

INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

ORLANDO CABRERA*

New York University, Nueva York, Estados Unidos de América

1. LA PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL PERÚ A TRAVÉS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

El Perú cuenta tanto con tratados bilaterales como tratados de libre comercio con capítulo de inversión, y en estos tratados es donde se consagra el consentimiento al arbitraje. Podemos tomar como ejemplo el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Canadá y Perú, donde los dos Estados contratantes consintieron someter reclamaciones al arbitraje; en el artículo 825 consta el consentimiento de cada Estado para someter una reclamación al arbitraje. Este consentimiento y la reclamación a arbitraje de un inversionista cumplen con los requisitos del Convenio CIADI, la Convención de Nueva York y la Convención Interamericana.

Un capítulo de protección a las inversiones en un tratado de libre comercio o tratado bilateral contiene las protecciones que se le otorgan al inversionista. Los estándares de protección que habitualmente se encuentran presentes son protección y seguridad plena, trato nacional, trato de la nación más favorecida, requisitos de desempeño, trato justo y equitativo, transferencias, expropiación directa e indirecta y cláusulas paraguas. Estas protecciones sustantivas se hacen efectivas por medio de consultas, negociación y conciliación, aunque el arbitraje es la vía más efectiva en virtud de que se emite un laudo que condena al Estado y puede ejecutarse en distintos países.

El Tratado de Libre Comercio celebrado entre Estados Unidos y Perú define inversión como: (a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el

* Estudió Derecho en la Université de Montréal (UdeM) en Canadá, donde fue alumno de intercambio, y en la Universidad de las Américas Puebla (UDLAP) en México, donde se graduó de la licenciatura en Derecho con la distinción *magna cum laude*. Realizó una maestría en la New York University (NYU), School of Law en los Estados Unidos de América. Estudió en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y en la Escuela Libre de Derecho (ELD) diplomados en Derecho de la Energía, Telecomunicaciones y Competencia Económica.

patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda y préstamos; (d) futuro, opciones y otros derivados; (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; (f) derechos de propiedad intelectual; (g) licencia, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna, y (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda. Así, por ejemplo, si un inversionista de Estados Unidos tiene una empresa en Perú, esta inversión estaría protegida bajo dicho tratado.

La protección en estos tratados es extensa. Las protecciones sustantivas incluyen la expropiación directa, la cual ocurre cuando se priva al inversionista de su propiedad y por lo general existe una transferencia de título de propiedad. La expropiación indirecta puede ocurrir cuando el Estado realiza actos administrativos que privan al inversionista de su inversión. Un ejemplo sería cuando de forma arbitraria y discriminatoria el Ministerio de Minas revoca permanentemente un decreto por el que se otorgaba a una empresa una concesión.

Otro derecho sustantivo es el trato justo y equitativo, que contiene las nociones más amplias en cuanto a buena gobernanza y Estado de derecho expresadas en términos de estabilidad, transparencia y predictibilidad. En el caso *Cervin c. Costa Rica*, el tribunal interpretó que el trato justo y equitativo protege contra la frustración de expectativas legítimas cuando hay un repudio deliberado de los principios en los que se basa el marco regulatorio, la arbitrariedad, la irracionalidad, la falta de transparencia, la violación del debido proceso administrativo y la mala fe. Administraciones populistas violan con mayor frecuencia el trato justo y equitativo, sobre todo cuando actúan de forma arbitraria e irracional, cuando el marco regulatorio estaba en un sentido y, posteriormente, llega una nueva administración populista y de forma arbitraria cambia todo por completo, de forma tal que afecta al inversionista.

Otro estándar de protección es la seguridad y protección plena que a veces va de la mano con el trato justo y equitativo, que es una obligación de no lastimar al inversionista o la inversión a través de actos atribuibles al Estado; proteger sus inversiones de actos de particulares en disturbios, acciones y omisiones (por ejemplo, comunidades indígenas que se levantan contra las empresas), y complementar el monopolio del Estado sobre el uso de la fuerza (donde el Estado hace uso de la fuerza tanto por un hacer como un no hacer).

Respecto al número total de arbitrajes de inversión, a diciembre del 2017 había un total de 817 casos conocidos. Argentina, por el tema de la pesificación y las crisis económicas, había sido el más demandado; luego Venezuela, por un gobierno populista al igual que Bolivia; Perú había tenido un desempeño razonable en virtud de toda la

inversión extranjera directa que tenía. A nivel mundial, se calculaban unos 1023 casos hasta 2019, los cuales han aumentado de manera sustancial, principalmente desde la década del 2000. Argentina continúa siendo el más demandado por las devaluaciones, las inflaciones, los cacerolazos y demás problemas que tuvieron durante esa década; España ahora es el segundo país más demandado debido al cambio regulatorio en materia de energías renovables; la República de Venezuela tuvo gobiernos con políticas de expropiaciones muy fuertes, y la República Checa, que pasó del comunismo al capitalismo, también ha enfrentado muchos casos.

Recientemente, Perú ha salido en las noticias como uno de los países con mayor número de demandas ante el CIADI, registrando más de quince casos nuevos. ¿Cuántos casos hay contra Perú hasta el 2021? Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), en total Perú ha tenido veinticinco casos, de los cuales dos se descontinuaron, dos se transigieron, seis se decidieron a favor del Estado y dos a favor del inversor. Sin embargo, actualmente Perú enfrenta trece casos y aquí es donde se viene el problema. ¿Cómo leemos esto? A Perú le ha ido bastante bien, pero había tenido doce casos, lo cual no representaba mayor riesgo en poco más de una década, pero ahora hay trece casos pendientes y podría ser que veamos condenas sustanciales a pagar daños; por ejemplo, el caso de Odebrecht y otros en materia de gas. Hasta ahora, los casos en los que ha perdido el Estado han sido dos: Bear Creek Mining y Tza Yap Shum. Por ello, podemos decir que le ha ido muy bien a Perú: ha perdido alrededor de veinte millones de dólares, que no es nada comparado con las otras condenas que hemos visto en algunos países como India, Rusia y Pakistán. Entonces, le ha ido muy bien a Perú.

2. EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES Y LA ACTUAL ADMINISTRACIÓN

El CIADI es un brazo del Banco Mundial que administra conciliaciones y arbitrajes en materia de inversiones extranjeras. Cabe aclarar que existe el Convenio CIADI, que es un convenio internacional firmado por una multiplicidad de países. Tiene un reglamento de arbitraje y este convenio fundó el CIADI, que es un organismo internacional con sede en Washington. El Convenio CIADI entró en vigor en 1966. En el último conteo hubo 156 Estados contratantes de este convenio. Uno de los Estados más recientes en adoptarlo ha sido México, aunque Perú tenía una tradición mucho más antigua y eso es bueno porque refleja una seguridad para los inversionistas en cuanto al Estado de derecho. En la región, los países que han dejado de ser miembros del CIADI son Venezuela, Bolivia y Ecuador; por sus políticas decidieron separarse del convenio, pero Ecuador se acaba de volver a unir. No obstante, Perú destaca porque de forma constante sigue reflejando esa protección a las inversiones dando desde hace décadas una buena

señal, un aliciente de que el Estado de derecho, si no se cumple a cabalidad en el ámbito local, en el marco internacional sí se puede hacer cumplir.

Ahora, ¿qué ha dicho esta administración con relación al CIADI? El actual presidente, en junio del 2021, antes de ser presidente, prometió denunciar el Convenio CIADI y negociar todos los tratados. El ideario y programa de Perú del doctor Vladimir Cerrón Rojas considera que el CIADI y este sistema de justicia internacional están al servicio de las transnacionales y, peor aún, que “los árbitros se enriquecen por cada causa vista fallando a favor de quienes logran corromperlos”. Yo honestamente no creo que sea así porque ya dijimos que Perú solo ha perdido dos casos, es decir, han sido muy pocos. El Gobierno actual tiene una visión muy desinformada de lo que es la realidad y muy negativa; entonces, hay que estar a la expectativa de si decide o no terminar con todos estos tratados. No es coincidencia que Perú refleje los sectores donde con mayor frecuencia nacen estos casos de arbitraje de inversión, pues Perú, siendo un país minero, es, por consiguiente, donde más ocurren o más frecuentemente ocurren los casos de petróleo, gas, minería y renovables.

En cuanto al procedimiento arbitral, ocurre como cualquier otro proceso: se presenta una notificación, hay un periodo de espera de seis o a veces tres meses y transcurre el procedimiento hasta llegar a un laudo.

3. CASO PRÁCTICO: BEAR CREEK MINING C. PERÚ

Los hechos de este caso ocurrieron en un sitio de Santa Ana, Puno, el cual tiene sesenta y tres millones de onzas de plata, y se llevó a cabo según el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Canadá y Perú.

En el 2007, Bear Creek Mining o BCM, una empresa minera, adquirió la concesión minera y empezó trabajos de exploración y estudios de impacto ambiental y social. Durante este tiempo, hubo fricciones con las comunidades locales. Siendo así, en el 2008, hubo problemas severos porque el personal de BCM fue amenazado y atacado, y sus oficinas saqueadas e incendiadas. Esto podría ser una violación a la seguridad y la protección plena. Sin embargo, no se decidió sobre ese punto.

En el 2011, hubo un decreto presidencial que suspendió el proyecto y canceló el derecho de la minera a explotar en cincuenta kilómetros la frontera bajo el argumento de que ya no estaba en el interés nacional.

Sin embargo, un tema interesante es que el Primer Juzgado Constitucional de Lima concluyó que la revocación del Decreto Supremo 083 fue inconstitucional. En este caso, se evidencia cómo hubo una interacción entre medios de defensa locales e internacionales, pues esta sentencia le da tranquilidad al tribunal arbitral porque es una prueba en que se declaró la inconstitucionalidad.

El tribunal resolvió que BCM tenía derechos protegidos conforme al tratado, pues tenía una concesión. Asimismo, decidió que ocurrió una expropiación indirecta porque las acciones del Gobierno tuvieron un impacto negativo en la inversión de BCM. También se concluyó que fue una expropiación ilegal porque Perú no le dio oportunidad a BCM de ser oída antes de revocar sus derechos mineros y no indemnizó.

El tribunal condenó a pagar costos hundidos porque la inversión no había iniciado como tal, estaba en una fase muy incipiente y consideró el futuro del proyecto especulativo e incierto. De este modo, se condenó a pagar 18,2 millones de dólares más intereses y costas de abogados.