aplicación. De hecho, ya hemos tenido oportunidad de hacer público y de manera parcial nuestro parecer al respecto, en nuestra última publicación sobre la materia sucesoria en el año 2012 cuando osamos sacar a la luz una suerte de exégesis del Libro de Derecho de Sucesiones del Código Civil peruano.

Para desarrollar este artículo hemos retrocedido en búsqueda de antecedentes normativos *in concreto* y así nos remontaremos en forma breve a los códigos civiles peruanos de 1936 y de 1852, siendo curioso e interesante lo hallado en tales cuerpos normativos, conforme se apreciará líneas abajo, sin embargo, nos limitaremos a abordar el tema de forma puntual pecando de soslayar conceptos o acepciones preliminares o colaterales, entrando de lleno al punto o tema controvertido dados los tiempos y márgenes a disposición, confiando en que estas definiciones omitidas sean objeto de la indulgencia de quienes nos honren con la lectura del presente artículo por serles además ya consabidas.

II. LA INDIVISIÓN TESTAMENTARIA Y SU NO ACEPTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Nuestro Código Civil vigente, desde el 14 de noviembre de 1984, dentro del Capítulo Primero intitulado INDIVISIÓN, que se ubica en el Título II de la Sección Cuarta del Libro de Derecho de Sucesiones, contiene el artículo 849, cuyo tenor es el siguiente:

“En los casos de indivisión se pagará la porción de los herederos que no la acepten”

Hasta ahí la norma sin mayor problema de interpretación dado su texto bastante diáfano. Sin embargo, el problema finca al tenerse en cuenta dos numerales anteriores, esto es, los artículos 846 y 847 del mismo cuerpo legislativo, los que transcribimos a continuación:

Artículo 846.- *“El testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de cuatro años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades.*

Tratándose de explotaciones agrícolas y ganaderas se estará a lo dispuesto por la ley de la materia. Asimismo, a partir de la publicación e inscripción registral del sometimiento de la sucesión a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la legislación nacional se producirá la indivisión de la masa hereditaria testamentaria o intestada.”.

Artículo 847.- *“Los herederos pueden pactar la indivisión total o parcial de la herencia por el mismo plazo establecido en el artículo 846° y también renovarla.”.*

Visto así el tema se nos viene la primera interrogante derivada del artículo 849 antes transcrito: ¿En cuál de las dos hipótesis es que se le permite al heredero no aceptar la indivisión y que se le pague a cambio su porción o cuota hereditaria? Esto es, a la primera situación que se deriva de la imposición del testador hecha en su testamento respecto de cualquier empresa comprendida en la herencia —art. 846—, o ¿a la segunda situación producto del acuerdo de indivisión de los coherederos sobre todo o parte de la herencia —art. 847—?

Sobre el particular, el insigne Maestro Sanmarquino Augusto Ferrero —2012—¹ nos afirma categóricamente que:

“Este artículo debe interpretarse como aplicable tanto a la indivisión que impone el testador como a aquella que es convenida por los herederos, a diferencia de uno análogo

1. Ferrero, A. *Tratado de Derecho de Sucesiones*, (Gaceta Jurídica S.A. Séptima Edición, Lima, Perú 2012).

en el Código derogado —artículo 785—, que estaba circunscrito a la primera.” —p.p. 779 y 780 —.

Por de pronto, y pese a que pueda ser una verdad de Perogrullo, la posibilidad de no aceptar la indivisión y que al heredero no aceptante se le pague además su porción, no aplica en lo absoluto para la hipótesis del numeral 846, *in fine* del Código Civil, pues esa indivisión forzada o forzosa es imperativa o de texto mandatorio al provenir del sometimiento de la sucesión a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la legislación nacional.

Regresamos así a la primera interrogante, vale decir, si el derecho franqueado al heredero de no aceptar la indivisión impuesta por el testador en su testamento, le permite además que se le pague su porción.

En principio, los herederos son libres de aceptar o renunciar la herencia y para eso en nuestro código vigente existe todo un abanico de normas que van desde el artículo 672 al 680, dentro del Título IV Intitulado Aceptación y Renuncia de la Herencia, de la Sección Primera del Libro IV Derecho de Sucesiones; y es ahí donde encontramos el primer escollo pues salta a la vista el numeral 677 cuyo tenor es también mandatorio o imperativo, a saber:

Artículo 677.- *“La aceptación y la renuncia de la herencia no pueden ser parciales, condicionales, ni a término. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión.”.*

Esto quiere decir, con meridiana claridad, que la herencia o la cuota hereditaria se acepta o se renuncia toda, no existiendo posibilidad alguna de que el heredero acepte la parte que le agrada y que renuncie la parte que no le gusta o no la quiere. ¿Y si esto es así cómo entonces se puede no aceptar la imposición testamentaria de la indivisión? ¡Y peor aún, y a renglón seguido, se le tenga que pagar la porción al no aceptante! Esto es prácticamente una *contradictio in terminis* pues pese a no aceptar parte de la herencia -la empresa bajo indivisión, lo que

de suyo está prohibido por no estar permitido, y que siendo esto así, debe entenderse además y de manera inconcusa la no aceptación como una renuncia a la herencia, con lo que consecuentemente se pierde todo derecho a ella, y siendo esto así ¿cómo es que se tiene que pagar la porción al heredero no aceptante, o lo que es lo mismo al heredero renunciante?

O es que acaso el legislador peruano con el presupuesto normativo y solución legislativa brindados, en el sentido que tenga que pagarse la porción, no se está refiriendo a la herencia en su conjunto o a la cuota hereditaria específica y concreta del heredero no aceptante, sino, tan solo y únicamente, a la parte individualizada o específica que le corresponde *in concreto* al disidente de la indivisión respecto de esa empresa comprendida en la herencia, esto es, la que está sometida por testamento a tal indivisión.

Si por ventura aceptáramos esta última interpretación para salvar la antinomia inicialmente advertida, volvemos a incurrir en otra igual y respecto de la misma norma antes referida, esto es, el artículo 677 de nuestro código civil que impide aceptar o renunciar la herencia en forma parcial. Y pretender aseverar que sólo se renuncia a la parte proporcional de lo que concretamente significa la empresa sometida a la indivisión testamentaria, y, por el contrario, que se estaría aceptando todos los demás bienes de la herencia - con lo cual el pago de la porción a que alude la norma se ciñe o circunscribe exclusivamente al valor proporcional con el que se está concurriendo en esa parte de la herencia constituida por la empresa indivisa; colisiona pues inexorablemente con la norma acotada.

Dejaremos de lado, por el momento, la primera situación de nuestra interrogante para entrar al breve análisis de la segunda situación, es decir, la del artículo 847 del código civil nacional que permite el acuerdo de indivisión de los coherederos sobre todo o parte de la herencia, y ya no necesariamente sobre una empresa.

En este supuesto la indivisión ya no es de una empresa sino de todo o parte de la herencia o de uno o más bienes de la herencia, y tampoco

deviene de una imposición testamentaria sino del acuerdo de los coherederos.

Partimos en este otro supuesto quizá ya no de una antinomia o *contraditio in terminis*, sino, antes bien y, por el contrario, de una clamorosa incongruencia por utópica, pues es obvio, por ser sobreentendido, que dicho acuerdo de indivisión de toda o parte de la herencia, o de uno o más bienes de la misma, tendría que ser necesariamente unánime y jamás por mayoría; entonces cómo es que puede darse una indivisión acordada sin la totalidad de los coherederos pronunciándose en sentido unívoco, pues habría uno o más de ellos que no la aceptan, con lo cual dicha indivisión no puede erigirse y ser válida, desprendiéndose de ello que no habría ya pago alguno que hacer de la porción de los no aceptantes pues con su disidencia, precisamente, evitaron esa unanimidad para la lograr la indivisión.

En nuestra legislación civil solo los actos de administración ordinaria sobre el bien o sobre los bienes comunes se adoptan por mayoría absoluta, y queda claro pues que adoptar la indivisión del o de los bienes comunes no puede constituir en modo alguno un acto de mera administración. Veamos al respecto el artículo 971 del Código Civil peruano:

Artículo 971.-

“Las decisiones sobre el bien común se adoptarán:

1. *Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él.*
2. *Mayoría absoluta, para los actos de administración ordinaria. Los votos se computan por el valor de las cuotas. En caso de empate, decide el juez por la vía incidental.”*

Al respecto, y sobre este último párrafo nos permitimos no comulgar con la autorizada voz del distinguido profesor Fernández Arce —2003—, quien al comentar el artículo 849 de nuestro código señala que: *“Si se trata del pacto de indivisión efectuado por la mayoría de los coherederos los restantes que son disidentes podrán solicitar dicho pago —Art. 849—.”*².

En efecto, para nosotros cualquier acuerdo de indivisión en la herencia -total o parcial, será siempre por unanimidad, sea cual fuere la sucesión y sea quienes fueren los tipos o clases de herederos que concurran en la sucesión del causante.

Finalmente, y frente a las dos posibles situaciones que prevé el numeral 849 bajo comentario y cuestionamiento, se nos presenta un obstáculo adicional del cual ya anteriormente nos hemos pronunciado cuando afirmamos al respecto lo siguiente:

“Del mismo modo, no entendemos como el legislador impone la obligación de contratar yendo en contra de la dogmática jurídica y de los Principios Jurídicos de la Autonomía de la Voluntad y de la Libertad Contractual, al establecer que al heredero renuente de la indivisión sucesoria se le tenga necesariamente que pagar la cuota o porción que le corresponde, pues pagar cuota significa establecer un precio el cual debe ser producto del acuerdo de las partes, y si no hay acuerdo no es posible proceder a la compra o a la adquisición del derecho hereditario que se pretende pagar. ¿O es que acaso el legislador quiso establecer una venta forzada?

Se trata de una pésima técnica legislativa y letra muerta por impracticable, salvo que haya consenso de las partes de negociar y de ponerse de acuerdo para el pago del precio por la cuota que le corresponde al coheredero opositor de la indivisión hereditaria.” (Olavarría, 2012. p. 332)³

2. Fernández Arce, C. *Código Civil: Derecho de Sucesiones*, Tomo III, (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 2003, p. 1254)
3. Olavarría, J. *Derecho de Sucesiones, exégesis sustantiva y procesal* (Editorial Adrus S.R.L., Arequipa, Perú -2012).

Vemos pues como ante las dos posibles situaciones que permite la generalidad del artículo 849 del Código Civil peruano vigente, igualmente se colisiona con una suerte de venta y de pago forzado u obligado en una aventura por demás heterodoxa y contraria al dogma jurídico.

Son cánones de la hermenéutica jurídica no distinguir donde la norma no distingue, y el artículo 849 antes acotado precisamente no contempla distinción alguna si el pago de la porción del heredero no aceptante de la indivisión es de aquella que proviene de una cláusula testamentaria o de aquella otra que proviene del acuerdo de los herederos para erigirla. Sea como fuere reiteramos nuestro malestar y disconformidad para ambos supuestos.

Sin embargo, revisemos líneas abajo nuestros antecedentes codificados, remitiéndonos brevemente para ello a los códigos civiles de 1936 y de 1852.

III. TRATAMIENTO DE LA INDIVISIÓN TESTAMENTARIA EN LOS CÓDIGOS CIVILES PERUANOS DE 1936 Y DE 1852

Sobre el particular, la fórmula empleada por el legislador peruano del anterior Código Civil de 1936 es bastante similar a la que está en vigencia, y así el artículo 785 del Código Civil de 1936, prescribía lo siguiente:

Artículo 785.- *“El testador puede establecer la indivisión de una explotación agrícola o fabril. En este caso se paga la porción de los herederos mayores de edad que no acepten la indivisión.”.*

En ese sentido, queda claro que el antecedente inmediato anterior guarda correspondencia con la norma vigente, sin embargo, dentro del grupo de artículos pertinentes no se hace mención o referencia alguna a que los coherederos puedan pactar dicha indivisión, lo que de suyo sí estaba previsto o regulado como una potestad de los copropietarios o condóminos de bienes comunes en la parte pertinente del Libro de Derechos Reales.

Por su parte, el Código Civil de 1852, en nuestra opinión, tenía una redacción bastante más coherente al descartar la indivisión impuesta por el testador y no dar pie a que se apele a soluciones forzadas o heterodoxas como la de pagar la porción hereditaria a quienes no la acepten, y así en el artículo 2137, se disponía que:

Art. 2137.- *“Los herederos no están obligados á mantener indivisos los bienes, aunque, al instituirlos se les hubiese prohibido usar del derecho de partir la herencia.”.*

Con esta norma del derogado Código Civil de 1852 no había indivisión testamentaria que valga evitándose así nudos gordianos que implicarían, como es ahora, una suerte de renuncia y aceptación de la herencia a la misma vez, pues no quiero algo o no acepto algo y encima me terminan pagando por ello, siendo que además el problema no se limita únicamente a esto, ya que eso es solo el punto de partida pues se traspasa a una hipótesis de contrato nada consensual sino forzado, rompiendo los cánones tradicionales de la Autonomía de la Voluntad y de la Libertad Contractual, al quedar en manos del disidente por su no aceptación el que se desencadene un pago y un precio o valorización que tendrá, en principio, que ser negociada y consensuada, sin respetar en lo absoluto la voluntad y determinación de quienes sí están de acuerdo con la indivisión de la empresa y que además y posiblemente no quieren o no están en condiciones de pagar nada. Esto es, lo ilógico e irrazonable en la que una minoría disidente se sobrepone y fuerza u obliga a la mayoría de los coherederos a tener que contratar y pagar el precio de la porción hereditaria.

Por supuesto que entendemos las razones del cambio ocurrido desde el código de 1936. Y es que se trata de mantener o conservar la unidad de producción pues la empresa desde buen tiempo atrás ha dejado de verse en forma privada o particular sólo de la perspectiva del empresario como ser individual, dada su real trascendencia en la economía y su importancia y efectos en el mercado, y en la sociedad donde opera o funciona. La empresa es una unidad de

producción cuyo destino natural y socio económico es el mercado.

Conservar una empresa y mantenerla vigente le interesa no solo al titular o propietario de la misma, sino, también, les incumbe a los trabajadores de dicha empresa, a los proveedores y a los clientes de la misma, y hasta al Fisco por los ingresos y tributos que de su actividad económica tenga que pagar.

Pero para eso hay otras soluciones más ingeniosas que no destrozan los moldes lógicos y razonables, a más de clásicos, de las Instituciones del Derecho, para lo cual se puede usar las potestades testamentarias en un claro ejercicio excepcional, como ya lo aplica la norma española en su Código Civil, y de manera algo más tímida la legislación argentina como veremos a continuación, pero reiteramos que son soluciones diferentes por las cuales se llega a la misma finalidad, esto es, mantener la incolumidad o integridad de la empresa para que no termine partida o dividida dejando de funcionar u operar, con todo lo que ello puede conllevar.

Es égida y asidero nuestros el aserto del jurista peruano León Barandiarán, quien al comentar el artículo 785 del derogado Código Civil de 1936 -muy parecido a su similar 849 del código vigente, señala que:

“Esta excepción del principio general de la división se ha establecido en atención a que toda explotación industrial o fabril es una acumulación de capitales y una unidad de estructuración y dirección, y siendo así no puede irse a la división sin destruir esa unidad y esa conjunción que requiere para obtener rendimiento, es por esta razón que en el caso de la explotación industrial y fabril se hace una excepción al principio de la división.”⁴.

IV. LA EMPRESA DEL TESTADOR COMO UNA EXCEPCIÓN A LA LEGÍTIMA Y A LA IGUALDAD DE LA CUOTA HEREDITARIA DE LOS HEREDEROS FORZOSOS

Sobre el particular, ya hemos tenido oportunidad de hacer un análisis de nuestra legislación —Olavarría, 2021—⁵ y hacer cotejo de la misma con el Código Civil de España y con el Código Civil y Comercial de la República Argentina, a fin de proponer un régimen de excepción, y así nos hemos pronunciado de la siguiente manera:

“Nos permitimos traer a colación y transcribir a continuación el artículo 1056 del Código Civil de España, que fue modificado por la Ley 7/2003 del 1º de abril de 2003, en su Primera Disposición Final, y en donde se recoge el régimen de excepción que proponemos introducir en nuestra legislación:

Artículo 1056.- *Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.*

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contadorpartidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de

4. León Barandiarán, J. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo VII, (Gaceta Jurídica Editores, Primera Edición, Lima, Perú – 1995, pp. 300 y 301)

5. Olavarría, J. *“Necesidad de regular el Protocolo de Transmisión Sucesoria para las Empresas o Negocios Unipersonales, como una excepción a la Legítima y a los Herederos Forzosos”*. Trabajo de Investigación para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Empresarial. Escuela de Posgrado. Maestría en Derecho Empresarial, Universidad Lima, Perú (2021)

extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.

Se advierte de la norma hispana que data del año 2003, la clara tendencia a hacer un régimen de excepción en la legítima y en la igualdad e intangibilidad de la cuota legitimaria de los herederos forzosos, a fin de que el testador tenga mayor libertad o amplitud de disposición cuando se trata de explotaciones económicas o de mantener el control de las sociedades de capitales, con miras a la conservación de la empresa o a la preservación de la actividad económica.

Algo más tímida o “recatada” se nos presenta esta posibilidad en el segundo párrafo del artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la República Argentina que data de octubre de 2014, y cuyo texto es el siguiente:

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

Y decimos con certeza que algo más tímida que la norma hispana se nos presenta el artículo 1010 del Código Civil y Comercial argentino, pues finalmente condiciona la validez del pacto a que no se afecten la legítima hereditaria ni los derechos del cónyuge.” —p.p. 33 y 34—.

Lo cierto del caso es que lo procurado en ambos casos -tanto de la norma hispana como de la norma argentina, es la conservación o vigencia post mortem de la empresa o unidad de producción de la cual el testador es titular, pero en definitiva se trata de una situación disímil al tema que nos ocupa, cual es el de la imposición de la indivisión por testamento y su no aceptación, puesto que no se está manteniendo una

copropiedad sin poder dividirse o partirse por voluntad del causante, sino de adjudicar la empresa como unidad de producción a uno de los futuros herederos del testador, lo que quedaría así consignado en el documento testamentario.

Esta solución brindada por el legislador español es menos reñida y más pacífica y coherente que la que se contempla en el artículo 849 del Código Civil peruano vigente, que permite la no aceptación de la indivisión impuesta por el testador y a cambio de ello se produzca un pago de la porción hereditaria en una suerte de consenso forzado, pues sin lugar a dudas se dejan muchas aristas y cuestiones que saldar. De hecho, la solución heterodoxa y cuestionada conforme a estas breves líneas se inicia con el código de 1936.

V. CONCLUSIONES

Resulta a todas luces que la figura de la Indivisión Testamentaria a la luz de la normativa nacional, riñe con otras normas referidas a la copropiedad y al Derecho de Contratos. Sobre todo en el supuesto del artículo 847 del Código Civil, cuando la indivisión es pactada por los coherederos. Y ello en atención a que la situación de indivisión de una empresa pactada por los coherederos, por ejemplo, si bien buscaría la conservación del negocio para la seguridad económica de todos los condóminos, no menos cierto es que se contradice con el artículo 971 del mismo cuerpo legal, que establece que la decisión sobre los bienes comunes debe ser tomada por unanimidad sobre todo cuando se trata de disponer del bien, como sería el pacto de indivisión. Entonces, si hay un heredero que no quiere mantener la unidad de la empresa, por más mínima que sea su participación en la misma, elimina la posibilidad de la unanimidad en la decisión.

Como se puede advertir, no es dable ni puede continuar existiendo un divorcio entre los dispositivos de nuestro código civil, pues no se tratan de normas aisladas, sino de normas complementarias o congruentes que deberían apoyarse entre sí para la adopción de las decisiones que resuelven controversias, sobre todo si las mismas dependen de terceros que ostenta autoridad, como los magistrados del Poder Judicial.

Algunos comentarios sobre las excepciones contractuales reguladas en el Código Civil de 1984

Some comments on the contractual exceptions regulated in the 1984 Civil Code

MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Profesor de Derecho Civil patrimonial en la Universidad de Lima

En memoria de don Augusto Ferrero Costa,
con incommensurable gratitude personal and professional



SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Presupuestos generales.**
- III. Excepción de contrato no cumplido.**
 - 1. Denominación adecuada y relación con las nociones de demora y mora.**
 - 2. Requisitos configurativos.**
 - 3. Naturaleza jurídica y ejercicio.**
 - 4. Vigencia.**
 - 5. Modalidades.**
- IV. Excepción de caducidad de plazo o de término.**
 - 1. Precisiones sobre la denominación y alcances de la figura.**
 - 2. Requisitos configurativos.**
 - 3. Naturaleza jurídica y ejercicio.**
 - 4. Vigencia.**
- V. ¿Se requiere replantear legislativamente la excepción de contrato no cumplido?**

RESUMEN:

Los contratos son expresión del poder negocial que corresponde a la autonomía privada y constituyen una voluntaria distribución de riesgos, entre ellos, la falta de cumplimiento; conforme a ello, de materializarse dicha situación o ser probable su materialización, en el marco de los llamados contratos sinalagmáticos, la ley regula dos mecanismos de autotutela a los que se puede recurrir para evitar que se pierda el paralelismo prestacional, los que serán aplicables según el respectivo negocio sea de ejecución simultánea o de ejecución sucesiva. Corresponde analizar, en consecuencia, cuál es el contenido, alcances, requisitos, vigencia y modalidades, de ser el caso, de cada uno de estos medios de defensa en los que se pretende que la ejecución contractual se suspenda excepcionalmente hasta que el estado de cosas pueda restablecerse con normalidad. Asimismo, corresponde evaluar críticamente sobre si la regulación normativa resulta siendo insuficiente o deficiente, para determinar si se justifica efectivamente su reforma.

Palabras clave: Sinalagma, excepción, ejecución simultánea y sucesiva, derecho potestativo, sujeción, carga, ineficacia temporal, plazo de gracia, mora.

ABSTRACT:

Contracts are an expression of the negotiating power that corresponds to private autonomy and constitute a voluntary distribution of risks, among them, the lack of performance; accordingly, if such situation materializes or is likely to materialize, within the framework of the so-called synallagmatic contracts, the law regulates two self-protection mechanisms that can be used to prevent the loss of the performance parallelism, which will be applicable according to whether the respective business is of simultaneous performance or of successive performance. Consequently, it is necessary to analyze the content, scope, requirements, validity and modalities, if applicable, of each of these means of defense in which it is intended that the contractual performance is exceptionally suspended until the state of affairs can be restored normally. Likewise, it is necessary to critically evaluate whether the normative regulation is insufficient or deficient, in order to determine whether its reform is justifiable.

Keywords: Sinalagma, exception, simultaneous and successive execution, elective right, subjection, burden, temporary ineffectiveness, grace period, default.

I. INTRODUCCIÓN

Parece que fue ayer cuando el desaparecido profesor Jack Bigio Chrem ingresó raudo y emocionado al aula de clase. Expresó que no olvidáramos ese día, que era un día histórico, ya que entraba en vigencia el nuevo Código Civil. Era un 14 de noviembre de 1984. Lo que ciertamente pareció extraño fue la fecha elegida para que el nuevo código entrase en vigencia, siendo que, según señaló el propio profesor Bigio, ello representaba un homenaje al legislador de 1936, ya que el 14 de noviembre de dicho año entró en vigencia el derogado Código Civil. Asimismo, no era casualidad que el ministro de Justicia que suscribió la norma de promulgación del Código Civil de 1984 haya sido sobrino del que en su momento suscribió la promulgación del Código Civil de 1936. Más que un home-

naje al legislador, parecía un acto de memoria familiar. En cualquier caso, de asumirse que se estaba realmente ante un homenaje, de alguna manera resultaba contradictorio; porque la entrada en vigencia del nuevo Código Civil implicaba la derogación del código promulgado por el presidente Benavides, curioso homenaje. Han pasado prácticamente cuarenta años, dos generaciones se han sucedido mínimamente; el mundo, el país, la sociedad han cambiado en muchos aspectos, pero allí, con luces y sombras, permanece el Código Civil de 1984.

Como bien expresa el maestro De La Puente¹, en el epílogo de su libro sobre Contratos Parte General, el Código Civil de 1984 es una gran obra, que corresponde a un plan integral con un armonioso conjunto de disposiciones. Empero, como cualquier obra humana, adolece

1. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en general – Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, tomo III, tercera reimpresión de la segunda edición actualizada, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2011, págs., 667 y 668.

de defectos. De manera que, atendiendo a las circunstancias, es susceptible de perfeccionarse; de allí que sea inevitable admitir que corresponderá modificarlo en su momento, atendiendo a los nuevos desarrollos. Nada permanece, todo cambia. En ese escenario, el renombrado maestro invoca que las eventuales modificaciones no sólo tengan vocación de permanencia, sino que consideren que se incorporarán a un cuerpo o unidad legislativa. Por lo que, antes de postularse de manera aislada, tengan presente el aspecto sistemático, para que la obra de otra generación mantenga unidad y coherencia.

Atendiendo a su innegable calidad y a la posibilidad de interpretarlo en función a los nuevos desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, lo cual sería más conveniente que pretender periódicamente introducir modificaciones aisladas, y tratándose además de la norma más importante en el ámbito del derecho privado, espero sinceramente que pueda celebrarse, al menos, su centenario. Lo cual no significa, desde luego, que el actual código no sea susceptible de mejoras y perfeccionamientos; en la medida que estén nutridos de lo constatado sostenidamente en la realidad antes que por meros caprichos personales o académicos. A modo de referencia, la reforma del Código Civil francés no ha sido, hace escasos años, una reforma de gabinete. Dado que lo que se hizo en gran medida fue trasladar al texto legislativo; lo que ya había sido objeto de debate e, inclusive, de consenso en muchos casos, en la jurisprudencia durante muchos años. Si se pretende una modificación normativa que trascienda, la misma no debería obedecer al solo acuerdo de cinco o diez personas, sino al sentimiento social. Debido a que, en caso contrario, se le podría condenar al fracaso, pues los operadores de la ley seguirán con representaciones que no corresponderían a lo que se pretendiese innovar. La realidad, máxime en un país con tantos contrastes como el nuestro, es el *input* para la ley; con mayor razón, para aquella que busca regular la vida diaria de los sujetos de derecho.

Luego de varios años, y atendiendo a una amable invitación recibida de sus editores, tengo la oportunidad de escribir nuevamente para ADVOCATUS; una reconocida revista jurídica que emana del esfuerzo de sus miembros, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, entrañable casa de estudios. Espero vivamente que este trabajo sea de utilidad para quienes están interesados en el estudio del Derecho de Contratos, confiando además en su generosa tolerancia de advertir algún error o deficiencia, que contiene seguramente.

Por último, pero no por ello menos importante, después de casi treinta años de ejercicio docente en la Universidad de Lima, confío en haber honrado las generosas palabras que el profesor Augusto Ferrero, el *doctor Augusto*, a quien tuve oportunidad de asistir en el trabajo profesional y apreciar diariamente su inteligencia, rigurosidad, sensibilidad artística y manejo de una elegante ironía, tuviera a bien dedicarme y que están contenidas en una dedicatoria manuscrita en su libro Tratado de Derecho Civil, tomo V – Derecho de Sucesiones, volumen I, en agosto de 1995, meses antes que con hondo sentimiento dejase el entonces Estudio Ferrero Abogados para proseguir mi carrera en una entidad financiera. Esas palabras han sido un reto permanente. Hoy día, al margen de coincidencias o discrepancias que pasan a un segundo plano, no puede negarse la gran talla humana, académica y profesional del maestro Ferrero Costa.

II. PRESUPUESTOS GENERALES

Todo contrato es un acuerdo de voluntades, pero no corresponde a cualquier acuerdo. Las declaraciones de voluntad coincidentes deben poseer contenido patrimonial, y de manera específica, deben ser de naturaleza obligacional, conforme lo sanciona expresa y puntualmente el Código Civil de 1984 en materia de objeto contractual². Es la norma nacional que regula al objeto contractual la que es, por ejemplo, piedra fundamental para una adecuada presenta-

2. Artículo 1402 y siguientes del Código Civil de 1984. Conforme a ello, no es casual que la regulación de contratos, tanto parte general como parte especial, conste en el Libro VII del Código Civil: Fuentes de las Obligaciones.

ción del tema sobre el sistema de transferencia convencional de propiedad. Más allá que recaiga sobre bienes muebles o inmuebles, siendo que el contrato por definición no transfiere propiedad alguna, sino que por ser medio de cooperación, sólo compromete a transferir, de manera que se pueda adquirir en su momento una titularidad de carácter autosuficiente. Esto es, un verdadero poder por su oponibilidad absoluta, antes que un mero derecho, ya que este último se asocia a la relatividad contractual, siendo de eficacia restringida. Una propiedad con eficacia limitada, *inter partes*, no es simplemente propiedad, no excluye. Detrás de la noción legislativa de objeto contractual, no sólo hay razones históricas y académicas sino también prácticas³.

Como es conocido, los contratos pueden categorizarse de distintas maneras, en razón de las características que se pretenden destacar con relación a otras, todo ello para una mejor comprensión de sus alcances. Por ejemplo, los contratos pueden ser onerosos o gratuitos, de tracto único o de tracto sucesivo, de ejecución instantánea o de duración, etc. Entre dichas clasificaciones figuran los contratos unilaterales en oposición a los plurilaterales, siendo que estos últimos pueden ser, a su vez, de prestaciones autónomas o de prestaciones recíprocas. Atendiendo a que los contratos son instrumentos para el tráfico económico, la regla es que el acuerdo contractual sea plurilateral y de prestaciones recíprocas, en los que cada parte asume obligaciones interdependientes, siendo la excepción los contratos unilaterales, en los cuales una sola de las partes asume obligaciones; así como también los contratos plurilaterales de prestaciones autónomas, en los cuales al no existir interdependencia funcional, la tutela crediticia está limitada o recortada. Los contratos

de prestaciones recíprocas o sinalagmáticos responden a la filosofía: "*Cumpro porque cumples*", a un elemental y natural tema de equidad, de allí que el crédito esté ampliamente tutelado.

Tratándose de los contratos de prestaciones recíprocas, bien puede afirmarse que la ley regula cuatro remedios específicos a los que puede recurrirse en caso se presenten sendos problemas o patologías. No son los únicos remedios invocables ante la vulneración o afectación del interés crediticio, pero debe admitirse que corresponden a las situaciones más emblemáticas en el contexto sinalagmático: i) ¿Qué ocurre cuando en un contrato sinalagmático de ejecución simultánea, una prestación no es cumplida, pero el respectivo deudor exige, como acreedor, que su contraparte cumpla con la prestación correspondiente? ii) ¿Qué ocurre cuando en un contrato sinalagmático de ejecución sucesiva surge una situación no representada al momento de contratar, y que pudiese afectar la ejecución de la prestación que debe cumplirse en segundo lugar? iii) ¿Qué ocurre con la contraprestación cuando la prestación se torna imposible de ejecutar por causa ajena a las partes? iv) ¿Qué sucede cuando no se ejecuta una de las prestaciones derivadas del contrato? Así, siguiendo dicho enunciado de inquietudes causadas por ciertos inconvenientes, la ley brinda sendos remedios: i) Excepción de contrato no cumplido. ii) Excepción de caducidad de plazo o de término. iii) Resolución por imposibilidad no imputable. iv) Resolución por incumplimiento imputable.

El presente trabajo está referido, con las limitaciones del caso, a los dos primeros remedios enunciados; cuya aplicación no genera ineficacia funcional definitiva, sino temporal, atendiendo a las circunstancias, correspondiendo a medios de autotutela⁴ al no requerir constitutivamente de

3. Nos remitimos a lo extensamente desarrollado en anterior trabajo. ORTEGA PIANA, Marco Antonio. Objeto contractual y transferencia de propiedad. En: Forseti - Revista de Derecho, publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, setiembre 2014, Nro. 2, págs. 10 a 46. <http://www.forseti.pe/revista/2014-numero-2>, y en: Estudios críticos sobre el Código Civil – Análisis crítico y actual sobre sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica, obra colectiva, Gaceta Jurídica S.A., Lima, octubre 2014, págs. 423 a 471.

4. En palabras de reconocida doctrina, la ley permite a cada contratante la posibilidad de defenderse por sí mismo

(Continúa en la siguiente página)

intervención jurisdiccional, aunque dicha intervención no pueda descartarse, de ser el caso.

II. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Esta figura no es una novedad legislativa, siendo que ya se encontraba regulada en el artículo 1342 del Código Civil de 1936 en los términos siguientes: *“En los contratos bilaterales no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no ha cumplido, u ofreciese cumplirlo”*.

No hay duda que la regulación actual, contenida en el artículo 1426 del Código Civil, ha ganado en precisión: *“En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice el cumplimiento”*. Este texto corresponde prácticamente al anteproyecto de autoría del profesor Max Arias-Schreiber Pezet, el mismo que en el largo proceso de elaboración del Código Civil⁵ sufrirá algunos cambios. Aunque los mismos finalmente no prosperaron por no ser necesarios, considerando que, en muchos ca-

sos la ley no tiene que enunciar expresamente un remedio, siendo suficiente que el operador jurídico posea criterio interpretativo y capacidad para formular concordancias.

1. Denominación adecuada y relación con las nociones de demora y mora

Un primer comentario por realizar sobre esta figura recae sobre su denominación, respecto de la cual pareciera no existir coincidencia: ¿Excepción de contrato no cumplido o excepción de incumplimiento? En varios textos de la literatura jurídica se emplean de manera indistinta. El asunto no es de naturaleza secundaria, sino de suma relevancia por los conceptos que están comprometidos. Debido a que, estos últimos permiten una adecuada representación de las consecuencias legales que se desprenden de la figura en cuestión.

Para intentar responder la pregunta precedente debe recurrirse al Derecho de Obligaciones. El incumplimiento obligacional significaría, en general o de manera lata que, siendo posible de ejecutarse la respectiva prestación por el deu-

(autotutela) contra acontecimientos generados luego de la celebración del contrato que lo perjudiquen. MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato, tomo II, traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, pág. 431.

5. El Código Civil de 1984 se gestó prácticamente durante veinte años y en dos etapas muy diferenciadas. La primera etapa corresponde a los trabajos de la denominada “Comisión Reformadora”, creada mediante Decreto Supremo Nro. 95 del 1 de marzo de 1965 expedido durante el primer gobierno constitucional del presidente Fernando Belaúnde. A los miembros de dicha comisión se les encargó el estudio y revisión del Código Civil de 1936. Entre sus miembros más renombrados tenemos, en un primer momento, a Carlos Fernández Sessarego, José León Barandiarán, Rómulo Lanatta Güilhem, Héctor Cornejo Chávez y Max Arias-Schreiber Pezet (este último ponente de la propuesta de Contratos), siendo que de manera posterior se integran Felipe Osterling Parodi, Jorge Avendaño Valdez, Lucrecia Maisch Von Humboldt, Manuel de la Puente y Lavalle y Fernando de Trazegnies Granda, entre otros juristas. Si bien el encargo inicial fue proponer las modificaciones necesarias al Código Civil de 1936, sus miembros optaron finalmente por elaborar y proponer un texto sustitutorio, un nuevo código civil. Los trabajos de esta comisión se extenderán hasta 1981, cuando se presenta al Poder Ejecutivo (segundo gobierno constitucional del presidente Fernando Belaúnde) el respectivo proyecto (1981). La segunda y final etapa corresponde a los trabajos de la denominada “Comisión Revisora”, creada por Ley Nro. 23403, promulgada en mayo de 1982, cuyo objeto era revisar el denominado primer proyecto o proyecto elaborado por la “Comisión Reformadora”. Entre sus miembros más destacados figuraban Javier Alva Orlandini, Roberto Ramírez del Villar, César Fernández Arce y Jack Bigio Chrem. Su competencia fue complementada mediante Ley Nro. 23756, promulgada en diciembre de 1983. Los trabajos de esta comisión se extenderán hasta julio de 1984, cuando se presenta al Poder Ejecutivo el respectivo proyecto (llamado segundo proyecto, elaborado sobre la base del primer proyecto), el mismo que fue finalmente promulgado como ley de la república, Decreto Legislativo Nro. 295, el 24 de julio de 1984. Esta segunda comisión es, además, la que redactó los textos pertinentes de la denominada Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, publicados en el diario oficial El Peruano.

dor comprometido, ello no ocurre finalmente, agravándose al acreedor. El tema por evaluar será determinar: ¿qué se entiende jurídicamente por incumplimiento? La sola circunstancia por la que el deudor no ejecuta la prestación a su cargo, ¿implica incumplimiento?

Siendo que en el marco de una relación obligacional, la prestación debida está orientada a satisfacer al acreedor, mediante su cumplimiento o pago, el incumplimiento demanda —como fundamento fáctico— que la conducta del deudor haya generado una efectiva situación de agravio al interés del acreedor; resultando así legítimo que este último reaccione y opte por el mecanismo de tutela que estime más adecuado. Ahí adquieren protagonismo las reglas contenidas en los artículos 1219⁶ y 1428⁷ —primer párrafo— del Código Civil. De acuerdo al primero de dichos dispositivos, frente al incumplimiento, el acreedor puede escoger —atendiendo obviamente a las circunstancias y a la naturaleza misma de la prestación— la ejecución forzosa, la ejecución por tercero a cargo del deudor, la acción subrogatoria, etcétera. Dichas alternativas corresponden a un auténtico y amplio “concurso electivo”. Conforme al segundo de los señalados artículos, en un contrato sinalagmático —como regla general, aunque siempre hay alguna excepción—, el acreedor afectado por el incumplimiento puede man-

tener el vínculo y exigir que se cumpla con lo debido; o puede resolverlo, sin perjuicio de la restitución prestacional y de su reclamación por daños y perjuicios, de ser el caso.

¿Corresponderá que el acreedor invoque alguna de las figuras de tutela crediticia cuando no ha evidenciado o declarado que la ausencia de cumplimiento de su contraparte le causa perjuicio, cuando inclusive tolera esa situación irregular? Aunque en el lenguaje común se admite que falta, ausencia o carencia de cumplimiento es lo mismo que incumplimiento, en el lenguaje jurídico no es así, porque el incumplimiento presupone mora. Por lo tanto, la mora se convierte en la noción determinante para invocar incumplimiento o inexecución prestacional y, de ser el caso, para optar por el extremo remedio legal de la resolución de la relación contractual por dicha causa.

En un trabajo anterior, recurriendo a las pertinentes explicaciones de Alterini, Corna, Angelani y Vásquez⁸, se destacó que no existe necesaria coincidencia entre los lenguajes común, académico y legislativo; algo que a veces parecen olvidar quienes se dedican al quehacer legal. El lenguaje común es el cotidiano, asumiéndose que es comprensible para todos los miembros de una colectividad, más allá de sus respectivos estudios, oficios o profesiones⁹. Por

6. *“Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:*
 1. *Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.*
 2. *Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.*
 3. *Obtener del deudor la indemnización correspondiente.*
 4. *Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, a excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva. Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2.”*
7. *“En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.*
A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.”
8. ALTERINI, Jorge Horacio; CORNA, Pablo María; ANGELANI, Elsa Beatriz y Gabriela Alejandra VASQUEZ. *Teoría General de las Ineficacias*, La Ley, Buenos Aires, 2000, págs. 1-7.
9. Valga como ejemplo el siguiente: Hace poco se ha sido testigo del conflicto generado entre determinado juga-

(Continúa en la siguiente página)

otro lado, el lenguaje académico es de mayor precisión; corresponde a quienes dominan determinada ciencia, disciplina o especialización. Siendo que, por su tecnicismo, no es comprensible necesariamente para todos. En particular, el lenguaje legislativo tiene alcances especiales; debería ser comprensible para todos, pero tampoco debe alejarse tanto de la rigurosidad jurídica, cuando corresponda. Un ejemplo que ilustra claramente lo señalado se encuentra en el artículo 1565¹⁰ del Código Civil: ¿puede afirmarse que recibir el bien materia de una compraventa es una obligación del comprador, tal como lo enuncia la norma en cuestión?, ¿el acto de recibir no es reactivo y presupone el de entregar, siendo esto último la obligación fundamental del vendedor, que permitiría inclusive la traslación de la propiedad?, ¿un mismo acto o conducta debida pueden estimarse simultáneamente como una obligación para ambas partes contratantes por igual? Las respuestas a dichas cuestiones demandar tener presente las nociones relativas a las situaciones jurídicas subjetivas¹¹ que se estructuran en razón del interés comprometido.

En términos sencillos, se está ante una obligación o débito cuando la conducta comprometida está orientada a satisfacer exclusivamente el interés de la contraparte, del acreedor. En cambio, se está ante una carga cuando la conducta

esperada está estructurada en razón del interés propio, esto es, su observancia permite mantener una titularidad a quien está sujeto a dicha carga, o impide que se le genere una afectación. Asimismo, se está ante un deber, ante un deber de colaboración, cuando la conducta esperada interesa a ambas partes contratantes. Atendiendo a ello, el remedio o la consecuencia por la inobservancia de la conducta esperada está precisamente en función al interés afectado. De inejecutarse un débito, el acreedor puede optar por la tutela de su crédito a través de los mecanismos que permiten obtener la ejecución debida, o puede inclinarse hasta el extremo de una resolución contractual. De inobservarse una carga, se pierde la titularidad o la posibilidad de poder mantener un derecho o pretensión por parte de quien estaba precisamente sujeto a la carga. Y de faltarse a un deber de colaboración, sustentado en el principio de buena fe cooperativa, lo que corresponde es colocar en mora al acreedor, porque éste no coopera con el deudor para permitirle que cumpla, frustrando las funciones satisfactiva —orientada al acreedor— y extintiva —orientada al deudor— del pago, pudiéndose reclamar daños. Frente a las actuaciones que no corresponden a una obligación, simplemente no existe posibilidad jurídica de invocar la resolución remedial por incumplimiento¹², aunque ello no impide generar la resolución bajo otro título.

dor de fútbol que pretendía *rescindir* el contrato que tenía celebrado con cierto club deportivo de provincia, bajo el argumento que su familia había sido amenazada, por lo que bajo tales circunstancias le era imposible seguir manteniendo el vínculo contractual. No hay duda que bajo el término *rescisión* lo que estaba destacando es que se pretendía dejar sin efecto al contrato debido a una razón generada luego de la celebración del contrato; técnicamente la palabra apropiada sería *resolución*, antes que *rescisión*, pero las diferencias entre ambas nociones derivan de lo jurídico. En el lenguaje común, rescisión y resolución son lo mismo, y ello se verifica en la divulgación de las noticias del caso, y en los comentarios a las que dieron origen.

10. "El comprador está obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos. A falta de plazo convenido o de usos diversos, el comprador debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato."
11. BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Humberto, NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. Derecho Civil, tomo I, volumen 1: Normas, sujetos y relación jurídica, primera edición en español, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pág. 437 a 449. En la misma línea de razonamiento se encuentra DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen II, sexta edición, Editorial Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2007, pág. 89 a 114.
12. BARCHI, Luciano. ¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones. En: Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, pág. 680 y ss.

lo. Como bien expresan Breccia, Bigliazzi Geri, Natoli y Busnelli¹³, la inobservancia de débitos y deberes —de conducta— genera finalmente la posibilidad de reclamar responsabilidad civil frente a la contraparte. En cambio, la inobservancia de cargas no genera responsabilidad civil, atendiendo a que nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo, el daño es causado por el propio titular del interés afectado.

Si bien, tratándose del artículo 1565 del Código Civil, el texto de la ley indica, literalmente, que el comprador está obligado a recibir el bien —siendo que, a su vez, conforme se desprende del artículo 1550 del mismo cuerpo normativo, el vendedor está obligado a entregar—, lo que se estaría finalmente enunciando es que el comprador debe recibir, estándose ante una actividad de colaboración de carácter absolutamente indispensable y que responde al interés de ambas partes. La vendedora, al entregar, cumple con su débito esencial, transfiere riesgos y genera la traslación misma, colocándose en aptitud de reclamar el precio. Dado que la ley presume que la ejecución prestacional de la compraventa es a la par, “mano a mano”, y para la compradora, al recibir el bien adquirido está en la posibilidad real de usarlo, configurándose inclusive como un activo patrimonial. El comprador está “obligado” a recibir, en los lenguajes común y legislativo, más no en el jurídico. Los efectos legales que se desprenden de la mora creditoria no son los mismos que los derivados de la mora debitoria.

Atendiendo a los diversos lenguajes asociados al quehacer legal, ¿corresponde denominar a la figura bajo comentario como excepción por incumplimiento?, ¿cómo diferenciar la falta de cumplimiento del incumplimiento?

Cuando la prestación no es ejecutada conforme a lo pactado, por ejemplo, en la oportunidad convenida, siguiendo una tradición *pro debitor* que orienta al Código Civil histórico del Perú¹⁴, se entiende que el acreedor concede un período o plazo de favor, de gracia o adicional para que el deudor pueda cumplir, *sine die*. No hay duda de que el deudor incurre en demora, retardo, como innegable realidad; más no incurre en mora, en términos jurídicos. Esa graciosa concesión de mayor plazo puede darse de manera expresa o tácita.

El retardo o falta de cumplimiento oportuno de lo debido es sin duda una falta al acuerdo negocial que es vinculante, pero es una infracción tolerada, siendo innegablemente el sustento material para una ulterior mora, de ser el caso, configurándose recién con esta última la afectación al crédito. Conforme a ello, calificada doctrina¹⁵ enuncia:

“La mora es un concepto jurídico, que presupone el retardo, pero que puede incluir o no el requisito del requerimiento o intimación de parte del acreedor. El retardo es la primera manifestación del incumplimiento en las obligaciones positivas; es una species del incumplimiento, que eventualmente será apenas transitorio, o se muestra desde un principio como incumplimiento definitivo, o puede desembocar luego en él.”

El deudor sólo estará en falta jurídica desde la oportunidad en que se encuentre en mora, poniendo fin a su eventual estado de demora o a la tolerancia creditoria a la cual se acogió, lo cual coincide frecuentemente cuando el acreedor reclama o compele al cumplimiento. A ello, corresponde la regla *dies non interpellat pro*

13. BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Humberto, NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. Op. cit., pág. 447 a 449

14. Entendemos por tal a las reglas y principios civiles que han sido recogidos en los Códigos Civiles de 1852 (Echenique), 1936 (Benavides) y 1984 (Belaúnde), más allá de palabras más o palabras menos, lo cual a su vez corresponde en gran medida a la influencia inmediata o mediata del Código Napoleón.

15. HINOSTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes, tercera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 606.

homine, o de mora *ex personae*. La excepción corresponde a los supuestos de mora automática, *dies interpellat pro homine*, o de mora *ex re*, en los que no se requiere de una actuación del acreedor, por haberse generado objetivamente una situación que coloca *ipso facto* al deudor en falta jurídica.

La singular importancia de la mora es que permite identificar al deudor como parte infiel, legitimando al acreedor —entendido como parte fiel— para que, ante la afectación de su interés, pueda reaccionar y recurrir a los remedios legales que estime aplicar, entre ellos, resolver.

¿Sin mora no hay incumplimiento? No es una posición uniforme y pacífica, máxime cuando la mora demanda de imputabilidad, de causa atribuible al deudor. Estándose ante la generación de un concurso electivo en cabeza del acreedor, como contratante fiel, le corresponderá a él —sólo a él— y a nadie más que él, decidir qué hacer ante la situación de mora generada, porque ya no es algo tolerado. De no haber imputación jurídica relativa a la calificación de la conducta debitoria, la misma que debe ser culposa en sentido amplio, sería suficiente el solo hecho de no ejecutar lo debido para que se asumiera el incumplimiento, pero eso podría derivar en una confusión con la imposibilidad —total y definitiva—, donde el acreedor carece de un concurso electivo, no decide.

“(…), parte de la doctrina extranjera, principalmente la italiana y la francesa, considera que la resolución por incumplimiento opera tanto si el incumplimiento es imputable al deudor como si obedece a imposibilidad sobreviniente de la prestación.

En nuestro ordenamiento jurídico, tal posición es inadmisibles por estar especialmente previsto en los artículos 1431 y 1432 del Código civil que la imposibilidad de la prestación da lugar a la resolución del contrato de pleno derecho (..) quiéralo o no el contratante fiel”¹⁶.

En nuestro Derecho Civil, el incumplimiento *strictu sensu* presupone mora que, a su vez, debe obedecer o explicarse por causa imputable al deudor. Otro tema será qué tan exigente o riguroso se puede ser para calificar a una determinada situación como de causa no imputable, o por mediar ausencia de culpa.

A manera de resumen, el incumplimiento, como específica anomalía presupone mora: sin mora no hay incumplimiento. Con tal afirmación, no se está ingresando a calificar si la orientación legislativa nacional sobre la materia es adecuada o no; como bien afirma Hinestrosa¹⁷, podría asumirse que la mora *ex re* “*agiliza y facilita el desarrollo de las relaciones crediticias y le imprime más precisión y seguridad al fenómeno mismo del incumplimiento por retardo.*”. Empero, la ley nacional ha seguido al modelo francés clásico de distinguir entre el hecho —retardo— y la posible consecuencia o estado jurídico —mora—.

Puede concluirse, entonces, que la denominación de la figura bajo estudio debería ser excepción por falta de cumplimiento o por contrato no cumplido —*exceptio non adimpleti contractus*, tomando la célebre expresión latina— antes que excepción por incumplimiento, porque en rigor, no hay propiamente incumplimiento al no haber mora.

En cualquier caso, lo significativo será tener presente las nociones enunciadas, máxime cuando en la actualidad se advierte de cierta tolerancia con el empleo laxo de las palabras, lo cual dista mucho de la rigurosidad que corresponde académicamente.

2. Requisitos configurativos

No hay mayor discusión que esta excepción presupone un contrato sinalagmático de ejecución simultánea o a la par, siendo que la parte que no ha cumplido, pese a ello, requiere —indebidamente— el cumplimiento de la contraprestación.

16. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., tomo II, pág. 387.

17. HINESTROSA, Fernando. Op. cit. pág. 607.

La ejecución simultánea es un tema netamente cronológico. Simultaneidad significa contemporaneidad, que algo se hace o sucede al mismo tiempo que otra. Implica que en un mismo momento deben ejecutarse tanto la prestación como la contraprestación del respectivo negocio sinalagmático; no se trata por consiguiente de una ejecución sucesiva o bajo un orden, sucesión o secuencia.

Este supuesto de ejecución simultánea corresponde a la regla general de ejecución contractual, contemplada supletoriamente por la ley. Y es que las partes que se proponen contratar poseen una natural desconfianza respecto de la respectiva contraparte, de manera que no pretende asumir mayores riesgos, lo que en materia económica se denomina “aversión al riesgo”. De no ser así, si la ejecución fuese sucesiva, correspondería haberse convenido un régimen de garantías que proteja diligentemente al interés de aquella parte que cumple en primer lugar y queda en espera que sea exigible la contraprestación que está en segundo lugar, con la correlativa posibilidad que esa confianza sea afectada porque la contraparte no cumple finalmente. Pero las garantías, máxime si provienen de terceros o son de carácter específico, representan un costo, y están sujetas a sus propios riesgos —al menos el de insolvencia, tratándose de las personales, y el de perecimiento o deterioro, tratándose de las reales—, siendo que ello puede disuadir a contratar o encarecer la respectiva celebración. Una contratación de ejecución sucesiva y desprovista de garantías específicas, evidenciaría una superlativa confianza. Por ello, la regla legal supletoria, en razón del principio obligacional de inmediatez del pago, establece que la ejecución es a la par. Esto es, en un mismo momento, lo que en términos comunes se denomina pago contra entrega. Como ello es lo que las partes hubiesen seguramente convenido de manera expresa, por la natural aversión al riesgo, dicha regla de ejecución simultánea es la que se presume; la asunción de mayores riesgos demanda de acuerdo expreso.

Por consiguiente, de no existir simultaneidad prestacional no es posible invocar la excepción

de contrato no cumplido. En dicho caso, sea porque inejecuta la parte que debe hacerlo en primer lugar, sea porque no cumple la que se encuentra en segundo lugar, o se pone bajo duda razonable que cumplirá, el remedio legal será distinto, pero no lo será definitivamente la *exceptio non adimpleti contractus*.

Ahora bien, se deja constancia que la necesidad de simultaneidad prestacional no significa postular que se trate necesariamente de una originaria o acordada con ocasión de contratar, ya que nada impide que la contemporaneidad pueda ser sobreviniente. Así, por ejemplo, si se pactó que A debe cumplir en febrero y C debe hacer lo propio en abril, si bien no existe en ese momento un programa de ejecución simultánea sino sucesiva, podría darse el caso que A no cumpla en la oportunidad pactada y ello no derive en reacción alguna de B, quien tolera la falta de ejecución —plazo de gracia—. En dicho escenario, estando ya en el mes de abril, ambas prestaciones ya son simultáneamente exigibles, por lo que si A emplaza a B, o B requiere el pago de A; en cualquiera de dichas situaciones, la parte requerida podrá invocar la excepción de contrato no cumplido para rechazar el respectivo requerimiento, extendiéndose el plazo de gracia por igual para las dos prestaciones comprometidas.

Durante el proceso de elaboración del Código Civil, el proyecto elaborado por la denominada Comisión Reformadora de 1981 incluyó en el anteproyecto redactado por Arias-Schreiber un segundo párrafo de acuerdo a lo siguiente: “Igual derecho corresponde a la parte que deba cumplir en segundo lugar, tratándose de contratos de prestaciones recíprocas que no deban cumplirse simultáneamente”. La denominada Comisión Revisora mantuvo dicho texto en su proyecto de 1984, pero el mismo quedó finalmente descartado, de allí que el actual artículo 1426 del Código Civil carece de dicha previsión. Se trataba de una regulación adicional absolutamente innecesaria. Según hemos indicado en el ejemplo anteriormente propuesto, si A —primero que debe cumplir— no ejecuta lo debido en su oportunidad, o habiendo cumplido inclusive, no puede exigir a B —segundo que debe

cumplir— que ejecute la prestación a su cargo. No se trata que esta última parte plantee la excepción bajo comentario para neutralizar dicha exigencia, ya que su débito es simplemente inexigible por gozar del beneficio de ejecución diferida. Ahora bien, si A no cumple, a B le asiste ciertamente el derecho a requerir el pago y colocarlo en mora, dado que el respectivo débito es exigible y debe ser honrado, al margen que B goce del beneficio de cumplimiento diferido. Pero en caso que A no cumpla y no se le hubiese generado un estado de mora, con la consiguiente tolerancia de B, si se llegase a la oportunidad en que ya resulta exigible el débito de B, es manifiesto —y no se requiere que el Código Civil así lo sancione— que si A exigiese que se haga efectivo dicho débito, pero sin haber cumplido el propio, B podría invocar la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que a la respectiva fecha las dos prestaciones se encuentran a la par.

En la parte final del presente trabajo se retomará este tema.

La excepción bajo comentario no sólo demanda de un contrato sinalagmático y de ejecución simultánea sino de una actuación ilegítima. Debido a que, una de las partes contratantes, a pesar de no haber cumplido con la prestación a su cargo —que ya sería exigible—, requiere el cumplimiento de su contraparte —que también es exigible—.

Ese requerimiento denota una clara transgresión del programa contractual, porque no habiéndose cumplido con el débito propio ya exigible, el respectivo deudor exige a su contraparte que cumpla con el señalado programa; esto es, que cumpla con la contraprestación pese a no haber cumplido con la prestación a su cargo. De hecho, se está ante una agresión injustificada—jurídica, no física— porque sin haberse honrado la palabra empeñada en el contrato se pretende que la contraparte sí hon-

re la propia. Es como pretender que la obligatoriedad contractual comprometa a una parte, y no a la otra. Frente a dicha actuación ilegítima, por elemental equidad, la ley reconoce la posibilidad de hacer uso de una figura de autotutela equivalente a la legítima defensa¹⁸: la *exceptio non adimpleti contractus*, como excepción de derecho sustancial¹⁹, y no procesal.

Si se asume que lo pactado vincula a las partes según lo declarado, bien puede apreciarse que la parte que requiere —irregularmente— la ejecución que le es debida, pero sin cumplir con su propio débito prestacional, viola gravemente el principio de obligatoriedad y, además, el de alteridad o de respeto a la esfera jurídica ajena. Media una falta ética por desconocer la palabra empeñada y una falta jurídica por la violación del autorreglamento de intereses.

Por ello, la ley autoriza, siguiendo al más elemental sentido común, que la parte requerida pueda optar por rechazar directamente —autotutela— la ilegítima exigencia de pago, invocando la defensa bajo comentario, sustentada en la filosofía sinalagmática: *cumplo porque cumples*, o dicho de otro modo, *si no cumples, tampoco cumplo*.

No obstante, siendo un mecanismo de protección, un beneficio, nada impide que no se ejerza o, inclusive, que se acuerde no ejercerlo. Ello sería un pacto de naturaleza patrimonial perfectamente válido y exigible en el contexto de la contratación paritaria, en la que ambas partes despliegan su libertad contractual o de configuración en un mismo plano; siendo más bien un pacto de valor o eficacia cuestionable en el contexto de la contratación masiva, cuando es impuesto por la parte fuerte o predispone en su propio beneficio. Esta última situación está expresamente regulada en el artículo 1398 del Código Civil, así como en el artículo 50, inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley 29571,

18. HINOSTROSA, Fernando. Op. cit., pág. 614.

19. MESSINEO, Francesco. Op. cit., pág. 433.

bajo el régimen de las denominadas cláusulas abusivas. En cualquier caso, aunque no haya mediado acuerdo sobre la materia, puede renunciarse expresa o tácitamente al ejercicio del respectivo beneficio, esto último a no oponerle, o al atender el requerimiento.

Por último, aunque pueda resultar manifiesto, y estándose a la filosofía sinalagmática: *cumpro porque cumples*, no interesa si la falta de cumplimiento por la parte requiriente o exceptuada obedece a causa imputable o no, porque el hecho objetivo es que no ha cumplido. Ello deslegitima al requerimiento practicado, por lo que la causa puede ser tanto imputable como no imputable, siempre y cuando se mantenga la posibilidad de cumplimiento.

De no ser así, de postularse que la excepción sólo procede cuando la parte requiriente no ejecuta el débito a su cargo por causa imputable —que se presume, conforme al artículo 1329 del Código Civil—, reconociéndose que el requerimiento tendría valor de mediar causa no imputable, estaría desprotegiéndose a la parte requerida, impidiéndole que pueda articular la excepción. Ello significaría que estaría asumiendo un riesgo no deseado, el cual no impactaría finalmente en la esfera jurídica del deudor afectado, mas sí en la del acreedor. La asunción de semejante riesgo, demanda de declaración expresa.

Sobre el particular, resulta interesante la explicación que proporciona Roppo²⁰:

“Hay que preguntarnos si, para ser justificante, el incumplimiento de la contraparte debe serle imputable. El debate es análogo a aquel sobre la imputabilidad como presupuesto de la resolución. Sin embargo, con una diferencia, que tiene alcance más general y puede tener relevancia también para otras cuestiones: en vista de un remedio ligero como es la excepción, que se limita a suspender la obligación, sería razonable pretender requi-

sitos menos apremiantes de aquellos establecidos para un remedio más pesadamente destructivo, como es la resolución.”

3. Naturaleza jurídica y ejercicio

Corresponde comentar sobre la naturaleza jurídica de la excepción de contrato no cumplido, por cuyo mérito la obligación de una de las partes puede ser diferida en su exigibilidad hasta que la obligación a cargo de la otra parte, que debe ejecutarse a la par, sea cumplida finalmente.

Como todo beneficio debe considerarse que es de ejercicio discrecional; pero no es menos cierto que, una vez ejercido, se afecta inevitablemente a la parte que requirió indebidamente el pago. Conforme a ello, no se está ante una carga en el sentido que, de no ejercerse, se genera un perjuicio para el deudor indebidamente requerido al cumplimiento, dado que resulta jurídicamente imposible que sea constituido en mora, menos que soporte otra consecuencia más grave. El hecho que no se oponga la excepción no legitima la inconducta de la contraparte.

Bien puede afirmarse que la naturaleza jurídica de la *exceptio non adimpleti contractus* es la de un derecho potestativo, siendo que su ejercicio —discrecional— coloca en estado de sometimiento a la contraparte que formuló indebidamente el requerimiento de pago; la que deberá soportar la inevitable suspensión de la exigibilidad de las prestaciones al asumirse la recíproca concesión de un plazo de gracia. De acuerdo con ello, la excepción bajo comentario corresponde a un mecanismo de autotutela, de allí que por su invocación se neutraliza jurídicamente el irregular requerimiento de cumplimiento.

Atendiendo a lo anterior, el ilegítimo requerimiento de cumplimiento por la parte que no cumple no permite generar un estado de mora en la parte compelida, dado que el acuerdo ne-

20. ROPPO, Vincenzo. El contrato, primera edición peruana, traducción de Nélvor Carreteros Torres, a cura de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pág. 902.

gocial no sólo es sinalagmático sino de ejecución a la par, *ergo*, resultaría arbitrario que quien no cumple el contrato pueda colocar en falta a su contraparte, cuando ambas partes están bajo un mismo régimen de exigibilidad: *cumplo porque cumples*. A mayor abundamiento, se cuenta con una norma que regula expresamente este tema, el artículo 1335 del Código Civil²¹.

Si bien esta disposición sólo refiere a las obligaciones recíprocas —entiéndase a las provenientes de los contratos sinalagmáticos—, sin diferenciar sobre si son de ejecución simultánea o sucesiva, no debería haber mayor complicación en admitir que tratándose del caso de la simultaneidad no es posible colocar en mora a la contraparte si es que no se cumple previamente, o se garantiza dicho cumplimiento a satisfacción del respectivo acreedor. Es lo que corresponde de la manera más elemental como consecuencia de la ejecución sinalagmática simultánea, y cuyo fundamento descansa en una conducta proba que no afecte la alteridad, ni quiebre la equidad negocial. Cosa distinta ocurre en el caso de la ejecución sucesiva, ya que el deudor que debe ejecutar su prestación en primer lugar, atendiendo a que la segunda prestación está diferida en el tiempo, bien puede ser colocado en mora, resultando absurdo que la ley exigiese que, para ello, el deudor que no ha violentado el programa contractual deba renunciar al beneficio de ejecución diferida.

Más adelante, se tratará sobre este texto legislativo y el sentido de lo que sería su recta interpretación, mereciéndose destacar que las normas legales presuponen cierto supuesto o una determinada situación; de allí la especial relevancia de los métodos de interpretación para trascender de lo meramente textual.

Ahora bien, dado que la excepción de contrato no cumplido es de ejercicio discrecional, el deudor que recibe el indebido requerimiento de cumplimiento puede optar entre invocar este mecanismo de defensa —rechazando el reque-

rimiento—, o puede acatarlo y pagar. Esta última acción denota una renuncia implícita a la invocación de la *exceptio non adimpleti contractus*. En doctrina, la situación generada por la renuncia a articular la excepción y generación del pago exigido se conoce como *solve et repete*, porque el deudor —pese a ser ilegítimamente requerido— paga. Siendo que, a partir de ese momento, se convierte en parte fiel en sentido positivo, encontrándose en la posibilidad de exigir legítimamente su contraprestación y, por ende, de colocar en mora a su contraparte y, de ser el caso, resolver el respectivo acuerdo contractual. Se estaría precisamente en la situación que autoriza el artículo 1335 del Código Civil.

Si bien no resulta controvertido que la excepción de contrato no cumplido pueda ser opuesta o invocada tanto extrajurisdiccional como jurisdiccionalmente, debería tenerse en cuenta al menos un par de aspectos relativos a dicho ejercicio.

Primero, su invocación debe ser reactiva, esto es, que habiéndose recibido el indebido requerimiento de pago de quien no ha cumplido con la prestación a su cargo, se responde invocando la tutela derivada de este beneficio, colocando en sujeción a la parte requirente. ¿Podría asumirse que su invocación sea proactiva y no reactiva? No, por una simple razón; por tratarse de una defensa, debe haberse configurado la respectiva agresión, evidenciada en el requerimiento ilegítimo de pago que violenta la naturaleza sinalagmática y vinculante del contrato. Además, debe estarse ante una conducta cierta y no meramente hipotética. No debe olvidarse que, vencida la oportunidad para la ejecución de lo debido, a falta de cumplimiento y de la posibilidad de colocar en mora a la parte que no hubiese observado el cumplimiento, se genera de hecho la concesión mutua de un plazo de gracia, segundo a segundo, para que se cumpla con lo debido. Conforme a ello, si la contraparte no realiza declaración alguna relativa al vencimiento del plazo y a la exigibilidad

21. “En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá.”

de lo adeudado, lo que está generando tácitamente es la ampliación del plazo para el mutuo cumplimiento, de naturaleza *ex gratia*. Ante ello, no corresponde invocar defensa alguna, porque no hay requerimiento, no hay agresión.

En consecuencia, la autotutela bajo comentario sólo corresponde ejercerse en vía de excepción o defensa, siendo que el ámbito extrajudicial es el natural; sin embargo, nada impide que se oponga de manera jurisdiccional, con mayor razón si el ilegítimo requerimiento de pago hubiese sido practicado jurisdiccionalmente.

Y segundo, sobre la base que sea invocada reactivamente la correspondiente excepción, ¿asume el excepcionante la respectiva carga probatoria? y, de ser ese el caso, ¿qué es lo que tendría que probarse? Debe tenerse presente que la regla general radica en que el demandante —el solicitante, el actor que invoca tutela y expone hechos— debe probarlos; caso contrario, corresponderá desestimar su pretensión. Aunque el ámbito natural para invocar la excepción de contrato no cumplido es el extrajudicial, esto es, de manera directa e inmediata por tratarse de una autotutela, pueda darse la situación que la parte que indebidamente requiere el cumplimiento ignore la excepción y pretenda proseguir con la respectiva exigencia en sede jurisdiccional, por más que la misma sea ilegítima. En ese escenario, corresponderá articular u oponer la correspondiente defensa en dicha sede jurisdiccional —judicial o arbitral, según sea el caso—, con la posibilidad inclusive de solicitar la concesión de una medida cautelar que permita mantener el *status quo*, en la medida que se cumplan las correspondientes exigencias procesales. Pues, de lo contrario, el acreedor que actúa ilegítimamente podría con-

tinuar con su indebido requerimiento, con graves consecuencias.

De ejercerse la *exceptio non adimpleti contractus* en sede jurisdiccional, no puede dejar de considerarse lo prescrito en los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil; conforme a los cuales, quien invoca hechos debe probarlos, siendo que, de no satisfacerse dicha carga probatoria, la demanda será infundada.

Al respecto, resulta pertinente tener presente que dicha exigencia probatoria presupone un hecho positivo, y no uno negativo²², de manera que, en el caso concreto, la excepción se fundamenta en que la parte emplazante no ha cumplido con la prestación a su cargo, pese a lo cual de manera indebida exige la contraprestación. Siendo así las cosas, la parte requerida no asume la carga probatoria de probar el hecho negativo en que se sustenta su rechazo al requerimiento —la falta de pago de la prestación—, siendo suficiente que refiera y acredite el vínculo contractual sinalagmático a la par y el haber recibido el indebido requerimiento de pago. Siendo más bien que, para contradecir la excepción, la parte requiriente, o excepcionada, deberá demostrar que la excepción que se le opone no es en rigor defensa alguna sino una articulación para evitar pagar lo que sí sería exigible, esto último porque ya habría cumplido con la prestación a su cargo —siendo que este hecho positivo deberá demostrarse—. De manera que su exigencia de cumplimiento sí resultaría legítima, generando el efecto de colocar en mora al respectivo deudor, al que sería ilegítimo excepcionante, debiéndose desestimar la respectiva excepción. De no ser así, si la parte excepcionada no puede demostrar que ya cumplió con la prestación a su cargo, la excepción debe ser amparada.

22. El llamado principio de utilidad de la prueba destaca la relevancia de la misma para fines de resolver el contenido tratándose de los hechos invocados; empero, debe considerarse que hay hechos que no corresponden ser objeto de prueba, como es el caso de: (i) los hechos admitidos, esto es, que no han sido objeto de contradicción, (ii) los hechos notorios o de conocimiento público, (iii) los hechos que corresponden a las presunciones legales y, por último, (iv) los hechos negativos, porque sólo se prueba lo acaecido, no lo que no se produjo. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. La Actividad Probatoria en el Arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba. En: *Advocatus*, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Nro. 26, Lima, 2012, págs., 206 y 207.

Bozzo²³ refiere, con relación a la carga probatoria relativa a esta excepción, que una cosa es probar el hecho constitutivo, que corresponde al positivo, asociándolo a la acreditación de la relación jurídica que se hace valer —en nuestro caso, el contrato y sus términos y condiciones sobre la simultaneidad de ejecución prestacional—, lo cual se encuentra bajo la competencia de la parte actora; y otra es probar el hecho impeditivo, que corresponde al negativo, asociándolo a la acreditación de aquello que no permite el desarrollo normal del hecho constitutivo, siendo que este hecho impeditivo corresponde al hecho negativo bajo la competencia del emplazado —quien, en nuestro caso, deberá evidenciar que no se ha generado falta de cumplimiento de su parte, sino por el contrario, que habiendo pagado, es legítimo que se pueda exigir el cumplimiento de la contraprestación—.

Ejercido el derecho potestativo, la parte requiriente o excepcionada, que actuó ilegítimamente, quedará sometida a la excepción directamente invocada, en la medida que —evidentemente— se cumplan los requisitos configurativos correspondientes. Dicha verificación, inclusive, se puede realizar en sede jurisdiccional si hubiese un cuestionamiento a ellos, si la parte requiriente plantease indebidamente en sede jurisdiccional la exigencia de cumplimiento, o si habiéndolo hecho extrajurisdiccionalmente, ignorase la excepción que le es opuesta y pretendiese proseguir con las acciones de cobranza que estime pertinentes, actuando como si la parte requerida estuviese en mora.

4. Vigencia

Opuesta la excepción, ¿hasta cuándo se mantiene la correspondiente tutela legal? Resulta manifiesto que este medio de defensa carece de un plazo máximo de vigencia, porque al derivar de hecho en la generación de un mutuo

plazo de gracia para el cumplimiento —a la par— de lo debido, la oportunidad para la respectiva ejecución se trasladará en el tiempo sin mayor límite, literalmente, *sine die*.

Y para ello debe destacarse que la excepción bajo comentario deriva, por el solo mérito de su invocación, en una suspensión temporal de la ejecutabilidad de las prestaciones comprometidas, lo cual implica la concesión de un mayor plazo para la ejecución, salvo que, en cualquier momento, una de las partes renuncie al plazo de gracia que lo beneficia y cumpla con la prestación a su cargo —siéndole aplicable el régimen *solve et repete* comentado anteriormente—, o se llegue a un acuerdo para regular de manera distinta lo concerniente a la oportunidad de ejecución prestacional²⁴. Como la señalada invocación deriva en una suspensión indeterminada de la exigibilidad prestacional, con la consiguiente imposibilidad de colocar en mora a la parte contraria, se entiende que no corre plazo prescriptorio alguno dado que la exigibilidad está en suspenso. En cualquier caso, debería considerarse que, si las partes hubiesen perdido interés sobreviniente y mutuo en las prestaciones comprometidas, lo que correspondería es que, sincerando el estado de cosas, vía mutuo disenso, pongan término, resuelvan, al respectivo contrato.

Atendiendo a lo señalado, dado que la excepción de contrato no cumplido conlleva una suspensión de la exigibilidad prestacional, genera una ineficacia contractual transitoria, no siendo posible reclamar perjuicios al tratarse de una situación con arreglo a derecho. La eventual posibilidad de reclamar daños quedará subordinada a la acreditación de un ejercicio irregular, carente de buena fe, de este medio de defensa.

Por último, el artículo 1426 del Código Civil dispone que la *exceptio non adimpleti contractus* mantendrá su eficacia suspensiva de la exigibilidad prestacional *sine die*, o hasta que la par-

23. BOZZO HAURI, Sebastián. Excepción de contrato no cumplido. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 205 a 207.

24. BOZZO HAURI, Sebastián. Op. cit., pág. 334.

te a la cual se opone, cumpla con lo debido, lo cual, según ya ha sido señalado, permitirá desencadenar las consecuencias del régimen *solve et repete*, o garantice su ejecución. Tratándose en particular de esto último, bajo la rectoría del principio de buena fe probidad, se sobrentiende que el ofrecimiento debe ser de una garantía adecuada en términos de razonabilidad, de manera que el rechazo al ofrecimiento debería estar debidamente justificado, de no ser así, la excepción perdería valor y efectos. Si bien una garantía no puede ser impuesta unilateralmente, máxime cuando entraña una modificación al programa contractual tal como se acordó y una afectación —por más que sea positiva— a la esfera jurídico patrimonial de la contraparte, lo cierto es que un rechazo injustificado sería abusivo y evidenciaría que la invocación y ejercicio de la excepción no sería acorde con la buena fe, principio rector en materia contractual.

5. Modalidades

Si bien la *exceptio non adimpleti contractus* es susceptible de ser opuesta cuando la contraparte requiere indebidamente la satisfacción de su crédito pese a no haber cumplido con la prestación a su cargo, con su débito; empero, atendiendo a que las situaciones de inconducta obligacional no se limitan a ello, corresponde plantear cómo actuar cuando la contraparte ha cumplido defectuosa, tardía o parcialmente.

El denominado cumplimiento defectuoso conlleva a que, en los hechos, el pago realizado carezca de utilidad, al no haberse cumplido plenamente con la identidad de la prestación comprometida, con el compromiso asumido, sea bajo determinadas condiciones o, conforme a lo declarado en el contrato o, en su defecto, a la usanza comercial. En un escenario de ejecución a la par, de advertirse un ofrecimiento de pago defectuoso, el mismo no debería ser aceptado, pudiéndose además invocar la excepción en los términos planteados. Se mantiene, por consiguiente, lo señalado anteriormente sobre la carga probatoria para el ejercicio de la excepción. Empero, si el cumplimiento defectuoso ya hubiese ocurrido y se compele a la ejecución de la contraprestación, la parte

excepcionante asumiría la carga de demostrar que el pretendido cumplimiento no correspondió a lo esperado, que es defectuoso y, conforme a ello, que no procede que sea colocada en estado de mora, siendo procedente la excepción invocada, en lo que corresponda.

El cumplimiento tardío es un concepto que se asocia necesariamente con la mora en la cual debe encontrarse el deudor, porque de lo contrario habría simple demora o retardo, siendo que el pago que se pudiese realizar no será jurídicamente tardío al mediar una ampliación de gracia del plazo para el pago, por más que sí lo sea en sentido temporal. El tema radica en que en un escenario de ejecución simultánea, el artículo 1335 del Código Civil impide que la parte que no hubiese cumplido con su propia prestación pueda colocar en mora a su contraparte.

Si no hay mora, no hay incumplimiento, de manera particular, no hay cumplimiento tardío. Para colocar en mora a la contraparte, el respectivo deudor debería haber cumplido previamente, pero inclusive en ese caso carecerá de toda utilidad la excepción, porque ya no hay propiamente suspensión de la exigibilidad prestacional, estándose ante el régimen de *solve et repete*.

El tema reposa más bien en el supuesto de cumplimiento parcial, y ante dicho hecho sería posible plantear dos enfoques opuestos. De un lado, al haberse aceptado un pago parcial que no estaba previsto al momento de contratar —tégase presente el principio de indivisibilidad del pago, en aplicación supletoria—, atendiendo al principio subsidiario de integridad, el pago total no se habría verificado aun, por lo que en rigor el acreedor de la respectiva prestación no habría quedado satisfecho ni extinguida la correspondiente obligación; en consecuencia, si se le compele al pago de la contraprestación, podría invocarse la excepción por el íntegro de la misma.

De otro lado, el segundo enfoque es que, en el escenario anterior, la excepción sólo debería ser planteada respecto del pago pendiente. En otras palabras, si la prestación de la parte requi-

riente es ejecutada parcialmente, y éste exige que se le pague simultáneamente el íntegro de la contraprestación, el deudor de la misma podría oponer la excepción tratándose de la parte pendiente de ejecución, debiéndose pagar por lo ya ejecutado, proporcionalmente. A esto último se denomina *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Merece destacarse que, en la última situación referida, el principio de buena fe probidad adquiere especial protagonismo, porque si finalmente se acuerda la posibilidad de pago parcial de una de las prestaciones correspondientes, sin haberse celebrado acuerdo alguno sobre el pago de la contraprestación que debe ejecutarse a la par, resultaría abusivo suspender el pago de dicha contraprestación por el íntegro, resultando más razonable generar también su pago parcial, ejerciéndose la excepción por lo que se encontrase pendiente de cumplimiento, hasta el límite de la concurrencia. De estarse ante un negocio que contiene una operación económica de relevancia, no hay duda que de acordarse sobrevinientemente un régimen de pagos parciales para una de las prestaciones a la par, dicho acuerdo comprenderá seguramente la definición del régimen aplicable a la contraprestación.

IV. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE PLAZO O DE TÉRMINO

Al igual que en el caso anterior, este instrumento de autotutela tampoco es una novedad legislativa en nuestro medio, siendo que su antecedente inmediato estuvo regulado en el artículo 1343 del Código Civil de 1936 conforme a lo siguiente: *“Si después de concluido un contrato bilateral sobreviniese a una de las partes disminución de su patrimonio, capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar su prestación en primer lugar, rehusar la ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne o de garantía bastante”*.

El artículo 1427 del Código Civil enuncia la regla siguiente:

“Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento”.

Respecto al texto legislativo anterior hay precisiones que mejoran definitivamente los alcances de la norma, ganándose en claridad, la cortesía de todo legislador.

1. Precisiones sobre la denominación y alcances de la figura

En el lenguaje común se suele dar el mismo significado a las palabras plazo y término, empleándose indistintamente una por otra; empero, desde la perspectiva del lenguaje académico, del lenguaje jurídico, no son sinónimos. Recurriendo a autorizada doctrina²⁵, la noción de plazo conlleva una extensión temporal, con una oportunidad de inicio y otra de finalización, sea determinada o no, computable por períodos; así, el plazo —determinado— puede ser, por ejemplo, de 7 días, 5 semanas, 3 meses o 1 año. Tratándose de un negocio cuya naturaleza sea de duración, como es el caso del arrendamiento o del suministro, cuando el plazo no está prefijado, igual opera como uno indeterminado. Cosa distinta ocurre con la noción de término que corresponde a un momento en el tiempo, a una mera indicación de fecha; conforme a ello, las partes pueden diferir una ejecución o pago hacia una fecha en particular, por ejemplo, 26 de agosto de 2028. Estándose ante un plazo, debe considerarse la aplicación supletoria²⁶ de las reglas de cómputo contenidas en el artículo 183 del Código Civil, debiéndose destacar una en

25. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El negocio jurídico. Librería Studium, Lima, 1986, págs. 244 a 249.

26. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Acto Jurídico, volumen 1, sexta edición. Jurista Editores, Lima, 2018, pág. 883.

especial, conforme a la cual, sobre la base de que el plazo venciera en día inhábil, el mismo se extiende al primer día hábil siguiente, regla ajena al término, atendiendo a la perentoriedad del mismo, siendo irrelevante que la fecha corresponda a día hábil o inhábil.

Ha sido señalado precedentemente que la regla en materia de contratación sinalagmática es que sea de ejecución simultánea, en un mismo momento, “mano a mano”. Empero puede acordarse, en razón de los intereses comprometidos, que una prestación se ejecute en primer lugar, y de manera posterior se ejecute la contraprestación, la cual estará sujeta a cierto plazo o término, significando una operación de carácter crediticio en el sentido que se asume, que se cree, que en el tiempo de cumplirá esa segunda prestación que ha sido diferida. Sin embargo, esa confianza puede ser endeble, o ponerse en entredicho, por lo que se asume que el respectivo acreedor cuenta implícitamente con una garantía genérica, sobre cualquier bien que conforma el activo patrimonial del deudor, o inclusive con una específica, mediante la afectación de un bien en particular. Las garantías no eliminan el riesgo de falta de cumplimiento, dado que no puede evitarse que por cualesquiera causas el deudor de la prestación diferida no ejecute en su momento lo prometido, pero al menos lo reduce, ya que se asume que el deudor intentará honrar su compromiso para evitar lo que puede resultar como una traumática ejecución de garantía.

Conforme a lo anterior, frente a la falta de cumplimiento en el escenario de ejecución sucesiva, no corresponde aplicar la excepción de contrato no cumplido dado que no se está ante un contrato con ejecución a la par, sino identificar el remedio más apropiado atendiendo a las circunstancias.

El primer escenario a evaluar es que existiendo un orden temporal de ejecución, sea plazo o término, la parte que debe cumplir en primer lugar no lo haga, lo cual generará la lógica pregunta sobre si el acreedor de dicha obligación, deudor de una contraprestación que debe

cumplirse en segundo lugar y que aún no es exigible, dispone de alguna herramienta para tutelar su interés que ha sido afectado. Y el segundo escenario a evaluar radica cuando se genera la posibilidad, o probabilidad, que la parte llamada a cumplir en segundo lugar (que goza del beneficio de ejecución diferida) no lo haga finalmente; en consecuencia, el acreedor de dicha obligación, que se desempeña actualmente como deudor de la prestación que ya sería exigible por una cuestión de orden temporal, se formulará el cuestionamiento sobre si dispone de alguna herramienta legal para tutelar su interés, evitando que la prestación a su cargo sea efectivamente exigible, ya que no sería justo, bajo la filosofía sinalagmática, que cumpla con el peligro que finalmente no se le pague. La denominada excepción por caducidad de plazo o de término —respecto de la segunda prestación por ejecutar— corresponde a esta última situación.

2. Requisitos configurativos

Al igual que en el caso de la *exceptio non adimpleti contractus*, no hay mayor discusión que esta excepción presupone un contrato plurilateral sinalagmático, pero en esta oportunidad de ejecución sucesiva —ya no simultánea—, en el que surge de manera sobreviniente a su concertación un riesgo no representable, ni representado, que afecta la posibilidad que la parte que está en segundo lugar vaya a ejecutar lo debido, de manera que corresponde que la parte que debería cumplir su débito en primer lugar pueda articular alguna defensa, dado que resultaría cuestionable u ofendería al equilibrio contractual que dicha parte deba realizar el sacrificio patrimonial tal como se comprometió con la incertidumbre sobre si hará finalmente lo propio la parte que está en segundo lugar, atendiendo a las circunstancias.

Por lo tanto, la excepción de caducidad de plazo o de término se configura bajo la premisa que la parte que debe cumplir de manera diferida, en segundo lugar, está sujeta a un riesgo que afecta su actuación y que no habría sido dimensionado al contratar, por corresponder a una situación que se genera luego de la con-

clusión contractual²⁷. La señalada excepción es ajena cuando la parte que debe cumplir en primer lugar no llega a cumplir finalmente, inejecuta su prestación; esa patología tiene su propio remedio.

Aunque la ley no lo indique expresamente, para fines de esta figura hay todo un tema de previsibilidad comprometido, relativo al riesgo que se genera de manera sobreviniente, debiéndose estar a la regla conforme a la cual el Derecho debe desincentivar los comportamientos negligentes, en los que no se adoptan medidas, aunque sea paliativas ante una probable contingencia.

Como bien es sabido y aceptado, todo contrato como acuerdo negocial de intercambio económico contiene una distribución de riesgos. Desde el momento en que las partes convienen en que habrá un régimen de ejecución prestacional sucesiva, es manifiesto que ya se representan y asumen riesgos, en particular tratándose de la parte que debe cumplir en primer lugar, pero que es acreedora de la que debe cumplir en segundo lugar, la que tiene la posibilidad de negociar, acordar y obtener una garantía, sea personal o real, que de alguna manera neutralice dicho riesgo. Empero, bien puede darse la situación que el crédito relativo a la prestación que debe ejecutarse en segundo lugar sea quirografario, desprovisto de garantías específicas, lo cual puede tener múltiples y muy distintas explicaciones.

Conforme a ello, si el riesgo actualmente representable es uno sobreviniente a la celebración, resulta legítimo que el Derecho autorice cierta actuación en el acreedor que, en su momento, no se lo representó ni podía representárselo, no habiéndose incurrido en negligencia alguna, dado que no se puede neutralizar eficientemente un riesgo desconocido en su naturaleza, magnitud o incidencia con ocasión de contratar. En ese escenario, de generarse ese riesgo sobreviniente que incrementa gravemente el riesgo de incumplimiento, en términos de razo-

nabilidad, la parte que debe cumplir en primer lugar puede invocar, u oponer, este medio de defensa, suspendiendo su cumplimiento hasta que la parte contraria al menos ofrezca garantía que cumplirá en su debida oportunidad, por equidad.

Sin embargo, si dicho riesgo resulta ser uno existente o, al menos, razonablemente representable al momento de la celebración o perfeccionamiento conclusivo del correspondiente contrato, y el respectivo acreedor —que es el deudor que debe, a su vez, cumplir en primer lugar— no adoptó oportunamente alguna previsión para reducir o neutralizar la respectiva contingencia, carecerá de la tutela jurídica que se desprende de la excepción bajo estudio, dado que habría incurrido en negligencia, la misma que no debe ser premiada, sino más bien desincentivada, por lo que no habrá justificación para suspender la ejecución de lo que debe cumplirse en primer lugar, conforme a lo pactado. No habrá posibilidad de invocar un cambio de circunstancias para postular la procedencia de esta excepción.

De acuerdo a lo anterior, no basta destacar que la ejecución prestacional sinalagmática sea sucesiva, sino que, de manera objetiva, verificable en términos de razonabilidad, se debe estar ante un riesgo sobreviniente a la celebración contractual que afecte a la obligación a ejecutarse en segundo lugar. Así, surgido el señalado riesgo, siempre bajo la filosofía, *cumplo, porque cumples —o cumplirás—*, la misma que debería entenderse como *si no cumplirás, no cumplo*, la parte deudora de la prestación que debería ejecutarse en primer lugar quedará legitimada para invocar la correspondiente excepción, en vía de acción o de excepción, conforme se desarrollará, excusándose temporalmente de dicha ejecución, salvo que se le otorgue garantía suficiente.

La concepción tradicional ha sido identificar a la insolvencia como el riesgo sobrevinientemente generado. Resulta pertinente destacar que el

27. MESSINEO, Francesco. Op. cit., pág. 440.

Código Civil de 1936, que regulaba esta excepción en su artículo 1343, legitimaba su ejercicio en la medida que hubiese ocurrido una disminución del patrimonio de la parte que debía cumplir en segundo lugar. El Código Civil italiano de 1942, regula a la excepción bajo comentario bajo la misma orientación en su artículo 1461 — “Cualquiera de los contratantes puede suspender la ejecución de la prestación debida por él si las condiciones particulares del otro han devenido tales que ponen en peligro evidente la realización de la contraprestación, salvo que se haya otorgado una garantía idónea.” —, empero, muy calificada doctrina²⁸ ha entendido que se requiere de una lectura interpretativa extensiva, dado que las llamadas “condiciones particulares” no deben identificarse necesariamente con aspectos financieros o con la insolvencia misma, por más que ésta sea el riesgo sobreviniente más frecuente, no siendo el único. Por ello, el legislador nacional de 1984, al enunciar la excepción la vincula a la generación de cualquier riesgo sobreviniente²⁹ que comprometa, razonablemente, enmarcado en el principio rector de buena fe, la posibilidad de cumplimiento de la prestación que deba ejecutarse en segundo lugar, por estar sujeta a plazo o término bajo ciertas condiciones de confianza que se habrían perdido.

De no ser así, la parte que aceptó ejecutar en primer lugar su compromiso prestacional asumiría un riesgo no representado ni representable con ocasión de contratar, afectándose la confianza que derivó en la formación del negocio y en la asunción de riesgos representables en el marco de la buena fe. En buena cuenta, se estaría imponiendo que la indicada parte asuma un riesgo sobre el cual no recayó su consentimiento; se le estaría “condenando” a pagar una prestación correspondiente pese a la incertidumbre sobre si, en su momento obtendrá la contraprestación sobre la que es acreedor. Por una razón de economía contractual, para evitar el gravoso régimen del *solve et repete*, la ley franquea a dicha parte el mecanismo de auto-

tutela bajo comentario. Téngase presente, en cualquier caso, que los riesgos deben ser asumidos expresamente.

Por último, una precisión. Atendiendo a la filosofía sinalagmática adaptada a las circunstancias temporales, *cumplo, porque cumplirás*, de manera que, *si no cumplirás, no cumplo*, debe tenerse presente que el riesgo sobreviniente puede resultar o representar una situación tanto imputable como no imputable a la parte llamada a cumplir en segundo lugar, porque en la funcionalidad de las prestaciones correspondientes hay un equilibrio de intereses que no debe ser alterado por cualesquiera razones, con mayor razón, —pero no por única razón— por las llamadas causas imputables.

3. Naturaleza jurídica y ejercicio

Representando la excepción de caducidad de plazo o de término un remedio o beneficio legal de autotutela, si bien es de ejercicio discrecional, no es menos cierto que una vez ejercido, conforme a ley, se afecta inevitablemente la esfera jurídica de la parte sujeta al riesgo sobreviniente. De no haber ejercicio regular, la *exceptio* es inocua. En consecuencia, bien puede estimarse que la naturaleza jurídica de esta *exceptio* corresponde a un derecho potestativo, siendo que su ejercicio por la parte invocante —que debería cumplir en primer lugar— coloca en estado de sujeción a su contraparte —la que debería cumplir en segundo lugar—, suspendiéndose la exigibilidad de la correspondiente prestación por generarse un período de gracia, suspensión acotada en el tiempo, conforme se destacará más adelante.

Ahora bien, atendiendo a las circunstancias que justifican la invocación de este remedio, su ejercicio puede ser tanto por acción o proactivo, o por excepción, esto es, reactivo. Allí se aprecia una notable diferencia con la *exceptio non adimpleti contractus*.

28. ROPPO, Vincenzo. Op. cit., págs. 905 y 906.

29. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., tomo II, pág. 356.

En el primer caso, es el deudor que debería cumplir en primer lugar el que toma la iniciativa y, ante el riesgo sobreviniente que afectaría a la ejecución prestacional de su contraparte —con el consiguiente perjuicio para él—, por natural equidad, plantea la excepción para suspender la exigibilidad de la indicada deuda a su cargo, hasta que la contraparte le ofrezca, al menos, una garantía que permita neutralizar el respectivo riesgo. Mediando la señalada suspensión no correspondería que se le constituya en mora, dado que, en los hechos, si la contraparte no ofrece garantía alguna, o no paga —renunciando con ello al beneficio del pago diferido—, estaría tolerando la falta de pago mediante la concesión tácita de un plazo de gracia. Resulta manifiesto que, en el caso enunciado, el ejercicio de la excepción en vía de acción será extrajurisdiccional, aunque nada impide que pueda ser también jurisdiccional, cuyo primer paso sería, por elemental diligencia, solicitar la concesión de una medida cautelar por la que se paralice cuando eventual intento de cobranza por la contraparte, manteniéndose el *status quo*. El problema radica en que este ejercicio de la excepción corresponde, en rigor, a una mera pretensión, a lo que estima o considera la parte excepcionante.

En el segundo caso, el acreedor de la prestación que debe ser ejecutada de manera diferida al estar sujeta a plazo o término, que muy probablemente no se haya representado o dimensionado el riesgo sobreviniente que lo estaría afectando, o lo obvie sencillamente por descalificar la pretensión del excepcionante, atendiendo a la oportunidad de ejecución derivada del correspondiente contrato que se desprende de la literalidad de lo declarado, exige el pago a la parte que debe ejecutar su prestación en primer lugar, quien reacciona invocando reactivamente la excepción, negando por consiguiente una efectiva exigibilidad de dicha deuda y la posibilidad de ser colocado en mora. En este segundo escenario, la excepción puede invocarse extrajurisdiccionalmente; empero, hay

buenas razones para postular la conveniencia de su invocación jurisdiccional. De un lado, porque ya existe un requerimiento de cobranza —el cual colocaría aparentemente en mora a quien se plantea la posibilidad de invocar la excepción, salvo que se estuviese ante algún supuesto de mora automática—, de manera que nada garantiza que el acreedor excepcionado vaya a respetar la suspensión derivada de la señalada invocación, quien desconociendo su estado de sujeción podría proseguir ejerciendo los derechos que la ley le franquea como acreedor. Y de otro lado, porque si el requerimiento de pago se realizó jurisdiccionalmente, lo que corresponde sería contradecirlo también en sede jurisdiccional invocando la excepción de caducidad de plazo o de término, siendo que será altamente probable que se solicite la concesión de una medida cautelar no innovativa que paralice, suspenda, las acciones de cobranza, conforme a la regulación procesal correspondiente.

Pero, sea interpuesta en vía de acción o de excepción, la parte excepcionante soporta, tratándose de este medio de defensa, la correspondiente carga probatoria. Recuérdese que, tratándose de la *exceptio non adimpleti contractus*, la parte excepcionante debe acreditar que mantiene una relación contractual de ejecución paritaria y que soporta un requerimiento indebido de cumplimiento por parte de quien, debiendo ejecutar su propio débito en forma simultánea, no lo hace, de manera que traslada la carga probatoria de la excepción misma al excepcionado, por tratarse de la alegación de un hecho negativo. En el presente caso, no se invoca un hecho negativo sino positivo, la irrupción de una circunstancia sobreviniente, de un riesgo o peligro que, a juicio del excepcionante, desequilibra el programa de ejecución prestacional sucesiva del contrato. Conforme a ello, corresponde que el excepcionante pruebe³⁰ la circunstancia, el riesgo o el peligro que justifica la *exceptio*, la misma que no era conocida o conocible al momento de contratar.

30. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., pág. 363.

Bien puede afirmarse que, en atención a sus requisitos configurativos, resulta más compleja la invocación de esta excepción que tratándose de la *exceptio non adimpleti contractus*, de manera que el acceso a la autotutela es más riguroso, lo cual se explique probablemente por la circunstancia que en el contrato correspondiente se asumieron riesgos, se convino un orden de ejecución, por lo que deben mediar muy buenas razones para admitir que se generó una alteración de dichos riesgos y para dejar de lado dicho régimen.

Según fue señalado precedentemente, al hacer referencia a los antecedentes legislativos inmediatos del artículo 1427 del Código Civil, el riesgo que sustenta a esta excepción no puede quedar limitado a un tema de insolvencia o menoscabo patrimonial que pudiese soportar la parte llamada a cumplir en segundo lugar, dado que la prestación comprometida no es necesariamente de dar, o de dar pecuniario, sino que debe considerarse de manera amplia la variedad de situaciones que se pudiesen generar, de tal forma que el riesgo en cuestión corresponde a cualquier circunstancia que ponga en entredicho que la parte que goza del beneficio de la ejecución diferida cumplirá efectivamente, llámense riesgos organizativos, riesgos políticos o de cualquier otra naturaleza. Esa fue la voluntad del legislador nacional al cambiar los alcances de la regla respecto al tenor del Código Civil de 1936, acogiendo las críticas doctrinarias pertinentes. Empero, debe advertirse que, bajo cualquiera de tales riesgos, el respectivo deudor no pierde el derecho al pago diferido, al no incurrir en alguna de las situaciones reguladas supletoriamente en el artículo 181 del Código Civil sobre pérdida del plazo que se presume en beneficio del respectivo deudor, interesando en particular la primera causal, que es la insolvencia sobreviniente. Una cosa es un riesgo de insolvencia, entendido como una probabilidad razonable de insolvencia, y otra cosa, muy distinta, es que el respectivo deudor sea insolvente, como hecho cierto. Ante lo primero, el acreedor que podría verse afectado, puede, si así lo estima, invocar como defensa la excepción de caducidad de plazo o de término; frente a lo segundo, lo que corresponde, sería

exigir el pago inmediato, al haberse perdido el beneficio de ejecución diferida, con todas las implicancias legales que se desprendan de ello.

Ese riesgo sobreviniente señalado anteriormente debe ser uno que no era conocido o conocible por el excepcionante. Resulta manifiesto que, en este caso, se está ante circunstancias o hechos negativos —no conocer—, con la consiguiente inversión de la carga probatoria; en consecuencia, para fines de contradecir la invocación de la *exceptio*, corresponderá que la parte excepcionada pruebe que no se ha generado —luego de celebrado el contrato— riesgo relevante alguno porque la situación en la que se encuentra es la misma existente al contratar o, que habiéndose generado, corresponde a una situación que era representable al momento de contratar y, en tal virtud, tolerada, aceptada por quien estaría actualmente invocado irregularmente este medio de defensa.

Pero, no es suficiente probar que se ha generado un riesgo de manera sobreviniente a la celebración del contrato, sino que debe también probarse que se trata de un riesgo razonable, con consecuencias graves de llegar a materializarse o de no superarse. El contenido del riesgo deberá ser calificado de la manera más objetiva posible, evitándose juicios de valor que sean netamente subjetivos. Debe mediar la duda razonable que, atendiendo a las nuevas circunstancias, se incrementa la posibilidad de un incumplimiento no representado con ocasión de contratar, afectando con ello el interés del respectivo acreedor, lo cual justifica que éste suspenda la ejecución prestacional a su cargo, que debería darse en primer lugar, salvo que, al menos, se le ofrezca una garantía satisfactoria.

Como bien se ha afirmado en alguna oportunidad, siempre hay y habrá dudas y dudas; esta *exceptio* demanda de una duda sustentada, fundamentada, razonable; si bien el futuro es incierto por naturaleza, hay situaciones que permiten estimar que es muy probable que se pueda presentar determinada consecuencia. Por ello, como se trata de un tema de apreciaciones, en primera instancia, y de ulterior sustentación objetiva —por las circunstancias

en sí mismas—, el ámbito natural para que se califique si se ha generado realmente el riesgo invocado es sometiéndose al juicio de un tercero, y no al de las propias partes condicionadas o influenciadas por sus intereses inmediatos, de allí que el escenario natural de calificación sea en sede jurisdiccional.

Y es que, conforme ya ha sido señalado, si se plantea —por más que esté plenamente justificada— extrajurisdiccionalmente la excepción de caducidad de plazo o de término, resultaría muy probable que la parte que debe ejecutar en segundo lugar la prestación a su cargo, no la acepte, ignorándola o rechazándola, iniciando o prosiguiendo con los actos propios de exigencia de la prestación a cargo del excepcionante, la misma que debería cumplirse en primer lugar según lo declarado en su oportunidad. Es más, podría darse la situación que, con la honestidad intelectual del caso, de buena fe, se estime que no se ha generado cambio alguno de circunstancias que justifique la *exceptio* que ha sido invocada. Es claro que, en dicho caso, de no aceptarse el medio de defensa, tendría que invocarse la excepción en sede jurisdiccional, siendo que corresponderá al juez o al árbitro, según sea el caso, calificar si el riesgo sobreviniente invocado es tal o no, es relevante o razonable, o no.

Según ya ha sido expresado, si se concluyese que el riesgo invocado no es uno sobreviniente a la asunción obligacional, o no fuese relevante o razonable, la excepción que hubiese sido invocada se desplomaría, de manera que nada impide que el acreedor de la prestación que debe cumplirse en primer lugar —que es también deudor de la prestación que está en segundo lugar— inicie o prosiga con las acciones que correspondan para hacer efectivos sus derechos, estándose al orden de ejecución prestacional declarado con ocasión de contratar.

De ser legítima la excepción opuesta, enmarcada en la buena fe probada, la ley permite que la parte excepcionada pueda neutralizarla ofreciendo una garantía que respalde su cumplimiento que estaría en entredicho. No se trata evidentemente de ofrecer una garantía y punto,

sino que más allá que sea personal o real, dicha garantía sea razonablemente aceptable y, en consecuencia, que el riesgo de afectación patrimonial por falta de cumplimiento de la parte que está en segundo lugar quede, de hecho, sin efecto. Así, deberá considerarse que frente a una garantía personal es mejor, en general, contar con una garantía real; y dentro de las garantías reales, es mejor, también en general, una de naturaleza inmobiliaria que una mobiliaria, una de carácter registral que una posesoria. Empero, por ejemplo, si la parte excepcionada ofrece a la excepcionante una hipoteca sobre un inmueble ya hipotecado por sumas considerables respecto al valor del bien, o respecto de un inmueble con dificultades para su ulterior realización, resulta manifiesto que ello permite sustentar un rechazo del ofrecimiento y mantener el *status quo* derivado de la excepción interpuesta. Sin embargo, si la parte excepcionada ofrece a la excepcionante una carta fianza, que si bien es una garantía personal es emitida nada menos que por una institución financiera con el carácter de garantía autónoma que asegura su celeridad cobranza, que es prácticamente como si fuese una garantía dineraria, en el improbable caso que el excepcionante rechace dicha garantía no se apreciaría, al menos *prima facie*, una razón sólida o sustentable para ello, de manera que de concluirse que dicho rechazo es abusivo, carente de buena fe, injustificado, la consecuencia jurídica debería ser que la excepción quede sin valor ni efecto, al no estarse ejerciendo regularmente. Si bien una garantía demanda de aceptación por el acreedor para afectar su esfera jurídica, una negativa de aceptación caprichosa o arbitraria no debe ser tolerada. No se trata de asumir, que ante el rechazo injustificado se tenga por constituida la garantía, sino que la excepción pierde efectos.

Por último, al igual que en el caso de la *exceptio non adimpleti contractus*, siendo la *exceptio* bajo comentario un mecanismo de protección o autotutela, pese a que pudiese cumplirse con sus requisitos configurativos, nada impide que no se ejerza o, de manera específica, que se acuerde una renuncia a ejercerlo, lo cual será un pacto válido y exigible en el contexto de la contratación paritaria, pero cuestionable en el

contexto de la denominada contratación masiva si fuese impuesto por la parte predisponente en su beneficio, conforme a lo regulado en el artículo 1398 del Código Civil, y en el artículo 50, inciso e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley N°. 29571, bajo el régimen de las denominadas cláusulas abusivas.

4. Vigencia

Invocada u opuesta regularmente la excepción, la misma conlleva que la prestación a cargo del excepcionante sea inexigible por el excepcionado, de manera que no se le puede imputar incumplimiento, mora, atendiendo a dicha suspensión. Frente a ello, la inquietud natural es ¿hasta cuándo? En esta materia se aprecia otra notable diferencia con la *exceptio non adimpleti contractus*. Esta última, genera una mutua suspensión de exigibilidad *ad infinitum*, siendo que las partes se conceden un plazo de gracia sin límite temporal. Situación muy distinta ocurrir con la excepción bajo comentario.

Dado que en el presente caso hay un programa contractual de ejecución sucesiva de prestaciones, la excepción bajo comentario sólo se extenderá hasta el momento u oportunidad en que sea exigible la prestación que debía ejecutarse en segundo lugar. En ese instante, se aprecia ya en los hechos una simultaneidad prestacional, de manera que la suspensión de exigibilidad que ya no se limita a la prestación que debía ejecutarse en primer lugar, que ahora es mutua, por igual para ambas partes contratantes, se extenderá bajo el régimen de la *exceptio non adimpleti contractus, sine die*. Bien puede afirmarse que se produce una conversión de la excepción, porque cesa como una de caducidad de plazo o de término, adquiriendo de pleno derecho la naturaleza de contrato no cumplido.

La importancia práctica de lo anterior se aprecia, por ejemplo, en la situación siguiente: Si A debe cumplir en primer lugar, en enero, y B debe hacerlo en segundo lugar, en julio, nada impide que conforme a lo pactado B exija a A, en su oportunidad, que cumpla con la presta-

ción a su cargo, con las consecuencias legales que de ello se deriven —mora y resolución—. Empero, A tiene la posibilidad de invocar la *exceptio* bajo comentario si es que de manera posterior a la celebración del contrato se hubiese generado un riesgo sobreviniente que pudiese poner en entredicho la ejecución contractual a cargo de B, suspendiendo la exigibilidad de su prestación, bajo su responsabilidad —esto es, que se trate de un legítimo ejercicio del mecanismo de autotutela—. A pesar de ello, negando expresa o tácitamente al riesgo sobreviniente, B puede colocar en mora a A, e inclusive ejercer el derecho potestativo o la pretensión resolutoria que correspondiese, generándose el respectivo contencioso. Pero queda claro que, de no haber realizado contradicción alguna a la excepción, o de no haber colocado en mora o resuelto de manera oportuna, B ya no podrá hacerlo a partir de julio. Para ello tendría que haber cumplido con la prestación a su cargo, dado que a partir de julio se está, de hecho, ante una simultaneidad prestacional. A partir de julio, la excepción de caducidad de plazo o de término se convierte en una de contrato no cumplido.

V. ¿SE REQUIERE REPLANTEAR LEGISLATIVAMENTE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO?

Para fines de responder la cuestión planteada, merecen considerarse previamente algunas ideas. La primera de ellas, es el peligro que genera caer en el textualismo, siendo que los operadores jurídicos deberían ser contextualistas antes que textualistas. El Código Civil no es un libro de Derecho, no es una obra científica, sino una expresión legislativa que demanda de obvia lectura y de interpretación, teniendo en consideración lo que se representó el legislador, pero también asociándolo a las exigencias negociales contemporáneas. Los operadores jurídicos deben recusar de la creencia que todas las respuestas a situaciones concretas deben encontrarse en el texto del Código Civil porque, de no ser así, ante su deficiencia, se cae simplistamente en la tentación de procederse a las reformas o modificaciones que se estimen. El Código Civil es una hoja de ruta, no un mapa con detalles milimétricos.

cos. Ya se ha destacado que el lenguaje legislativo es uno singular, no correspondiendo tomarlo literalmente como uno científico o académico. La segunda de dichas ideas es que la aplicación del Derecho demanda fundamentalmente de sentido común; la ley debe ser interpretada no para concluir en un absurdo, sino para que al aplicarla se pueda brindar una solución razonable a un problema concreto de la realidad. Ese sentido común exige implícitamente de imaginación, de creatividad, de la capacidad de trascender de la literalidad de la ley, teniendo en consideración su *ratio legis*. Parafraseando cierto pensamiento que figura en la primera edición del libro sobre responsabilidad civil extracontractual del profesor Fernando de Trazegnies, en la vida todo se puede excusar, menos la falta de imaginación, la pereza intelectual. Y la tercera idea a estimar es que el Derecho no es una ciencia dogmática, no hay necesariamente respuestas en blanco y negro, por lo que siempre caben interpretaciones, siendo que la escala de grises evidencia la preparación y creatividad de los operadores jurídicos, con la salvedad que tales interpretaciones no pueden ir más allá de ciertos parámetros o ideas comúnmente aceptadas. Retomando lo expresado por DE TRAZEGNIES³¹ en su prólogo a la primera edición del libro Para leer el Código Civil:

“Un Código no es algo estático. No es obra del legislador de la misma forma como un cuadro no es la obra de un pintor, que queda ya ahí, fijado para siempre; la ley conlleva un dinamismo interno y evoluciona en su aplicación. (...) En ese sentido, la ley es insoslayable pero, por otra parte, no establece todo sino que determina solamente los límites que no se pueden traspasar y las grandes orientaciones que es preciso seguir: todo lo demás está por hacerse. Por ese motivo, la ley se transforma continuamente en su aplicación, se desarrolla en la jurisprudencia y en la doctrina. (...). El Código Civil es, entonces, un material maleable, plástico, que ha sido puesto a dispo-

sición de jueces, abogados y del público en general. Con ese material, cada uno intenta hacer su propia escultura, con las limitaciones impuestas por el material mismo. No se puede dejar la ley de lado, pero a través de las interpretaciones y concordancias que con ella se hagan, es posible construir -dentro de los límites de la propia ley- soluciones jurídicas diferentes que varían en función de las convicciones y necesidades de quienes la usan. El Código es un objeto de uso, es un instrumento conceptual de carácter normativo que nos ha sido entregado para que construyamos una vida social que nos permita realizarnos mejor. Aprendamos; pues, a manejar creativamente tal instrumento.”

Atendiendo al tema de este trabajo, se ha sostenido en nuestro medio que la regulación contenida en los artículos 1426 y 1427 del Código Civil relativa a los contratos sinalagmáticos es insuficiente porque, de un lado, regula lo relativo a la falta de cumplimiento de una de las prestaciones de ejecución simultánea, y de otro lado, regula la posibilidad de falta de cumplimiento de la prestación que debe ejecutarse en segundo lugar en un negocio de ejecución sucesiva; empero, no habría sido prevista la situación, en este último escenario de ejecución sucesiva, que el deudor que debe cumplir en primer lugar, no solo no ejecute lo debido, sino que además exija a su contraparte que cumpla con la prestación diferida.

Conforme a ello, atendiendo a lo sancionado en el artículo 1335 del Código Civil, aplicándolo por su solo texto, se ha afirmado que el acreedor de esa prestación que no se habría cumplido en primer lugar, poco o nada podría hacer, que estaría de hecho desprotegido, porque para colocar en mora al respectivo deudor tendría que renunciar al beneficio de la ejecución diferida o sujeta a plazo o término, y pagar la prestación a su cargo, dado que la mora sólo resultaría legítima si proviene del acreedor que sea parte fiel, esto es, que haya cumplido con la prestación a

31. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Prólogo para el libro Para leer el Código Civil, tercera edición corregida, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, págs. 16 y 17.

su cargo. Y como esa exigencia se aprecia como absurda, se propone la derogación del referido artículo 1335 del Código Civil y la modificación del artículo 1426 del mismo, en el sentido que la simultaneidad no sea un tema temporal sino también uno jurídico, con alcances distintos, de “no simultaneidad”. Haciéndose analogía con el régimen de la prenda que regulaba en su momento el Código Civil, garantía mobiliaria que requería necesariamente de la entrega del bien afectado para configurarse como gravamen, ya que el respectivo contrato sólo obligaba a entregar, dicha entrega podía ser tanto física como “jurídica”, la primera era la entrega real que derivaba en publicidad posesoria, mientras que la segunda, llamada “entrega jurídica” era una “no entrega”, entrañaba legalmente una ausencia de entrega, siendo que la publicidad ya no era posesoria sino constitutivamente registral. En ese orden de ideas, para fines de la *exceptio non adimpleti contractus* se propone cosa semejante. Una simultaneidad temporal —cierta, ejecución a la par, “mano a mano” — y otra “jurídica” — que no correspondía en realidad a simultaneidad alguna, dado que estaba prevista para la ejecución sucesiva—.

Por lo tanto, si la parte que no hubiese cumplido en primer lugar requiriese en su momento la ejecución de la prestación a ejecutarse en segundo lugar, el deudor de ésta podría defenderse invocando la excepción de contrato no cumplido, generándose a partir de ello la respectiva concesión de un mutuo plazo de gracia. Y, en cualquier caso, siguiendo esa propuesta que incluía que se derogase el artículo 1335 del Código Civil, nada impediría que, de así estimarlo, la parte que tuviese que cumplir en segundo lugar, sin necesidad de incurrir en el régimen *solve et repete*, pudiese colocar en mora a la parte que debía cumplir en primer lugar, con la posibilidad de resolver, como remedio extremo.

Se trata de una singular e interesante planteamiento sobre el cual cabe preguntarse si corresponde implementarlo o no; cabe también cuestionarse sobre si el Código Civil ya contiene un remedio frente a la señalada patología, en un negocio de ejecución sucesiva, en el cual no se

cumpliese con la obligación exigible en primer lugar, con la preocupación sobre si el respectivo acreedor —quien es a su vez deudor de la prestación a ejecutarse en segundo lugar— se encuentra desprotegido o no. Bien puede considerarse que, en rigor, no existe la deficiencia normativa denunciada, menos que corresponda realizar una derogación legislativa para, finalmente, modificar la tipología de la *exceptio non adimpleti contractus*. Se trata simplemente de aplicar rectamente, de un lado, la noción de parte fiel, y de otro lado, de interpretar adecuadamente el artículo 1335 del Código Civil.

Como bien es sabido, un mismo concepto en Derecho puede ser definido tanto en sentido positivo como en sentido negativo. Así, por ejemplo, la regla formativa sobre la consensualidad contractual, enunciada en términos positivos, significa un régimen de libertad de forma para el consentimiento, en el que las partes pueden expresarse de la manera como estimen más conveniente a su interés; mientras que, en términos negativos, significa ausencia de exigencia legal de solemnidad —entendida como la que regula las formas *ad solemnitatem* y no las *ad probationem*—. De la misma manera, la noción de “parte fiel” de un contrato puede ser enunciada tanto positiva como negativamente. Lo primero corresponde a la parte que ya cumplió con la obligación a su cargo, sea porque era exigible, sea porque renunció al beneficio al plazo o término y pagó anticipadamente; en consecuencia, en un escenario de ejecución prestacional simultánea, dicha parte puede exigir el cumplimiento de su contraparte, colocándola en mora, situación que permite activar otros remedios negociales; empero, en un escenario de ejecución sucesiva como el que se destaca, en caso no cumpliera la parte que debe hacerlo en primer lugar, la que se encuentra en segundo lugar estaría atada de manos, porque no habiendo pagado aún, no sería parte fiel y, por consiguiente, no podría reaccionar ante la falta de cumplimiento de su contraparte, no pudiéndola colocar en mora, menos podría resolver por incumplimiento. Y lo segundo, lectura negativa de la noción de “parte fiel”, corresponde a la parte que no ha incurrido en falta de cumplimiento, menos en

incumplimiento, porque su débito no es aún exigible, al estar diferido por causa de plazo, término, condición, etc. en tal virtud, en el escenario de ejecución sucesiva antes señalado, la parte que debe cumplir en segundo lugar, y que goza actualmente del beneficio del plazo o del término, sí sería parte fiel y, consecuentemente, podría ejercer las actuaciones que correspondiesen frente a quien sí es ciertamente parte infiel, en particular, mora y resolución por incumplimiento.

Conforme a ello, tratándose de un contrato sinalagmático de ejecución sucesiva, queda claro que tornándose en exigible la obligación que debe ser ejecutada en primer lugar en el tiempo, su acreedor es parte fiel en sentido negativo, porque a dicha fecha no mantiene adeudo exigible alguno, de manera que puede colocar en mora a la parte que debería haber cumplido en primer lugar e, inclusive podría resolver el contrato. No puede afirmarse, en ese orden de ideas, que sea una parte desprotegida o descuidada por el Derecho. Téngase presente que, conforme ya ha sido señalado en el presente trabajo, en el escenario que la parte que debe cumplir en primer lugar, estimando que un riesgo sobreviniente pone en entredicho que en su momento cumpla la parte que está en segundo lugar, puede invocar la excepción de caducidad de plazo o de término; sin embargo, la parte que está en segundo lugar podría ignorar o rechazar dicha excepción por estimar que carece de legitimidad, iniciando o prosiguiendo las acciones legales correspondientes, situación que justificaría que el instrumento de autotutela no sólo deba ser invocado jurisdiccionalmente, sino que inclusive en dicha sede se solicite

una medida cautelar no innovativa, porque de lo contrario la parte que está en segundo lugar, que no está en falta, que no es parte infiel, podría hacer uso de todos los medios que la ley le franquea para tutelar su crédito.

Asimismo, conviene tener presente que, en el extremo escenario de una resolución contractual por incumplimiento se admite que pueden generarse hasta tres efectos jurídicos distintos: resarcitorio, liberatorio y reparatorio³². Dado que la procedencia de la resolución por incumplimiento requiere de legitimidad, uno de cuyos aspectos es la condición de parte fiel por quien la invoca, el efecto liberatorio es precisamente que dicha parte, ante la afectación a su interés, al resolver se representa que queda liberado de pagar el débito a su cargo, porque si éste se mantuviese pendiente, resultaría absurdo y más que oneroso que, no obstante de haber resuelto, igual tuviese que ejecutar lo que corresponda para luego recuperarlo en vía *solve et repete*, ya que los efectos resarcitorio y de devolución son, por definición, contingentes. En síntesis, si bien el Derecho otorga una serie de beneficios a la parte fiel del contrato, ello no quiere decir que sea la parte que ya cumplió con su débito, ello dependerá de la dinámica prestacional en el tiempo en cada contrato.

Se aprecia, en atención a lo expuesto, la relevancia de la lectura negativa de la noción de parte fiel, entendida como la parte que no está en falta, porque su débito no le resulta exigible atendiendo a las circunstancias del caso concreto, siendo impertinente el artículo 1335 del Código Civil³³, cuyo supuesto de hecho es distinto. De obviarse dicha lectura se estaría postulado,

32. FORNO, Hugo. Resolución por incumplimiento, en: Temas de Derecho Contractual, primera edición, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1987, págs. 85 a 98. ROPPO, Vincenzo. Op. cit., págs. 866 a 870.

33. Debe destacarse que el artículo 1335 del Código Civil de 1984 tiene entre sus antecedentes al artículo 1100 del Código Civil español, siendo prácticamente una reproducción. Al respecto, resulta pertinente remitirnos a las palabras autorizadas de Díez-PICAZO, Luis (Op. cit., pág. 644), quien expresa lo siguiente tratándose de la mora en obligaciones recíprocas no simultáneas: *“La cuestión adquiere aquí una complejidad mayor. En rigor, el párrafo final del art. 1.100 no es aplicable de una manera a este supuesto y el problema tiene que ser resuelto partiendo de los principios generales del sistema y, en especial, de los que gobiernan las obligaciones sinalagmáticas. Para comprender mejor el problema, es posible distinguir dos hipótesis, según que la incidencia de la mora se plantee frente al incumplimiento de la obligación primeramente vencida o frente al incumplimiento de la obligación recíproca de vencimiento posterior.*

(Continúa en la siguiente página)

equivocadamente, que aquella parte que está en segundo lugar en la secuencia de ejecución prestacional, debería cumplir, renunciar al plazo o término que lo beneficia para recién así poder colocar en mora a su contraparte, con lo cual justo pagaría por pecador. En cualquier caso, resulta conveniente precisar que aquel que debe cumplir en segundo lugar será parte fiel hasta que sea exigible la prestación a su cargo, porque vencido dicho plazo o término, ya se encuentra en falta, estándose en el escenario regulado en el artículo 1426 del Código Civil.

Y tratándose del artículo 1335 del Código Civil, bien puede recurrirse a diferentes métodos interpretativos para esclarecer sus alcances, dado que, no puede negarse, su redacción es poco feliz desde el enfoque textualista.

Dicho artículo establece que, tratándose de obligaciones de prestaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora, siendo que no puede ser colocado en mora si es que el otro obligado no hubiese cumplido su obligación, u ofreciese garantía de ello. Si se tiene presente que, en materia de contratación sinalagmática, por el tema de la aversión al riesgo que ya se ha referido precedentemente, la respectiva concertación es una de riesgo cero, de ejecución a la par o simultánea, la misma que se presume, resulta manifiesto que la regla bajo comentario posee plena racionalidad y sentido en ese escenario. En buena cuenta, la noción de parte fiel es una de lectura positiva; si se pretende colocar en mora, en falta, a la contraparte, ya se debe haber cumplido u ofrecido garantía; de lo contrario, de ser exigibles ambas obligaciones, ninguna de las partes puede colocar en falta a su contraparte, generándose demora, plazo de gracia, más no mora.

Empero, como explica DÍEZ-PICAZO en la referencia anteriormente reproducida, en un escenario sinalagmático de ejecución sucesiva, la señalada disposición debe releerse de acuerdo a las circunstancias. Conforme a ello, si quien no cumplió es la parte que debía hacerlo en primer lugar, nada impide que la contraparte, que es parte fiel en sentido negativo porque no se encuentra en falta, puede colocar en mora a quien ya actúa inobservando lo pactado, violentando la obligatoriedad contractual. Y si quien no cumplió es la parte que debía hacerlo en segundo lugar, su contraparte, en la medida que sea parte fiel en sentido positivo en ese momento, porque ya cumplió con aquello que le era exigible, puede evidentemente colocar en mora.

Atendiendo a lo expuesto, se propone considerar tres situaciones de ejecución prestacional.

Primera. Contrato sinalagmático de ejecución simultánea entre A y B. Si A no ha cumple, no puede exigir que B lo haga, se expone a que se le oponga una excepción de contrato no cumplido; no es posible colocar en mora a B ni a A, salvo que cualquiera de las partes se someta al régimen *solve et repete*. Ninguna de las partes califica como parte fiel, es aplicable el artículo 1335 del Código Civil, se genera la concesión recíproca de un plazo de gracia.

Segunda. Contrato sinalagmático de ejecución sucesiva entre A, quien debe cumplir en primer lugar, y B, que debe hacerlo en segundo lugar. Si A no cumple, se expone a que B, como parte fiel en sentido negativo, pueda exigirle el cumplimiento, colocándolo en mora y abriendo la posibilidad de una resolución por incumplimiento. No es aplicable el artículo 1335 del

La primera de las hipótesis planteada se centra en el incumplimiento del primer obligado. (...). Cuando el primer obligado no ha cumplido en el momento temporal señalado para ello, el otro contratante, sin necesidad de cumplir su propia obligación si la prestación a su cargo no ha vencido todavía, puede constituir en mora al primer obligado. En este caso, la constitución en mora requiere la denuncia o la interpelación. (...)". Lo destacado es nuestro. En la misma orientación de razonamiento se encuentra, en nuestro medio, DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel (Op. cit., pág. 385), quien sostiene que aquél que debe cumplir una deuda exigible en forma diferida, en segundo lugar, puede colocar en mora y resolver el contrato en caso que el deudor que tiene deuda exigible en primer lugar, no cumpla con la propia. Y es que aquél que tiene deuda exigible a futuro, no se encuentra actualmente en situación de incumplimiento, no es parte infiel.

Código Civil. En la misma situación contractual, si A no cumple, carece de legitimidad para exigir a B que cumpla, ni de manera actual porque goza del beneficio de ejecución diferida, ni en su momento, porque de hacerlo se expone a que se le oponga una excepción de contrato no cumplido, dado que en ese momento existe simultaneidad prestacional.

Tercera. Contrato sinalagmático de ejecución sucesiva entre A, quien debe cumplir en primer lugar, y B, que debe hacerlo en segundo lugar. Si existe razonablemente la posibilidad que B no cumpla en su oportunidad, por estar sujeto a un riesgo relevante y sobreviniente a la conclusión contractual, A puede invocar, tanto proactiva como reactivamente, una excepción de caducidad de plazo o de término, suspendiendo la ejecución prestacional a su cargo, hasta que al menos A le garantice que cumplirá en su oportunidad. No aplica el artículo 1335 del Código Civil. La excepción de caducidad de plazo o de término se convierte automáticamente en una de contrato no cumplido cuando la prestación de B, que ya debería ser ejecutada no lo es, al existir en ese momento, de hecho, simultaneidad prestacional.

Conforme se aprecia, no resulta sustentable

sostener que el Código Civil presenta un vacío en la regulación de las excepciones, dejando sin medios de autotutela, en un negocio de prestaciones correspectivas sucesivas, a la parte que debe cumplir en segundo lugar cuando su contraparte no lo ha hecho, considerándose que ese vacío debería subsanarse, de un lado, vía adecuación normativa, modificando, ampliando, el supuesto de aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, y de otro lado, derogando cierto texto normativo. Como explica DE LA PUENTE, "... si se reclama la prestación que debe cumplirse en segundo lugar antes del vencimiento de ésta, el deudor no necesita oponer la excepción de incumplimiento, sino simplemente invocar que aún no está obligado a cumplir"; en consecuencia, no se necesita de reforma legislativa, menos estimar irrealmente que lo sucesivo es simultáneo jurídicamente, no cronológica o temporalmente. Y tratándose de los alcances del artículo 1335 del Código Civil, el mismo sólo tiene sentido de mediar simultaneidad prestacional, como explica DIEZ-PICAZO³⁴ y destaca DE LA PUENTE³⁵, por lo que no corresponde aplicarlo de manera indiscriminada, sino con la lógica que se deriva de las circunstancias.

Lima, 16 de mayo de 2024

34. DIEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., págs. 643 y 644.

35. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., págs. 342 y 343.



El proceso monitorio y la necesidad de su incorporación en el ordenamiento procesal peruano

The order for payment process and the need for its incorporation into the Peruvian procedural system



AMÉRICO HIDALGO GÓMEZ

Abogado por la Universidad de Lima

CARLOS VARGAS PACHECO

Abogado por la Universidad de Lima



SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Hacia un concepto del proceso monitorio.**
- III. Monitorio puro y monitorio documental.**
- IV. El proceso monitorio en el derecho comparado — Italia, Francia, España, Alemania, Austria, Colombia y Costa Rica.**
- V. Análisis económico del proceso monitorio.**
- VI. El proceso monitorio en el ordenamiento jurídico peruano.**
- VII. Conclusiones.**

RESUMEN:

El proceso de cognición o declarativo es actualmente el único mecanismo que permite a un acreedor reclamar el reconocimiento de su derecho, pero presenta importantes desventajas, como su prolongación entre 5 y 10 años y los elevados costos asociados, incluso para deudas pequeñas. Para resolver esta problemática, se ha implementado el proceso monitorio en diversas jurisdicciones, el cual ofrece un procedimiento más ágil en el que un juez puede reconocer rápidamente el derecho del acreedor y emitir un mandato ejecutable. Este proceso puede ser puro, sin necesidad de prueba documental, o documental, que requiere alguna evidencia que respalde la obligación reclamada. En caso de oposición por parte del deudor, esta debe estar fundamentada, lo que puede derivar en un proceso declarativo para aclarar la existencia del crédito. La Comisión de Reforma del Código Procesal Civil propone dos modalidades del proceso monitorio: una para el cobro de sumas de dinero y otra para la restitución de bienes. Sin embargo, los procedimientos de recuperación de posesión son considerados poco compatibles con la celeridad que busca el monitorio. Para que un crédito sea reclamable, debe ser líquido, vencido y exigible, sin establecer un límite máximo en la suma. Se sugiere que la carga de la prueba recaiga sobre ambas partes en el proceso monitorio documental, evitando la necesidad de iniciar un proceso declarativo. Si no hay oposición o esta es extemporánea, el juez puede concluir el proceso y emitir una resolución con valor de título ejecutivo. Esta iniciativa tiene como objetivo desincentivar la morosidad, acelerar los procesos de cobranza y fomentar un entorno jurídico predecible que estimule la inversión.

Palabras clave: Proceso Monitorio, Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, Derecho de Crédito, Mandato con Mérito Ejecutivo.

ABSTRACT:

The cognition or declaratory process is currently the only mechanism that allows a creditor to claim recognition of its right, but it has significant disadvantages, such as its lengthy duration of 5 to 10 years and the high costs associated with it, even for small debts. To solve this problem, the order for payment process has been implemented in several jurisdictions, which offers a more agile procedure in which a judge can quickly recognize the creditor's right and issue an enforceable order. This process can be pure, without the need for documentary evidence, or documentary, which requires some evidence to support the claimed obligation. In case of opposition by the debtor, this must be substantiated, which may result in a declaratory proceeding to clarify the existence of the claim. The Commission for the Reform of the Code of Civil Procedure proposes two types of order for payment proceedings: one for the collection of sums of money and the other for the restitution of property. However, the procedures for recovery of possession are not considered to be compatible with the speed sought by the order for payment. For a claim to be claimable, it must be liquid, due and payable, without establishing a maximum limit on the amount. It is suggested that the burden of proof should fall on both parties in the documentary payment order process, avoiding the need to initiate a declaratory process. If there is no opposition or it is extemporaneous, the judge may conclude the process and issue a resolution with the value of an enforceable title. The purpose of this initiative is to discourage delinquency, accelerate collection processes and promote a predictable legal environment that stimulates investment.

Keywords: Payment Process, Draft Reform of the Code of Civil Procedure, Credit Law, Writ of Mandate with Executive Merit.

"Justicia que demora, ya no es considerada justicia"

"El proceso debe dar, por cuanto es posible a quien tiene un derecho, prácticamente todo aquello y precisamente aquello a lo que él tiene derecho de conseguir."

Giuseppe Chiovenda

Debido al actual anteproyecto de reforma del Código Procesal Civil — en adelante CPC —, presentado por la Comisión de reforma del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos — MINJUSDH, el presente artículo tiene como objetivo principal el análisis y estudio crítico sobre

la necesidad de implementación del proceso monitorio en el ordenamiento jurídico peruano, específicamente en el citado CPC adjetivo.

A través del presente trabajo, trataremos de dar una breve definición de este proceso, la diferenciación de su funcionalidad en el derecho comparado, así como un breve análisis económico, comparando a su vez entre el concepto de monitorio puro y documental, y finalmente las similitudes y diferencias entre modelos de monitorios en cuestión de derecho comparado. Para ello, hemos analizado el Proyecto de Reforma del CPC respecto a los artículos 859 y sucesivos con la finalidad de plantear algunas

recomendaciones y mejores alternativas de incorporación en el ordenamiento jurídico.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad la única vía procesal en la que un acreedor exige el reconocimiento de su derecho subjetivo para que éste se materialice, es mediante el proceso de cognición o declarativo. Sin embargo, un proceso a través de esta vía procesal genera una inversión no menor de 5 a 10 años de proceso, sin contar los gastos de defensa y tasas judiciales. Tanto es así, que, para el reconocimiento de una deuda de poco valor —contenida en una factura, por ejemplo—, el acreedor necesariamente debe interponer su demanda a través de este proceso, tal controversia generaría un mayor costo —de tiempo y dinero— que la cantidad a exigir en el petitorio.

En respuesta a esta problemática, existe en la legislación procesal extranjera el proceso monitorio, en el cual, mediante un procedimiento rápido y corto, el juzgador reconoce el derecho subjetivo del demandante y genera un mandato judicial, favorable al acreedor, que posteriormente se podrá ejecutar a fin de exigir la prestación incumplida. En ese sentido, explicaremos brevemente la materia a cuestión:

II. HACIA UN CONCEPTO DEL PROCESO MONITORIO

Podemos definir al proceso judicial monitorio como aquel proceso eficaz y rápido que reconoce un derecho de crédito, no contenido en un título ejecutivo, con la finalidad de emitir una sentencia o mandato con mérito ejecutivo.¹

La jurista española Quílez Moreno lo considera como un “*instrumento*” o cauce procesal que permite conminar al deudor al pago de la deuda que tiene contraída frente a su acreedor. Asimismo, afirma que su finalidad es obtener con facilidad el cobro de un derecho de crédito, evitando pérdidas de tiempo y luchando de manera más firme contra la morosidad.²

Así también, el autor Correa Delcasso menciona el carácter diferenciador entre el proceso monitorio y el proceso de cognición ordinario, alegando que en el primero el título ejecutivo se obtiene desplazando la iniciativa del contradictorio del acto al demandado, mientras que, en el segundo, el título ejecutivo no nace sino después de que el actor haya instaurado reglamentariamente el contradictorio.³

En la actualidad, es necesario implementar en nuestro ordenamiento procesal un mecanismo de solución de conflictos especializado en el reconocimiento de sumas onerosas no contenidos en títulos ejecutivos, para proteger el bien jurídico patrimonial del acreedor frente al incumplimiento, a la mayor rapidez posible y eficacia para el cobro de la deuda.

Es importante precisar, aquello que los autores denominan “*inversión del contradictorio*”, lo cual significa relativizar el principio del contradictorio⁴, que posterga el derecho de contradictorio del demandado en cuestionamiento de lo afirmado por el demandante, con la finalidad de emitir el título ejecutivo judicial en la celeridad posible.

Incluso autores como López Sánchez mencionaron que el contradictorio extingue la naturaleza jurídica del monitorio al retrasar el pro-

1. Los usos y costumbres comerciales generan créditos no necesariamente contenidos en títulos ejecutivos, como podría darse en facturas y en guías de entrega.
2. Quílez Moreno, J. M. (2011). El proceso monitorio: estudio *doctrinal*, jurisprudencia y futura realidad de la e-Justicia. Madrid: La Ley.
3. Correa Delcasso, J. P. (1998). El Proceso Monitorio. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
4. Es importante señalar que los principios no son dogmas de cumplimiento absoluto en todos los procedimientos, para relativizarlos es menester hacer una ponderación con la naturaleza y finalidad del proceso específico. Por ejemplo, en la tutela de urgencia se prioriza el peligro en la demora ante la oportunidad del contradictorio para la concesión de medidas cautelares.

ceso y lo transforma en uno de cognición.⁵ Sin embargo, esta teoría no es del todo estática, ya que muchas legislaciones han logrado una conciliación entre el monitorio y contradictorio, a tal punto que este último forme parte del proceso.

Por otro lado, otro tema a discutir es sobre la cuantía solicitada, de ser limitada significaría un monto máximo para demandar, y, por el contrario, al ser ilimitada se aceptaría toda suma dineraria por más exorbitante que sea, lo cual podría causar actos dilatorios contrarios al fin práctico de este proceso.

III. MONITORIO PURO Y MONITORIO DOCUMENTAL

La doctrina reconoce al proceso monitorio puro como el tipo de procedimiento que no requiere una prueba documental que acredite la existencia de una obligación onerosa. Este tipo de procedimiento se sustenta en la buena fe del acreedor, ya que, bajo juramento, su palabra transmite la confianza de los hechos y pretensión.

Los autores Hernández y Fernández mencionan que una vez emitida la sentencia que contiene la orden, se le otorga al demandado un plazo para que formule su oposición. Esa orden, como ocurre en algunos sistemas como el austríaco, pierde eficacia por la simple oposición oportuna del deudor, la cual no necesita ser motivada, supuesto en que el asunto sólo podrá sustanciarse a través del proceso declarativo respectivo, y el monitorio ha pasado a ser una forma especial de iniciación del proceso. En este sentido, dicen los autores que *"en el proceso monitorio puro, entonces, no hay pruebas, ni del actor para formular su demanda, ni del demandado para sostener su oposición"*.⁶

El monitorio puro es adoptado por las legislaciones de países como Alemania, Austria, Holanda, Portugal, entre otros.

Por el contrario, en el monitorio documental, como su nombre lo indica, se le exige al acreedor acompañar a su demanda un documento o un principio de prueba documental que permita inferir más certeramente la existencia de la obligación exigida. En caso de darse la oposición del deudor, esta debe declararse fundada en los hechos y el derecho, situación que conlleva al inicio de un proceso de cognición para determinar si la oposición del deudor fundamenta la inexistencia del crédito, o si, por el contrario, éste debe ser reconocido y ejecutado.

Respecto a ello, el profesor Jordi Delgado Castro señala que:

"(...) algunos jueces pretendían cuestionar la conciencia de los documentos aportados, antes de otorgar la tutela solicitada. Esta circunstancia determinó que, desde el principio, se estableciera que los jueces no debían cuestionar la entidad de la documental aportada, sino otorgar la tutela solicitada y 'esperar' a que los demandados ejercieran sus derechos".⁷

El monitorio documental es adoptado por las legislaciones de países como Italia, España, Colombia, entre otros.

IV. EL PROCESO MONITORIO EN EL DERECHO COMPARADO — ITALIA, FRANCIA, ESPAÑA, ALEMANIA, AUSTRIA, COLOMBIA Y COSTA RICA

La estructuración del proceso monitorio se dio gracias a la constante evolución de los primeros procesos plenarios abreviados —llamado también declarativo o de juicio propiamente

5. "La oposición interpuesta por el deudor pone fin al proceso monitorio o (...) lo transforma en un tipo procesal distinto". López Sánchez, J. El Proceso Monitorio, págs. 45-47.
6. Hernández, M., & Fernández, E. A. (s.f.). Procedimiento monitorio.
7. Delgado Castro, J., & Vallespín Pérez, D. (2016). Problemas de diseño del procedimiento monitorio civil chileno. Revista de Derecho.

dicho—. Estos fueron desarrollándose por distintas legislaciones del mundo durante el tiempo para adoptar las ideas extranjeras y modificarlas en sus contextos sociales. Las constantes conversiones crearon doctrina jurídica y con ello un nuevo proceso abreviado para exigir deudas contraídas.

Escobar Torres y Molano Gutiérrez comentan que *“el proceso monitorio, tal y como lo conocemos, se hace presente en las legislaciones procesales de varios países y a pesar de las diferencias en su consagración dentro de cada una de ellas, sigue siendo en esencia idéntico en cuanto a su propósito.”*⁸

En Italia, cuna del proceso monitorio y de la mayoría de autores que escriben respecto a este, opinan que, en caso de planteamiento de oposición, el juicio se tramita conforme a las normas del procedimiento ordinario, en el que se prevé una posible conciliación y la suspensión de la ejecución provisional. Así también, contempla la forma en la que se puede producir la oposición tardía para el caso de fuerza mayor, irregularidad de la notificación o conocimiento tardío de la demanda el proceso monitorio.

En la actualidad, en Francia, el *injonction de payer* comienza por la petición del acreedor a conocimiento del juez, en la que debe señalar las partes, la suma que se reclama, los elementos de la deuda y su causa para que se dicte el mandamiento de pago, en el cual se le advierte al deudor el término con el que cuenta para oponerse y las consecuencias del no pago.

El jurista Loutayf Ranea comenta que el monitorio francés:

“(...) tiene aspectos del italiano como la prueba escrita entendida en un sentido am-

*plio. Del austríaco, en cuanto la oposición se resuelve por audiencia en el mismo proceso. Y finalmente del alemán en cuanto en este juicio posterior a la oposición se juzga de la demanda inicial del requirente como si hubiere caducado el mandato el cual, sin embargo, revive si el deudor no concurriere a la audiencia.”*⁹

Respecto a España, Escobar Torres y Molano Gutiérrez mencionan que el proceso monitorio surgió a raíz de la creciente morosidad en materia de deudas mercantiles que amenazaba con frenar el sistema económico nacional.¹⁰

El citado país, al igual que Italia, ha adoptado el monitorio documental donde el acreedor está en la obligación de acreditar la deuda mediante documento, tal crédito deben ser deudas dinerarias, líquidas, determinadas, vencidas y actualmente exigibles.

En materia de eficacia, los académicos señalan que:

*“(...) es innegable reconocer el rotundo éxito que esta figura ha tenido en España, dado que, en 2010 se habían iniciado alrededor de 895.000 juicios monitorios en ese país, los cuales aumentarían significativamente gracias a la reforma de 2011, donde se eliminó todo límite cuantitativo para acceder a este. Esto sin dejar a un lado que las mismas estadísticas determinaron que a 2010 el proceso monitorio era el juicio más efectivo, logrando en un 43,5 % de los casos el pago o la ejecución.”*¹¹

En la República Federal de Alemania, el *Zivilprozessordnung* — ZPO no exige que la deuda monitoria provenga de una determinada relación jurídica de carácter contractual —como establece el monitorio francés—, ni que esté

8. Escobar Torres, S., & Molano Gutiérrez, M. S. (s.f.). Desmitificando el proceso monitorio: críticas e interrogantes acerca de su implementación en el ordenamiento procesal colombiano.
9. Loutayf Ranea, R. G. (2004). Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Morello: Platense.
10. Escobar Torres, S., & Molano Gutiérrez, M. S. (s.f.). Desmitificando el proceso monitorio: críticas e interrogantes acerca de su implementación en el ordenamiento procesal colombiano; pág. 8.
11. Ibídem.

fundamentada sobre una prueba escrita —monitorio italiano—, sino tan solo que la pretensión invocada por el acreedor sea líquida y se ajuste a los requisitos taxativos que establece la ley. La misma doctrina adoptó la República de Austria, siendo estas dos naciones un perfecto ejemplo de la implementación de un proceso monitorio puro.

Por su parte, Colombia importó un sistema mixto entre ambos tipos de monitorio adaptado a su contexto socio cultural, es así que para presentar la demanda se necesita acreditar la deuda, en caso que el acreedor no posea documentos que acrediten el origen deberá señalar dónde se encuentran, o en el evento de no existir prueba alguna deberá manifestar bajo juramento la no existencia de ello. Este modelo colombiano es exclusivo para créditos de sumas mínimas —limitado—. ¹²

Finalmente, rescatamos el modelo de monitorio costarricense, el cual, en palabras de la Dra. Ariano Deho es una “especie de híbrido de híbrido” pues hereda características del monitorio puro alemán y del monitorio documental austriaco. Es así que en un proceso de monitorio puro crea una desventaja al exigir al demandado prueba documental en su derecho a la contradicción. ¹³

V. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PROCESO MONITORIO

Para efectos de poder tratar este punto de nuestro artículo, citaremos a la Dra. Sofía Sagüés en una ponencia donde menciona:

“El análisis económico del derecho, se refiere, básicamente, al empleo de técnicas científicas correspondientes a dicha disciplina en la

ponderación del fenómeno jurídico. Es decir, procura la aplicación de teoría económica y métodos empíricos desarrollados por la ciencia económica a fenómenos jurídicos o sistemas legales”. ¹⁴

En este sentido, pasaremos a analizar el proceso monitorio desde la perspectiva económica.

Si bien es cierto, siempre es recomendable tratar de llegar a un acuerdo extrajudicial con la parte desleal a fin de evitar una contienda por cuestiones de costos y costas, en muchas ocasiones ello no ocurre y, la alternativa judicial se vuelve la única solución. Por ello, nuestra legislación, en la lógica de defender la legalidad en toda relación jurídica material y evitar la auto tutela —considerando que el estado tiene el monopolio de la administración de justicia y prohíbe la acción directa—; debe tutelar y proteger el derecho de crédito del acreedor.

Esta tutela no solo debe prever la creación de un proceso judicial que ampare esta pretensión sino en sus características y naturaleza. En la mayor eficacia y celeridad a manera de reducir los costos de dinero y tiempo invertido. Es por ello, que nuestra legislación debe tener como horizonte la lucha contra la morosidad y la demora del proceso judicial.

La solución ante este problema, como se mencionó anteriormente, es la implementación del proceso monitorio, básicamente por la naturaleza jurídica y fines por los que fue creado y constantemente estudiado por la doctrina.

La Dra. José María Quílez Moreno señala:

“Cabe señalar que el interés principal o la finalidad perseguida por este proceso, sea

12. A primera impresión podría resultar confuso el modelo probatorio colombiano, pero tratemos de imaginarnos la figura mediante este ejemplo: Lucas (acreedor) le vende una mesa por 300 soles a Juan (deudor), y al entregarle el bien emiten una factura con la venta realizada concediendo el plazo de 2 semanas para cancelar el saldo pendiente. Después de 3 semanas, Lucas al demandar podría presentar la factura, en caso de no tenerla físicamente acreditar que se encuentra custodiada por su primo y, si se le perdió, manifestar su inexistencia.
13. Ariano Deho, E. (1993). Apuntes sobre el proceso monitorio. Apuntes de Derecho.
14. Sofía Sagüés, M. (Septiembre de 2009). El análisis económico del derecho (AED) en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de AED de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

*la de acelerar el cobro de las deudas suscita-
das en este entorno; conseguir, en definitiva,
que los créditos y deudas se hagan efectivos
y puedan ser cobrados por los acreedores sin
excesivas dilaciones, temporales o procedi-
mentales.”¹⁵*

En la cultura de incumplimiento, enraizada en nuestro país, hay incentivos para que los deudores incumplan, estos son en su mayoría la exigibilidad del crédito y los ineficaces mecanismos de tutela que otorga el Derecho al acreedor perjudicado.

La demora de tiempo y dinero para recuperar el monto adeudado sirve de desincentivo para que el acreedor no demande, ya que, como mencionamos anteriormente, los costos del proceso pueden ser mayores al monto recuperado. Además, a nadie se le ocurre recurrir al Poder Judicial por no menos de 500 Soles, y ni hablar de la onerosidad que derivaría un proceso arbitral.

Estas externalidades negativas generan un escudo de protección para la parte infiel y un desincentivo del acreedor para recuperar su crédito. Todo lo contrario que debería causar la “protección jurídica”.

Por ello, no nos cabe duda que la incorporación del proceso monitorio revertirá esta problemática.

Partiendo del reconocido dilema del prisionero, que enseña la cooperación entre partes como mecanismo para llegar a un acuerdo en beneficio de ambos, podemos analizar al monitorio conforme a la idea principal del dilema.

En el supuesto que el acreedor demande y el deudor se oponga al petitorio — ejerza su derecho de contradicción— se daría inicio a un proceso declarativo, el cual demorará muchos años y generará un alto costo oneroso en gastos administrativos, aranceles, tasas judiciales y

honorarios de defensa. Por el contrario, en caso de que el deudor reconozca la deuda, el juez dictará un mandato de ejecución y proceso monitorio habrá llegado a su fin. Ello evitaría una inversión de costos y costas para ambas partes e, incluso, podrían llegar a una transacción extrajudicial para un mayor beneficio de ambos.

Desde una perspectiva macroeconómica, la implementación del proceso monitorio creará incentivos a los acreedores para que exijan su derecho de una manera más rápida y menos tediosa a la cual están acostumbrados con el proceso declarativo. A ningún país le beneficia los endeudamientos al ser sinónimo de estancamiento económico, por lo que si los acreedores logran recuperar su patrimonio la economía se mantiene dinámica y rotativa.

Así también, tener un ordenamiento procesal dinámico y predecible, fomenta la inversión extranjera, la cual activaría la economía en nuestro país, que a la fecha muestra un panorama poco llamativo para los inversionistas.

Finalmente, cabe mencionar características que convierten al monitorio, en un proceso de reconocimiento de crédito más eficaz del ordenamiento jurídico no solo por lo simple que es iniciarlo —al presentar la demanda— y la rapidez de sus etapas, dentro de estas características se encuentran los siguientes puntos: i) el monitorio es potestativo, el acreedor podrá optar por utilizar o no este procedimiento según las características del crédito y del deudor; ii) el proceso monitorio es más económico que los procesos ordinarios y tiene la gran ventaja de que se puede iniciar directamente sin necesidad de abogado; iii) el acreedor de una deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible puede dirigirse directamente al juez en defensa de su derecho de cobro; iv) la acreditación de la existencia de la deuda puede hacerse mediante documentos firmados por el deudor o por cualquier otro documento —una simple factura es suficiente—.

15. Quílez Moreno, J. M. (2011). El proceso monitorio: estudio doctrinal, jurisprudencia y futura realidad de la e-Justicia. Madrid: La Ley.

VI. EL PROCESO MONITORIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La implementación del proceso monitorio en el Perú es muy discutida por los juristas, ello en razón, que argumentan las siguientes desventajas: i) nuestra sociedad posee un índice de morosidad crediticio muy alto, en consecuencia, el número de oposiciones realizados por el deudor no se asemejará a los porcentajes existentes en Europa, poniendo en peligro la finalidad que pretende el monitorio; ii) el contradictorio generará el inicio de un proceso de conocimiento, volviendo absurda la utilización de un proceso monitorio; iii) la desaparición de miles de empresas o personas naturales deudoras que cambian de domicilio o cierran, con lo cual es muy difícil localizar su dirección para la debida notificación de emplazamiento; iv) los juzgados están sobrecargados y las actuaciones judiciales son lentas lo que facilita la desaparición del moroso o la ocultación de sus bienes para evitar el embargo.

Ahora bien, tal como manifestamos al inicio del presente artículo, la Comisión encargada de revisar y proponer mejoras al CPC fundamenta la implementación del proceso monitorio a nuestra legislación, primero identificando la problemática actual, sobre ello señalan lo siguiente:

“Se ha considerado que la tutela cognitiva no es la adecuada para dar solución en caso de exigencia respecto de deudas que se encuentren acreditadas en documentos no ejecutivos, tampoco en la restitución de la posesión de bienes, por lo que, se justifica un proceso monitorio que brinde una respuesta rápida y oportuna.”¹⁵

Asimismo, la Comisión de reforma proponen dos formas del proceso monitorio: i) para el co-

bro de sumas de dinero; y ii) para la restitución de la posesión de bienes muebles o inmuebles.

Respecto al proceso monitorio para las obligaciones de dar de suma de dinero, este proceso tendrá utilidad para las sumas de dinero que no se encuentran contenidas en título ejecutivo, la obligación a cobrar deberá ser cierta, expresa y exigible.

Precisa la Comisión que, en la competencia por cuantía, se fijará un monto máximo de hasta 1000 URPs —equivalente a S/. 420,000.00—¹⁷. Por lo tanto, el monitorio propuesto es limitado, más allá del monto mencionado correspondería el proceso declarativo —vía procedimental de conocimiento—.

“El Juez de Paz Letrado tiene competencia por cuantía hasta 500 URPs y de 501 a 1000 URPs, la competencia es para los jueces especializados en materia civil.”¹⁸

Sobre la presentación de la demanda, se deberá notificar en el domicilio real del demandado y no será factible notificar mediante edicto. Todo ello a fin de “brindar un adecuado derecho de defensa al demandado”. La demanda deberá presentarse con formato aprobado por el Poder Judicial y no requerirá firma de abogado, acompañando la documentación que acredite la obligación puesta a cobro.

Respecto a lo último mencionado ya ponemos deducir que la Comisión se inclina por el tipo de monitorio documental.

El procedimiento podrá ser considerado breve, ya que: se presenta la demanda, se admite, se notifica al demandado para que cumpla con pagar la suma exigida dentro de un plazo de 10 días, este puede formular oposición en

15. Quílez Moreno, J. M. (2011). El proceso monitorio: estudio doctrinal, jurisprudencia y futura realidad de la e-Justicia. Madrid: La Ley.
16. Grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil. (5 de marzo de 2018). Resolución Ministerial No. 0070-2018-JUS. Lima, Perú.
17. En el 2019 el valor de una URP es de S/420.00.
18. Grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil. (5 de marzo de 2018). Resolución Ministerial No. 0070-2018-JUS. Lima, Perú.

el plazo mencionado. En caso formule oposición, el juez programa fecha para audiencia, y en esta se emite sentencia finalizando el proceso. El proceso podría acabar de manera más breve si el demandado no formula oposición dentro del plazo establecido, de ser así la sentencia por la que se requiere el pago se configurará como título de ejecución. Cabe resaltar que las apelaciones serán sin efecto suspensivo y no procede en ningún caso el recurso de casación.

Respecto al proceso monitorio especial, este proceso tendrá la utilidad para la restitución de la posesión de bienes muebles e inmuebles, que no se encuentren contenidas en título ejecutivo, siempre que se pueda acreditar la obligación de restituirlos con documento.

Precisa la Comisión que procederá cuando el plazo de vigencia del contrato ha fenecido o cuando el contrato se hubiera resuelto.

En el caso de bienes inmuebles la obligación de restituir debe ser acreditado con el documento que hubiera otorgado la posesión. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento. Y con otros documentos idóneos que exijan la devolución del bien, por ejemplo una carta notarial.

Mediante competencia facultativa, *“será competente el juez especializado del domicilio del demandado o, a elección del demandante, el lugar donde se encuentra el bien tratándose de bienes inmuebles y el lugar donde se debería ejecutar la restitución del bien, tratándose de bienes muebles.”*¹⁹

Una de sus finalidades expuestas es evitar el retraso que ocasiona un proceso de desalojo por vencimiento de contrato o de poseedor precario, que provengan de un contrato de arrendamiento u otra modalidad que hubiera otorgado la posesión, siempre que se haya exigido la restitución del bien. Argumento basado en el principio de economía procesal.

Ahora bien, consideramos que el tipo de proceso especial que la Comisión plantea no es el pertinente, ya que actualmente existen procesos que amparan el pedido de restitución de bienes inmuebles y muebles, estos son el de desalojo, reivindicación y restitución de bien mueble.

Los procesos mencionados son más complicados y generan mayor tiempo que uno de obligación de dar suma de dinero, como también participan mayores sujetos procesales, incluso se permite la contrademanda. Motivos que vuelven a estos procesos contrarios e incompatibles con la celeridad que persigue el monitorio.

El crédito por reconocer deberá ser determinado —líquido— o determinable —basta con una mera operación aritmética—, vencido —cuyo plazo de cumplimiento ya ha transcurrido— y exigible —no se encuentra sujeta a condición—.

Va de la mano con el artículo 633 de nuestro CPC, que indica como presupuesto procesal que el crédito sea de una suma líquida de dinero o una cierta cantidad de cosas fungibles, o que se tenga derecho a la entrega de un determinado bien mueble. Así como también, la aportación de prueba documental dotada de verosimilitud suficiente por parte del acreedor —monitorio documental—.

En nuestra opinión, el proceso monitorio peruano debería funcionar exclusivamente contra la lesión de créditos de prestaciones dinerarias: la obligación de pagar deudas no contenida en un título ejecutivo. Además, la cuantía debe ser ilimitada —el valor puede contener cualquier importe—, es injusto que solo se tutele 1000 URPs²⁰ —equivalente a S/ 420,000.00—, y en caso que un acreedor tenga los medios de prueba suficientes para exigir una deuda de S/ 600,000.00 no podrá acceder a la celeridad del monitorio. De igual manera, la lógica de un juez para resolver un caso no cambia respecto

19. Ibídem.

20. Una unidad de Referencia Procesal (URP) equivale al 10% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT). El monto determinado de esta última es S/ 4,200.00 en el año 2019, por lo que una URP equivale a S/ 420.00.

a la cantidad de dinero, el racionamiento del juez no tiene porqué ser diferente entre una deuda por reconocer de S/ 2,000.00 y otra de S/ 200,000.00.

La consciencia de nuestra sociedad no es nada parecida al pueblo alemán o austriaco, razón por la que un monitorio puro fracasaría. En consecuencia, se deberá exigir al acreedor documentos que acrediten la existencia del crédito junto a la presentación de la demanda —monitorio documental—. Concordamos con el Grupo de trabajo en que ésta última no requiera firma de abogado, para tener un mejor acceso a la tutela jurisdiccional.

En caso que el demandado se oponga y niegue la existencia del crédito, tendrá la carga de la prueba al igual que el demandante y deberá acreditar mediante documentos. Por temas de economía procesal y carga de casos en el Poder Judicial, el contradictorio no debe dar inicio a un proceso de cognición o declarativo sino más bien resolverse en este mismo.

En este sentido, al no darse el contradictorio, o ser extemporáneo, el proceso finalizaría y el juez dictará la resolución final con calidad de título ejecutivo. Pero si el deudor se defiende, anexando documentos, el juez deberá programar fecha de audiencia, y ese mismo día resolver la controversia.

Cabe importancia pronunciarnos respecto a la opinión pesimista de que “un tipo de proceso más genera mayor sobre carga en la administración de justicia”, es justamente la celeridad que caracteriza el monitorio la solución a la abundante carga procesal que afecta la eficacia del Poder Judicial. Para ello, será necesario implementar nuevos juzgados civiles especialistas en este tipo de proceso, y que las demandas sean dirigidas a éstos, para disminuir de manera paralela la carga de los procesos de cognición de “*dar suma de dinero*” ya existentes.

VII. CONCLUSIONES

El proceso monitorio fue desarrollándose, en todo el orbe, contra la cultura de la morosidad.

Resultado de ello, el Estado, mediante la tutela jurisdiccional efectiva, opta por un proceso eficaz y rápido que reconoce el derecho de crédito, no contenido en un título ejecutivo, con la finalidad de emitir un mandato con mérito ejecutivo, a fin de posteriormente materializar el derecho reconocido.

El proceso monitorio puro no requiere prueba documental que acredite la existencia de una obligación onerosa. Este tipo de procedimiento se sustenta en la buena fe del acreedor. Por el contrario, en el monitorio documental se le exige al acreedor acompañar su demanda con un documento o un principio de prueba documental que permita inferir más certeramente la existencia de la obligación exigida.

En caso de darse la oposición del deudor, esta debe declararse fundada en los hechos y el derecho, situación que conlleva al inicio de un proceso declarativo para determinar si la oposición del deudor fundamenta la inexistencia del crédito, o si, por el contrario, éste debe ser reconocido y ejecutado.

La Comisión de Reforma del CPC, sugieren dos formas del proceso monitorio: i) para el cobro de sumas de dinero; y ii) para la restitución de la posesión de bienes muebles o inmuebles.

Consideramos que la complejidad de los procesos de recuperación de posesión —desalojo, reivindicación y restitución de bien mueble— los vuelve incompatibles con la celeridad y eficacia que persigue el monitorio. Además actualmente la misma solución se logra mediante el desalojo notarial o *express*.

El crédito por reconocer, no contenido en un título ejecutivo, deberá ser líquido, vencido y exigible. Asimismo, no debe existir un máximo de suma dineraria en el petitorio, se debe mantener un carácter ilimitado.

Debido a nuestra sociedad tan conflictiva se debe optar por un proceso monitorio de tipo documental, la carga de la prueba recae tanto para el acreedor como para el deudor en caso se oponga a la existencia del crédito. Ello no

dará inicio a un proceso declarativo, sino más bien el juez deberá programar fecha de audiencia, y ese mismo día resolver el conflicto.

En caso no darse el contradictorio, o ser extemporaneo, el proceso concluye y el juez dicta la resolución final con calidad de título ejecutivo.

De esta manera “desprotegemos” a los deudores morosos que se aprovechan de los altos cos-

tos de la administración de justicia para desincentivar la exigencia del *crédito al acreedor*.

Finalmente, consideramos que la incorporación del proceso monitorio a nuestra legislación será muy útil para acelerar la duración de los procesos de dar suma de dinero. Logrando combatir la cultura de morosidad, así como generar predictibilidad de nuestro ordenamiento jurídico y promover la inversión.



Breviario de los Derechos de los Accionistas minoritarios de una Sociedad Anónima

Summary of the Rights of Minority Shareholders of a Corporation



RICARDO DE LA PIEDRA CALLE

Master of Business Administration por IE Business School en Madrid, España
Profesor de Derecho Corporativo y M&A de la Universidad de Lima
Abogado por la Universidad de Lima

LUIS HERNÁNDEZ PARRA-MORZÁN

Abogado por la Universidad de Lima

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Derechos de los accionistas.
 1. Acciones con derecho a voto.
 2. Acciones sin derecho a voto.
- III. Junta de accionistas: quórum y mayorías.
 1. Quórum.
 2. Adopción de acuerdos.
- IV. Derechos de los accionistas minoritarios.
 1. Accionistas con al menos 40% de acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad.
 2. Accionistas con al menos 33.33% de acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad.
 3. Accionistas con al menos 25% de acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad.
 4. Accionistas con al menos 20% de acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad.
 5. Accionistas con al menos 10% de acciones suscritas con o sin derecho a voto de la sociedad.
 6. Accionistas con al menos 5% de acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad.
 7. Accionistas con al menos 1 acción suscrita con derecho a voto de la sociedad.
- V. Derechos adicionales que pueden surgir por pacto convencional en el estatuto o convenio de accionistas.
 1. Tag Along.
 2. Put option.
 3. Derechos de veto o supermayorías.
 4. Nombramiento y revocatoria de posiciones gerenciales clave.
- VI. Conclusiones.



RESUMEN:

Con una economía peruana dinámica y en constante movimiento hace casi tres décadas, y en un escenario en que inversionistas extranjeros y locales siguen invirtiendo en empresas constituidas y emprendimientos, resulta de vital importancia para abogados y empresarios contar con un breviario que desarrolle en forma didáctica, por umbrales, los derechos que todo accionista minoritario tiene por ley en el vehículo societario más utilizado para llevar a cabo negocios en Perú: la sociedad anónima; así como las posibilidades que la libertad contractual otorga para regular sus intereses a través de convenios de accionistas.

Palabras clave: Accionistas, minoritarios, acciones, derechos, umbrales.

ABSTRACT:

With the Peruvian economy dynamic and in constant movement for almost three decades, and in a scenario in which foreign and local investors continue to invest in incorporated companies and ventures, it is of vital importance for lawyers and businessmen to have a brief that develops in a didactic way, by thresholds, the rights that every minority shareholder has by law in the most used corporate vehicle to carry out business in Peru: the corporation; as well as the possibilities that contractual freedom grants to regulate their interests through shareholders' agreements.

Keywords: Shareholders, minority interests, shares, rights, thresholds.

I. INTRODUCCIÓN

La corriente mayoritaria de la doctrina societaria reconoce tres acepciones fundamentales de la naturaleza jurídica de las acciones en las sociedades anónimas. Estas acepciones, lejos de ser conceptos aislados o excluyentes, se complementan entre sí, formando una definición integral, coherente y sistemática de lo que constituye una acción dentro del marco societario. Esta visión holística permite una comprensión más completa de las múltiples facetas que las acciones pueden representar dentro de una sociedad anónima. Dicha consolida su papel no solo como un elemento con concepciones económicas, financieras y políticas, sino también como un instrumento que articula la relación jurídica entre los accionistas y la sociedad.

En este sentido, siguiendo la doctrina tradicional, una acción puede definirse concisamente desde tres perspectivas principales: i) como un título valor que acredita la condición de accionista, ii) como una representación de una parte alícuota del capital social, y iii) como el elemen-

to que otorga la condición de socio a su titular. Cada una de estas acepciones tiene implicancias específicas, tanto en el ámbito jurídico como en el económico; y juntas proporcionan una imagen integral del rol de la acción en la estructura y funcionamiento de la sociedad anónima.

Para el objeto del presente artículo, nos conviene profundizar en la tercera acepción de la acción, siendo que la condición de socio es el presupuesto y fuente fundamental de los derechos de las obligaciones del accionista¹. De esta manera, la acción como expresión de la condición de socio se convierte en un elemento central para comprender la mecánica de las sociedades anónimas; y la relación dinámica y funcional que existe entre estas y sus accionistas como fuente de derechos y obligaciones. No se trata simplemente de un activo financiero, sino de un instrumento que articula la relación jurídica entre el individuo y la colectividad que constituye la sociedad. La importancia de esta tercera acepción radica en que es el fundamento sobre el cual se construyen todos los derechos y obligaciones de los accionistas,

1. Girón Tena, José. 1976. *Derecho de Sociedades. Tomo I. Parte General*. Madrid: Benzal.

marcando el alcance de su participación y responsabilidad dentro de la sociedad.

Por medio del presente artículo, abordaremos un análisis didáctico — a manera de guía de consulta rápida — de los derechos que gozan los accionistas de una sociedad. Específicamente, en los derechos que pueden ejercer los accionistas minoritarios, tema ampliamente consultado en la *academia* y en el día a día de la práctica profesional. Dado que estos accionistas suelen estar en una posición de menor influencia dentro de la estructura corporativa, es esencial entender las facultades que les otorga la ley para proteger sus intereses y qué umbrales deben cruzar mínimamente con su tenencia accionaria para poder desarrollar los referidos derechos. Como corolario del artículo, conceptualizaremos algunos mecanismos de protección adicionales que pueden establecerse tanto en el estatuto social como en convenios de accionistas, con el fin de garantizar una defensa adecuada de sus derechos dentro de la sociedad.

II. DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS

1. Acciones con derecho a voto.

El artículo 95 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades —en adelante LGS—, contempla los derechos mínimos y fundamentales que se le confieren al titular de la o las acciones, sin perjuicio de los derechos generales reconocidos a lo largo de la LGS. Así como los que puedan incluirse de manera específica en el estatu-

to de la sociedad o a través de un convenio de accionistas. Dichos derechos tienen el carácter de inderogables, toda vez que no es posible suprimirlos a través del estatuto o el pacto social, encontrándonos de esta manera frente a una norma imperativa².

Nos parece acertado que el texto de la norma enfatice la imperatividad de la misma al señalar que la acción con derecho a voto tiene “... *cuando menos, los siguientes derechos...*”. Resulta contrario a lo regulado en la Ley de Sociedades de Capital española, cuyo artículo 93³ no deja en claro que recoge los derechos mínimos de los accionistas, debiendo esto ser precisado por la jurisprudencia y doctrina. De igual manera, la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada en Colombia, tampoco distingue los derechos mínimos de los derogables, siendo necesario acudir a la jurisprudencia para identificar los mismos. Podemos notar que el legislador no busca dejar esta tarea a la jurisprudencia, ya que el mismo Anteproyecto de la LGS⁴ no contempla un cambio en la redacción de esta disposición.

La doctrina tradicional distingue los derechos de los accionistas en dos clases: derechos económicos y derechos políticos —no nos abocaremos a la discusión bizantina y novel de los “derechos de gestión”—. Incluso, cierta corriente hace una división más detallada añadiendo los derechos de carácter administrativo⁵, diferenciándose de la siguiente manera en su contenido mínimo:

2. Elías Laroza, Enrique. 2008. Derecho Societario Peruano. Lima: Gaceta Jurídica.

3. Artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital
“Artículo 93. *Derechos del socio.*

En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos:

a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.

b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.

c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.

d) El de información.”

4. Aprobado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el 27 de mayo de 2021

5. Beaumont Callirgos, Ricardo. 2000. Ley General de Sociedades. Lima: Gaceta Jurídica.

a. Derechos económicos

Siendo estos, a saber: i) participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación y ii) ser preferido para la suscripción de acciones en el caso de aumento de capital y suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones.

b. Derechos políticos

Siendo estos, a saber: i) intervenir y votar en las juntas generales de accionistas, ii) fiscalizar la gestión de los negocios sociales e iii) impugnar judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a la LGS, se oponga al estatuto o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.

c. Derechos administrativos.

Separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto.

2. Acciones sin derecho a voto.

Por otro lado, el artículo 96 de la LGS introduce las acciones sin derecho a voto, diseñadas para atender a inversionistas o en general, cualquier individuo que no tenga interés en participar en el control y gestión de una sociedad, sino únicamente en gozar de los demás derechos que le confiere ser titular de una o más acciones de la misma.

Este tipo de acciones confieren a sus titulares la calidad de accionistas sin la posibilidad de intervenir en el gobierno de la sociedad. A cambio, conceden, principalmente, un derecho económico adicional y preferente respecto de las acciones ordinarias, siendo este el dividendo preferencial que equilibra la ausencia de voz en la gestión con ventajas financieras superiores.

Adicionalmente, la LGS le confiere a los titulares de este tipo de acciones otros derechos como: i) el de recibir información sobre la gestión de la sociedad de manera semestral, ii) el de impugnación de los acuerdos que lesionen sus derechos, iii) el de separación de la sociedad en

los casos previstos en la ley y en el estatuto, iv) el de suscripción preferente con o sin derecho a voto y v) el de suscripción de obligaciones u otros títulos valores convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones.

III. JUNTA DE ACCIONISTAS: QUÓRUM Y MAYORÍAS.

Como es sabido, la junta general de accionistas constituye el órgano supremo de la sociedad, siendo sus decisiones las que definen el rumbo y el futuro de la misma. Dichas se adoptan conforme a las reglas del quórum y votación, conforme a lo regulado en los artículos del 124 al 127 de la LGS, los cuales establecen un porcentaje mínimo de acciones con derecho a voto representativas del capital social para la adopción de determinados acuerdos, tal como detallaremos en el numeral siguiente. Para los fines antes mencionados, es necesario repasar las reglas aplicables estándar respecto al quórum y votación para llevar a cabo la adopción de acuerdos a través de la junta general de accionistas.

1. Quórum.

Respecto del quórum, la LGS diferencia aquellos asuntos que requieren quóruns distintos para que la junta pueda declararse válidamente instalada.

a. Quórum Simple

El artículo 125 de la LGS dispone que la junta se constituirá de manera válida en primera convocatoria cuando se encuentren representadas al menos el 50% de las acciones suscritas con derecho a voto. En caso de segunda convocatoria, bastará con la representación de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto.

b. Quórum Calificado

Por otro lado, el "quórum calificado" regulado en el artículo 126 de la LGS, dispone que es necesaria la concurrencia, en primera convocatoria, del 66.67% de las acciones suscritas con derecho a voto y, en segunda convocatoria, del 60%, para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

- i. Modificar el estatuto;
- ii. Aumentar o reducir el capital social;
- iii. Emitir obligaciones;
- iv. Acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el 50% del capital de la sociedad;
- v. Acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la sociedad, así como resolver sobre su liquidación.

Como se podrá inferir, los acuerdos que la LGS dispone que requieren de un quórum calificado, son aquellos de mayor trascendencia o impacto para la sociedad⁶, también llamados “acuerdos esenciales”.

Las reglas antes mencionadas no son aplicables para la sociedad anónima abierta. Debido a su accionariado atomizado y la naturaleza de esta sociedad, es necesario, en primera convocatoria, el 50% de las acciones suscritas con derecho a voto, en segunda convocatoria, el 25% y en tercera convocatoria, cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto.

2. Adopción de acuerdos.

Una vez instalada la junta válidamente y cuando los asuntos requieran de quórum simple, los acuerdos se deberán adoptar con el voto de la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la sesión. Asimismo, cuando los asuntos requieran de quórum calificado, se requerirá la mayoría absoluta del total de las acciones suscritas con derecho a voto.

Para el caso de las sociedades anónimas abiertas, se requiere la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto presentes en la junta.

En suma, de una simple lectura, observamos que aquel accionista que ostente al menos el 60% de las acciones suscritas con derecho a voto, tiene el poder de dirección de la sociedad,

debido a que podrá adoptar los acuerdos relevantes que requieran el mencionado quórum calificado.

IV. DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS

De la lectura de las secciones previas, queda claro que pueden existir escenarios en el que uno o más accionistas de una sociedad cuentan con un porcentaje mínimo y/o no material para la contabilización del quórum y votación. Por tanto, están supeditados a las decisiones de accionistas con mayor porcentaje de participación en base al capital aportado. Ello puede representar, en distintos supuestos, una situación de desmedro para los intereses de los accionistas con un porcentaje accionarial inmaterial o no sustancial.

Tomando en cuenta lo anterior y sin devaluar los esfuerzos de la doctrina por determinar cuándo un accionista debe considerarse como mayoritario o minoritario, resulta fundamental llevar a cabo un análisis detallado de los derechos que asisten a los accionistas dentro de una sociedad dependiendo de su porcentaje de participación en la misma. Este análisis adquiere relevancia porque la participación en el capital social condiciona directamente el grado de poder y protección que un accionista minoritario puede ejercer. Así, dependiendo del porcentaje de participación en el capital social, los accionistas minoritarios pueden acceder a ciertos derechos que les permiten, en mayor o menor medida, intervenir en las decisiones corporativas, proteger sus intereses frente a posibles abusos de la mayoría, y asegurar que sus derechos económicos y de participación sean respetados.

En este contexto, es esencial comprender cómo las normas societarias y los mecanismos de protección de los accionistas minoritarios funcionan en la práctica, garantizando un equilibrio adecuado entre el control de los accionistas mayoritarios y los derechos de quienes poseen una participación minoritaria.

6. Elías Laroza, Enrique. 2008. Derecho Societario Peruano. Lima: Gaceta Jurídica.

Consideramos pertinente mencionar en el presente acápite que, en protección a las minorías, el estatuto puede establecer quórum y mayorías más altas a las señaladas en el párrafo precedente, mas no inferiores. Dicha disposición no aplica para las sociedades anónimas abiertas, por los motivos expuestos anteriormente.

Sin perjuicio de ello y para el objeto del presente, vamos a analizar el ejercicio de los derechos de los accionistas: i) conforme a su porcentaje en el accionariado en línea con lo establecido en la LGS, sin considerar supuestos especiales con mayorías más altas que pudieran eventualmente pactarse el estatuto en situaciones particulares o se acuerden a través de un convenio de accionistas; y ii) asumiendo en todo momento que son accionistas titulares de acciones con derecho a voto, salvo que se especifique expresamente lo contrario.

1. Accionistas con al menos 40% de acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad.

Aunque suena evidente, nos gustaría comenzar con el derecho más elemental y lógico. Por interpretación, a contrario de la facultad de un accionista con 60% de tenencia accionaria de manejar una sociedad tomando toda clase de acuerdos en segunda convocatoria, un accionista con más del 40% del accionariado puede vetar prácticamente todas las decisiones, ya sea votando en contra en escenarios de quórum simple o hasta no asistiendo a las juntas de accionistas que traten acuerdos que requieran quórum calificado.

2. Accionistas con al menos el 33.33% de las acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad.

El artículo 181 de la LGS establece que los accio-

nistas que posean al menos un tercio del capital social tienen la facultad de iniciar directamente una acción de responsabilidad social contra los directores, siempre y cuando se cumplan los siguientes supuestos:

- a. Que la demanda esté enfocada en las responsabilidades que benefician a la sociedad en su conjunto, y no en intereses personales de los demandantes;
- b. Que, en su caso, los demandantes no hayan respaldado la decisión de la junta general de no proceder con acciones contra los directores, es decir, no hayan votado a favor del acuerdo en cuestión.

La doctrina es unánime al señalar que el requisito establecido en el primer numeral tiene su fundamento en que la pretensión social tiene como única finalidad la reconstitución del patrimonio de la sociedad. La sociedad es el único titular de la acción de responsabilidad⁷, aunque la LGS permita que un grupo de accionistas ejerzan la acción.

Respecto del porcentaje accionarial mínimo, este requisito permite que los accionistas que representen un tercio del capital social puedan ignorar una decisión de la junta general que rechace el ejercicio de la acción social de responsabilidad, contrario a lo establecido por el artículo 111 de la LGS. La justificación de esta excepción radica en la necesidad de proteger de manera efectiva el patrimonio social, en el cual los accionistas tienen un interés indirecto reflejado en su propio patrimonio. Cuando la sociedad, que es la principal afectada y titular original de la acción social de responsabilidad, muestra desinterés o se niega a actuar, el interés indirecto de los accionistas se activa, legitimándolos para demandar a los responsables del daño⁸.

7. Garrigues, Joaquín, y Rodrigo Uría. 1976. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo II. Madrid: Imprenta Aguirre.

8. Denegri Hacking, Marianne. 2011. La Pretensión De Responsabilidad Análisis Comparativo Entre El Companies Act 2006 Inglés y La Ley General De Sociedades Peruana. *THEMIS Revista De Derecho*, n.º 59 (mayo), 145-58. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9101>.

Para mayor información sobre los supuestos de responsabilidad de los directores y las acciones de responsabilidad frente a ellos, nos remitimos al trabajo de referencia⁹.

3. Accionistas con al menos 25% de las acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad.

Aquellos accionistas que representen al menos el 25% de las acciones suscritas con derecho a voto podrán:

a. Artículo 130 de la LGS

"Solicitar los informes o aclaraciones sobre los asuntos que se tratarán en la junta general convocada."

Como hemos mencionado anteriormente, los accionistas gozan del derecho individual de solicitar la información que consideren pertinente respecto de la gestión de la sociedad. De manera más precisa y para la situación puntual de la celebración de una junta general, estos pueden solicitar la información que consideren pertinente sobre los asuntos comprendidos en la convocatoria con anterioridad a la celebración de la junta o durante el transcurso de la misma; sin perjuicio de ello, puede ocurrir que el directorio considere que la entrega de esta información perjudica el interés social. Ante ello, los accionistas presentes en la junta que representen al menos el 25% de las acciones suscritas con derecho a voto deberán formular la solicitud de dicha información para que esta excepción no proceda.

Es evidente que el derecho de información está estrechamente ligado al derecho de voto¹⁰. Los accionistas que asistan a la junta general deben —o deberían— estar adecuadamente informados para poder manifestarse respecto de los acuerdos a tratar. De ahí que la regulación

establezca como obligación imperativa la disposición de la información pertinente e incluso, como tratamos en este numeral, no media excepción alguna cuando lo soliciten los accionistas que representen el mencionado porcentaje de acciones.

El Anteproyecto de la LGS preserva la excepción previamente desarrollada y mantiene el requisito necesario para que dicha excepción no se aplique. Sin embargo, introduce un nuevo supuesto en el que la administración puede negar la entrega de información si considera que su divulgación podría perjudicar el interés social. En tales casos, los solicitantes tendrán la posibilidad de acudir al juez del domicilio de la sociedad a través de un proceso sumarísimo. Un aspecto relevante que se añade es la obligación de la sociedad de justificar la razonabilidad de dicha negativa. En nuestra opinión, esta justificación debería presentarse a los solicitantes desde la primera negativa de entrega de la información, sin tener que esperar a que se inicie un proceso judicial para revelar los motivos.

b. Artículo 131 de la LGS

"Solicitar el aplazamiento de la junta general, con el fin de evaluar y votar los asuntos sobre los cuales no se consideren suficientemente informados."

Sin necesidad de una nueva convocatoria y por no menos de tres ni más de cinco días, la junta general se aplazará cuando los accionistas que representen el porcentaje señalado de acciones lo soliciten, si consideran que no cuentan con los elementos de juicio necesarios para ejercer su derecho a voto.

La anterior LGS —Decreto Legislativo 311— establecía como requisito que esta solicitud debía ser solicitada por los accionistas que representen al menos un tercio de las acciones suscritas

9. de la Piedra, Ricardo. 2010. Responsabilidades de los directores de las sociedades anónimas en la Ley General de Sociedades. Actualidad Jurídica N° 198. Lima, Gaceta Jurídica.

10. Hundskopf Exebio, Oswaldo. 2014. Apuntes Sobre El Derecho De información De Los Accionistas De Las Sociedades anónimas. *Advocatus*, n.º 030 (diciembre), 269-81. <https://doi.org/10.26439/advocatus2014.n030.4286>

con derecho a voto. Por el contrario, el Anteproyecto de la LGS mantiene el porcentaje actual e incluso se incluye la posibilidad que por medio del estatuto de la sociedad se establezca un porcentaje menor.

Esto representaría indudablemente una protección a los accionistas minoritarios y en línea con lo mencionado en el numeral precedente, reafirmaría la importancia y la relación vinculante del derecho de información con el derecho de voto, no pudiendo ejercer correctamente el segundo sin el primero.

4. Accionistas con al menos 20% de las acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad.

Respecto a los accionistas que cuentan con 20% o más de las acciones suscritas con derecho a voto, estos podrán:

a. Artículo 117 de la LGS

"Solicitar la celebración de la junta general."

En caso el o los accionistas que representen el porcentaje accionario antes mencionado consideren que la junta general debe sesionar con el fin de adoptar una o más decisiones relevantes para la sociedad, estos lo podrán solicitar cumpliendo la formalidad establecida. Ante ello, el directorio se encuentra facultado a decidir si convoca o no a la junta general conforme a la solicitud de los accionistas. En caso de negativa, el o los accionistas que formularon la petición, podrán solicitar al notario y/o al juez del domicilio de la sociedad que ordene la convocatoria.

En su texto original, la LGS era clara en establecer la discrecionalidad del juez en amparar o no la solicitud. A través de la Ley 29560 del 2010, se introdujo la posibilidad de que la solicitud sea dirigida a un notario público, agregando que esta puede ser dirigida *"al notario y/o al juez"* y, a su vez, se suprimió el último párrafo del artículo

en cuestión, el mismo que seguía la siguiente redacción:

"Si el Juez ampara la solicitud, ordena la convocatoria, señala lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quien la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos."

Respecto a la primera inclusión, consideramos que se debe interpretar en sentido excluyente en materia temporal, o en su defecto, suceso notario-juez. Es decir, la solicitud deberá ser presentada ante el notario o el juez —el énfasis es nuestro—. Una interpretación contraria significaría colocarnos voluntariamente en una problemática en caso se realice la petición en simultáneo por las dos vías, y esta sea amparada por uno y no por otro. Incluso el artículo 255 de la LGS, el mismo que regula este mismo derecho para los accionistas de las sociedades anónimas abiertas, utiliza la redacción y el sentido que proponemos.

En cuanto a la eliminación del último párrafo mencionado, sostenemos que ello no implica una obligación del juez a convocar a junta a sola petición de el o los accionistas cumpliendo los requisitos establecidos. Pese a esta supresión, el juez mantiene su facultad discrecional de decidir si ampara o no la solicitud, de lo contrario, llegaríamos a la errónea conclusión que los propios accionistas pueden realizar la convocatoria.

En las sociedades anónimas, es un principio fundamental que la responsabilidad de convocar a la junta general recae siempre en los administradores. Si se presentan omisiones o incumplimientos, la única solución disponible es la convocatoria a través de medios judiciales o notariales. Esto significa que la junta general no tiene la facultad de autoconvocarse, ya que hacerlo podría suponer una interferencia inapropiada en la gestión de la sociedad. La capacidad de convocar no es una atribución inherente de la junta general, siendo la única excepción las juntas universales¹¹.

11. Elías Laroza, Enrique. 2008. Derecho Societario Peruano. Lima: Gaceta Jurídica.

b. Artículo 138 de la LGS

"Requerir la asistencia de un notario en la sesión de la junta general, siempre y cuando dicha solicitud se presente con no menos de 48 horas antes de su celebración."

La presencia del notario garantiza la transparencia y legitimidad de los acuerdos tomados durante la junta, ofreciendo una capa adicional de seguridad jurídica tanto para la sociedad como para los accionistas.

El artículo también señala que el gerente general es el encargado de designar al notario que participará en la junta. En caso de que la solicitud haya sido realizada por los accionistas, estos deberán asumir los gastos relacionados con la intervención del notario. Este requisito de formalidad y certificación notarial no solo refuerza la credibilidad de las decisiones corporativas, sino que también protege los intereses de los accionistas. De esta manera, se garantiza que los acuerdos reflejen fielmente la voluntad de la mayoría y que cualquier controversia futura pueda resolverse con base en un acta certificada por un notario público.

c. Artículo 145 de la LGS

"Solicitar al juez una medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado."

Tal como figura en el artículo 139 de la LGS, el mismo al que haremos referencia más adelante, los acuerdos de la junta general podrán ser impugnados judicialmente en caso su contenido sea contrario a ley, se oponga al estatuto o lesione los intereses de la sociedad en beneficio de manera directa o indirecta de uno o varios accionistas.

Asimismo, la LGS establece un mecanismo de protección adicional, regulando la posibilidad de que el o los accionistas demandantes que representen el porcentaje señalado del capital suscrito soliciten la suspensión del acuer-

do materia de impugnación. Ante ello, el juez ordenará la suspensión del acuerdo si, al evaluar los hechos, encuentra indicios suficientes que sugieran su invalidez o si considera que la ejecución del acuerdo podría poner en riesgo inminente a la sociedad. De ser el caso, se procederá a la suspensión si la implementación del acuerdo pueda generar consecuencias que trasciendan el ámbito interno de la sociedad¹².

Velando, además, por los posibles perjuicios que la suspensión del acuerdo impugnado le pueda ocasionar a la sociedad, la LGS en el artículo en comentario dispone de manera imperativa que los solicitantes deben presentar contracautela; para así resarcir los daños y perjuicios que puedan ser originados a raíz de la suspensión en cuestión.

Al respecto, el Anteproyecto de la LGS mantiene el sentido inicial del artículo, precisando que la contracautela deberá ser constituida por carta fianza emitida por entidad del sistema financiero supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP o garantía real en cuantía suficiente para resarcir los posibles daños que pueda causar la suspensión.

d. Artículo 231 de la LGS

"Solicitar la distribución de dividendos en dinero por un monto igual a la mitad de la utilidad distribuable de cada ejercicio, luego de deducido el monto aplicable a la reserva legal."

Este artículo es de vital importancia, ya que consagra el derecho fundamental de un accionista o grupo de accionistas a gozar eficazmente del derecho económico, atributo crítico de la condición de accionista. El dividendo obligatorio representa un esfuerzo de la LGS para llegar a un punto medio entre los intereses de los accionistas y los administradores de la sociedad; toda vez que los primeros cuentan con el legítimo interés de maximizar el rendimiento de su inversión en la sociedad, mientras que los

12. Hundskopf Exebio, Oswaldo. 1998. El Derecho De Impugnación De Acuerdos De Juntas Generales De Accionistas En La Nueva Ley General De Sociedades Y Su Ejercicio a Través De Acciones Judiciales. *IUS ET VERITAS* 9 (17), 88-100. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15795>.

segundos mantienen un interés enfocado en reforzar el patrimonio de la sociedad, garantizando un manejo económico y financiero responsable de la misma¹³.

De esta manera, en caso no medie un acuerdo por junta general para la distribución de los dividendos, los accionistas que representen cuando menos el porcentaje señalado del total de las acciones suscritas con derecho a voto, podrán solicitar la distribución de los mismos hasta por el monto detallado en el artículo en análisis.

Respecto del monto a distribuir, compartimos la posición de un amplio sector de la doctrina sobre lo excesivo que puede resultar el mismo, considerando, además, que en la legislación comparada no encontramos un monto similar. De ahí que el Anteproyecto de la LGS reduce este monto al 25% de la utilidad distribuible del ejercicio económico inmediato anterior.

Por último, las limitaciones que establece este artículo son: i) que la solicitud solo aplica a las utilidades del ejercicio económico inmediato anterior, y ii) que esta no puede ser realizada por los titulares de acciones que estén sujetas a un régimen especial sobre dividendos. Compartimos, además, la posición que la situación financiera de la sociedad no representa un límite para el ejercicio de este derecho¹⁴.

e. Artículo 246 de la LGS.

“Únicamente cuando se trate de una sociedad anónima cerrada, solicitar la celebración de la junta general de manera presencial.”

En su momento, la inclusión de la posibilidad de las sesiones no presenciales fue una novedad en la LGS, siendo aplicable únicamente para las sociedades anónimas cerradas. Luego, producto de la pandemia de la Covid-19 —marzo del 2020—, se promulgó la Ley 31194, mediante la cual se

modificó el artículo 21-A y se reguló la posibilidad de que los órganos de las sociedades puedan celebrar sesiones no presenciales, siempre y cuando se encuentre regulado en el estatuto.

El artículo 21-A no incluyó la posibilidad de que los accionistas soliciten que la sesión se lleve de a cabo de manera presencial y, a nuestro entendimiento, no es posible aplicar el artículo en comentario de manera análoga debido a que corresponde a una regulación específica para las sociedades anónimas cerradas. En ese sentido, en caso se quiera salvaguardar este derecho de solicitar que las sesiones se realicen de manera presencial en las sociedades distintas a las sociedades anónimas cerradas, esto deberá estar contemplado en la norma estatutaria o a través de un convenio de accionistas.

5. Accionistas con al menos 10% de las acciones suscritas con o sin derecho a voto de la sociedad.

Los accionistas que representen no menos del 10% de las acciones suscritas con o sin derecho a voto tienen el derecho de:

a. Artículo 227 de la LGS

“Solicitar la revisión de los estados financieros por auditores externos, así como las revisiones e investigaciones especiales sobre aspectos concretos de la gestión o de las cuentas de la sociedad.”

El fundamento de este artículo reside en la necesidad de garantizar la transparencia en la administración de las sociedades y de proteger los derechos de los accionistas, particularmente de aquellos que no participan directamente en la gestión diaria. Al otorgar a los accionistas, incluidos los tenedores de acciones sin derecho a voto, el derecho a solicitar auditorías externas y revisiones específicas de la gestión, se re-

13. Elías Laroza, Enrique. 2015. “Derecho Societario Peruano, La Ley General de Sociedades del Perú”. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

14. Ossio Gargurevich, Jorge. 2016. El Dividendo Obligatorio Regulado Por El Artículo 231 De La Ley General De Sociedades. *THEMIS Revista De Derecho*, n.º 69 (abril), 289-99. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16749>.

fuerza el control y la fiscalización interna de la administración, especialmente en situaciones donde podría haber deficiencias o conflictos de interés. Este artículo busca equilibrar el poder entre la administración y los accionistas, asegurando que estos últimos puedan verificar que la información financiera presentada sea veraz y refleje adecuadamente la situación económica de la sociedad.

El legislador reconoce que, en ciertos casos, la administración puede no ser imparcial o adecuada en su rendición de cuentas, por lo que habilita mecanismos de control que, en última instancia, protegen el patrimonio social y, por ende, el interés de los accionistas.

Asimismo, los requisitos establecidos en dicho artículo se aplican de igual manera a otros aspectos específicos relacionados con la gestión o las cuentas de la sociedad. En un símil con la anterior LGS, se observa que el legislador ha optado por reforzar la protección de los derechos de los accionistas minoritarios en cuanto a la solicitud de auditoría, disminuyendo el porcentaje establecido como requisito. Observamos, además, que el Anteproyecto de la LGS mantiene el espíritu del artículo en comentario, adicionando otros aspectos que probablemente sean materia de un futuro artículo.

Es conveniente precisar que, en caso este derecho sea ejercido por accionistas que representen al menos 1/3 del capital pagado de la sociedad, los gastos de la auditoría serán de cargo de esta última.

b. Artículo 414 de la LGS

“Designar un representante que vigile las operaciones de liquidación de la sociedad. Este derecho también puede ser ejercido por el titular de acciones sin derecho a voto.”

Dado que la liquidación de una sociedad implica la gestión y distribución de los activos sociales, es fundamental que se asegure la transparencia y se eviten posibles abusos o manejos indebidos por parte de los liquidadores. Al permitir que los accionistas que representan al menos la décima parte del capital social designen

a un vigilante, se introduce un mecanismo de control adicional para supervisar la correcta administración y disposición de los activos durante la liquidación. Esta figura no solo garantiza un control externo e imparcial, sino que también refuerza la confianza en que el proceso se llevará a cabo conforme a los principios legales y fiduciarios que rigen la liquidación de la sociedad, protegiendo así los intereses patrimoniales de los socios minoritarios.

6. Accionistas con al menos 5% de las acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad.

Los accionistas que represente al menos el 5% de las acciones suscritas con derecho a voto podrán:

a. Artículo 255 de la LGS

“Solicitar la celebración de la junta general.”

Al igual que en las sociedades anónimas, los accionistas de una sociedad anónima abierta tienen el derecho de solicitar la convocatoria a junta general, siempre y cuando cumplan con los requisitos formales establecidos en el artículo en comentario. La diferencia respecto del porcentaje requerido se debe al accionariado atomizado característico de este tipo de sociedades, ya que, en caso se estableciera un porcentaje mayor, esto dificultaría a los accionistas minoritarios a ejercer este derecho.

En caso el directorio o el órgano que ejerza las funciones del mismo deniegue esta solicitud, aplicará el trámite notarial o judicial regulado en el artículo 117, motivo por el cual nos remitimos a lo comentado en la sección correspondiente a dicho artículo.

Es importante recordar que por medio de la Ley 29782 de 2011, se suprimió la competencia de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores —hoy Superintendencia del Mercado de Valores— para efectuar la convocatoria en caso no la realice el órgano competente.

b. Artículo 52-A de la LGS

“A través de una solicitud escrita de accionistas que representen mínimo el 5% del capital

pagado, podrán requerir fuera de junta general la información respecto de la sociedad y sus operaciones.”

Inicialmente, el artículo 261 LGS reconocía este derecho para los accionistas de una sociedad anónima abierta. Luego, a través de la Ley 29566 de 2010, se derogó dicho artículo y se incorporó el artículo 52-A bajo comentario, extendiendo este derecho de información fuera de junta para los accionistas de las sociedades anónimas en todos sus tipos.

Como hemos mencionado anteriormente, este derecho político es fundamental para los accionistas de una sociedad. La disponibilidad de información clara, precisa y actualizada sobre la empresa, sus operaciones y su estructura de gobierno corporativo es esencial para el buen funcionamiento de cualquier mercado. La transparencia en estos aspectos permite a los inversores evaluar adecuadamente el estado de la compañía y tomar decisiones informadas sobre su participación o inversión. Sin acceso a esta información, otros derechos otorgados a los accionistas o inversores, como el voto o la participación en las juntas, pierden su valor real, ya que no pueden ser ejercidos de manera efectiva¹⁵. Además, una falta de información puede generar desconfianza, daño reputacional, afectar la estabilidad del mercado, y poner en riesgo tanto el capital como los intereses de los inversores, particularmente aquellos con menos poder dentro de la estructura accionarial. Por tanto, la calidad y accesibilidad de la información empresarial no solo respalda el cumplimiento normativo, sino que también fomenta un entorno de confianza y responsabilidad en el que los derechos de los inversores se protegen y fortalecen.

El ejercicio de este derecho no se materializará en caso se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda ocasionarle daños a la sociedad. Asimismo, el juez del do-

micilio de la sociedad resolverá en caso de discrepancia sobre el carácter reservado o confidencial de la información solicitada.

Consideramos acertados los límites al ejercicio de este derecho, toda vez que se debe de velar por el interés social, sin perjuicio del interés individual, evitando de esta manera causarle daños a la sociedad.

7. Accionistas con al menos 1 acción suscrita con derecho a voto de la sociedad.

En adición y a modo enunciativo, la LGS recoge derechos a los accionistas sin requerir un porcentaje mínimo, es decir, podrán ejercer los siguientes derechos por el solo hecho de su condición como tal:

a. Artículo 15 de la LGS

“Cualquier accionista puede demandar el otorgamiento de la escritura pública o solicitar la inscripción de los acuerdos que requieran estas formalidades.”

b. Artículo 76 de la LGS

“Cualquier accionista podrá solicitar que se compruebe judicialmente la valorización de los aportes no dinerarios mediante operación pericial.”

c. Artículo 119 de la LGS

“El titular de una acción suscrita con derecho a voto puede solicitar la convocatoria a junta obligatoria anual u a otra ordenada por el estatuto, en caso alguna de estas no se convoque dentro del plazo.”

d. Artículo 137 de la LGS

“El accionista puede solicitar, bajo su propio costo, la copia certificada del acta de junta general incluso no haya asistido a la misma.”

e. Artículo 139 de la LGS

“Cumpliendo con los requisitos establecidos

15. Payet Puccio, José. 2003. «Empresa, Gobierno Corporativo Y Derecho De Sociedades: Reflexiones Sobre La Protección De Las Minorías». *THEMIS Revista De Derecho*, n.º 46 (julio), 77-103. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9965>.

en la LGS, el accionista está facultado para impugnar los acuerdos de la junta general.”

f. Artículo 158 de la LGS

“Cualquier accionista puede solicitar al juez la convocatoria a junta de accionistas en caso el gerente general no lo realice de manera inmediata a las vacancias múltiples de los directores.”

g. Artículo 181 de la LGS

“Cumplidos los tres meses desde que la junta general resolvió el inicio de la pretensión social de responsabilidad y no se haya interpuesto la demanda, cualquier accionista puede entablar directamente la misma.”

h. Artículo 200 de la LGS

“Ante la aprobación de los acuerdos detallados en el artículo 200 sin el voto a favor del accionista, este puede ejercer su derecho de separación de la sociedad.”

i. Artículo 207 de la LGS

“Cualquier accionista podrá ejercer el derecho de suscripción preferente en escenarios de aumento de capital de la sociedad.”

j. Artículo 209 de la LGS

“Cualquier accionista podrá transferir libremente, en forma total o parcial, los certificados que representen su derecho de suscripción preferente, salvo que lo prohíba el estatuto.”

k. Artículo 237 de la LGS

“Cualquier accionista podrá ejercer el derecho de adquisición preferente, salvo en el caso de las sociedades anónimas abiertas.”

V. DERECHOS ADICIONALES QUE PUEDEN SURGIR POR PACTO CONVENCIONAL EN EL ESTATUTO O CONVENIO DE ACCIONISTAS

Luego de este breve resumen respecto a los derechos de los accionistas según su nivel de participación en el capital social, así como la forma y oportunidades de ejercerlos; referimos que, a través del estatuto social o de los convenios de accionistas, se pueden establecer ciertos dere-

chos adicionales que protejan los intereses de los accionistas —tanto mayoritarios como minoritarios—. En el caso de estos últimos, se busca equilibrar la situación de desventaja frente a los accionistas mayoritarios que, en la práctica y situaciones usuales, debido a su porcentaje en el accionariado, controlan la sociedad.

Los convenios de accionistas son aquellos acuerdos estratégicos y de carácter vinculante, celebrados entre los propios accionistas o entre estos y terceros, con el fin de regular las relaciones internas y establecer condiciones específicas sobre la gestión y control de la sociedad. Según lo dispuesto por el artículo 8 de la LGS, estos acuerdos son válidos y exigibles ante la sociedad desde el momento en que le son comunicados. Claro está que los términos y condiciones estipulados en los convenios de accionistas no contravengan las normas imperativas ni las disposiciones del estatuto social, ya que, en caso de conflicto, prevalecerán siempre las normas establecidas en este último.

Desarrollar todos los derechos y situaciones que podrían incluirse en un convenio de accionistas para regular los intereses de los accionistas podría ser tema de un artículo independiente, por lo que lo que buscamos es conceptualizar a continuación algunos de los acuerdos más comunes en los convenios de accionistas o en el estatuto de la sociedad que buscan cumplir con la finalidad antes mencionada:

1. Tag along.

Denominado también como “derecho de acompañamiento”, es aquella cláusula que protege a los accionistas minoritarios, permitiéndoles vender sus acciones bajo las mismas condiciones que el accionista mayoritario, cuando este decide vender su participación accionaria. De esta manera, los accionistas minoritarios tendrán derecho a unirse a la venta pactada por el mayoritario, no viéndose afectados por su poco poder de negociación debido a su poca participación accionaria, y de esta forma resignarse a quedarse con un accionista que no conocen si es que no ejercen derechos de preferencia en la adquisición de acciones. Usualmente esta

cláusula va aparejada a situaciones de salida anticipada —primero se venden las acciones del minoritario—, y un paquete indemnizatorio que replica el obtenido por el mayoritario. Por tanto, sus condiciones de salida teóricamente deberían ser más beneficiosas que las que hubiera podido conseguir negociando individualmente su salida.

2. Put option.

Denominado también como una “opción de venta”. Implica el derecho que tiene un accionista de obligar a otro accionista a adquirir sus acciones. El razonamiento subyacente a este mecanismo radica en que el accionista minoritario puede beneficiarse del crecimiento sostenido de la empresa a lo largo del tiempo, permitiéndole, en un futuro, vender sus acciones restantes a un valor superior al que habrían alcanzado en la fecha original de venta¹⁶. Suelen establecerse mecanismos de negociación con ventanas de oportunidad y precios a ser pactados mediante valorizaciones futuras, a determinado corte y con *floors* —precio mínimo de adquisición por el mayoritario—.

3. Derechos de veto o supermayorías.

Al establecer mayorías más altas respecto del quórum y votación, conforme a las reglas establecidas en la LGS, los accionistas minoritarios podrán establecer que determinados acuerdos requieran necesariamente su voto a favor —o el de los directores nombrados por estos—, a pesar de que los accionistas mayoritarios cuenten con una participación considerable en el capital social o los directores nombrados por estos últimos representen a la mayoría del directorio. No se debe perder de vista que la regulación de este derecho, de ser el caso, debe ser diseñado con suma cautela, buscando evitar que surja un quebrantamiento en la conducción del negocio. Para estos escenarios, se negocian cláusulas de *deadlocks* o desacuerdos sustanciales, que ayudan a destrabar la sociedad, pero con el

costo de la salida de un accionista —usualmente el minoritario—.

4. Nombramiento y revocatoria de posiciones gerenciales clave.

Una forma adicional de custodiar derechos de la participación minoritaria es a través de la facultad de determinar posiciones clave en la compañía —como, por ejemplo, un CFO —*Chief Financial Officer*—, COO. —*Chief Operating Officer*— o un número de directores que permitan tener visibilidad respecto a lo que sucede en la sociedad—. Esto puede venir aparejado de la facultad de solicitar la remoción de otros miembros de la administración en supuestos específicos no necesariamente regulados en la LGS, tales como el no llegar a cumplir determinados objetivos de negocio o financieros o tener alguna denuncia interna por mal comportamiento, entre otros.

VI. CONCLUSIONES

Desarrollar a profundidad cada uno de los derechos descritos en este breve artículo sería subestimar siglos de doctrina y análisis de juristas. Cada derecho mencionado en este trabajo ha sido motivo individual e independiente de trabajo de distintos abogados, por lo que buscar una investigación en este número de páginas sería baladí de nuestra parte. Por el contrario, el objetivo del presente artículo es servir como una guía didáctica, de fácil consulta y manejo respecto a los derechos de los accionistas por umbrales, prestando especial atención respecto a cómo estos varían en función de su porcentaje de participación en el capital social.

Como se puede observar, aunque la LGS garantiza ciertos derechos mínimos a todos los accionistas, aquellos con una participación minoritaria enfrentan desafíos particulares en la defensa de sus intereses dentro de la estructura societaria. En ese sentido, resulta vital para ellos conocer la forma de ejercer sus derechos para ser

16. de la Piedra, Ricardo, y Beatriz Melo. 2021. Consideraciones Prácticas en la Adquisición Parcial de Acciones del Fundador de una Start-up. *Ius Et Praxis* 53: 79-93. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.5056>.

eficaces en ejercer su participación, tanto económica como política, en la marcha societaria.

A través de un examen detallado de los derechos que asisten a los accionistas minoritarios según su porcentaje de participación, hemos destacado, además, los mecanismos legales y convencionales que pueden emplearse para equilibrar las relaciones de poder dentro de la sociedad. Específicamente, hemos abordado cómo el estatuto social y los convenios de accionistas pueden establecer protecciones

adicionales; tales como el derecho de acompañamiento —*tag along*—, la opción de venta —*put option*—, y el derecho de veto, entre otros, con el fin de asegurar una mayor equidad en la toma de decisiones corporativas.

La correcta aplicación de estos derechos y mecanismos es fundamental para garantizar un entorno corporativo justo y equilibrado, donde todos los accionistas, independientemente de su participación, puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

AGRADECIMIENTOS

ADVOCATUS brinda un especial agradecimiento a quienes hicieron posible la presente edición:

Luis Aguirre Alván	Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera
Juan Olavarria Vivian	
Marco Antonio Ortega Piana	Rafael Prado – Litigio Judicial y Arbitral
Americo Hidalgo Gomez	Alvaro Niño de Guzman Garcia
Carlo Vargas Pacheco	Paula Zeballos De la Torre
Ricardo de la Piedra Calle	Nicolás Cano Gonzales
Luis Hernández Parra Morzán	María José Montalvo Pérez
Juan Pablo Gómez – Moreno	Alessandra Andrea Franco Merino
Rocio Goyanes	Ana Flavia Coronel Ramos
Florencia Wajnman	Daniel Camargo Bobadilla
Sandro Espinoza Quiñones	Ivana Cuadros Gonzales
Christian Estrada Rojas	Bianca Quevedo Malca
Javier Ferrero Diaz	Alvaro Gonzales Delgadillo
Ricardo Ampuero Llerena	André Defilippi Salazar
Jose Salcedo Machado	Benjamin Espinosa Lanao
Elody Malpartida Zamora	Andrea Sanchez Sanéz
Camila Mendoza Rossell	Marisol Rouillon Alva
Raffo Velasquez Melendez	Britney Candia Teran
Luis Breuer Gonzales	Pamela Aldana Saldivar
Paula Ibarguen Ponce	Florencia Drinot Ugaz
Matias Quiroz Arellano	Fatima Lozada Rivera
Christian Armando Carbajal Valenzuela	Maria Elena Dupuy Suito
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio	Aaron Perez Urbina
Marcial Gutierrez Lucar	Nicolás Sáenz Vergara
Sheilah Vargas Soto	Renzo Valladolid Godoy
Observatorio Marino Costero Peruano	Dha Eun Kim Park
Productos LEA	Fares Calderón Huaycochea
	Antonino Casas Ramirez



ADVOCATUS

agradece especialmente a María Fernanda Soto Bazán, Rodrigo Emilio Hesse Martínez, Luis Alonso Jaymez Valdivia, José Alfredo Agreda Pastor, Joel Alberto de Jesús Santillán Dulanto, Ariana Henríquez Sánchez, Valeria Dorita Arias Suárez, Isabella Navia Atoche, Renzo Mauricio Batti Kikta, Fabrizio Solari Barco, Valeria Ruiz Horna, Juan Manuel Iglesias Inciso, Sebastián Scarneo Carrillo, Jorge Lazo Lema, Alejandro Valencia Chabaneix, Jeong Min Kim, Aitana Ocampo Espinosa, Daniela Marchesi Briceño, Maria Jose Cevasco Del Pielago, Sophia O'Connor D'Arlach Denegri, Luis Karim Escobar Cacha, Judith Antonella Paredes Isaak, Marcela Soto Chocano, Lucero Veliz Soto, Dimar Mejía Mendieta, Jimena del Solar Figuerola, Alejandro Alvarado Padilla y Eliane Polo Castillo por su valiosa contribución y por el constante esfuerzo brindado durante el tiempo que permanecieron como Miembros Activos en nuestra Asociación.

