

Los conflictos socioambientales en el contexto de los arbitrajes de inversión

Climate change and socio-environmental conflicts in the context of investment arbitrations

Licy Benzaquén Gonzalo*
Consultora legal y árbitro independiente

Flavia Scaramutti Rodríguez**
Consultora legal independiente

Resumen:

El arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, tiene como finalidad resolver las disputas que surgen entre diversos agentes, los mismos que deciden, mediante un contrato, someterse al procedimiento arbitral en el supuesto que surja algún desacuerdo entre ellos. En muchas ocasiones, una de las partes de la controversia es un Estado, al haber suscrito con un agente privado un contrato de inversión.

El fenómeno del cambio climático viene siendo materia de arbitrajes internacionales en los últimos años, al ser un tema transversal que hoy en día tiene repercusiones en el planeamiento y operación de diversos proyectos de inversión. Además, los proyectos de inversión se ven enfrentados a obstáculos relacionados con la inactividad estatal respecto de los conflictos socioambientales, como lo son la toma de los proyectos por parte de las comunidades nativas.

La finalidad del presente artículo es presentar una breve síntesis de algunos procedimientos arbitrales de inversión que consideramos más relevantes dirigidos a resolver conflictos internacionales relacionados con el cambio climático y el ambiente, y así determinar cuáles son algunos de los criterios adoptados por los tribunales arbitrales de inversión y la relevancia de cada caso comentado.

Abstract:

The purpose of arbitration, as a dispute resolution mechanism, is to resolve disputes arising between different agents, who decide by means of a contract to submit to arbitration the possible disagreement that could arise between them. In many cases, one of the parties to the dispute is a State, which celebrates an investment contract with a private agent.

The phenomenon of climate change has been the subject of international arbitration in recent years, as it is a cross-cutting issue that today has repercussions on the planning and operation of various investment projects. In addition, investment projects also face obstacles related to state inactivity with respect to socio-environmental conflicts, such as the takeover of projects by native communities.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestrías en Derecho Empresarial por la Universidad de Barcelona y en Derecho Regulatorio con mención en Energía en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Licy cuenta con una trayectoria de más de 17 años en asesoramiento integral a empresas con énfasis en el sector energía, hidrocarburos, telecomunicaciones, derecho corporativo y relaciones institucionales. Centra su práctica en la industria energética y de recursos naturales. Además, ha participado en diversos arbitrajes nacionales e internacionales relacionados con el sector y el desarrollo de proyectos de inversión.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especializada en derecho regulatorio y derecho administrativo. Su práctica profesional se centra en asesorar a diversos agentes de los sectores de energía y recursos naturales. Además, tiene conocimientos en Contrataciones con el Estado, Libre Competencia y Arbitraje. Fue adjunta de docencia del Curso de Comunicación Jurídica Eficaz y actualmente es profesora adjunta del Curso de Sistema Romano Germánico y Derecho Anglosajón en la Facultad de Derecho de la PUCP. En el 2021 fue asesora permanente de la Primera Contienda Legal sobre delitos ambientales en el Perú.

The purpose of this article is to present a brief summary of some of the investment arbitration proceedings that we consider most relevant in resolving international conflicts related to climate change and the environment, and to determine some of the criteria adopted by investment arbitration tribunals and the relevance of each case discussed.

Palabras clave:

Arbitraje de inversión; conflictos socioambientales; derecho socioambiental

Keywords:

Investment arbitration; socio-environmental conflicts; socio-environmental law

1. Introducción

Actualmente, el fenómeno del cambio climático ha tomado un rol protagónico en las consideraciones para el desarrollo de los negocios y proyectos alrededor del mundo. Es por ello que la forma en la que se afronta se ha vuelto uno de los retos más urgentes y complejos para los agentes privados y los gobiernos.

El impacto producido por el cambio climático no se limita únicamente al aspecto ambiental, sino que atraviesa prácticamente todos los ámbitos; como lo son la economía, la política, los derechos humanos, el comercio internacional y, como se desarrollará en el presente artículo, el arbitraje internacional de inversiones. En este contexto, los tribunales arbitrales internacionales de inversiones ya han comenzado a jugar un rol relevante, viéndose enfrentados a controversias en las que las cuestiones ambientales, y específicamente las relacionadas con el cambio climático, adquieren una importancia central (Viñuales, 2022).

La transversalidad del fenómeno del cambio climático ha generado que diversas regulaciones, tratados y políticas públicas sean destinadas a mitigar sus efectos —como las disposiciones relacionadas a la transición energética, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero o la protección de ecosistemas vulnerables— se vean enfrentadas a los intereses de inversionistas extranjeros. Entonces, esto tiene como consecuencia que, con el paso del tiempo, surjan controversias de carácter internacional, especialmente en el marco del arbitraje de inversiones.

En el caso de los arbitrajes de inversiones, los Estados se ven en la obligación de responder por las medidas adoptadas para mitigar el cambio climático en cumplimiento de sus compromisos ambientales internacionales (Bernasconi-Osterwalder *et al.*, 2011). Así, se produce una tensión entre los inversionistas, quienes adquieren sus derechos en el marco de contratos bilaterales o multilaterales de inversión, y los Estados, quienes deben enfrentar la crisis climática (Cotula, 2020).

La presencia del fenómeno del cambio climático se incrementa cada día más en las disputas arbitrales, lo cual no solo pone a prueba los límites del derecho internacional contemporáneo, sino que también plantea preguntas fundamentales respecto del rol del arbitraje en la promoción de objetivos globales como la justicia ambiental y el desarrollo sostenible (Mayer, 2018). En consecuencia, consideramos que es fundamental analizar cómo los tribunales arbitrales están respondiendo a estos desafíos y los criterios que están adoptando para resolver algunas de las controversias planteadas (Miles, 2013).

Los casos seleccionados que consideramos contienen elementos relevantes para resaltar el efecto de las consideraciones sobre el cambio climático y el medio ambiente, son los siguientes:

- (1) *Bear Creek Mining* contra República del Perú: Caso CIADI N.º ARB/14/21;
- (2) *Lupaka Gold Corp.* contra República del Perú: Caso CIADI N.º ARB/20/46;
- (3) *Perenco Ecuador Limited* contra República del Ecuador: Caso CIADI N.º ARB/08/6; y,
- (4) *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l.* y Antin Energía Termosolar B.V. contra España

De esta manera, empezaremos con aquellos procesos arbitrales que se han desarrollado respecto de intereses en Latinoamérica.

En los últimos años, los gobiernos de los países latinoamericanos han reconocido la urgencia de combatir los efectos del cambio climático. Así, al ser Latinoamérica una región altamente vulnerable a sufrir desastres naturales, deforestación y pérdida de biodiversidad, muchos países han implementado una serie de políticas públicas con la finalidad de reducir la emisión de los gases de efecto invernadero en su territorio. Además, mediante una serie de disposiciones legales, los gobiernos buscan promover la inversión en proyectos de energía renovable y fortalecer la protección al medio ambiente.

En el caso particular del Perú, en el año 2018 se aprobó en el Perú la Ley N.º 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático, la misma que establecía una serie de estrategias a nivel nacional, regional y local para mitigar el cambio climático. Incluso, el Perú ha suscrito el Acuerdo de París, comprometiéndose a reducir la emisión de los gases de efecto invernadero en un 40 % para el año 2030 y lograr neutralizar las emisiones de carbono para el año 2050.

2. Controversias relevantes

2.1. América Latina

2.1.1. *Bear Creek Mining contra Perú (2014): Caso CIADI N.º ARB/14/21. Una disputa sobre minería, derechos indígenas y regulaciones ambientales*

Bear Creek Mining (en adelante, “Bear Creek”), es una empresa minera de origen canadiense, la misma que el 11 de agosto de 2014, presentó una solicitud de arbitraje a la Secretaría General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el “CIADI”) contra la República del Perú, en virtud del Tratado de Libre Comercio (en adelante, el “TLC”) suscrito entre Canadá y Perú¹.

La disputa surgió luego de que el gobierno peruano expropiara las inversiones de *Bear Creek* y revocara la concesión minera otorgada a esta en el año 2007 para desarrollar el proyecto de minería de plata “Santa Ana” en la región de Puno, cerca de la frontera con Bolivia (en adelante, el “Proyecto Santa Ana”).

(i) Antecedentes

Previamente a la interposición de la solicitud arbitral por parte de *Bear Creek*, el Proyecto Santa Ana enfrentó una fuerte oposición por parte de las comunidades indígenas aymaras de la zona. Estas comunidades argumentaron que las operaciones mineras del Proyecto Santa Ana provocarían la degradación del medio ambiente, lo cual afectaría particularmente a las fuentes de agua esenciales para la agricultura y los medios de vida de dichas comunidades.

De esta manera, en el año 2011 se presentaron una serie de protestas por parte de las comunidades indígenas aymaras de la zona, que tuvieron como consecuencia personas heridas e incluso fallecimientos. En respuesta a esto, el gobierno peruano emitió con fecha 24 de junio de 2011, el Decreto Supremo N.º 032-2011, el cual prohibió las actividades mineras en las provincias de Chucuito y Puno. Además, la mencionada norma derogó el Decreto Supremo N.º 083-2007-EM, revocando la declaración de necesidad pública del proyecto y

el derecho de concesión para realizar actividades mineras otorgado a favor de *Bear Creek*.

(ii) Argumentos legales y procedimiento

Bear Creek alegó que el Perú había expropiado ilegalmente su inversión sin proporcionar una compensación justa. Argumentó que el Perú violó las disposiciones de trato justo y equitativo contemplado en el TLC entre Canadá y Perú. Además, la empresa sostuvo que había cumplido con todas las regulaciones ambientales y sociales, y que el gobierno no había protegido su inversión. A mayor detalle, *Bear Creek* solicitó al Tribunal Arbitral del CIADI lo siguiente:

- Se declare que el Perú violó el TLC entre Canadá y Perú y el derecho internacional;
- Se otorgue a *Bear Creek* la restitución plena o equivalente monetario de todos los daños y perjuicios, incluidos los daños históricos, morales y emergentes que sufrió, debido a los incumplimientos por parte del Perú de sus obligaciones en virtud del TLC;
- Se ordene al Perú que pague todos los costos y gastos de este arbitraje, incluidos los honorarios administrativos del CIADI, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos de los representantes legales de *Bear Creek* con respecto a este arbitraje y cualquier otro costo relativo a este arbitraje;
- Se conceda a *Bear Creek* los intereses compuestos previos y posteriores a la emisión del laudo sobre cualquier monto de restitución o indemnización hasta la fecha de pleno cumplimiento del laudo definitivo.
- Se conceda cualquier otro resarcimiento adicional que el Tribunal Arbitral considere justo y apropiado.

Luego, mediante la presentación del memorial y la réplica de *Bear Creek*, la empresa desarrolló con mayor detalle algunas de las solicitudes mencionadas.

Por su parte, el gobierno peruano justificó la revocación del derecho de concesión de *Bear Creek* alegando un cambio de condiciones por la ocurrencia de conflictos sociales, los mismos que constituían una amenaza al orden público. Además, el Perú hizo hincapié en que su decisión no se dio de forma arbitraria, puesto que fue una respuesta necesaria a las protestas indígenas y a los riesgos ambientales.

¹ Véase el laudo: *Bear Creek Mining Corporation contra la República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB 14/21, (noviembre de 2017) https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/bear_creek_sicreci.pdf

(iii) Decisión del Tribunal Arbitral CIADI

Con fecha 30 de noviembre de 2017, el Tribunal del CIADI emitió el laudo y falló a favor de *Bear Creek*, reconociendo que el Perú había efectivamente violado las protecciones de inversión contenidas en el marco del TLC.

De esta manera, se ordenó al Perú pagar la suma de US\$ 18,237,592.00 (dieciocho millones doscientos treinta y siete mil quinientos noventa y dos con 00/100 millones de dólares de los Estados Unidos de América) a *Bear Creek*, por concepto de indemnización y sobre dicho monto, los intereses capitalizados a una tasa de 5 % desde la fecha de entrada en vigencia del Decreto Supremo que derogó el derecho de concesión otorgado a dicha minera, es decir, desde el 25 de junio de 2011 hasta la fecha de pago.

Además, el Tribunal del CIADI ordenó a la República del Perú rembolsar a la empresa el 75 % de los costos del arbitraje de esta, lo cual representa un monto de US\$ 5,986,183.29 (cinco millones novecientos ochenta y seis mil ciento ochenta y tres con 29/100 dólares de los Estados Unidos de América) y sobre esto, pagar los intereses capitalizados a una tasa de 5 % desde la fecha del laudo (30 de noviembre de 2017).

Sin embargo, el Tribunal del CIADI también reconoció como legítimas las preocupaciones ambientales y sociales planteadas por las comunidades locales, por lo que indicó que los Estados tienen la facultad de regular la extracción de recursos naturales de sus territorios para proteger los intereses de las poblaciones indígenas y el medio ambiente.

(iv) Relevancia del Caso

- El caso de *Bear Creek* contra la República del Perú pone en evidencia la tensión existente entre la protección de la inversión extranjera y la gobernanza ambiental de los Estados.
- Si bien el resultado es mayormente favorable para *Bear Creek*, se observa que hubo un desacuerdo en el Tribunal respecto a la determinación del porcentaje de la culpa del inversionista respecto de las protestas de las comunidades indígenas, para calcular el monto de la indemnización. Una de las posiciones adoptadas fue que el monto debía verse reducido porque el inversionista no adoptó las medidas adecuadas para mitigar el malestar de las comunidades indígenas.
- El Tribunal también reconoció la importancia de la consulta previa a las comunidades indígenas

antes de aprobar proyectos mineros², y que son los Estados quienes deben establecer un marco jurídico nacional que garantice su proceso y resultados. Además, uno de los miembros del Tribunal señaló que el inversionista debió “ganarse la confianza” de las comunidades.

2.1.2. *Lupaka Gold Corp. contra República del Perú: Caso CIADI N.º ARB/20/46*

La minera canadiense *Lupaka Gold Corp* (en adelante, “*Lupaka*”) presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI contra la República del Perú, invocando el TLC suscrito entre Perú y Canadá. *Lupaka* se encontraba desarrollando un proyecto minero de extracción de oro, plata y cobre en una zona rural de la precordillera occidental de los Andes, en la provincia de Huaura, departamento de Lima, a 3,500 metros sobre el nivel del mar.

(i) Antecedentes³

En el mes de octubre de 2012, *Lupaka* adquirió *Invicta Mining Corp*, la misma que era titular de varias concesiones mineras adyacentes que abarcaban un área de aproximadamente 47 kilómetros cuadrados. Posteriormente, *Lupaka* se centró en desarrollar la concesión “Victoria Uno”, que se encontraba rodeada por otras cinco concesiones mineras. Dicho proyecto se denominaba comúnmente “Proyecto *Invicta*”, como lo establece *Lupaka* en el arbitraje.

Así, entre el 2012 y el 2018, *Lupaka* invirtió más de US\$ 24'800,000.00 (veinticuatro millones cuatrocientos mil dólares de los Estados Unidos de América) en el Proyecto *Invicta*. Dicha inversión se destinó, entre otras cosas, a la realización de estudios geológicos y metalúrgicos, asegurar el financiamiento del Proyecto *Invicta*, desarrollar relaciones con las comunidades rurales, obtener permisos y una serie de títulos habilitantes, investigar posibles plantas de procesamiento y desarrollar la infraestructura del Proyecto *Invicta*.

Desde el mes de junio de 2018, la comunidad de Parán inició actos de violencia en contra de *Lupaka*. En el mes de junio de 2018, la comunidad de Parán invadió de manera violenta y atacó con armas de fuego a los trabajadores del proyecto. Al retirarse, los miembros de la comunidad amenazaron a los trabajadores con una futura invasión, la misma que se vio materializada en el mes de octubre de 2018, mediante el asalto con armas de fuego y bloqueo del acceso del personal y asesores de *Lupaka* a la mina de oro del Proyecto *Invicta*.

Esto ocasionó que *Lupaka* suspenda los envíos programados de mineral hacia las plantas de procesamiento. Ante la imposibilidad de acceder al

² Véanse las noticias de Tratados de Inversión (octubre, 2018) <https://www.iisd.org/itn/2018/10/18/bear-creek-v-peru/>

³ Véase el memorial de *Lupaka* (2021): <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16506.pdf>

territorio, *Lupaka* se vio impedida de continuar con la extracción y comercialización del mineral. Además, *Lupaka* realizó múltiples solicitudes de apoyo a las autoridades policiales y gubernamentales, sin embargo, no se le brindó la asistencia requerida.

Como consecuencia, *Lupaka* no pudo cumplir con el pago de un préstamo adquirido para completar el desarrollo del Proyecto Invicta y así dar inicio a la producción comercial. Por lo que su acreedor les ejecutó la garantía de un préstamo, y *Lupaka* perdió finalmente su inversión en el mes de agosto de 2019.

Además, según lo señalado por *Lupaka* en el procedimiento arbitral, la comunidad Parán manifestó sus intenciones de explotar la mina, lo cual fue alertado al gobierno peruano. Sin embargo, el gobierno no ejecutó ninguna acción para combatir el problema (Gestión, 2024).

De esta manera, el 12 de diciembre de 2019, *Lupaka* presentó al gobierno peruano una notificación de intención para presentar una reclamación de arbitraje dentro del marco del TLC Canadá-Perú. Esta notificación buscaba preservar el derecho de la empresa a iniciar el arbitraje en caso de no llegar a una solución amistosa. No obstante, pese a que se llevaron a cabo una serie de reuniones entre los representantes del Gobierno del Perú y *Lupaka*, no se logró un acuerdo entre ambas partes.

Es por esto que, el 30 de octubre de 2020, el CIADI registró la solicitud de *Lupaka* de dar inicio al proceso arbitral, mediante la cual la empresa reclamaba al gobierno peruano una indemnización de US\$ 100,000,000.00 (cien mil millones con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América).

(ii) Argumentos legales y procedimiento

Por un lado, *Lupaka* sostiene que el gobierno peruano incumplió con sus obligaciones contempladas en el TLC (Canadá-Perú) al permitir que el Proyecto Invicta fuera bloqueado por la comunidad local de Parán sin intervención efectiva de las fuerzas estatales. En tal sentido. Los principales alegatos de *Lupaka* son los siguientes⁴:

- a. **Expropiación indirecta:** la inacción del gobierno peruano frente al bloqueo y ocupación del Proyecto Invicta por parte de la comunidad de Parán resultó en una expropiación indirecta de su inversión, ya que perdió el control y uso efectivo de su propiedad sin la compensación correspondiente.
- b. **Violación del trato justo y equitativo:** el gobierno peruano no proporcionó un entorno estable y predecible para la inversión de *Lupaka*, incumpliendo así el estándar de trato justo y equitativo.

- c. **Falta de protección y seguridad plenas:** la República del Perú no garantizó la protección física y legal de la inversión de *Lupaka*, al no actuar contra las acciones de la comunidad de Parán y no responder adecuadamente a las solicitudes de la empresa. Lo cual, posteriormente, impidió el desarrollo del proyecto.

- d. **Violación de expectativas legítimas:** el gobierno peruano creó expectativas legítimas al otorgar los títulos habilitantes para el desarrollo del Proyecto Invicta, pero luego no actuó para proteger esas expectativas frente a las acciones de terceros.

Por su parte, el gobierno peruano rechazó las alegaciones de *Lupaka*, argumentando que no había violado ninguna de sus obligaciones contenidas en el TLC Canadá-Perú y que las acciones adoptadas se encontraron dentro del marco legal y en respuesta a las circunstancias específicas del caso. Sus principales argumentos son los siguientes:

- a. **Falta de jurisdicción del Tribunal CIADI:** el gobierno peruano sostiene que el Tribunal CIADI carece de jurisdicción sobre ciertas reclamaciones debido a que *Lupaka*, debió seguir los requisitos procesales establecidos en el TLC Canadá-Perú.
- b. **Ausencia de expropiación:** el gobierno peruano no tomó posesión ni control del proyecto Invicta, y que cualquier pérdida sufrida por *Lupaka* fue resultado de conflictos sociales fuera del control directo del Estado.
- c. **Medidas razonables y proporcionadas:** Las acciones adoptadas por el gobierno fueron razonables y proporcionales, y se realizaron esfuerzos para mediar el conflicto con la comunidad de Parán, respetando los derechos de todas las partes involucradas.
- d. **Responsabilidad limitada por acciones de terceros:** No se puede responsabilizar al Estado por las acciones de terceros, como las comunidades locales, especialmente cuando ha actuado de buena fe para resolver los conflictos.

Sobre la base de lo anterior, el gobierno peruano solicitó al Tribunal Arbitral que desestime la reclamación de *Lupaka* y que ordene a la empresa cubrir los costos del arbitraje.

(iii) Estado del proceso

Actualmente, el proceso se encuentra en una etapa muy avanzada. Según lo señalado por el Tribunal Arbitral, la redacción del laudo se encuentra en la etapa final de traducción (de inglés a español), por

4 Véase el memorial de *Lupaka* (2021): <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16506.pdf>

lo que se estima que este será remitido a las partes durante el último trimestre de 2025⁵.

(iv) Relevancia del caso

El caso *Lupaka Gold Corp. contra la República del Perú* es especialmente relevante porque refleja de forma muy clara las tensiones entre los proyectos de inversión que involucran actividades extractivas y los conflictos socioambientales. Aunque la controversia materia del presente arbitraje no se refiere directamente a las disposiciones relativas a la mitigación del cambio climático, sí se refleja una dimensión crucial del litigio climático contemporáneo: la resistencia de comunidades locales a proyectos extractivos que consideran perjudiciales para sus territorios, su salud y su entorno natural.

Este tipo de conflicto se da en un contexto global en el que las demandas de los derechos de los pueblos indígenas y la protección del ambiente en el que viven cobran cada vez mayor relevancia en las decisiones gubernamentales. Asimismo, el caso pone en evidencia el desafío que enfrentan los Estados al intentar equilibrar sus compromisos internacionales en materia de inversión extranjera con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos y ambientales de sus ciudadanos, específicamente, de aquellas comunidades nativas que cuentan con autonomía en su organización, una identidad cultural propia y el uso y libre disposición de sus tierras.

En tal sentido, la controversia comentada podría tener implicancias significativas para futuros casos en los que los gobiernos decidan abstenerse de intervenir en conflictos socioambientales. Dependiendo del laudo final, podría sentarse un precedente importante respecto de cuánta expectativa se debe otorgar al Estado para proteger una inversión privada, cuando ello implique entrar en tensión con la oposición social y el cuidado del entorno ecológico.

2.1.3. *Perenco contra Ecuador: Un caso de arbitraje de inversión histórico en derecho climático y ambiental. Caso CIADI N.º ARB/08/6*

(i) Antecedentes

La disputa entre Perenco Ecuador Limited (en adelante, “Perenco”), una empresa petrolera francesa, y la República de Ecuador surgió a raíz de los cambios en las políticas regulatorias y fiscales de Ecuador que afectan al sector petrolero. Perenco había estado operando en Ecuador en virtud de acuerdos de producción compartida para dos

bloques petrolíferos clave —Bloque 7 y Bloque 21— en la región amazónica⁶. Sin embargo, a mediados de la primera década del siglo XXI, Ecuador introdujo una serie de reformas que alteraron significativamente las condiciones financieras de sus acuerdos con las compañías petroleras extranjeras.

En el año 2006, Ecuador aprobó la Ley 42, que modifica la Ley de Hidrocarburos y obligaba a las empresas petroleras extranjeras a pagar al gobierno ecuatoriano el 50 % de sus beneficios extraordinarios, es decir, el exceso de ingresos resultante del aumento de los precios mundiales del petróleo. Este porcentaje se incrementó posteriormente al 99 % en el año 2007, teniendo como consecuencia que Perenco transfiriera casi todos sus beneficios extraordinarios al gobierno de Ecuador.

Perenco, junto con otras empresas petroleras, se opuso a estos cambios, alegando que dicha medida constituía una expropiación ilegal y una violación de la protección de sus inversiones en virtud del Tratado Bilateral de Inversión entre Francia y Ecuador (en adelante, el “TBI”).

Al fracasar las negociaciones, Perenco inició un procedimiento de arbitraje contra Ecuador ante el CIADI, alegando violaciones al TBI y a los contratos de producción compartida suscritos con el gobierno ecuatoriano.

(ii) Argumentos jurídicos y Arbitraje

Como parte de la defensa de Perenco, el inversionista alegó que la imposición de tributos adicionales por parte del gobierno ecuatoriano y la confiscación de su producción de petróleo constituían una violación de sus derechos contractuales y de la protección de sus inversiones, conforme a lo siguiente:

- a. **Violación del Tratado Bilateral de Inversión (TBI):** Perenco alegó que las acciones de Ecuador equivalían a una expropiación indirecta y violaban las disposiciones de trato justo y equitativo en virtud del TBI Ecuador-Francia.
- b. **Incumplimiento de contrato:** Perenco afirmó que Ecuador incumplió los contratos de reparto de la producción suscritos entre ambas partes, que inicialmente permitían a la empresa retener una mayor parte de los ingresos procedentes de la producción de petróleo.
- c. **Confiscación injustificada de activos:** como consecuencia de que Perenco se negara a cumplir con el nuevo régimen fiscal, el gobierno

⁵ Al momento de la remisión del presente artículo, el laudo aún no había sido remitido a las partes.

⁶ Véase: *Perenco Ecuador Limited contra la Republica de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB 08/6 (septiembre de 2019): <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10837.pdf>

ecuatoriano tomó el control del Bloque 7 y del Bloque 21, por lo que Perenco señaló que ello constituye una expropiación ilegal.

- d. **Vulneración del debido proceso:** Perenco también alegó que Ecuador no proporcionó ningún tipo de recurso o mecanismo legal adecuado para resolver la disputa, violando su derecho al debido proceso.

Por otro lado, el gobierno ecuatoriano se defendió argumentando lo siguiente:

- a. **Las medidas tributarias y regulatorias fueron actos soberanos legítimos:** Ecuador afirmó que la Ley 42 y sus modificaciones fueron medidas legítimas destinadas a garantizar una distribución justa de los ingresos del petróleo en respuesta a las cambiantes condiciones del mercado.
- b. **Responsabilidades medioambientales y sociales:** Ecuador también señaló que Perenco causó una serie de daños significativos a la selva amazónica, sobre todo en las zonas donde se encontraba su operación.
- c. **Incumplimiento de las obligaciones legales por parte de Perenco:** Ecuador presentó una contrademanda contra Perenco, alegando que esta incumplió con sus obligaciones ambientales, lo cual provocó una grave contaminación al territorio y daños a las comunidades locales.

(iii) Decisión del Tribunal Arbitral CIADI

Tras haber transcurrido casi una década desde el inicio del arbitraje, el Tribunal CIADI emitió el laudo en el mes de septiembre de 2019. La decisión del Tribunal fue parcialmente favorable a Perenco, pero también reconoció los reclamos ambientales del gobierno de Ecuador.

El Tribunal dictaminó que la implementación del impuesto del 99 % dispuesto en una de las modificaciones de la Ley 42 sobre las ganancias inesperadas de las empresas petroleras fue excesiva e injusta, violando el TBI y el principio de trato justo y equitativo. En tal sentido, el Tribunal concluyó que Ecuador efectivamente expropió ilegalmente los activos de Perenco al apoderarse de sus lotes petroleros.

Como consecuencia de ello, condenó a Ecuador a pagar una indemnización a favor de Perenco ascendente a la suma de US\$ 412,000,000.00 (cuatrocientos doce millones con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) por daños y perjuicios. Este fallo se convirtió en uno de los laudos con efectos más significativos contra el gobierno ecuatoriano en un arbitraje de inversiones.

Adicionalmente, el Tribunal CIADI también determinó que Perenco causó graves daños ambientales en las áreas donde operaba, tales como derrames de petróleo y contaminación de recursos naturales. Como resultado, el Tribunal dedujo US\$ 54,000,000.00 (cincuenta y cuatro millones con 00/100 millones de dólares de los Estados Unidos de América) de la indemnización a favor de Perenco para cubrir los costos de la remediación del territorio afectado.

(iv) Conclusiones respecto del caso Perenco contra Ecuador

Las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral en este caso tienen implicancias significativas para el arbitraje de inversiones, que resultan muy relevantes en particular para los litigios sobre el cambio climático y la responsabilidad corporativa en América Latina. Algunas de ellas son las siguientes:

- **Equilibrar los derechos de los inversores y la soberanía del Estado:** la sentencia reafirmó los límites del poder de los Estados para establecer medidas regulatorias retroactivas y excesivas, las mismas que perjudican a los inversionistas extranjeros. No obstante, también se reconoció que los Estados tienen el derecho legítimo de regular sus recursos naturales y proteger el medio ambiente.
- **Responsabilidad Ambiental en el Arbitraje de Inversiones:** el caso Perenco fue uno de los primeros fallos importantes del Tribunal CIADI en incluir una sanción financiera a un agente privado por ocasionar daño ambiental. Este precedente sugiere que los futuros casos de arbitraje pueden considerar cada vez más la responsabilidad ambiental de las empresas en sus fallos.
- **Desafíos para los inversionistas extranjeros en América Latina:** el caso pone en relieve los riesgos legales y financieros que enfrentan los inversionistas extranjeros en las industrias extractivas de América Latina, especialmente en países con panoramas regulatorios cambiantes. Además, se subraya la importancia de la debida diligencia ambiental que deben aplicar las empresas que operan en regiones ricas en recursos naturales (Páez-Salgado & Zuleta, 2019).

Es por todo lo señalado que, el caso Perenco contra Ecuador se considera una disputa histórica en el arbitraje internacional de inversiones, que ilustra las complejidades de la gobernanza del cambio climático, la gestión de recursos y las relaciones entre inversionistas y Estados. Si bien el Tribunal CIADI falló a favor de los derechos de inversión de Perenco, también reconoció la facultad de los Estados para

regular sus recursos naturales y responsabilizar a las empresas por el daño ambiental.

Este caso sienta un precedente importante para futuras disputas de arbitraje relacionadas con el cambio climático, reforzando la necesidad de un equilibrio entre las protecciones de los inversores y las responsabilidades ambientales en América Latina y más allá.

2.1.4. Desafíos y tendencias futuras en litigios climáticos en América Latina

A pesar del creciente número de litigios y arbitrajes climáticos en América Latina, persisten importantes desafíos:

- **Marcos legales limitados:** algunos países de Latinoamérica carecen de leyes integrales sobre litigios climáticos, lo que dificulta que los tribunales manejen los casos de manera efectiva.
- **Disputas entre inversionistas y Estados:** los gobiernos que buscan implementar políticas climáticas deben sortear los riesgos del arbitraje internacional de inversiones, lo que podría desalentar la acción climática por parte de éstos.
- **Derechos sociales e indígenas:** muchas disputas climáticas involucran a comunidades indígenas, lo que genera preocupaciones sobre los derechos a la tierra, la justicia ambiental y la responsabilidad corporativa.

En el futuro, se espera que las inversiones realizadas en América Latina sean materia de más litigios relacionados con el cambio climático y los conflictos socioambientales, particularmente a medida que los países fortalezcan sus compromisos en virtud del Acuerdo de París y los tribunales reconozcan el cambio climático como un problema de derechos humanos.

Ahora, vemos que los litigios sobre cambio climático y conflictos socioambientales en América Latina están evolucionando rápidamente, y los tribunales exigen cada vez más responsabilidades a los gobiernos y a las empresas por su impacto ambiental. Los litigios de arbitraje entre inversionistas y Estados también ponen de manifiesto las tensiones jurídicas entre la protección del ambiente y los derechos de inversión extranjera.

A medida que los litigios climáticos sigan desarrollándose, América Latina desempeñará un papel crucial en la configuración de las tendencias jurídicas mundiales. Garantizar el acceso a la justicia, reforzar la regulación ambiental y equilibrarlo con

los intereses económicos serán retos clave para la región en los próximos años.

2.2. Caso España

En la primera parte del presente artículo, hemos desarrollado tres (3) procedimientos arbitrales relacionados con conflictos sucedidos en Latinoamérica. Ahora, comentaremos uno de los arbitrajes de inversión más relevantes iniciado por un privado contra el gobierno español.

2.2.1. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. contra España: Caso CIADI N.º ARB/13/31*

(i) Antecedentes

Durante la primera década del siglo XXI, España implementó un sistema de incentivos muy generoso para promover el desarrollo de energías renovables, especialmente la solar y la eólica. Este sistema, basado en tarifas reguladas, atrajo a España una gran cantidad de inversionistas extranjeros, al representar un entorno seguro y rentable para el desarrollo de proyectos verdes.

Sin embargo, la crisis financiera del 2008 y el creciente déficit tarifario llevaron al gobierno español a adoptar una serie de reformas regulatorias a partir del año 2010. Por ello, en el año 2013, se sustituyó el régimen de las tarifas fijas por un sistema basado en una rentabilidad “razonable”.

Estas modificaciones en la regulación perjudicaron drásticamente la rentabilidad esperada por los inversionistas. Como consecuencia de ello, el gobierno español se ha enfrentado a múltiples arbitrajes internacionales de inversión, sobre la base de lo dispuesto en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). En tal sentido, varios inversionistas internacionales han reclamado compensaciones por estos cambios regulatorios.

El 29 de octubre de 2013, Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. (en adelante, “Antin”), un fondo luxemburgués con inversiones en proyectos termo solares en España, presentó una solicitud arbitral contra el Reino de España, alegando que los cambios regulatorios habían afectado de forma sustancial y retroactiva su inversión.

(ii) Argumentos de las partes⁷

Respecto de los argumentos de Antin, esta señaló lo siguiente:

- a. El Reino de España violó las disposiciones contenidas en el Tratado sobre la Carta de la

⁷ Véase: Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. contra Reino de España. Caso CIADI N.º ARB 13/31 (junio de 2018): <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9875.pdf>

Energía (TCE), incluyendo la falta de trato justo y equitativo.

- b. Se vulneraron las expectativas legítimas de estabilidad de la regulación, inducidas por las propias medidas legislativas del gobierno español.
- c. Las modificaciones respecto de los incentivos para los inversionistas respecto del desarrollo de proyectos con energías renovables no fueron razonables ni proporcionales y además, se aplicaron de manera retroactiva, lo cual vulnera la seguridad jurídica.

Por otro lado, el Reino de España se defendió sobre la base de los siguientes argumentos:

- a. Las modificaciones legislativas realizadas por el gobierno español fueron necesarias para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema eléctrico.
- b. El marco regulatorio siempre tuvo un carácter revisable y los inversores debían ser conscientes del riesgo.
- c. El Reino de España cuenta con un derecho soberano a regular para proteger el interés público.

(iii) Decisión del Tribunal Arbitral CIADI

El Tribunal arbitral del CIADI emitió el laudo del presente arbitraje el 15 de junio de 2018 y falló a favor de Antin, otorgándole una compensación de más de € 112,000,000.00 (Ciento doce millones con 00/100 de euros), los que debían ser pagados por el Reino de España. El Tribunal concluyó que España había violado el estándar de trato justo y equitativo en el marco del TCE, en particular por afectar expectativas legítimas razonablemente fundadas en los incentivos regulatorios otorgados a los inversionistas.

Sin embargo, en el mes de marzo de 2025, la *Comisión Europea* resolvió que la ejecución del laudo implicaba una ayuda estatal ilegal conforme al Derecho de la Unión Europea, y prohibió el pago de la indemnización a favor de Antin (European Commission, 2024). Esto porque, según la Comisión Europea, la compensación vulneraba el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

(iv) Importancia del caso

Este caso representa claramente el choque entre el arbitraje internacional de inversiones y el derecho climático y regulatorio interno. Así, se pone en cuestión la viabilidad de los tratados de inversión ante escenarios de transición energética, y también se resaltan los conflictos de jurisdicción entre

tribunales arbitrales y las instituciones de la Unión Europea. Además, tras la decisión de la Comisión Europea, se revela la fragilidad de las decisiones emitidas en un arbitraje cuando entran en tensión con decisiones públicas en materia ambiental, fiscal y energética (Kriebaum, 2018).

3. Conclusiones

- El cambio climático es un fenómeno transversal que afecta a todos los ámbitos de los seres humanos y, en particular, las disposiciones emitidas por los Estados con este objetivo impactan en las industrias extractivas.
- En este marco, el desarrollo de distintas disciplinas, como el derecho climático, los derechos a la tierra, la justicia ambiental y la responsabilidad corporativa, constituyen un fenómeno cada vez más difundido y cuyo desarrollo se espera sea mayor en los próximos años.
- Al momento de evaluar sus inversiones, los inversionistas deben considerar en su matriz de riesgos, la posibilidad de cambios regulatorios que puedan afectar sus inversiones por el cambio de condiciones en los lugares materia de la inversión.
- Los Tribunales arbitrales que resuelvan este tipo de controversias se encontrarán cada más enfrentados a realizar un balance entre las capacidades de los Estados para regular en el marco de la mitigación del cambio climático y el interés público, la seguridad jurídica en el marco de los tratados internacionales y las reclamaciones de inversionistas que sienten afectados sus derechos.
- Los Tribunales arbitrales reconocen las obligaciones de los Estados y los inversionistas de cara a la protección del ambiente, su responsabilidad en la mitigación y mantener un ambiente propicio para las inversiones.

Lista de referencias

Bernasconi-Osterwalder, N.; Johnson, L. & Marshall, F. (2011). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. International Institute for Sustainable Development.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2017, 30 de noviembre). Bear Creek Mining Corporation contra la República del Perú. *Caso CIADI N.º ARB 14/21*. https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/bear_creek_sicreci.pdf

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2018, 15 de junio). Antin

Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. contra Reino de España. *Caso CIADI N.º ARB 13/31*. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9875.pdf>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2019, 27 de setiembre). Perenco Ecuador Limited contra la Republica de Ecuador. *Caso CIADI N.º ARB 08/6*. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10837.pdf>

Cotula, L. (2020). *Raising the Bar: Home States' Measures to Regulate Responsible Investment and the ISDS System*. IIED.

European Commission. (2024). *State aid: Commission finds that payment of arbitral award by Spain to Antin under the Energy Charter Treaty would constitute illegal State aid*. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1411

Gestión. (2024, 17 de diciembre). *Arbitraje entre Lupaka y Perú: laudo sería enviado en primer trimestre de 2025*. <https://gestion.pe/economia/empresas/arbitraje-entre-lupaka-y-peru-laudo-seria-enviado-en-primer-trimestre-de-2025-empresas-ciadi-tribunal-arbitral-mina-invicta-noticia/>

Kriebaum, U. (2022). Climate Change and International Investment Law. En R. Rayfuse & S.

Scott (eds.), *International Law in the Era of Climate Change* (pp. 150–170). Edward Elgar Publishing.

Lupaka Gold Corporation (2021, 1 de octubre). Claimant's memorial. ICSID case N.º ARB/20/46. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16506.pdf>

Mayer, B. (2018). *The International Law on Climate Change*. Cambridge University Press.

Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge University Press.

Páez-Salgado, D. & Zuleta, N. (2019, 14 de noviembre). *Perenco v Ecuador: An Example of a "Lengthy, Complex, Multi-faceted, Hard Fought and Very Expensive" Investment Arbitration?* Kluwer Arbitration Blog. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/14/perenco-v-ecuador-an-example-of-a-lengthy-complex-multi-faceted-hard-fought-and-very-expensive-investment-arbitration/>

Schacherer, S. (2018, 18 de octubre). *Bear Creek v. Peru*. Investment Treaty News. <https://www.iisd.org/itn/2018/10/18/bear-creek-v-peru/>

Viñuales, J. E. (2022). *Climate Change and International Law*. Cambridge University Press.