



# La expropiación directa e indirecta en el arbitraje internacional de inversiones: La experiencia peruana

## The Direct and Indirect Expropriation in International Investment Arbitration: The Peruvian Experience

Ricardo Puccio\*  
*Navarro & Pazos Abogados*

### Resumen:

Este artículo trata de explicar, a partir de la experiencia peruana, cuándo es que nos encontramos frente a medidas de expropiación directa e indirecta en el ámbito del derecho internacional de inversiones y cómo se ha recogido la protección contra estas medidas en los instrumentos internacionales de protección de inversiones y en la jurisprudencia.

### Abstract:

This article intends to explain, from the Peruvian experience, when we are facing a measure of direct or indirect expropriation under the scope of international investment law, and how these measures have been considered in international instruments designed to protect investments and in the relevant jurisprudence.

### Palabras clave:

Arbitraje; Expropiación directa; Expropiación indirecta.

### Keywords:

Arbitration; Direct Expropriation; Indirect Expropriation.

## 1. Introducción

A través del presente artículo, pretendemos describir cuándo nos encontramos frente a medidas de expropiación directa e indirecta en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones.

La protección contra la privación del derecho de propiedad o contra actos que afecten sustancialmente su disfrute claramente excede el ámbito del derecho internacional de las inversiones y es de antigua data.

Es así que se reconoce la protección del derecho de propiedad y, por ende, contra los actos que provocan su privación, como un derecho humano cuando menos desde la Revolución Francesa. Esta protección también es reconocida por diversos instrumentos internacionales y por la Constitución Política del Perú de 1993.

Ya en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se reconocía que "Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado nadie puede ser privado de

\* Árbitro Independiente. Socio del Estudio Navarro & Pazos Abogados, experto en arbitraje con participación en varios arbitrajes de inversión administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en arbitrajes Internacionales Comerciales bajo la administración del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), en arbitrajes bajo reglas UNCITRAL, así como en toda clase de arbitrajes y procesos judiciales locales. Autor del libro "Recurso de Casación Civil" y de diversos artículos en diversas publicaciones. Correo de contacto: rpuccio@navarropazos.com

ella salvo cuando la necesidad pública legalmente comprobada, lo exija de modo evidente y con la condición de una justa y previa indemnización".

A su vez, el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 señala que "1. Todo individuo tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad."

De igual manera la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 establece en su artículo 21 lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

En el Perú, el artículo 70 de la Constitución Política del Perú de 1993 dispone que:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Está claro que este ámbito de protección alcanza tanto a los extranjeros como a los nacionales. El hecho de que se considere a la protección contra los actos expropiatorios como un derecho humano ha llevado a algunos autores, como De Urioste (2014), a propugnar que ciertos principios jurisprudenciales establecidos por ciertos tribunales internacionales de Derechos Humanos como es la Corte Europea de Derechos Humanos sean considerados por los Tribunales Arbitrales de Inversión, estos suelen dar peso a la intención de los Estados al momento de dictar una medida que pueda tener efectos confiscatorios, mientras que los Tribunales de Inversión suelen enfocarse más en los efectos de la medida dictada.

En línea con lo indicado en el párrafo precedente, se debe señalar que en el ámbito del derecho internacional de inversiones se reconoce el derecho soberano de las naciones de expedir, actuando

de buena fe, normas destinadas a satisfacer un propósito público.

En términos generales se acepta que, si estas medidas no están destinadas a causar un daño al inversor y no tienen un carácter discriminatorio, a pesar de que pudieran haber causado un perjuicio a un inversor, no se considerarán como medidas expropiatorias y no dan lugar al derecho a percibir una indemnización por sus consecuencias<sup>1</sup>.

El límite entre la legitimidad de una medida estatal o su calificación como una medida de carácter expropiatorio no siempre es claro. Por esa razón, la doctrina mayoritariamente se inclina a opinar que el análisis sobre el propósito de una medida estatal y su razonabilidad debe ser revisado sobre la base de un análisis caso por caso.

En virtud de lo expuesto y con la finalidad de ilustrar cómo es que este análisis casuístico se plasma en la realidad, haremos referencia a tres casos en los que el Estado Peruano ha sido parte y en los cuales tres tribunales del CIADI han tenido la ocasión de evaluar si las medidas estatales adoptadas se expedieron para satisfacer un legítimo interés público.

Al tratar estos casos, también con propósitos ilustrativos haremos referencia a las consecuencias que se establecieron respecto de dichas medidas estatales.

## 2. Definición de expropiación en algunos instrumentos internacionales sobre inversiones

El sometimiento de las disputas por medidas expropiatorias directas o indirectas a un arbitraje de inversiones se convierte recién en una práctica común con la proliferación de Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBI)<sup>2</sup> en los que se reconocía el derecho de los inversionistas nacionales de una de las partes del Tratado a someter a arbitraje internacional sus reclamos contra el Estado receptor de la inversión por la forma en que dicha inversión había sido tratada (Campbell McLachlan QC, *et al.*, 2008, p. 266).

Antes de la década de los 50's, salvo por contadas excepciones, los reclamos por medidas de expropiación o nacionalización llevadas a cabo por parte de los Estados receptores de una inversión se tenían que solucionar por vía diplomática o por reclamos ante cortes locales (Campbell McLachlan QC, *et al.*, 2008, pp. 265-266).

El sometimiento de estos reclamos a la jurisdicción de los tribunales arbitrales de inversión también tiene sustento en la suscripción del Convenio

1 Véase, por ejemplo, *Too c. Greater Modesto Insurance Associates*, citado por Dolzer y Schreuer (2008, p.109)

2 También conocidos como "Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones" (APPRI).

CIADI en 1965 que creó un foro adecuado para que administre los referidos arbitrajes, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Campbell McLachlan QC, *et al.*, 2008, p. 266).

Actualmente los arbitrajes de inversión se ventilan también en otros foros como es, por ejemplo, la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya.

Hoy en día, no sólo los TBI han evolucionado, sino que algunos acuerdos de inversión se han incorporado como capítulos de tratados más comprensivos. Por ejemplo, los denominados Tratados de Libre Comercio (en adelante, TLC) o incorporados en Tratados que regulan la cooperación en áreas específicas, como es el caso del Tratado sobre la Carta de Energía.

Ahora bien, es importante destacar que, tal como reconocen algunos de estos instrumentos internacionales y algunos autores, el establecimiento de la existencia de una medida expropiatoria, especialmente una expropiación indirecta, debe establecerse caso por caso<sup>3</sup>.

Como bien señalan Dolzer y Schreuer (2008), “On the level of treaty law, all modern agreements on foreign investments contain specific provisions covering preconditions for and consequences of expropriation” [En el nivel de las normas contenidas en tratados, todos los acuerdos modernos en materia de inversión extranjera contienen disposiciones específicas respecto a las condiciones que se deben observar para llevar a cabo expropiaciones y las consecuencias que se derivan de estas] (p. 89).

Considerando que la casuística es especialmente relevante en esta materia, en este artículo vamos a tratar sobre tres casos en los que el Perú ha sido parte y en los que se ha discutido cuestiones sobre expropiaciones directas e indirectas. Estos tres casos estuvieron regulados por los acuerdos de inversión suscritos con Francia, Argentina y Canadá.

A continuación, pasamos a transcribir las partes pertinentes de esos acuerdos en materia de expropiación para luego establecer exactamente cuál es el ámbito de protección que estos ofrecen.

Comenzaremos, por antigüedad, con el Convenio entre la República del Perú y la República Francesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI entre la República del Perú y la República Francesa), vigente desde el 30 de mayo de 1996, cuyos numerales 1 y 2 de su artículo 5 establecen:

## Artículo 5

(1) Las inversiones efectuadas por nacionales o sociedades de una parte contratante gozarán de una amplia y plena protección y seguridad en el territorio y en el área marítima de la otra parte contratante.

(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 de 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.

Esta indemnización, su monto y sus modalidades de pago serán fijadas a más tardar en la fecha de la expropiación. Será efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Ella producirá, hasta la fecha de su pago, intereses calculados a la tasa de interés de mercado aplicable.

Por otro lado, en el artículo 4 del Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, celebrado entre la República Argentina y la República del Perú (TBI entre República Argentina y la República del Perú), vigente desde el 24 de octubre de 1996, se indica:

## Artículo 4. - Expropiaciones

1. Las inversiones de inversores de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante.
2. Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación, ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversiones de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de seguridad nacional o utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de

<sup>3</sup> Ver, por ejemplo, artículo 4 del Anexo 8-B del Acuerdo de Libre Comercio entre la República del Perú y Australia, 12 de febrero de 2018; y, Paulsson & Douglas (2021, p. 146). *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitration. Wolters Kluwer Arbitration*, 146-159.

disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.

3. El monto de dicha compensación corresponderá al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de la expropiación o antes de que la expropiación inminente se hiciera pública, comprenderá intereses desde la fecha de la expropiación a una tasa comercial normal, será pagada sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible.
4. La expropiación o medida equivalente, el monto de la indemnización, así como cualquier otra cuestión relacionada, podrán ser revisadas en un procedimiento judicial ordinario de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante donde se adoptó la medida.

Finalmente, en el Capítulo 8 del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú (TLC entre Canadá y la República del Perú), vigente desde el 1 de agosto del 2009 se establece:

**Artículo 812. - Expropiación**

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante "expropiación"), salvo por propósito público, de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, adecuada y efectiva.
2. Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo ("fecha de expropiación"), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de evaluación incluirán el valor de empresa en funcionamiento, el valor del activo incluyendo el valor fiscal declarado de la propiedad tangible y otros criterios, según corresponda, para determinar el valor justo de mercado.
3. La indemnización será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible. La indemnización será pagadera en una moneda libremente convertible e

incluirá un interés de una tasa comercialmente razonable para dicha moneda a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.

4. El inversionista afectado tendrá derecho, en virtud de la ley de la Parte que expropie, a una pronta revisión de su caso y de la valoración de su inversión por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de dicha Parte, de conformidad con los principios dispuestos en este Artículo.
5. Este Artículo no se aplicará a la expedición de licencias obligatorias otorgadas con relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo de la OMC.

Si bien es cierto, aunque existen algunas diferencias en los textos de estos tratados, es posible establecer la existencia de ciertos elementos comunes en materia de protección contra expropiaciones, como son la necesidad que la medida se apoye en un propósito público, que se respete el debido proceso y que la medida dé lugar al pago de una indemnización.

**3. Características para la determinación de la legalidad de una medida expropiatoria**

En términos generales, en materia de expropiaciones existe una línea muy fina que divide cuándo nos encontramos frente a una medida legítima adoptada por un Estado en razón de un propósito público o por el contrario frente a una medida expropiatoria.

Lo que diferencia una de otra dependerá de que la medida no sea arbitraria, o discriminatoria, y que el perjudicado con ella sea debida y prontamente indemnizado por sus consecuencias.

En esa línea, Dolzer y Schreuer (2008) nos indican que para que una medida expropiatoria califique como legal está condicionada a que se cumplan los siguientes cuatro requerimientos<sup>4</sup>:

**3.1. La medida debe servir a un propósito público**

En palabras del TBI, entre la República del Perú y la República Francesa (1996), esta debe ser tomada "por

4 - The measure must serve a public purpose. Given the broad meaning of 'public purpose', it is not surprising that this requirement has rarely been questioned by the foreign investor. However, tribunals did address the significance of the term and its limits in some cases.  
The measure must not be arbitrary and discriminatory within the generally accepted meaning of the terms.  
Some treaties explicitly require the procedure of expropriation must follow principles of due process. Due process is an expression of the minimum standard under customary international law and of the requirement of fair and equitable treatment. Therefore, it is not clear whether such a clause, in the context of the rule of expropriation, adds an independent requirement for the legality of the expropriation.  
The expropriatory measure must be accompanied by prompt, adequate, and effective compensation. Adequate compensation is generally understood today to be equivalent to the market value of the expropriated investment. (Dolzer & Schreuer, 2008, pp. 90-91)

causa de utilidad pública" (artículo 5). En palabras del TBI entre la República Argentina y la República del Perú (1996) las medidas "sean tomadas por razones de seguridad nacional o utilidad pública" (artículo 4). Finalmente, en palabras del TLC entre Canadá y la República del Perú (2009), la medida no debe ser adoptada "salvo por propósito público" (artículo 812).

Estos requisitos que también están recogidos en el artículo 70º de la Constitución Política del Perú de 1993, exigen establecer en cada caso la existencia de este propósito público que justifique la expropiación.

Como se ve, hay un tratamiento relativamente uniforme sobre esta exigencia. Tal como indican Dolzer y Scheruer (2008) en el texto citado precedentemente, la causa de utilidad pública no es usualmente contestada por los inversionistas (p. 91).

Más adelante veremos cuáles fueron los elementos que un Tribunal de Inversiones consideró en el caso Kuntur Wasi para establecer si una medida se justificaba en una causa de interés público, aunque en el contexto de establecer si esta empresa había sufrido un trato justo y equitativo y en función al contenido de una cláusula específica de un determinado contrato de concesión.

También, veremos con ocasión de analizar las expropiaciones indirectas y el caso Bear Creek cómo es que otro Tribunal estableció que aún en el caso que una medida satisfaga un propósito público igual debe ir acompañada de un debido proceso y dar lugar al pago de una indemnización.

La exigencia de que la expropiación deba hacerse en base a una causa pública excluye que la misma pueda ser arbitraria.

Al analizar el caso del Banco del Nuevo Mundo, trataremos sobre la razonabilidad (ausencia de arbitrariedad) en las medidas que condujeron a la liquidación de dicho Banco.

### **3.2. La medida no debe ser discriminatoria en el sentido generalmente aceptado de este término**

Respecto a la no discriminación, el TBI entre la República del Perú y la República Francesa (1996) señala que la legalidad de la medida se sujeta "a condición de 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" (artículo 5).

En el TBI entre la República Argentina y la República del Perú (1996), se indica que la medida debe

adoptarse "sobre una base no discriminatoria" (artículo 4) o del TLC entre Canadá y la República del Perú (2009) de una "manera no discriminatoria" (artículo 812).

### **3.3. La expropiación debe hacerse siguiendo un debido proceso**

El TBI entre la República del Perú y la República Francesa (1996) no tiene una referencia expresa al debido proceso.

El TBI entre la República de Argentina y la República del Perú (1996) sí lo hace al indicar que esta debe efectuarse: "bajo el debido proceso legal" (artículo 4).

El TLC entre Canadá y la República del Perú (2009) indica que la medida debe adoptarse "de conformidad con el debido proceso" (artículo 812).

La falta de mención expresa al debido proceso no sería relevante en la opinión de Dolzer y Schreuer (2008), en la medida que el debido proceso hace parte del standard mínimo de trato bajo derecho consuetudinario y, por ende, debe observarse con relación a cualquier medida estatal que cause un perjuicio a una inversión (p. 91).

La relevancia del debido proceso también será analizada con referencia al análisis del Tribunal sobre esta materia en el caso Bear Creek.

### **3.4. Debe acompañarse con el pronto pago de una compensación adecuada**

Sobre este extremo, el TBI entre la República del Perú y la República Francesa (1996) indica:

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. Esta indemnización, su monto y sus modalidades de pago serán fijadas a más tardar en la fecha de la expropiación. Será efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Ella producirá, hasta la fecha de su pago, intereses calculados a la tasa de interés de mercado aplicable (artículo 5).

A su vez, el TBI entre la República Argentina y la República del Perú (1996) indica:

Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva. [...] El monto de dicha compensación corresponderá al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de la expropiación o antes de que la expropiación inminente se hiciera pública, comprenderá intereses desde la fecha de

la expropiación a una tasa comercial normal, será pagada sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible (artículo 4).

Finalmente, el TLC entre Canadá y la República del Perú (2009) indica que el inversionista tiene derecho a recibir: "una indemnización pronta, adecuada y efectiva" que:

[...] será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo ("fecha de expropiación"), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de evaluación incluirán el valor de empresa en funcionamiento, el valor del activo incluyendo el valor fiscal declarado de la propiedad tangible y otros criterios, según corresponda, para determinar el valor justo de mercado." Y que "La indemnización será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible. La indemnización será pagadera en una moneda libremente convertible e incluirá un interés de una tasa comercialmente razonable para dicha moneda a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago (artículo 812).

El TLC entre Canadá y la República del Perú es un instrumento más moderno e incluye un análisis más detallado sobre cómo calcular la indemnización en caso de una expropiación, siendo; sin embargo, lo más relevante la referencia al "valor justo de mercado" (*market value*) que, como se verá más adelante al analizar el caso Bear Creek, corresponde al valor que estaría dispuesto a pagar otro inversor para hacerse de la inversión expropiada.

Habiendo explicado brevemente el marco general de las expropiaciones, pasaremos a definir brevemente qué es lo que se entiende por expropiación directa y expropiación indirecta.

#### 4. Definición de expropiación directa

Para definir la expropiación directa nos vamos a remitir al Anexo 8-B del Acuerdo de Libre Comercio (en adelante, ALC) celebrado entre la República del Perú y Australia, vigente desde el 11 de febrero del 2020, en el que se señala:

1. Un acto o serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.
2. El artículo 8.8.1. aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa en donde una inversión es nacionalizada o de una manera expropiada directamente **mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio**. [Énfasis agregado]

En la misma línea McLachlan QC, Shore y Weiniger (2008) indican:

'Direct expropriation' is generally understood as expropriation in its traditional meaning. Arbitral tribunals have considered direct expropriation as being relatively easy to recognize: for example, 'governmental authorities take over a mine or a factory, depriving the investor of all meaningful benefits of ownership and control', or there has been 'a compulsory transfer of property rights'. In fact, the central element is that property must be 'taken' by State authorities or the investor must be deprived of it by State Authorities.

[Por expropiación directa generalmente se entiende una expropiación en su sentido más tradicional. Los Tribunales Arbitrales han considerado la expropiación directa como fácil de reconocer: por ejemplo, las autoridades gubernamentales toman control de una mina o una fábrica, privando a su propietario de los beneficios significativos que se derivan de su derecho de propiedad o control sobre esta propiedad, o su transferencia compulsiva. De hecho, el factor central es que la propiedad sea tomada por las autoridades o estas priven al inversor de la misma] (p. 290).

#### 5. Definición de expropiación indirecta:

Para esta sección, también nos remitiremos a la definición del artículo 4 del ALC entre la República del Perú y Australia (2020), que dispone:

La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, **requiere de una investigación factual, caso por caso**, que considere, entre otros factores:

- a) El impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una 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.
  - b) La medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión.
  - c) El carácter de la acción gubernamental.
5. 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 medio ambiente). [Énfasis agregado para enfatizar la frase caso por caso].

Señalado lo anterior, corresponde ver la aplicación práctica de estas nociones en casos en los que estos tratados han sido aplicados y en los que la República del Perú ha sido parte.

## 6. Tratamiento de la expropiación en la experiencia de la República del Perú ante el CIADI

Para fines de este artículo trataremos de resumir los casos a partir de los elementos que consideramos más importantes para ilustrar las medidas que son objeto de este artículo, por lo que nuestra selección de hechos no trata de ser una narrativa exhaustiva de lo que se discutió en esos casos. Para una mejor comprensión de los mismos, recomendamos en todo caso, leer los laudos en su integridad.

### 6.1. El Caso Renée Rose Levy de Levi contra la República del Perú (Caso CIADI N.º ARB/10/17) - Caso del Banco del Nuevo Mundo.

El Banco del Nuevo Mundo (en adelante, BNM) fue constituido el 31 de enero de 1992. El BNM era controlado por la familia Levy a través de una serie de sociedades y conformaba parte de un grupo económico también controlado por esta familia.

En el año 1999, la mayor parte de las acciones del BNM pasaron a ser controladas por el Sr. David Levy Pesso, quien tenía nacionalidad francesa, y quien le transfirió tal control en su integridad a su hija, la Sra. Renée Rose Levy, también de nacionalidad francesa.

En una visita practicada al BNM en 1999 por parte de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) como parte de sus actividades regulares de supervisión, se detectó que el BNM no estaba clasificando de forma adecuada los créditos que otorgaba y que, en consecuencia, debía reclasificarlos e incrementar las provisiones que fueran necesarias para cubrir la parte de la cartera de créditos que se encontraba deteriorada, básicamente por tratarse de créditos de cobranza dudosa o incobrables.

Además, se detectaron otras deficiencias que podían afectar la solvencia y liquidez del BNM. Por ejemplo, se advirtió que existía una concentración de pasivos y se recomendó incentivar la diversificación en la captación de depósitos.

En 1998 se había abierto la posibilidad de que las empresas estatales puedan tener depósitos en la banca privada, y una parte importante de la cartera en el BNM estaba compuesta por esta clase de depósitos. Sin embargo, esta era una cartera muy volátil, pues estaba sujeta a decisiones de la administración sobre las cuales el BNM no tenía control.

En una segunda visita en el año 2000, la SBS constató que la situación del BNM se había deteriorado aún más y que continuaban las discrepancias en el registro de los créditos otorgados por el BNM y el

consecuente déficit de provisiones derivado de este mal registro. También, se reiteró al BNM que la alta concentración de depósitos de instituciones públicas representaba un riesgo importante de liquidez.

Ese mismo año, además, se inició el retiro de fondos de empresas estatales en el BNM, así como en otras entidades bancarias. Posteriormente, también se produjo un importante retiro de fondos privados, derivados de la mala situación de los bancos en general en el país y rumores sobre la solvencia del BNM.

En agosto de 2000, se realizó una nueva visita de la SBS, que el BNM denominó como segunda visita y que estimó como muy prolongada. En esa visita, se continuó detectando problemas con el registro de cartera y el nivel de provisiones que mantenía el BNM.

En noviembre de 2000, el BNM en virtud de los hechos antes descritos y de una política expansiva de otorgamiento de créditos, comenzó a tener serios problemas de liquidez que fue cubriendo con créditos *overnight* otorgados por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).

Para fines del 2000, el BNM ya no cumplía con los indicadores de liquidez exigidos por la legislación, por lo que se recomendó al BNM hacer un aumento de capital en efectivo para resolver ese problema.

El 5 de diciembre, la SBS decidió someter al BNM a un régimen de intervención.

El BNM no había podido cubrir el saldo que debía pagar en la cámara de compensación que administraba el BCRP, la cual básicamente consolidaba todos los cheques de los bancos depositados en otros bancos y permitía liquidar saldos a favor o en contra de cada banco que debían ser pagados en la fecha.

Si un banco incurría en suspensión de pagos, la SBS tenía que obligatoriamente someterla a intervención, pues así lo manda el inciso 1 del artículo 104 de la Ley N.º 26702 (Ley del Sistema Bancario, Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), y esto fue lo que ocurrió.

Como parte de la intervención se encargó una auditoría a PriceWaterhouseCoopers (PwC), que estableció que el BNM tuvo una pérdida neta de S/. 328,875,000 y posteriormente estableció que el capital del BNM era equivalente a S/. 0.00.

Esto fue cuestionado judicialmente por los accionistas del BNM, quienes además criticaron la forma en que se había efectuado la intervención

del Banco, alegando; por ejemplo, que la cartera de créditos se perjudicó durante la gestión de los interventores.

Luego de tramitarse una acción de amparo cuestionando las acciones adoptadas por la SBS, finalmente la Corte Suprema expidió una sentencia que desestimó los reclamos de la familia Levy, disponiéndose la disolución y liquidación del BNM.

La Sra. Levy presentó una demanda ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) al amparo del TBI celebrado entre la República Francesa y la República del Perú, denunciando, entre otros, que su inversión en el BNM había sido objeto de una expropiación indirecta.

Sobre el particular la Sra. Levy sostuvo que, en este caso, ocurrió una expropiación indirecta y que el valor de la inversión, así como los derechos legales y contractuales amparados por el APRI, sufrieron un deterioro gradual y sistemático.

Esta clase de denuncia corresponde a lo que se conoce como *creeping expropriation* que de acuerdo con Schreuer (2005) “takes place step by step through a series of actions. It is widely recognized in international practice. It has its counterpart in the law of State responsibility in the concept of a breach consisting of a composite act” [Ocurre paso a paso a través de una serie de actos. Es reconocida ampliamente en la práctica internacional. Tiene su contraparte en las normas que establecen la responsabilidad estatal por actos múltiples con un efecto determinado] (p.1).

En términos generales, se considera que existe un *creeping expropriation* cuando estamos frente a la existencia de diversas medidas que, considerados individualmente, podrían no calificar como expropiatorias, pero que, miradas en su conjunto, equivalen a una expropiación indirecta.

De acuerdo con la demandante, las medidas que importaron un *creeping expropriation* fueron:

- a) La denominada segunda visita de la SBS que estiman fue muy prolongada;
- b) El hecho de que la SBS no hubiera tomado medidas para apaciguar rumores sobre la mala situación del BNM, lo que dio lugar a una corrida de depósitos
- c) El deterioro de la cartera durante la intervención del BNM;
- d) La reducción del capital del BNM a 0, cuando esto no era exacto;

e) La falta de una valorización global del patrimonio del BNM antes de optar por su disolución y liquidación;

f) La insuficiencia de informes que justifiquen las observaciones a la cartera de créditos del BNM.

El Tribunal discrepó con la demandante y estimó que las medidas adoptadas por la SBS eran medidas legítimas, adoptadas conforme a sus atribuciones.

El Tribunal estimó que la segunda visita de la SBS no fue excesivamente prolongada, como alegó la demandante, y que no se realizó de mala fe, ni hubo coerción, amenazas ni hostigamiento contra el inversionista ni su inversión. También estimó que la demandante no probó que esta visita diera lugar a rumores sobre la situación financiera del BNM.

El Tribunal también estimó que la demandante no probó que la SBS conociera de los rumores sobre la insolvencia del BNM cuando estos se divulgaron, ni que la cartera de créditos se hubiese deteriorado durante la intervención.

Con relación a la reducción del capital, el Tribunal estimó que esta no fue la causa de la disolución y liquidación del BNM, que es finalmente el acto que privó a la demandante de su inversión.

El Tribunal revisó la legislación nacional aplicable y estableció que la intervención al BNM se realizó conforme a estas disposiciones al haber incurrido esta entidad en falta de liquidez, lo cual quedó demostrado cuando el BNM no pudo cubrir un saldo en la cámara de compensación por 9.2 millones en moneda extranjera y 4.1 millones en moneda nacional, y haber cerrado voluntariamente sus oficinas horas antes de la intervención.

El Tribunal también determinó que, al momento de la intervención, el BNM ya era insolvente y que la inversión de los accionistas había perdido su valor, y que esto había ocurrido por razones imputables a la forma en que se gestionó el Banco antes de la intervención.

Así, por ejemplo, el Tribunal determinó que el BNM no cumplió con la normativa bancaria de Perú referente a los requisitos de las provisiones de créditos riesgosos, lo que causó que solo después de la intervención se pudiera establecer con certeza el nivel de provisiones que esta necesitaba y el monto de las pérdidas incurridas por el Banco.

Una vez constatada la pérdida de S/ 328,875,366.91 incurrida por el BNM, la SBS no tenía otro camino por el cual optar sino por la disolución y liquidación del Banco.

El Tribunal, recogiendo lo establecido en el laudo Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (Caso CIADI ARB/03/19), sostuvo que “in evaluating a claim of expropriation it is important to recognize a State’s legitimate right to regulate and to exercise police power in the interests of public welfare and not to confuse measures of that nature with expropriation” (Renée Rose Levy de Levi contra la República del Perú, 2014, p. 475).

El Tribunal concluyó que no se dio una expropiación, sino que:

Lo que hubo fue un reiterado incumplimiento de la normativa bancaria por parte del BNM que, además, tomó riesgos en épocas de crisis de liquidez considerable, que lo afectaron, lo llevaron al incumplimiento de sus obligaciones y al cierre de sus oficinas. Estos actos hicieron inevitable su intervención y posterior disolución y liquidación. Como lo han señalado reiteradamente varios Tribunales Arbitrales, ningún tratado de inversiones es un seguro o garantía de éxito de las inversiones, sobre todo cuando el inversionista toma malas decisiones de negocios (Renée Rose Levy de Levi contra la República del Perú, 2014, p. 478).

Como se puede ver, el caso del BNM es un buen ejemplo de un caso en el que las medidas legítimas adoptadas por el Estado en beneficio de un propósito público (en este caso la solidez del sistema financiero) no constituyen actos de expropiación, aun cuando los inversionistas hayan perdido su inversión.

## 6.2. El Caso Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. contra la República del Perú (Caso CIADI N.º ARB/18/27).<sup>5</sup>

En 2014, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) publicó las bases para el concurso para seleccionar al concesionario que se encargaría del diseño, construcción y operación del aeropuerto de Chincheró. Esta sería una concesión cofinanciada en la que el Estado correría con parte de los costos del proyecto.

Los pagos para el cofinanciamiento debían realizarse en base a una fórmula contenida en las bases que estaba influenciada por la tasa aplicable al financiamiento que debía obtener el concesionario para desarrollar el proyecto.

El Consorcio Kuntur Wasi, conformado por Corporación América S.A. (Corporación América), un inversionista argentino, y Andino Investment Holding S.A.A., un inversionista peruano, fue

seleccionado y esto se le comunicó al postor el 25 de abril de 2014.

El Consorcio ganador constituyó la Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. (Kuntur Wasi) y esta celebró el Contrato de Concesión (en adelante, el contrato) con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), el 4 de julio de 2014.

Como se ha indicado, como parte de sus obligaciones contractuales Kuntur Wasi, debía obtener el financiamiento del proyecto y este financiamiento se denominaba contractualmente como el Endeudamiento Garantizado Permitido (en adelante, EGP), cuya estructura debía recibir opinión favorable del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, OSITRAN) y ser aprobada por el MTC.

Presentado el EGP, recibió una opinión favorable por parte del OSITRAN, pero no la aprobación del MTC. El MTC objetó el EGP, principalmente, porque al aplicar la tasa de interés del financiamiento, esta resultaba muy onerosa para el Estado peruano y encarecía el proyecto mucho más allá de las previsiones del concurso. Esto motivó a que, en junio de 2006, el MTC enviara observaciones al EGP, quedando entrampado el proyecto.

Producido un cambio de gobierno, las nuevas autoridades comenzaron negociaciones con Kuntur Wasi para desatar el proyecto, explorando modificar el esquema de financiamiento, para lo cual se solicitaría la opinión de la Corporación Andina de Fomento-Banco de Desarrollo de América Latina (en adelante, CAF) y de la Contraloría General de la República (en adelante, la Contraloría).

Producidos los informes, se suscribió una Adenda denominada la Adenda N.º 1, en la que se modificó el esquema de financiamiento para que fuera el Estado quien pagara los avances en la ejecución de la obra.

La Adenda 1, sin embargo, sufrió serios cuestionamientos por parte de la Contraloría y el Congreso de la República del Perú, lo que motivó en un primer momento la suspensión de sus efectos.

En el contexto de una interpelación parlamentaria vinculada a la Adenda N.º 1, se produjo la renuncia del entonces ministro de Transportes de la época, Martín Vizcarra. Tras ello, el nuevo ministro retomó las negociaciones con Kuntur Wasi. Como parte de esas negociaciones, las partes decidieron considerar como una opción la posibilidad de resolver el contrato de concesión de mutuo acuerdo.

<sup>5</sup> En rigor, en este caso el análisis sobre si la medida estatal adoptada produce efectos expropiatorios se da en el contexto de determinar si el inversionista recibió un trato justo y equitativo. Sin embargo, el análisis efectuado por el Tribunal está referido directamente a la legitimidad de dicha medida, por lo que resulta plenamente aplicable para los fines ilustrativos de este artículo.

Las negociaciones no prosperaron y finalmente el MTC resolvió unilateralmente el Contrato invocando una cláusula contractual que se lo permitía hacerlo "por razones de interés público".

Luego de la resolución del Contrato, las partes trataron de negociar los montos a pagar por el MTC a Kuntur Wasi conforme al Contrato, pero no llegaron a un acuerdo porque, entre otras razones, Kuntur Wasi pretendía que se le reconocieran las ganancias que hubiera podido obtener en caso de desarrollarse el proyecto, en buena cuenta, lucro cesante.

Como tampoco se llegó a ningún acuerdo, Kuntur Wasi y Corporación América interpusieron una demanda en contra de la República del Perú (en adelante, Demandada) ante el CIADI al amparo del TBI entre Perú y Argentina invocando, entre otras, el incumplimiento de la obligación autónoma de dar un trato justo y equitativo (en adelante, TJE) a su inversión y la expropiación del Contrato de Concesión y del Estudio de Ingeniería elaborado para desarrollar el proyecto.

Si bien es cierto, el Tribunal no emitió un pronunciamiento de fondo respecto a las alegaciones de expropiación directa formuladas por las demandantes, sí resultan ilustrativas las posiciones de las partes respecto a esta medida y la resolución del contrato. También, resulta ilustrativo el razonamiento del tribunal para desestimar la pretensión que perseguía el pago del lucro cesante.

Finalmente, con ocasión de tratar el TJE, el tribunal hizo algunas consideraciones respecto a la finalidad pública invocada para la resolución del contrato, señalando la necesidad de la existencia de motivos justificados (para la resolución de un contrato). Esta misma exigencia se aplicaría respecto a medidas adoptadas por un ente estatal en el ejercicio de la función pública que afecten una inversión, configurando una expropiación<sup>6</sup>.

Con relación a la alegada medida de expropiación, las demandantes alegaron que tanto los activos tangibles como intangibles pueden ser objeto de expropiación, incluidos los derechos económicos derivados de los contratos, indicando que Perú expropió sus derechos relativos al contrato de concesión y al EDI, que constituye propiedad intelectual de Kuntur Wasi.

Las demandantes también alegaron no haber recibido una pronta, adecuada y efectiva compensación por la expropiación del EDI, indicando

que, pese a haber entablado negociaciones con el Estado, este solo le había querido reconocer un monto diminuto.

Finalmente, las demandantes también alegaron que no hubo razones de interés público legítimas que justificaran la resolución del Contrato, lo que redundó en la expropiación de sus derechos, la que se habría llevado a cabo además con vulneración del debido proceso.

La demandada, en cambio, alegó que la resolución del contrato por parte del MTC se efectuó en su calidad de parte contratante y no como un acto soberano, siendo que los tribunales han sostenido de manera consistente que la resolución de contratos de concesión por parte de los Estados, cuando la llevan a cabo en calidad de partes contratantes, no constituye expropiación, sino un acto de naturaleza contractual.

La Demandada alegó también que ofreció pagar a Kuntur Wasi, siempre que se siguieran los procedimientos contractuales:

- (a) USD 8,6 millones por la Garantía de Fiel Cumplimiento;
- (b) el costo del EDI;
- (c) los costos de toda inversión razonable y verificada.

Con relación al tema del interés público, y sin entrar a cuestionar el razonamiento del tribunal sobre los hechos concretos de este caso, sí parece relevante destacar lo indicado por el tribunal del laudo en el sentido de que "el Estado debe poder demostrar la justificación de la resolución, y no fundamentarla en argumentos no verificados, de modo tal que el tribunal pueda comprender que la justificación cumple con el estándar" (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. c. República del Perú, 2023, p. 701).

Como se ve, ya sea que el acto Estatal de resolución contractual en el que se invoque una causa de utilidad pública sea considerado como el ejercicio de un derecho de una parte contractual o un acto expropiatorio practicado en el ejercicio de una función estatal, esta causa de utilidad pública debe ser demostrable para que se considere que una medida se ha ejercido en el ejercicio regular del interés público y no sea una medida expropiatoria.

Como se ha indicado, las Demandantes pretendían que se les reconozca, además de los costos

<sup>6</sup> Recuérdese que conforme al TBI entre la República de Argentina y la República del Perú (1996), las medidas expropiatorias deben ser "tomadas por razones de seguridad nacional o utilidad pública" (artículo 4). La existencia de esta causa pública debe ser demostrable. Ahora bien, es necesario hacer salvedad que en este caso hubo una discusión respecto a los alcances de una cláusula específica que habilitaba la resolución del contrato por causa pública, que varía en otros contratos de concesión, lo que motivó una discusión entre las partes sobre su forma de invocación, lo que excede el marco de este artículo.

incurridos, una suma de US\$ 248 millones por concepto de lucro cesante (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. c. República del Perú, 2023, p. 857), basando su reclamo en el modelo de *discounted cash flow* (en adelante, DCF).

El modelo DCF, o de flujos de caja descontado, es un método de valoración que se usa para estimar el valor de una inversión. Se basa en proyectar los flujos de caja futuros de una empresa y descontarlos al valor presente.

El Tribunal desestimó la aplicación de este método bajo el siguiente razonamiento:

957. En resumen, una evaluación detallada de las hipótesis clave subyacentes al modelo de DCF de las Demandantes condujo al Tribunal al convencimiento de que, dada la cantidad de variables fundamentales que están en juego, el modelo de DCF simplemente resulta demasiado especulativo considerando el estado del Proyecto y las preguntas sin contestar sobre su futuro al momento de la resolución, lo que tornaba particularmente problemática la construcción de un escenario contra fáctico.

958. Además de los términos del Contrato, las Demandantes se han basado en la decisión del caso Stati c. Kazajstán para afirmar que, cuando existen instalaciones con tráfico establecido y predecible y obligaciones contractuales vinculantes de ingresos, resulta adecuado el enfoque de ingresos. Sin embargo, es importante destacar que el tribunal del caso Stati determinó que las Demandantes no habían cumplido con la carga de la prueba y que "para un reclamo por pérdida de la oportunidad debía aplicarse un alto nivel de probabilidad suficiente".

959. Otros dos casos en los que se basaron las Demandantes, relacionados con contratos o concesiones de aeropuertos donde se aplicó el método de DCF para calcular los daños una vez que se determinó que se había producido una expropiación ilícita —ADC c. Hungría y Flughafen Zürich c. Venezuela—, involucraban aeropuertos en funcionamiento. Por lo tanto, no presentan las circunstancias del Proyecto al momento de la resolución, que se presentan ante este Tribunal.

960. Si bien es cierto que el Contrato proporciona una base sólida para hacer suposiciones sobre ciertas variables clave en un análisis contra fáctico, en última instancia, el Tribunal debe estar convencido de que los daños basados en un enfoque de ingresos se han demostrado de manera suficiente, han sido causados por el incumplimiento, son razonables en términos de monto y no resultan demasiado especulativos o remotos. El Tribunal considera que las Demandantes no han cumplido con su carga de persuasión cuando se tienen en cuenta todos estos factores en relación con el modelo de DCF propuesto. Por lo tanto, concuerda

con el experto de la Demandada en que el enfoque de costos, en lugar del enfoque de ingresos, es el enfoque más adecuado para calcular los daños por la violación del Artículo 2(3) del TBI en función de los hechos y las circunstancias del presente caso. (Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. c. República del Perú, 2023, pp. 957-960).

Veremos más adelante cómo es que en el caso Bear Creek se llegó a una solución similar respecto a un proyecto minero cuya viabilidad dependía de muchos factores, que en ese caso era aún más adversos y en el que tampoco se producían ingresos por la explotación.

### **6.3. El caso Bear Creek Mining Corporation contra la República del Perú (Caso CIADI N.º ARB/14/21)**

Bear Creek es una empresa domiciliada en la Columbia Británica en Canadá que en 2004 tomó conocimiento de la existencia de potenciales depósitos de minerales en la localidad de Santa Ana, ubicada en un área dentro de los 50 km de la frontera de Perú y Bolivia, y se propuso a desarrollar un proyecto minero, el proyecto Santa Ana.

Entre los meses de mayo y noviembre de 2004, la Sra. Jenny Villavicencio presentó seis solicitudes de petitorios mineros correspondientes al Proyecto Santa Ana. La Sra. Villavicencio era empleada de Bear Creek con un contrato registrado en el Ministerio de Trabajo y contaba con ciertos poderes otorgados por dicha empresa, registrados en los Registros Públicos de Lima.

Posteriormente, la Sra. Villavicencio celebró contratos de opción con Bear Creek respecto a estas concesiones. Las opciones estaban sujetas a la condición de que Bear Creek obtuviera las autorizaciones necesarias para adquirir tales concesiones.

Conforme al artículo 71º de la Constitución Política del Perú (1993):

Los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Como consecuencia de lo anterior, los extranjeros deben tramitar y obtener la expedición de un

Decreto Supremo que los autorice a adquirir concesiones en zona de frontera.

Cuando Bear Creek quiso registrar los contratos de opción en los registros públicos, estos fueron observados porque aún no se había expedido el Decreto Supremo antes mencionado, pero esta observación fue posteriormente dejada de lado por el Tribunal Registral, que estimó que la transferencia de propiedad solo se produciría luego de ejercida la opción.

Las concesiones se registraron a nombre de la Sra. Villavicencio, e igualmente se registraron los contratos de opción a favor de Bear Creek y esta inició los trámites correspondientes para realizar labores de exploración en dichas concesiones.

Como parte de esas gestiones, la Sra. Villavicencio adjuntó un Convenio para el uso de tierras superficiales con la Asociación de Agricultores El Cóndor de Aconcagua, que estaba originalmente suscrito por Bear Creek, lo que motivó una observación por parte de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM (en adelante, DGAAM). De otro lado, Bear Creek había pagado por la Sra. Villavicencio algunas tasas vinculadas al proyecto al Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (en adelante, INGEMMET).

Bear Creek gestionó y obtuvo la emisión del Decreto Supremo que la autorizaba a adquirir las concesiones del Proyecto Santa Ana (D.S. 083-2007), ejerció la opción y registró las concesiones a su nombre.

Como parte de los trámites conducentes a la exploración y explotación, la minera Bear Creek comenzó a relacionarse con las comunidades en el área de influencia del proyecto a través de talleres y otro tipo de reuniones.

Las partes discreparon sobre la naturaleza de las relaciones de Bear Creek con las comunidades vecinas, pero lo cierto es que, desde mayo del 2008, las comunidades ya venían produciendo actos en contra del proyecto, los que se fueron radicalizando con el tiempo.

Así, por ejemplo, en septiembre de 2008, la Comunidad de Ancomarca detuvo por más de cuatro horas a personal del proyecto. En octubre de 2008, miembros de la Comunidad de Kelluyo invadieron el campamento de Bear Creek y realizaron saqueos y actos de vandalismo.

Durante el 2009, Bear Creek realizó una serie de talleres participativos con las comunidades; sin embargo, esto no sirvió para aliviar el descontento de las Comunidades, especialmente aquellas ubicadas en el área de influencia indirecta del proyecto. Estas sentían que no obtendrían beneficios del proyecto

y estaban preocupadas por los impactos medio ambientales del mismo.

El Ministerio de Energía y Minas aprobó el Plan de Participación Ciudadana presentado por Bear Creek y, en base al mismo, se realizó una audiencia pública sobre el Estudio de Impacto Ambiental. Respecto al resultado de dicha reunión, hubo una discrepancia entre las partes.

Como una cuestión de hecho, con posterioridad a la audiencia pública, aumentó el descontento de las comunidades contra el proyecto Santa Ana.

En marzo de 2011, se formó el Frente de Defensa de los Recursos Naturales de la Zona Sur de Puno.

Entre marzo y junio de 2011, las protestas comenzaron a escalar en violencia y en el número de comunidades que participan en ellas.

Ante la magnitud del problema, el 15 mayo 2011, el Gobierno de la República del Perú creó una Comisión de Alto Nivel para tratar de solucionar el tema de las protestas en Puno.

El 28 de mayo de 2011, con el fin de tratar de apaciguar las protestas, se suspendió el trámite de Estudio Ambiental de Santa Ana y la presentación de petitorios mineros en el sur de Puno.

El 31 de mayo de 2011, los comuneros acordaron suspender sus protestas momentáneamente para permitir que se realizaran las elecciones presidenciales, luego de lo cual las protestas se reanudaron y se tornaron cada vez más violentas con incendios en locales públicos y el fallecimiento de personas durante estos incidentes.

Del 17 al 23 de junio 2011, se realizaron unas reuniones en la ciudad de Lima con presencia de los principales líderes de las comunidades. En la última de las reuniones, un congresista sacó a relucir la forma en que las concesiones de Bear Creek fueron adquiridas en cabeza de la Sra. Villavicencio, aduciendo que estas se habrían adquirido en contravención al artículo 71 de la Constitución Política del Perú, utilizando a una persona nacional, cuando estas estaban siendo adquiridas realmente por una empresa extranjera que no contaba aún con la autorización correspondiente para adquirirlas.

Como consecuencia de esa reunión, se expidió el D.S. 032-2011-EM (en adelante, DS 032) revocando la autorización otorgada a Bear Creek para adquirir las concesiones del Proyecto Santa Ana en zona de frontera, poniéndose con ello fin a las protestas.

En los considerandos del DS 032 se indicó que el mismo se expide en virtud a que:

- Se puso en evidencia que la adquisición de las concesiones se habría efectuado en violación

del artículo 71 de la Constitución Política del Perú.

- La situación de convulsión social en Puno.

Bear Creek presentó una demanda arbitral tramitada bajo reglas CIADI contra la República del Perú alegando haber sufrido la expropiación directa o indirecta de su inversión al haberse revocado la autorización para adquirir las concesiones del proyecto Santa Ana en zona de frontera, lo que implicaba la pérdida de valor total de su inversión y además la pérdida de titularidad sobre las concesiones.

El Tribunal analizó en primer lugar si es que había habido una expropiación indirecta, lo que estimó que sí había ocurrido, razón por la cual ya no analizó si es que el DS 032 implicaba pérdida de titularidad sobre las concesiones.

El Tribunal estimó que Bear Creek no había infringido el artículo 71 de la Constitución Política del Perú al adquirir las concesiones ejerciendo la opción que le otorgó la Sra. Villavicencio. Al efecto, tuvo en consideración que distintas entidades estatales habían tomado conocimiento de la relación existente entre esta y la empresa, y habían estimado su adquisición como lícita (Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, 2017, p. 379) y, más bien, habían manifestado su apoyo al proyecto hasta la expedición del DS 032. El Tribunal enumeró diversos actos estatales donde se evaluó la autorización para adquirir las concesiones y otros actos vinculados a las mismas (Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, 2017, p. 392), señalando que esto era indicativo de la legalidad de la adquisición.

El Tribunal, en mayoría, también estimó que Bear Creek había seguido todos los procedimientos aprobados por el Ministerio de Energía y Minas como el Plan de Participación Ciudadana siendo que con ello satisfizo sus obligaciones legales. En consecuencia, no le cabía responsabilidad en base al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que le imponía más bien obligaciones al Estado. En base a lo anterior, el Tribunal concluyó que no se le podía imputar culpa en las protestas en Puno.

El árbitro Philippe Sands discrepó de esta conclusión y estableció, en un voto singular, que Bear Creek sí tenía una responsabilidad concurrente que debía ser tomada en cuenta al establecer la indemnización, dado que no se había relacionado de forma adecuada con las Comunidades afectadas por el proyecto.

En el arbitraje, también se discutió respecto a si nos encontrábamos ante una de las excepciones previstas en el artículo 2201.1 del TLC entre Canadá

y la República del Perú que regula la posibilidad de que los Estados adopten medidas legítimas ejerciendo su papel de policía en interés del bienestar público.

Esto es lo que se conoce como "State's legitimate right to regulate and to exercise police power in the interests of public welfare" [Derecho legítimo de un Estado de regular y ejercer su poder de policía en interés del bienestar público] (Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, 2017, p. 338). Es decir, medidas que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe, no discriminatorias, diseñadas y aplicadas para proteger los legítimos objetivos de bienestar público (como salud, seguridad y medio ambiente), y que no constituyen una expropiación indirecta (Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, 2017, p. 472).

El Tribunal indicó que, si bien el DS 032 podría ser considerado dentro de esta excepción, a su parecer este debió observar el debido proceso de Bear Creek y ofrecerle una indemnización por la pérdida que esta medida le ocasionaba.

El Tribunal indicó:

Además, el Tribunal observa que la Demandada emitió no solo el Decreto Supremo 032, sino también el Decreto Supremo 033, el cual suspendía todas las nuevas solicitudes de concesión minera en Puno, y que las intervenciones de la Demandada parecen haber sido efectivas para detener las protestas, las huelgas y la violencia que paralizaban la región. No obstante, incluso si estos dos Decretos juntos tuvieran que ser considerados justificados por la excepción presente en el Artículo 2201 del TLC, la Demandada no explica las demás razones que se establecen supra como violatorias del Artículo 812 del TLC. La Demandada no ha explicado que no fuera posible escuchar a la Demandante antes de emitir el Decreto Supremo 032 y que la excepción también justificaba el incumplimiento de la obligación de debido proceso establecida en el Artículo 812 del TLC. Y puesto que la excepción del Artículo 2201 no ofrece ninguna renuncia a la obligación del Artículo 812 de otorgar una indemnización por la expropiación, la Demandada tampoco ha explicado por qué era necesario para la protección de la vida humana no ofrecer una indemnización a la Demandante por la derogación del Decreto Supremo 083 (Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, 2017, p. 473).

Habiéndose establecido que había ocurrido una expropiación indirecta cabía establecer el monto indemnizatorio a pagarse a Bear Creek. Para ello, el Tribunal estableció que para fijar la indemnización se debía considerar lo dispuesto por el artículo 812.2 del TLC con Canadá que establece:

Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se

haya llevado a cabo ("fecha de expropiación"), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de evaluación incluirán: el valor de empresa en funcionamiento, el valor del activo incluyendo el valor fiscal declarado de la propiedad tangible y otros criterios, según corresponda, para determinar el valor justo de mercado.

El Tribunal luego indicó que esta debía fijarse conforme al valor justo de mercado (VJM) que se define como:

el precio, expresado en términos de equivalentes de efectivo, al que se intercambiaría un bien entre un vendedor y comprador hipotéticos, dispuestos y aptos, en una transacción de libre competencia en un mercado abierto y sin restricciones, ambos sin estar obligados a vender o comprar y con conocimiento razonable de los hechos relevantes. (Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, 2017, p. 597)

El Tribunal, sin embargo, estimó que ante la incertidumbre de que el proyecto Santa Ana pudiera ejecutarse en la realidad, el VJM debía ser equivalente al monto invertido por el inversionista.

El Tribunal advierte que el Proyecto Santa Ana aún se encontraba en una etapa inicial y que no había recibido muchas de las aprobaciones gubernamentales y permisos ambientales que requería para continuar. En vista de las pruebas ante sí, el Tribunal concluye que era poco probable que el Proyecto obtuviera la licencia social necesaria para continuar operando, aun suponiendo que hubiera recibido todos los permisos ambientales y demás autorizaciones. El Tribunal advierte que no hubo otros proyectos similares en la misma área y que no hay pruebas que avalen una trayectoria de operación exitosa o rentabilidad futura. (Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, 2017, p. 600).

Como es de verse, al igual que en el caso de Kuntur Wasi, en aquellos proyectos que se encuentre aún en una etapa inicial y existe gran incertidumbre respecto a su futuro devenir, la tendencia será a establecer que el criterio para establecer la indemnización corresponderá al monto efectivamente invertido.

Esto último también es recogido por Dolzer y Schreuer (2008) quienes nos señalan:

Various methods may be employed to determine market value, the discounted cash flow method will often be a relevant yardstick, rather than book value or replacement value, in the case of a going concern that has already produce income. Before the point of reaching profitability, the value of original investment with appropriate adjustments will be the most appropriate measure (p. 91).

## 7. Conclusiones

1. La mayoría de los instrumentos internacionales que contienen disposiciones de protección a inversiones contiene protecciones contra medidas de expropiación directa o indirecta de inversiones.
2. Para que una medida expropiatoria sea conforme a derecho debe:
  - (1) Servir a una causa pública legítima.
  - (2) No debe ser arbitraria o discriminatoria.
  - (3) Debe tomarse respetando el derecho a un debido proceso del que la soporta.
  - (4) Debe dar lugar a una compensación prontamente atendida.
3. Si bien es cierto es posible establecer algunos principios generales en esta materia de expropiaciones indirectas, su existencia deberá establecerse caso por caso atendiendo a sus circunstancias específicas.
4. En ese contexto es particularmente útil analizar algunos casos en los que la República del Perú ha sido parte para ver cuál es el alcance que algunos de los Tribunales CIADI le han dado a esta materia.
5. Así, por ejemplo, el caso el Banco del Nuevo Mundo nos permite ilustrar situaciones que se han considerado como medidas estatales legítimas y que por ende no califican como expropiatorias y por ende no dan lugar a la responsabilidad estatal.
6. El caso Bear Creek nos permite establecer un caso en el que una determinada medida estatal fue considerada como una expropiación indirecta, y nos muestra un caso en el que el Tribunal estimó que si bien, la medida pudo haberse expedido en el ejercicio legítimo de un poder de policía, aún en ese caso se debía respetar el derecho a un debido proceso del inversionista quién igual retenía su derecho a ser compensado.
7. Finalmente, los casos de Bear Creek y Kuntur Wasi nos permiten ver cómo es que los Tribunales de Inversión son renuentes a conceder indemnizaciones por lucro cesante a proyectos que no se encuentran aún en etapa de explotación.

### **Lista de referencias:**

Acuerdo de Libre Comercio entre la República del Perú y Australia. (2018, 12 de febrero).

- Bear Creek Mining Corporation contra la República del Perú. (2017, 30 de noviembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Caso N.º ARB/14/21, *Lauto arbitral y Opinión parcialmente disidente profesor Philippe Sands QC*. [https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3745/DS10808\\_Sp.pdf](https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3745/DS10808_Sp.pdf)
- Constitución Política del Perú. (29 de diciembre de 1993). *Diario Oficial El Peruano*. <https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=1>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969, 22 de noviembre). *Organización de los Estados Americanos (OEA)*. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)
- Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. (1994, 10 de noviembre).
- Convenio entre la República del Perú y la República Francesa sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. (1993, 06 de octubre).
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (1789, 26 de agosto). *Asamblea Nacional Constituyente de Francia*. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948, 10 de diciembre). *Organización de las Naciones Unidas (ONU)*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- De Urioste, R. (2014, 13 de junio). La expropiación indirecta en el derecho internacional de las inversiones y el derecho a la propiedad en la Corte Europea de Derechos Humanos. *Revista de Economía y Derecho*, 10(39), 7-41. <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/319>
- Dolzer, R. & Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.
- McLachlan QC, C., Shore, L. & Weiniger, M. (2008). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford University Press.
- Paulsson, J. & Douglas, Z. (2021). *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitration*. Wolters Kluwer Arbitration, 146-159. [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties\\_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0274.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0274.pdf)
- Renée Rose Levy de Levi contra la República del Perú. (2014, 26 de febrero). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Caso N.º ARB/10/17. *Lauto Arbitral*. [https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1142/DC4212\\_Sp.pdf](https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1142/DC4212_Sp.pdf)
- Schreuer, C. (2005, 20 de mayo). The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties. *Transnational Dispute Management*, 2(3). [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties\\_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0272.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0272.pdf) [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties\\_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0272.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0272.pdf)
- Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A. contra la República del Perú. (2023, 11 de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Caso N.º ARB/18/27, *Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y determinados aspectos del quantum, con nuevas instrucciones sobre la cuantificación de daños*. [https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7311/DS19005\\_Sp.pdf](https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7311/DS19005_Sp.pdf)
- Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú. (2008, 29 de mayo).