

Quando el Perú va al CIADI:

Una mirada a la política del Estado peruano con relación a los arbitrajes de inversión

Fernando Cantuarias[1]
Nicolás Serván[2]

I. Introducción [\[arriba\]](#)

En los últimos años, el Perú ha sido uno de los países más demandados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, “CIADI”). Entre los años 2021 y 2022, fue uno de los más demandados del mundo con 11 casos[3]. En el 2023, en la estadística disponible a junio de ese año, el Perú tenía 3 casos iniciados en su contra[4].

La estadística no es alentadora. Sin embargo, no todos los casos son consecuencia de la violación de un tratado bilateral de inversiones o de las protecciones a los inversionistas que contienen los tratados de libre comercio, sino que muchos de los casos iniciados contra el Perú se basan en alegadas violaciones contractuales regidas por la ley peruana.

La distinción no es menor, en tanto en el primero se discute la responsabilidad internacional del Estado por violar el derecho sustantivo otorgado a los inversionistas; mientras que, en el arbitraje contractual se discute el incumplimiento de una obligación contractual[5].

En este artículo se analiza el marco institucional para la prevención de controversias entre inversionistas y el Estado peruano, tomando en cuenta las recomendaciones de las mejores prácticas identificadas por el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL, así como las políticas de inversión recomendadas por la UNCTAD.

Adicionalmente, este artículo analiza si existe una política del Estado peruano para definir en qué supuestos ofrecerá a los inversionistas el acceso al arbitraje del CIADI u otro tipo de pacto de solución de controversias.

La revisión de la regulación que permite al Estado peruano someter sus controversias a un arbitraje contractual de inversiones ante el CIADI, demuestra que no existe una clara política estatal sobre los supuestos en los que el Estado debe someter sus controversias ante el CIADI. Esta afirmación se ve reforzada a partir de los convenios arbitrales contenidos en una serie de contratos de concesión y de convenios de estabilidad jurídica.

II. El Perú ante el CIADI [\[arriba\]](#)

En esta sección, se hará un breve recuento de la estadística disponible del CIADI sobre los casos iniciados a partir del año 2020.

De acuerdo con la estadística brindada por el CIADI, en el año 2020 se iniciaron 40 arbitrajes bajo el convenio CIADI y 3 casos bajo el mecanismo complementario del CIADI. Además, se administraron en total 21 casos ajenos al CIADI[6]. De esos casos, el 32% fueron iniciados contra países de América del Sur. En específico, los dos países

más demandados en ese periodo fueron Colombia y Perú con 5 casos arbitrales cada uno[7].

Por su parte, en el 2021, se iniciaron 67 arbitrajes bajo el convenio CIADI y 2 casos bajo el mecanismo complementario del CIADI. Asimismo, se administraron en total 19 casos ajenos al CIADI. En dicho año, la mayoría de los casos se iniciaron contra países de Europa Oriental y Asia Central (30% de los casos). Sin embargo, el país más demandado de todo el mundo fue el Perú, con un total de 6 casos arbitrales[8].

En el 2022, se iniciaron 48 arbitrajes bajo el convenio CIADI y 2 casos bajo el mecanismo complementario del CIADI. También se administraron en total 18 casos ajenos al CIADI. De todos estos casos, el 22% fue iniciado contra países de América del Sur. Nuevamente, en dicho año el Perú fue el país más demandado del mundo, con 5 casos arbitrales iniciados en su contra[9].

Al 30 de junio de 2023, se iniciaron 23 casos bajo las Reglas CIADI. A esa fecha, el Perú registró 2 casos en su contra y 1 contra PeruPetro S.A., que es una empresa estatal de derecho privado[10].

Los últimos 20 casos CIADI iniciados contra el Perú o alguna de sus subdivisiones, los resumimos en la siguiente tabla:

N°	CASO	INDUSTRIA	INVOKED
1	TV Azteca S.A.B de C.V. and Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/23/37)	Telecomunicaciones	Contrato FTA México- Perú
2	Operadora Ecológica del Titicaca S.A.C. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/23/11)	Agua y Saneamiento	Contrato
3	Bank of Nova Scotia v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/22/30)	Financiero	FTA Perú- Canadá
4	Upland Oil and Gas LLC (USA) and Upland Oil and Gas LLC (Perú) v. PeruPetro S.A. (ICSID Case No. ARB/22/19)	Gas, petróleo y minería	Contrato
5	Enagás Internacional S.L.U. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/21/65)	Gas, petróleo y minería	BIT Perú-España
6	VINCI Highways SAS and VINCI Concessions SAS v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/21/60)	Construcción	BIT Francia-Perú
7	Metro de Lima Línea 2, S.A. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/21/57)	Transporte	Contrato
8	Concesionaria Peruana de Vías- COVINCA, S.A. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/21/45)	Construcción	Contrato
9	Metro de Lima Línea 2, S.A. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/21/41)	Transporte	Contrato
10	Kaloti Metals & Logistics, LLC v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/21/29)	Servicios	TPA Estados Unidos de América-Perú
11	APM Terminals Callao S.A. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/21/28)	Transporte	Contrato
12	Telefónica S.A. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/21/10)	Información y Comunicaciones	BIT España-Perú
13	Quanta Services Netherlands B.V. v.	Información y Comunicaciones	BIT Países Bajos-Perú

	Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/21/1)		
14	Worth Capital Holdings 27 LLC v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/20/51)	Petróleo, gas y minería	FTA Canadá-Perú
15	Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/20/18)	Construcción	Contrato
16	SMM Cerro Verde Netherlands B.V. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/20/14)	Petróleo, gas y minería	BIT Países Bajos-Perú
17	Freeport-McMoRan Inc. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/20/8)	Petróleo, gas y minería	TPA Estados Unidos de América-Perú
18	Odebrecht Latinvest S.à.r.l. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/20/4)	Petróleo, gas y minería	BIT Perú-Bélgica-Luxemburgo
19	Latam Hydro LLC and CH Mamacocha S.R.L. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/19/28)	Energía eléctrica	Contrato TPA Estados Unidos de América-Perú
20	IC Power Ltd and Kenon Holdings Ltd v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/19/19)	Energía eléctrica	FTA Perú-Singapur

En estos 20 casos, en 11 de ellos se invocó un tratado como sustento del reclamo, ya sea un tratado bilateral de inversiones o un tratado de libre comercio. En 7 casos se invocó exclusivamente un Contrato que contaba con un convenio arbitral CIADI, mientras que en 2 casos se invocó conjuntamente un tratado y un contrato.

Otro aspecto relevante es la variedad de sectores involucrados en las controversias contra el Perú: Gas, petróleo, minería, construcción, telecomunicaciones, energía, transporte, financiero y agua y saneamiento.

A partir de esta información, intentaremos realizar un análisis de la política institucional del Perú para proteger y promover las inversiones en el país, así como la regulación aplicable cuando el Perú ofrece convenios arbitrales CIADI en diversos contratos a inversionistas.

III. La Política Institucional de protección y promoción de inversiones [\[arriba\]](#)

El artículo 63 de la Constitución Política del Perú, dispone que “*la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones*”. De hecho, el Ministerio de Economía y Finanzas del Perú reconoce la importancia de la inversión extranjera en el desarrollo del país, en su Guía de compromisos en los acuerdos internacionales de inversión y prevención de controversias internacionales de inversión. Además, la Guía destaca que los tratados de promoción de inversiones son los instrumentos más relevantes para la protección de las inversiones:

“Los acuerdos comerciales (tratados de libre comercio - TLCs) con capítulos de inversión, y de acuerdos de promoción y protección de inversiones (APPRI) proveen a los inversionistas peruanos en los países socios en los acuerdos protección y condiciones estables y predecible de comercio e inversión, y garantizan a los inversionistas de estos países estas condiciones en el Perú”[11].

Sin embargo, la sola existencia de estos tratados que buscan promover y garantizar las inversiones, no son por sí mismos suficientes, ya que se requiere que el Estado peruano desarrolle un comportamiento adecuado frente a los inversionistas y sus inversiones. De hecho, en la Guía se señala que lo relevante es *“la adecuada observancia a los compromisos adquiridos por Perú en materia de protección de inversiones y la prevención de controversias de inversión contribuyen a un clima de inversión positivo”*[12].

Lo cierto es que únicamente hace falta revisar algunos de los últimos casos iniciados contra el Perú, para entender que las declaraciones del Estado peruano no son precisas y no muestran una clara política de protección de inversiones y mitigación de controversias de inversión. En el caso *Kaloti Metals & Logistics, LLC v. Republic of Peru* (ICSID Case No. ARB/21/29), el inversionista alegó lo siguiente al presentar su solicitud de arbitraje ante el CIADI:

“The dispute arose from public measures, omissions, and official orders taken by Peruvian authorities, within the country’s territory, against Kaloti Metals’ properties and assets (i.e., investments) protected under the TPA. The measures taken by Peru include, without limitation, seizures of goods, regulatory harassment, discriminatory measures, undue administrative procedures, violation of due process rights, and a failure to negotiate in a good faith”[13].

En el caso de *Freeport-McMoRan Inc. v. Republic of Peru* (ICSID Case No. ARB/20/8), el inversionista sostuvo lo siguiente en su solicitud de arbitraje ante el CIADI:

“This Notice of Arbitration arises out of Peru’s violations of the contractual commitments it made more than 20 years ago to induce Freeport and SMCV to invest hundreds of millions of dollars into the Peruvian economy, Peru’s arbitrary imposition of penalties and interest against SMCV, and Peru’s efforts to sanitize its breaches through tainted proceedings before the Tax Tribunal that have violated Freeport’s and SMCV’s due process rights”[14].

En el caso *Latam Hydro LLC and CH Mamacocha S.R.L. v. Republic of Peru* (ICSID Case No. ARB/19/28), se señaló lo siguiente en la solicitud de arbitraje presentada ante el CIADI:

“Peru is responsible under the Treaty, customary international law, the RER Contract, and Peruvian law for all of the actions or omissions of its ministries and regional authorities. Their cumulative and separate actions and omissions unreasonably, unfairly, and discriminatorily targeted the Mamacocha Project and destroyed Claimants’ investments. Latam Hydro’s losses directly resulting from the government delicts have been enormous, including expenditures of millions of dollars spent fighting governmental delays and interferences, direct impairment of its expected investment returns exceeding US \$30 million, as well as other direct, consequential and lost profit damages”[15].

Si bien es cierto estas alegaciones de los inversionistas no son prueba suficiente de su caso, si ponen en evidencia que existe un gran número de inversionistas (19 desde el año 2020 a junio de 2023) que consideran que existe una actuación arbitraria por parte del Estado peruano. Y ello se repite en diversos sectores de la economía (Gas, petróleo, minería, construcción, telecomunicaciones, energía, transporte, financiero y agua y saneamiento) y con distintos órganos de gobierno involucrados

(ministerios, la autoridad tributaria, gobiernos regionales, empresas estatales, entre otros).

En marzo de 2023, el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL publicó una compilación de las mejores prácticas para la prevención y mitigación de disputas de inversión, en la que resaltó las principales causas que generan controversias de inversión, según las encuestas del Banco Mundial:

“Past surveys and World Bank Group’s studies show that investment disputes emerge from host State misconduct, in particular intra - governmental coordinating failures, and that the three main politics and risks for investors leading to divestment or cancellation of planned investment are (i) the lack of transparency and predictability in dealing with public agencies, (ii) sudden change in the laws and regulations, and (iii) delays in obtaining necessary Government permits”[16].

Precisamente, estos son el tipo de problemas que resaltan en los reclamos de los inversionistas contra Perú, como actuaciones contrarias a los acuerdos de estabilidad jurídica por parte de las autoridades tributarias o comportamientos de autoridades locales como municipalidades.

En ese contexto, este artículo busca traer a discusión algunas ideas y recomendaciones de organismos internacionales, para generar una política de promoción de inversiones y prevención de controversias.

En el año 2006, la OECD emitió un reporte sobre las políticas para las inversiones, señalando que se había extendido la creación de agencias de promoción de la inversión, con el objetivo de crear un ambiente atractivo para las inversiones, destacando que *“centralising foreign investment promotion and facilitation activities, such as information dissemination and policy advocacy, within a single agency can be more cost effective and provides an opportunity to present a coherent impression of a country’s attractiveness to investors”[17].*

En el Perú, existe una agencia de promoción de la inversión (PROINVERSION) que es la encargada de promover la inversión privada a nivel nacional, a través de Asociaciones Público-Privadas (APPs), Proyectos en Activos (PAs) y Obras por Impuestos (OXIs). Esta es una agencia que se encuentra adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas, pero que cuenta con autonomía técnica, funcional y administrativa.

También existe un Sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión (SICRESI), con los siguientes objetivos principales:

“a) Optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a las Controversias Internacionales de Inversión, permitiendo una oportuna y apropiada atención.

b) Centralizar la información de los acuerdos y tratados en materia de inversión suscritos por el Estado peruano que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias.

c) Establecer un mecanismo de alerta frente al surgimiento de cualquier Controversia Internacional de Inversión.

d) *Centralizar la información respecto a las Controversias Internacionales de Inversión que se susciten.*

e) *Definir el procedimiento de coordinación entre las Entidades Públicas involucradas en una controversia”[18].*

De hecho, la UNCTAD en su Guía sobre prevención y alternativa al arbitraje para las disputas inversionistas-Estado[19], resalta la importancia de que el Perú haya creado el SICRESI, con el encargo de dar pronta respuesta a las controversias con inversionistas, lo que permitiría una actuación coordinada entre todas las autoridades gubernamentales involucradas en la controversia. Sin embargo, la propia UNCTAD advierte el siguiente riesgo:

“The Peruvian authorities have taken a bold and strong decision when deciding to organize the coordination and defense of cases by means of a law of mandatory application. The main goal was to ensure that coordinated action is taken and information is available without delay. Budgetary matters and allocation of payments are also better handled within a law. However, a possible structural deficiency in the system is that the collection of information and the handling of disputes are not in the hands of the same agency, such a collegial coordination among agencies rather than the empowerment of one single agency may also impede effective decision-making at the negotiation stage and may lead to difficulties in building focused internal capacity for dealing with ISDS cases within one agency”.

Aunque inicialmente la labor del SICRECI generó comentarios positivos, el aumento en la cantidad de casos (únicamente estamos considerando la estadística del CIADI) revela que el sistema requiere de urgentes ajustes y de una visión más integral en la promoción de las inversiones, junto con estrategias de prevención de controversias.

Precisamente en la compilación de las mejores prácticas para la prevención y mitigación de disputas de inversión del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL, se resalta la importancia de que una sola agencia se encargue de monitorear las potenciales disputas. En ese sentido, la agencia líder de este proceso no solo debe trabajar activamente cuando sea notificada una intención de iniciar un arbitraje (como sucede en la actualidad con el SICRECI), sino que debe, necesariamente, realizar labores preventivas como la siguiente:

“Lead Agency may establish a database of obligations undertaken in various IIAs. In particular, it may focus on potential obligations that may arise due to investors invoking a most favored nation clause. This exercise may motivate the renegotiation of IIAs with problematic provisions. The Lead Agency may adopt a similar approach towards investment contracts and flag the contracts which could possibly be renegotiated”.[20]

Adicionalmente, como señala la UNCTAD, es especialmente relevante que el Estado identifique los sectores más sensibles y en los que se generan más controversias, para adoptar una política más activa de promoción de la inversión y la prevención de controversias:

“Countries’ experience in dealing with dispute prevention policies shows that an important step in setting up these policies is the identification of so-called sensitive sectors of the economy or sensitive contractual arrangements. These contractual

arrangements could be on the basis of national laws, regulations, contractual practice and of course the commitments made under investment treaties, for example pre-establishment commitments”.[21]

Además, se destaca que promover una revisión administrativa de las decisiones gubernamentales, puede ayudar a resolver las controversias de forma previa: *“the host State may recognize the controversy of a measure and may hence decide to alter or reverse it at least to the extent it is willing to do so and within a set time frame to avoid delay. Alternatively, the State may take some appropriate measures to address the negative impact of a measure”.[22]*

Este artículo no pretende dar una receta completa acerca de cómo modificar la política de promoción de las inversiones y la prevención de las controversias con el Estado peruano, pero sí busca llamar la atención acerca de distintas alternativas que existen en guías de inversión para mejorar el sistema para que el Perú no continúe en la lista de los países más demandados de la región y del mundo.

IV. ¿Cuándo el Perú debe ofrecer la posibilidad a un inversionista de resolver sus controversias contractuales ante el CIADI? [\[arriba\]](#)

En esta sección, analizaremos (i) la regulación aplicable al Estado peruano para someter sus controversias a arbitraje internacional; (ii) los contratos del Estado peruano que contienen convenios arbitrales internacionales; y, (iii) nuestro análisis sobre el sistema.

A. Análisis del marco legal

El artículo 63 de la Constitución Política del Perú dispone que el Estado peruano puede someter sus controversias contractuales a (i) tribunales constituidos en virtud de tratados; y (ii) al arbitraje nacional o internacional, según lo dispuesto en la ley.

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

Por su parte, el artículo 62 de la Constitución establece que *“los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”*.

La doctrina peruana es pacífica al afirmar la *“facultad que nuestro ordenamiento constitucional, legal y los propios contratos en forma expresa le confieren al inversionista nacional o extranjero para poder tramitar las controversias que pueda tener con el Estado peruano en la vía arbitral nacional y en algunos casos extranjera (CIADI)”[23]*.

En efecto, en primer lugar, el artículo 4 de la Ley de Arbitraje[24] es coherente con la regulación constitucional, al permitir al Estado peruano someter sus controversias a arbitraje nacional o internacional en el Perú y en el extranjero:

“[...] 2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.

3. *El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.*

4. *El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país”.*

No obstante, la Ley de Arbitraje no regula los supuestos y las condiciones específicas que las diversas entidades u organismos del Estado peruano deben considerar al momento de pactar el sometimiento de una determinada controversia, sea a arbitraje nacional o internacional (con sede en el Perú o en el extranjero).

El Decreto Legislativo No. 662, que regula el régimen de estabilidad jurídica de las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de garantías (la principal, el congelamiento del régimen tributario del impuesto a la renta por “x” años), dispone en el artículo 16, que el Estado peruano puede *“someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú”*. Ello implica directamente la posibilidad de que el Estado le ofrezca a un inversionista que sus controversias en el marco del convenio de estabilidad jurídica se resuelvan en un arbitraje ante el CIADI. Sin embargo, esta norma no establece mayores condiciones o requisitos que deben ser cumplidos para que efectivamente se pacte una cláusula CIADI contractual.

Por su parte, el Decreto Legislativo No. 757, que es complementario al régimen de estabilidad jurídica identificado en el párrafo precedente, en su artículo 48 también prevé la posibilidad de que el Estado peruano pueda someter las controversias a arbitraje:

“En sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional o tratados internacionales, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual”.

Si bien se establece que el arbitraje puede ser nacional o internacional, según las disposiciones legales o tratados internacionales que resulten aplicables, esta norma no establece guía, pauta o criterio alguno acerca de los supuestos que el Estado peruano debe considerar al momento de pactar un arbitraje: ¿Cuándo debe pactarse un arbitraje nacional (por ejemplo, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima), o un arbitraje internacional comercial (por ejemplo, ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional) o un arbitraje de inversiones contractual ante el CIADI? Pues simplemente nadie lo sabe.

Por otro lado, el Decreto Legislativo No. 1362 regula la posibilidad de que el Estado peruano desarrolle asociaciones público-privadas (por ejemplo, contratos de concesión) como parte de su política de atracción de inversiones. Este marco normativo prevé en su artículo 66, que *“los contratos de Asociación Público Privada incluyen una cláusula referida a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias”*.

Sin embargo, una vez más, no existe regulación alguna acerca de cuándo corresponderá pactar, por ejemplo, un arbitraje nacional, uno internacional o, inclusive un arbitraje contractual ante el CIADI.

Ahora bien, en la Ley de creación del SICRECI (sobre el cual nos pronunciamos en el apartado previo), si bien se hace referencia a que esta Entidad es competente cuando las controversias deriven de contratos de privatización, contratos de concesión, convenios de estabilidad jurídica, licencias de explotación de hidrocarburos, entre otros, lo cierto es que, en los hechos, únicamente interviene cuando el arbitraje deriva de algún tratado en materia de inversión o cuando el contrato contiene un pacto de sometimiento a arbitraje ante el CIADI. Y únicamente para este último caso, en el artículo 13 se establecen algunos bastante pobres criterios de observancia obligatoria para las cláusulas arbitrales que se pacten en los contratos[25]:

i. Establecer un período de negociación o trato directo no menor a seis (6) meses como requisito indispensable para someter la controversia a arbitraje internacional.

ii. Establecer el uso de sistemas neutrales de solución de controversias.

iii. Establecer la responsabilidad entre las partes por la asunción de los gastos que se deriven de su participación en el arbitraje o conciliación.

iv. Establecer la obligación del inversionista de notificar al Coordinador del Sistema, sin perjuicio de la obligación del inversionista de notificar a su contraparte cuando corresponda, para que surta efecto la comunicación de inicio del período de trato directo.

Ahora bien, el artículo 3 del Reglamento de la ley de creación del SICRESI señala que el Estado peruano ha aceptado someter controversias de inversión ante los siguientes centros de arbitraje:

“a. La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya;

b. El Comité Consultivo Legal Regional Asiático- Africano, con sedes en El Cairo y Kuala Lumpur;

c. El Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, con sede en Melbourne;

d. El Centro Australiano de Disputas Comerciales, con sede en Sydney;

e. El Centro Internacional de Arbitraje, con sede en Singapur;

f. El Centro de Arbitraje Comercial GCC, con sede en Bahrain;

g. El Instituto Alemán de Arbitraje;

h. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial;

i. La Asociación Americana de Arbitraje; y,

j. La Cámara Internacional de Comercio, con sede en París”.

Lo primero que corresponde destacar, es que nadie sabe de dónde o en base a qué criterios se confeccionó esta “lista”.

Lo segundo, es que ni la ley de creación del SICRESI ni su Reglamento, establecen guías o directrices acerca de los requisitos y condiciones que las entidades públicas deben considerar al momento de decidir someter las controversias a alguno de los centros de arbitraje internacionales contenidos en la “lista”.

B. Análisis de los contratos

En esta sección, haremos una breve revisión de algunos convenios de estabilidad jurídica y contratos de concesión suscritos por el Estado peruano, a fin de determinar si existe consistencia o no en los pactos arbitrales, ante la ausencia de un marco legal que establezca criterios, pautas o guías.

Primero, en el Contrato de Concesión del Tramo 2 IRSA Centro celebrado con Desarrollo Vial de los Andes S.A.C., se acordó un convenio arbitral por etapas para las controversias no técnicas. Si la controversia es superior a 10 millones de dólares americanos, la controversia deberá resolverse ante el CIADI o algún otro fuero que acuerden las partes. En caso la controversia sea de una cuantía menor a 10 millones de dólares americanos o sea de puro derecho, esta se deberá resolver en un arbitraje ad-hoc, bajo las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima[26].

Segundo, en el caso del Contrato de Inversión celebrado con Aguas y Energía Perú S.A. en el año 2006, se pactó un convenio arbitral que contempla un arbitraje ad-hoc en Lima, con una duración máxima de 60 días hábiles. Este mismo convenio arbitral se encuentra en el Contrato de Inversión celebrado con Afinmuebles S.A.C. y el celebrado con Abengoa Transmisión Norte S.A.[27]

Tercero, en el convenio de estabilidad jurídica suscrito con Duke Energy International Peru Investment No. 1, LTD, se suscribió un convenio arbitral para resolver las controversias ante el CIADI. En dicho caso, la empresa se comprometió a realizar inversiones por US\$ 200,000,000.00 (doscientos millones de dólares americanos)[28].

Cuarto, en el Contrato de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos del Lote 88 suscrito entre PeruPetro S.A. y Pluspetrol Peru Corporation Sucursal Perú, Hunt Oil Company of Peru L.L.C., Sucursal Perú, SK Corporation, Sucursal Peruana e Hidrocarburos Andinos S.A.C., se acordó que las controversias se resolverían ante el CIADI. Sin embargo, la cláusula arbitral presenta las siguientes patologías: La sede del arbitraje pactada es Lima, en caso la controversia sea mayor a US\$ 20,000,000.00 se podrá modificar la sede y se hace referencia a la aplicación de la Convención de Nueva York para la ejecución del laudo[29].

Quinto, en el caso del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, suscrito con el Consorcio integrado por Flughafen Frankfurt/ Main Aktiengesellschaft, Bechtel Enterprises International, Ltd, y Cosapi S.A, se pactó que las controversias no técnicas cuyo monto sea mayor a US\$ 5,000,000.00 (cinco

millones de dólares americanos) o que no puedan ser cuantificadas, se resolverán en un arbitraje CIADI, en un plazo de 60 días hábiles[30]. Este convenio arbitral fue modificado en el año 2003, eliminándose el plazo para resolver la controversia. Además, se señaló que, si por cualquier razón el CIADI no era competente, las partes someterán sus controversias ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París. Por último, si las controversias no técnicas tienen una cuantía menor a US\$ 5,000,000.00 (cinco millones de dólares americanos), estas serán resueltas en un arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en cuyo caso, el arbitraje deberá ser tramitado en un plazo de 60 días útiles[31].

Como se desprende de los convenios arbitrales reseñados, existen pactos arbitrales de los más diversos y hasta exóticos. En algunos casos, el parámetro para que un arbitraje se someta al CIADI, es que la controversia sea de más de 5 millones de dólares americanos; mientras que en otros la cuantía mínima son 10 millones de dólares americanos. Además, muchos de estos contratos requieren acudir a un arbitraje con sede en el Perú (incluso ad hoc) ante controversias de “menor cuantía”, sin que exista guía, parámetro o directriz alguna que así lo determine.

Por último, existen convenios de estabilidad jurídica con convenio arbitrales que prevén el desarrollo del arbitraje con sede en Lima (incluso ad hoc); mientras que existen otros en los que las partes han acordado resolver sus controversias ante el CIADI. Sin embargo, nuevamente no existe guía, parámetro o directriz alguna que determine cuándo y en qué condiciones, el Estado peruano debe someter la solución de este tipo de controversias a un simple arbitraje con sede en el Perú o ante un arbitraje contractual de inversiones ante el CIADI.

C. La importancia de una política para pactar arbitraje

Existen ventajas evidentes para los inversionistas de pactar un arbitraje de inversión contractual CIADI, antes que acudir ante otra institución arbitral. Por nombrar dos de las más relevantes: (i) la anulación del laudo no es analizada por el Poder Judicial de la sede del arbitraje, sino que se realiza al interior del CIADI ante un comité ad hoc de anulación; y, (ii) no es necesario solicitar el reconocimiento y la ejecución del laudo ante las cortes peruanas. Sin embargo, el arbitraje CIADI tiene varios problemas, entre otros: (i) es muy largo; (ii) es muy costoso; y (iii) los agentes económicos están informados de su existencia, por lo que puede afectar la imagen del Estado.

Por tanto, el sentido común nos dice que el Perú debería contar con una política clara acerca de las condiciones en las que debería ofrecer a inversionistas la posibilidad de someter sus controversias ante el CIADI, en los contratos de concesión o de estabilidad jurídica que celebre. Es más, este “policy” necesariamente tiene que extenderse a establecer las guías o directrices que los funcionarios públicos peruanos tienen que considerar, al momento de pactar el sometimiento de tal o cual conflicto a un arbitraje en el Perú o en el extranjero e, inclusive, ante tal o cual centro de arbitraje, así como el modelo de pacto arbitral a ser acordado.

De hecho, en el documento de mejores prácticas para la prevención de controversias inversionista-estado preparado por el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL, se señala que una de las labores relevantes que se debe realizar, es la armonización de las cláusulas de solución de controversia incluidas en instrumentos de inversión.

Además, se recomienda que los Estados cuenten con una cláusula modelos y una guía para negociar estos convenios arbitrales:

“States may also consider harmonization of dispute settlement clauses by formulating a model international investment agreement, which may function as guidelines for negotiators. Furthermore, Government officials negotiating investment contracts should have access to the model international investment agreement to ensure that they negotiate contracts consistent with the provisions of that model IIA”.[32]

Coincidimos plenamente con esta recomendación. La legislación y los contratos revisados demuestran en existe una necesidad de establecer regulación sobre las condiciones en las que el Estado se somete a arbitraje CIADI y de armonizar los convenios arbitrales de los contratos existentes con inversionistas.

V. Conclusiones y recomendaciones [\[arriba\]](#)

En este artículo, ha quedado en evidencia que únicamente si observamos la estadística del CIADI, el Perú es uno de los países más demandados desde el año 2020 hasta junio de 2023. Además, una mirada a estos casos nos muestra que se reclama al Estado peruano, tanto por (i) la violación de sus obligaciones internacionales contenidas en tratados bilaterales de inversión o tratados de libre comercio; como por (ii) el incumplimiento de sus obligaciones contractuales en contratos de concesión y estabilidad jurídica, que contienen un convenio arbitral CIADI.

Las demandas de los inversionistas demuestran que existe una clara fragilidad institucional. La existencia de agencias como PROINVERSION y SICRECI es positiva; sin embargo, la cantidad de casos iniciados contra el Perú muestra que es necesaria y urgente una reformulación de sus competencias y de sus labores. Además, debe existir una clara política de prevención de controversias con inversionistas, de tal forma que se evite que el Estado sea demandado.

No es suficiente que exista una labor reactiva cuando el inversionista ya decidió demandar al Estado peruano, sino que la actuación debe ser previa. Inclusive, se deben identificar a los sectores críticos y el tipo de controversias que se generan para ajustar las políticas y lineamientos, en los que se deben realizar esas inversiones o modificar los contratos, cuando sea necesario.

Tampoco existe política alguna en el Estado peruano para celebrar convenios arbitrales. La legislación peruana no establece un solo lineamiento o directriz y de la revisión de algunos contratos de concesión y convenios de estabilidad jurídica no es posible extraerlos.

Mientras el Estado peruano mantenga el actual estado de cosas, las inversiones seguirán llegando al Perú no en los montos necesarios y, además, el Perú seguirá siendo un gran “caserito” (participante recurrente) del arbitraje de inversiones.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Árbitro nacional e internacional. Miembro del Board of Reporters del Institute of Transnational Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), y de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje. Miembro de la lista de árbitros de los principales Centros de Arbitraje del Perú y del CIADI. Co.autor de la Ley de Arbitraje peruana de 2008.

[2] Abogado por la Universidad del Pacífico, con cursos de especialización en Arbitraje Comercial Internacional por American University, Washington College of Law y el Arbitration Academy en París. Asociado del área de litigios de Bullard, Falla Ezcurra+.

[3] Diario Gestión (2023). Perú es uno de los países más demandados ante el CIADI, pero también de los que más gana. Recuperado el 24 de enero de 2024 de: <https://gestion.pe/economia/legal-el-peru-es-uno-de-los-paises-mas-demandados-ante-el-ciadi-pero-tambien-de-los-que-mas-gana-noticia/?ref=gesr>.

[4] CIADI (2023). ICSID Releases Caseload Statistics for the 2023 Fiscal Year, p. 12. Recuperado el 24 de enero de 2024 de: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2023.SPA_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue.2_SPA.pdf.

[5] Tawil, Guido (2007). 'The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview', En Van den Berg, Albert (ed). ICCA Congress Series No. 13 (Montreal 2006): International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series, Volume 13, Kluwer Law International; pp. 492 - 544.

("(i) The source of the right: a treaty claim bases its cause of action in a treaty while a contract claim finds its cause of action in a contract. (ii) The content of the right: while treaty rights are drafted in general terms and defined by international law, contract rights are specifically drafted for each investment and defined by the domestic law of the host State").

[6] Por ejemplo, bajo reglas CNUDMI.

[7] CIADI (2021). Carga de Casos del CIADI - Estadísticas. Edición 2020-2.

Recuperado el 24 de enero de 2024 de:

[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20\(2020-2%20Edition\)%20SPA.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20(2020-2%20Edition)%20SPA.pdf)

[8] CIADI (2022). Carga de Casos del CIADI - Estadísticas. Edición 2021-2.

Recuperado el 24 de enero de 2024 de:

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition-SPA.pdf>

[9] CIADI (2023). Carga de Casos del CIADI - Estadísticas. Edición 2022-2.

Recuperado el 24 de enero de 2024 de:

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The_ICSID_Caseload_Statistics_2022-2_SP.pdf

[10] CIADI (2023). ICSID Releases Caseload Statistics for the 2023 Fiscal Year, p. 12.

Recuperado el 24 de enero de 2024 de:

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2023.SPA_The_ICSID_Caseload_Statistics_Issue.2_SPA.pdf

[11] Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. Guía de compromisos en los Acuerdos Internacionales de Inversión y Prevención de controversias internacionales de inversión: Recuperado el 24 de enero de 2024:

Recuperado el 24 de enero de 2024:

https://mef.gob.pe/contenidos/inv_priorizada/sicreci/r_aprendizaje/Guia_preveccion_controversias_inversiones.pdf

[12] Ídem.

[13] Caso CIADI No. ARB/21/29. Solicitud de Arbitraje. Recuperada el 24 de enero de 2024 de: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170112.pdf>

[14] Caso CIADI No. ARB/20/8. Solicitud de arbitraje. Recuperada el 24 de enero de 2024 de: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170138.pdf>

[15] Caso CIADI No. ARB/19/28. Solicitud de arbitraje. Recuperada el 24 de enero de 2024:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10868.pdf>

[16] UNCITRAL Working Group III. Compilation of best practices on investment dispute prevention and mitigation. Recuperado el 24 de enero de 2024 de: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/wg_iii_compilation_on_dispute_prevention_and_summary.pdf

[17] Organization For Economic Co-Operation and Development - OECD (2006). Policy Framework for Investment. Recuperado el 24 de enero de 2024 de: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/36671400.pdf>

[18] Ley No. 28933, Ley que crea el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión (SICRESI).

[19] United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD (2010). Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration. Recuperado el 24 de enero de 2024:

https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf

[20] UNCITRAL Working Group III. Compilation of best practices on investment dispute prevention and mitigation. Recuperado el 24 de enero de 2024 de: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/wg_iii_compilation_on_dispute_prevention_and_summary.pdf

[21] United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD (2010). Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration. Recuperado el 24 de enero de 2024:

https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf

[22] Ídem.

[23] Danos, Jorge. Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú. IUS ET VERITAS, 23(46), 258-269. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11971>

[24] Decreto Legislativo No 1071 (2008).

[25] Que, como ya se indicó, únicamente aplican cuando se desea pactar en un contrato un arbitraje ante el CIADI. Ello por cuanto, cuando aplica un Tratado (por ejemplo, un tratado de protección de inversiones), las disposiciones aplicables serán, obviamente, las contenidas en ese instrumento internacional.

[26] Como este tipo de pactos arbitrales muy comunes en el Perú carecen de guías o pautas para su adopción, a veces se hace referencia a la “cuantía de la controversia” y en otras ocasiones a la “cuantía relacionada a la controversia” (entre otros pactos aun peores), lo que ha generado, en los hechos, una doble litigación arbitral, donde una parte inicia un arbitraje alegando que la cuantía es menor y la otra parte activa el arbitraje previsto para la cuantía mayor. Doble costo, doble riesgo, doble incertidumbre.

[27] ¿Por qué un contrato de inversión se somete a un arbitraje ad hoc? La respuesta es que, porque así se le ocurrió al burócrata de tu turno.

[28] Los autores asumimos que, debido a la cuantía, se habría considerado relevante esta inversión, por lo que la solución de las controversias merecía ser sometida al CIADI. Y decimos que “asumimos”, porque inversiones mayores a esta han merecido un simple arbitraje ad hoc con sede en el Perú.

[29] Una persona mínimamente conocedora del Tratado que creó el CIADI, sabe

que estos se tratan de pactos contrarios a su texto.

[30] Nuevamente, una persona mínimamente conocedora de la práctica arbitral ante el CIADI, sabe que estos conflictos toman años.

[31] Se eliminan los “plazos del arbitraje” para el CIADI y para la CCI, pero se mantiene para un arbitraje ante la Cámara de Comercio de Lima. ¿Alguna razón o justificación? Nuevamente la respuesta es porque así se le ocurrió al burócrata de turno.

[32] UNCITRAL Working Group III. Compilation of best practices on investment dispute prevention and mitigation. Recuperado el 24 de enero de 2024 de: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/wg_iii_compilation_on_dispute_prevention_and_summary.pdf