

LOS CRITERIOS DEL CIADI PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD A LOS ESTADOS

Recientemente, Andino Investment Holding (AIH) informó que el consorcio Kuntur Wasi - ganador de la buena pro para construir el aeropuerto de Chinchero en el 2014- presentó una solicitud arbitral contra el Estado Peruano ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Luego, se conoció que Enagás inició un arbitraje contra el Perú para recuperar los US\$500 millones que invirtió en Gasoducto Sur Peruano (GSP).

Lo más preocupante es que no son pocas las voces empresariales que -en distintos foros- han mencionado la posibilidad de recurrir al CIADI, o que ya están en periodo de trato directo previo a ir al CIADI, si es que se afectan las condiciones bajo las cuales realizaron sus inversiones. ¿Pero en qué casos tiene sentido esperar un pronunciamiento negativo de parte del CIADI? ¿Cualquier afectación a las inversiones puede generar una responsabilidad frente al CIADI?

Del 2006 al 2017, el CIADI resolvió 451 casos. El Perú hasta ahora ha perdido tan solo en tres oportunidades. Destacan dos casos tributarios. En este informe, hemos revisado 12 casos resueltos en los últimos 20 años, que permiten graficar los criterios más usados por el CIADI para atribuir responsabilidad a los Estados, y las indemnizaciones ordenadas a las empresas demandantes.

El informe identifica que -en la mayoría de casos- el CIADI encuentra responsabilidad en los estados por cambiar las reglas de juego conforme a las cuales se realizan las inversiones (afectación a las expectativas legítimas, lo denomina), en magnitudes que fluctúan entre el 1% y el 100% de la inversión. Además, encuentra responsabilidad frente a medidas arbitrarias, medidas discriminatorias y expropiaciones indirectas.

Gustavo Prieto explica los supuestos específicos de no brindar un trato justo y equitativo a los inversores:

- **Afectación a expectativas legítimas:** Se centra en mantener la transparencia y estabilidad del marco normativo del Estado anfitrión que estaba vigente al momento de realizar una inversión.

- **Falta de seguridad y protección:** No tomar las medidas y actuaciones necesarias para proteger la inversión efectuada por el extranjero frente a cualquier contingencia u hostilidad que pueda recibir en el territorio del país anfitrión.

- **Discriminación:** Trato injusto o desigual sobre el inversionista, considerando el tratamiento brindado a otros actores económicos, de acuerdo con las circunstancias específicas.

- **Arbitrariedad:** Implica un acto de denegación de justicia, siendo necesario que se impida el acceso a una justicia local o que una sentencia de cortes locales sea un acto manifiesto e irrefutable de denegación de justicia, que implique una violación de las garantías del debido proceso de gran magnitud.

Gustavo Prieto, El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones (<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3832/1/SM139-Prieto-El%20trato.pdf>)

1. LG&E Energy Corp. y otros contra Argentina¹ (2006): No conferir un trato justo y equitativo a la inversión: **medidas discriminatorias.**

En el presente caso, el Estado suspendió el ajuste de tarifas -por aplicación del Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos de América (PPI)- a la industria del gas natural, dos años antes de promulgar la Ley 25561, la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, promulgada el 6 de enero de 2002². No aplicó la misma regla a compañías de distribución de agua y electricidad; respecto de las cuales sí se ajustaron las tarifas.

Asimismo, las compañías de distribución de gas natural se vieron sometidas a un régimen desfavorable

para la conversión de sus obligaciones y tarifas a pesos, verificándose que se presentó una evidente discriminación entre las compañías distribuidoras del gas y las del agua y la electricidad, entre otras.

El Tribunal determinó que el impacto de las medidas fue del 20% de la inversión total de las dos empresas involucradas; la cual ascendía a US\$288'000,000 (doscientos ochenta y ocho millones de dólares). Así, la indemnización llegó a US\$57'400,000 (cincuenta y siete millones cuatrocientos mil dólares) más los intereses aplicables.³

2. Duke Energy International Perú Investments No. 1, Ltd contra Perú⁴ (2008): No brindar un trato justo y equitativo a la inversión: **afectación a las expectativas legítimas.**

El año 1994, se promulgó la Ley 26283, Ley de Fusión y Revaluación (LFR), la cual exoneró del pago de tributos a las fusiones empresariales, encontrándose vigentes sus beneficios hasta el año 1998. El año 1996, Egenor y el Estado suscribieron un Convenio de Estabilidad Jurídica (CEJ). En el año 1996, la interpretación estable de la LFR era que su objetivo básico era la revaluación de activos, para lo cual bastaba una fusión formal, lo que formó parte de la garantía de estabilización tributaria contenida en el CEJ.

Sin embargo, Sunat acotó los beneficios tributarios establecidos por

la LFR a la fusión que se realizó entre Egenor y Power North el año 1996, cuya propiedad fue adquirida en el año 1999 por Duke junto con los beneficios otorgados por el CEJ. El Tribunal consideró que tal acción cambió las reglas de juego al **configurar un incumplimiento de la garantía de estabilización tributaria contenida en el CEJ.**

Asimismo, determinó que el perjuicio generado a Duke por no habersele aplicado los beneficios tributarios establecidos en la LFR, sea de US\$18'440,746 (dieciocho millones cuatrocientos cuarenta mil setecientos

¹ LG&E Energy Corp. y otros contra Argentina, 3 de octubre de 2006: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf>

² La norma se encuentra publicada en la página web del Senado de Argentina: www.senado.gov.ar

³ https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0463_0.pdf

⁴ Original: <http://tax-arbitration.com/Duke%20v.%20Peru%20SPANISH.pdf>

Anulación: https://www.italaw.com/documents/DukevPeruFinal_1Mar2011_Sp.pdf

cuarenta y seis dólares), más los intereses correspondientes. Si se toma en cuenta el monto de US\$288'000,000 (doscientos ochenta y ocho millones de dólares) que pagó Duke el año 1999

para adquirir Egenor, el monto de indemnización otorgado corresponde al 6,5% de dicha inversión.

3. **Total S.A. contra Argentina⁵ (2010):** No conferir un trato justo y equitativo a la inversión de Total: **afectación a las expectativas legítimas.**

La empresa se vio afectada por una serie de **cambios de las reglas de juego de acuerdo con las cuales se invirtió:** (i) la eliminación de la exoneración tributaria aplicable a la Tierra del Fuego; (ii) la fijación de un precio del gas natural doméstico debajo de un "benchmark" relevante; y, (iii) el establecimiento de impuestos a la exportación de gas natural y las limitaciones en general impuestas sobre dicha actividad.

El Tribunal determinó que el impacto de las medidas del Estado sobre las inversiones de Total fue el siguiente⁶:

- (i) Inversiones en el sector de gas: Se impactó el 37%, equivalente a US\$85'200,000 (ochenta y cinco millones doscientos mil dólares) de la

inversión total, correspondiente a US\$230'000,000 (doscientos treinta millones de dólares), porcentaje que fue ordenado como indemnización junto con los intereses correspondientes.

- (ii) Inversiones en el sector de electricidad y generación de energía: Se impactó el 38%, equivalente a US\$123'300,000 (ciento veintitrés millones trescientos mil dólares) de la inversión total, correspondiente a US\$327'450,000 (trescientos veintisiete millones cuatrocientos cincuenta mil dólares), porcentaje que fue ordenado como indemnización junto con los intereses correspondientes.

4. **Suez y otro contra Argentina⁷ (2010):** No conferir un trato justo y equitativo a la inversión: **afectación a las expectativas legítimas.**

La empresa se vio afectada por una serie de **cambios en las reglas de juego según las cuales invirtió:** (i) el rechazo a revisar las tarifas de la concesión; y, (ii) promover la renegociación forzada del contrato de concesión contraviniendo el marco normativo.

El Tribunal determinó que el impacto sobre el equilibrio comercial fue de

aproximadamente el 24%, equivalente a US\$405'000,000 (cuatrocientos cinco millones de dólares) de la inversión total de las cuatro empresas involucradas, correspondiente a US\$1,700'000,000 (mil setecientos millones de dólares⁸), porcentaje que fue ordenado como indemnización junto con los intereses correspondientes⁹.

⁵ Original: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0868.pdf>
Anulación: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C30/DC7412_Sp.pdf
⁶ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7200.pdf>

⁷ Original: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>
Anulación: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C19/DC10372_Sp.pdf

⁸ Este monto también puede denominarse como un billón setecientos mil dólares.

⁹ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf>

5. Impregilo S.P.A. contra Argentina¹⁰ (2011): No conferir un trato justo y equitativo a la inversión de Impregilo: **afectación a las expectativas legítimas.**

En este caso, el estado **modificó las reglas de juego conforme a las cuales se hizo la inversión**, en particular, las condiciones en las que se suscribió el contrato de servicios públicos, en el contexto de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario. Las modificaciones incluyeron: (i) renegociar el contrato de concesión; (ii) la “pesificación” de las tarifas, que estaban fijadas en dólares; y, (iii) el congelamiento de las tarifas. Estas medidas **afectaron al equilibrio comercial de la concesión.**

En este caso, el impacto al equilibrio comercial fue total (100%), debido a que afectó la totalidad de la inversión realizada por Impregilo, equivalente a US\$21'294,000 (veintiún millones doscientos noventa y cuatro mil dólares), cuyo pago fue ordenado como indemnización junto con los intereses correspondientes.

6. El Paso Energy International Company contra Argentina¹¹ (2011): No conferir un trato justo y equitativo a la inversión: **afectación a las expectativas legítimas.**

Aquí el Tribunal habla de una sucesión de medidas del Estado, como las modificaciones legislativas en el contexto de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, la modificación de los contratos con los usuarios, considerando que sus tarifas estaban determinadas en dólares, etc.; las que en su conjunto afectaron las inversiones de El Paso, lo que conllevó a que terminaran vendiendo sus bienes.

El Tribunal ha indicado que la expropiación regulatoria o indirecta puede realizarse mediante medidas del Estado que resultan en la privación sustancial del uso y del valor de una inversión, a pesar de que la titularidad formal sobre la misma permanezca en cabeza del inversionista.

7. Tza Yap Shum contra Perú¹² (2011): Expropiación indirecta a la inversión.

Lo que se resalta es la **arbitrariedad de la conducta** de la Sunat, reflejada en la

imposición de medidas cautelares sin observar sus propios procedimientos (sin

¹⁰ Original: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7993.pdf>

Anulación: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C109/DC4132_Sp.pdf

¹¹ Original: https://www.italaw.com/documents/El_Paso_v._Argentina_Award_SPA.pdf

Anulación: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C17/DC4874_Sp.pdf

¹² Resumen del caso: El señor Tza Yap Shum, único accionista de la compañía TSG Peru S.A.C, a la cual la Sunat mediante medidas cautelares le embargó las cuentas bancarias por una deuda de S/ 4 millones en diciembre del 2004. TSG presentó las reclamaciones del caso y Sunat inició una serie de acciones, incluyendo el embargo de las cuentas bancarias de la empresa mediante medidas cautelares y la notificación de dicho hecho a los clientes y proveedores de la pesquera. En este caso, se determinó la arbitrariedad de las medidas, pues a su consideración la Sunat pudo imponer medidas menos perjudiciales y más efectivas para el cobro.

Original: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/sicreci/c_arbitrales/Laudo_TzaYapShum.pdf

Anulación: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4205.pdf>

la notificación previa ni sustento en causales establecidas en el Código Tributario).

Lo desarrollado, a criterio del Tribunal, ocasionó que se realizara una expropiación indirecta de las inversiones del demandante. Aunque el Tribunal no lo mencionó, también se podría haber configurado un trato discriminatorio versus otros contribuyentes nacionales, debido a la nacionalidad china del demandante.

Respecto de la indemnización, dado que nos encontramos frente a una expropiación indirecta, el Tribunal parte por considerar la inversión del demandante, equivalente a US\$400,000 (cuatrocientos mil dólares), pero estima los perjuicios derivados de las medidas expropiatorias sobre dicha inversión, estableciendo que la compensación a pagar por parte del Estado debe ser de US\$786,306 (setecientos ochenta y seis mil trescientos seis dólares), lo que representa casi el doble (96%) de su inversión.

8. EDF International S.A. y otros contra Argentina¹³ (2012): No conferir un trato justo y equitativo a la inversión (afectación de las expectativas legítimas).

En este caso se modificó el régimen tarifario establecido en el contrato de concesión, lo que se reflejó en: (i) el cambio en la tarifa para el uso de la infraestructura; (ii) la reducción del período de contratación con los usuarios; y, (iii) la implementación de una categoría tarifaria opcional.

El Tribunal determinó que el impacto sobre el equilibrio comercial fue del 1%,

equivalente a aproximadamente US\$2'500,000 (dos millones quinientos mil dólares) de la inversión total de las tres empresas involucradas, correspondiente a US\$237'800,000 (doscientos treinta y siete millones ochocientos mil dólares), porcentaje que fue ordenado como indemnización junto con los intereses correspondientes.

¹³ Original: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1069.pdf>
Anulación: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C23/DC7432_Sp.pdf

9. Saur International S.A. contra Argentina¹⁴ (2012): a) No conferir un trato justo y equitativo y, b) expropiar indirectamente la inversión.

La expropiación de las inversiones se configuró debido a la medida implementada por el Estado consistente en **paralizar de manera arbitraria e irregular durante 15 meses las solicitudes de modificación de tarifas presentadas**, evitando que la empresa se beneficie del incremento de la tarifa en un 51.9% al que tenía derecho.

El Tribunal consideró que esa misma medida implicó una afectación a las expectativas legítimas debido a que permitió que el Estado encontrara una justificación para intervenir a la empresa,

resolver el contrato de concesión y renacionalizar el servicio.

El Tribunal la determina la indemnización sólo sobre la base de las expropiaciones. En ese sentido, indica que le corresponden aproximadamente US\$40'000,000 (cuarenta millones de dólares), lo que representa el 55% de la inversión total de las cinco empresas involucradas, correspondiente a US\$72'400,000 (setenta y dos millones cuatrocientos mil dólares)¹⁵.

10. Teco Guatemala Holdings LLC contra Guatemala¹⁶ (2013): No conferir un trato justo y equitativo a la inversión: medidas arbitrarias.

El supuesto consiste en **medidas arbitrarias** establecidas por el Estado en el procedimiento de fijación de tarifas, debido a que la decisión tomada se basó en un estudio elaborado unilateralmente y no por una comisión pericial neutral según lo establecido en las normas aplicables, impidiendo además que los desacuerdos entre la empresa y el Estado sean resueltos tomando en cuenta los

pronunciamientos de dicha comisión, lo que implicó **una violación del debido proceso administrativo**.

Cabe resaltar que el extremo referido a la indemnización otorgada a favor de Teco fue anulado el año 2016, sin haberse emitido un nuevo pronunciamiento hasta la fecha.

11. Mobil Cerro Negro LTD y otros contra Venezuela¹⁷ (2014): a) No conferir un trato justo y equitativo: afectación a las expectativas legítimas, y b) expropiar indirectamente la inversión.

La afectación a las expectativas legítimas en este caso se debió al **cambio de las reglas de juego** por la imposición de una reducción sobre la producción y exportación de los hidrocarburos

naturales a todos los productores de petróleo, que afectó al desarrollo de las actividades económicas de las cinco empresas demandantes.

¹⁴ Original: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1016.pdf>

Anulación: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8007_0.pdf

¹⁵ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3190.pdf>

¹⁶ Original: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3038.pdf>

Anulación: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1280/DC7814_Sp.pdf

¹⁷ Original: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4012.pdf>

Anulación: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C256/DC10052_Sp.pdf

La expropiación de las inversiones fue el resultado de leyes promulgadas por la Asamblea Nacional y de las decisiones tomadas por el Presidente, con el propósito de crear nuevas empresas mixtas en las que el Estado tuviera una participación de más del 50% de las acciones. En el laudo se habla de una decisión paralela en otro arbitraje que determinó que la **expropiación fue discriminatoria en perjuicio de empresas extranjeras.**

Sobre la indemnización, el Tribunal la determina solo sobre la base de las expropiaciones. En ese sentido, indica que le corresponden US\$1,591'000,000 (mil quinientos noventa y un millones de dólares¹⁸), lo que representa el 36% de la inversión total de las cinco empresas involucradas, correspondiente a US\$4,447'000,000 (cuatro mil cuatrocientos cuarenta y siete millones de dólares¹⁹).

12. Bear Creek Mining Corporation contra Perú²⁰ (2017): Expropiación indirecta a la inversión: Expropiación indirecta de la inversión.

La expropiación de las inversiones se configuró producto de la promulgación del Decreto Supremo 032-2011-MINEM, que limitó las facultades legales de la demandante para ejercer su **derecho de propiedad sobre el proyecto minero Santa Ana, sustentándose en el conflicto social** que se originó debido a su desarrollo. El Tribunal consideró que tal motivo no justificó la promulgación de la norma citada y que dicha acción le generó un impacto económico sobre su inversión.

Respecto de la indemnización, el Tribunal señala que le corresponden US\$18'237,592 (dieciocho millones doscientos treinta y siete mil quinientos noventa y dos dólares), lo que representa el 84% de la inversión de la demandante en el proyecto minero Santa Ana, correspondiente a US\$21'827,687 (veintiún millones ochocientos veintisiete mil seiscientos ochenta y siete dólares).

¹⁸ Este monto también puede denominarse como un billón quinientos noventa y un mil dólares.

¹⁹ Este monto también puede denominarse como cuatro billones cuatrocientos cuarenta y siete mil dólares.

²⁰

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9382.pdf>