





**ARBITRAJE INTERNACIONAL, INVERSIONES  
Y RECURSOS NATURALES**



*Volumen 107 Biblioteca de Arbitraje del*

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Arbitraje internacional,  
inversiones y recursos naturales**

Roger Vidal Ramos  
Sergio García Long  
(Coordinadores)

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

## **ARBITRAJE INTERNACIONAL, INVERSIONES Y RECURSOS NATURALES**

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, enero 2023  
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-00550

ISBN: 978-612-4400-53-7  
Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| Nota del editor  | 13 |
| Introducción   | 15 |
| Prólogo internacional  | 19 |
| Capítulo 1   |    |
| La protección internacional de la biodiversidad, el problema social y el arbitraje: un enfoque al mediterráneo |    |
| <i>Patrizia Sangalli (Italia)</i>  |    |
| 1. Introducción  | 21 |
| 2. La biodiversidad  | 21 |
| 3. La protección internacional de la biodiversidad   | 23 |
| 4. El problema social  | 24 |
| 5. La situación de los países del Mediterráneo   | 25 |
| 6. El arbitraje y la biodiversidad en el Mediterráneo  | 27 |
| 7. Conclusión  | 30 |
| Capítulo 2   |    |
| Biogás: energia renovável, contratos e uso da arbitragem   |    |
| <i>Marzia Carla Pereira Ribeiro (Brasil)</i>   |    |
| <i>Giovani Ribeiro Rodrigues Alves (Brasil)</i>  |    |
| 1. Introdução  | 33 |
| 2. A opção pela geração de energia renovável no Brasil   | 34 |
| 2.1. Agricultura sustentável   | 34 |
| 2.2. Energia limpa   | 36 |
| 2.3. Crescimento econômico   | 37 |
| 2.4. Responsabilidade  | 37 |
| 2.5. Instituições e parcerias  | 38 |
| 2.6. Instituições eficientes   | 40 |
| 3. A arbitragem de investimentos como alternativa adequada para a busca de soluções                            | 41 |
| 3.1. Nudges e a escolha da lei na arbitragem   | 42 |
| 4. Conclusão   | 44 |
| 5. Referências   | 44 |

## Capítulo 3

Arbitraje internacional de inversiones en proyectos  
de energía renovable: los casos de España, Italia, Canadá y México

*Christian Carbajal Valenzuela (Perú)*

*Izabela Moriggi Costa (Brasil)*

*Arthur Tchetto Dal Piva (Brasil)*

*Maria Victoria Ferraz (Brasil)*

|  |    |
|--|----|
| 1. Introducción  | 47 |
| 2. Observaciones generales sobre casos arbitrales de inversión en proyectos de energía renovable en España, Italia y Canadá  | 48 |
| 3. La situación de la industria de la energía renovable en México, la pandemia COVID-19 y los actos gubernamentales  | 50 |
| 4. Análisis de los principales argumentos de los inversionistas en arbitrajes de energía renovable en los que participan España, Italia y Canadá   | 52 |
| 4.1. Italia  | 52 |
| 4.2. España  | 53 |
| 4.3. Canadá  | 53 |
| 5. Análisis de los argumentos de defensa de los Estados en arbitrajes de inversión   | 60 |
| 6. Relación entre los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones y los Tratados de Protección Ambiental, Cambio Climático y Derechos Humanos en controversias sobre energía renovable | 65 |
| 7. Conclusiones  | 67 |

## Capítulo 4

Arbitraje internacional de inversiones en proyectos y operaciones mineras

*Rafael Lengua Peña (Perú)*

*Mitsy Longa Quiroz (Perú)*

|   |    |
|---|----|
| 1. Introducción   | 73 |
| 2. El auge de los arbitrajes de inversión en proyectos mineros internacionales  | 74 |
| 2.1. Trato nacional   | 74 |
| 2.2. Trato de nación más favorecida   | 74 |
| 2.3. Nivel mínimo de trato  | 74 |
| 2.4. Expropiación e indemnización   | 75 |
| 3. Principales características de los proyectos mineros internacionales   | 76 |
| 3.1. Principales actores en proyectos mineros internacionales   | 76 |
| 3.1.1. Los Estados anfitriones  | 76 |
| 3.1.2. Empresas mineras o inversionistas  | 77 |
| 3.2. Los proyectos mineros y su clasificación por etapa de avance   | 78 |
| 4. Principales riesgos y disputas asociados a proyectos mineros internacionales   | 80 |
| 4.1. Riesgo de expropiación (directa o indirecta) de la inversión por parte del Estado anfitrión                        | 80 |
| 4.1.1. Expropiación directa   | 80 |
| 4.1.2. Expropiación indirecta   | 81 |
| 4.2. Controversias vinculadas a cuestiones ambientales  | 83 |
| 4.3. Controversias vinculadas a conflictos sociales   | 84 |
| 5. Los <i>Third Party Funding</i> (IPF) y su relevancia en los arbitrajes de inversiones vinculados a proyectos mineros | 86 |
| 6. Marco legal peruano de protección a las inversiones  | 87 |
| 6.1. Constitución Política del Perú   | 87 |
| 6.2. Normas con rango de ley  | 89 |

|   |   |
|---|---|
| ARBITRAJE INTERNACIONAL, INVERSIONES Y RECURSOS NATURALES | 9 |
|---|---|

|                 |    |
|-----------------|----|
| 7. Conclusiones | 89 |
|-----------------|----|

#### Capítulo 5

Recursos, infraestructuras y sistemas críticos nacionales en inversiones y arbitrajes que impactan sobre la seguridad nacional

*Edgardo Mercado Neumann (Perú)*

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introducción  | 93  |
| 2. Recursos vitales y seguridad nacional                                     | 94  |
| 3. Las amenazas a las infraestructuras críticas en el mundo                  | 95  |
| 4. El reconocimiento de los sistemas, amenazas híbridas y ciberseguridad     | 99  |
| 5. De la amenaza al enfoque basado en riesgos                                | 101 |
| 6. Los riesgos de los activos críticos en el Perú                            | 102 |
| 7. Los recursos, las infraestructuras y los sistemas en el régimen de bienes | 104 |
| 8. Seguridad nacional y arbitraje  | 106 |
| 9. Consideración final   | 108 |

#### Capítulo 6

El arbitraje ambiental en sede peruana y la experiencia ante el Ciadi

*Roger Vidal Ramos (Perú)*

*Diego Alexander Palacios Fretel (Perú)*

*Karem Patricia Torres Gayoso (Perú)*

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introducción  | 109 |
| 2. El arbitraje ambiental  | 111 |
| 3. El arbitraje de inversiones con impacto ambiental ante el Ciadi   | 114 |
| 4. El convenio arbitral  | 119 |
| 5. Materias arbitrables ambientales  | 121 |
| 6. Controversias sometidas a competencia del tribunal arbitral   | 122 |
| 6.1. Montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos ambientales                                  | 122 |
| 6.2. Obligaciones compensatorias derivadas de un proceso administrativo  | 123 |
| 6.3. Controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales       | 124 |
| 6.4. Limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un Área Natural Protegida (ANP) | 124 |
| 6.5. Conflictos sobre derechos superpuestos e incompatibles  | 125 |
| 7. Límites del laudo   | 126 |
| 8. Erin Brockovich   | 126 |
| 9. Conclusiones  | 128 |

#### Capítulo 7

Las cláusulas de renegociación y adaptación en los contratos de inversión

*John Y. Gotanda (EE. UU.)*

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introducción  | 131 |
| 2. Cláusulas de renegociación y adaptación                         | 132 |
| 3. Los posibles inconvenientes                                     | 132 |
| 4. Ventajas del uso de las cláusulas de renegociación y adaptación | 136 |
| 5. Conclusión  | 139 |

## Capítulo 8

Daños y perjuicios por incumplimiento de cláusulas de estabilización en el derecho internacional de las inversiones: ¿cuál es la situación actual?

*A.F.M. Maniruzzaman (Reino Unido)*

141

## Capítulo 9

*Punitive damages* ante daños masivos ambientales.

Problemas y perspectivas en el arbitraje internacional

*Francesca Benatti (Italia)*

*Sergio García Long (Perú)*

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introducción: el caso Repsol en Perú                              | 151 |
| 2. Recordando el debate en torno a los «daños punitivos»             | 153 |
| 3. <i>Environmental mass torts</i> y <i>punitive damages</i>         | 155 |
| 4. <i>Punitive damages</i> por daño ambiental en el <i>civil law</i> | 156 |
| 5. Los <i>punitive damages</i> en el derecho arbitral                | 159 |
| 5.1. Arbitraje comercial   | 160 |
| 5.2. Arbitraje de inversión  | 161 |
| 6. Daño ambiental, <i>punitive damages</i> y arbitraje internacional | 162 |
| 7. Reflexiones finales   | 163 |
| 8. Referencias bibliográficas  | 164 |
| 9. Jurisprudencia  | 169 |

## Capítulo 10

Dinámica socioambiental de las inversiones mineras chinas en Perú

*Esteban Poole Fuller (Perú)*

|   |     |
|---|-----|
| 1. Introducción   | 171 |
| 2. Marco conceptual   | 173 |
| 2.1. Sostenibilidad   | 173 |
| 2.2. Neoextractivismo   | 173 |
| 2.3. Conflicto socioambiental                                     | 174 |
| 3. Contexto de la investigación                                   | 174 |
| 3.1. La creciente presencia económica china en América Latina     | 174 |
| 3.2. Minería y dinámicas de conflictividad socioambiental en Perú | 175 |
| 3.3. Inversiones mineras chinas en Perú                           | 176 |
| 4. Estudio de casos   | 177 |
| 4.1. Compañía de Hierro Shougang (Marcona)                        | 177 |
| 4.2. Zijin Mining Corp. Ltd. (Proyecto Río Blanco)                | 179 |
| 4.3. China Aluminum Company - Chinalco (Proyecto Toromocho)       | 181 |
| 4.4. Mineral and Metals Group (Proyecto Las Bambas)               | 183 |
| 5. Conclusiones   | 186 |
| 6. Referencias bibliográficas                                     | 187 |

## Capítulo 11

Las regalías contractuales como mecanismo alternativo de financiamiento de la industria minera

*Rafael Lengua Peña (Perú)*

|  |     |
|--|-----|
| 1. Introducción  | 191 |
| 2. Las regalías contractuales como mecanismo alternativo de financiamiento e inversión | 192 |
| 3. Tratamiento legal de las regalías contractuales mineras en el Perú                  | 195 |
| 3.1. Naturaleza jurídica   | 195 |

|   |     |
|---|-----|
| ARBITRAJE INTERNACIONAL, INVERSIONES Y RECURSOS NATURALES         | 11  |
| 3.2. Persecutoriedad  | 197 |
| 3.3. Eficacia   | 199 |
| 3.4. Transferencia  | 200 |
| 3.5. Remedios ante el incumplimiento                              | 200 |
| 3.6. Exigibilidad de las regalías en un escenario de insolvencia  | 200 |
| 4. Estructura de los contratos de regalía                         | 201 |
| 4.1. Tipos de regalía   | 201 |
| 4.2. Pactos típicos en los contratos de regalía                   | 202 |
| 4.2.1. Condiciones precedentes al desembolso                      | 202 |
| 4.2.2. Determinación y pago de las regalías                       | 203 |
| 4.2.3. Declaraciones y garantías                                  | 204 |
| 4.2.4. Decisiones sobre la operación y el desarrollo del proyecto | 204 |
| 4.2.5. Derecho de recompra  | 205 |
| 4.2.6. Derecho de preferencia                                     | 205 |
| 4.2.7. Entrega de información y derecho de inspección             | 205 |
| 4.2.8. Transferencia de las concesiones mineras                   | 205 |
| 4.3. Garantía   | 206 |
| 5. Consideraciones finales  | 206 |



## NOTA DEL EDITOR

Hace un año, los profesores Roger Vidal Ramos y Sergio García Long tuvieron la gentileza de buscarme para proponer que la *Biblioteca de Arbitraje* diera cabida al proyecto de una obra colectiva sobre *Arbitraje internacional, inversiones y recursos naturales*.

La idea me pareció muy buena en la medida que las inversiones y los recursos naturales son dos materias que en la última década vienen siendo cada vez más inescindibles. El derecho moderno busca que las inversiones, necesarias para el desarrollo de todas las naciones, se hagan respetando escrupulosamente los recursos naturales, de modo tal que ese desarrollo económico sea sostenible con la naturaleza y el bienestar de la sociedad y de la población en su conjunto.

Esta obra colectiva, que cuenta con la participación de una veintena de profesores y abogados en ejercicio, es resultado del impuso de los doctores Vidal Ramos y García Long.

Y, naturalmente, de la experiencia y trabajos de sus autores: Patrizia Sangalli (Italia), Marcia Carla Pereira Ribeiro (Brasil), Giovanni Ribeiro Rodrigues Alves (Brasil), Christian Carbajal Valenzuela (Perú), Izabela Moriggi Costa (Brasil), Arthur Tochetto Dal Piva (Brasil), Maria Victoria Ferraz (Brasil), Rafael Lengua Peña (Perú), Mitzy Longa Quiroz (Perú), Edgardo Mercado Neumann (Perú), Roger Vidal Ramos (Perú), Diego Alexander Palacios Pretel (Perú), Karem Patricia Torres Gayoso (Perú), John Y. Gotanda (Estados Unidos de América), A. F. M. Maniruzzaman (Reino Unido), Francesca Benatti (Italia), Sergio García Long (Perú) y Esteban Poole Fuller (Perú).

Además, la obra cuenta con la introducción de la doctora Pilar Perales Viscasillas y el prólogo internacional del profesor Alejandro M. Garro.

Se trata, pues, de un voluminoso libro que contiene muy calificada doctrina sobre la materia.

Reitero el agradecimiento de nuestra colección a todas las personas mencionadas, a quienes expresamos nuestras felicitaciones por tan lograda obra colectiva.

Lima, junio de 2022

Mario Castillo Freyre\*  
*Director*

---

\* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; presidente electo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) para el periodo 2022-2023; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <[www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)>.



## INTRODUCCIÓN

Me piden los editores de la obra, Roger Vidal Ramos y Sergio García Long, que realice una breve introducción a la obra *Arbitraje internacional, inversiones y recursos naturales*, no, evidentemente, a modo del «Prólogo internacional», que está a cargo de mi querido amigo y colega el profesor Alejandro Garro, sino al hilo de las reflexiones que me haya podido suscitar la lectura de los once capítulos que la componen. Once capítulos redactados por juristas europeos, iberoamericanos e incluso uno de ellos de la órbita estadounidense, especialistas en los diversos ámbitos que se abordan en la obra.

Lo primero que quiero hacer es felicitar a los editores y a los autores porque la obra se presenta oportuna y necesaria para profundizar en el arbitraje y en las inversiones internacionales en recursos naturales, especialmente en el sector minero en el que se centran varios capítulos, o en el de las energías renovables dado el auge del arbitraje de inversión en este campo donde los casos en España, Perú o Canadá son tratados profusamente, así como los potenciales litigios regulatorios que podrían darse en México.

El arbitraje como método especialmente adecuado para la resolución de controversias comerciales o de inversiones con un componente de internacionalidad se presenta como la mejor alternativa para potenciar las inversiones extranjeras no solo por las ventajas asociadas al arbitraje, que son bien conocidas, sino también ante la necesaria reforma de los procedimientos judiciales que pueden adolecer de neutralidad y rapidez, y cuya reforma puede llevar un largo periodo de tiempo sin hablar de la necesidad de cambiar mentalidades y actitudes puramente domésticas. La desconfianza en los sistemas judiciales nacionales —lentos, poco especializados y con una magistratura anclada en sus principios nacionales y poca o nula formación internacional— constituyen un obstáculo muy poderoso a la inversión extranjera. De ahí que los diversos tratados de inversión se apoyen en el arbitraje como método de resolución de disputas preferente, obligando a los Estados a la adopción de medidas necesarias para modernizar sus regulaciones en materia de arbitraje, así como a adoptar los convenios internacionales en la materia.

La litigiosidad en relación con las disputas medioambientales, particularmente las climáticas, y relativas a los recursos naturales están teniendo un incremento exponencial en la práctica comercial y de inversiones derivado del hecho de que la inversión, más allá del natural lucro que se presupone, ha de ser sostenible o, si prefiere, socialmente responsable. Ello implica que no puede desconocerse la imbricación entre todos los factores que hoy en día encapsulan al término «sostenibilidad» que se recogen en los famosos ASG (Ambientales, Sociales y de Gobernanza) o ESG (Environmental, Social and Governance). Fenómenos que, además, son globales por naturaleza en todos los sentidos, pues afecta a todos los sectores, a todos los países y, en definitiva, a toda la humanidad. De ahí que la sostenibilidad empresarial se inserte en los esfuerzos a nivel internacional de los Estados.

La flexibilidad del arbitraje es considerada por los autores de la obra como uno de los elementos más apreciados para considerar en las disputas medioambientales y lo es, desde luego, por los académicos en general permitiendo inclinar la balanza a favor del arbitraje, atrayendo al procedimiento a especialistas ambientales, ya en los tribunales, ya como peritos, mejorando así la calidad de las decisiones. Más controvertida es la cuestión de la confidencialidad del proceso de arbitraje con división de opiniones entre los académicos. O la relativa a la arbitrabilidad de las cuestiones medioambientales que igualmente no es una cuestión pacíficamente resuelta a nivel legal y jurisprudencial, si bien como se comenta en la obra a través de diversos ejemplos comparados, Perú y Estados Unidos, principalmente, es un hecho que nos encontramos ante cambios importantes pro arbitraje y arbitrabilidad de las controversias.

Además, el arbitraje de inversiones, entre Estados e inversores, basado en acuerdos de libre comercio bilaterales o multilaterales o tratados de inversión, también es el método adecuado y atractivo para abordar disputas sobre el medioambiente y el cambio climático. Esto es ciertamente así en el caso de las inversiones en el sector de las energías renovables porque las energías limpias están en el centro de la lucha contra el cambio climático y la abundante regulación para incentivar las inversiones —leyes energéticas de transición, leyes ambientales y leyes de lucha contra el cambio climático— en estas energías verdes, más la complejidad de las cuestiones jurídicas y técnicas involucradas en el desarrollo y las inversiones en nuevas tecnologías y proyectos de infraestructura, hacen que el arbitraje sea una opción ideal. Además, el sector financiero puede verse afectado directa o indirectamente por disputas que caen dentro del ámbito de protección de los tratados de inversión debido al financiamiento o aseguramiento que necesitan las empresas energéticas para el periodo de transición hacia el 2050, tanto más cuanto que los cambios regulatorios para una economía verde y los objetivos de sostenibilidad (la conocida Agenda 2030 de las Naciones Unidas) están impactando, actualmente, en las obligaciones que deben asumir las empresas comerciales y financieras.

En este ámbito no partimos de cero y se pueden extraer importantes lecciones de la abundante jurisprudencia derivada del arbitraje de inversiones debido a los cambios regulatorios en energías renovables que han afectado con gran intensidad a España, pero también a otros países. Es previsible que las disputas relacionadas con el cambio climático y la transición energética que ya han comenzado se incrementen en el futuro, por lo que se abre un escenario incierto sobre cómo y en qué medida los tribunales arbitrales considerarán las disposiciones de protección de inversiones del Tratado —el clásico Trato Justo y Equitativo (FET), Expectativas Legítimas, Protección y Seguridad Plenas, y Expropiación Indirecta, entre otras— a la luz de las obligaciones internacionales, en particular las derivadas del Acuerdo de París, y la injerencia en los derechos humanos y la protección de las comunidades afectadas como en el caso de los proyectos mineros, especialmente graves en cuanto a los casos analizados en varios de los capítulos.

Desde la perspectiva remedial es interesante destacar que los objetivos de sostenibilidad, en particular los medioambientales, pueden ser considerados tanto como un incumplimiento del Estado como un argumento de defensa del Estado frente al inversor. El incumplimiento podría derivarse de una inadecuada planificación normativa del financiamiento medioambiental teniendo en cuenta que las normas diseñadas —ya sea sectoriales o, como parece preferible, integrales del conjunto de la arquitectura regulatoria— podrían servir de polo de atracción de las inversiones, por lo que la falta de experiencia técnica, la descoordinación entre las organizaciones o instituciones involucradas o los fallos en el diseño o en la evaluación integral del proceso de análisis y de consultas con las comunidades indígenas o locales podrían derivar en que no se cumplieran los objetivos previstos para realizar las inversiones. En consecuencia, los factores medioambientales, sociales y de gobernanza, que a su vez se desglosan en otros tantos factores como la protección del clima, la economía circular, la protección trabajadores, los derechos humanos, la corrupción y, por lo tanto, en general, con la ética y la conducta empresarial, dan lugar a una mayor litigiosidad una vez que se toma conciencia de su importancia por la sociedad en su conjunto.

Los activistas medioambientales, las ONG y otras partes interesadas en el arbitraje de inversiones también están planteando disputas relacionadas con los derechos humanos y el cambio climático y, por lo tanto, el litigio estratégico podría tomar forma, ya directamente o indirectamente, a través de la práctica establecida de la intervención de los *amicus curiae*. Además, la obligación de consultar a las comunidades locales en los proyectos de inversión se está abriendo camino con éxito en el arbitraje de inversiones y se incrementará en el futuro debido a un cambio de paradigma en los movimientos sociales y políticos en países altamente dependientes de las industrias extractivas, particularmente en América Latina que, como se explica en la obra, desde la década de 1990 se encuentran en un proceso del llamado giro ecoterritorial en la agenda de los movimientos sociales de la zona o de ambientalización de las comunidades indígenas y locales en un escenario que incorpora las corrientes medioambientales a la cultura política y colectiva latinoamericana.

La obra aporta en su conjunto importantes elementos para navegar y encontrar el rumbo ante varias de las diversas cuestiones procesales y sustantivas que se dan cita en el arbitraje y las inversiones en recursos naturales. Mis felicitaciones, por lo tanto, a los autores y editores de la obra.

Cubas de la Sagra, 19 de julio de 2022

Pilar Perales Viscasillas  
Profesora de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (España)



## PRÓLOGO INTERNACIONAL

El propósito de este prólogo internacional apunta a destacar aquellas características del libro que pueden ser de interés para aquellos que, aunque interesados en el arbitraje comercial internacional o en el arbitraje de inversión, son invitados a reflexionar acerca de la contribución del arbitraje para resolver conflictos que van más allá del interés patrimonial de las partes contendientes. Me refiero a disputas cuya resolución tienen un impacto en políticas públicas relacionadas con la protección del medio ambiente, las energías renovables, las explotaciones, la seguridad nacional y las explotaciones mineras. La resolución de este tipo de controversias presenta desafíos que van más allá de «dar a cada uno lo suyo» cuando solo se encuentra en juego el interés patrimonial de las partes. La consulta de este libro será de mucho provecho para aquellos interesados, ya sea desde el punto de vista del abogado, del árbitro, o de aquellos interesados en la contribución del arbitraje para resolver contiendas que ponen en juego políticas públicas relacionadas con la protección del medio ambiente y el impacto del cambio climático, incluyendo un análisis crítico del rol que viene cumpliendo el arbitraje en inversiones que impactan la creación de fuentes de energías renovables, los conflictos sociales que acompañan a los proyectos mineros y la seguridad nacional.

El aporte de la inversión extranjera es fundamental para que los países en desarrollo puedan contar con la inyección de capital y tecnología que se necesita para desarrollar energías renovables, operaciones mineras e infraestructuras críticas que afectan la seguridad nacional (capítulo 5). El arbitraje como método de resolución de conflictos surgidos de este tipo de inversiones ofrece una cierta seguridad jurídica al inversionista, pero la resolución de estas disputas no puede desatender las políticas públicas del Estado anfitrión. Los ensayos reunidos en este libro enfrentan al lector con el complejo marco jurídico que exige equilibrar la protección jurídica del inversor sin desconocer la necesidad de fomentar inversiones «socialmente responsables» y económicamente «sostenibles», que no es necesariamente incompatible con la rentabilidad razonable que forma parte de las expectativas legítimas de toda inversión.

Hacer referencia a inversiones «socialmente responsables» y económicamente «sostenibles» introduce en el marco jurídico que regula la inversión conceptos no menos flexibles que aquellos que definen las obligaciones del Estado anfitrión de la inversión que apuntan a proteger los derechos del inversor, tales como la de brindar un «trato justo y equitativo», «plena protección», etc. Que dicho marco jurídico que rige la industria de las energías renovables y minera debe ser compatible con los conceptos de «energía limpia», «agricultura sostenible», etc., no debería ser sorprendente. Sin embargo, esta terminología solo se encuentra en versiones relativamente recientes de tratados bilaterales de inversión, como así también en tratados internacionales relacionados con la protección del medio ambiente y cambio climático (además de tratados de protección de los derechos humanos). Cómo compatibilizar los derechos del inversor con las exigencias de un desarrollo «sostenible» que presupone la explotación de un proyecto minero es el reto que este libro analiza en una serie de ensayos bajo un temario común.

El libro comienza con una presentación introductoria acerca de la protección internacional de la biodiversidad (capítulo 1), seguido de un enfoque particularizado sobre la búsqueda de fuentes de energías renovables en Brasil y el papel del arbitraje en atraer inversiones en ese campo. Las inversiones en proyectos de energías renovables son examinadas a continuación con mayor detalle, teniendo en cuenta la jurisprudencia elaborada en torno a las disputas que han surgido —especialmente en el caso de España— y podrían surgir como consecuencia de los cambios relativamente recientes en México en materia de energías renovables (capítulo 3). En este estudio comparado, que también incluye los casos que involucran a Canadá y México, los autores examinan no solamente los argumentos que han sido utilizados por los inversionistas para la protección de sus inversiones, sino también aquellos a los que los Estados receptores de la inversión han empleado en su defensa,

incluyendo la necesidad de evitar el «riesgo regulatorio» (*regulatory chill*) que inhiba la protección del interés público.

Además de analizar en detalle la dinámica ambiental en proyectos de energías renovables, un ilustre grupo de jóvenes académicos peruanos, con una formación básica en prestigiosas universidades privadas (incluyendo la reconocida PUCP y la más recientemente creada UPC), como así también de la tradicional Universidad Nacional Mayor de San Marcos, contribuyen con un estudio particularizado acerca de la dinámica socioambiental de las inversiones en proyectos y operaciones mineras en el Perú (capítulo 4), incluyendo la experiencia arbitral del Perú en el marco del Ciadi (capítulo 6), como así también un detallado análisis de la conflictividad recurrente entre las empresas mineras de capitales chinos en razón del impacto ambiental y los conflictos sociales con comunidades indígenas aledañas al lugar de la inversión (capítulo 10).

Un capítulo aparte, aunque relacionado con la temática general del libro, es la utilización de las regalías contractuales mineras como mecanismo alternativo de las inversiones (capítulo 11). La importancia de este tema no puede ser exagerada, ya que los esfuerzos del autor por identificar la naturaleza jurídica de las *royalties* en el Derecho peruano (donde carecen de persecutoriedad por no constituir obligaciones *propter rem*) aportan un análisis comparado de gran utilidad para otras jurisdicciones en donde las regalías contractuales mineras pueden cumplir un rol importante en la financiación de proyectos mineros.

Finalmente, cabe destacar en este breve prólogo la relevancia que los editores le otorgan tanto a la redacción de los contratos de inversión de larga duración como al tema de la cuantificación de los daños y perjuicios que siguen al incumplimiento de dichos contratos. Así, el lector encontrará un análisis de los criterios que deben tenerse en cuenta al incluir en el contrato cláusulas que habiliten su renegociación por las partes o su adaptación por parte del tribunal arbitral (capítulo 7). También encontrará el lector una discusión acerca de los criterios que los tribunales arbitrales deben tener en cuenta para cuantificar el monto de los daños y perjuicios cuando el Estado, en el ejercicio de su autoridad soberana de velar por el interés público, ha violado alguna de las llamadas «cláusulas de estabilización» (capítulo 8). Por último, y dentro del tema general del rol creciente que viene cumpliendo el arbitraje para resolver disputas en las que se alegan daños masivos ambientales, este libro cuenta con un trabajo con un enfoque comparado acerca de los esfuerzos, ya sea por parte de la doctrina o la legislación en algunos países de tradición continental romanista como China e Italia, en otorgar al juez —y, por lo tanto, al árbitro— la facultad de otorgar un monto extracompensatorio de daños y perjuicios a fin de sancionar el daño ecológico (capítulo 9).

Esta perspectiva comparada, que incita al lector a reflexionar acerca de la viabilidad de los daños punitivos en materia de responsabilidad medioambiental, se engarza muy bien en una obra que se caracteriza, precisamente, por señalar nuevas fronteras en el campo del arbitraje de inversión que exige, con inusitada frecuencia, que al igual que los tribunales de justicia estatal, los árbitros deben tener en cuenta que la resolución de una controversia suele ir más allá de una composición de los intereses económicos de las partes.

Granada, 16 de junio de 2022

Alejandro M. Garro  
Profesor de Derecho de la Universidad de Columbia (EE. UU.)

## CAPÍTULO 1

### LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA BIODIVERSIDAD, EL PROBLEMA SOCIAL Y EL ARBITRAJE: UN ENFOQUE AL MEDITERRÁNEO

Patrizia Sangalli (Italia)<sup>1</sup>

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. La biodiversidad.— 3. La protección internacional de la biodiversidad.— 4. El problema social.— 5. La situación de los países del Mediterráneo.— 6. El arbitraje y la biodiversidad en el Mediterráneo.

#### 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la función de la biodiversidad y la necesidad de incorporar consideraciones relativas a la biodiversidad en las políticas, estrategias y prácticas de los principales actores públicos y privados, en el sentido de integrar la biodiversidad en todos los sectores económicos, ha recibido cada vez más atención a nivel mundial.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible sitúa la biodiversidad como uno de los elementos esenciales para muchas actividades económicas, particularmente las relacionadas con sectores agrícolas sostenibles.

En este ensayo queremos dar una idea de lo que es la biodiversidad, especialmente en los países que se encuentran frente al Mediterráneo y cuáles son los planes de desarrollo empezados y que serán aplicados en los próximos años.

#### 2. LA BIODIVERSIDAD

Uno de los retos esenciales de la humanidad de los últimos años es asegurar la protección y conservación del medioambiente a nivel global. La relación entre la biodiversidad, la política económica global y la necesidad de conservar y proteger los recursos naturales para las generaciones futuras tiene que ser el punto desde el cual partir para desarrollar una política sostenible.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Patrizia Sangalli asesora a empresas italianas e internacionales en asuntos comerciales y corporativos, específicamente fusiones y adquisiciones (M&A), redacción de acuerdos internacionales, litigios comerciales internacionales, arbitraje *ad hoc*, transacciones ICC, Uncitral, CAM y LCIA. La práctica de Patrizia Sangalli incluye el asesoramiento en arbitraje comercial internacional y litigios en varias jurisdicciones continentales y de derecho consuetudinario. Se ocupa de litigios italianos e internacionales en diversos campos comerciales, corporativos, de la construcción, de la propiedad intelectual y nuevas tecnologías, y está habilitada como abogada ante todos los tribunales y tribunales de apelación italianos, incluido el más alto Tribunal de Casación; asimismo, en los Colegios de Abogados de Milán y Madrid. Trabaja activamente en asuntos y transacciones polacas. Tiene veinte años de experiencia actuando como abogada y árbitra en todas las formas de arbitraje internacional. Además de ser socia fundadora de SNG & Partners, ha estado trabajando para grandes firmas legales internacionales. Es presidenta del Capítulo italiano del Club Español del Arbitraje, es *fellow* y miembro del European Branch Committee del Chartered Institute of Arbitrators. Es autora de numerosas publicaciones en tema de arbitraje.

<sup>2</sup> La bibliografía sobre la relación entre el régimen del comercio internacional y el medio ambiente se renueva constantemente. Entre otros, BROWN WEISS, E. y JACKSON, J.H. (editores). *Reconciling Environment and Trade*. New York: Transnational Publishers, 2002; REVEZ, R.; SANDS, P. h. y Stewart, R. (editores). *Environmental Law, the Economy, and Sustainable Development. The United States, the European Union and the International Community*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; FIJALKOWSKI, A. y CAMERON, J. (editores). *Trade and Environment: Bridging the Gap*. The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 2000.

Lo primero a lo cual hay que contestar es: ¿qué es la biodiversidad? La biodiversidad o diversidad biológica es la variedad de la vida.

Este concepto incluye varios niveles de la organización biológica. Abarca a la diversidad de especies de plantas, animales, hongos y microorganismos que viven en un espacio determinado, a su variabilidad genética, a los ecosistemas de los cuales forman parte estas especies y a los paisajes o regiones en donde se ubican los ecosistemas. También incluye los procesos ecológicos y evolutivos que se dan a nivel de genes, especies, ecosistemas y paisajes.<sup>3</sup>

La pérdida de biodiversidad es rápida y continua. Durante los últimos 50 años, los seres humanos hemos cambiado los ecosistemas más rápida y extensamente que en cualquier otro período comparable de la historia de la humanidad. Las causas directas de la pérdida de biodiversidad no muestran señales de disminución.<sup>4</sup>

La crisis ambiental en muchos casos es severa y aunque no hemos desarrollado métodos detallados para medirla adecuadamente, hay evidencia de que afecta al desarrollo de países y sociedades, tanto ricos como pobres. El incremento del desarrollo está bajo amenaza a nivel global debido al aumento del riesgo de desastres. En algunos países, el riesgo de perder riqueza por los desastres supera la tasa de creación de riqueza (UNEP-GC, 2013).

El cambio global se refiere a todas aquellas transformaciones de gran escala que tienen repercusiones significativas sobre el funcionamiento del sistema planetario, ya sea afectando los componentes biofísicos (agua, aire, suelos, biodiversidad), alterando el comportamiento de las comunidades y ecosistemas y/o generando efectos en los sistemas socioeconómicos. Dichas transformaciones se caracterizan por ser de naturaleza multivariada y no lineal en sus orígenes y en sus impactos, tener mecanismos de retroalimentación y expresar comportamientos sinérgicos que dificultan su predicción mediante análisis no sistémicos.<sup>5</sup>

Las principales presiones antropogénicas que causan pérdida de la biodiversidad y afectan a los servicios ecosistémicos son:

- Sobreexplotación y extinción de especies y poblaciones.
- Destrucción y degradación del hábitat.
- Invasiones biológicas por especies exóticas invasoras.
- Contaminación.<sup>6</sup>
- Cambio climático y catástrofes naturales.
- Alteración del ciclo de nutrientes.

La cuenca mediterránea es reconocida como un punto caliente de biodiversidad: su extraordinaria flora alberga de 15 000 a 25 000 especies, el 60 % de las cuales son exclusivas de la región. Alrededor de un tercio de la fauna mediterránea es endémica.

El incremento de la densidad de la población y del turismo en este punto caliente de biodiversidad contribuyen a potenciar el riesgo de extinción de estas especies al incrementarse la presión sobre los ecosistemas derivada de las actividades humanas. Las principales amenazas para la conservación de la biodiversidad regional son la pérdida, fragmentación y degradación del hábitat, la contaminación, y la sobreexplotación de los recursos y las especies invasoras introducidas.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> El concepto fue acuñado en 1985 en el Foro Nacional sobre la Diversidad Biológica de Estados Unidos. Edward O. Wilson (1929), entomólogo de la Universidad de Harvard y prolífico escritor sobre el tema de conservación tituló la publicación de los resultados del foro en 1988 como "biodiversidad".

<sup>4</sup> Ahmed Djoghlaif en Hasselink y otros (2007).

<sup>5</sup> Centro UC Cambio Global, página web.

<sup>6</sup> A nivel global, el *World Energy Outlook Special Report* (IEA, 2016), de la Agencia Internacional de Energía, informa que cada día 18 000 personas mueren por causas asociadas a la contaminación del aire, es decir, un total de 6,5 millones de personas cada año.

<sup>7</sup> GARCÍA, Nieves y CUTTELOD, Annabelle. «Pérdida de biodiversidad en el Mediterráneo: causas y propuestas de conservación». En *Memorias R. Soc. Esp. Hist. Nat.*, 2ª ép., 10, 2013. Recuperado de <<http://www.rsehn.es/cont/publis/boletines/191.pdf>>.

Las especies terrestres (anfibios, reptiles y libélulas) amenazadas se concentran en Marruecos, en la costa este de la cuenca mediterránea y Turquía. Sin embargo, estos datos han de interpretarse con cuidado al considerar únicamente las especies evaluadas hasta el momento en la Lista Roja de la UICN.<sup>8</sup>

En cuanto a las especies marinas amenazadas (mamíferos, peces cartilagosos), hay que señalar que se encuentran distribuidas de manera más o menos homogénea. También se ha de destacar que el Mar Mediterráneo es considerado como el que mayor densidad de especies amenazadas de peces cartilagosos alberga a nivel global.<sup>9</sup>

Las medidas de conservación más urgentes y relevantes son una gestión sostenible de los recursos y la protección legal de las especies y sus hábitats, siendo también importante la investigación y la educación. Para garantizar el futuro y bienestar de las sociedades del Mediterráneo resulta esencial adoptar lo antes posible medidas y acciones políticas sólidas destinadas a la conservación.

### 3. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA BIODIVERSIDAD

La Agenda ONU 2030 indica los objetivos de desarrollo sostenible, SDGs (Sustainable Development Goals), y cómo alcanzarlos:

par. 2: we are committed to achieving sustainable development in its three dimensions —economic, social and environmental— in a balanced and integrated manner;

par. 5: these are universal goals and targets which involve the entire world, developed and developing countries alike. They are integrated and indivisible and balance the three dimensions of sustainable development<sup>10</sup>.

All countries and all stakeholders, acting in collaborative partnership, will implement this plan [...] this is an Agenda of unprecedented scope and significance. It is accepted by all countries and is applicable to all, [...]. These are universal goals and targets which involve the entire world, developed and developing countries alike [...].

Una de las tareas importantes en el área analizada en este ensayo fue la Alianza mundial sobre los suelos, iniciativa auspiciada por la OIT (Organización Internacional del Trabajo) en septiembre de 2011 con el objetivo de definir y ejecutar una estrategia para la utilización productiva y sostenible del suelo en todo lo relativo a la seguridad alimentaria y a la adaptación y mitigación del cambio climático.

Se considera oportuna la introducción en las políticas agrícolas de los países del Mediterráneo de principios funcionales de condicionalidad para la divulgación de buenas prácticas, así como el respeto a la gestión de los recursos hidrológicos.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Cavanagh y Gibson, 2007.

<sup>10</sup> SDGs (Sustainable Development Goals), ver FRENCH, Kotzé. *Sustainable Development Goals: Law, theory and implementation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018; DANNECKER. «The Sustainable Development Goals: a new space for action?». En AL-EKABI, C. y S. FERRETTI (editores). *Yearbook on Space Policy 2016*. Cham: Springer, 2018, pp. 175-184; KANIE, Norichika y Frank BJERMANN. *Governing through goals: sustainable development goals as governance innovation*. Cambridge: MIT Press, 2017; BROWNE. *Sustainable development goals and UN goal-setting*. London: Routledge, 2017; LONGO. «L'Agenda 2030 ed il principio della sostenibilità nel diritto internazionale». En *Il Diritto penale della globalizzazione*, fasc. 3-4/2017, Pisa, Pacini ed., 2017, pp. 299-306; UNITED NATIONS. *The Sustainable Development Goals: 17 Goals to Transform Our World, in Furthering the work of the United Nations: highlights of the tenure of Secretary-General Ban Ki-moon, 2007-2016*. New York: UN Publications, 2016, pp. 39-54; SHAWKI, Noha. *International norms, normative change, and the UN sustainable development goals*. Lanham: Lexington Books, 2016; CHIUSSI, Ludovica. *The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?, in La Comunità Internazionale*. Napoli: Scientifica, 2016, pp. 49-70.

<sup>11</sup> MISTRALS (Mediterranean Integrated Studies at Regional And Local Scales), programa decenal emprendido por el CNRS para la observación e investigación con el fin de comprender los procesos medioambientales en la cuenca del Mediterráneo de resultados del cambio global <<http://www.mistrals-home.org>>.

#### 4. EL PROBLEMA SOCIAL

Las crecientes intersecciones entre la inversión internacional y la protección de los derechos humanos piden una evaluación seria y mesurada de las normas que rigen las leyes y políticas estatales en esta área. Pueden surgir conflictos potenciales entre los acuerdos de inversión y los derechos humanos, por ejemplo, cuando los Estados pretenden otorgar subsidios o preferencias a grupos vulnerables y marginados, cuando cancelan o modifican unilateralmente contratos de gestión de servicios públicos con empresas extranjeras proveedoras de servicios, o cuando las normas reguladoras, por ejemplo, sobre contaminación tengan un efecto desproporcionado sobre los inversores extranjeros.<sup>12</sup> Recientemente, el sistema de derechos humanos de la ONU ha prestado atención significativa a los vínculos entre los derechos humanos y el comercio y la inversión.

En cuanto a los derechos humanos, las relaciones se desarrollan entre diferentes actores: el individuo, el Estado y los inversionistas extranjeros. Solo para dar un ejemplo, el Comité de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siendo el órgano de supervisión de tratados establecido para interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ha establecido, con respecto al derecho al agua:

States should ensure that the right to water is given due attention in international agreements, and to that end, should consider the development of further legal instruments. With regard to the conclusion and implementation of other international and regional agreements, States parties should take steps to ensure that these instruments do not adversely impact upon the right to water. Agreements concerning trade liberalization should not curtail or inhibit a country's capacity to ensure the full realization of the right to water.

Si hay al menos algunas situaciones en que los derechos humanos y la inversión no se pueden conciliar, entonces es apropiado volver a examinar las reclamaciones sobre la jerarquía de derechos humanos y derecho de inversiones. Como alternativa, los Estados tuvieron que adoptar un enfoque más riguroso en la redacción de acuerdos internacionales para garantizar que los compromisos de elaboración de tratados sean coherentes entre sí.

La capacidad de las personas para disfrutar de los derechos humanos reconocidos internacionalmente depende de la eficacia de varios marcos legales. Estos incluyen humanos nacionales e internacionales instrumentos de derechos, tribunales locales y nacionales, disposiciones más amplias de leyes y reglamentos nacionales, y la fuerza y eficacia con que el Estado establece su política en relación con sus derechos humanos, obligaciones y prioridades.

La biodiversidad afecta especialmente la sociedad en múltiples sentidos, sobre todo, se crea un problema socioeconómico y de sostenibilidad. Los países del Mediterráneo, especialmente los del norte de África, están afectados por problemas de desertificación,<sup>13</sup> que seguro les afecta económicamente y a nivel social ahora y durante los próximos años. Este último término está relacionado con los agentes, los flujos de oferta y demanda globales, y sus causas y efectos, como el impacto en los procesos de producción.

En el ámbito de actuación de la Unión por el Mediterráneo (UpM), la desertificación y el cambio climático, así como sus efectos en la producción agrícola constituyen elementos centrales de la declaración conjunta presentada en la Cumbre de París en julio de 2008, que se amplió posteriormente en la Cumbre de Marsella de noviembre de 2008 a los efectos sobre el turismo. En este orden de cosas,

<sup>12</sup> TAILLANT, Jorge Daniel y Jonathan BONNITCHA. «Chapter 4. International Investment Law and Human Rights. Prefacio por Ashfaq Khalfan». En CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W. y Andrew NEWCOMBE (editores). *Sustainable Development in World Investment Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

<sup>13</sup> BENOIT, Guillaume y Aline COMEAU (editores). *A Sustainable Future for the Mediterranean: The Blue Plan's Environment and Development Outlook*. London: UNEP Earthscan.

el plan de trabajo de la UpM sobre el agua es absolutamente coherente con los objetivos de la lucha contra la desertificación y el cambio climático.<sup>14</sup>

Esto exige promover en las políticas de gobierno, a todos los niveles, un desarrollo socioeconómico sostenible encaminado a proteger el suelo, los recursos hídricos y los ecosistemas correspondientes, además de garantizar un desarrollo urbanístico basado en la planificación sostenible del uso del suelo. De tales factores dependen la seguridad alimentaria y energética y, por consiguiente, la mejora de las condiciones de vida de dichas poblaciones.

El tema de la desertificación y el cambio climático afecta a la gestión sostenible de todos los recursos naturales y ecosistémicos y, en particular, las aguas, la biodiversidad, la energía, los residuos, así como a la gestión sostenible del uso del suelo y del desarrollo urbanístico. Todos estos factores tendrán consecuencias directas, complejas y articuladas en el ámbito social y económico, así como en el desarrollo de la región mediterránea.

El fenómeno de la desertificación fue percibido primero por la ciudadanía como un avance del desierto antes de darse cuenta de que la acción humana sobre los recursos es la principal causa de la degradación de las tierras. Al final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río en 1992, la desertificación se definió como «la degradación de los suelos en las regiones áridas, semiáridas y subhúmedas secas, en consecuencia, diversos factores, incluidas las variaciones climáticas y las actividades humanas».

## 5. LA SITUACIÓN DE LOS PAÍSES DEL MEDITERRÁNEO

Expertos regionales e internacionales han identificado medidas de conservación urgentes para reducir el riesgo de extinción de las especies del Mediterráneo durante diversos talleres de evaluación de las especies mediterráneas celebrados en San Marino (2003), Málaga (2004, 2007), Turquía (2006), Oporto (2007), Rabat (2007) y Túnez (2009).

En los ecosistemas marinos, las áreas protegidas se encuentran en general aún muy poco desarrolladas, sobre todo en las partes sur y este de la región y, como consecuencia, una parte importante de la biodiversidad marina no cuenta todavía con la suficiente protección.

En la parte europea de la región mediterránea, el mecanismo primordial para la protección de sitios a escala comunitaria es la red de áreas protegidas Natura 2000.<sup>15</sup> A nivel de los ecosistemas de agua dulce euro-mediterráneos, la Directiva Marco del Agua<sup>16</sup> es la principal normativa en materia de la política del agua, la cual se basa en el enfoque de gestión integrada de cuencas hidrográficas (GICH o IRBM, por sus siglas en inglés) para garantizar un uso sostenible de los recursos hídricos sin comprometer la salud de los ecosistemas de agua dulce y sus especies.

La compleja relación existente entre las presiones medioambientales y los procesos de desertificación por medio de actividades antropocéntricas constituyen el elemento central de un exhaustivo estudio solicitado en 2000 por Naciones Unidas que, con el título *Evaluación de los ecosistemas del milenio*, que establece que la desertificación es el resultado del fracaso a largo plazo a la hora de encontrar un equilibrio entre la demanda y la oferta de los servicios ecosistémicos vinculados a los recursos del suelo y del agua.

---

<sup>14</sup> CDR 418/2011 rev. 1, Tercera sesión plenaria, Bari, 30 de enero de 2012, Informe sobre la relación entre desertificación y cambio climático en el Mediterráneo.

<sup>15</sup> Natura 2000: es una red ecológica europea de áreas de conservación de la biodiversidad. Su finalidad es asegurar la supervivencia a largo plazo de las especies y los tipos de hábitat en Europa, contribuyendo a detener la pérdida de biodiversidad.

<sup>16</sup> Directiva Marco del Agua: la Directiva marco del agua es una norma del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea por la que se establece un marco de actuación comunitario en el ámbito de la política de aguas. Nace con la vocación de garantizar la protección de las aguas y promover un uso sostenible que garantice la disponibilidad del recurso natural a largo plazo.

Esta Convención definía la desertificación como el proceso de degradación de los territorios áridos, semiáridos y subhúmedos como consecuencia de diversos factores biofísicos y antropocéntricos, entendida la degradación del territorio como la reducción o pérdida de la productividad biológica y económica, así como de la complejidad de los suelos agrícolas —irrigados o no— los pastos, las selvas y los terrenos forestales.

Según la definición de la CNULD (Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación), la cuenca del Mediterráneo se halla particularmente expuesta al fenómeno de desertificación, lo que precisamente en esta región se desarrolla con una intensidad desconocida en otros lugares.

Efectivamente, los estudios disponibles demuestran que la mayor parte de las áreas sometidas a degradación de resultados de la desertificación se encuentra en las regiones de Medio Oriente y el norte de África. Sin embargo, otros países de la orilla norte del Mediterráneo (como España, Italia, Grecia, Turquía, Chipre o Malta) también se ven afectados por graves fenómenos de desequilibrio medioambiental que en numerosos casos han alcanzado umbrales de irreversibilidad (sobreexplotación agrícola y zootécnica, salinización de capas y suelos, pérdida de servicios ecosistémicos y de biodiversidad, etc.).<sup>17</sup>

En Marruecos, este fenómeno afecta a grandes superficies y es tanto más pronunciado cuanto que el clima es árido, con ciclos de sequía cada vez más largos y los suelos son pobres y muy vulnerables a la erosión. Además, las precarias condiciones de vida de las poblaciones rurales las empujan a sobreexplotar los recursos naturales para satisfacer sus crecientes necesidades, lo que amplifica aún más la degradación del medio ambiente.

Para cumplir sus compromisos con la comunidad internacional, en particular con respecto a la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación ratificada en 1996, se invitó Marruecos a adoptar un Programa de Acción Nacional de Lucha contra la Desertificación (PAN-LCD), en junio de 2001, y fortalecer los esfuerzos y la movilización de recursos para la lucha contra la desertificación.

Para la operacionalización del PAN-LCD, se implementaron una serie de proyectos integrados para el desarrollo de áreas forestales y periforestales, el desarrollo de cuencas hidrográficas, el desarrollo de tierras de secano y pastizales.<sup>18</sup>

¿Cuáles son las consecuencias directas e indirectas de esta situación? La degradación medioambiental que reduce la resistencia del territorio a la variación climática, el riesgo que supone para las posibilidades de producción alimentaria, la mayor incidencia de sequía y la precariedad, con la consiguiente aparición de fenómenos de inestabilidad socioeconómica.

A más largo plazo, los posibles efectos de esta interacción pueden determinar un aumento en la frecuencia de los fenómenos de carestía hídrica y empeoramiento de la calidad de las aguas, la puesta en peligro de la seguridad alimentaria y los consiguientes riesgos que ello conlleva para la salud y la seguridad social.

Como consecuencia del notable alcance social, económico, político y medioambiental de la desertificación y del cambio climático existe un gran número de organismos internacionales que tienen entre sus objetivos la lucha contra la desertificación. A nivel mundial, la Organización de las Naciones Unidas, a través de la Secretaría de la CNULD, continúa siendo el organismo de referencia para la definición y coordinación de los programas de acción nacionales, regionales y subregionales en la lucha contra la desertificación.

---

<sup>17</sup> El 17 de junio de 1994 se adoptó en París la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación. (CNULD) <<http://www.unccd.int>>.

<sup>18</sup> Lutte Contre La Désertification, Département des Eaux et Forêts, Ministerio de la Agricultura, Maroc.

La implementación de estrategias de conservación para especies amenazadas de extinción es esencial para detener la pérdida de biodiversidad en la región mediterránea. El intento, por lo tanto, es promover la implementación de medidas de conservación apropiadas para especies en peligro de extinción y el establecimiento de un marco de acción común en los países para garantizar la correcta aplicación de las recomendaciones de conservación, basado en el intercambio de saberes y experiencias entre algunos países del Mediterráneo, entre ellos España y los países del Magreb. La propuesta forma parte de una iniciativa de capacitación de gestores en el Magreb y cuenta con la financiación parcial de la fundación MAVA.<sup>19</sup>

Marruecos y Túnez crearon un grupo de trabajo dedicados a la inclusión intersectorial de las Soluciones basadas en la Naturaleza (SbN) presentes en sus respectivas «Contribuciones determinadas a nivel nacional» (CDN). Ambos grupos de trabajo en cada país ha identificado varios proyectos susceptibles de presentarse a fondos internacionales de financiación.<sup>20</sup>

En el caso de España, Italia y Túnez se ha llevado a cabo el proyecto «Conservación de los ecosistemas y la pesca artesanal sostenible en la cuenca mediterránea (ECOSAFIMED)» que ha tenido como finalidad la conservación de la biodiversidad marina en la cuenca Mediterránea y el fomento de prácticas pesqueras artesanales que compatibilicen la protección de la fauna marina.<sup>21</sup>

Por lo que se refiere a Italia, el 86 % de la fauna italiana es terrestre o de agua dulce, el restante, marino. Los animales más cuantiosos y variados son los insectos, que de por sí ya representan casi dos tercios de su fauna. Entre animales y fauna, unos cinco mil son endémicos e incluso hay especies solo presentes en Italia.

Lamentablemente, de forma muy similar a España, la biodiversidad en Italia está seriamente amenazada y existe riesgo de perder para siempre la variedad que la distingue. Actualmente, está en peligro de extinción el 68 % de los vertebrados terrestres, el 64 % de los mamíferos, el 76 % de los anfibios, el 69 % de los reptiles y, con especial peligro, el 88 % de los peces de agua dulce. La situación no es mejor para la flora que ha perdido ya especies de algas, líquenes y helechos. Las áreas más dañadas han sido las de zonas húmedas y bosques de llanura, pero, en general, la mayoría del territorio ha vivido acciones invasoras por parte del ser humano.

## 6. EL ARBITRAJE Y LA BIODIVERSIDAD EN EL MEDITERRÁNEO

Los principales instrumentos jurídicos utilizados en la región son las convenciones internacionales firmadas por casi todos los países mediterráneos, como el Convenio de Berna (1979) relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y el Medio Natural en Europa, el Convenio de Bonn (1979) sobre Especies Migratorias, el Convenio de Barcelona (1995) para la protección del Medio Marino y la zona costera del Mediterráneo y, el más importante, el Convenio de Río de Janeiro (1992) sobre Diversidad Biológica.

Sin embargo, a pesar de la existencia de un marco internacional para conservación de las especies y de sus hábitats en la región, las medidas puestas en marcha a nivel regional, nacional y local son todavía escasas y, en ocasiones, poco efectivas, como demuestra el número importante de especies amenazadas y su actual tasa de extinción.

<sup>19</sup> Conservación de especies amenazadas a través de la colaboración y el intercambio de experiencias entre España y el norte de África, Fundación Biodiversidad, Gobierno de España.

<sup>20</sup> LÁZARO, Lourdes y otros. «Soluciones basadas en la naturaleza y potenciación de las sinergias entre biodiversidad y política climática. Ideas aportadas por Marruecos y Túnez». En *Quaderns de la Mediterrània = Cuadernos del Mediterráneo*, n.º 25, 2017.

<sup>21</sup> El proyecto ECOSAFIMED logra impulsar entre el sector pesquero prácticas responsables y sostenibles para la conservación de los ecosistemas marinos, Fundación Biodiversidad, Gobierno de España.

Los tribunales pueden evaluar en el sector energético el efecto de una medida estatal sobre el cambio climático.<sup>22</sup>

De todas formas, el arbitraje será el camino más próximo para lograr calidad en las decisiones ambientales debido a que, en virtud de la autonomía de la voluntad que rige el pacto arbitral, las partes podrán determinar el nombramiento de los árbitros que integrarán el tribunal arbitral. Esto trae como beneficio directo que los árbitros podrán no solo ser expertos en ciencias sociales, sino expertos en la materia jurídico-ambiental específicamente de que trata el conflicto.

Reconociendo que ni la economía ni la ley pueden triunfar sobre la realidad física, la argumentación es que una prueba basada en la ciencia debe ser aplicada por tribunales arbitrales al determinar el derecho de un inversionista a compensación en casos donde un Estado adopta medidas medioambientales o energéticas que afecten a su inversión. De hecho, sin un enfoque basado en la ciencia, el arbitraje no puede dar la debida consideración al clima y la biodiversidad como elementos esenciales de la justicia global.

La mayoría de la doctrina y la legislación comparada han limitado la arbitrabilidad de disputas ambientales a aquellas que afectan los derechos patrimoniales, dejando afuera del *scope* de tales procesos los daños ambientales que afectan derechos difusos al medio ambiente.

La protección al medio ambiente, en el derecho internacional, se encuentra dispersa en distintas normas, incluyendo jurisprudencia y doctrina que constituye *soft law*. Algunos tribunales internacionales empezaron en utilizar el valor jurídico del desarrollo sostenible.<sup>23</sup> De hecho, se empieza a ver la aplicación del principio de desarrollo sostenible como parte del derecho internacional: «The principle of sustainable development is thus a part of modern international law by reason not only of its inescapable logical necessity, but also by reason of its wide and general acceptance by the global community».<sup>24</sup>

En el caso Gabčíkovo-Nagymaros de 1997, la jurisprudencia de la CIG menciona el desarrollo sostenible por primera vez.

En 2010, la CIG vuelve a centrarse en el desarrollo sostenible en el caso Pulp Mills (Argentina vs. Uruguay) o caso de las papeleras en el río Uruguay, definiéndolo como un «objetivo».<sup>25</sup>

<sup>22</sup> VOIGT, Christina. «Chapter 8: The principle of sustainable development: integration and ecological integrity». En VOIGT, Christina (editora). *Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law*. Cambridge: CUP, 2013, pp. 146-157: «What is sustainable development, then? My argument is that it is a general principle of law. Its normative force, broad scope and support in the international community are indicative of its principled character and make it difficult to argue otherwise. Sustainable development has a normative content that is defined by the reconciliation of present and future economic, social and environmental interests within the limits set by certain essential ecological functions. Sustainable development has been recognized widely both by international and national legislatures and jurisprudential practice. His general recognition of its normative content can be understood as forming an *opinio juris communis*. The classification of sustainable development as a general principle of law according to Article 38.1(c) of the Statute of the International Court of Justice is thus legitimized by its widespread use in many national legal systems and in international law —signifying a common conscience— and the jurisprudence of international courts and tribunals, as well as by its moral necessity».

<sup>23</sup> HUSH, Emily. «Where No Man Has Gone before: the future of sustainable development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and new generation Free Trade Agreements». En *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 43, n.º 1, 2018, p. 135: «The leading cases define sustainable development as a concept or principle that evolves over time, providing a measure of flexibility to the interpretive process».

<sup>24</sup> Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, The Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, pp. 91-92; and p. 85: «The Court must hold the balance even between the environmental considerations and the developmental considerations raised by the respective Parties. The principle that enables the Court to do so is the *principle of sustainable development*. The Court has referred to it as a concept in paragraph 140 of its Judgment. However, I consider it to be more than a mere concept, but as a principle with normative value which is crucial to the determination of this cases».

<sup>25</sup> RUOZZI, Eliza. «La tutela dell'ambiente fra obblighi procedurali ed obblighi sostanziali: la sentenza relativa alle cartiere sul fiume Uruguay». En *Giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia*. Casi scelti, S. Cantoni, Torino, Giappichelli, 2014.

En sede de interpretación del artículo 27 del Estatuto del 1975,<sup>26</sup> el CIG se refiere al desarrollo sostenible como un «objetivo» que refleja la necesidad de encontrar un equilibrio entre el uso de protección del agua y del río.

En 2005, la decisión de un tribunal arbitral *ad hoc* en el caso Iron Rhine<sup>27</sup> hace referencia a la sentencia CIG Gabčíkovo-Nagyymaros para resolver la disputa, pero sin tomar posición sobre el valor legal del desarrollo sostenible («the emerging principles, whatever their current status, make reference to conservation, management, notions of prevention and of sustainable development, and protection for future generations»). El tribunal arbitral, por lo tanto, describe los contenidos como vínculo de interdependencia entre medio ambiente y desarrollo sin especificar la natura jurídica de estos principios. Por lo tanto, el mismo se transformó en un principio consuetudinario internacional, así que:

[...] environmental law and the law on development stand not as alternatives but as mutually reinforcing, integral concepts, which require that where development may cause significant harm to the environment there is a duty to prevent, or at least mitigate, such harm. This duty, in the opinion of the Tribunal, has now become a principle of general international law.

As a general principle, sustainable development [...] plays an important role in the application and enforcement of international and national law, especially in the solution of legal disputes. [...] Principles also have a normative function if they are perceived as influencing directly or indirectly the outcome of judicial decisions. The normative force of sustainable development can be exercised in a dispute settlement context. In this respect there is agreement that in the hands of judges, the principle could operate as some sort of 'intervening principle' mediating between potentially conflicting rules or principles.

Algo que cabe señalar es que, en este tipo de disputas, la WIPO ofrece sus servicios. El Centro de la WIPO brinda servicios de asesoramiento en resolución de disputas y administración de casos para ayudar a las partes a resolver las disputas que surjan en el área de la biodiversidad, sin necesidad de un litigio judicial.

Las disputas sobre biodiversidad pueden afectar una amplia gama de materias muy específicas relacionadas, por ejemplo, con las patentes, los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales, las obtenciones vegetales, el medio ambiente y los alimentos. A menudo son internacionales y también pueden involucrar componentes sensibles no legales de naturaleza comercial, cultural, ética o moral.

Para optimizar la resolución de disputas en el sector de la biodiversidad, el Centro de la WIPO colabora con las partes interesadas y las organizaciones pertinentes. Esto puede incluir la organización de eventos conjuntos y capacitación, y el establecimiento de marcos ADR adaptados, e involucra, por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO).

Además, hay que subrayar la relación entre regímenes de biodiversidad y propiedad intelectual, que presentan una doble dimensión.

Una positiva, de reforzamiento mutuo, que puede articularse como un deber jurídico, ya que el cumplimiento de los objetivos específicos del Convenio sobre la Diversidad Biológica y del desarrollo sostenible requiere que los Estados adopten medidas nacionales de implementación, que pueden utilizar el derecho de la propiedad intelectual.

Y segundo, presenta también una dimensión negativa, marcada por dos posibilidades: un ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual que obstruya la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad y/o el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

<sup>26</sup> Sentencia de La CIJ en el caso Papeleras Del Río Uruguay, Raúl F. Campusano Drogue, Revista de Derecho Ambiental.

<sup>27</sup> Case Concerning the Iron Rhine («[J]zereen Rijn») Railway (Belgium vs. Netherlands), Award, 24 May 2005, PCA, 27 IRLA 35.

<sup>28</sup> VOIGT, Christina. *Op. cit.*, pp. 146-157.

El 19 de junio de 2001, la Corte Permanente de Arbitraje emitió un conjunto adaptado de reglas de arbitraje, diseñadas específicamente para el «Arbitraje de disputas relacionadas con recursos y/o medio ambiente». Esas reglas adaptadas, incluso si están destinadas a desviarse como lo menos posible de las reglas originales de la CNUDMI, deben de tener en cuenta el fundamental carácter de las disputas ambientales y, por lo tanto, tienen como objetivo proporcionar una mayor flexibilidad en cuanto al número y naturaleza de las partes que pueden participar en el proceso.

Partes potenciales, por lo tanto, incluyen Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales y privados (consultar el prólogo de las reglas). Las reglas se utilizarán para arbitrar cuestiones derivadas de «Tratados, acuerdos u otras relaciones entre partes, una o más de las cuales no es un Estado» (consultar introducción a las reglas). Sin embargo, las reglas adaptadas aún prevén audiencias a puerta cerrada (artículo 25.4.) y siguen teniendo un carácter muy privado, ya que se basan en el consentimiento de las partes para arbitrar. Por lo tanto, no prevén específicamente la presentación de escritos *amicus curiae* ni la intervención voluntaria de los interesados en el caso.<sup>29</sup>

Mediante la aprobación en 2013 del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (el «Reglamento sobre la Transparencia») se introdujo un nuevo párrafo 4 en el artículo 1 del Reglamento de Arbitraje (revisado en 2010) con el fin de incorporar el Reglamento sobre la Transparencia para los arbitrajes entablados en virtud de tratados de inversiones celebrados el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha.

Todo lo anterior indica que la resolución de controversias, por medio del instrumento arbitral en los temas tratados, sigue en desarrollo y se modificara aún más en el futuro.

## 7. CONCLUSIÓN

La reconducción de la crisis del clima y de todo lo que esté relacionado con el ambiente y la biodiversidad, como delineada en lo anterior, requiere una visión y una estrategia a largo plazo, 2050, y a muy largo plazo, 2100.

En ese sentido, la comunidad internacional ha de reafirmar el compromiso de evitar una interferencia antropogénica grave en el sistema del clima de la Tierra.

Con vistas a la cumbre de París, los ministros de Asuntos Exteriores de la UE han aprobado un plan de acción diplomática preparado en coordinación con el Servicio Europeo de Acción Exterior. El plan se vertebrará en torno a tres tareas: (i) hacer del cambio climático una prioridad estratégica en las futuras reuniones del G7 y del G20, así como en las que tengan lugar en el marco de las Naciones Unidas; (ii) apoyar los procesos de adaptación/resiliencia y mitigación en el contexto de los programas de ayuda al desarrollo; (iii) incluir los riesgos a largo plazo derivados de la alteración del clima, incluyendo los aspectos relacionados con la seguridad.<sup>30</sup>

En el marco internacional, como hemos analizado, las normativas aplicadas en tema de biodiversidad seguirán modificándose y ampliándose para lograr un resultado que pueda incrementar las posibilidades de una calidad de vida mejor para todos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BROWN WEISS, E. y JACKSON, J. H. (editores). *Reconciling Environment and Trade*. New York: Transnational Publishers, 2002.

<sup>29</sup> Permanent Court of Arbitration, *Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment*, ILM 40 (2001): 202. For a commentary of the Optional Rules, see D.P. Ratliff, 'The PCA Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment', *Leiden J. Int'l L.* 14, n.º 4, 2001, p. 887.

<sup>30</sup> Real Instituto Elcano | DT 3/2015 | 16 de abril de 2015, La cumbre del clima en París, Teresa Ribera y Antxon Olabe Egaña.

BROWNE. *Sustainable development goals and UN goal-setting*. London: Routledge, 2017.

Case Concerning the Iron Rhine (“IJzeren Rijn”) Railway (Belgium vs. Netherlands), Award, 24 May 2005, PCA, 27 RIAA 35.

CHIUSI, Ludovica. *The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?, in La Comunità Internazionale*. Napoli: Scientifica, 2016, pp. 49-70.

DANNECKER. «The Sustainable Development Goals: a new space for action?». En AL-EKABI, C. y S. FERRETTI (editores). *Yearbook on Space Policy 2016*. Cham: Springer, 2018, pp. 175-184.

FIJALKOWSKI, A. y CAMERON, J. (editores). *Trade and Environment: Bridging the Gap*. The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 2000

FRENCH, Kotzé. *Sustainable Development Goals: Law, theory and implementation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.

GARCÍA, Nieves y CUTTELOD, Annabelle. «Pérdida de biodiversidad en el Mediterráneo: causas y propuestas de conservación». En *Memorias R. Soc. Esp. Hist. Nat.*, 2ª ép., 10, 2013. Recuperado de <<http://www.rsehn.es/cont/publis/boletines/191.pdf>>.

HUSH, Emily. «Where No Man Has Gone before: the future of sustainable development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and new generation Free Trade Agreements». En *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 43, n.º 1, 2018, p. 135.

KANIE, Norichika y Frank BIERMANN. *Governing through goals: sustainable development goals as governance innovation*. Cambridge: MIT Press, 2017.

LONGO. «L’Agenda 2030 ed il principio della sostenibilità nel diritto internazionale». En *Il Diritto penale della globalizzazione*, fasc. 3-4/2017, Pisa, Pacini ed., 2017, pp. 299-306.

REVESZ, R.; SANDS, P h. y Stewart, R. (editores). *Environmental Law, the Economy, and Sustainable Development. The United States, the European Union and the International Community*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000

RUOZZI, Eliza. «La tutela dell’ambiente fra obblighi procedurali ed obblighi sostanziali: la sentenza relativa alle cartiere sul fiume Uruguay». En *Giurisprudenza della Corte internazionale di Giustizia*. Casi scelti, S. Cantoni, Torino, Giappichelli, 2014.

Sentencia de la CIJ en el caso Papeleras Del Río Uruguay, Raúl F. Campusano Droguett, Revista de Derecho Ambiental.

Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, The Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, pp. 91-92; and p. 85.

SHAWKI, Noha. *International norms, normative change, and the UN sustainable development goals*. Lanham: Lexington Books, 2016.

Spain Arbitration Review, Investment Arbitration as an oxygen tank for the environment, Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer España 2020, Volume 2020, Issue 39) pp. 76 – 97, Kluwer Arbitration Investment.

TAILLANT, Jorge Daniel y Jonathan BONNITCHA. «Chapter 4. International Investment Law and Human Rights. Prefacio por Ashfaq Khalfan». En CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING,

Markus W. y Andrew NEWCOMBE (editores). *Sustainable Development in World Investment Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

UNITED NATIONS. *The Sustainable Development Goals: 17 Goals to Transform Our World, in Furthering the work of the United Nations: highlights of the tenure of Secretary-General Ban Ki-moon, 2007-2016*. New York: UN Publications, 2016, pp. 39-5

VOIGT, Christina. «Chapter 8: The principle of sustainable development: integration and ecological integrity». En VOIGT, Christina (editora). *Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law*. Cambridge: CUP, 2013, pp. 146-157.

## CAPÍTULO 2

### BIOGÁS: ENERGIA RENOVÁVEL, CONTRATOS E USO DA ARBITRAGEM

*Marcia Carla Pereira Ribeiro (Brasil)<sup>1</sup>  
Giovani Ribeiro Rodrigues Alves (Brasil)<sup>2</sup>*

**Sumário.** 1. Introdução.— 2. A opção pela geração de energia renovável no Brasil.— 2.1. Agricultura sustentável.— 2.2. Energia limpa.— 2.3. Crescimento econômico.— 2.4. Responsabilidade.— 2.5. Instituições e parcerias.— 2.6. Instituições eficientes.— 3. A arbitragem de investimentos como alternativa adequada para a busca de soluções.— 3.1. Nudges e a escolha da lei na arbitragem.— 4. Conclusões.— 5. Referências.—

#### 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de uma nação é indissociável às opções de energia que estejam disponíveis, quer seja para a produção industrial e comercial, quer seja para o bem-estar de seus cidadãos.

As condições climáticas, no entanto, têm sido associadas no Brasil a severas reduções no nível de geração de energia, especialmente relevantes em nosso país em razão da opção preponderante pela geração de energia a partir das usinas hidroelétricas.

De outro lado, há opções de fontes de geração que podem ser consideradas a partir da experiência de outros países, assim como devem conduzir a considerações sobre os custos envolvidos nessas outras modalidades disponíveis, como de geração de matriz eólica, solar ou pela utilização do biogás.

No Brasil, especialmente em algumas regiões cuja economia é preponderantemente agroindustrial, a correta destinação dos rejeitos agroindustriais é imposta pela lei, podendo acarretar a imputação de responsabilidade civil por danos ambientais e responsabilidade penal por crime ambiental.

Outras regiões, como em alguns estados do norte e nordeste, a produção de energia solar se encontra em franca expansão.

No entanto, assim como ocorre em outros países que apresentam situação econômica semelhante à brasileira, muitos potenciais produtores de energia — para consumo ou compartilhamento — não consideram viáveis as opções admitidas pela legislação brasileira em razão de seus custos.

Custos não apenas para a implementação das usinas, como também aqueles relacionados às incertezas institucionais, típicas dos países que ainda caminham para uma posição de desenvolvimento.

---

<sup>1</sup> Professora Titular de Direito Empresarial da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre e Doutora em Direito. Advogada, árbitra e parecerista. Email: mcarlanibeiro@uol.com.br.

<sup>2</sup> Professor Adjunto de Direito Empresarial da Universidade Federal do Paraná/DAGA. Mestre e Doutor em Direito. Advogado, árbitro e parecerista. Email: giovani@gmrso.com.br.

Quanto aos custos de implementação, e, diante das restrições à comercialização dos excedentes e das características envolvidas no processo de distribuição de energia (que pressupõe a existência de equipamentos e tecnologia que conduzem a situações de monopólio, processo de distribuição frequentemente atribuído a empresas de capital ao menos parcialmente do Estado), algumas possibilidades de negócios colaborativos podem facilitar a associação de vários agentes envolvidos ou interessados no processo de geração e compartilhamento de energia. Não apenas os geradores dos dejetos, os proprietários das áreas na qual a usina será levantada, os potenciais consumidores de energia, como também os investidores, aptos a capitalizar o empreendimento em troca de algum resultado pré-estabelecido pelo contrato.

No que se refere à instabilidade institucional, a potencialidade de litígios e o estímulo à manutenção do interesse dos agentes no modelo de geração sustentável de energia, o artigo se propõe a discorrer sobre experiências de investimento internacional nessa área e o papel da arbitragem internacional na solução das controvérsias.

Inicialmente, o artigo abordará o atual panorama de escolha pela geração de energia renovável no território brasileiro em consonância com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) enunciados pela Organização das Nações Unidas. Para isso, percorrerá os temas da agricultura sustentável, expondo fundamentos, gráficos e dados a respeito. Em seguida, trabalhar-se-á com as noções de energia limpa e crescimento econômico, retratando-se o atual estágio no Brasil e a ligação com as fontes energéticas.

Adiante, será discorrido acerca da responsabilização na lei brasileira no que se refere à destinação dos resíduos e será feita a conexão com a noção de instituição trabalhada pela Nova Economia Institucional, especialmente nos trabalhos de Douglass North.

Finalmente, a partir das particularidades dos investimentos em energia renovável em países em desenvolvimento, defende-se que a arbitragem é o método adequado para a resolução dos conflitos, seja entre agentes privados, seja entre estes e o Poder Público.

## 2. A OPÇÃO PELA GERAÇÃO DE ENERGIA RENOVÁVEL NO BRASIL

Já tivemos a oportunidade de abordar em estudo anterior (Ribeiro et al. 2020), o dever imposto à indústria produtiva de correta destinação a ser atribuída aos rejeitos por ela produzidos. Não apenas em nível de Brasil, há também de ser considerado o posicionamento mundial inserido nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) enunciados pela Organização das Nações Unidas. Dentre os 17 enunciados, 6 estão relacionados ou à energia ou ao meio ambiente, podendo-se destacar (i) agricultura sustentável (objetivo n.º 2: «Fome zero e Agricultura Sustentável»); (ii) energia limpa (objetivo n.º 7: «Energia limpa e acessível»); (iii) crescimento econômico (objetivo n.º 8: «Trabalho decente e crescimento econômico»); (iv) infraestrutura (objetivo n.º 9: «Indústria, inovação e infraestrutura»); (v) responsabilidade (objetivo n.º 12: «Consumo e produção responsáveis»); (vi) instituições eficazes (objetivo n.º 16: «Paz, justiça e instituições eficazes»); e, (vii) parcerias (objetivo n.º 17: «Parcerias e meios de implementação»).

### 2.1. *Agricultura sustentável*

Na produção de grãos e na criação de animais, em países que se caracterizam pela importância do setor agrícola relativamente à sua economia, os custos ultrapassam o conceito tradicional de resultado dos dispêndios em matéria prima, força de trabalho, custo do capital e margens de lucro, para necessariamente incorporar os custos para a realização do descarte adequado dos resíduos (embalagens, utensílios não aproveitáveis, restos inaproveitáveis, matéria orgânica, dentre outros).

Por outro lado, quando se faz referência aos resíduos provenientes da agricultura, os especialistas propõem uma classificação que pode auxiliar na compreensão do que pode ser destinado à produção de energia, tema essencial para o artigo:

Tabela 1. Interfaces entre as fontes convencionais de resíduos e a atividade agrícola

| <b>RESÍDUO</b>        | <b>FONTE</b>  | <b>TIPOS</b>  | <b>AGRICULTURA</b>                                  |
|-----------------------|---|---|---|
| Hospitalar            | Hospitais, postos de saúde, sedes de unidades de atendimento móvel, enfermarias, clubes, laboratórios, farmácias e ainda escolas e domicílios | Seringas, agulhas, frascos, remédios vencidos, restos de medicamentos, de curativos, produtos químicos e outros materiais que podem estar contaminados          | Atividades ligadas à Zootecnia e à Veterinária      |
| Domiciliar            | Residências urbanas e rurais, casa de campo, de praia, ranchos de pesca   | Restos alimentares, resíduos sanitários, papel, plástico, vidro, pilhas, baterias, medicamentos vencidos, restos de remédios, <u>produtos químicos em geral</u> | Habitações e recreação                              |
| Entulho               | Construção civil e reformas   | Restos de tijolos, telhas, madeira, cimento, ferragens, tubos plásticos, vidros, <u>produtos químicos</u>   | Habitações, almoxarifados e instalações zootécnicas |
| Estritamente Agrícola | Atividades agropecuárias  | Palhas, cascas, estrume, animais mortos, bagaços, produtos veterinários pregos, grampos de cerca, restos ferramentas, de arame liso e farpado                   | Rotina  |

Rossol et al. 2012, 37.

Cada uma das categorias de resíduos indicada na Tabela 1 estará sujeita a regras próprias sobre destinação e são os resíduos que se enquadram como estritamente agrícolas que apresentam potencial para a geração de bioenergia.

Por outro lado, já são consagrados em estudos os potenciais de geração de energia por cultura:

Tabela 2. Estimativa do índice de potencial de geração (GP) de resíduos agrícolas e resíduos de animais no Brasil

| Matéria-prima             | GP (tons/culture) |
|---------------------------|-------------------|
| <i>Resíduos agrícolas</i> |                   |
| Cana de açúcar            | 0.22              |
| Soja                      | 2.05              |
| Milho                     | 1.42              |
| Arroz                     | 1.49              |
| Algodão (perene)          | 2.95              |
| Laranja                   | 0.50              |
| Trigo                     | 0.20              |
| Mandioca                  | 0.20              |
| <i>Resíduos Animais</i>   |                   |
| Ovino                     | 1.58              |
| Suíno                     | 0.06              |
| Bovino                    | 0.07              |

Culturas como a de algodão e milho se destacam, assim como a criação de ovinos.

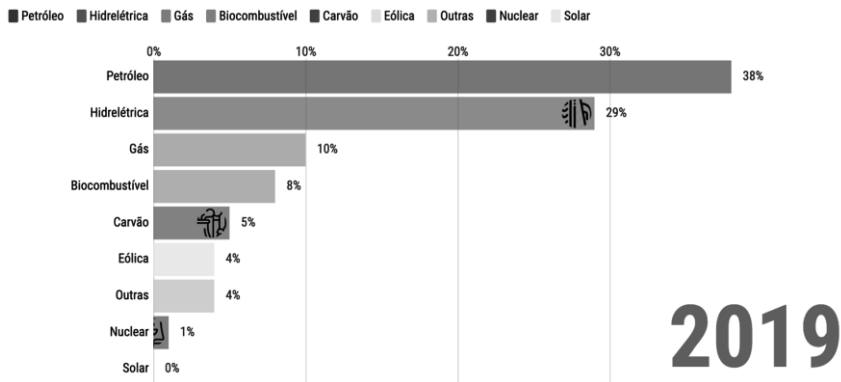
Há, portanto, um perfeito enquadramento entre a determinação legal de correta destinação dos resíduos e a potencialidade na geração de energia.

## 2.2. Energia limpa

Energia é insumo imprescindível na indústria, no comércio, na prestação de serviços e fator essencial para o bem-estar do cidadão.

A matriz energética tradicional em escala mundial esteve voltada aos combustíveis fósseis, especialmente na modalidade petróleo, carvão e gás natural. No Brasil, desde os anos 70 há um forte investimento em energias renováveis, o que já assegura ao país a condição de detentor de um mix energético que conta com 43 % (quarenta e três por cento) gerado por fontes renováveis. Num contexto histórico mobilizado ao controle da emissão de gases de efeito estufa, é possível destacar a experiência brasileira com os biocombustíveis e a priorização no uso, dentre as diversas fontes, daquelas de menor custo.

Gráfico 1. Matriz Energética Brasileira (FGV Energia 2020)



Conforme demonstrado no Gráfico 1, o percentual de geração de energia no Brasil, por matriz energética demonstra uma predominância do petróleo e um papel significativo do gás e do carvão, porém, a fonte hidrelétrica aparece em segundo lugar, o que comprova a sua predominância no país em relação às matrizes renováveis, seguida do biocombustível e eólica. A necessidade constante e a possibilidade de opção pela matriz menos custosa dentre as renováveis abrem um leque de opções entre a hidrelétrica, biocombustíveis, eólica e solar (ainda recente), com ênfase nos biocombustíveis, gerando não apenas energia, como também funcionando na depuração dos dejetos, inclusive com a possibilidade de utilização da matéria remanescente ao processo de geração de biogás como adubo.

### **2.3. Crescimento econômico**

Quando se associa crescimento econômico a trabalho decente, como propõe o ODS de número 8, não há como escapar da noção de apropriação de riqueza, ou seja, o almejado desenvolvimento sustentável (Nusdeo, 2020). Portanto, é preciso que ao menos parte dos excedentes decorrentes da atividade econômica seja reinvestido localmente, de forma a possibilitar não apenas ondas de riqueza, mas um quadro de efetiva melhora social passível de ser incorporada.

Há, por outro lado, alguns estudos interessantes que questionam se países agraciados por fontes de riqueza fósseis tem uma maior tendência ou não ao desenvolvimento. Ross (2019), por exemplo, relaciona a exploração de riquezas naturais a efeitos em termos de estabilidade social, investimentos e sistemas políticos, para demonstrar com clareza que o bom ou mal proveito da fonte de riqueza natural em prol do desenvolvimento —especialmente quando se trata de petróleo— tem uma estreita ligação com as características institucionais do país.

Se a riqueza natural por si só não serve a vaticinar qual será o destino de um país sob a ótica do desenvolvimento, é certo, inclusive sob as premissas de Ross, que a riqueza que possa ser gerada, especialmente pela adoção de matrizes renováveis de energia, ultrapassa as barreiras naturais atreladas a solos, minas e reservas não-renováveis, de maneira a fomentar economias não hegemônicas.

E, assim como os *locus* de prosperidade podem ser multiplicados, as condições trazidas pelos avanços tecnológicos permitem que os investimentos necessários provenham de diversas e distantes fontes, compatibilizando-se o objetivo de crescimento econômico com ideais de sua justa retribuição.

### **2.4. Responsabilidade**

Para lastrear a política de correta destinação de resíduos, o Brasil adota além de medidas voltadas à educação ambiental, a imposição de sistema de fiscalização e de aplicação de penalidades civis e criminais. A principal Lei Federal que disciplina as ações contrárias ao meio ambiente é a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

A mencionada lei estabelece como regra geral não apenas a responsabilidade da pessoa jurídica causadora do dano, como também a de seu diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, tendo ciência da conduta criminosa de outrem, deixe de impedir a sua prática.

No esfera cível, admite a desconsideração da personalidade jurídica de forma ampla ao estabelecer, em seu art. 4º, que: «Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente».

No que se refere à educação ambiental, acredita-se que um ponto fundamento está na transmissão de informações e conceitos não apenas ligados ao comportamento individual, mas igualmente no despertar do comportamento de colaboração, que pode ser não apenas uma ferramenta de cumprimento das medidas impostas, como, mediante ações planejadas, instrumento também de redução de custos e geração de riqueza.

## 2.5. *Instituições e parcerias*

A questão institucional perpassa vários aspectos de interesse desse artigo, inclusive quando se propõe uma reflexão sobre as regras que governam as atividades econômicas e que restringem a ação do agente econômico (North 1990). A produção de energia está submetida, no Brasil, às bases legais regulamentadas na Constituição, mas igualmente em outras normas editadas pelas autoridades legislativas e administrativas.

Quatro pontos são fundamentais para a efetiva utilização de fontes de energia renováveis: (i) a superação dos entraves jurídicos que incidam sobre a geração e distribuição de energia; (ii) os custos inerentes à implantação de centrais energéticas próprias, com o conseqüente prazo para recuperação do investimento; (iii) a transmissão de informações aos agentes econômicos quanto às possibilidades e perspectivas em relação à sua necessidade de energia; e, (iv) a sensibilização dos agentes quanto às vantagens associativas para a viabilização de projetos.

A experiência, por outro lado, tem demonstrado que não existirá uma substituição plena de uma matriz por outra, mas sim a coexistência de várias modalidades colocadas à disposição dos usuários, classificadas segundo as possibilidades de oferta imediata, iniciativas de redução das matrizes fósseis e custos. Espaço, portanto, para empreendimentos de porte gigantesco, como a Usina de Itaipú, assim como para a construção de micro e minigeradoras de energia.

Acredita-se que o eventual interesse dos organismos públicos em estimular uma ou outra iniciativa, deve ponderar sobre as características regionais, fatores como a abundância hidráulica, de ventos, raios solares ou de dejetos aos quais se deva atribuir uma adequada destinação, de forma a, por meio de programas direcionados, colaborar para o atingimento de grau satisfatório de oferta da energia essencial aos usuários.

Ainda, a opção de investimentos privados também irá considerar tais características a fim de avaliar o potencial de risco e de lucratividade dos projetos de geração de energia, de forma a validar as escolhas de negócios.

Quanto à demanda de energia, as projeções indicam que não se pode vislumbrar qualquer retrocesso, muito pelo contrário, a demanda será crescente, quer seja em relação ao setor agropecuário, quer seja em razão da demanda gerada pelo setor de prestação de serviços e demais setores:

Tabela 2 - Consumo final de energia elétrica no setor agropecuário (YWh) (Ministério de Minas e Energia 2007)

Tabela 41 – Consumo final de energia elétrica no setor agropecuário (TWh)  
Brasil, 2005-2030

| Cenário | 2005 | 2010 | 2020 | 2030 | Taxa média de crescimento (% a.a.) |
|---------|------|------|------|------|------------------------------------|
| A       | 15,7 | 18,5 | 28,8 | 57,2 | 5,3                                |
| B1      | 15,7 | 17,9 | 24,6 | 36,6 | 3,5                                |

A depender do cenário adotado (do mais otimista, «A», até o mais conservador, «C») observa-se uma taxa média de crescimento ao ano em relação ao setor agropecuário que varia de 5,3 % a 1,9 %.

Logo, no setor agropecuário coexistem a possibilidade de geração de energia e uma importante e constante demanda por energia gerada.

No Brasil, desde o ano de 2012, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL permite e regulamenta a instalação de geradores de pequeno porte, num sistema que abarca a geração propriamente dita de energia, seu ingresso imediato na rede da distribuidora e a compensação dos valores gerados na cobrança da energia utilizada e adquire em face da concessionária do serviço. Da forma como admitido hoje, a geração e a compensação de energia só são admitidas quando inseridas numa mesma rede de distribuição (que, no caso brasileiro, adota uma rede de capilaridade própria e que incorpora total ou parcialmente o território de determinado Estado-federado ou mais de um Estado).

A autorização para geração e compensação da energia produzida a partir de uma matriz limpa estão centradas no propósito de promoção de uma geração mais sustentável de energia elétrica, com maior diversificação das fontes de energia e aproveitamento de recursos naturais. Uma outra vantagem do sistema mais capilarizado, além da ênfase na vocação de cada região (se a partir de rejeitos, fotovoltaica ou eólica) está na possibilidade de geração mais próxima aos centros de consumo, o que pode, em princípio, reduzir os custos relacionados à infraestrutura para a distribuição de energia, ao possibilitar, por exemplo o adiamento ou dispensa de ampliação das usinas já existentes, além de minimizar o impacto ambiental e reduzir perdas de energia.

Como qualquer modelo inovador, a admissão de novos geradores de pequeno porte traz algumas dificuldades, como as decorrentes da complexidade de gerenciamento da rede, a busca por um sistema de cobrança justo pelo uso da infraestrutura de titularidade das concessionárias, além de ajustes na forma de incidência de tributos e novos procedimentos de proteção das redes. (ANEEL 2016)

O sistema aceito no Brasil não admite, porém, a venda de energia elétrica gerada pelas pequenas usinas, sendo inclusive vedado àqueles que participam do mercado livre de energia elétrica, se cadastrarem também como geradores de pequeno porte.

No sistema de compensação, único admitido na hipótese, a energia gerada pelos consumidores é cedida, por meio de um empréstimo gratuito, à concessionária. Em troca, ela é compensada na futura fatura de energia com o consumo de energia elétrica ativa, mantendo-se a possibilidade do gerador usar o crédito por 60 meses. É permitido aos geradores/consumidores, direcionar a energia gerada a outras unidades, desde que adotado um modelo de compartilhamento autorizado pela agência reguladora, e, mediante prévio cadastramento.

Portanto, os consumidores podem, além de compensar com o seu próprio gasto, direcionar a energia elétrica gerada a outras unidades consumidoras, desde que previamente cadastradas sob alguns dos modelos de compartilhamento autorizados pela ANEEL.

Aqui, os obstáculos legais podem ser superados mediante o estabelecimento de parcerias.

O sistema admite, por exemplo, o empreendimento com múltiplas unidades consumidoras, hipóteses em que uma unidade consumidora gera a energia para outras unidades, desde que estejam situadas em propriedades limítrofes, sendo vedada a utilização da infraestrutura pública

Esse tipo de empreendimento se dá, normalmente, por meio da união de consumidores em um consórcio ou cooperativa, de modo que são estabelecidos previamente os percentuais de energia direcionados a cada consorciado ou cooperado.

A parceria se mostra uma estratégia interessante em razão da possibilidade de os consumidores parceiros utilizarem a compensação de energia de forma otimizada, ao se considerar o potencial de consumo de cada unidade, mediante planejamento. A ação associativa, ainda, pode facilitar a partilha dos custos para instalação da pequena usina, de forma customizada à própria expectativa de utilização de cada beneficiado. Como a energia compensada no caso brasileiro se submete a um regime tributário diferenciado, há vantagens para os consumidores em adotar o sistema de compensação.

Lembre-se ainda que, no caso da biomassa, a operação está associada à destinação dos rejeitos cujo ônus da correta destinação recai sobre o produtor, além de enquadrar-se na categoria de geração de energia limpa, com potenciais impactos ambientais positivos.

Para um investidor, pode trazer a oportunidade de participação em projetos enquadráveis nas premissas do ESG (*Environmental, social and corporate governance*), assim como a possibilidade de ressarcimento do valor investido a partir dos resultados obtidos pelos produtores rurais.

Todavia, como a provável viabilidade de investimento externo, especialmente quando se considera investimento internacional, a existência de vários agentes envolvidos no negócio, como por exemplo, o titular de direito sobre o imóvel no qual será instalada a pequena usina, os produtores limítrofes que irão compartilhar da compensação, os produtores que irão fornecer os rejeitos como matéria prima a ser processada, os eventuais arrendadores de equipamentos e outros mais interessados, tornam os instrumentos contratuais a serem firmados essenciais para dotar de fiabilidade toda a operação. E, diante das instabilidades institucionais e diferenças em relação aos regimes jurídicos eventualmente incidentes, os mecanismos de solução de controvérsia de índole não judicial tornam-se indispensáveis, como será abordado em tópico posterior.

## **2.6. Instituições eficientes**

Além da existência de normas estáveis elaboradas e aplicadas pelos Poderes Públicos que guardem relação com princípios de eficiência, da preservação ambiental, da geração de energia limpa e bem-estar, há fatores internos e externos que podem afetar ou inviabilizar as opções de investimento em produção de energia renovável.

Fatores internos, de índole individual ou coletiva (e que poderiam ser enquadrados nas instituições informais no pensamento de North) que servem como normas que induzem comportamentos menos colaborativos, busca pelo lucro injustificado (mediante a adoção de comportamento oportunista) podem desestimular a opção pelo investimento.

As desavenças e o grau de não cumprimento das condições contratadas, os gastos em monitoramento em relação ao que foi pactuado, trazem custos que merecem ponderação.

Já os fatores externos que mais se destacam no potencial de instabilidade dos negócios podem ser enquadrados em duas principais categorias: (i) a burocracia imposta pelas autoridades do país; (ii) a eficiência ou não eficiência na solução dos litígios.

Quanto à segunda delas, o excesso de litigiosidade e o tempo médio de solução de litígios perante o Poder Judiciário, se situam como fatores de desestímulo que precisam ser superados ao se adotar a premissa da importância dos investimentos privados que possam dar conta das necessidades de aporte de capital para o estabelecimento de pequenas usinas de produção de energia limpa.

A experiência demonstra que cada vez mais os contratos de maior porte estão prevendo a arbitragem como forma de serem dirimidos os litígios, podendo funcionar, ainda, como condição de solução de controvérsia que além de exigir maior especialização dos julgadores, também se caracteriza pelo maior custo, o que pode balizar as escolhas individuais de descumprimento do avençado, ou servir de suporte às soluções pactuadas pelas partes.

### 3. A ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS COMO ALTERNATIVA ADEQUADA PARA A BUSCA DE SOLUÇÕES

A racionalidade peculiar, a dinamicidade do cotidiano da atividade empresarial, a necessidade de estabilidade técnica no padrão decisório e a velocidade nos vereditos, são apenas alguns dos fundamentos que podem ser invocados para enaltecer a importância da adoção da cláusula compromissória de arbitragem ou a celebração de compromisso arbitral para reger as disputas que envolvam investimentos em energia renovável.

O caráter patrimonial das discussões, os impactos que a indevida publicização dos conflitos podem gerar sobre a atividade econômica e a especificidade da temática com pontos particulares e, por vezes, dissonantes da maior parte dos litígios tradicionalmente julgados pela estrutura convencional do Poder Judiciário, também reforçam a vocação desses debates à via arbitral, notadamente como mecanismo que contribua para maior eficiência na condução e na resolução dos conflitos.

Com efeito, nos contratos vinculados à exploração de atividade empresária, as idiosincrasias que norteiam a atuação profissional desenvolvida e a relação entre os contratantes fazem com que a arbitragem, naturalmente, seja defendida como o melhor mecanismo para a decidir os conflitos, conforme tivemos a oportunidade de expor em artigo anterior (Alves 2021).

Neste mesmo contexto que se enquadram as relações ligadas a investimentos em energia renovável que são objeto do presente estudo. Compreender as singularidades do tema e interpretar os litígios de acordo com as práticas de mercado mostra-se fundamental para que a atividade econômica possa ser protegida dos possíveis (e prováveis) ruídos entre os envolvidos na relação, seja no âmbito interno das sociedades que fazem o investimento (sócio versus sócio; sócio versus administrador), seja na relação entre as sociedades de investimento e o Estado nos seus mais diferentes aspectos.

Especificamente quanto aos investimentos no setor energético renovável, a importância do intercâmbio de tecnologias e da injeção de capital privado externo fazem com que a especialidade do julgador e a segurança nas decisões sejam vistas como elementos fundamentais e, indo mais além, verdadeiras condições de possibilidade para a captação de investimentos estrangeiros pelos países em desenvolvimento para a consecução dos projetos.

Não é necessária ginástica intelectual para se concluir que sem que as empresas e investidores se sintam seguros quanto à proteção de seus direitos e quanto aos riscos envolvidos nas operações, os agentes econômicos terão muita reticência em ingressar na empreitada. Na mesma esteira, é difícil imaginar que países em desenvolvimento, com todas as dificuldades decorrentes da escassez de recursos e de acesso tecnológico, consigam alcançar bons resultados na exploração das energias renováveis sem um efetivo aporte de capital e transferência de conhecimento privado e estrangeiro.

Tais particularidades ligadas ao ramo das energias renováveis conduzem à imediata conexão com o conceito de especialidade, tão marcante na arbitragem e ao mesmo tempo tão distinto da concepção clássica — e ainda enraizada — do juiz onipotente e conhecedor de todo o direito que é típica do Poder Judiciário no Brasil e nos países latino-americanos.

O problema da falta de especialização se mostra bastante desafiador no direito brasileiro, já que não somente é comum verificarmos unidades judiciárias (varas ou secretarias) em que o mesmo juiz é responsável por julgar casos que vão do direito criminal ao direito societário, como também a maior parte dos Tribunais de Justiça não possui câmaras especializadas para o julgamento de litígios empresariais (e, muito menos, energéticos). A consequência é que os feitos tendem a ser julgados por generalistas ou por julgadores especialistas em outras áreas, o que dificulta a análise com maior profundidade na área energética, tende a acentuar a insegurança jurídica e a afastar investimentos no setor. Um panorama, portanto, pouco estimulante para o desenvolvimento e para a exploração de energias renováveis.

Com a adoção da arbitragem para julgar os indesejáveis conflitos, a escolha de árbitros especialistas no tema específico em debate torna muito mais provável a análise de acordo com o que o mercado espera e com aquilo que os envolvidos na relação podem, legitimamente, aguardar que ocorra. Trata-se, assim, de mecanismo que traz maior segurança decisória, bem como dá concretude ao princípio da boa-fé, entendida nas relações empresariais como o comportamento a ser esperado do outro contratante durante o transcurso das obrigações que os vinculam (Ribeiro 2015).

Como se não bastasse, a dinamicidade do exercício da atividade econômica é incompatível com a atual capacidade do Poder Judiciário brasileiro oferecer as respostas. E aqui não se está a fazer uma crítica às atuações dos juízes, desembargadores e ministros, muito pelo contrário: trata-se de uma questão estrutural e de limitação humana, já que a quantidade de demandas que tramitam nos tribunais brasileiros torna bastante difícil o oferecimento de respostas no tempo exigido num litígio com as particularidades da atividade empresarial.

Para que se tenha uma noção concreta da quantidade de demandas atualmente submetidas ao Poder Judiciário brasileiro, basta observar que apenas no ano de 2020 foram recebidos 25,8 (vinte e cinco vírgula oito) milhões de novas ações, calculando-se 75,4 (setenta e cinco vírgula quatro) milhões de processos aguardando julgamento nos tribunais brasileiros (CNJ 2021). Os números dispensam maiores comentários.

Como ponto adicional de incentivo à adoção da arbitragem nos litígios envolvendo a exploração de energias renováveis, destaca-se que o caráter eminentemente disponível dos direitos ligados ao investimento em energia possibilita a adoção da arbitragem sem maiores receios, reduzindo substancialmente o risco de uma ultrapassada discussão sobre a possibilidade de afastamento da estrutura tradicional do Poder Judiciário para resolver as questões.

Ademais, o amadurecimento e a aceitação das arbitragens envolvendo o Poder Público no Brasil também contribuem para a adoção segura do método alternativo de resolução de litígios, mesmo nas demandas que envolvam o Estado.

Por fim, a confidencialidade —necessária, inclusive, para se preservar a higidez do nome, da marca e do complexo empresarial como um todo— é outra marcante característica do juízo arbitral, em flagrante distinção com a norma geral da publicidade no Poder Judiciário brasileiro. Não são poucos os casos de litígios empresariais que tramitam na via tradicional e que acabam provocando a exposição de dados ou informações ao público, prejudicando ou até mesmo colocando em risco a preservação da pessoa jurídica. Como os investimentos em energias renováveis, tradicionalmente, envolvem a transmissão de tecnologia, *know-how* e afins, garantir o sigilo nestas disputas se mostra fundamental.

Todos estes elementos conduzem à conclusão de que há total sintonia e compatibilidade entre a arbitragem e as discussões envolvendo investimentos em energia renovável. Mais do que isso: a área energética é vocacionada à solução arbitral, como continuará sendo exposto a seguir.

### **3.1. *Nudges e a escolha da lei na arbitragem***

A constatação de que arbitragem e investimentos em energias renováveis são termos que devem andar juntos não é derivada apenas do raciocínio teórico. A partir de notícias vinculadas na rede mundial de computadores (Aceris 2018), percebe-se que mesmo em países com alto grau de desenvolvimento como Canadá e Espanha, são múltiplas as disputas neste segmento econômico que optaram pela via arbitral.

As dificuldades em se ter segurança nas decisões no Poder Judiciário nas lides que envolvem energias renováveis não são derivadas, unicamente, de problemas de aplicação do direito pelo intérprete. Não raramente o problema reside na etapa anterior, isto é, nas alterações legislativas que modificam direitos e deveres nos marcos legais que disciplinam a exploração de energia renovável.

Em razão do notório alto investimento que é necessário para o desenvolvimento das atividades ligadas à exploração de energias renováveis, diversos países lançam mão de subsídios e/ou outras formas de incentivos fiscais para atrair interessados e captar os investimentos.

A respeito da interferência de terceiros, inclusive do Estado, nas atividades desenvolvidas por particulares, Thaler e Sunstein (2009) defendem o modelo intitulado de paternalismo libertário — vinculado à economia comportamental em suas premissas (Serra 2017)— para indicar uma forma de intervenção na liberdade individual que tem por objetivo promover (incentivar) ou evitar (desincentivar) determinados comportamentos dos agentes.

Esse estímulo (ou desestímulo) não traz consigo ameaça de coação por parte de quem o formulou ou obrigatoriedade de ser seguido por quem o recebeu. A corrente defende a implementação de medidas que induzam os sujeitos a praticar certos atos em detrimento de outros. Não se trata, portanto, de substituir a vontade do agente econômico pela que o terceiro reputa ser a melhor, mas uma via de auxiliar as pessoas a verificar qual é a opção recomendável a ser tomada na situação em análise (Dhami 2016).

De acordo com essa vertente, as políticas de incentivos e desincentivos (públicas e privadas) devem ser pautadas no comportamento humano real (não idealizado). A intenção é a de ampliar a capacidade de observação do agente, com o pressuposto de que a partir do *nudge* se torna mais evidente a melhor alternativa disponível ao tomador de decisão.

É justamente a partir destas ideias de incentivos (estímulos), desincentivos (desestímulos) e *nudges* que é possível detectar problemas/conflitos ligados à exploração de energias renováveis, aprender com estas disputas e corrigir rotas para que os países em desenvolvimento consigam se mostrar mais competitivos na busca pelos investimentos na área.

Para exemplificar o exposto, a partir das ferramentas mencionadas acima, serão analisados alguns dos conflitos arbitrais envolvendo a área de energias renováveis e extraídas as principais conclusões.

No caso Charanne e Investimentos em Construção versus Espanha (Caso SCC, n. 062/2012) o litígio teve como ponto central um aumento inesperado na tributação incidente sobre as receitas oriundas de geradores de energia e a redução nos subsídios para os produtores de energia renovável. A empresa fundamentou seu pedido na violação ao tratamento justo e equitativo e chegou a sustentar que estaria havendo desapropriação indireta. O pedido foi julgado improcedente (Aceris 2018).

Exatamente na mesma linha, no caso Infrastructure Limited e Energía Solar Luxembourg SARL versus Espanha, a demanda versou sobre a supracitada modificação na estruturação tributária. Neste segundo caso, curiosamente, o Tribunal arbitral decidiu em favor da empresa privada, fundamentando que as autoridades espanholas quebraram o padrão de conduta a ser esperado e o tratamento isonômico, definindo valor indenizatório em favor dos investidores (Aceris 2018).

Em ambos os casos, pode-se extrair alguns dos elementos-chaves na captação dos investimentos estrangeiros e nos problemas que posteriormente surgiram.

Logo de plano, denota-se que houve um problema comum, qual seja: aumento na tributação depois de já iniciada a exploração de energia renovável em território espanhol e alegação de que tal aumento tornou excessivamente onerosa a atividade empresária pela sociedade de investimento. Utilizando as ferramentas econômicas citadas acima, pode-se, esquematicamente, expor a título provocativo (e sem maiores detalhes, afinal, as arbitragens são sigilosas) que: (i) a Espanha tinha um incentivo para que investidores entrassem no ramo de energias renováveis; (ii) o incentivo, posteriormente, foi removido e/ou reduzido, com o aumento na tributação; (iii) a consequência foi o litígio entre os envolvidos.

Para a realidade dos países sul-americanos, algumas conclusões possíveis: (i) mensurar o tamanho do nudge (incentivo) para a captação dos investimentos é fundamental para, de um lado, servir de efetivo atrativo para receber os aportes e, de outro lado, não trazer um prejuízo às próprias contas públicas que obrigue (ou estimule) posterior mudança nas regras tributárias incidentes; (ii) estudo sobre as razões que levaram à Espanha a majorar a tributação após o início das atividades das sociedades de investimentos podem contribuir para uma métrica acertada por parte dos países em desenvolvimento; (iii) boas métricas a partir da experiência e da análise dos conflitos podem auxiliar competitivamente os países em desenvolvimento na atração dos investimentos.

No caso *Mesa Power Group, LLC v. Governo do Canadá*, a reclamante (pessoa jurídica de direito privado) alegou que o governo do Canadá, após ter feito uma chamada pública para captar projetos de geração de energias sustentáveis, escolheu o vencedor. O problema, de acordo com a narrativa da empresa, foi que o governo, depois da contratação, impôs uma série de medidas inesperadas que desequilibraram a relação estabelecida. Alegou-se violações ao tratamento justo e equitativo (ACERIS, 2018).

Novamente, a partir da experiência (conflituosa), pode-se extrair preciosos ensinamentos para os países latino-americanos. O maior deles, a nosso ver, é a necessidade de rigorosos estudos acerca da regulação (em sentido amplo) da atividade exploratório de energias renováveis, antes da chamada de investimentos. Isso, especialmente, porque em países que possuem um baixo grau de estabilidade em suas instituições, haverá receio ainda maior dos investidores na área, já que, repete-se, a segurança nas regras é uma condição para que haja atratividade para os investidores.

A título de conclusão: as experiências (e conflitos) demonstram que tão importante quanto prever a câmara arbitral para julgamento é escolher a lei incidente (algo marcante na arbitragem). Veja-se que é possível prever que haverá incidência de um conjunto normativo que não seja o do próprio país em que ocorrerá o investimento e a exploração. Isto, tende a fazer com que as partes contratantes optem pela incidência do regime jurídico que estiver mais consolidado a respeito da matéria, inclusive em que já se tenha uma perspectiva sólida a respeito de como são solucionados os problemas que geralmente ocorrem na área.

#### 4. CONCLUSÃO

A necessidade global de fontes energéticas renováveis gera panoramas de desafios e oportunidades para agentes econômicos privados e para Estados Nacionais. Os países em desenvolvimento, ainda bastante dependentes da transferência de recursos financeiros e tecnológicos de países e particulares estrangeiros, precisam criar condições que estimulem investimentos na área.

Para isso, fundamental que as instituições transmitam a segurança necessária para os investidores. Regras claras e respeito aos contratos são dois postulados que semeiam a ideia de instituições eficientes.

A adoção da arbitragem para a resolução de litígios e a escolha de regimes jurídicos já consolidados para disciplinar a exploração das fontes energéticas renováveis podem contribuir decisivamente para a criação e/ou desenvolvimento de um ambiente institucional estável que seja capaz de servir como estímulo aos investimentos nos países em desenvolvimento.

#### 5. REFERÊNCIAS

ACERIS LAW L.L.C. *Arbitragens para investimentos em energia renovável*. Acesso online: <<https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/renewable-energy-investment-arbitrations/>> (acessado em 14 de dezembro de 2021).

ALVES, Giovanni Ribeiro Rodrigues. «Dissolução Societária e Arbitragem: benefícios e novos desafios». In VASCONCELOS, Rita; BOTELHO, Inaiá; PINTO, Valéria de Sousa. *Sociedades de advogados e as possibilidades de resoluções de conflitos: mediação e arbitragem*. Curitiba, 2021, pp. 208-222.

ANEEL. *Caderno Temático de Micro e Mini Geração Distribuída*. 2016. Acesso online: <<http://www.aneel.gov.br/docu-ments/656877/14913578/Caderno+tematico+Micro+e+Minigeraç~ao+Distribuida+-+2+edicao/716e8bb2-83b8-48e9-b4c8-a66d7f655161>> (acessado em 28 de novembro de 2021).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021*. Acesso online: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2021-judiciario-manteve-servicos-com-inovacao-durante-a-pandemia>> (acessado em 15 de dezembro de 2021).

DHAMI, Sanjit. *The foundations of behavioral economic analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

FGV ENERGIA. *Matriz Energética Brasileira (BP Statistical Review 2020)*. Acesso online: <<https://fgvenergia.fgv.br/dados-matriz-energetica>>, 2020. São Paulo: FGV (acessado em 8 de dezembro de 2021).

FORSTER-CARNEIRO, T. M. D.; BERNI, I.L.; DORILEO, M.A. *Biorefinery Study of Availability of Agriculture Residues and Wastes for Integrated Biorefineries in Brazil*. Resour. Conserv. Recycl. 2013, 77, pp. 78-88. Available online: <<https://www.nipe.unicamp.br/docs/publicacoes/biorifanary-2013.pdf>> (acessado em 8 de dezembro de 2021).

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia (Introdução ao Direito Econômico)*. 11.ª ed. São Paulo: RT, 2020.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. Plano Nacional de Energia 2030. 2007. Brasília: MME/EPE.

NORTH, D. *Institutions, Institutional Change, and Economic Development*. 1990. Oxford: University Press.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; PAGLIA NADAL, Caroline; FREIRE DA ROCHA JUNIOR, Weimar; DE SOUSA FRAGOSO, Rui Manuel e Cleber Antonio LINDINO. *Institutional and Legal Framework of the Brazilian Energy Market: Biomass as a Sustainable Alternative for Brazilian Agribusiness. Sustainability*. 2020. v. 12. Suíça: MDPI.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; Irineu GALESKI. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2015.

ROSS, Michael L. *A Maldição do Petróleo: como a riqueza petrolífera molda o desenvolvimento das nações*. Porto Alegre: Citadel, 2019.

ROSSOL, Charles Douglas; SCALON FILHO, Homero; NERI BERTÉ, Luiz; JANDREY, Paulo Evandro; SCHWANTES, Daniel; Afonso Celso GONÇALES JR. Caracterização, classificação e destinação de resíduos da agricultura. In *Scientia Agraria Paranaensis*, 2012. v 11, n. 4, p. 33.

SERRA, Daniel. *Économie Comportementale*. Paris: Economica, 2017.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *NUDGE: improving decisions about health, wealth and happiness*. London: Penguin Books, 2009.



## CAPÍTULO 3

### ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES EN PROYECTOS DE ENERGÍA RENOVABLE: LOS CASOS DE ESPAÑA, ITALIA, CANADÁ Y MÉXICO

*Christian Carbajal Valenzuela (Perú)*<sup>1</sup>

*Isabela Moriggi Costa (Brasil)*<sup>2</sup>

*Arthur Tochetto Dal Piva (Brasil)*<sup>3</sup>

*Maria Victoria Ferraz (Brasil)*<sup>4</sup>

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Observaciones generales sobre casos arbitrales de inversión en proyectos de energía renovable en España, Italia y Canadá.— 3. La situación de la industria de la energía renovable en México, la pandemia COVID-19 y los actos gubernamentales.— 4. Análisis de los principales argumentos de los inversionistas en arbitrajes de energía renovable en los que participan España, Italia y Canadá.— 4.1. Italia.— 4.2. España.— 4.3. Canadá.— 5. Análisis de los argumentos de defensa de los Estados en arbitrajes de inversión.— 6. Relación entre los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones y los Tratados de Protección Ambiental, Cambio Climático y Derechos Humanos en controversias sobre energía renovable.— 7. Conclusiones.

#### 1. INTRODUCCIÓN

La inversión en energía renovable ha sido una parte relevante del enfrentamiento global al cambio climático, por lo que muchos Estados cuentan con incentivos adecuadamente diseñados que sirven para estimular y acelerar el crecimiento de este sector en sus países. Al mismo tiempo, sin embargo, se percibe en el escenario mundial que algunos Estados han impactado negativamente este sector con determinados cambios regulatorios. Por esta razón, el número de arbitrajes de inversión referidos a proyectos de energía renovable está aumentando.

Lo que se ve, en la práctica, son controversias en las que los inversionistas extranjeros inician o podrían iniciar acciones contra Estados receptores, cuestionando la ejecución de ciertos actos estatales que provocaron cambios importantes en los proyectos de energía renovable. Medidas estatales que, por el contrario, deberían servir de incentivo al mercado y de apoyo a proyectos compatibles con las

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Warwick - Inglaterra, con especialización en Derecho Internacional, Arbitraje Internacional y Protección de la Inversión Extranjera. Fellow del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). Socio del Departamento de Arbitraje y ADRs de la firma BCVL Advogados, Brasil y de la firma Wöss & Partners S. C., México. Vice-Presidente de la sede Sur de la Cámara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB), en Brasil. Profesor de Arbitraje Internacional en la PUCPR y UNIVALI (Brasil) y ULIMA y UESAN (Perú). Presidente del Comité de Derecho Internacional de la Federación Interamericana de Abogados (FIA), Washington DC.

<sup>2</sup> Abogada egresada de la Universidad Federal de Paraná (UFPR), Brasil. Asociada del Estudio Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, en São Paulo, Brasil, actuando en las áreas de Arbitraje, Mediación, Infraestructura y Derecho Regulatorio. Student member del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Brasil. Miembro del Comité de Jóvenes especializados en Arbitraje (CJA/CBMA). Investigadora del Grupo de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Fundación Arcadas, de apoyo a la Universidad de São Paulo (USP).

<sup>3</sup> Académico de Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUCPR). Student member del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Brasil. Alumno del Núcleo de Arbitraje de la PUCPR.

<sup>4</sup> Académica de Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUCPR). Student member del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Brasil. Alumna del Núcleo de Arbitraje de la PUCPR.

políticas nacionales de desarrollo sostenible. Es esta la experiencia de países como España, Italia, Canadá y, actualmente, México.<sup>5</sup>

Estos son los escenarios que este artículo pretende analizar. En el segundo capítulo se formulan comentarios generales sobre casos arbitrales de inversión en proyectos de energía renovable en España, Italia y Canadá. El tercer capítulo aborda los aspectos de esta misma industria en el contexto actual de México.

En el capítulo cuarto se profundiza en el contexto de cada país, analizando los principales argumentos planteados por los inversionistas extranjeros (es decir, sobre los estándares de trato justo y equitativo, no arbitrariedad, legítimas expectativas, trato nacional, no discriminación, prohibición de expropiación, entre otros). El quinto capítulo se refiere a los principales argumentos de defensa de los Estados en los arbitrajes de energía renovable.

En el capítulo sexto se hace referencia a la relación existente entre los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones y los Tratados de Protección Ambiental, Cambio Climático y Derechos Humanos en los laudos arbitrales de inversión en materia de energía renovable. Finalmente, en el capítulo séptimo se presentan algunas conclusiones, considerando los análisis realizados en los capítulos anteriores.

## 2. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE CASOS ARBITRALES DE INVERSIÓN EN PROYECTOS DE ENERGÍA RENOVABLE EN ESPAÑA, ITALIA Y CANADÁ

En el caso de España, el Estado aprobó leyes especiales para subsidiar nuevas inversiones en energías renovables. Por lo tanto, en la década de 2000, se aprobó el Plan de Energías Renovables de España, revisado en 2005, que contenía previsiones sobre determinados subsidios, incentivos fiscales, préstamos y garantías que impulsarían la realización de estas inversiones.<sup>6</sup> Como resultado, el plan atrajo a inversionistas, generando billones de euros y España se convirtió en uno de los principales mercados de inversiones en energía renovable del mundo.<sup>7</sup>

Sin embargo, a partir de 2008, el Gobierno español comenzó a reducir estos incentivos, bajo el argumento de que habría un significativo déficit tarifario. Es decir, los ingresos estatales habrían resultado insuficientes para cubrir los costos de estos incentivos, por lo que en 2012, España ya había eliminado considerablemente los incentivos en el sector de energía eólica, solar, entre otros. La medida también incluyó la aprobación de decretos reales que impusieron considerables impuestos a la generación de energía renovable.<sup>8</sup> En respuesta a la revocación de incentivos por parte de España, y de acuerdo con el *Tratado sobre la Carta de Energía* (TCE), diversos inversores iniciaron arbitrajes de inversión alegando que hubo violación de sus legítimas expectativas a que el marco regulatorio se mantuviese estable.<sup>9</sup> Los inversionistas argumentaron, entre otros puntos que serán mejor explorados en el cuarto capítulo de este artículo, que España no había otorgado un trato justo y equitativo, como lo exige el TCE.

<sup>5</sup> A pesar de que este artículo no pretende abordar específicamente los efectos de la COVID-19, el número de disputas de inversión podrá aumentar por acciones gubernamentales adoptadas durante la pandemia o en periodos posteriores, pero vinculadas a ella. Los efectos de estas acciones se han sentido de manera significativa en diversos países (sean economías emergentes o no). Para mitigar estos daños, los gobiernos se vieron en la necesidad de adoptar medidas que afectaron directamente a los inversionistas extranjeros, lo que explica el aumento potencial en el número de controversias de inversión en energía renovable. Sobre esto, ver: LINKLATERS LLP. *Foreign investment protection and investor-state arbitration in times of Covid-19*. 04/06/2020. Disponible en <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=92f3e3bc-3b96-4017-b7d1-ee14f11016a>>.

<sup>6</sup> HYDER ALI, Arif. «In the Eye of the Storm: Spain's Nexus to Investment Disputes». En *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 18, 2013, pp. 5-36.

<sup>7</sup> TIMOFEYEV, Igor V. y otros. *Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry under the Energy Charter Treaty*, 2020. Disponible en <<https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-energy-arbitrations/4th-edition/article/investment-disputes-involving-the-renewable-energy-industry-under-the-energy-charter-treaty#footnote-119-backlink>>.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Según datos publicados en el *Global Arbitration Review*, solo en agosto de 2020 los inversionistas extranjeros habían presentado más de treinta arbitrajes contra España ante el Ciadi, Uncitral o SCC. Ver: TIMOFEYEV, Igor V. y otros. *Op. cit.*

En el caso de Italia, la política de incentivos tarifarios a los productores de energía solar surgió de las Directrices de la Comisión Europea para la producción de energía renovable. Esto estimuló la creación del programa *Feed-in Tariff* (FIT), implementado en 2003, el cual representó uno de los marcos de incentivos al sector de energías renovables, contribuyendo al crecimiento del sector y, más concretamente, del sistema de energía fotovoltaica. Sin embargo, con el tiempo el sistema demostró ser ineficiente.

En 2014, el Gobierno implementó el *Spalmaincentivi*, un decreto que determinó la reducción del FIT para plantas fotovoltaicas de más de 200 kW y requirió que los inversionistas optasen por solo uno de los incentivos predeterminados. Asimismo, en el mismo año, Italia se retiró del TCE, bajo el argumento de reducir costos de participación en organizaciones internacionales. Sin embargo, el riesgo de nuevas controversias en el marco del TCE pudo haber influenciado significativamente en esta decisión. Es importante mencionar que el TCE seguirá aplicándose a las inversiones realizadas antes de enero de 2016, por 20 años adicionales.<sup>10</sup>

En 2016, a pesar de los argumentos de los inversionistas de que el decreto de 2014 afectaba los contratos a largo plazo, el Tribunal Constitucional italiano confirmó los cambios efectuados por el gobierno al régimen de incentivos. Tal como ocurrió en España, esto provocó que los inversionistas iniciaran diversos arbitrajes de inversión contra Italia.

En Canadá, el sistema de energía eléctrica se reestructuró en 2002 y 2004. A través de la *Electricity Restructuring Act*, el Gobierno canadiense creó la Ontario Power Authority (OPA), responsable de planificar y regular el sistema energético y promover la diversificación del suministro de energía en Ontario, lo que incluyó el fomento de la energía renovable. Fue a partir de este momento que el Gobierno canadiense comenzó a implementar una serie de incentivos para la producción de energía renovable.<sup>11</sup>

En 2009, el Gobierno canadiense aprobó el programa FIT, destinado a promover la generación y el consumo de energía renovable, a ser implementado por la OPA.<sup>12</sup> Sin embargo, como en los casos anteriores, el programa resultó insuficiente, provocando que muchos inversionistas iniciaran arbitrajes de inversión contra Canadá.

Al año siguiente, mientras el programa todavía se encontraba en vigor, Ontario suscribió el *Green Energy Investment Agreement* (GELA) con un consorcio liderado por Samsung a través del cual la multinacional debería establecerse y operar instalaciones para la fabricación de equipos de energía eólica y solar en Ontario. A su vez, Samsung habría obtenido el acceso prioritario a la capacidad de transmisión. Esto generó el inicio arbitrajes de inversión bajo el capítulo 11 del TLCAN, como es el caso Mesa Power, en el cual se argumentó que el Gobierno canadiense había tratado a Mesa Power y sus inversores de manera menos favorable y desigual que a otros inversores. Este y otros casos se analizarán en los capítulos cuarto y quinto de este artículo.

---

<sup>10</sup> *Ibid.* Acerca de los casos que involucran a Italia, Igor V. Timofeyev y otros señalan lo siguiente: «The first of these arbitrations began in 2014. Since then, at least seven arbitrations have been filed against Italy at ICSID, with multiple other cases pending before the SCC. In December 2016, the first award in these arbitrations —the Blusun ICSID arbitration— rejected the investor's claim against Italy. The tribunal concluded that Italy did not violate the guarantee of FET or commit an indirect expropriation because it did not promise investors that its regulatory framework would remain unchanged, nor did it modify that framework in discriminatory ways. Likewise, the SCC tribunal in the Sun Reserve Luxco Holdings arbitration determined that Italy did not violate the ECT's FET standard —which the tribunal noted was higher than that imposed under international law— because the investors failed to demonstrate that they possessed a legitimate set of expectations that protected their investments against subsequent changes in the regulatory regime. By contrast, the SCC tribunal in the Greentech Energy arbitration issued a divided decision in December 2018, in which the majority found that Italy violated the ECT's FET standard and awarded damages to the investors».

<sup>11</sup> Se cita el *Renewable Energy Standard Offer Program* (RESOP), de 2006, y el *Green Energy and Green Economy Act*, de 2009. Ver más sobre el escenario canadiense en: LEVINE, Matthew. *N.A.F.T.A tribunal dismisses claims against Canada on green energy Feed-In Tariff program*. En *Investment Treaty News*, 2016. Disponible en <<https://www.iisd.org/itn/en/2016/08/10/mesa-power-group-llc-v-government-of-canada-uncitral-pca-case-no-2012-17/>>.

<sup>12</sup> ONTARIO. *Feed-in Tariff Program*. In: *Government of Ontario official website*, 2019. Disponible en <<https://www.ontario.ca/document/renewable-energy-development-ontario-guide-municipalities/40-feed-tariff-program>>.

### 3. LA SITUACIÓN DE LA INDUSTRIA DE LA ENERGÍA RENOVABLE EN MÉXICO, LA PANDEMIA COVID-19 Y LOS ACTOS GUBERNAMENTALES

De acuerdo con el Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional (Prodesen) 2019-2033, de la Secretaría de Energía de México (Sener), las principales fuentes de energía renovable en México son la solar, eólica, hidroeléctrica (con generación menor o igual a 30 MW), oceánica, geotérmica y bioenergética.<sup>13</sup>

A partir de 2008, el Gobierno mexicano inició la modificación del marco regulatorio con el objeto de fomentar el uso de energía renovable. Con la promulgación de la Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y Financiamiento de la Transición Energética (LAERFTE) hubo un incentivo para la ejecución de obras de infraestructura destinadas a fuentes de energía renovable.

En 2013, México también experimentó reformas en el sector energético. A través de enmiendas constitucionales se permitió la participación de inversionistas extranjeros en la exploración y explotación de petróleo y gas, así como de fuentes de energía renovable. A finales de 2014, el Gobierno mexicano comenzó a implementar los Certificados de Energía Limpia - Certificates of Clean Energy (CELS), con la intención de promover nuevas inversiones en proyectos de energía renovable, conforme al plan de desarrollo nacional de México.<sup>14</sup>

Los CELs serían ofrecidos a empresas que generen únicamente energía de fuentes renovables, los cuales podrían venderse a proveedores, participantes u otros usuarios. El objetivo era reducir los riesgos a partir de contratos a largo plazo mediante los cuales los consumidores se obligaban a adquirir cierta cantidad de energía limpia al año, garantizando una remuneración fija.

En los términos del Acuerdo de París sobre Cambio Climático y del plan estratégico nacional, la meta de México era que, hasta el año 2021, al menos el 30 % de la energía utilizada en el país fuera renovable, alcanzando el 35 % en 2024, el 37,7 % en 2030 y el 50 % en 2050. Bajo el régimen de CELs, los inversionistas se comprometieron con el valor de US\$ 8,6 mil millones y México se convirtió en uno de los países más relevantes de América Latina en materia de energía renovable.<sup>15</sup>

A pesar de estos cambios favorables a la energía renovable en México, a fines de 2019, poco después de un cambio ideológico en el gobierno, SENER modificó las directrices de 2014 que establecían los criterios para la emisión de los CELs. Entre estos cambios, se estableció la posibilidad de que las centrales hidroeléctricas estatales también puedan adquirir CELs, sin la condición previamente necesaria de que realicen una inversión en energías renovables, así como que el Estado pueda adquirir CELs, en relación con toda la energía renovable generada. La medida causó insatisfacción en el sector privado, ya que Sener modificó las directrices sin un análisis de impacto regulatorio - Regulatory Impact Analysis.<sup>16</sup> Ante esta situación, los inversores comenzaron a cuestionar la constitucionalidad y la legalidad de estos cambios regulatorios, a través de acciones constitucionales internas (acciones de amparo) y potencialmente, mediante arbitrajes de inversión.

En 2020, el Ministerio de Energía emitió, a través de Sener, la Orden para la Política de Confianza, Seguridad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional («Orden»)<sup>17</sup>. La Orden modificaba significativamente la política energética de México. Entre los cambios, se estableció un nuevo criterio de

<sup>13</sup> SENER. Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2019-2033 (Capítulo 5 – Infraestructura del Sistema Eléctrico Nacional). Ciudad de México, Secretaría de Energía, 2019.

<sup>14</sup> PÉREZ-LOZADA, Fernando. «Change of clean energy rules in Mexico: Potential Impact for Investors». En *Kluwer Arbitration Blog*, 13/01/2020. Disponible en <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/13/change-of-clean-energy-rules-in-mexico-potential-impact-for-investors/>>.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> HK LAW. Foreign Investment Protection Mechanisms in Mexico for Renewable Energy Investments. En *Hollant & Knight Alert*, 2020. Disponible en <<https://www.hklaw.com/en/insights/publications/2020/05/foreign-investment-protection-mechanisms-in-mexico-for-renewable>>.

confiabilidad para el suministro de energía eléctrica con el fin de garantizar la consistencia y el control en la frecuencia y tensión de las plantas.<sup>18</sup>

La Orden menciona, entre otros argumentos, que las plantas intermitentes de energía limpia (eólica y solar) dependen, en gran medida, del clima, lo que compromete la estabilidad del sistema eléctrico mexicano y supuestamente perjudica al consumidor final. Con el objetivo de reducir estos problemas y riesgos se crearon otros. La Orden terminó creando numerosas barreras de entrada y continuidad a las plantas de energía renovable, afectando a los inversionistas del sector y otorgando un amplio control sobre la viabilidad de las plantas al Centro Nacional de Control de Energía (Cenace).<sup>19</sup>

El escenario de inestabilidad provocado por la reforma del marco legal energético impulsada por el Gobierno mexicano afectó diversos proyectos en marcha, iniciados en México por inversionistas extranjeros en este sector. Adicionalmente, la pandemia COVID-19 y las determinaciones del Gobierno mexicano bajo su justificación pusieron al sistema energético mexicano en una situación de extrema incertidumbre.<sup>20</sup>

A mediados de 2020, siguiendo las determinaciones de la Sener, el Cenace determinó a través del Acuerdo para garantizar la eficiencia, calidad, confiabilidad, continuidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional («Acuerdo»), la suspensión de varios proyectos, supuestamente debido a la pandemia COVID-19.<sup>21</sup> Entre las graves disposiciones del Acuerdo se encuentra el impedimento, de manera indefinida, de entrada en funcionamiento de plantas de energía renovable, dando preferencia a plantas no intermitentes. La medida fue objeto de duras críticas. El Cenace había incumplido su objetivo de salvaguardar e incentivar el Sistema Eléctrico Nacional de México, impactando negativamente a inversionistas y consumidores del sector eléctrico.<sup>22</sup>

El acuerdo también generó los siguientes efectos: las plantas de generación intermitente que no realizaran pruebas operativas tampoco podrían comercializar la energía generada en el Sistema Eléctrico Nacional y el Cenace podría limitar el despacho de todas las fuentes de generación, colocando en riesgo la estabilidad del Sistema Eléctrico Nacional.<sup>23</sup> Se estima que las medidas impactaron al menos 44 proyectos de energía renovable, 28 campos eólicos y solares ya en operación y 16 proyectos de energía renovable que se encontraban en etapa de construcción.<sup>24</sup>

La vigencia de las resoluciones establecidas en el Acuerdo es incierta, desequilibra gravemente la relación con los inversionistas extranjeros, causando efectos negativos e impactos potenciales en la

---

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> CIAR GLOBAL. *México se arriesga al arbitraje por la política energética de AMLO*, 2020. Disponible en <<https://ciarglobal.com/mexico-se-arriesga-al-arbitraje-por-la-politica-energetica-de-amlo/>>; VEJAR, Kate Brown de; Marcelo Páramo FERNÁNDEZ. «Proyectos de energías renovables en México afectados por nuevas medidas». En *DLA Piper*, 2020. Disponible en <[https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2020/05/proyectos-de-energias-renovables-en-mexico-afectados-por-nuevas-medidas/?utm\\_source=linkedin\\_company&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=coronavirus&utm\\_term=latam&utm\\_content=publication-coronavirus&linkId=89003817](https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2020/05/proyectos-de-energias-renovables-en-mexico-afectados-por-nuevas-medidas/?utm_source=linkedin_company&utm_medium=social&utm_campaign=coronavirus&utm_term=latam&utm_content=publication-coronavirus&linkId=89003817)>.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> CULLELL, Jon Martín. «México asfixia el crecimiento de las energías renovables. La suspensión de nuevas plantas eólicas y solares mientras dure la crisis del coronavirus suscita el rechazo y el temor de la iniciativa privada». En *El País*, 2020. Disponible en <<https://elpais.com/economia/2020-05-08/mexico-asfixia-el-crecimiento-de-las-energias-renovables.html>>.

<sup>23</sup> DLA Piper. Op. cit.

<sup>24</sup> En este sentido, el artículo de diario *El País* señala: «El freno operativo afecta a 28 plantas solares y eólicas ya listas para arrancar, según un recuento de la iniciativa privada. Las centrales aglutinan una capacidad de 3270 MW, suficiente para cubrir las necesidades eléctricas de casi tres millones de hogares. Es una cantidad similar a la que entró en vigor en 2019, cuando las renovables batieron récords de generación. Otros 16 proyectos en construcción con una potencia de 2067 MW tampoco podrán conectarse a la red si la suspensión se alarga. En suma, estas plantas representan el 50 % de la capacidad prevista para este año y 6400 millones de dólares en inversión directa. Entre las empresas afectadas están los gigantes Enel e Iberdrola. Ambas contaban con varios proyectos en periodo de pruebas antes de la suspensión». CULLELL, Jon Martín. Op. cit.

competencia económica<sup>25</sup> y serios impactos económicos y ambientales en el sector eléctrico. Es previsible que las medidas adoptadas generen que los inversionistas extranjeros inicien arbitrajes de inversión en virtud de Tratados Bilaterales de Inversión ratificados por México, así como Tratados Multilaterales de Inversión, incluido el TLCAN.<sup>26</sup>

#### 4. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS DE LOS INVERSIONISTAS EN ARBITRAJES DE ENERGÍA RENOVABLE EN LOS QUE PARTICIPAN ESPAÑA, ITALIA Y CANADÁ

Las decisiones regulatorias adoptadas por los Estados en el sector energético tienen el gran desafío de conciliar los objetivos de interés público y metas ambientales y de cambio climático asumidas internacionalmente a través de tratados, con la garantía de que habrá generación, transmisión y distribución de energía suficiente y de bajo costo para satisfacer las crecientes demandas de economías cada vez más globalizadas y desarrolladas. Los supuestos regulatorios y las políticas públicas elaboradas a partir de esa realidad son la base y directriz para la adopción de decisiones por los inversionistas, que calculan los costos y las expectativas de retorno a partir de la regulación tarifaria, entre otras condiciones, establecidas por los Estados.

La búsqueda de la sostenibilidad en la generación de energía se ha consolidado considerablemente en los últimos años y empiezan a observarse las primeras consecuencias e impactos en las inversiones como consecuencia de decisiones adoptadas por los Estados desde inicios de la década de 2000. Los arbitrajes internacionales de inversión tienen por objeto medidas regulatorias adoptadas por países como España, Italia, Canadá y, potencialmente, México, en el contexto de compromisos internacionales con objetivos de producción de energía sostenible.

##### 4.1. Italia

En el caso de Italia, se debe tener en consideración la política de incentivos tarifarios otorgados a los productores de energía solar, que se inició a partir de las Directrices de la Comisión Europea («Directrices») para la producción de energía renovable. Las Directrices llevaron al país a emitir decretos entre 1993 y 2003, que establecieron una política de estímulos a la producción de energía renovable, en particular a través de incentivos tarifarios, creando el programa *FIT*. Como se ha señalado, las políticas públicas de regulación no solo están influenciadas por los compromisos regionales, sino por los tratados internacionales a gran escala, como el Protocolo de Kyoto sobre el Cambio Climático, firmado por Italia en 1998. Entre 2001 y 2009, la Unión Europea estableció objetivos más vinculantes y obligatorios para reducir las emisiones de dióxido de carbono a los países miembros del bloque.

En ese contexto, Italia estableció que los inversionistas en producción de energía renovable tendrían acceso prioritario a la red y contratarían para transmisión y distribución con la empresa estatal GSE, dedicada específicamente a la administración de programas de incentivos de energía sostenible. Ante ello, a partir de 2006 se emitieron los decretos *Conto Energia*, que preveían incentivos tarifarios por un periodo de veinte años y que posteriormente fueron modificados por el decreto que se conoció como *Spalmaincentivi* en 2014. Este decreto modificó las condiciones para el otorgamiento de incentivos tarifarios a los inversionistas en energía fotovoltaica, quienes comenzaron a reclamar, en el contexto de arbitrajes de inversión, que esperaban razonablemente que estas tarifas permanecieran inmodificables durante veinte años, de acuerdo con lo establecido en los decretos *Conto Energia*.

<sup>25</sup> El 7 de mayo 2020, la Cofece emitió un dictamen sobre el tema, indicando los posibles impactos negativos en la competencia: OPN-006-2020, emitido por Cofece. OPN-006-2020, 2020, disponible en: <<https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Opiniones/V132/28/5125826.pdf>>.

<sup>26</sup> RAMOS, Ariel y José L. VALERA. «Cenace Measures Impact Renewable Energy Projects in Mexico». En *Mayer Brown*, 2020. Disponible en <<https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2020/05/cenace-measures-impact-renewable-energy-projects-in-mexico>>.

Lo que debe destacarse en relación con el contexto de la política energética de Italia, y que se aplica a cualquier Estado, es que las decisiones adoptadas por el Estado deben garantizar el suministro de energía, pero también el logro de las metas ambientales relacionadas con la emisión de gases nocivos. Por lo tanto, deben establecerse prioridades para los incentivos, teniendo en cuenta los recursos naturales y económicos disponibles, y las fuentes de inversión disponibles para estimular la adopción de otras fuentes de generación de energía renovable a fin de garantizar el suministro y el logro de los objetivos y compromisos internacionales.

#### 4.2. España

La regulación de la generación eléctrica se realiza mediante la Ley de Electricidad, promulgada en 1997, que diferencia el régimen retributivo entre fuentes de energía renovables y no renovables. La regulación se implementa a través de decretos reales. En cualquier caso, la directriz del régimen regulador garantiza una remuneración adecuada a los inversionistas. Se implementó un sistema FIT análogo al de Italia, que también nació de las Directrices de la Comisión Europea. En el sistema implementado en 2007 en España, los inversores podían optar por recibir una tarifa regulada medida por kilovatios/hora producida, o venderla en el mercado y recibir una remuneración en función de la venta en el mercado libre de energía. El Real Decreto 661/2007 estableció criterios para reajustes tarifarios de acuerdo con los objetivos a los que el país se comprometió internacionalmente, la contribución de cada régimen para satisfacer la demanda de producción energética y la gestión financiera y económica del sistema, con el fin de permitir la satisfacción constante de la demanda de energía.

La regulación del régimen tarifario dispuso que no habría reajustes para las plantas ya operativas, que recibieron la subvención antes del 1 de enero del año siguiente al año en que se promulgó la regulación que prevé el ajuste (2008). De esa forma, los inversionistas con proyectos en funcionamiento hasta el plazo estipulado —antes del 1 de enero de 2008— partieron de la premisa de que no les sería aplicable a ellos ningún reajuste de la tarifa. Existió una situación análoga a la legislación italiana, que preveía la estabilidad tarifaria durante 20 años. Los cambios introducidos por ambos Estados en las normas del régimen FIT generaron frustración en los inversionistas, que recurrieron al arbitraje de inversiones previsto en el TCE.

#### 4.3. Canadá

Las demandas contra Canadá que involucran energía renovable hasta el momento se basan en el TLCAN y tienen aspectos en común con los casos de España e Italia. Existen también hay casos similares en los que se invirtió en la producción de energía fotovoltaica por incentivo del sistema FIT. Sin embargo, el origen de la controversia, en casos como Mesa Power,<sup>27</sup> se produjo porque los inversionistas entendieron que existió arbitrariedad en los criterios de elegibilidad para el sistema FIT y en el otorgamiento de accesos a la red energética, así como el reclamo de trato preferencial a inversionistas específicos. El inversionista Mesa Power alegó que el consorcio coreano, compuesto por las empresas SMA, Canadian Solar, Siemens y CS Wind, se habría beneficiado indebidamente por los criterios de elegibilidad de Canadá para el sistema FIT. En particular, los inversionistas afirmaron que el decreto conocido como GEIA le daba al consorcio un acceso significativamente mejor a la red energética. El tribunal, en este caso, no identificó la violación del mínimo previsto en el TLCAN. El inversor también cuestionó la razonabilidad de los criterios adoptados por el Estado para que el inversor pudiera beneficiarse de los contratos FIT.

En Mercer International,<sup>28</sup> a diferencia de los casos que involucran a España e Italia y Mesa Power, se discutieron incentivos para la producción de energía hidroeléctrica en la provincia de Columbia Británica. La empresa Bc Hydro, principal generadora y distribuidora estatal de la provincia,

<sup>27</sup> Mesa Power Group LLC vs. Canada, PCA Case n.º 2012-17, Award, 206.

<sup>28</sup> Mercer International Inc., vs. Canada ICSID Case n.º ARB AF/12/3, Award, 2018.

que depende del Ministerio de Energía, fue responsable de fomentar la producción de energía adicional para complementar la energía disponible en la red y garantizar la demanda. Aquellos consumidores con capacidad de autogeneración podrían vender el exceso a precios de mercado. Se acordaría con los consumidores autoprodutores una línea de base con índices medios de producción y consumo.

El objetivo de la regulación era dividir entre la energía ya producida y existente y la adicional o incremental, de modo que se pudiera investigar los montos pagados por esta producción. La diferencia se produjo por el entendimiento de que habría una diferencia de trato entre los inversores nacionales y extranjeros y que únicamente inversionistas específicos estarían siendo compensados por cumplir la línea de base de referencia establecida y por una reglamentación diferenciada de compra y venta de energía. El inversionista Mercer entendió que se ofrecerían mejores condiciones de compensación para el suministro de energía a la red, a los inversionistas nacionales frente a los extranjeros, en violación del deber de trato mínimo previsto en el capítulo 1105 del TLCAN. El tribunal no identificó discriminación o violación del trato mínimo al que el Estado se comprometió como parte del TLCAN.

En *Windstream Energy*,<sup>29</sup> en 2004, la provincia de Ontario modificó su Legislación de Electricidad de 1998, que creó la Autoridad de Energía de Ontario (OPA), responsable de otorgar áreas alrededor de los lagos, conocidas como *crown land*. Los criterios adoptados y los actos seguidos por la OPA fueron objeto de impugnación y controversia. El inversor *Windstream Energy* alegó que solo los inversores que cumplieran los criterios para obtener contratos previendo el sistema FIT también cumplirían los requisitos para la obtención de tierras para la producción de energía. En resumen, los inversores alegaron que hubo concesión de ventajas indebidas a los inversores que cumplían los criterios irrazonables adoptados por el Estado para la concesión de contratos FIT.

A continuación, se analizan los argumentos relativos a la violación de los tratados (TCE y TLCAN), invocados por los inversionistas y los análisis realizados por los tribunales.

- **Trato justo y equitativo (fair and equitable treatment - FET)**
- **Legítimas expectativas (legitimate expectations)**

En el contexto de los arbitrajes de inversión en energías renovables se afirma en forma recurrente que se produjo una violación de las legítimas expectativas de los inversionistas, conocido como uno de los principales elementos de la obligación de Trato Justo y Equitativo (TJE), presente tanto en el TCE, el TLCAN y en otros tratados bilaterales y multilaterales de protección de inversiones. Lo que se afirma es que habría una expectativa legítima por parte de los inversores de que una determinada regulación se mantendría constante durante periodos prolongados.

De ocho laudos arbitrales analizados en casos que involucran inversiones en energía fotovoltaica en Italia, únicamente en los casos *CEF Energia BV y Greentech Energy Systems A / S vs. Italia*<sup>30</sup> los tribunales entendieron que hubo efectivamente una violación de la obligación de trato justo y equitativo, porque existió un compromiso específico por parte del Estado de que el sistema de incentivos tarifarios se mantendría estable durante un plazo de veinte años, lo que fue violado por el decreto *Spalmacentini*, que redujo o eliminó los incentivos tarifarios, según ciertos criterios.

<sup>29</sup> *Windstream Energy LLC vs. Canada*, PCA Case n.º 2013-22, Award, 2016.

<sup>30</sup> *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF n.º 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/16/5, Award, 2020; *Eskosol S.p.A. in Liquidation vs. Italy*, ICSID Case n.º Belenergia S. A. v. Italy ARB/15/50, Award, 2019; *Silver Ridge Power BV vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/15/37, Award, 2021; *Blusun S. A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/14/03, Award, 2016; *Sun Reserve Luxco Holdings SRL vs. Italy*, SCC Case n.º 32/2016, 2021; *CEF Energia BV vs. Italy*, SCC Case n.º 158/2015 Award, 2019; *Greentech Energy Systems A/S, et al vs. Italy*, SCC Case No. n.º V 2015/095, 2018; *Eskosol S.p.A. in Liquidazione vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/15/50, Award, 2020.

En los casos del TLCAN que involucran a Canadá, los inversionistas no alegaron que hubo una violación por parte del Estado de las legítimas expectativas referidas a la estabilidad regulatoria, sino que centraron sus reclamos en la existencia de discriminación por parte de Canadá.

En los casos de España, decididos en el marco del TCE, las alegaciones de violación de la confianza legítima de los inversores fundamentaron las expectativas de que el marco regulatorio se mantendría estable al momento de la inversión. En el caso Charanne vs. Reino de España, el inversionista argumentó que el marco regulatorio establecido por España antes de la crisis de 2008 le indujo a invertir en el país y generó la expectativa de que las condiciones no cambiarían. Específicamente, la pretensión de estabilidad deriva del texto del artículo 10(1) del TCE, que requiere fomentar y crear condiciones estables para la inversión.<sup>31</sup> Los argumentos del inversor fueron los siguientes:

According to the Claimants, the formation of legitimate expectations does not require the existence of a stabilization clause in a contract, and the precedents cited by the Respondent in this regard are irrelevant as they refer to different circumstances and have been cited only partially. In fact, the main element that defines legitimate expectations of an investor is the legal framework in force at the time of investment.<sup>32</sup>

Sin embargo, el tribunal decidió que el marco legal no podía conducir a la creación de expectativas legítimas porque la legislación no era lo suficientemente específica como para permitir el congelamiento del sistema jurídico estatal, según lo solicitado por el demandante.<sup>33</sup>

En el caso Novenergia vs. Reino de España, el inversionista alegó que las modificaciones legales producidas entre 2012 y 2014 violaron la confianza legítima de los inversores en el sentido de que les imposibilitó realizar las inversiones tal y como se les había ofrecido antes de que se produjera la inversión.

Al examinar el asunto, el tribunal señaló lo siguiente:

In fact, the sources referenced by the Respondent includes wording that gives investors the impression that the Spanish regulator was eager to incentivize investors to invest heavily in the RE sector and that it was committed to creating a stable and predictable framework for investors to attain such investment. The overwhelming impression created by these sources is rather the exact opposite of that claimed by the Respondent; they constitute a bait rather than a deterrent.<sup>34</sup>

Los tribunales de Eiser vs. Reino de España e Isolux vs. Reino de España se vieron ante los mismos supuestos del tribunal de Novenergia vs. Reino de España y adoptaron decisiones similares en materia de legítimas expectativas.

#### - Deber de transparencia y consistencia (*Duty of Transparency and consistency*)

El deber de ofrecer un tratamiento regulatorio transparente y consistente también está presente en el artículo 10(1) del TCE, con disposición análoga en el TLCAN. En los casos en que hubo una alegación de incumplimiento de esa obligación entre los examinados, en relación con el *Spalmaintenti* de Italia, no se identificó ninguna violación. Sin embargo, en *Windtstream Energy vs. Canada*, el tribunal determinó que la provincia de Ontario no aclaró la incerteza regulatoria, en la actuación de la Autoridad de Energía de Ontario en relación con el desarrollo del proyecto y la posibilidad de otorgar una concesión para el proyecto, que se llevaría a cabo en Crown Land.

<sup>31</sup> Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S.A.R.L. (Luxembourg) vs. The Kingdom of Spain, SCC Case n.º V 062/2012, Award, 2016, § 293.

<sup>32</sup> Ibid., § 296.

<sup>33</sup> Ibid., § 504.

<sup>34</sup> Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR vs. The Kingdom of Spain, SCC Case n.º 2015/063, Final Award, 2018, § 674.

En cuanto a los casos que afectan a España, el argumento de transparencia y consistencia está vinculado a la confianza legítima de que el marco jurídico existente antes de que se realice la inversión se mantendrá vigente durante toda su ejecución. En este sentido, el escenario descrito anteriormente denota la expectativa de que el deber de mantener la transparencia y consistencia en la inversión se encuentra directamente relacionado con las garantías otorgadas en la fase de preinversión.

El tribunal del caso *Isolux vs. Reino de España* declaró que el estándar de razonabilidad requiere que la conducta de un Estado se fundamente en una política racional.<sup>35</sup> Por otro lado, el tribunal de *Charanne vs. Reino de España* consideró la cuestión con mayor profundidad y proporcionó un límite más detallado y bastante alto. En primer lugar, declaró que consideraría si las medidas de España fueron irrazonables, desproporcionales o contrarias al interés público.<sup>36</sup> En cuanto a la proporcionalidad, consideró que este criterio se cumpliría siempre y cuando los cambios no hayan sido caprichosos o innecesarios, eliminando repentina y de manera imprevisible las características esenciales del marco regulatorio existente.<sup>37</sup>

Sin embargo, en *Novenergia vs. Reino de España*, el tribunal aplicó un estándar aparentemente más estricto, afirmando que el principio FET protege a los inversionistas de un cambio «radical o fundamental» en la legislación, en lugar de simplemente un cambio «irracional o desproporcional», como se afirma en *Charanne vs. Reino de España*.<sup>38</sup> El tribunal de *Novenergia* no definió los límites del estándar que propuso, lo que implica una fuente adicional de incertidumbre para las partes. Adicionalmente, aunque el tribunal de *Eiser vs. Reino de España* consideró que España actuó de manera irracional e infringió el FET, no proporcionó información suficiente sobre la forma en que juzgó la razonabilidad de las medidas de España. Esto explica por qué España solicitó recientemente la anulación de la decisión por motivos de motivación y exceso manifiesto de facultades.<sup>39</sup>

#### - Cláusula Paraguas en el TCE (*TCE Umbrella Clause*)

Las llamadas *cláusulas paraguas* son disposiciones en los tratados de inversión que crean la obligación del Estado de cumplir con los compromisos y obligaciones específicas asumidas frente a los inversionistas, en la mayoría de los casos a través de contratos, en relación con la legislación y regulación aplicable a la inversión. Un incumplimiento contractual pasará a ser considerado un incumplimiento del tratado.

De las ocho sentencias analizadas en relación con los decretos *Conto* e *Spalmaintenti*, en los casos *ESPF Beteiligungs GmbH vs. Italia* y *Greentech Energy Systems vs. Italia*, los tribunales identificaron la violación de la *cláusula paraguas* al entender que se trataba de *compromisos específicos* por el Estado de estabilidad regulatoria y que, por lo tanto, hubo efectivamente incumplimiento contractual y del tratado por parte Italia al alterar el funcionamiento del régimen de incentivos tarifarios, reduciendo o eliminando estos incentivos, de acuerdo con el contexto de la producción de energía fotovoltaica (ubicación, productividad, inversión).

En los demás casos, se entendió que las normas se dictaron de manera genérica y que no existió un compromiso específico por parte del Estado frente al inversionista.

<sup>35</sup> *Isolux Netherlands, BV vs. Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V2013/153, Final Award, July 17, 2016, § 882.

<sup>36</sup> *Charanne B. V. (The Netherlands) & Construction Investments S. A. R. L. (Luxembourg) vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V 062/2012, Award, 2016, § 515.

<sup>37</sup> *Isolux Netherlands, BV vs. Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V2013/153, Final Award, July 17, 2016, § 517.

<sup>38</sup> *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º 2015/063, Final Award, 2018, § 681.

<sup>39</sup> POWER, Richard. «Novenergia vs. Kingdom of Spain, the ECT and the ECJ: Where to now for intra-EU ECT claims?». En *Kluwer Arbitration Blog*. Recuperado de <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/20/novenergia-v-kingdom-of-spain/>>.

En los casos relacionados con Canadá no se discutió la *cláusula paraguas*. Sin embargo, en *Mesa Power vs. Canadá*<sup>40</sup> y *Windstream Energy vs. Canada*,<sup>41</sup> los inversionistas se refirieron al *minimum standard of treatment* como una cláusula paraguas, en la cual el *fair and equitable treatment* está incluido.

Entre estos dos casos que adoptaron la lógica expuesta anteriormente, únicamente *Windstream Energy* determinó una violación del estándar de *trato justo y equitativo*. La interpretación de esta violación fue en el sentido de que el Gobierno canadiense no actuó de manera coherente con la obligación de trato justo y equitativo cuando, posteriormente a la imposición de los nuevos reglamentos, no aclaró el limbo jurídico y contractual en el que se encontraba el inversionista.<sup>42</sup> No hubo un análisis directo de la *cláusula paraguas* por los tribunales involucrados en los casos canadienses.

En relación con los casos de España, el tribunal en *9REN Holdings* señaló que no tenía sustento el argumento de que las medidas estatales relativas al cambio normativo podrían considerarse, en sí mismas, una violación de la *cláusula paraguas*:

The ECT uses the term «any obligation». The term «any obligation» must be interpreted according to the words used in Article 10(1) of the ECT. It is used in the context of an obligation «entered into» by the State «with an Investor». That context is apt for a bilateral contract, such as a concession or licence agreement. It is not apt to describe a State's public legislation or administrative regulations. A State does not «enter into» such legislation with a private party.<sup>43</sup>

Además, los tribunales en *Charanne BV vs. Reino de España* y *Cube Infrastructure vs. Reino de España* consideraron que las medidas adoptadas por el Gobierno español no eran compromisos específicos y, por lo tanto, no podían utilizarse como parámetro para la violación de la *cláusula paraguas*, más concretamente, los tribunales en *Charanne BV vs. Reino de España* y en *Isolux c. el Reino de España*:

Even if RD 661/2007 and 1578/2008 were addressed to a limited group of investors, that does not turn them into commitments specifically addressed to each of those investors. Having a specific scope does not mean that the disputed provisions lose the general nature that characterizes any legislative or regulatory measure. Turning a regulatory provision, due to the limited number of persons that may be subject thereto, into a specific commitment entered into by the State towards each and every one of those persons would be an excessive limitation of the capacity of States to regulate the economy according to the public interest.<sup>44</sup>

El mismo sentido, el tribunal de *Cube Infrastructure vs. Reino de España* señala:

Following the approach in the *Charanne v. Spain* award,<sup>313</sup> the Tribunal does not regard the registration of the various facilities with RAIPRE as itself constituting an implied engagement between the Respondent and the Claimants or their investments such as would engage the obligation in the final sentence of Article 10(1) ECT. It was an administrative measure required by law in order that facilities could benefit from the Special Regime, and to publicize the list of those that were qualified to do so.<sup>45</sup>

En ninguno de los casos arriba citados el tribunal encontró una violación de la *cláusula paraguas* bajo la regulación del TCE.

<sup>40</sup> *Mesa Power Group, LLC vs. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case n.º 2012-17, Award, 2016, § 491.

<sup>41</sup> *Windstream Energy LLC v. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Caso PCA N.º 2013-22, Laudo, 2017, § 292.

<sup>42</sup> *Ibid.*, § 379.

<sup>43</sup> *9REN Holdings S.À.R.L. vs. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/15/15, Award, 2019, § 362.

<sup>44</sup> *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S.A.R.L. (Luxembourg) vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V 062/2012, Award, 2016, § 493; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V2013/153 2018, Award, 2016, §§ 771-772.

<sup>45</sup> *Cube Infrastructure Fund SICAV and others vs. Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 2019, § 453.

- **Deber de no causar daño a la inversión (non-impairment obligation)**

Los dos *subestándares* del deber de no causar daño a la inversión presentes en el TCE son los deberes de razonabilidad y de no discriminación regulatoria. En ninguno de los casos referidos al *Spalmaincentivi* de Italia los tribunales identificaron alguna violación a ese deber de *non-impairment*. Los tribunales consideraron que este deber era análogo a la obligación de *trato justo y equitativo* prevista en el TCE y que el Estado ejerció sus facultades regulatorias discrecionales de manera razonable, de modo que no se identificó ningún perjuicio indebido a los inversionistas.

En los casos que involucran al Gobierno español, el análisis de los argumentos de *non-impairment* generó la discusión de que la medida no podría ser considerada discriminatoria porque no estaba dirigida a todo tipo de fuentes de energía, sino únicamente a las energías renovables. En este sentido, el tribunal de *Cube Infrastructure vs. Reino de España* señaló lo siguiente:

The Tribunal finds no evidence whatever that the Spanish measures violated the prohibition on discriminatory treatment. We reject the Claimants' contention that the measures were discriminatory because they applied to renewable sources of electricity and not to other sources. The entire point of the Special Regime, of which the Claimants were and remain a beneficiary, was to discriminate precisely in that way. The Claimants cannot be heard to complain that such discrimination continued. The measures in question were general legislative measures that did not discriminate against the Claimants or their investments, compared with other investors in PV or hydro plants.<sup>46</sup>

De manera más concreta, con relación a los argumentos de la demandante referidos a las medidas no razonables de España para evitar el aumento de precios a los consumidores finales de energía, esto fue refutado por el tribunal, en los siguientes términos:

The Claimants' argument that «Spain's choice to unreasonably target renewable energy investors was a politically motivated endeavor to avoid raising prices for end-consumers of electricity», even if correct, would not establish that the measures were either discriminatory or unreasonable. The «choice» is, on the face of it, a reasonable public policy choice; and the means for its implementation did not discriminate against the Claimants or their investments.<sup>47</sup>

Además, en el caso *9REN Holdings vs. Reino de España* el Tribunal señaló que la elevada complejidad de la regulación estatal no puede confundirse con falta de transparencia en la actuación estatal.<sup>48</sup> En este sentido, el tribunal agregó que una medida estatal racionalmente conectada con un objetivo de interés público y ejecutada por medios razonables, para lograr objetivos específicos no puede considerarse irrazonable o arbitraria.<sup>49</sup>

Por último, en el caso *Isolux vs. Reino de España*, el Tribunal determinó que el estándar para que se produzca una violación de la obligación de *non-impairment* es la prueba de un perjuicio efectivamente negativo a la inversión.

El Tribunal Arbitral nota que la obligación cuya violación es alegada por la Demandante es, antes de todo, una obligación de no perjudicar «[...] la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación» de la inversión. Para que la violación haya tenido lugar, sería necesario que las medidas calificadas de exorbitantes o discriminatorias tuvieran un efecto negativo sobre la inversión.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> *Cube Infrastructure Fund SICAV and others vs. Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 2019, § 448.

<sup>47</sup> *Ibid.*, § 450.

<sup>48</sup> *9REN Holdings S. A. R. L. vs. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/15/15, Award, 2019, § 320. «The Claimant's case rests on RD 661/2007 (and perhaps RD 1578/2008) being a clear, specific, and binding representation. Thus, they are "transparent". The fact that under the New Regulatory Regime, regulated tariffs now may be varied from time to time in accordance with stated criteria under MO 1045, does not mean the New Regulatory Regime lacks transparency. Different regulators adopt different methodologies. Complexity is not necessarily the enemy of transparency. Complexity may simply be a function of the subject matter».

<sup>49</sup> *Ibid.*, § 323.

<sup>50</sup> *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V2013/153 2018, Award, 2016, § 821.

Los laudos arbitrales de Canadá no analizan la obligación de *non-impairment* en los casos analizados.

- ***Protección y seguridad plenas (full protection and security)***

En los casos examinados en los que el inversionista alegó que se violó el principio de protección y seguridad plenas, los tribunales de los casos *Eskosol vs. Italia*<sup>51</sup> y *Belenergia vs. Italia*<sup>52</sup> confirmaron la aplicabilidad de este estándar a las respectivas inversiones, conforme al TCE; sin embargo, no identificaron ninguna violación por parte del Estado italiano en la aprobación específica del decreto *Spalmaincentivi*.

El único caso canadiense que analizó el estándar de protección y seguridad plenas fue *Mesa Power vs. Canadá*; los casos *Windstream Energy vs. Canadá* y *Mercer International vs. Canadá* no examinaron este estándar, ya que las partes no lo invocaron, basándose únicamente en el estándar de *trato justo y equitativo*.<sup>53</sup>

El tribunal en *Mesa Power vs. Canadá* determinó que no hubo violación del estándar en cuestión porque las medidas del Gobierno canadiense no fueron arbitrarias y mantuvieron un marco jurídico estable y transparente. Contrariamente a la afirmación del inversionista de que el Estado tendría un deber de diligencia alto en relación con la transparencia y la estabilidad, el tribunal sostuvo que las medidas fueron consistentes con el estándar requerido por el artículo 1105 del TLCAN y no identificaron una violación.<sup>54</sup>

En el caso de España, el tribunal en el caso *Isolux vs. Reino de España* analizó la alegación del inversionista de que la determinación del marco jurídico por el Estado español que atrajo la inversión había sido modificada y que ello constituía una violación del estándar considerado. Más específicamente:

[...] una obligación de mantener ese marco jurídico dentro de la estabilidad. En el caso que nos ocupa, en el cual el Reino de España se comprometió a un régimen (un FIT fijo a largo plazo, respaldado por el Régimen Especial), pero muy pocos años después lo abolió pura y llanamente, la conducta de la Demandada no se compece con el concepto de «estabilidad», independientemente de cómo se quiera entender este término.<sup>55</sup>

El tribunal, sin embargo, señaló que los reclamos del inversionista se confundían con el estándar de *trato justo y equitativo* y que, por lo tanto, el inversionista no cumplía con los requisitos necesarios para determinar su violación.<sup>56</sup>

- ***Expropiación (Expropriation)***

Los inversionistas extranjeros demandaron al Estado italiano por considerar que hubo una pérdida de una parte significativa o total del valor de sus inversiones, debido a la reducción de los incentivos tarifarios, solicitando la indemnización de daños y perjuicios derivados de esta regulación.

En los casos examinados en los que hubo alegación de expropiación por parte del inversionista, los tribunales en *Eskosol vs. Italia* y *Blusun vs. Italia*<sup>57</sup> aplicaron el estándar de privación del título de propiedad para la caracterización de la expropiación y rechazaron la solicitud, con

<sup>51</sup> *Eskosol S.p.A. en liquidazione c. Italia*, Caso CIADI n.º ARB/15/50, Laudo, 2020.

<sup>52</sup> *Ibid.*, §§ 478-483; *Belenergia S.A. v. Italy*, ICSID Case n.º ARB/15/40, Award, 2019, §§ 620-623.

<sup>53</sup> *Windstream Energy LLC vs. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case n.º 2013-22, Award, 2017, § 358.

<sup>54</sup> *Mesa Power Group, LLC vs. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case n.º 2012-17, Award, 2016, § 681.

<sup>55</sup> *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V2013/153 2018, Award, 2016, § 816.

<sup>56</sup> *Ibid.*, §§ 818-819.

<sup>57</sup> *Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/14/03, Award, 2016.

relación al reglamento *Spalmaintenti*. El tribunal en *Silver Ridge vs. Italia*<sup>58</sup> aplicó el entendimiento de que cuando se aprobó el Reglamento, el mantenimiento de la tarifa era una mera expectativa de derecho y no un derecho adquirido y, por lo tanto, concluyó que no hubo expropiación indirecta.

Ante el tribunal de *Charanne vs. Reino de España* el inversionista argumentó que al reducir el retorno económico de las plantas, las normas de 2010 habrían expropiado dichos retornos.<sup>59</sup> Este argumento no fue acogido por el tribunal en la medida en que para que se produzca una expropiación indirecta, la inversión debió haber sido privada sustancialmente de su ganancia económica, lo que no habría ocurrido en el caso.<sup>60</sup>

La conclusión fue idéntica en el caso *Isolux vs. Reino de España*, en que los expertos proporcionaron cuantificación de la tasa interna de retorno utilizada por el inversionista y constataron que esta era superior a la establecida en la normativa española. Por lo tanto, no hubo una privación sustancial de la inversión.<sup>61</sup>

En los casos *Cube Infrastructure vs. Reino de España*,<sup>62</sup> *9REN Holdings vs. Reino de España*<sup>63</sup> y *RREEF Infrastructure vs. Reino de España*<sup>64</sup> la conclusión fue la misma de los casos arriba citados.

En cuanto a los actos de Canadá, los casos no demostraron ninguna medida expropiatoria.

## 5. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LOS ESTADOS EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN

La defensa de los Estados en los procesos arbitrales que involucran energía renovable de España, Italia y Canadá generalmente traen argumentos similares, que pueden interpretarse de manera conjunta. La mayoría de los casos extraen los estándares de tratamiento a la inversión, expropiación y derecho a regular del TCE, en los casos de España e Italia y del TLCAN, en el caso de Canadá, generando consonancia en la ley objeto de interpretación y aplicación a los hechos.

Los argumentos de defensa de los Estados pretenden, por una parte, determinar la legalidad de las medidas adoptadas y, por otra parte, afirmar que las estas medidas eran previsible, que no vulneraron las legítimas expectativas de los inversionistas (o que la legislación inicial en materia de inversiones no permitía la generación de estas expectativas), o que el Estado ofreció un ordenamiento jurídico estable, no habiendo incurrido en medidas que anulasen la capacidad de generación de beneficios de las empresas o que tuvieran un efecto similar.

La discusión sobre el estándar de trato justo y equitativo está centrada, principalmente, en la determinación de las legítimas expectativas de los inversionistas y en la estabilidad del sistema legal en

<sup>58</sup> *Silver Ridge Power BV vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/15/37, Award, 2021.

<sup>59</sup> *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S. A. R. L. (Luxembourg) vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V 062/2012, Award, 2016, § 459.

<sup>60</sup> *Ibid.*, § 461.

<sup>61</sup> *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V2013/153 2018, Award, 2016, § 850: «El TIR real y actual de las Plantas fue calculado por los peritos de la Demandada a partir de los métodos de cálculo utilizados por los peritos de Deloitte en el 2011, actualizados para tomar en consideración los métodos de cálculo previstos por las últimas evoluciones legislativas. Llegaron a la conclusión de que la “TIR media ponderada después de impuestos de las plantas del RD 661/2007 asciende al 7,11 % y para las 34 plantas objeto del presente proceso arbitral, al 7,19 %” y que esta TIR “es superior a la rentabilidad establecida en la Normativa Española en el momento en que los promotores de las plantas acometieron su inversión”».

<sup>62</sup> *Cube Infrastructure Fund SICAV and others vs. Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 2019, §§ 455-457.

<sup>63</sup> *9REN Holdings S. A. R. L. vs. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/15/15, Award, 2019, §§ 369-372.

<sup>64</sup> *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. vs. the Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/13/30, Award, 2019, § 68.

el que se produce la inversión.<sup>65</sup> En *Charanne B. V. vs. Reino de España*, el Gobierno español inicialmente tuvo como objetivo determinar el alcance del estándar de trato justo y equitativo.<sup>66</sup> España señaló que dicho estándar debía tener en cuenta, además de las expectativas legítimas de los inversores, el derecho de los Estados a regular.<sup>67</sup>

En dicho caso, el Gobierno de España alegó que el estándar de trato justo y equitativo proporciona a los inversionistas la premisa de que el sistema jurídico será estable. Sin embargo, esto no presupone la existencia de una *cláusula de estabilización* y que los Estados están facultados a continuar regulando y modificando la legislación de una manera que no sea irrazonable e injusta.<sup>68</sup> También afirmó España que las medidas fueron adoptadas en un momento de crisis y de incertidumbre económica, con el fin de garantizar el déficit tarifario existente.<sup>69</sup>

Además, la defensa de los casos españoles, en relación con las legítimas expectativas de los inversionistas, es que en ningún momento hubo un compromiso específico por parte del Gobierno y que, por lo tanto, no existía el requisito necesario para generar una legítima expectativa.<sup>70</sup> También se deduce esto de los casos italianos, en los que la defensa del Estado consistió en negar la existencia de una legítima expectativa.<sup>71</sup>

A este respecto, la defensa de España puede observarse en el laudo *Antin Infrastructure y Antin Energia vs. Reino de España*, que señaló lo siguiente:

Therefore, in order for legitimate expectations under the ECT to exist regarding the immutability of the regulatory framework, (i) specific commitments must have been made to an investor that the regulation in force is going to remain immutable; (ii) the investor's expectations must be reasonable and justified in relation to any changes in the laws of the host country; (iii) a comprehensive analysis of the applicable regulatory framework must have been completed; and (iv) the investor must consider the due diligence exercised and the circumstances surrounding its investment, and structure the investment so as to adapt to potential changes of the legal framework that may be anticipated.<sup>72</sup>

Así, la defensa ejercida por Italia y por España en los casos analizados apuntó a la negación de la generación de legítimas expectativas, afirmando que el ejercicio de facultades regulatorias por parte del Estado debía ser estable, pero no por ello absolutamente restringido; o como se señaló en el caso *Charanne B.V. vs. Reino de España*, en el sentido de que no puede presumirse la existencia de una cláusula de estabilización.

<sup>65</sup> *Belenergia S.A. vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/15/40, Award, 2019; *Eskosol S.p.A. in Liquidazione vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/15/50, Award, 2020; *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/16/5, Award, 2020; *Silver Ridge Power BV vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/15/37, Award, 2021; *Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/14/03, Award, 2016; *Sun Reserve Luxco Holdings SRL vs. Italy*, SCC Case n.º 32/2016, Award, 2016; *CEF Energia BV vs. Italy*, SCC Case n.º 158/2015, Award, 2015; *Greentech Energy Systems A/S, et al vs. Italy*, SCC Case n.º V 2015/095, Award, 2015; *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S. A. R. L. (Luxembourg) vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V 062/2012, Award, 2016.

<sup>66</sup> *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S. A. R. L. (Luxembourg) vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V 062/2012, Award, 2016.

<sup>67</sup> *Ibid.* «Instead, the Respondent suggests that a balanced assessment must be struck between the legitimate interest of the State to regulate its own legal order and the interest of foreign investors regarding the investment». § 348.

<sup>68</sup> *Ibid.* § 355.

<sup>69</sup> *Ibid.* § 356.

<sup>70</sup> *Ibid.* §§ 357-363; *PV Investors vs. the Kingdom of Spain*, PCA Case n.º 2012-14, Final Award, 2020, §§ 364-367; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V2013/153 2018, Award, 2016, §§ 519-563 *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.À.R.L. And Antin Energia Termosolar B.V. vs. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/13/31, Award, 2018, §§ 440-441; *Eiser Infrastructure Limited Y Energia Solar Luxembourg S. A. R. L. vs. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/13/36, Award, 2017, §§ 359-361; *9ren Holding S. A. R. L., vs. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/15/15, Award, 2019 §§ 234-241.

<sup>71</sup> *Belenergia S.A. vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/15/40, Award, 2019; *Eskosol S.p.A. in Liquidazione vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/15/50, Award, 2020. *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/16/5, Award, 2020; *Silver Ridge Power BV vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/15/37, Award, 2021; *Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein vs. Italy*, ICSID Case n.º ARB/14/03, Award, 2016; *Sun Reserve Luxco Holdings S. R. L. vs. Italy*, SCC Case n.º 32/2016, Award, 2016; *CEF Energia BV vs. Italy*, SCC Case n.º 158/2015, Award, 2015; *Greentech Energy Systems A/S, et al vs. Italy*, SCC Case n.º V 2015/095, Award, 2015.

<sup>72</sup> *Antin Energia Termosolar B.V. vs. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/13/31, Award, 2018, §§ 440-441.

Además, las defensas de los Estados señalaron, en su mayoría, que las medidas adoptadas por los gobiernos no generaron la anulación de la posibilidad de retorno de la inversión, es decir que las medidas estatales no resultaron en la práctica en la expropiación indirecta de las inversiones.<sup>73</sup> Gran parte de los argumentos de los Estados parten de la premisa de que la inversión no fue aniquilada y, en el caso particular de España, que el Gobierno actuó de manera consistente con las disposiciones establecidas en los decretos aprobados, en relación con los estándares que garantizan un retorno razonable de la inversión.

Sin embargo, el análisis de los casos demuestra la presencia del derecho del Estado a regular tanto en relación con el decreto *Spalmacentini*, como en relación con otras medidas impugnadas de manera general. Se reitera que el Estado únicamente garantizó un «retorno justo»/«remuneración» a los demandantes. En este contexto, el caso *ESPF Beteiligungs GmbH vs. Italia*<sup>74</sup> alude a esta discusión, en la medida en que considera que las legítimas expectativas de los inversionistas no pueden considerarse un impedimento para la adopción de regulaciones razonables por los Estados.<sup>75</sup> De manera más específica, se señala que:

The Respondent argues that «an absolute inhibition to further legislate is contrary to a fundamental principle of international law», as the power of a state to «progressively modify its legislation is related to the essence of statehood, subject to the requirement that such modification be made in a reasonable and proportional way and by respecting its own law».<sup>76</sup>

La defensa de los Estados en los casos de España e Italia tiene dos fases complementarias. La duplicidad a la que se hace referencia es clara en el sentido de que el derecho a regular de los Estados es el punto central del argumento del Estado español, sin embargo, el argumento referido a la superación del déficit tarifario constituye también una parte importante del argumento de defensa. Por otro lado, los casos de Italia agrupan dos aspectos complementarios, la defensa del derecho de los Estados a regular y la defensa del interés público, con el objetivo final de reducir la carga sobre los usuarios finales, protegiendo y garantizando la preservación del propio sistema.

En el caso antes mencionado, la alegación de interés público utilizada para justificar las medidas del Gobierno italiano, a saber, la obligación «to adapt progressively domestic legislation and secondary regulations to an evolving scenario»,<sup>77</sup> fue discutida por las partes bajo la perspectiva de la defensa del estado de necesidad. Sin embargo, el tribunal continuó su análisis para demostrar que ninguna de las partes, en ningún momento del procedimiento, presentó ante el tribunal, de una manera específica, la defensa del estado de necesidad desde la perspectiva del derecho internacional.<sup>78</sup>

El conjunto de laudos arbitrales emitidos en el marco del régimen del TLCAN, relativos a los cambios legislativos realizados en Canadá, ciertamente merecen una mención especial. Teniendo como marco regulatorio original el TLCAN, los debates sobre los casos estuvieron referidos, principalmente, a los estándares de prohibición de trato discriminatorio y de otorgamiento de trato justo y

<sup>73</sup> *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V2013/153 2018, Award, 2016, §§ 519-563; *9ren Holding S. A. R. L. vs. The Kingdom of Spain*, ICSID Case n.º ARB/15/15, Award, 2019, §§ 365-367; *Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S. A. R. L. (Luxembourg) vs. The Kingdom of Spain*, SCC Case n.º V 062/2012, Award, 2016, §§ 342-343.

<sup>74</sup> *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG vs. Italian Republic*, ICSID Case n.º ARB/16/5, Award, 2020, § 410.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Ibid.*, § 413.

<sup>77</sup> *Ibid.*, § 428

<sup>78</sup> *Ibid.*, § 429. «The Tribunal finds that the Respondent has not pleaded a defense of necessity under international law and has confirmed that it is not advancing that defense. Consequently, the Tribunal need not address any such defense. (§ 430) Rather, the Tribunal understands that the Respondent has referred to what it considered to be the need to reduce the cost of electricity to end-users, which it considers to be a legitimate public policy goal of regulation. Further, the Respondent's arguments speak to its need to maintain the sustainability of the incentives regime as factors explaining why it adopted the Challenged Measures and what it maintains was the reasonableness of those measures. These arguments in defense of the claims will be addressed, as necessary, in the analysis that follows».

equitativo (artículo 1105 del Tratado),<sup>79</sup> otorgamiento de trato no menos favorable (artículos 1102 y 1103 del tratado)<sup>80</sup> y prohibición de expropiación (artículo 1110 del tratado).<sup>81</sup>

En el caso *Mesa Power vs. Canadá*, la discusión sobre el estándar de trato justo y equitativo está referida a su fuente de interpretación. El Estado alega que la nota promulgada por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, vinculando el standard al *minimum standard of treatment* del derecho internacional consuetudinario, es vinculante frente al tribunal, al momento de decidir la controversia.<sup>82</sup> El tribunal estuvo de acuerdo con el Estado canadiense en este aspecto.<sup>83</sup>

Adicionalmente, el Estado alegó lo que sigue sobre la interpretación de la norma:

It sets an objective standard of treatment, or in Canada's words, it «prescribes no more and no less than the customary international law minimum standard of treatment of aliens». According to the Respondent, the threshold for demonstrating a violation of Article 1105 is high. To breach Article 1105, the impugned state conduct must be «sufficiently egregious and shocking, such as a complete lack of due process, evident discrimination or a manifest lack of reasons».<sup>84</sup>

*Mesa Power* alegó que el gobierno de Ontario actuó de manera arbitraria y discriminatoria con respecto a la concesión de contratos de compra de energía en el marco de su programa de energía renovable FIT. En particular, el demandante declaró que el Programa FIT de Ontario impone requisitos de contenido nacional inadmisibles y que las irregularidades en la toma de decisiones con respecto a la evaluación y concesión de FIT y otros contratos de adquisición de energía renovable dieron lugar a discriminación contra *Mesa Power*. También argumentó que Ontario impuso cambios repentinos y discriminatorios en el esquema de energía renovable establecido, lo que constituyó un trato arbitrario e injusto y, en última instancia, impidió que el inversor desarrollara cuatro proyectos de energía eólica.

El tribunal, desde el punto de vista antes mencionado del estándar de trato, estuvo de acuerdo con el argumento del demandado y concluyó que no hubo violación del artículo 1105 del TLCAN, de modo que no existió discriminación y, por lo tanto, que el trato no fue arbitrario.

En el caso *Mercer International vs. Canadá*, el inversionista señaló que:

[t]hat BC has permitted the persistence of a completely non-transparent, idiosyncratic, and arbitrary regulatory regime - one that had no lacking written rules or standards governing self-generators' access to embedded cost utility power, and where the BCUC and BC Hydro made arbitrary GBL decisions ad hoc, case by case, in a process utterly lacking in transparency.<sup>85</sup>

Canadá señaló que el inversor no presentó debidamente sus reclamos ante los tribunales y que, por lo tanto, sus alegaciones no tendrían fundamento.<sup>86</sup> El tribunal estuvo de acuerdo con los argumentos del Estado y consideró que el estándar para la violación del artículo 1105(1) es alto y, por lo tanto, los reclamos del inversionista fueron frívolos.

Por último, en el caso *Windstream Energy vs. Canadá*, la alegación del Estado también se fundamentó en la premisa de que el estándar del artículo 1105 es elevado.<sup>87</sup> Más específicamente, el Estado se basó en el caso *S. D. Myers vs. Canadá* para alegar que: «It must be shown that an investor

<sup>79</sup> *Windstream Energy LLC vs. Government of Canada*, Uncitral, PCA Case n.º 2013-22, Award, 2016; *Mercer International Inc. vs. Government of Canada*, ICSID Case n.º ARB(AF)/12/3, Award, 2018; *Mesa Power Group, LLC vs. Government of Canada*, Uncitral, PCA Case n.º 2012-17, Award, 2016.

<sup>80</sup> *Windstream Energy LLC vs. Government of Canada*, Uncitral, PCA Case n.º 2013-22, Award, 2016.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> *Mesa Power Group, LLC vs. Government of Canada*, Uncitral, PCA Case n.º 2012-17, Award, 2016, §§ 469-471.

<sup>83</sup> *Ibid.*, § 483.

<sup>84</sup> *Ibid.*, § 488.

<sup>85</sup> *Mercer International Inc. vs. Government of Canada*, ICSID Case n.º ARB(AF)/12/3, Award, 2018, § 7.53.

<sup>86</sup> *Ibid.*, § 7.54.

<sup>87</sup> *Windstream Energy LLC vs. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case n.º 2013-22, Award, 2016, § 312.

has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective».<sup>88</sup>

El tribunal no encontró nada injusto o «inequitativo» en la evidencia relacionada con la decisión de Ontario de imponer una moratoria al desarrollo eólico *offshore* o en los procedimientos relacionados. Si bien la conducta del Gobierno que condujo a la moratoria podría haber sido más transparente y la oposición pública a la energía eólica *offshore* estaba presente, estos factores, en opinión del tribunal, no constituyeron una violación del TLCAN.

Sin embargo, sí consideró que la conducta de la provincia después de la moratoria fue preocupante. Según el tribunal, Ontario hizo poco para resolver la incertidumbre científica y, lo que es más importante, para dar solución al limbo legal y contractual en el que se encontró Windstream Energy después de haber sido impuesta la moratoria. Concluyó el tribunal que la omisión en «tomar las medidas necesarias», incluso a través de algún tipo de direccionamiento de la OPA, dentro de un periodo razonable posterior a la imposición de la moratoria, con el objetivo de aclarar la incertidumbre regulatoria generada por dicha moratoria en cuanto a la situación y desarrollo del Proyecto constituyó una violación del artículo 1105 (1) del TLCAN.<sup>89</sup>

En los casos anteriores, el único que menciona el estándar de expropiación indirecta es el Windstream Energy vs. Canadá.<sup>90</sup> Entre otros factores relevantes, el tribunal indicó que el Contrato FIT y el depósito de garantía CAD del inversionista siguieron vigentes. Este, a su vez, no había sido tomado ni dejado sin valor debido a las medidas adoptadas por la provincia. Por lo tanto, de acuerdo con el tribunal, no podría decirse que el inversionista fue privado sustancialmente de su inversión.<sup>91</sup>

Así, se desprende de las decisiones comentadas que la defensa de los Estados en arbitrajes de inversión en el sector de energías renovables tuvo como puntos principales negar la generación y existencia de legítimas expectativas de los inversionistas, considerando que la prerrogativa del Estado de modificar sus reglas no podía ser suprimida y, por lo tanto, que no existió un compromiso específico con los inversores. También se argumentó, en materia de facultades regulatorias, que el Estado únicamente podría verse limitado en sus poderes regulatorios si existiese una cláusula de estabilización, lo que no ocurrió en los casos mencionados.

El argumento de los inversionistas referido a la transparencia de las medidas adoptadas por los Estados es un importante punto de análisis, en el sentido de que la previsibilidad de los cambios legales debe ser tomada en consideración para determinar la violación o no del estándar. En relación con esto, se argumenta, entre otros puntos, que la circunstancia del déficit tarifario existente en España y la necesidad de mantener el sistema y garantizar precios asequibles al consumidor final en Italia fundamentaría la previsibilidad requerida para justificar la no infracción del estándar.

Se percibe que las decisiones emitidas en el marco del TLCAN tienen como objetivo principal la determinación del alcance de aplicabilidad del estándar de *trato justo* y equitativo.

<sup>88</sup> *Ibid.*, § 313.

<sup>89</sup> *Ibid.*, § 380. «The Tribunal concludes that the failure of the Government of Ontario to take the necessary measures, including, when necessary, by way of directing the OPA, within a reasonable period of time after the imposition of the moratorium to bring clarity to the regulatory uncertainty surrounding the status and the development of the Project created by the moratorium, constitutes a breach of Article 1105(1) of NAFTA. It was indeed the Government of Ontario that imposed the moratorium, not the OPA, so it cannot be said that the resulting regulatory and contractual limbo was a result of the Claimant's own failure to negotiate a reasonable settlement with the OPA. The regulatory and contractual limbo in which the Claimant found itself in the years following the imposition of the moratorium was a result of acts and omissions of the Government of Ontario, and as such is attributable to the Respondent. The Tribunal therefore need not to consider whether the conduct of the OPA during the relevant period must also be considered attributable to the Respondent».

<sup>90</sup> *Ibid.*, §§ 235-292.

<sup>91</sup> LEVINE, Matthew. *NAFTA tribunal orders Canada to pay U.S. wind power developer more than C.AD28 million*. Disponible en <<https://www.iisd.org/itm/en/2017/03/13/nafta-tribunal-orders-canada-to-pay-u-s-wind-power-developer-more-than-cad28-million-windstream-energy-llc-v-government-of-canada-pca-case-no-2013-22/>>.

Finalmente, la defensa de los Estados estuvo permeada por la necesidad de proteger el interés público y sostener un sistema de energía renovable que fuera económicamente viable, como argumentó el Gobierno de Italia, siendo esta una justificación de las acciones estatales.

## 6. RELACIÓN ENTRE LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES Y LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL, CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHOS HUMANOS EN CONTROVERSIAS SOBRE ENERGÍA RENOVABLE

Como punto de partida, debe reconocerse que la relación entre los inversionistas extranjeros y los Estados receptores, independientemente del sector económico involucrado, ha evolucionado en las últimas décadas hacia un mayor equilibrio. De igual manera, se percibe que existe una reformulación del contenido de los nuevos tratados de inversión, siguiendo la tendencia de los recientes laudos arbitrales de inversión, que atienden de manera más equitativa a los intereses públicos y privados involucrados en el conflicto. Las propuestas de reforma del sistema arbitral inversiones, que se discuten en diferentes foros, como Uncitral, apuntan en la misma dirección.

Desde la perspectiva inicial de la jurisprudencia de arbitraje de inversiones, propia de la década de 1990 y principios de la década de 2000 (esencialmente liberal y con un enfoque casi exclusivo en la promoción y protección de las inversiones), los tribunales arbitrales tenían en consideración, principalmente, las reglas previstas en los propios tratados de inversión, las cuales esencialmente incorporaban derechos de inversionistas y obligaciones de los Estados. Esto está cambiando actualmente, aún en forma tímida, pero progresivamente.

Cada vez se acepta más que la jurisprudencia arbitral de inversiones evalúe, relacione e integre, en la resolución de la controversia, al tratado de inversión aplicable (ya sea BIT o capítulo de inversión de un tratado libre de comercio), con otros tratados que protejan intereses públicos o colectivos esenciales, también vigentes en el Estado receptor de la inversión y, por ello, potencialmente aplicables al caso específico, como podrían ser tratados sobre derechos humanos, salud pública, protección del medio ambiente o cambio climático, entre otros. Se trata de una visión que integra las diversas obligaciones internacionales asumidas por los Estados receptores, que no deben ser desconocidas por los tribunales arbitrales.

Esta necesidad de equilibrio entre distintas áreas del derecho internacional, que se expresa en la aplicación integral de diferentes instrumentos internacionales al caso específico, está siempre presente:

En principio, en los arbitrajes de tratados de inversión, los Estados pueden presentar argumentos basados en consideraciones no relacionadas con la inversión, es decir, relativas a obligaciones ambientales, de derechos humanos y de salud pública de los Estados, en virtud del derecho internacional. El principio de integración sistémica no requiere que se elija entre obligaciones estatales contradictorias. Simplemente permite a los tribunales interpretar las normas de protección de las inversiones, especialmente las disposiciones formuladas de manera amplia, como el estándar de TJE por referencia a obligaciones existentes que, en sentido estricto, no se refieren a la protección de las inversiones. Aunque el principio de integración sistémica no se menciona explícitamente en ningún laudo arbitral de inversión, algunos tribunales de tratados de inversión han apoyado la opinión de que los tratados de inversión deben interpretarse dentro de un contexto jurídico más amplio, incorporando, entre otras cosas, diferentes fuentes de derecho internacional.<sup>92</sup> (La traducción es nuestra).

<sup>92</sup> GARCÍA, Alejandro y Melanie MARTÍN. *Arbitraje inversor-Estado y cambio climático*. Disponible en <<https://www.clyde.com/en/insights/2021/08/investor-state-arbitration-and-climate-change-a-pl>>.

Como fundamento para la aplicación de otros tratados en los arbitrajes de inversión, distintos a los tratados de inversión, se mencionan, entre otros, el artículo 31.3 c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>93</sup> y el artículo 42 del Convenio Multilateral Ciadi.<sup>94</sup>

En el mismo sentido, como antecedentes relevantes en esta visión integradora de las diferentes áreas del derecho internacional, potencialmente aplicables al caso concreto, podemos citar los siguientes laudos de inversión (no referidos a proyectos de energía renovable): *Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania*<sup>95</sup> e *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*.<sup>96</sup>

En el caso *Parkerings-Compagniet AS vs. Lithuania*, por ejemplo, el tribunal arbitral prestó especial atención a los tratados sobre protección del patrimonio cultural de la humanidad de la Unesco y de protección del medio ambiente, para justificar el eventual incumplimiento del tratado de inversión aplicable, cuando menciona: «the historical and archaeological preservation and environmental protection could be, and in this case were, a justification for the refusal of the Project».<sup>97</sup>

En el laudo arbitral *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*, el tribunal enfatizó la relevancia de los tratados de derechos humanos, en su relación con la protección de las inversiones, como se indica a continuación:

In fact, the Government, carrying the duty to provide access to water to its citizens, had to take action under its obligations under human rights law to ensure access to water for its citizens. In this light, terminating the agreement cannot be found to be a breach of a contract whose very purpose was to promote and enhance the achievement of human rights.<sup>98</sup>

Dicho lo anterior, es cierto que los laudos arbitrales de inversión que adoptan esta visión integradora de los diferentes tratados internacionales hacen mención a esos otros tratados, pero aún no fundamentan sus decisiones en esos tratados distintos de los tratados de inversión:

Se percibe que, hasta el momento y en la mayoría de los casos, a pesar de hacer menciones a Convenciones relacionadas con los Derechos Humanos y otros tratados multilaterales para la protección de los derechos colectivos y difusos, las decisiones no se basan en estos. Pueden servir de base para la construcción de una teoría, pero no son en sí mismos documentos jurídicos que los Tribunales Arbitrales utilicen como base para sus decisiones. Esta situación podría cambiar en el futuro y los tribunales arbitrales podrían llegar a basar sus decisiones, con mayor peso, en tratados internacionales destinados a la protección de otros intereses, como la salud pública, el medio ambiente, los derechos humanos, el patrimonio cultural e incluso en Tratados para la protección de la propiedad intelectual. Probablemente estos Tratados relativos a intereses colectivos o difusos puedan tener mayor relevancia en los procesos arbitrales derivados de la epidemia de COVID-19.<sup>99</sup>

Consideramos que este aspecto, referido a la necesaria relación entre los diferentes instrumentos internacionales en el arbitraje de inversiones, será de particular relevancia en futuros casos de inversión en energía renovable, incluyendo posibles casos que se inicien contra México.

<sup>93</sup> Artículo 31. 3. c) de la Convención de Viena: «Serán tomados en consideración, junto con el contexto: [...] e) cualesquiera normas pertinentes del Derecho Internacional aplicables a las relaciones entre las partes».

<sup>94</sup> Artículo 42(1) del Convenio Ciadi: «The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable».

<sup>95</sup> *Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania*, ICSID Case n.º ARB/05/8. Disponible en <<https://www.itlaw.com/cases/812>>.

<sup>96</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*, ICSID Case n.º ARB/05/22. Disponible en <<https://www.itlaw.com/cases/157>>.

<sup>97</sup> *Parkerings vs. Lituânia*, sentença, parágrafo 392.

<sup>98</sup> «In fact, the Government, carrying the duty to provide access to water to its citizens, had to take action under its obligations under human rights law to ensure access to water for its citizens. In this light, terminating the agreement cannot be found to be a breach of a contract whose very purpose was to promote and enhance the achievement of human rights». Ver: *Biwater vs. Tanzania*, laudo, § 387.

<sup>99</sup> CARBAJAL, Christian y LUIZA ENGERS. «Necesidad de Equilibrio entre la protección de la inversión extranjera y la protección de la salud pública: a propósito de la pandemia COVID-19». En *Güristi: Revista de Derecho Corporativo*, vol. 1, n.º 2, diciembre, 2020.

En los laudos arbitrales sobre energía renovable en los que participan el Reino de España, Italia y Canadá, que se examinaron en los capítulos 2, 4 y 5 *supra*, los demandantes inversionistas extranjeros y los tribunales arbitrales no abordaron directamente la aplicación a los casos concretos de los tratados sobre protección de los derechos humanos, medio ambiente o cambio climático (Protocolo de Kyoto o Acuerdo de París), habiéndose limitado al análisis de las medidas gubernamentales nacionales en materia de política energética y su adecuación o violación de los estándares de protección de las inversiones previstos en los respectivos tratados de inversión (TCE o TLCAN).

El caso de las medidas del Gobierno de México, explicadas en el tercer capítulo, que impactaron los derechos y las expectativas de los inversionistas en el sector de energías renovables, es bastante peculiar. Las medidas de México, adoptadas por Sener y Cenace, han sido consideradas como una contrarreforma energética. Se argumenta que el objetivo real y final es favorecer a la Comisión Federal de Electricidad (CFE), una empresa estatal mexicana productora de energía convencional, mucho más contaminante, lo que resulta contradictorio con los objetivos y compromisos internacionales de México de reducción de los niveles de contaminación ambiental, afectando asimismo la libre competencia y a los consumidores.

Lo usual en los arbitrajes de inversión es que la protección del interés público se realice y argumente por los Estados demandados, en contraste con la protección del interés privado, cuya defensa corresponde, naturalmente, al inversor. En el caso de las recientes medidas del Estado mexicano, que afectaron a la industria de energía renovable, la situación es la contraria. Los inversionistas afectados por las medidas gubernamentales, propietarios de proyectos de energía renovable (que por definición es menos contaminantes que la energía convencional), además del propio interés privado, también representan, indirectamente, un interés público esencial, de carácter nacional e internacional, vinculado a la disminución gradual de los niveles de contaminación en el mundo y a la protección de los derechos humanos (derecho a la vida y a la salud, afectados por el aumento de la contaminación y los graves cambios climáticos).

Es legítimo que los entes privados, como los inversores en energías renovables, puedan exigir a los Estados, en el contexto de un arbitraje de inversión, que respeten el interés público (en este caso, relacionado con el cambio climático, el medio ambiente y la protección de la salud pública). No es monopolio de los Estados, en los arbitrajes de inversión, la protección y representación del interés público. De hecho, en el campo de los derechos humanos son los agentes privados quienes exigen a los Estados el cumplimiento de estas obligaciones internacionales.

Aspectos importantes de la contrarreforma energética de México tienen el potencial de afectar el objetivo de estabilización de las concentraciones de gases responsables del efecto invernadero. Este factor, en el que el Estado adopta medidas aparentemente contrarias al interés público, en sí mismo, podrá relativizar la justificación de las medidas adoptadas por el Estado mexicano ante los tribunales de inversión que, en el futuro, puedan constituirse.

Debido al mismo factor arriba mencionado, pasa a ser aún más relevante para los inversionistas extranjeros en futuras disputas de energía renovable que, además de los argumentos tradicionales de violación de los estándares de protección de las inversiones incorporados en los tratados de inversión (BITs y TLC) (como sucedió en los casos de España, Italia y Canadá), incluyan también argumentos relevantes y complementarios sobre la aplicación de tratados sobre protección ambiental y cambio climático (Acuerdo de París), ya que la tendencia será, como ha sido mencionado, que los tribunales de inversiones apliquen con mayor frecuencia, de manera conjunta e integral, los tratados de inversión y los tratados relativos a otros intereses públicos y colectivos.

## 7. CONCLUSIONES

La importancia de la inversión extranjera en energía renovable para el desarrollo económico y sostenible de los Estados receptores es innegable. Sin embargo, las medidas estatales para restringir el desarrollo de la inversión o su explotación económica por parte de los inversores han sido objeto de

procesos arbitrales de inversión, como en los casos de Italia, España, Canadá y, eventualmente, México.

La regulación española de reducción de incentivos a los inversores con el objetivo de estabilizar un déficit tarifario, sumada a la reducción del programa FIT por parte de los gobiernos italiano y canadiense, sin duda, sirven como parámetro, dentro del mismo sector económico, para analizar la situación mexicana. No obstante, la realidad vivida por los inversionistas en México aparenta ser más grave, en la medida en que la nueva regulación, promulgada a fines de 2019 y a lo largo de 2020, modificó estructuralmente el marco presentado a los inversionistas, que iniciaron sus proyectos de inversión en 2014, luego de las reformas constitucionales aprobadas para liberalizar la inversión extranjera en el sector de energías renovables.

En relación con los precedentes arbitrales sobre tratamiento a los inversionistas extranjeros en el mercado de energías renovables, la discusión sobre cambios no razonables y poco transparentes del sistema legal, afectando las inversiones, es objeto de discusión en los tribunales arbitrales italianos, españoles y canadienses.

Diversos tribunales entendieron que los cambios regulatorios por parte del Estado estaban permitidos, en la medida en que sean racionales, proporcionales y conforme con el interés público, de manera no arbitraria y que no desconozcan estructuralmente el marco regulatorio. Con estándares definidos en términos similares, varios de los casos de estos tres países tuvieron resultados positivos para los Estados, con importantes excepciones favorables a los inversionistas. En la mayoría de los casos, los Estados argumentaron la inexistencia de legítimas expectativas de los inversionistas en cuanto al cambio del marco regulatorio, enfatizando la necesidad de evitar el riesgo regulatorio —*regulatory chill*— debiendo permitirse el ejercicio de facultades regulatorias estatales para fines de protección del interés público.

Puede entenderse de los casos de España, Italia y Canadá, que las medidas adoptadas por el Gobierno mexicano impactaron los derechos y las expectativas de los inversionistas al punto de ser consideradas una contrarreforma al sistema actual. En un escenario de revisión estructural del marco regulatorio energético, considerado sustentable y conectado con las obligaciones ambientales y de cambio climático asumidas por México en tratados y convenciones, cuya aplicabilidad será obligatoria en los casos que vinculen al país, la inversión de la lógica argumentativa para la protección del interés público será visible, principalmente, porque la sostenibilidad y la salvaguardia de las energías renovables podrán ser exigidas internacionalmente por los particulares. Sin duda, este será un escenario relativamente nuevo en los arbitrajes de inversión, potencialmente favorable a los inversionistas.

### Referencias bibliográficas

9REN Holdings S. A. R. L. vs. The Kingdom of Spain, ICSID Case n.º ARB/15/15, Award, 2019.

Antin Energia Termosolar B.V. vs. The Kingdom of Spain, ICSID Case n.º ARB/13/31,

Award, 2018, §§ 440-441.

Award, 2016, Sun Reserve Luxco Holdings SRL vs. Italy, SCC Case n.º 32/2016, 2021.

Belenergia S.A. vs. Italy, ICSID Case n.º ARB/15/40, Award, 2019.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania, ICSID Case n.º ARB/05/22.

Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein vs. Italy, ICSID Case n.º ARB/14/03,

Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein vs. Italy, ICSID Case n.º ARB/14/03, Award, 2016.

CARBAJAL, Christian y Luiza ENGERS. «Necesidad de Equilibrio entre la protección de la inversión extranjera y la protección de la salud pública: a propósito de la pandemia COVID-19». En *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, vol. 1, n.º 2, diciembre, 2020.

CEF Energia BV vs. Italy, SCC Case n.º 158/2015 Award, 2019.

CEF Energia BV v. Italy, SCC Case n.º 158/2015, Award, 2015.

Charanne B.V. (The Netherlands) & Construction Investments S. A. R. L. (Luxembourg) vs. The Kingdom of Spain, SCC Case n.º V 062/2012, Award, 2016.

CIAR GLOBAL. *México se arriesga al arbitraje por la política energética de AMLO*, 2020. Disponible en <<https://ciarglobal.com/mexico-se-arriesga-al-arbitraje-por-la-politica-energetica-de-amlo/>>.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Disponible en <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>.

Convenio Ciadi. Disponible en <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>>.

Cube Infrastructure Fund SICAV and others vs. Kingdom of Spain, ICSID Case n.º ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 2019.

CULLELL, Jon Martín. «México asfixia el crecimiento de las energías renovables. La suspensión de nuevas plantas eólicas y solares mientras dure la crisis del coronavirus suscita el rechazo y el temor de la iniciativa privada». En *El País*, 2020. Disponible en <<https://elpais.com/economia/2020-05-08/mexico-asfixia-el-crecimiento-de-las-energias-renovables.html>>.

Eiser Infrastructure Limited Y Energia Solar Luxembourg S. A. R.I. vs. The Kingdom of Spain, ICSID Case n.º ARB/13/36, Award, 2017.

Eskosol S.p.A. in Liquidation vs. Italy, ICSID Case Belenergia S. A. vs. Italy ARB/15/50, Award, 2019.

Eskosol S.p.A. in Liquidazione vs. Italy, ICSID Case n.º ARB/15/50, Award, 2020.

ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH & Co. KG vs. Italy, ICSID Case n.º ARB/16/5, Award, 2020.

GARCÍA, Alejandro y Melanie MARTÍN. *Arbitraje inversor-Estado y cambio climático*. Disponible en <<https://www.clydeco.com/en/insights/2021/08/investor-state-arbitration-and-climate-change-appeal>>.

Greentech Energy Systems A/S, et al vs. Italy, SCC Case n.º V 2015/095, 2018.

Greentech Energy Systems A/S, et al vs. Italy, SCC Case n.º V 2015/095, Award, 2015.

HK LAW. Foreign Investment Protection Mechanisms in Mexico for Renewable Energy Investments. In: *Hollant & Knight Alert*, 2020. Disponible en <<https://www.hklaw.com/en/insights/publications/2020/05/foreign-investment-protection-mechanisms-in-mexico-for-renewable>>.

HYDER ALI, Arif. «In the Eye of the Storm: Spain's Nexus to Investment Disputes». En *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 18, 2013, pp. 5-36.

Isolux Netherlands, BV vs. Kingdom of Spain, SCC Case n.º V2013/153, Final Award, July 17, 2016.

LEVINE, Matthew. *NAFTA tribunal dismisses claims against Canada on green energy Feed-In Tariff program*. En *Investment Treaty News*, 2016. Disponible en <<https://www.iisd.org/itn/en/2016/08/10/mesa-power-group-llc-v-government-of-canada-uncitral-pca-case-no-2012-17/>>.

LINKLATERS LLP. *Foreign investment protection and investor-state arbitration in times of Covid-19*. 04/06/2020. Disponible en <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=92f3e3bc-3b96-4017-b7d1-eee14f11016a>>.

Mercer International Inc., vs. Canada ICSID Case n.º ARB AF/12/3, Award, 2018.

Mesa Power Group LLC vs. Canada, PCA Case n.º 2012-17, Award, 2016.

Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR vs. The Kingdom of Spain, SCC Case n.º 2015/063, Final Award, 2018.

ONTARIO. *Feed-in Tariff Program*. In: *Government of Ontario official website*, 2019. Disponible en <<https://www.ontario.ca/document/renewable-energy-development-ontario-guide-municipalities/40-feed-tariff-program>>.

Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania, ICSID Case n.º ARB/05/8.

PÉREZ-LOZADA, Fernando. «Change of clean energy rules in Mexico: Potential Impact for Investors». En *Kluwer Arbitration Blog*, 13/01/2020. Disponible en <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/13/change-of-clean-energy-rules-in-mexico-potential-impact-for-investors/>>.

POWER, Richard. «Novenergia vs. Kingdom of Spain, the ECT and the ECJ: Where to now for intra-EU ECT claims?». En *Kluwer Arbitration Blog*, Recuperado de <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/20/novenergia-v-kingdom-of-spain/>>

PV Investors vs. the Kingdom of Spain, PCA Case n.º 2012-14, Final Award, 2020.

RAMOS, Ariel y José L. VALERA. «Cenace Measures Impact Renewable Energy Projects in Mexico». En *Mayer Brown*, 2020. Disponible en <<https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2020/05/cenace-measures-impact-renewable-energy-projects-in-mexico>>.

RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. vs. the Kingdom of Spain, ICSID Case n.º ARB/13/30, Award, 2019.

SENER. *Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional 2019-2033 (Capítulo 5 – Infraestructura del Sistema Eléctrico Nacional)*. Ciudad de México, Secretaría de Energía, 2019.

Silver Ridge Power BV vs. Italy, ICSID Case n.º ARB/15/37, Award, 2021.

Sun Reserve Luxco Holdings SRL vs. Italy, SCC Case n.º 32/2016, Award, 2016.

TIMOFEYEV, Igor V. y otros. *Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry under the Energy Charter Treaty*, 2020. Disponible en <<https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-energy-arbitrations/4th-edition/article/investment-disputes-involving-the-renewable-energy-industry-under-the-energy-charter-treaty#footnote-119-backlink>>.

VEJAR, Kate Brown de; Marcelo Páramo FERNÁNDEZ. «Proyectos de energías renovables en México afectados por nuevas medidas». En *DLA Piper*, 2020. Disponible en <[https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2020/05/proyectos-de-energias-renovables-en-mexico-afectados-por-nuevas-medidas/?utm\\_source=linkedin\\_company&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=coronavirus&utm\\_term=latam&utm\\_content=publication-coronavirus&linkId=89003817](https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2020/05/proyectos-de-energias-renovables-en-mexico-afectados-por-nuevas-medidas/?utm_source=linkedin_company&utm_medium=social&utm_campaign=coronavirus&utm_term=latam&utm_content=publication-coronavirus&linkId=89003817)>.

Windstream Energy LLC vs. Canada, PCA Case n.º 2013-22, Award, 2016.



## CAPÍTULO 4

### ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES EN PROYECTOS Y OPERACIONES MINERAS<sup>1</sup>

*Rafael Lengua Peña (Perú)<sup>2</sup>*

*Mitzy Longa Quiroz (Perú)<sup>3</sup>*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. El auge de los arbitrajes de inversión en proyectos mineros internacionales.— 2.1. Trato nacional.— 2.2. Trato de nación más favorecida.— 2.3. Nivel mínimo de trato.— 2.4. Expropiación e indemnización.— 3. Principales características de los proyectos mineros internacionales.— 3.1. Principales actores en proyectos mineros internacionales.— 3.1.1. Los Estados anfitriones.— 3.1.2. Empresas mineras o inversionistas.— 3.2. Los proyectos mineros y su clasificación por etapa de avance.— 4. Principales riesgos y disputas asociados a proyectos mineros internacionales.— 4.1. Riesgo de expropiación (directa o indirecta) de la inversión por parte del Estado anfitrión.— 4.1.1. Expropiación directa.— 4.1.2. Expropiación indirecta.— 4.2. Controversias vinculadas a cuestiones ambientales.— 4.3. Controversias vinculadas a conflictos sociales.— 5. Los Third Party Funding (TPF) y su relevancia en los arbitrajes de inversiones vinculados a proyectos mineros.— 6. Marco legal peruano de protección a las inversiones.— 6.1. Constitución Política del Perú.— 6.2. Normas con rango de ley.— 7. Conclusiones.

#### 1. INTRODUCCIÓN

La minería es una actividad de gran importancia para el desarrollo de cualquier país, puesto que genera valor agregado, empleo, inversión, divisas e impuestos y, además, contribuye al desarrollo local y regional. Por esta razón, los países compiten entre sí por captar el *stock* de inversión disponible en el mundo.

Fuera del potencial geológico, sin el cual simplemente será muy difícil captar inversiones mineras, los factores que más afectan la competitividad de un país para captar inversiones están relacionados con sus costos y riesgos en comparación con otros países. Los factores que afectan la competitividad de costos de un país son, por ejemplo, la política tributaria, la infraestructura disponible (p. ej., aeropuertos, carreteras, ferrocarriles, puertos) que impacta los costos logísticos, factores geográficos, costos de insumos, contratos y trabajadores, así como las barreras regulatorias (p. ej., cantidad de permisos exigidos, y costo y tiempo requerido para obtenerlos) y las deficiencias institucionales. De esta manera, el riesgo de cada país para la captación de inversiones mineras está influenciado por su estabilidad macroeconómica, así como por la incertidumbre que genera su entorno institucional, particularmente en lo que respecta a seguridad jurídica, imperio de la ley y el manejo de conflictos sociales.

---

<sup>1</sup> Agradecemos los valiosos comentarios de Ricardo Ampuero Llerena para la elaboración de este artículo.

<sup>2</sup> Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Columbia (James Kent Scholar). Socio del Área de Minería y Recursos Naturales de Phillipi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

<sup>3</sup> Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Columbia (James Kent Scholar). Socio del Área de Minería y Recursos Naturales de Phillipi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

Es justamente por la incertidumbre que genera el entorno institucional, particularmente en lo que respecta a la seguridad jurídica, que los Estados han suscrito Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BIT's) y Tratados de Libre Comercio (TLC's) que incorporan capítulos sobre inversiones. Estos acuerdos internacionales confieren una serie de garantías y derechos a los inversionistas de los países contratantes y contemplan al arbitraje internacional de inversión como un mecanismo para resolver las controversias entre Estados y nacionales de otro Estado. En este artículo se analizan los principales temas vinculados a los arbitrajes de inversión en proyectos mineros internacionales que ofrecen una serie de garantías y ventajas con respecto a otros métodos de resolución de disputas.

## 2. EL AUGE DE LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN EN PROYECTOS MINEROS INTERNACIONALES

El sometimiento de los Estados a los arbitrajes internacionales como mecanismos de solución de controversias está directamente relacionado con la liberalización y apertura al libre comercio, la atracción de capitales y la consolidación de marcos normativos nacionales e internacionales promotores y protectores de la inversión extranjera que tuvo lugar en los años noventa en el caso de América Latina.<sup>4</sup>

Como parte de ese proceso de reformas para la protección de las inversiones, se suscribieron múltiples BIT's y TLC's que incorporan capítulos sobre inversiones. De acuerdo con el *World Investment Report 2021*, de la UNCTAD, 2646 acuerdos internacionales de protección a las inversiones se encontraban en vigor al cierre de 2020.<sup>5</sup>

Las garantías y derechos que estos acuerdos otorgan a los inversionistas varían en función de los términos que hayan sido negociados. Sin perjuicio de ello, en su mayoría, las principales garantías reconocidas en acuerdos internacionales de protección a las inversiones son las siguientes.

### 2.1. *Trato nacional*

El Estado anfitrión deberá otorgar a los inversionistas del otro Estado contratante, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas e inversiones. Se ha entendido que, para efectos de determinar si existe una violación al trato nacional debe analizarse si existió discriminación entre grupos o categorías de personas que se encuentran en una situación similar, luego de analizar caso a caso las circunstancias importantes.<sup>6</sup>

### 2.2. *Trato de nación más favorecida*

El Estado anfitrión deberá otorgar a los inversionistas del otro Estado contratante, así como a las inversiones cubiertas, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los propios inversionistas e inversiones de cualquier país no que no sea parte del acuerdo.

### 2.3. *Nivel mínimo de trato*

El Estado anfitrión deberá otorgar a los inversionistas del otro Estado un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

<sup>4</sup> CARBAJAL, Christian y Carlos PATIÁN. «Protección de Inversiones Extranjeras en América Latina y Arbitraje Internacional: la Experiencia del Perú». En AA. VV. *Derecho arbitral*. Lima, 2013.

<sup>5</sup> UNCTAD. *World Investment Report 2021, International Investment Policies 2021*, p. 122.

<sup>6</sup> René Rose Levy de Levi c. República de Perú, Caso CIADI n.º ARB/10/17.

Asimismo, se ha sostenido que el trato justo y equitativo está basado en el principio de buena fe y, por tanto, «la conducta del Estado receptor de la inversión ha de ser coherente, sin ambigüedades y transparente en relación al inversionista».<sup>7</sup>

De todas formas, el estándar de trato justo y equitativo dependerá de las circunstancias específicas del caso en cuestión,<sup>8</sup> por lo que será analizado en concreto por el tribunal arbitral.

#### 2.4. Expropiación e indemnización

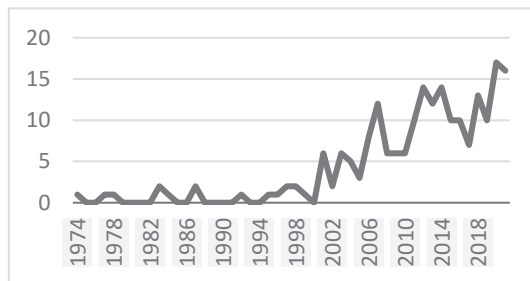
En su mayoría, los acuerdos de protección de las inversiones, establecen que el Estado anfitrión no expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta del otro Estado contratante, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, salvo que sea: (i) por causa de utilidad pública o propósito público, el cual debe entenderse según el derecho internacional consuetudinario; (ii) de una manera no discriminatoria; (iii) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y (vi) con apego al principio del debido proceso.

Asimismo, estos acuerdos internacionales contemplan al arbitraje internacional de inversión como un mecanismo para resolver las controversias entre Estados y nacionales de otro Estado. En la mayoría de los casos, los arbitrajes de inversión son administrados por el CIADI que es la institución global dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales.

Dado que el arbitraje internacional de inversión es un mecanismo de resolución de disputas que generalmente se encuentra contemplado en BIT's y TLC's, los inversionistas extranjeros y/o los Estados han optado por acudir a esta forma de resolución de disputas debido a que ofrece una serie de ventajas comparadas con los procesos judiciales normales: i) especialidad; ii) neutralidad; iii) flexibilidad; iv) celeridad; v) privacidad; entre otros.<sup>9</sup>

El auge de los arbitrajes internacionales de inversión no ha sido ajeno a la industria minera que, por sus características, demanda las ventajas que ofrece este mecanismo. Tan es así que a partir del año 2000 se han incrementado el número de arbitrajes de inversión para resolver disputas entre inversionistas y Estados en el marco de proyectos mineros internacionales y de hidrocarburos, según la información proporcionada por el CIADI.

#### Casos llevados por empresas mineras, petroleras y gasíferas por año



Fuente: CIADI10.

<sup>7</sup> *Vide* Técnicas Medioambientales Tecmed vs. United Mexican States, Caso ICSID ARB(AF)/00/2, *ICSID Review-FIJ*, vol. 19, n.º 1, 2004, pp. 158-271.

<sup>8</sup> SCHREUER, Christoph. «Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral». En *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 5, julio-diciembre del 2006, p. 29.

<sup>9</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «La habilitación constitucional, para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú». En *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010, p. 44.

<sup>10</sup> *Ibid.*

El auge de los arbitrajes de inversión vinculados a minería e hidrocarburos durante las últimas décadas se explica por tres factores principales. Primero, como hemos indicado antes, durante los noventa se suscribieron una gran cantidad de acuerdos para la protección de inversiones que conferirían garantías mínimas a los inversionistas y contemplaban el sometimiento de los Estados anfitriones a la jurisdicción arbitral internacional para resolver disputas con los inversionistas. Segundo, en el marco de las políticas para atraer inversiones, durante los noventa y a comienzos del siglo XXI, el sector privado desarrolló varios proyectos mineros, gasíferos y petrolíferos importantes que, con el aumento de los precios de los *commodities*, comenzaron a generar rentas considerables. Tercero, Latinoamérica ha experimentado una ola de gobiernos de corte nacionalista o socialista (Venezuela, Argentina, Bolivia y Ecuador) cuya plataforma política ha considerado acciones para nacionalizar activos en industrias extractivas con la finalidad de tomar control de sus rentas. Estos gobiernos, en general, se han caracterizado por adoptar estrategias, generalmente, en violación a los acuerdos internacionales para la nacionalización de recursos naturales, un fenómeno conocido como *resource nationalism* y que se define como «la gama de estrategias que un Estado anfitrión utiliza para incrementar el control sobre la riqueza derivada de los recursos naturales a costa la inversión privada».<sup>11</sup>

Se espera que esta tendencia (aumento de arbitrajes de inversiones para resolver disputas entre inversionistas y Estados en el marco de proyectos mineros internacionales) se mantenga en el tiempo.

### 3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS PROYECTOS MINEROS INTERNACIONALES

Muchos países que cuentan con una amplia riqueza en recursos minerales han implementado y/o adaptado sus legislaciones mineras con el fin de atraer inversiones extranjeras. Esta apertura hacia las inversiones extranjeras mediante el desarrollo de un marco institucional confiable y proinversión ha permitido que se desarrollen proyectos mineros internacionales.<sup>12</sup>

#### 3.1. Principales actores en proyectos mineros internacionales

Las principales partes involucradas en proyectos mineros internacionales son los Estados Anfitriones y las empresas mineras o inversionistas:

##### 3.1.1. Los Estados anfitriones

El Estado anfitrión es el país en donde se ubica el proyecto minero y es, tal vez, la parte más importante del proyecto debido que ejerce dominio sobre los recursos minerales y se encarga de regular el sector minero.

El desarrollo de actividades mineras implica la búsqueda y/o extracción de minerales no renovables con fines de lucro, en un espacio determinado dentro del territorio de un Estado anfitrión. Debido a la importancia económica y social de la minería, los Estados anfitriones juegan un papel importante para asegurar que los recursos sean explotados de manera sostenible y maximizando el desarrollo económico de su población. Esta participación relevante se materializa en:

- i. *El dominio que ejercen los Estados sobre los recursos minerales que varía en función de la legislación de cada Estado.* En términos generales, podemos decir que, en la mayoría de los casos, los Estados ejercen soberanía y un dominio eminential sobre recursos minerales, es decir, los Estados anfitriones conservan un dominio latente sobre los recursos minerales y deciden como pue

<sup>11</sup> MONALDI, Francisco J. «The Cyclical Phenomenon of Resource Nationalism in Latin America». En *Rice University's Baker Institute for Public Policy*, 31 de marzo de 2020. Recuperado de <<https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.1523>>.

<sup>12</sup> Cuando nos referimos a proyectos mineros internacionales hacemos alusión a aquellos proyectos de exploración o explotación minera que involucran inversiones o capitales extranjeros.

concederlos a particulares (generalmente se otorgan a privados a través del régimen de concesiones, tal y como ocurre en el caso de Ecuador, Perú, El Salvador, entre otros). Además, los Estados anfitriones tienen un rol supervisor y fiscalizador, por lo que evalúan si el concesionario cumple con sus obligaciones legales; caso contrario, si el concesionario no explota o explota incumpliendo las normas aplicables, incluso pueden revertir los derechos sobre los recursos minerales al Estado. Ese es el dominio del Estado que la doctrina llama eminential.<sup>13</sup>

- ii. *El rol determinante del Estado anfitrión en la regulación y administración del sector minero.* Las actividades mineras tienen un impacto ambiental y social significativo en las áreas y comunidades que involucran el proyecto, razón por la cual es una de las actividades más reguladas por los Estados anfitriones. Los Estados anfitriones y sus instituciones públicas que regulan y administran las actividades mineras generalmente promulgan normas vinculadas a temas ambientales, tributarios-mineros, de seguridad y salud en el trabajo, permisología para el desarrollo de actividades mineras, entre otros. En el caso de Perú, por ejemplo, existen diversas instituciones públicas que regulan y administran las actividades mineras como, por ejemplo, el Ministerio de Energía y Minas, el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), la Autoridad Nacional del Agua (ANA) y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN).
- iii. *La facultad del Estado anfitrión de gravar las actividades mineras con impuestos y otros.* Normalmente, los Estados anfitriones tienen la facultad de gravar el sector minero con impuestos generales a la renta y otros impuestos extraordinarios o gravámenes a la actividad minera que los estados imponen con el fin de extraer parte de las rentas económicas que esta genera. Un claro ejemplo de un impuesto extraordinario o gravamen a la actividad mineras es la regalía minera.<sup>14</sup>

### 3.1.2. *Empresas mineras o inversionistas*

Las empresas mineras son sociedades que desarrollan actividades mineras (p. ej. exploración, explotación, beneficio de minerales). Estas empresas se pueden clasificar en tres grandes grupos: empresas mineras júnior, medianas empresas o grandes empresas.

Las empresas mineras júnior desarrollan, principalmente, actividades de exploración minera, en su gran mayoría, con el objetivo de vender luego sus proyectos a empresas medianas o grandes.

Por su parte, las empresas mineras medianas son aquellas cuyos ingresos oscilan entre 50 y 500 millones de dólares.<sup>15</sup> Estas empresas desarrollan tanto actividades mineras de exploración como de explotación; sin embargo, se diferencian de las empresas mineras grandes debido a que desarrollan proyectos mineros de menor envergadura, es decir, proyectos mineros más pequeños, con una vida útil más corta y que implican menores inversiones.

Finalmente, las empresas mineras grandes son aquellas cuyos ingresos anuales superan los 500 millones de dólares americanos y desarrollan proyectos mineros de gran envergadura.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Exposición ante la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonia del Congreso de la República del Perú*. Conferencia presentada ante el Congreso de la República del Perú, Lima, 19 de mayo de 1997.

<sup>14</sup> La regalía minera es un impuesto o gravamen que exhibe uno o más de los siguientes atributos: (i) existe una ley que crea el impuesto o gravamen denominado regalía; (ii) su finalidad es retribuir al propietario del mineral (Estado) mediante una compensación monetaria a cambio de la transferencia al contribuyente del derecho a extraer los minerales, tener la propiedad de los minerales una vez extraídos y el derecho a vender esos minerales; y (iii) es un impuesto o gravamen es especial para la actividad minera y no se aplica a otras industrias. JORRAT, Michael. *Renta económica, régimen tributario y transparencia fiscal en la minería del cobre en Chile y el Perú*. Recuperado de <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46869/1/S2100192\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46869/1/S2100192_es.pdf)>.

<sup>15</sup> BURNETT, Henry y Louis-Alex BRET. *Arbitration of International Mining Disputes: Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 14.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 15.

Por su rol como concedente y regulador, los Estados anfitriones pueden estar involucrados en controversias con empresas mineras internacionales que operan en su territorio. Si bien la mayoría de estas disputas son resueltas por los órganos judiciales y administrativos nacionales, dependiendo de su naturaleza y gravedad, a veces pueden dar lugar a procedimientos de arbitraje internacional. Este es el caso de los arbitrajes de inversión que involucran inversiones mineras extranjeras protegidas por acuerdos internacionales de inversión entre el país de origen del inversionista y el Estado anfitrión.

### **3.2. Los proyectos mineros y su clasificación por etapa de avance**

El ciclo de vida de un proyecto minero consta de distintas etapas, cada una de las cuales tiene particularidades y características propias. Podemos dividir el ciclo de vida de la mina en las siguientes cinco etapas de avance:

- 1) *Exploración greenfield*: la exploración *greenfield* se realiza en áreas sin yacimientos minerales conocidos o minas operativas, y se inicia con el desarrollo de actividades de prospección y perforación, que son actividades de investigación tendientes a determinar posibles áreas de mineralización. Comprende también el desarrollo de estudios preliminares y de actividades de exploración minera temprana que se realizan con el fin de demostrar las dimensiones, la posición, sus características mineralógicas, reservas o parte económica explotable y valores del yacimiento minero. La exploración *greenfield* busca determinar la cantidad de mineral que existe en una determinada área y la viabilidad de extraerlo y, por tanto, es imprescindible para que puedan descubrirse nuevos yacimientos, así como para generar una cartera de proyectos mineros que permita reponer o aumentar las reservas y producción minera del país.
- 2) *Evaluación*: si los resultados de la exploración son interesantes desde un punto de vista económico, se realizan los estudios de prefactibilidad o evaluaciones económicas preliminares. En esta etapa se evalúan las alternativas de desarrollo del proyecto minero teniendo en cuenta las reservas y valores de los depósitos de mineral identificados.
- 3) *Desarrollo*: Una vez definida la alternativa de desarrollo del proyecto minero, corresponde realizar el estudio de factibilidad en el que se determina la viabilidad de la ejecución de dicho proyecto. En el estudio de factibilidad se analiza el tamaño de la mina, el método de explotación, las reservas o parte económicamente explotable, la inversión requerida para la construcción, entre otros. Si dicho estudio es favorable se obtienen los permisos y contratos para la construcción y, posteriormente, se construye la mina e infraestructuras asociadas. Concluida la construcción y la obtención de los permisos correspondientes, se inicia la puesta en marcha del proyecto minero.
- 4) *Producción*: esta etapa comprende la explotación de la mina mediante extracción de minerales contenidos en un yacimiento y el procesamiento de los minerales en una planta de beneficio para su posterior comercialización. Durante la etapa de producción también se ejecutan actividades de exploración *brownfield* cerca de la operación minera existente donde hay yacimientos mineros previamente descubiertos para confirmar o aumentar las reservas.
- 5) *Cierre*: finalizada la producción comercial corresponde realizar el cierre de la mina. Esta etapa comprende el desarrollo de actividades necesarias para rehabilitar y restaurar las áreas afectadas por la explotación para que esta alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida.

A continuación, se detallan las etapas de avance o ciclo de vida de la mina:



La etapa de avance de un proyecto minero es un aspecto relevante que analiza el tribunal arbitral en un arbitraje de inversión, sobre todo a efectos de determinar la compensación que corresponde otorgar al demandante por daños en caso se concluya que el demandado violó las disposiciones del acuerdo internacional de inversión invocado. Si bien el método de evaluación de daños en un proyecto minero en realidad no es muy distinto del que se usa en otros proyectos, son las características propias del proyecto, como las distintas etapas de avance a las que hacemos mención, la incertidumbre propia de la industria y la fluctuación de los precios de los *commodities* lo que muchas veces añade complejidad a su valuación.

Con relación a las etapas de avance de los proyectos mineros y su impacto en la evaluación de daños, es importante mencionar que el nivel de potenciales daños al inversionista va creciendo exponencialmente hasta la etapa de operación minera y luego decrece una vez que la mina comienza su cierre definitivo. Si el proyecto minero se encuentra en etapa de producción (lo más alto de la curva del ciclo de vida de la mina), es probable que un tribunal arbitral otorgue compensaciones más altas y que consideren, por ejemplo, el lucro cesante calculado como los flujos de ingresos a futuro que pudiera tener dicho proyecto. Por el contrario, si el proyecto minero se encuentra en una etapa inicial o final (extremos de la curva del ciclo de vida de la mina), la compensación otorgada por el tribunal será menor en la medida que no hay una afectación real a la rentabilidad esperada y, probablemente, se limite a reconocer daños emergentes, generalmente representados por las sumas realmente invertidas.

Por ejemplo, en el caso *Bear Creek vs. la República del Perú*,<sup>17</sup> la compañía canadiense *Bear Creek Mining Corporation* demandó a la República del Perú por el incumplimiento de las garantías a su inversión en el Proyecto Minero Santa Ana previstas en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Canadá y Perú. El proyecto minero Santa Ana comprendía concesiones mineras ubicadas en los 50 km de la zona de frontera del Perú. Conforme a las normas peruanas, los extranjeros (en este caso *Bear Creek*) están prohibidos de adquirir propiedades en los 50 km de la zona de frontera sin contar previamente con un decreto supremo que los autorice para tal efecto. Debido a que *Bear Creek* estaba impedido legalmente de adquirir propiedades mineras en zona de frontera, celebró contratos de opción con la Sra. Villavicencio para que esta última solicite los derechos mineros y, en el futuro y luego de que se otorgue el Decreto Supremo que autoriza la actividad en zona de frontera, realice la transferencia de las concesiones mineras a su favor. Es importante precisar que, esta estructura contractual es común (suele emplearse para la adquisición de propiedades mineras en zona de frontera por parte de empresas extranjeras) y era conocida por el Estado peruano.

<sup>17</sup> *Bear Creek vs. la República del Perú* Caso CIADI n.º ARB/14/21.

Posteriormente, por Decreto Supremo n.º 032-2011-EM, el Estado peruano revocó ilegalmente el Decreto Supremo n.º 083-2007-EM y la decisión de necesidad pública, lo que le impedía a Bear Creek operar el proyecto Santa Ana.

Bear Creek exigió una indemnización que, según su criterio, debía ser calculada con base en el método de Flujo de Caja Descuento (FCD). El FCD es un método que calcula la indemnización con base en la estimación de los flujos de dinero «futuros» que generará el proyecto,<sup>18</sup> es decir, desde el punto de vista legal pretendería indemnizar el lucro cesante. Este método se basa en ingresos y, generalmente, se aplica para empresas que han iniciado producción comercial y que, por tal, tienen un historial de rentabilidad. Dado que, entre otras cosas, el Proyecto Minero Santa Ana se encontraba en la etapa inicial (p. ej., etapa de desarrollo), el tribunal arbitral determinó que si bien existía una expropiación de las inversiones de Bear Creek, el cálculo de la indemnización no podía realizarse con base en el método FCD y que, por el contrario, correspondía calcular la indemnización con base en las sumas realmente invertidas por Bear Creek. En consecuencia, ordenó al Estado peruano el pago de cerca de USD 19 millones (por los costos invertidos) de los USD 522 200 000 inicialmente demandados por Bear Creek.

#### 4. PRINCIPALES RIESGOS Y DISPUTAS ASOCIADOS A PROYECTOS MINEROS INTERNACIONALES

La industria minera se caracteriza por inversiones altas en las primeras etapas del proyecto, largos plazos involucrados, y la vulnerabilidad o fluctuación de los precios de los metales en el mercado puesto que se trata de *commodities*. En suma, la industria minera involucra riesgos comerciales y técnicos que son propios al desarrollo de esta actividad. Este artículo no analiza esos riesgos propios de las actividades mineras, sino que se enfoca en los riesgos que dan lugar a disputas internacionales.

Los principales riesgos y disputas internacionales vinculadas a proyectos mineros internacionales son los siguientes.

##### 4.1. *Riesgo de expropiación (directa o indirecta) de la inversión por parte del Estado anfitrión*

Los Estados anfitriones pueden intervenir de manera no deseada en el desarrollo de proyectos mineros internacionales. Una de estas formas de intervención, que constituye un riesgo típico asociado a proyectos mineros, es la expropiación directa o indirecta de las inversiones del nacional de otro Estado.

##### 4.1.1. *Expropiación directa*

La expropiación directa abarca no solo la expropiación formal que está contemplada en las legislaciones nacionales, sino también cualquier medida del Estado anfitrión que supone la transferencia formal del título de propiedad de la inversión<sup>19</sup> contra la voluntad del inversor.

Es importante precisar que los acuerdos internacionales de protección de las inversiones contemplan un apartado sobre expropiación y, por lo general, establecen que una expropiación es legal cuando se realiza por causa de utilidad pública o propósito público, de una manera no discriminatoria, mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización (a valor justo de mercado) y con apego al principio del debido proceso. Si no se cumplen los requisitos que se contemplan en los acuerdos de inversión, la expropiación no es legal y, por tal, las acciones adoptadas por el Estado anfitrión constituirían una violación a lo dispuesto en el acuerdo de inversión.

<sup>18</sup> VIDARTE, José. «El flujo de caja descontado como la mejor metodología en la determinación del valor de una empresa». En *Revista Gestión & Desarrollo*, vol. 6, n.º 2, julio-diciembre 2009, p. 106.

<sup>19</sup> HUGUES, Juan Pablo y Jimena MORENO. «Mitos y realidades del arbitraje inversionista-Estado en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte: la experiencia mexicana». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, enero 2016, p. 156.

En la actualidad, la expropiación directa de propiedad es poco común ya que, los gobiernos son cada vez más conscientes de la percepción negativa asociada a las expropiaciones formales y directas de la propiedad y, además, tienen un alto costo fiscal.<sup>20</sup> Por lo general, una expropiación directa que no cumpla con los requisitos básicos, esto es, por causa de utilidad pública o propósito público, de una manera no discriminatoria, mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización y con apego al principio del debido proceso será declarada como violatoria de los acuerdos internacionales y, por tanto, dará lugar a una indemnización a favor del demandante.

Un caso reciente en el que se alega una expropiación directa de una inversión es *South American Silver Ltd. vs. Bolivia*.<sup>21</sup> La compañía *South American Silver Limited* demandó a la República de Bolivia, entre otros, por haberle expropiado directamente su inversión en el proyecto minero *Malku Khota* que comprende diez concesiones mineras. Entre otras acciones, la República de Bolivia emitió el Decreto Supremo 1308 que revierte al Estado de Bolivia los derechos mineros y le encarga su administración a la Corporación Minera de Bolivia, razón por la cual *South American Silver* demandó un incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito por Bolivia y Reino Unido en 1988. El tribunal arbitral resolvió que la reversión de los derechos mineros al Estado constituía una expropiación directa a la luz del tratado puesto que implicaba una transferencia formal de las concesiones mineras. Por tal, determinó que Bolivia debía pagar una compensación ascendente a US\$ 18,7 millones.

Otros arbitrajes de inversión en los que se alegó una expropiación directa son *Rusoro Mining Ltd. vs. la República Bolivariana de Venezuela*<sup>22</sup> y *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S. A. y Allan Fosc Kaplún vs. la República Bolivariana de Venezuela*.<sup>23</sup> En este último, Venezuela revocó, a través del Decreto 27,589, las concesiones mineras de *Quiborax* sin cumplir con el debido proceso. El tribunal determinó que la revocatoria de las concesiones mineras constituyó una expropiación y, por tal, una violación de lo dispuesto en el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito por Chile y Bolivia en 1994.

#### 4.1.2. *Expropiación indirecta*

La expropiación indirecta supone un proceso de toma de control o propiedad de un activo o inversión privada o actos equiparables, no a través de una transferencia formal de la propiedad o incautación física, sino a través de acciones gubernamentales cuyo objetivo persigue despojar al propietario de los beneficios de su inversión. Como se define en la mayoría de los acuerdos de protección de la inversión, es un acto o una serie de actos de gobierno que tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

La expropiación indirecta es la manera más común a través de la cual los gobiernos procuran nacionalizar y tomar control de activos mineros en diversas jurisdicciones.

Las principales formas de expropiación indirecta en proyectos mineros internacionales son las siguientes:

i. **La denegatoria, no renovación o revocatoria de permisos, autorizaciones o licencias**

A pesar de que el titular cuente con las concesiones mineras necesarias para explorar y explotar minerales, requerirá otros permisos ambientales, arqueológicos, de aguas y/o de construcción, etc., para desarrollar y operar el proyecto. En este escenario, la denegación, retención, no renovación o revocatoria de permisos constituye una de las formas más comunes de acciones gubernamentales destinadas a expropiar las inversiones en activos mineros y

<sup>20</sup> BURNETT, Henry y Louis-Alex BRET. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>21</sup> *South American Silver Ltd. vs. Bolivia* Caso PCA n.º 2013-15.

<sup>22</sup> *Rusoro Mining Ltd. vs. la República Bolivariana de Venezuela* Caso CIADI n.º ARB(AF)/12/5.

<sup>23</sup> *Quiborax S. A., Non Metallic Minerals S. A. y Allan Fosc Kaplún vs. la República Bolivariana de Venezuela* Caso CIADI n.º ARB/06/2.

también un medio a través del cual los Estados anfitriones han ejercido presión sobre los inversores mineros.

En términos generales, el proceso de obtención de los permisos, licencias y/o autorizaciones y las facultades que tienen las autoridades administrativas para determinar el cumplimiento operativo de lo establecido y/o autorizado en estos permisos abre una ventana para expropiar activos mineros. El análisis sobre la ilegalidad de una acción gubernamental en este sentido dependerá del caso concreto materia de análisis, del marco regulatorio existente, así como del que regía al momento en que se realizó la inversión.

Hay numerosos casos de controversias entre inversionistas y Estados que involucran la denegación o revocación de permisos, autorizaciones o licencias de los proyectos mineros internacionales involucrados. Entre ellos tenemos el caso *Crystallex International Corp. vs. la República Bolivariana de Venezuela*<sup>24</sup> en el que el inversionista demandó una expropiación indirecta de sus inversiones en el proyecto minero internacional Las Cristinas que contiene uno de los depósitos de oro sin desarrollar más grandes del mundo. En 2008, Venezuela denegó a Crystallex un permiso para explotar los depósitos de oro en Las Cristina y en el 2011 resolvió el Contrato de Exploración Minera (COM) que le otorgaba al inversionista el derecho a recibir todo el producto de la venta del oro que produjera. El tribunal arbitral determinó que Venezuela expropió las inversiones de Crystallex y que, por tal, incumplió con lo dispuesto en el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito por Canadá y la República Bolivariana de Venezuela invocado por la demandante.

Otros arbitrajes de inversión en los que se discute la denegatoria, no renovación o revocatoria de permisos son *Bear Creek vs. la República del Perú y Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. República de El Salvador*.<sup>25</sup>

- Si bien el análisis del tribunal arbitral varía en función de los hechos y particularidades de cada caso, en términos generales, los puntos y/o factores que el tribunal analiza para determinar si el Estado anfitrión ha realizado una expropiación indirecta son:
- Si la empresa minera tenía derechos susceptibles de ser expropiados, es decir, si el activo expropiado constituye una inversión, en los términos del acuerdo internacional de protección a las inversiones invocado.
- Si la denegación, no renovación o revocatoria del permiso constituye una expropiación indirecta, es decir, si la medida priva al inversor del goce o los beneficios de su inversión, si bien el propietario original conserva el título sobre los bienes o los derechos.
- Si se cumplieron las condiciones para la expropiación conforme al acuerdo internacional de protección de las inversiones invocado. En este punto, el tribunal arbitral analizará si la medida es arbitraria o ilícita. Para ello, verificará si se cumplen, entre otras, las siguientes condiciones: que la expropiación sea para un fin público, conforme al debido proceso previsto en la ley, de manera no discriminatoria y mediante una compensación pronta, adecuada y efectiva. Es importante precisar que dado que en el caso de una expropiación indirecta no hay una transferencia formal de la propiedad, rara vez se cumplen con estos requisitos.

<sup>24</sup> *Crystallex International Corp. vs. la República Bolivariana de Venezuela* Caso CIADI n.º ARB(AF)/11/2.

<sup>25</sup> *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. República de El Salvador* Caso CIADI n.º ARB/09/17.

ii. **Cambios sustanciales al marco regulatorio**

Los Estados anfitriones pueden realizar cambios a la regulación y/o prohibiciones que resulten extremadamente estrictas para el sector minero. Estos cambios o prohibiciones pueden bloquear o retrasar sustancialmente los proyectos mineros y relacionarse directamente con la minería, o pueden ser cambios, por ejemplo, a la regulación ambiental para alejar a los inversionistas de un área determinada de interés del Estado.

Es importante precisar que los cambios sustanciales al marco regulatorio de un Estado anfitrión son acciones generales que afectan de manera transversal todos los proyectos mineros ubicados en su territorio. Por ello, esta medida es una forma de expropiación poco común, ya que es usual que las afectaciones sean dirigidas a una empresa o proyecto minero concreto.

iii. **Aumento de impuestos, cargas o regalías**

Como explicamos, los Estados anfitriones tienen la potestad de gravar las actividades mineras y de modificar el marco tributario que les es aplicable. Hay diversas formas en las que un gobierno puede estructurar los aumentos de impuestos sobre proyectos mineros. Primero, se puede reemplazar un impuesto único sobre la renta de las empresas mineras por un Impuesto a la Renta progresivo (donde la tasa impositiva aumenta con cada incremento de la renta imponible neta adicional). Segundo, se pueden imponer impuestos extraordinarios relacionados con los precios, donde la tasa de impuestos o regalías está indexada a los precios de los minerales subyacentes. Tercero, se pueden imponer impuestos adicionales cuando la tasa de rendimiento de una empresa minera supera un cierto nivel (p. ej., impuestos sobre las ganancias excepcionales, impuestos sobre la renta de los recursos, impuestos sobre la tasa de rendimiento, sobretasa, etc.).<sup>26</sup>

En general, la creación de nuevos impuestos o gravámenes aplicables a la actividad minera, así como el incremento de los tributos existentes se encuentra dentro de la potestad tributaria de los Estados anfitriones. Sin embargo, si la medida tributaria genera una *privación sustancial* de la inversión, los tribunales arbitrales podrían determinar que los Estados anfitriones expropiaron activos mineros.

Es importante precisar que, en la práctica arbitral, no es claro que significa «una privación sustancial» y la determinación de esta circunstancia depende mucho de los hechos y particularidades de cada caso. Sin perjuicio de ello, el estándar que se usó, por ejemplo, en el caso *Burlington Resources Inc. vs. Ecuador*,<sup>27</sup> en el que se analizó la privación sustancial de la inversión, es que no existe privación sustancial (ni expropiación indirecta en consecuencia) si la inversión sigue en capacidad de producir. En ese caso, a pesar de que se impuso un tributo del 99 % sobre las ganancias petroleras, el tribunal arbitral determinó que no había una expropiación indirecta en la medida que «la inversión no perdió su capacidad de para generar rentabilidad comercial». Cabe mencionar que si bien en este caso se determinó que no existía una privación sustancial ni expropiación indirecta, eso no quiere decir que la medida no pueda contravenir algún principio o estándar de protección como, por ejemplo, el trato justo y equitativo.

#### 4.2. *Controversias vinculadas a cuestiones ambientales*

El desarrollo de proyectos mineros internacionales impacta en el medio ambiente y puede dar lugar a la contaminación o transformación de ecosistemas, por lo que la minería es particularmente sensible a los riesgos ambientales.

<sup>26</sup> BURNETT, Henry y Louis-Alex BRET. *Op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>27</sup> *Burlington Resources vs. la República de Ecuador* Caso CIADI n.º ARB/08/5.

Debido al impacto ambiental por el desarrollo de actividades mineras, los Estados anfitriones han adoptado regulaciones ambientales aplicables a la minería. Estas regulaciones pueden imponer requisitos ambientales estrictos o pueden afectar el desarrollo del proyecto minero internacional o su rentabilidad y ello puede dar lugar a disputas de inversión en minería vinculadas a temas ambientales.

Es importante precisar que, los Estados anfitriones tienen la potestad de regular las actividades mineras, en especial, en lo que respecta a su impacto al ambiente. Sin embargo, al momento de imponer una medida de protección al medio ambiente se deberán observar los principios de proporcionalidad y razonabilidad entre la medida adoptada y el objetivo que se pretende alcanzar.

Ejemplo de ello es el caso *Infinito Gold Ltd. vs. la República de Costa Rica*<sup>28</sup> que resolvió una controversia relacionada con el proyecto de minería de oro (a cielo abierto) en el área de Las Crucitas, en Costa Rica. El 5 de junio 2002, la República de Costa Rica declaró una moratoria por tiempo indefinido sobre la actividad de minería a cielo abierto debido al impacto que causaba el desarrollo de este tipo de minería en el medio ambiente. La declaración de esta moratoria impactaba en las inversiones de *Infinito Gold* por lo que el inversionista inició un arbitraje alegando una violación al Tratado Bilateral de Inversiones suscrito por Costa Rica y Canadá en 1998. Tras analizar el tema ambiental y el fondo de la controversia, el tribunal arbitral determinó que es legítimo que Costa Rica se declarara libre de la minería metálica a cielo abierto, como un objetivo soberano para proteger el medio ambiente, pero al tomar esa decisión se tenía que considerar la posible existencia de trámites en curso relacionados con la obtención de un permiso de exploración o explotación minera, y resguardar su situación. En este caso, Costa Rica inobservó esto por lo que se violaron los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la Administración Pública.

Otro arbitraje de inversión que involucra temas ambientales es *Glamis Gold, Ltd. vs. los Estados Unidos de América*. *Glamis* demandó a los Estados Unidos de América por supuestas lesiones a su proyecto minero ubicado dentro de la Reserva del Desierto de California y en áreas designadas de especial importancia cultural, cercanas (pero no dentro) a las tierras de la reserva de la tribu Quechan. En este caso, California decretó medidas regulatorias que incluían requerir el rellenado y nivelado a operaciones de minería cercanas a los sitios sagrados de las tribus indígenas. *Glamis* cuestionó dichas medidas, argumentando que eran arbitrarias y discriminatorias, y que estaban destinadas a bloquear su proyecto en lugar de abordar genuinamente las preocupaciones ambientales y culturales asociadas a la actividad minera en general. *Glamis* sostenía que el costo de cumplir con las medidas reducía el proyecto a un valor negativo y, por ello, constituía una expropiación en violación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA). El tribunal arbitral desestimó las pretensiones de *Glamis* y sostuvo que su derecho a practicar la minería seguía teniendo un valor considerable y que las acciones del Estado no llegaban a constituir una expropiación.

### **4.3. Controversias vinculadas a conflictos sociales**

En el desarrollo de los proyectos mineros internacionales pueden existir comunidades locales (incluidas comunidades nativas o indígenas) y organizaciones religiosas que se verán impactadas por el proyecto. Estos actores pueden estar en desacuerdo con la empresa minera que desarrolla el proyecto y, como consecuencia de ello, pueden surgir conflictos o disputas sociales. Los conflictos entre las empresas mineras y las comunidades locales u organizaciones afectadas han estado principalmente vinculados a supuestos impactos ambientales, disputas territoriales, a violaciones de los derechos humanos y al incumplimiento de los compromisos sociales asumidos por dichas empresas.

Los ejemplos de proyectos mineros bloqueados o impedidos por las comunidades locales están aumentando en todo el mundo y, actualmente, existe una preocupación latente de las empresas mineras por obtener y conservar su «licencia social para operar», incluido el soporte de la comunidad local

---

<sup>28</sup> *Infinito Gold Ltd. vs. la República de Costa Rica*. Caso CIADI n.º ARB/14/5.

y organizaciones religiosas. La licencia social hace referencia al nivel de aceptación o aprobación por parte de las comunidades locales y las partes interesadas de las empresas mineras y sus operaciones.<sup>29</sup>

Es importante precisar que, la existencia de un conflicto social por sí solo no debería dar lugar a una demanda en contra de un Estado anfitrión. Para que un conflicto social dé lugar a una demanda contra un Estado hace falta que exista una acción u omisión de este que genere una afectación al inversionista o empresa minera tutelada por algún tratado que proteja las inversiones.

En tal sentido, si bien es evidente que la actividad minera está sujeta a riesgos sociales que pueden afectar el desarrollo de un proyecto o una operación minera en marcha, estos conflictos solamente deberían materializarse en controversias que pueden resolverse en arbitrajes de inversión en la medida que impliquen una acción u omisión del Estado anfitrión que viole algún acuerdo internacional de protección de las inversiones.

Por ejemplo, un arbitraje de inversión en el que un Estado anfitrión adoptó una acción en el marco de un conflicto social que violó un tratado internacional es *South American Silver Ltd. vs. Bolivia*.<sup>30</sup> En este caso, el inversionista demandó el incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito por Bolivia y Reino Unido debido a que mediante la emisión de un decreto supremo se le expropió su inversión en el proyecto minero Malku Khota. El proyecto minero Malku Khota tenía gran oposición de las comunidades campesinas y los aillus, e incluso se habían presentado varios incidentes a lo largo del desarrollo del proyecto, por lo que Bolivia aprovechó este contexto para dictar el decreto supremo que revertía al Estado los diez derechos mineros que comprendía el proyecto. El tribunal arbitral determinó que el conflicto social y la situación de violencia era innegable a la luz de las pruebas aportadas y que el decreto de reversión se emitió por esas razones. Sin embargo, la existencia del conflicto social no eximía a Bolivia de que la reversión cumpla con los requisitos del artículo 5 del Tratado Bilateral de Inversiones invocado (relativos a la causa de utilidad pública y beneficio social, y debido proceso y pago de compensación pronta y adecuada). En este caso no se cumplió con el requisito de pago, por lo que el tribunal arbitral determinó que se expropió la propiedad de los demandantes ilegalmente y ordenó el pago de la compensación ascendente a US\$ 18,7 millones.

El único caso arbitral que hemos identificado en el que se resolverá si una supuesta omisión de un Estado anfitrión en el marco de un conflicto social habría violado un tratado internacional es *Lupaka Gold Corp. vs. la República del Perú*.<sup>31</sup> En este caso, el inversionista demandó al Estado peruano ante el CIADI bajo el TLC Canadá-Perú solicitando una compensación económica por más de 100 millones de dólares por su falta de apoyo para eliminar el bloqueo ilegal y restaurar los derechos que la empresa minera tenía para el desarrollo de su proyecto minero de oro *Invicta*. Este caso se inició en el 2020 y aún se encuentra pendiente de ser resuelto por el CIADI.

Finalmente, es importante mencionar que los acuerdos de protección de las inversiones modernos incluyen cláusulas que resguardan el ejercicio del poder de policía de los Estados y las excepciones que tienen para actuar en temas que sociales pueden ser sensibles. La finalidad de estas cláusulas modernas es evitar el llamado *regulatory chill*, que es un término utilizado en el arbitraje de inversiones para hacer referencia a la reticencia de los Estados a adoptar leyes o regular por temor al riesgo de arbitraje.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> BURNETT, Henry y Louis-Alex BRET. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>30</sup> *South American Silver Ltd. vs. Bolivia* Caso PCA n.º 2013-15.

<sup>31</sup> *Lupaka Gold Corp. vs. Republic of Peru* Caso CIADI n.º ARB/20/46.

<sup>32</sup> VAN DAN, Joost. «Future in Investor-State Dispute Settlement: a Good Idea or Not?». En *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2016.

## 5. LOS *THIRD PARTY FUNDING* (TPF) Y SU RELEVANCIA EN LOS ARBITRAJES DE INVERSIONES VINCULADOS A PROYECTOS MINEROS

El arbitraje internacional, incluido el arbitraje de inversión internacional, se ha visto influenciado por la aparición de una nueva figura: el *Third Party Funding* (TPF).

Los TPF son terceros ajenos al arbitraje que se encargan de financiar (a uno o ambas partes) los costos de un proceso arbitral, esperando que dicha parte sea victoriosa y su éxito le traiga un beneficio económico.<sup>33</sup> En la práctica, esta relación se materializa por medio de un contrato que vincula a una de las partes del arbitraje al TPF.

El uso de esta figura en el mundo del arbitraje ha venido en aumento debido a que, permite a una parte obtener los fondos necesarios para iniciar el arbitraje o defenderse de una acción. A pesar de ello, a la fecha hay escasa regulación sobre los TPF y, por tal, es frecuente que en el marco de un proceso arbitral se cuestione su legalidad, la participación del TPF en el arbitraje, la constitución de una garantía de costos, entre otros.

Es importante precisar que, los arbitrajes de inversiones vinculados a proyectos mineros internacionales no han sido ajenos a la aparición de esta nueva figura. Tan es así que en el caso *South American Silver Ltd. vs. Bolivia*, vinculado al proyecto minero Malku Khota, el inversionista obtuvo financiamiento de un TPF. En este arbitraje, con relación al TPF, se discutió la obligación de *South American Silver* de: i) constituir una garantía de costos; ii) informar la identidad del TPF; y, iii) revelar el contrato suscrito con el TPF.

Respecto al primer punto, es importante precisar que una garantía de costos o *security for cost* es una forma especial de medida cautelar que busca asegurar que el demandante pueda pagar una posible decisión de pago de costos en su contra. El tribunal arbitral en el caso en el caso *South American Silver Ltd. vs. Bolivia*, estableció que el estándar para otorgar una garantía de costos es bastante elevado y únicamente ha sido concedido en un arbitraje de inversión (p. ej., *RSM vs. Saint Lucia*). De acuerdo con la posición del tribunal arbitral, para otorgar una garantía de costos se debe verificar la necesidad y urgencia de la medida, es decir, si existen circunstancias extremas y excepcionales que demuestren un riesgo económico real para el demandado. En ese caso, tras efectuar dicho análisis, el tribunal arbitral determinó que el hecho de contar con un TPF no es sinónimo de imposibilidad de pago o insolvencia y, por tal, resolvió que no correspondía constituir una garantía de costos basado en ese único hecho.

En cuanto al punto ii), el tribunal arbitral determinó que, en aras de la transparencia del proceso, correspondía que *South American Silver* revelara el nombre del tercero financista.

Finalmente, respecto a la obligación de *South American Silver* de revelar el contrato, el tribunal arbitral desestimó este pedido debido a que: 1) ya había resuelto que no se dan las circunstancias excepcionales necesarias para ordenar la garantía de las costas y la mera existencia del financiador no es suficiente para ordenarla; y, 2) en esas circunstancias, no era relevante conocer si el TPF asumía o no una eventual condena de costos.

Consideramos que, en el futuro, los TPF serán actores relevantes en controversias de inversiones vinculadas a proyectos mineros internacionales por lo que será necesario implementar nuevas disposiciones que regulen su participación en los procedimientos arbitrales.

<sup>33</sup> THEODULOZ, Santiago. «*Third Party Funding*, sua relevância e influência atual no mundo da arbitragem internacional». En *Revista de Derecho de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho*, 2019.

## 6. MARCO LEGAL PERUANO DE PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES

El marco legal e institucional peruano otorga a los inversionistas extranjeros diversos derechos y garantías que se encuentran reconocidos no solo en tratados y acuerdos internacionales de protección a las inversiones, sino también en: i) la Constitución; y ii) normas con rango de ley. A continuación, desarrollamos las principales protecciones y garantías.

### 6.1. Constitución Política del Perú

La Constitución política del Perú consagra los siguientes derechos y garantías en favor del inversionista extranjero:

#### i. Propiedad privada

El derecho de propiedad es uno de los pilares del régimen jurídico peruano y ha sido desarrollado en extenso en sede constitucional. El artículo 2 de la Constitución contiene un listado de derechos fundamentales de la persona, entre los que está el derecho a la propiedad privada. Al respecto, el artículo 70 de la Constitución, ubicado en el título económico, establece 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».

Conforme al marco jurídico peruano, a nadie puede privarse de su propiedad si no, 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.

Es importante precisar que la propiedad es entendida por el Tribunal Constitucional del Perú<sup>34</sup> (en adelante, TC) como la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica. Así, la propiedad es un concepto amplio que incluye bienes y derechos, tangibles e intangibles, dentro de los que está el capital, las acciones y el dinero.

Se debe considerar, además, que el artículo 32 de la propia Constitución establece que no pueden someterse a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, como lo es el derecho a la propiedad. Estas son garantías fundamentales al individuo en la medida que lo protegen en sus derechos frente a la voluntad de la mayoría o al vaivén político y dificultan que, incluso ante un eventual cambio en la Constitución, se elimine la propiedad privada, se la reduzca a su mínima expresión o se la someta completamente al arbitrio del Estado.

#### ii. Igualdad de trato

El artículo 63 de la CPP establece que «la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones», lo que no hace sino consagrar el principio de igualdad.

El TC ha demarcado el concepto de «inversiones», estableciendo que son «aquella acción mediante la cual los agentes económicos —personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos— realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumos, equipos, etc.».<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Exp. N.º 00008-2003-AI/TC, fundamento 26(a).

<sup>35</sup> Exp. n.º 00020-2011-AI/TC, fundamento 11, citando el Exp. n.º 0018-2003-AI/TC.

iii. **Propiedad de extranjeros**

La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros es uno de los pilares del ordenamiento jurídico peruano y el derecho de propiedad no escapa a este concepto. El artículo 71 de la Constitución hace referencia a que «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».

En primer lugar, la regla general con respecto a la propiedad es que los nacionales y los extranjeros están en igualdad de condiciones ante la ley (principio de igualdad) de forma que ninguna norma en el sistema jurídico puede discriminar entre unos y otros. Esta es una garantía para los extranjeros que es transversal a todo el sistema legal peruano y llena de contenido las demás normas del sistema. La norma es de vital importancia puesto que impone un doble nivel de protección al individuo, ya que cualquier limitación a la propiedad debe (i) respetar el derecho de propiedad en sus alcances; y, además, (ii) no ser discriminatoria. Esta norma, al ser de rango constitucional, limita la potestad del Congreso —y, obviamente, del Ejecutivo— de emitir normas discriminatorias.

Esta amplia garantía de paridad de trato admite una excepción que consiste en la limitación a la propiedad de los extranjeros en zonas de frontera, regla que tiene su fundamento en la seguridad nacional. Sin embargo, puede darse excepciones a esta regla en casos de necesidad pública declarada por decreto supremo (norma dictada por el Ejecutivo), como ha ocurrido en diversas ocasiones para permitir determinados proyectos e inversiones.

Lo que es más importante —fuera de esta única excepción— es que no es posible discriminar a los extranjeros. Esta protección es importante en términos prácticos, ya que sería inconstitucional cualquier intención, declaración o acción irrazonable del Gobierno que busque «favorecer» o «promover» la industria nacional mediante la restricción a determinados derechos protegidos de los extranjeros.

iv. **Limitaciones al derecho de propiedad**

El artículo 70 de la Constitución Política del Perú establece que la propiedad debe ejercerse en «armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley». El TC ha examinado cuáles son estos límites y en esta línea ha señalado que la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general, las que no pueden afectar la libertad ni imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la naturaleza de este derecho. En concreto, señala que: «[...] existen restricciones admisibles para el goce y ejercicio este derecho, las mismas que deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) estar establecidas por ley; (ii) ser necesarias, (iii) ser proporcionales; y, (iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Así, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución, sin otras excepciones».

En tal sentido, este órgano reconoce que, al igual que otros derechos, el derecho a la propiedad no es absoluto y que puede ser limitado o restringido tomando en cuenta el bien común o el interés general. Sin embargo, estas limitaciones no pueden ser arbitrariamente impuestas. En primer lugar, existe el criterio general que las limitaciones no podrán poner «trabas intensas» al ejercicio del derecho «que desconozcan su indemnidad».<sup>36</sup> Existe, pues, un contenido esencial protegido de la propiedad del cual no se puede privar constitucionalmente a la persona.

---

<sup>36</sup> Exp. n.º 00008-2003-AI/TC, fundamento 26(a).

## 6.2. Normas con rango de ley

Dos de las normas más importantes que consagran derechos y garantías en favor del inversionista extranjero son el Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras Mediante el Reconocimiento de Ciertas Garantías (Decreto Legislativo n.º 662) y la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (Decreto Legislativo n.º 757), ambas de 1991.

El Decreto Legislativo n.º 662 artículo 1 define expresamente qué se considera como «inversión extranjera». Asimismo, en su artículo 2, el Decreto Legislativo n.º 662 establece que los inversionistas extranjeros y las empresas en las que estos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, sin más excepciones que las establece la Constitución Política y las disposiciones del mismo Decreto. Establece también el mismo artículo que en ningún caso se discriminará entre inversionistas ni entre empresas en función a la participación nacional o extranjera en las inversiones.

Por su parte, el artículo 29 del mismo Decreto Legislativo n.º 662 y el artículo 12 del Decreto Legislativo n.º 757 establecen que el Estado, o las entidades del Gobierno, en todos sus niveles, no podrán dar tratos diferenciados a los inversionistas nacionales y extranjeros.

Como se puede apreciar, estos decretos legislativos establecen un régimen amplio de protección a las inversiones extranjeras.

## 7. CONCLUSIONES

- A partir del año 2000 se ha incrementado el número de los arbitrajes internacionales de inversión vinculados a proyectos mineros.
- Las principales partes involucradas en proyectos mineros internacionales son los Estados anfitriones y las empresas mineras. Estas partes pueden tener discrepancias o controversias vinculadas al proyecto minero que pueden dar lugar al inicio de arbitrajes internacionales de inversión.
- Los proyectos mineros tienen un ciclo de vida que está conformado por cinco etapas: exploración, evaluación, desarrollo, producción y cierre. La etapa en la que se encuentra el proyecto minero es un aspecto relevante que se analiza en un arbitraje de inversión, sobre todo a efectos de determinar la compensación que corresponde otorgar a la parte afectada.
- Existen riesgos vinculados a los proyectos mineros que dan lugar a disputas internacionales de inversión. Los principales riesgos son: riesgos de expropiación, riesgos ambientales y riesgos sociales.
- El arbitraje de inversión internacional se ha visto influenciado por la aparición de una nueva figura, los TPF. Consideramos que esta figura cobrará mayor relevancia en los próximos años.
- El marco legal e institucional peruano otorga a los inversionistas extranjeros diversos derechos y garantías que se encuentran reconocidos en: i) la Constitución; ii) normas con rango de ley; y, iii) tratados y acuerdos internacionales de protección a las inversiones. En caso haya una violación de las garantías e inversiones reconocidas en el marco legal peruano, el inversionista extranjero tendrá la potestad de demandar al Estado peruano y solicitar una compensación por el daño que le haya sido causado.

**Referencias bibliográficas**

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Exposición ante la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonia del Congreso de la República del Perú*. Conferencia presentada ante el Congreso de la República del Perú, Lima, 19 de mayo de 1997.

Bear Creek vs. la República del Perú Caso CIADI n.º ARB/14/21.

Burlington Resources vs. la República de Ecuador Caso CIADI n.º ARB/08/5.

BURNETT, Henry y Louis-Alex BRET. *Arbitration of International Mining Disputes: Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

CARBAJAL, Christian y Carlos PAITÁN. «Protección de Inversiones Extranjeras en América Latina y Arbitraje Internacional: la Experiencia del Perú». En AA. VV. *Derecho arbitral*. Lima, 2013.

Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. República del Salvador Caso CIADI n.º ARB/09/17.

Crystallex International Corp. vs. la República Bolivariana de Venezuela Caso CIADI n.º ARB(AF)/11/2.

HUGUES, Juan Pablo y Jimena MORENO. «Mitos y realidades del arbitraje inversionista-Estado en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte: la experiencia mexicana». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, enero 2016.

Infinito Gold Ltd. vs. la República de Costa Rica. Caso CIADI n.º ARB/14/5.

JORRAT, Michael. *Renta económica, régimen tributario y transparencia fiscal en la minería del cobre en Chile y el Perú*. Recuperado de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46869/1/S2100192\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46869/1/S2100192_es.pdf).

Lupaka Gold Corp. vs. Republic of Peru Caso CIADI n.º ARB/20/46.

MONALDI, Francisco J. «The Cyclical Phenomenon of Resource Nationalism in Latin America». En *Rice University's Baker Institute for Public Policy*, 31 de marzo de 2020. Recuperado de <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.1523>.

Quiborax S. A., Non Metallic Minerals S. A. y Allan Fosk Kaplún vs. la República Bolivariana de Venezuela Caso CIADI n.º ARB/06/2.

Renée Rose Levy de Levi c. República de Perú, Caso CIADI n.º ARB/10/17.

Rusoro Mining Ltd. vs. la República Bolivariana de Venezuela Caso CIADI n.º ARB(AF)/12/5.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «La habilitación constitucional, para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú». En *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010.

SCHREUER, Christoph. «Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral». En *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 5, julio-diciembre del 2006.

South American Silver Ltd. vs. Bolivia Caso PCA n.º 2013-15.

Técnicas Medioambientales Tecmed vs. United Mexican States, Caso ICSID ARB(AF)/00/2, *ICSID Review-FILJ*, vol. 19, n.º 1, 2004, pp. 158-271.

THEODULOZ, Santiago. «*Third Party Funding*, sua relevância e influência atual no mundo da arbitragem internacional». En *Revista de Derecho de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho*, 2019.

UNCTAD. *World Investment Report 2021, International Investment Policies 2021*.

VAN DAN, Joost. «Future in Investor-State Dispute Settlement: a Good Idea or Not?». En *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2016.

VIDARTE, José. «El flujo de caja descontado como la mejor metodología en la determinación del valor de una empresa». En *Revista Gestión & Desarrollo*, vol. 6, n.º 2, julio-diciembre 2009.



## CAPÍTULO 5

### RECURSOS, INFRAESTRUCTURAS Y SISTEMAS CRÍTICOS NACIONALES EN INVERSIONES Y ARBITRAJES QUE IMPACTAN SOBRE LA SEGURIDAD NACIONAL

*Edgardo Mercado Neumann (Perú)<sup>1</sup>*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Recursos vitales y seguridad nacional.— 3. Las amenazas a las infraestructuras críticas en el mundo.— 4. El reconocimiento de los sistemas, amenazas híbridas y ciberseguridad.— 5. De la amenaza al enfoque basado en riesgos.— 6. Los riesgos de los activos críticos en el Perú.— 7. Los recursos, las infraestructuras y los sistemas en el régimen de bienes.— 8. Seguridad nacional y arbitraje.— 9. Consideración final.

#### 1. INTRODUCCIÓN

Todas las teorías sobre el futuro de la humanidad, desde las pesimistas que avizoran el inexorable final hasta las optimistas sobre el potencial salvador de la inteligencia artificial, coinciden en que el problema de la creciente escasez de los recursos mundiales es uno de los principales problemas que nuestra especie tendrá que encarar y resolver para sobrevivir.

Demás está decir que en cualquier escenario de escasez, la conflictividad irá en aumento en todas sus formas, dependiendo cómo evolucionen las amenazas y se implemente una adecuada gestión de riesgos. Constatar que el número absoluto de muertes en las guerras ha venido disminuyendo desde 1946, según informa las Naciones Unidas, no es una referencia tranquilizadora, pues los conflictos y la violencia en sus diferentes formas siguen en aumento a causa de nuevas amenazas y desafíos a la seguridad de las personas y las naciones. Ejemplo de ello es la delincuencia que hoy causa más muertes por homicidios que los conflictos armados.<sup>2</sup>

Pero no necesitamos esperar catástrofes, fallecimientos o daños físicos o virtuales para considerar la existencia de una amenaza. En realidad, basta la probabilidad de ocurrencia de un suceso potencialmente dañino debido a un fenómeno natural o a un hecho del hombre, que ponga en peligro a una persona, sus cosas, su hábitat y su entorno, para encender las alarmas y justificar una intervención. Para ello, hoy en día conceptos como vulnerabilidad, amenaza y riesgo se encuentran íntimamente relacionados e interactúan preventivamente en resguardo de las seguridades nacionales.

En esta línea de prevención, es conocido que la competencia por recursos naturales anima los conflictos armados. Pues bien, esta competencia se ha ido sofisticando y los conflictos armados que alien-

---

<sup>1</sup> Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Coordinador del Diplomado en Derecho de la Infraestructura y del Programa de Segunda Especialidad en Derecho de la Infraestructura y de la Construcción de la Facultad de Derecho de la PUCP. Coordinador del curso de Ciberseguridad en el Centro de Educación Continua de la PUCP.

<sup>2</sup> En 2017 se registraron en el mundo unos 464 000 asesinatos, una **cifra que quintuplicó** los 89 000 decesos ocurridos como consecuencia de conflictos armados durante el mismo año, según los datos divulgados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). La publicación indica que el crimen organizado fue responsable del 19 % de los homicidios en 2017 y subraya que, desde el inicio de este siglo, esas agrupaciones delictivas **han matado a tanta gente como todos los conflictos armados** combinados. Recuperado de <<https://www.un.org/es/un75/new-era-conflict-and-violence>>.

tan, cediendo protagonismo ante nuevas formas de conflictividad. Un concepto más amplio es requerido ahora para identificar nuevas amenazas que surgen en situaciones de crisis o en función no solo a recursos naturales, sino a todos los recursos considerados de valor estratégico, además de las infraestructuras críticas y los sistemas tecnológicos esenciales de una nación.

A continuación, expondremos cómo las nuevas amenazas y las amenazas híbridas que afectan la seguridad mundial, encuentran campo fértil en ámbitos que van más allá del campo militar-policial. Específicamente, interesa la promoción de la inversión extranjera y el creciente impacto que viene causando en los recursos vitales, infraestructuras críticas y sistemas tecnológicos de las naciones, al punto de generar dependencia más que desarrollo, vulnerabilidades más que fortalezas, inseguridades más que certidumbre.

También mostraremos cómo nuevas triadas se forman para vincular conceptos básicos del Derecho como los derechos reales o el derecho de los contratos, en uno de sus lados, con elementos como la inversión nacional o extranjera en otro y la seguridad nacional en el tercero. De estas triadas surge la necesidad de ser más precisos en nuestro lenguaje técnico, abandonar viejas y desusadas estructuras, regular con mayor escrupulosidad conceptos innovadores e implementar su funcionamiento en nuevas dimensiones. Así, por ejemplo, normar clasificaciones útiles de los bienes jurídicos como la que hemos mencionado con relación a recursos, infraestructuras y sistemas; aceptar y regular el derecho al acceso que va desplazando en importancia a la posesión; entender que los contratos son incompletos y que tenemos que aceptar y administrar los riesgos en el largo plazo; ser muy puntuales ante situaciones en que la inversión privada, nacional o extranjera es nociva para las naciones y sus habitantes; evaluar cómo el espacio y el ciberespacio son también dimensiones que afectan nuestros bienes y contratos; entre otros.

## 2. RECURSOS VITALES Y SEGURIDAD NACIONAL

Normalmente, cuando se piensa en recursos vitales, se vincula el concepto a los recursos naturales necesarios para la supervivencia y desarrollo de los seres humanos. Sin embargo, la misma noción sufre una significativa transformación cuando se asocia a la seguridad nacional de un país. De esta manera, si pensamos en el agua, no tendremos problemas en considerarla vital en uno u otro escenario; en cambio, si consideramos un mineral como el litio, el tema es discutible. Hoy en día seríamos ilusos si no consideramos como vital, también, todo aquello que incrementa la vulnerabilidad del Estado o produce graves perturbaciones en el normal funcionamiento de nuestra sociedad.

En materia de seguridad estratégica, las corrientes modernas redefinen los *recursos naturales* para incluirlos en la noción más amplia y genérica de *recurso vital*, que comprende las materias primas y, en general, todos los insumos involucrados en las etapas intermedias de los procesos productivos. Más aún, a raíz de la reciente crisis mundial generada por la COVID 19, se agregaron al concepto productos finales relacionados con la emergencia sanitaria y seguridad alimentaria.

Para aproximarnos a una respuesta, entonces, debemos tener en cuenta que la seguridad es hoy concebida en forma multidimensional, pues congrega una multiplicidad de factores de riesgos y amenazas, cuya integración nace del proceso de globalización. Bajo este proceso, los países vienen identificando nuevas amenazas y desarrollando mecanismos para encararlas. A los escenarios tradicionales (tierra, mar y aire) se suman ahora el espacio y el ciberespacio, por lo que las amenazas se identifican y se evalúan en cinco dimensiones. El análisis de estas dimensiones exige de mayores precisiones, lo que se logra gracias al desarrollo de la metodología científica. Los escenarios se dividen en sectores, los sectores en programas, los programas en intervenciones, las intervenciones en proyectos, los proyectos en procesos, los procesos en ciclos y fases, y estos en entregables y resultados de valor. Todo ello en un marco donde el Estado formula sus objetivos, políticas y planes.

Con estas cinco dimensiones y en especial con el surgimiento del ciberespacio, los escenarios son revalorados. Aparece el territorio inteligente y, junto con él, la importancia de la ciudad inteligente, ávida de inversiones en infraestructuras y sistemas tecnológicos avanzados para entornos resilientes,

colaborativos y sostenibles. Con estas inversiones se advierten vulnerabilidades insospechadas en las *funciones básicas vitales* del Estado, amenazas imprevistas se ciernen sobre sus *capacidades críticas imprescindibles* y surgen riesgos desconocidos que exigen administración.

En este desarrollo, particularmente relevante es el año 2016 cuando se hace patentes las vulnerabilidades que expone la inversión extranjera en el Estado receptor y las amenazas que provienen ahora desde la esfera de lo legal, de lo permitido globalmente, de lo que desde Finlandia se identifica como *amenazas híbridas*.<sup>3</sup> Esta caracterización es el resultado de una intensa controversia surgida ante el cambio de estatus de China en la Organización Mundial del Comercio (OMC) de *economía de no mercado a economía de mercado*. Si bien ingresa el 11 de diciembre de 2001, no es sino hasta el 12 de diciembre de 2016 que la República Popular China puede adquirir el estatus de economía de mercado en la Organización Mundial del Comercio (OMC), fecha en que vence el plazo para que los miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC) decidieran si aceptan que la economía China es de mercado, que se encienden las alertas mundiales. Este nuevo estatus tendría múltiples consecuencias en varias direcciones que escapan al objeto de nuestro análisis. La que nos interesa ahora es el impacto de estas inversiones chinas sobre los recursos, infraestructuras y sistemas tecnológicos mundiales.

Recordemos el emblemático ejemplo del productor chino de electrodomésticos Midea, que en el año 2016 compró acciones para hacerse de una posición mayoritaria en el fabricante alemán de robots industriales Kuka. Midea logró cerrar esta operación muy controvertida en Alemania por motivos políticos (recurso vital) y el temor a que la empresa asiática adquiriera los conocimientos tecnológicos de Kuka y los traslade a China. Hasta ese momento, Europa había recibido con brazos abiertos al inversor chino, pero casi siempre en inversiones que se realizaban en pymes.

Otro tema de gran interés, sin duda, es el acceso a recursos naturales objeto de derechos humanos fundamentales como el agua, las contradicciones en el tratamiento de este derecho humano en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) y las asimetrías en favor de las inversiones protegidas por estos acuerdos que permiten al inversionista extranjero desafiar el derecho interno de los gobiernos receptores, incluso normativas protectoras de derechos humanos, cuando consideran que la rentabilidad de sus inversiones está en riesgo o, peor aún, cuando no prevén las reacciones populares y la conflictividad social que surge en las etapas de construcción, operación o mantenimiento, por la falta de consulta o de *socialización* con las poblaciones afectadas.

### 3. LAS AMENAZAS A LAS INFRAESTRUCTURAS CRÍTICAS EN EL MUNDO

Como parte del fenómeno antes descrito, los recursos naturales son redefinidos como vitales y comparten espacio con dos categorías innovadoras: las infraestructuras y los sistemas. Desde principios del este siglo XXI, las naciones empezaron a considerar seriamente los conceptos infraestructura crítica y sistemas esenciales, para protegerse de fenómenos nuevos, como las amenazas provenientes del terrorismo internacional, la proliferación de armas de destrucción masiva, el crimen organizado o los ciberataques.

El impacto que producen las inversiones en infraestructuras es avasallador, pues los servicios masivos o públicos derivados de ellas repercuten en la calidad de vida cotidiana de los habitantes y son política, técnica, económica y socialmente medibles. Así, dentro de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas, destaca el noveno, consistente en construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización sostenible y fomentar la innovación. Las infraestructuras deben hacer frente al reto del crecimiento de la población mundial, pero también a los progresivos peligros físicos provenientes del terrorismo, o los asociados al clima extremo, los desastres naturales o el ciberespacio.

---

<sup>3</sup> Centro de Excelencia Europeo para la Lucha contra las Amenazas Híbridas (Hybrid CoE, por sus siglas en inglés), con sede en Helsinki, capital finlandesa. La desinformación y la propaganda de red, así como la protección de infraestructuras, destacan como las más importantes

La *resiliencia de la infraestructura* puede asociarse con cuatro atributos: la capacidad para soportar un evento extremo sin que el colapso sea total o completo; su rápida recuperación en forma eficiente y efectiva; la reserva de componentes sustitutos; y la capacidad técnica del encuentro de soluciones innovadoras.

Junto con la resiliencia, el concepto de *brecha de la infraestructura* fue adquiriendo mayor importancia entre los líderes mundiales y las organizaciones internacionales en el presente siglo. El conocimiento de las brechas es esencial para entender la seguridad de todos los países, pero en especial para los que se encuentran en vías de desarrollo. Los indicadores de brechas son expresiones cuantitativas que reflejan la magnitud de los déficits de infraestructura y, con ello, las limitaciones al derecho al acceso de los servicios públicos. Se elaboran a partir de un conjunto de variables interrelacionadas entre sí, que permiten su medición en un determinado momento en el tiempo. Sirven también para evaluar y monitorear las inversiones asociadas a una determinada cadena funcional y orientada a la atención de un servicio público específico.

Un tercer concepto a considerar es el del *control de las infraestructuras*, pues todos los países piensan que la propiedad es estratégica e importante para la competitividad global. En el caso de los países en desarrollo, esta competitividad reviste una mayor importancia aún por la frágil estructura política que los caracteriza. El hecho de que la erosión de la competitividad y la falta de desarrollo económico y social desemboque en una grave crisis social, conlleva a una particular preocupación por la seguridad nacional que puede verse afectada por una inversión extranjera nociva según modalidades detectadas en los últimos años.

Sostener que la inversión puede ser nociva y amenazar infraestructuras críticas parece una contradicción y un sinsentido, pues lo natural es pensar lo contrario, que necesitamos promover la inversión en infraestructuras para la prestación de más y mejores servicios públicos o masivos a la población. Sin embargo, no necesariamente es así, en especial al constatarse la presencia de factores especiales relacionados al inversor extranjero, como (i) si está controlado directa o indirectamente por el Gobierno de un tercer país; (ii) si ha participado o participa en actividades que puedan afectar a la seguridad o el orden público del país receptor; y (iii) si existe un riesgo grave de que realice actividades delictivas o ilegales.

A partir de la experiencia con la inversión en la empresa alemana Kuka antes mencionado, se dio un fuerte debate respecto a los controles a la inversión de China en Europa. Hasta ese entonces no existían mecanismos de control de inversiones extranjeras similares a los que tenía, por ejemplo, el Comité de Inversiones Extranjeras (CFIUS) estadounidense. Este debate determinó respuestas desde lo jurídico y mayores controles. En adelante, nos explica uno de sus líderes, «La Unión Europea seguirá estando abierta a la inversión extranjera, pero esta apertura no es incondicional. Para responder a los retos económicos actuales, salvaguardar los activos europeos clave y proteger la seguridad colectiva, los Estados miembros de la UE y la Comisión deben colaborar estrechamente. Si queremos lograr una autonomía estratégica abierta, es fundamental contar con una cooperación eficaz en materia de control de las inversiones a escala de la UE. Ahora estamos bien equipados para ello».<sup>4</sup>

El Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, establece el primer marco legal para este tipo de control de las inversiones extranjeras directas.<sup>5</sup> Señala que para determinar si una inversión extranjera directa puede afectar a la seguridad o al orden público, los Estados miembros y la Comisión pueden tener en cuenta sus efectos potenciales, entre otros, en

<sup>4</sup> Mecanismo de control de las inversiones extranjeras de la UE (europa.eu).

<sup>5</sup> El concepto de infraestructura crítica ya era utilizado por Consejo de la Unión Europea, como se observa en la Directiva 2008/114/CE, de 8 de diciembre, en vigor desde el 12 de enero de 2009, sobre la identificación y designación de infraestructuras críticas europeas.

(i) infraestructuras críticas,<sup>6</sup> ya sean físicas o virtuales (incluidas las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles), así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras; (ii) tecnologías críticas y productos de doble uso, incluidas la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespacial, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías.

El considerando décimo tercero del mismo Reglamento señala que para determinar si una inversión extranjera directa puede afectar la seguridad o el orden público, los Estados miembros y la Comisión deben tener en cuenta todos los factores pertinentes, como los efectos sobre las infraestructuras críticas y las tecnologías (incluidas las tecnologías esenciales), así como los insumos que son primordiales para la seguridad o el mantenimiento del orden público, cuya perturbación, fallo, pérdida o destrucción tendría un impacto significativo en un Estado miembro o en la Unión. A este respecto —agrega el mismo considerando— los Estados miembros y la Comisión también deben tener en cuenta el contexto y las circunstancias de la inversión extranjera directa y, en particular, saber si un inversor extranjero está controlado directa o indirectamente, por ejemplo, mediante una financiación significativa, incluidos subsidios, por el gobierno de un tercer país o si está desarrollando proyectos o programas de naturaleza pública en el extranjero.

En el Reino Unido, donde el control de estas transacciones se ha regido tradicionalmente por la normativa de protección de libre competencia, se acaba de aprobar en el 2021 una Ley sobre Seguridad Nacional e Inversión (National Security and Investment Bill), cuyo proyecto fuera anunciado por el Primer Ministro británico en diciembre de 2019. Esta iniciativa forma parte de una reforma de largo plazo del Gobierno británico y cuyo antecedente se encuentra en el Green Paper, *National Security and Infrastructure Investment Review* (2017). La nueva ley remueve del sistema de libre competencia, el control de la propiedad de inversiones por causa de seguridad nacional e instaura un nuevo régimen. El propósito de la reforma es fortalecer los poderes del Gobierno para escudriñar e intervenir en transacciones empresariales a fin de proteger la seguridad nacional y evitar así que «partes hostiles» puedan adquirir propiedad o control sobre negocios u otras entidades o activos que puedan tener implicancias en la seguridad del Reino Unido.<sup>7</sup>

En la versión aprobada,<sup>8</sup> la novísima ley británica estatuye una potestad especial en el secretario de Estado para que utilice un poder especial *call in power* cuando considere que pueda haber un potencial de daño inmediato o futuro a la seguridad nacional del Reino Unido. Esto incluye riesgos para infraestructura, tecnologías y capacidades, el impacto potencial de una adquisición de la infraestructura crítica del Reino Unido, así como la necesidad de evitar que los actores con intenciones hostiles hacia el Reino Unido desarrollen capacidades tecnológicas o de defensa que puedan representar una amenaza para su seguridad nacional.

La experiencia de Finlandia sobre protección de las infraestructuras críticas es quizás una de las más ricas y exhaustivas por su enfoque holístico de seguridad. La legislación finlandesa pone énfasis

---

<sup>6</sup> *Idem*. El 17 de noviembre de 2005, la Comisión adoptó el Libro Verde sobre un Programa Europeo para la Protección de Infraestructuras Críticas, en el que se exponían las posibilidades de actuación para el establecimiento del Programa y de la Red de información sobre alertas en infraestructuras críticas (CIWIN). Las respuestas al Libro Verde destacaron el valor añadido de un marco comunitario para la protección de las infraestructuras críticas. Se reconocía la necesidad de aumentar la capacidad de protección de estas infraestructuras en Europa y de contribuir a reducir sus vulnerabilidades y se hacía hincapié en la importancia de los principios claves de subsidiariedad, proporcionalidad y complementariedad, así como en el diálogo con los agentes interesados. En el artículo 2 sobre definiciones señala que se entenderá por «infraestructura crítica», el elemento, sistema o parte de este situado en los Estados miembros que es esencial para el mantenimiento de funciones sociales vitales, la salud, la integridad física, la seguridad, y el bienestar social y económico de la población y cuya perturbación o destrucción afectaría gravemente a un Estado miembro al no poder mantener esas funciones; y por «infraestructura crítica europea» o «ICE», la infraestructura crítica situada en los Estados miembros cuya perturbación o destrucción afectaría gravemente al menos dos Estados miembros. La magnitud de la incidencia se valorará en función de criterios horizontales, como los efectos de las dependencias intersectoriales en otros tipos de infraestructuras. Recuperado de <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52005DC0576>>.

<sup>7</sup> Recuperado de <<https://centrocompetencia.com/reino-unido-inversion-extranjera-y-seguridad-nacional/>>.

<sup>8</sup> National Security and Investment Act 2021: Statement for the purposes of section 3 Published 2 November 2021.

en la seguridad de la cadena de suministros, los mecanismos de resiliencia y en el nuevo papel de los actores privados en los comportamientos de participación y cooperación en infraestructuras vitales o esenciales. No es casualidad que Helsinki sea la sede del Hybrid CoE abierto a todos los países miembros de la OTAN y la Unión Europea, en el que participan Alemania, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Lituania, Noruega, Polonia, el Reino Unido y Suecia.

El primer Libro Blanco de la Defensa de Francia fue presentado por el presidente de la República francesa, Nicolas Sarkozy, el 17 de julio de 2008. Contempla un amplio alcance sobre la defensa y la seguridad cuando se refiere a las capacidades críticas imprescindibles de una nación. Pero las tendencias marcadas por las revisiones a este Libro en el 2013 y 2017, permiten observar como las dimensiones no militares de seguridad se fueron diluyendo hasta prácticamente desaparecer. El Libro y sus revisiones se enfocan básicamente en la dimensión de defensa y en la fuerza armada, con énfasis en las tecnologías críticas y en una base industrial sólida.<sup>9</sup>

En el preámbulo de la ley española se lee «dentro de las prioridades estratégicas de la seguridad nacional se encuentran las infraestructuras, que están expuestas a una serie de amenazas. Para su protección se hace imprescindible, por un lado, catalogar el conjunto de aquellas que prestan servicios esenciales a nuestra sociedad y, por otro, diseñar un planeamiento que contenga medidas de prevención y protección eficaces contra las posibles amenazas hacia tales infraestructuras, tanto en el plano de la seguridad física como en el de la seguridad de las tecnologías de la información y las comunicaciones».<sup>10</sup> Es de especial interés, dentro de la ley española, la distinción entre conceptos como *infraestructuras estratégicas* (instalaciones, redes, sistemas y equipos físicos y de tecnología de la información sobre las que descansa el funcionamiento de los servicios esenciales); *infraestructuras críticas* (las infraestructuras estratégicas cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales); *infraestructuras críticas europeas* (infraestructuras críticas situadas en algún Estado miembro de la Unión Europea, cuya perturbación o destrucción afectaría gravemente al menos a dos Estados miembros); y *zona crítica* (zona geográfica continua donde estén establecidas varias infraestructuras críticas a cargo de operadores diferentes e interdependientes, que sea declarada como tal por la autoridad competente).

En Estados Unidos, bajo la presidencia de Donald Trump, se introducen en el 2018 cambios sustanciales a la normativa vigente, ampliando la competencia de Comité sobre Inversión Extranjera (CFIUS) a causa de las preocupaciones por inversiones extranjeras de naturaleza estatal —en particular, provenientes de China— y el control sobre nuevas y pioneras tecnologías que pudieran ser estratégicas para la seguridad nacional.<sup>11</sup> Como es conocido, en Estados Unidos el control de las inversiones extranjeras por posibles efectos en la seguridad nacional se encuentra a cargo de un comité de interagencias especializado, pero la potestad de la decisión final recae en el presidente, quien a través de «órdenes ejecutivos» puede bloquear transacciones que en su concepto amenazan la seguridad nacional. Herramientas diferentes a las legales se utilizan cuando en los Estados Unidos comienzan a evaluar las amenazas por ciberataques a la infraestructura crítica estadounidense, que motivaron la airada reacción del presidente Biden en el año 2021.<sup>12</sup>

En Estados Unidos, la Sección 721 del título VII de la Ley de Producción de Defensa de 1950, según enmiendas vigentes al 24 de enero de 2022 (50 U.S.C. 4565), dispone que el Comité de Inversión Extranjera en los Estados Unidos puede revisar cualquier transacción cubierta, según se define en §

<sup>9</sup> Recuperado de <<https://www.realinstitutoelcano.org/comentarios/la-revision-estrategica-de-la-defensa-y-la-seguridad-nacional-de-francia-en-2017/>>.

<sup>10</sup> Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.

<sup>11</sup> En el 2018 se dicta una reforma particularmente importante, a través de la *Ley de modernización de la revisión del riesgo de inversión extranjera*, a fin de regular los desafíos de la emergencia de China en el contexto económico actual y el surgimiento de nuevas tecnologías.

<sup>12</sup> Casos como el de Accenture, una consultora que fue blanco de un ataque de *ransomware* por el grupo criminal LockBit; del proveedor de *software* Kaseya; del proveedor de carne JBS; y el ataque a los sistemas informáticos de más de 150 agencias gubernamentales de EE. UU., según Microsoft, perpetrada por el grupo Nobelium.

800.213<sup>13</sup> y a mitigar cualquier riesgo para la seguridad nacional de los Estados Unidos que surja como resultado de tal transacción. La Sección 721 también autoriza al presidente a suspender o prohibir cualquier transacción cubierta cuando, a su juicio, haya evidencia creíble que la persona extranjera que participa en una transacción cubierta podría tomar medidas que amenacen con perjudicar la seguridad nacional de los Estados Unidos. El término «infraestructura crítica» significa, con sujeción a las regulaciones prescritas por el Comité, los sistemas y activos, ya sean físicos o virtuales, tan vitales para los Estados Unidos que la incapacidad o destrucción de dichos sistemas o activos tendría un impacto debilitante en la seguridad nacional.<sup>14</sup>

De acuerdo con Índice de Gobernanza y Políticas Públicas sobre Manejo de Desastres del BID (IGOPP, abril 2015), catorce de los diecisiete países de América Latina y el Caribe han establecido definiciones oficiales para la «infraestructura crítica» (o instalaciones críticas, como prefiere llamarlas el IGOPP) en sus marcos jurídicos. Algunos incluso han identificado formalmente los sectores que componen su infraestructura crítica, pero en todos los casos, falta realizar el llamado «diagnóstico de criticidad», consistente en la identificación de los recursos, infraestructuras y sistemas imprescindibles para el mantenimiento de las funciones vitales de la sociedad. Los criterios para realizar dicho diagnóstico pueden variar según los niveles de gobierno competentes y la evaluación de los impactos de las disrupciones.<sup>15</sup>

Lo que es indiscutible es que en los últimos años, las naciones de América Latina también vienen incrementando su interés en la protección de las infraestructuras críticas. En muchos casos, se ha convertido en un asunto de máxima prioridad, pues se trata además de fortalecer ante la fragilidad de las instituciones y el sistema democrático. Los ciberataques maliciosos son frecuentes en tiempos de elecciones y tienen por objetivo la intromisión grosera en la política interna de otros países, como el uso del *ransomware* o «malware de rescate» por el potencial daño a la imagen que pueden causar a los partidos políticos y personajes de la política.

La mayor parte de los entendidos consideran que los países de Latinoamérica deberían impulsar una estrategia común de protección de las infraestructuras críticas y consideran que una política conjunta contribuiría notablemente a garantizar la prestación de los servicios esenciales en la región.<sup>16</sup> Lejos de este objetivo, sin embargo, las normativas nacionales resultan insuficientes, son desarrolladas sectorialmente<sup>17</sup> y enfocadas principalmente a la seguridad cibernética.

#### 4. EL RECONOCIMIENTO DE LOS SISTEMAS, AMENAZAS HÍBRIDAS Y CIBERSEGURIDAD

La tercera clase de bienes jurídicos de interés, además de los recursos y las infraestructuras, son los sistemas, que involucran todas las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC's). Sistemas digitales, herramientas informáticas, productos de doble uso, inteligencia artificial, internet de las

<sup>13</sup> Una transacción «cubierta» se define como cualquier fusión, adquisición o absorción que pueda resultar en el control extranjero de un negocio estadounidense. A su vez, el término «seguridad nacional» —aunque no está explícitamente definido— comprende aquellos asuntos de seguridad nacional, incluyendo su aplicación a infraestructura crítica, tecnología crítica y datos personales sensibles.

<sup>14</sup> 50 USC 4565: Authority to review certain mergers, acquisitions, and takeovers.

<sup>15</sup> *La resiliencia de los servicios de infraestructura en América Latina y el Caribe: un abordaje inicial* <cepal.org>. Ver, además, Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Índice de Gobernabilidad y Políticas Públicas en Gestión del Riesgo de Desastres (iGOPP). Documento Técnico principal. Abril 2015.*

<sup>16</sup> Recuperado de <[https://www.segurilatam.com/actualidad/infraestructuras-criticas-latinoamerica-deberia-impulsar-una-estrategia-de-proteccion-de-infraestructuras-criticas\\_20210511.html](https://www.segurilatam.com/actualidad/infraestructuras-criticas-latinoamerica-deberia-impulsar-una-estrategia-de-proteccion-de-infraestructuras-criticas_20210511.html)>.

<sup>17</sup> La identificación de los sectores considerados componentes de la infraestructura crítica varía significativamente según el contexto nacional. Así, suelen destacarse los sectores energía, alimentación (y agricultura), agua (y aguas residuales), transporte, salud, banca y finanzas, comunicaciones, TIC, gobierno, servicios de emergencia, manufactura e industria, protección, infraestructura social, laboratorios, química, defensa/seguridad, instalaciones comerciales, represas, nuclear, aplicación y cumplimiento de la ley, aeropuertos, puertos, educación, minero-energético, ambiente. *La resiliencia de los servicios de infraestructura en América Latina y el Caribe: un abordaje inicial* <cepal.org>.

cosas (IoT), robótica, redes de comunicación, conjunto de programas, memorias, medios de almacenamiento de información, entre otros, que conforman el ciberespacio. En general, amenazas, desafíos o ataques realizados en y mediante el ciberespacio que afectan la seguridad nacional.

Como señala Pérez Martínez,<sup>18</sup> la academia ha intentado aportar ideas para definir el ciberespacio a partir de una visión similar a la de un territorio. El internet es considerado un sector del mismo en el que prevalecen sus propias características, leyes o cultura, un lugar en donde la comunicación y la interacción se realiza por medio de equipos informáticos. Citando a García Santiago, el mismo autor hace referencia al aporte de los investigadores y a algunos puntos coincidentes sobre ciberespacio como un espacio electrónico y de información; espacio no físico, pero real; un lugar de interacción e intercambio entre personas y sistemas informáticos en constante mutación; un lugar con estructura; y un espacio que tiene más de un significado. Así —continúa— para Moles Plaza «no es un territorio, es más bien un flujo de información que se configura en forma de red de comunicaciones» (2004: 15); para Erich Schneider (1994) «El ciberespacio es un lugar metafórico, adonde uno llega cuando accede al mundo de ordenadores en red. Sin embargo, el ciberespacio también se usa para referirse al entorno de realidad virtual generado por ordenador, incluso si su propósito no es acceder a la red»; Haynes (1995) «La compleja red internacional de comunicaciones informatizadas»; Bauwens (1996) «Un espacio de posibilidades informáticas interactivas, donde los ordenadores y sus contenidos se encuentran disponibles para los usuarios de cualquier ordenador participante» John December (1995) «El ciberespacio es un lugar abstracto en el que la gente comunica información o interactúan de algún otro modo utilizando terminales electrónicas» McNabb (1997) «El ciberespacio es el medio que incluye las interacciones producidas por inteligencias (bien humana bien artificial) a través de la conexión (por cable o cualquier otro tipo de tecnología) entre dos o más ordenadores».

En el ciberespacio las amenazas son híbridas,<sup>19</sup> y han venido persiguiendo, entre otros objetivos: (i) erosionar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones; (ii) generar desconfianza en el sistema democrático; (iii) socavar la cohesión social o los modelos sociales de los Estados, de las comunidades políticas (como la UE) o de las organizaciones internacionales (la OTAN, por ejemplo); (iv) fragilizar el sistema de gobierno de sus víctimas; y (v) convencer de la decadencia de un sistema (tanto a la población de la víctima como a su propia población).

Agrega Carlos Galán (2018) que la razón primigenia más probable para la existencia de las amenazas híbridas hay que buscarla en la naturaleza cambiante del orden mundial, cuyos componentes sociales, políticos y económicos no han dejado de alterarse desde el fin de la Guerra Fría. El denominado *poder relacional*, es decir, el poder de modificar las creencias, actitudes, preferencias, opiniones, expectativas, emociones o predisposiciones de los demás para actuar, es hoy, seguramente, más importante que el poder material y el medio facilitador de esta realidad es, sin duda alguna, el ciberespacio. El ciberespacio difumina las dimensiones internas y externas de la seguridad, lo que posibilita que actores menos favorecidos económicamente amplíen su influencia.

En el Perú, por ejemplo, se habla de ciberdefensa como la capacidad militar que permite actuar frente a amenazas o ataques realizados en y mediante el ciberespacio cuando estos afectan la seguridad nacional. El Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas es el llamado a la defensa de los activos críticos nacionales y recursos claves cuando la capacidad de protección de sus operadores y/o del sector responsable de cada uno de ellos y/o de la Dirección Nacional de Inteligencia es sobrepasada, a fin de mantener las capacidades nacionales en el ámbito de la seguridad nacional.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> PÉREZ MARTÍNEZ, Víctor Manuel. *El ciberespacio: ¿una realidad en construcción?*, 2013, <researchgate.net>.

<sup>19</sup> GALÁN, Carlos. Amenazas híbridas: nuevas herramientas para viejas aspiraciones. Real Instituto Elcano. Documento de trabajo 20/2018 - 13 de diciembre de 2018.

<sup>20</sup> Ley n.º 30999. Ley de Ciberdefensa.

## 5. DE LA AMENAZA AL ENFOQUE BASADO EN RIESGOS

En su libro *La sociedad del riesgo global* (2001), el sociólogo alemán Ulrich Beck sostiene que con la globalización se ha producido un nuevo paradigma que nos traslada de un *mundo de enemigos* a un *mundo de peligros y riesgos*. En la llamada *modernidad reflexiva* de Beck, el riesgo pasa a tener una función de un nuevo orden global. Un enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, donde la preeminencia del riesgo, basado en la incertidumbre y la seguridad, adquiere una *centralidad* que desde la sociología es exportada a otras ramas de la ciencia como la política, la economía y al derecho.<sup>21</sup>

Para Cabello y Hormigos (2005),<sup>22</sup> el riesgo está presente, en mayor o menor medida, en todos los ámbitos de la vida social. Todas las sociedades humanas, independientemente de su grado de desarrollo, son conflictivas y polémicas. En todas las sociedades se dan una serie de situaciones de oposición y enfrentamiento en torno a intereses determinados. En este contexto, consenso y conflicto se alternan dando una nueva dimensión a los riesgos. Una dimensión pluridimensional, en donde el riesgo se convierte en algo natural, en parte del proceso de interacción social, que hoy se ha globalizado volviendo la necesidad de gestionarlos en un proceso mucho más complejo.

El riesgo se viene consolidando, así, como como un criterio central para entender la vida colectiva, adquiriendo preponderancia en el entendimiento de la conflictividad individual y social y, por ende, en la organización de políticas públicas. Esta *centralidad* del riesgo viene alcanzando paulatinamente una preponderancia en las distintas áreas del derecho, como ya lo ha hecho antes en las ciencias políticas, sociales y económicas. Su lógica se viene imponiendo en la gobernanza a través del New Public Management (NPM) o nueva gestión pública, basada en modernos sistemas informáticos, sólidas bases estadísticas, matrices y perfiles de riesgo, decisiones de asignación o externalización de responsabilidades, y capacidades de administración, manejo y control de riesgos.

En el derecho de los contratos, por ejemplo, el posicionamiento del riesgo no ha provenido del campo de los seguros como se podría pensar. A raíz de los estudios sobre los «contratos inconclusos» que le valieron el Premio Nobel de Economía 2016 a Oliver Hart y Bengt Holmström, hoy se acepta que los contratos son forzosamente *imperfectos*, debido a imprevistos que no pueden ser incorporados *ex ante* por las partes. Pero la centralidad del riesgo en el derecho se observa recién con mayor claridad en los estudios de Tobias Mahler y Jon Bing (2006), que demostraron que la gestión de riesgo contractual es un fenómeno que es parte del manejo total de la empresa, que en un primer momento incluye: (i) identificación de riesgos legales; y (ii) establecimiento de mecanismos de solución según las leyes aplicables; y en un segundo momento: (i) análisis de riesgos comerciales y no solo legales; (ii) riesgos en la redacción de los contratos; (iii) reducción o eliminación de los riesgos antes de que se presenten; (iv) cláusulas en los contratos que prevean situaciones no reguladas legalmente; y (v) aplicación del modelo preventivo, que busca evitar situaciones que podrían llevar a conflictos o incumplimientos.<sup>23</sup>

Este enfoque empresarial del riesgo adquiere inusitada importancia pública ahora que el sector privado tiene un papel esencial en la protección de los recursos, infraestructuras críticas y sistemas, en las que un ataque no convencional basado en acciones híbridas podría provocar una grave perturbación económica o social, dado que el 80-90 % de las denominadas «infraestructuras críticas» en los países democráticos son propiedad o están operadas por el sector privado, lo que significa que, en muchas ocasiones, la primera línea de defensa se sitúa directamente bajo la responsabilidad de la industria privada.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> ULRICH, Beck. *La sociedad del riesgo global*. Buenos Aires: Editor Siglo Veintiuno, 2001.

<sup>22</sup> MARTÍN CABELLO, A. y J. HORMIGOS RUIZ. «La sociedad del riesgo y la necesidad moderna de seguridad». En *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, (7), 2006, pp. 27-40. Recuperado de <<https://doi.org/10.20932/barataria.v07.221>>.

<sup>23</sup> MAHLER, Tobias y JON BING. «Contractual Risk Management in an ICT Context - Searching for a Possible Interface between Legal Methods and Risk Analysis». En *Stockholm Institute for Scandinavian Law*, n.º 49, 2006, pp. 339-358.

<sup>24</sup> LIMNELL, Jarno. «Countering Hybrid Threats: Role of Private Sector Increasingly Important. Shared Responsibility Needed». En *Strategic Analysis, Hybrid Center of Excellence*, marzo de 2018.

## 6. LOS RIESGOS DE LOS ACTIVOS CRÍTICOS EN EL PERÚ

Para congregarse recursos, infraestructuras y sistemas, el Perú opta por la expresión «activos críticos» según el Reglamento para la Identificación, Evaluación y Gestión de Riesgos de los Activos Críticos Nacionales - ACN (RACN). Esta opción, sin embargo, no supone una exclusión de conceptos<sup>25</sup> ni, menos aún, supone una visión más reducida de las mismas, tal y como hemos vistos se definen globalmente.

Como marco previo al concepto de activos críticos, recordemos que el Perú cuenta con un Libro Blanco para la Defensa Nacional que data del año 2005, por el que las amenazas externas se enfocan básicamente en escenarios de escasez de recursos vitales o de valor estratégico y en políticas de Estado destinadas a difundir entre la población *que la seguridad y defensa son bienes y servicios públicos comunes destinados a resguardar la existencia de la nación*. Los intereses nacionales están constituidos por *necesidades y aspiraciones* amplias y duraderas que posee el Perú y se traducen en objetivos nacionales. Entre estos objetivos destaca lograr las «condiciones económico-estratégicas que aseguren la paz, la integración y la prosperidad» que conllevan a la política sobre *inversión de capitales nacionales en el Perú y el extranjero*.<sup>26</sup> La política de promoción de la inversión extranjera en el Perú no es considerada por este importante instrumento para la defensa.

En la visión peruana, las amenazas y otros desafíos a la seguridad constituyen problemas complejos que requieren respuestas multisectoriales, complementadas por la sociedad civil, todos actuando en su ámbito de responsabilidad de conformidad con el ordenamiento jurídico.<sup>27</sup> El Libro Blanco de la Defensa Nacional del Perú tiene como propósito esencial exponer estas respuestas en el marco del respeto al derecho internacional, el fiel cumplimiento de los tratados y la solución pacífica de controversias.

Como lo reconoce el Centro de Estudios Estratégicos del Ejército del Perú (CEEPEP) o «*think tank* del Ejército del Perú» el concepto de activos críticos no es universal, manejándose de manera indistinta alrededor del mundo, a pesar de que su importancia es ampliamente reconocida.<sup>28</sup> En su Lista de Temas Estratégicos Claves del Ejército 2021-2022,<sup>29</sup> elaborada *para ayudar a la comunidad de investigación a enfocarse en aquellos temas de mayor relevancia*, se recomienda analizar el impacto del involucramiento del Ejército en la seguridad de los activos críticos nacionales, sus retos y oportunidades, así como el análisis de amenazas nacionales, regionales y transregionales, así como la cooperación con socios para operaciones y acciones conjuntas, multisectoriales, interinstitucionales, intergubernamentales y multinacionales.

Ahora bien, conforme al glosario de términos del RACN, el Activo Crítico Nacional (ACN) es definido como *recursos, infraestructuras y sistemas que son esenciales e imprescindibles para mantener y desarrollar las capacidades nacionales, o que están destinados a cumplir dicho fin. La afectación, perturbación o destrucción de dichos activos no permite soluciones alternativas inmediatas, generando grave perjuicio a la nación*.

Analicemos esta definición. En primer lugar, descompone el concepto de ACN en (i) recursos que son definidos como el *conjunto de elementos tangibles o intangibles, disponibles de una nación*; (ii) infraestructura, definida como el *conjunto de estructuras, instalaciones u obras*; y (iii) sistemas, entendidos como *sistemas digitales de control operacional, incluyendo sus bases de datos e información vital para su funcionamiento*.

<sup>25</sup> El Reglamento para la Identificación, Evaluación y Gestión de Riesgos de los Activos Críticos Nacionales - ACN se aprueba mediante Decreto Supremo n.º 106-2017-PCM del 10 de noviembre de 2017. Apenas un mes después, el 22 de diciembre de 2017 el Gobierno publica el Decreto Supremo n.º 012-2017-DE que aprueba la Política de Seguridad y Defensa Nacional, la misma que contiene menciones indistintas tanto a los activos críticos nacionales como a la infraestructura crítica.

<sup>26</sup> En <<https://www.gob.pe/institucion/mindet/informes-publicaciones/334409-libro-blanco-de-la-defensa-nacional>>.

<sup>27</sup> Libro Blanco de la Defensa Nacional. Abril 2005 <[www.gob.pe](http://www.gob.pe)>.

<sup>28</sup> En *Activos críticos nacionales: una responsabilidad compartida*. Centro de Estudios Estratégicos del Ejército del Perú <[cecep.mil.pe](http://cecep.mil.pe)>.

<sup>29</sup> Lista de Temas Estratégicos Claves del Ejército 2021-2022. Publicación especial del Ejército del Perú. Bajo la coordinación del Centro de Estudios Estratégicos del Ejército del Perú (CEEPEP), en colaboración con la Jefatura del Estado Mayor General del Ejército y las Divisiones de Ejército. *Lista de Temas Estratégicos Claves del Ejército*. | Centro de Estudios Estratégicos del Ejército del Perú <[cecep.mil.pe](http://cecep.mil.pe)>.

Pero el RACN también define el concepto de *recursos claves* como aquellos *recursos, infraestructuras y sistemas que no califican como ACN, cuya destrucción o afectación origina un impacto regional o local relevante que individualmente no pone en peligro las capacidades nacionales, pero que considerados en conjunto sí origina impactos relevantes a estas capacidades nacionales. Incluyen el patrimonio histórico, patrimonio cultural, recursos naturales renovables y no renovables, áreas naturales protegidas, y otros de índole regional o local.*

De esta manera puede afirmarse que, de acuerdo al sistema jurídico peruano, es necesario distinguir primero entre recursos clave y activos críticos, lo que depende, básicamente, de si son individualmente considerados, esenciales e imprescindibles para el normal desarrollo o funcionamiento de un país. En nuestro concepto, la consideración en una u otra categoría dependerá en última instancia del análisis de criticidad que se haga de cada bien, que es una metodología que permite establecer la jerarquía o prioridades y crear una estructura que facilite la toma de decisiones acertadas y efectivas, direccionando el esfuerzo y los recursos en áreas donde es más importante y/o necesario mejorar la confiabilidad operacional basada en la realidad actual (Huerta, 2001).<sup>30</sup> El diagnóstico de criticidad implica aplicar esta metodología para establecer jerarquías o prioridades entre recursos vitales, infraestructuras críticas y sistemas tecnológicos de una nación.

El Perú ha avanzado solo al primer nivel del *diagnóstico de criticidad* al emitir la Directiva Nacional de Seguridad y Defensa para la Protección de Activos Críticos Nacionales.<sup>31</sup> En primer término, es muy importante la aclaración del concepto de «capacidades nacionales». La ley peruana la define como «la aptitud o suficiencia que tiene la nación de utilizar los recursos tangibles e intangibles, infraestructuras y sistemas para satisfacer sus necesidades vitales, como: salud, integridad física, seguridad, bienestar social y económico de la población, servicios públicos, así como el eficaz funcionamiento de las instituciones del Estado y la Administración Pública, con el fin de alcanzar y mantener sus objetivos nacionales»; así como la identificación de trece capacidades nacionales: agua y saneamiento; alimentación; ambiente; defensa civil; economía y finanzas; energía y minería, industria; justicia; orden interno y seguridad ciudadana; salud; seguridad y defensa nacional; tecnologías de la información; y comunicaciones y transportes.

Del mismo modo, se ha avanzado en consolidar un marco institucional. De esta manera, la referida Directiva estipula que los sectores responsables identifican y establecen la propuesta de los ACN en el ámbito de su competencia. Una vez identificados, la propuesta es enviada a la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI) para su validación, la que utilizará como criterios lo establecido en el RACN para la posterior aprobación del Inventario Nacional de Activos Críticos Nacionales (INACN) en el Consejo de Seguridad y Defensa Nacional - Cosedena. El inventario o INACN es la gran tarea por delante.

También es de suma importancia el numeral 5.3 de la misma Directiva en tanto que establece una secuencia (los siguientes momentos son necesariamente secuenciales) en las responsabilidades institucionales de protección de nuestros activos. De esta manera:

- i. En un primer momento está a cargo del Operador del ACN (normalmente la empresa privada), en coordinación con el sector responsable, de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo n.º 106-2017-PCM.
- ii. En un segundo momento, está a cargo del Ministerio del Interior a través de la Policía Nacional del Perú.
- iii. En un tercer momento, está a cargo del Ministerio de Defensa, a través del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y las instituciones armadas.

<sup>30</sup> HUERTA, R. «El análisis de criticidad, una metodología para mejorar la confiabilidad operacional». En *Revista Club del Mantenimiento*, vol. 6, 2001.

<sup>31</sup> Aprobada por Decreto Supremo n.º 007-2019-DE, publicado el 03 de septiembre de 2019.

- iv. En un cuarto momento, cuando haya sobrepasado toda capacidad de accionar por parte del Estado peruano, se acude a la ayuda internacional, garantizando la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, tal como lo establece el artículo 165 de la Constitución Política.
- v. En un quinto momento, en caso de guerra convencional, el Ministerio de Defensa - Mindef, a través del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas CC. FF. AA., asume la responsabilidad de la protección y defensa de los ACN en cumplimiento de los procedimientos considerados en las normas y planes vigentes.

Como se puede apreciar, los operadores públicos o privados que administran los activos críticos y los sectores responsables o ministerios en cuyo ámbito se encuentran, también son responsables de su seguridad. De esta manera la llamada esfera público-privada, o los escenarios multi o pluriactor, recobra la vigencia e importancia que en su momento le dieron las asociaciones público-privadas (APP o PPP) para inversiones, en donde el privado pasa a tener un rol significativamente distinto y una responsabilidad claramente mayor en el manejo y administración de la «cosa pública».<sup>32</sup>

## 7. LOS RECURSOS, LAS INFRAESTRUCTURAS Y LOS SISTEMAS EN EL RÉGIMEN DE BIENES

En todos los casos antes descritos, la reacción del derecho se produce desde los lugares más remotos o recónditos, a velocidades diferentes según el interés involucrado y los modos de inherentes a la rama que lo estudia. Veamos algunos impactos específicos sobre el derecho que esta nueva conflictividad mundial está generando, pues en su sentido más clásico, el investigador jurídico se prepara para identificar, definir y clasificar para pensar en cómo abordar el problema y darle un tratamiento adecuado.

La ciencia jurídica necesita manejar conceptos claros, integrados, concordados e interrelacionados que permitan dar sustento a la argumentación jurídica. Cuando estos conceptos no están bien definidos y entendidos, la argumentación se deforma y deviene en falaz incongruente o ineficiente. El trascendental impacto que observamos en la evolución de las infraestructuras sobre el derecho o la economía del ciberespacio nos revela que debemos regresar a ciertas labores primarias como la revisión de nuestra noción de norma jurídica para contrastarlas con la nueva realidad y evaluar los desencadenamientos lógico-jurídicos de las consecuencias. Es decir, revisar los supuestos de hecho, los efectos que corresponde atribuirles de verificarse y el elemento vinculante o nexo como necesidad. Es menester poner énfasis ahora en que esta consecuencia debe ocurrir a partir de las verificaciones del supuesto en la realidad.<sup>33</sup>

El proceso descrito pasa necesariamente por una clara identificación del supuesto y para ello tenemos que regresar a conceptos básicos del Código Civil<sup>34</sup> y revisar brevemente nociones como la de propiedad o posesión frente al insurgente derecho al acceso, o más concretas, conceptos como los de cosa y bien, así como las distintas clasificaciones que recoge nuestro régimen jurídico, en general, y nuestro Código Civil, en particular. La nueva revisión tiene que partir de esta nueva clasificación de recursos, infraestructuras y sistemas. Subterfugios como el del artículo 884 del Código Civil<sup>35</sup> ya no son aceptables.

<sup>32</sup> El presidente de Estados Unidos, Joe Biden, y las principales empresas de tecnología, como Apple, Google, Microsoft y Amazon, anunciaron en el 2021 nuevos acuerdos de colaboración y desarrollo de iniciativas para incrementar la ciberseguridad en territorio estadounidense ante el creciente número de amenazas a la seguridad cibernética y fortalecer las capacidades de prevención y resiliencia de la infraestructura y los sistemas de información.

<sup>33</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico*. 10ª ed., aumentada. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, pp. 87-97.

<sup>34</sup> Desde la perspectiva civilista podría pensarse que la subsistencia mundial no es un problema que le competa, pero de hecho toda la problemática analizada impacta en tema como los bienes, la propiedad, los contratos.

<sup>35</sup> Código Civil: «Artículo 884.- Las propiedades incorpóreas se rigen por su legislación especial».

Como señala Solís Córdova,<sup>36</sup> en la doctrina nacional, desde el maestro Jorge Eugenio Castañeda, como los tratadistas contemporáneos como Vásquez Ríos, Gonzales Barrón y Avendaño Arana, la palabra *bienes* hace referencia a todas las entidades corporales o incorporeales susceptibles de ser objeto de derechos reales, mientras que *cosa* sería una palabra referente exclusivamente a las entidades corporales. De esta forma tenemos como género al término *bien* y como especie al término *cosa*. Los bienes corporales, a su vez, se clasifican en fungibles y no fungibles, así como en consumibles y no consumibles.

Agrega Avendaño (2004),<sup>37</sup> la clasificación de los bienes en inmuebles y muebles contenida en el Código vigente ha abandonado el criterio de movilidad y lo ha sustituido por uno que atiende a las garantías. Así, considera inmuebles a las naves, los aviones y los ferrocarriles con el propósito que puedan ser objeto de hipoteca, aunque omite incluir en el artículo 812 otros bienes de naturaleza análoga sobre los cuales también cabría constituirse hipoteca, como los vehículos automotores, la maquinaria industrial, minera y agrícola, el equipo destinado a la construcción, etc. Por estas y otras razones, concluye este analista, que la actual clasificación de los bienes, lejos de propiciar un ordenamiento de las garantías, ha contribuido a su desarticulación. Avendaño, propone que la constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produzca con la inscripción en el registro respectivo, salvo el caso de la posesión que se adquiriría de manera originaria o por tradición. Tratándose de bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produciría con la entrega. De esta forma, una casa registrada se transferiría con el registro. Lo mismo ocurriría con la constitución de un derecho de usufructo o de una hipoteca respecto de un automóvil o de un buque. En cambio, la transferencia o prenda de un lapicero o de una casa no registrada se realizaría con la entrega.

Desde la perspectiva de las inversiones, y considerando sobre todo los derechos y bienes del ciberespacio, interesan el tratamiento que el Código concede a los denominados bienes incorporeales. Pero como hemos visto, el Código Civil se excusa de tratar esta clase de bienes y nos remitirnos a la legislación especial. Pero ocurre que el Código Civil sí regula aspectos sustanciales de determinados bienes incorporeales en asuntos de suma importancia para la economía, como al considerar a las concesiones y autorizaciones para explotar servicios públicos como bienes inmuebles, a sabiendas de que el criterio de movilidad es inaplicable y el de las garantías parece insuficiente. Recordemos lo sucedido con la hipoteca de las concesiones, cuando esta figura es elegida como eje para promocionar la inversión en asociaciones público privadas y proyectos en activos. Legislaciones especiales (regulación fuera del Código Civil) tuvieron que dictarse para la hipoteca de infraestructuras y de servicios públicos, la hipoteca minera, forestal, de fauna silvestre y la acuícola, en muchos casos de manera deficiente, porque el problema no se encuentra tanto en la garantía, sino en la calamitosa concepción de bienes que recoge nuestro Código como, por ejemplo, el concepto de concesión como derecho real al que aún se aferra la tradición romano-germánica.

El ciberespacio, por otro lado, no lleva directo a la era del acceso. Como señala Gudynas,<sup>38</sup> el reciente libro de Jeremy Rifkin, *La era del acceso*, ha agitado el debate, el énfasis en el servicio y el uso en lugar de la posesión en propiedad desmaterializa la economía. El consumidor deja de acaparar propiedades para reforzar su poder de acceder al uso de los bienes y servicios que le ofrecen las infraestructuras y los sistemas. En un mundo donde todo se transforma en una mercadería para ser vendida y comprada en el mercado virtual o en servicios cuyo acceso deviene en derecho humano fundamental.

No pensamos que un Código Civil deba resolver o regular toda la problemática, pero sí reconsiderar conceptos básicos como los expuestos en los libros de derechos reales y obligaciones, o renunciar definitivamente a la tarea y dar un paso al costado retirando de su articulado todo aquello que

<sup>36</sup> SOLÍS CÓRDOVA, Mario. «Cosa y bien. Diferencias conceptuales». En *Lumen: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, n.º 9, 2013, <unife.edu.pe>.

<sup>37</sup> AVENDAÑO ARANA, Francisco. *La clasificación de los bienes. Libro Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 685-708.

<sup>38</sup> GUDYNAS, Eduardo. *El nuevo consumismo. De la posesión a las relaciones*, 2014. Recuperado de <<http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/11/gudynas.pdf>>.

confunda o tergiversa la impronta de los recursos, infraestructuras y sistemas en los bienes y contratos modernos.

## 8. SEGURIDAD NACIONAL Y ARBITRAJE

La Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1962, titulada *Soberanía permanente sobre los recursos naturales* recoge principios que conservan plena vigencia hasta nuestros días, destacando entre otros: (i) el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales que debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado; y (ii) los acuerdos sobre inversiones extranjeras libremente concertados por Estados soberanos o entre ellos que deberán cumplirse de buena fe y respetar estricta y escrupulosamente la soberanía de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales.

En el año de esta Resolución (1962), los recursos vitales (excepción hecha de los naturales), las infraestructuras críticas y los sistemas cibernéticos no recibían la atención que tienen hoy en día. Aun así, resulta destacable el enfoque restrictivo a la inversión extranjera que inspira la resolución de Naciones Unidas, pues guarda estrecha relación con la excepción por seguridad nacional, proveniente de la *lex mercatoria* y del derecho internacional consuetudinario.

Un caso asimilable, particularmente ilustrativo por no estar ya limitado a las *riquezas y recursos naturales*, es el generado treinta años después en el seno de la Organización Mundial del Comercio, específicamente por el artículo XXI del GATT de 1994<sup>39</sup> aplicable a los mecanismos de solución de controversias. Este precepto permite a los miembros de la OMC (WTO, por sus siglas en inglés) el derecho de apartarse de los compromisos contraídos en los acuerdos de dicha organización, a fin de proteger *intereses esenciales* relacionados con su *seguridad nacional*. La enorme dificultad que supone definir e interpretar un concepto tan ambiguo como «seguridad nacional» hizo que el tema de la aplicación del artículo XXI mantuviera un bajo perfil en la organización, hasta que en el año 2016 en el que los países comenzaron a invocarla en función a nuevas amenazas y tensiones internacionales.<sup>40</sup>

Es, precisamente, este concepto ambiguo de *seguridad nacional* el que cobra importancia en materia de arbitrajes de inversión. Como es conocido, la ola de privatizaciones mundiales y la liberalización de las inversiones producida en la segunda mitad del siglo pasado, dieron origen a los Acuerdos de Libre Comercio (ALC) y los tratados bilaterales de inversión (TBI). El primero se remonta a fines de la década de los cincuenta (primer acuerdo TBI entre Alemania-Pakistán en 1959) y se propagan inusitadamente a partir de la década de los noventa, por las recetas del Consenso de Washington y las políticas de ajuste y reforma estructural auspiciadas por el Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM), y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Con el inicio del milenio, la

<sup>39</sup> «Artículo XXI: Excepciones relativas a la seguridad. No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que: a) imponga a una parte contratante la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación sería, a su juicio, contraria a los intereses esenciales de su seguridad; o b) impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, relativas: i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación; ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas; iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional; o c) impida a una parte contratante la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

<sup>40</sup> El 14 de septiembre de 2016, Ucrania solicitó la celebración de consultas con Rusia con relación a varias restricciones y prohibiciones que le fueron impuestas al tráfico en tránsito procedente de Ucrania hacia Kazajistán y la República Kirguisa, pasando por Rusia. En respuesta, Rusia manifestó que las medidas adoptadas fueron necesarias para la protección de sus intereses esenciales de seguridad nacional, derivado de la grave tensión internacional que se produjo entre dichos miembros, por lo que invocó la disposición del artículo XXI del GATT de 1994. Este caso fue la primera vez que un grupo especial emitió un informe respecto a una excepción de seguridad nacional.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) implementa un programa de seguimiento sobre los acuerdos internacionales de inversión que constituyen antecedentes importantes del presente análisis.<sup>41</sup>

En la publicación del Ministerio de Justicia y Derechos humanos (2016)<sup>42</sup> que recoge la experiencia del Gobierno del Perú en materia de arbitraje internacional en inversiones, se reconoce que la relación entre los Estados receptores de inversiones y los inversores extranjeros, además de los Estados de los que estos inversores son nacionales, ha sido siempre tensa, al punto que la propia Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) ha planteado la necesidad de, entre otros, prever excepciones para las políticas públicas o la seguridad nacional. Estas excepciones cuando están basadas en el orden público y justificadas en el bienestar general, suelen imponerse sobre protección de los capitales extranjeros y el libre movimiento de bienes y servicios.

Hoy en día se reconoce también que la llamada *excepción por seguridad nacional* tiene repercusiones que van mucho más allá de las actividades relacionadas con la defensa y las amenazas militares para las que inicialmente se plasmaron en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII). Siendo así, cabe preguntar: ¿cuál es, entonces, el papel del arbitraje internacional en este nuevo fenómeno que amenaza los recursos, infraestructuras y sistemas críticos? La respuesta a esta interrogante debe tener en consideración que en la actual etapa de la globalización, los países persiguen o necesitan proteger estos bienes y sus entornos, por distintas razones. Esta protección puede alcanzarse a través de iniciativas reguladoras que no impliquen cerrar sectores a la participación de capital y considerar excepciones cuando se trata de someter sus controversias en foros internacionales. Una clara normativa nacional junto con una política internacional sustentada en una diplomacia consistente en la necesidad de negociar o renegociar acuerdos internacionales de inversión altamente complejos, son trascendentales para el papel que toca jugar a cada país en materia de controversias y arbitrajes internacionales.

Recordemos que los países han adoptado diversos enfoques a la hora de redactar una excepción por motivos de seguridad nacional para incluirla en los AII. Hay diferencias en cuanto a la terminología utilizada (seguridad nacional, intereses esenciales de seguridad, paz y seguridad internacionales, orden público), las condiciones en las que puede invocarse la excepción y el grado de autonomía que las partes contratantes se reservan en cuanto a la determinación de si existe o no una amenaza para la seguridad nacional y cómo reaccionar ante esa amenaza. Así, pues, los países que consideran la posibilidad de incluir una excepción por motivos de seguridad nacional en los AII han de hacer frente a la adopción de varias opciones críticas.<sup>43</sup> Sin embargo, incluso en ausencia de una excepción por motivos de seguridad nacional en el AII, el país receptor podría justificar sus medidas al amparo de las normas del derecho internacional consuetudinario. Sin perjuicio de tales matices, la *lex mercatoria* ha hecho que el concepto de buena fe<sup>44</sup> sea relevante e importante en todo arbitraje internacional de derecho.

En el Perú, la Constitución de 1993 contiene una clara normativa que consagra principios esenciales y garantizan un marco jurídico favorable a la inversión privada en general y a la inversión extranjera en particular. Junto con normas de menor jerarquía autoriza a los inversionistas extranjeros a realizar actividad económica siempre que cumplan con todos los preceptos, leyes y tratados constitucionales. Del mismo modo, deroga todas las discriminaciones a los inversionistas extranjeros que contemplaba la legislación nacional, con excepción de las establecidas por razones de *seguridad nacional*.<sup>45</sup> Es este último aspecto el que necesita ser revisado al amparo del nuevo marco institucional y legal

<sup>41</sup> Disposiciones de Promoción de la Inversión en los Acuerdos Internacionales de Inversión (2008). La Protección de la Seguridad Nacional en los AII (2009). Controversias entre Inversores y Estados: Prevención y Alternativas al Arbitraje (2010). Colección de publicaciones de la UNCTAD. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra.

<sup>42</sup> Guía de Arbitraje Internacional en Inversiones. Aprobada por Resolución Directoral n.º 003-2016-JUS/DGODJ de 9 de marzo de 2016 (p. 38).

<sup>43</sup> UNCTAD. *La protección de la seguridad nacional en los AII*, 2009, p. xx.

<sup>44</sup> En materia de buena fe y excepciones, especial atención debe darse al texto literal de tratados y leyes. La buena fe también es importante para apreciar la conducta del Estado y de los inversionistas en diferentes facetas del proceso arbitral.

<sup>45</sup> Decretos Legislativos n.ºs 662 y 757, y sus modificatorias, Decreto Supremo n.º 162-92-EF de 9 de octubre de 1992.

sobre activos críticos, que recoge un régimen diferenciado y especial para las inversiones en recursos vitales, infraestructuras críticas y sistemas imprescindibles.

## 9. CONSIDERACIÓN FINAL

Como complemento a la revisión completa y holística del concepto de seguridad nacional se debe implementar un Plan Nacional de Gestión de Riesgos que vea más allá de los desastres naturales y que permita la programación integral de los mismos, que incluya su identificación, análisis cuantitativo y cualitativo, planificación e implementación de respuestas, así como el monitoreo permanente. Este plan debe abarcar las triadas antes aludidas: población-inversión-seguridad, bienes-inversión-seguridad y contratos-inversión-seguridad.

Para efectos de este plan se debe partir de las amenazas y vulnerabilidades que constituyan riesgos que puedan afectar a la población, los recursos vitales, infraestructuras críticas y sistemas esenciales, o a los contratos que tengan relación con el diseño, financiación, construcción, operación y mantenimiento de activos críticos. Seguir con el análisis de las inversiones controladas directa o indirectamente por el Gobierno de un tercer país que involucren transacciones sensibles o de alto riesgo al interés nacional del país receptor y las directa o indirectamente involucradas con actividades delictivas o ilegales. Terminar con una clara definición conceptual de la seguridad nacional e identificación de las amenazas físicas, así como las provenientes del ciberespacio.

El plan debe recoger los roles, responsabilidades y coordinaciones de las entidades, sujetos y organizaciones que conforman el marco institucional de activos críticos y participan en las triadas de seguridad nacional, a fin de centrar la importancia en la gerencia y administración de riesgos. Especial atención merece el papel que se asigna a la empresa privada como operador o concesionario de recursos vitales, infraestructuras críticas y sistemas tecnológicos, y las revisiones de los contratos, autorizaciones o títulos habilitantes desde la perspectiva del nuevo enfoque que las naciones vienen dando a seguridad nacional.

## CAPÍTULO 6

### EL ARBITRAJE AMBIENTAL EN SEDE PERUANA Y LA EXPERIENCIA ANTE EL CIADI

Roger Vidal Ramos (Perú)<sup>1</sup>

Diego Alexander Palacios Fretel (Perú)<sup>2</sup>

Karem Patricia Torres Gayoso (Perú)<sup>3</sup>

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. El arbitraje ambiental.— 3. El arbitraje de inversiones con impacto ambiental ante el Ciadi.— 4. El convenio arbitral.— 5. Materias arbitrables ambientales.— 6. Controversias sometidas a competencia del tribunal arbitral.— 6.1. Montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos ambientales.— 6.2. Obligaciones compensatorias derivadas de un proceso administrativo.— 6.3. Controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales.— 6.4. Limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un Área Natural Protegida (ANP).— 6.5. Conflictos sobre derechos superpuestos e incompatibles.— 7. Límites del laudo.— 8. Erin Brokovich.— 9. Conclusiones.

#### 1. INTRODUCCIÓN

Las explotaciones mineras, son indubitablemente, las actividades productivas que más severo impacto producen en el medio ambiente, por lo que su adecuación al medio ambiente resulta todo un ensayo para las restantes. La existencia en diversos Estados de Sudamérica de la llamada minería informal, vinculada a yacimientos no energéticos, como el oro o la plata, está paulatinamente diezmando la superficie forestal de amplios espacios de altísima significación ecológica.<sup>4</sup>

No solo las explotaciones mineras generarían impactos negativos al medio ambiente, las actividades de explotación en recursos naturales, en general, como la explotación de hidrocarburos o concesiones forestales mantienen la contingencia de causar impactos y daños irreparables en supuestos que se excedan y no se acaten las normas ambientales establecidas. Además, la industria, en general, representada en las industrias de: la construcción; telecomunicaciones, pesca, transporte, entre otras actividades empresariales e industriales, que potencialmente podrían generar daños ambientales.

En la experiencia peruana, el crecimiento económico y las inversiones sobre explotación de los recursos naturales, se encuentran siempre en el ojo de la tormenta, respecto a la adecuación a las

---

<sup>1</sup> Doctor y magíster en Derecho Civil por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cursando estancia de investigación en el postdoctorado de la Universidad Católica de Paraná-Brasil, con estudios de postgrado en Arbitraje de Inversiones por la American University Washington College of Law (Estados Unidos de América) profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, San Martín de Porres, Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, Universidad de Huánuco y Universidad Continental. Director del Capítulo Peruano de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil. Fundador de Estudio Vidal Abogados <[www.vmplegal.com](http://www.vmplegal.com)> rvidal@vmplegal.com.

<sup>2</sup> Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, conciliador extrajudicial con número de registro 69044 por el Ministerio de Justicia y miembro del Centro de Estudios de Derecho Civil y Arbitraje de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán.

<sup>3</sup> Estudiante del IX ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán y miembro del Centro de Estudios de Derecho Civil y Arbitraje de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán.

<sup>4</sup> JUNCEDA MORENO, Francisco Javier. *Derecho ambiental en el Amazonas*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2010, p. 111.

normas ambientales, tales como la Ley de la Consulta Previa o la implementación del mecanismo de gestión ambiental del Estudio de Impacto Ambiental en las diversas actividades extractivas e industriales. Es así que estos mecanismos se tornan en unos cada vez más rigurosos y técnicos, siendo una política del Estado una regulación ambiental, para algunos, excesiva y para otros, deficiente.

Sin indecisión, una de las lecciones antiguas que se deberá recordar en las experiencias de los conflictos ambientales, se encuentra representada por la paralización del Proyecto Minero Conga-Minera Yanacocha (Cajamarca-Perú), siendo el recurso hídrico (aguas de lagunas) el punto no negociable por las comunidades campesinas y actores políticos (Gobierno Regional de Cajamarca), el cual, por factores políticos, sociales y ambientales nunca se logrará concretar la explotación minera.

La falta de capacidad del Estado peruano de convocar a un diálogo serio con los verdaderos actores del conflicto ambiental, expresan la necesidad de implementar nuevos mecanismos de solución de conflictos y controversias ambientales que permitan al Estado, los inversionistas, las comunidades y los diversos actores en un conflicto ambiental, establecer la resolución del conflicto ambiental.

En buena cuenta, esto no sería novedoso, por cuanto la Ley General del Ambiente, regula dos instituciones procesales, como lo son la conciliación y el arbitraje ambiental.<sup>5</sup> Ambos son mecanismos alternativos de solución de conflictos ambientales que cobran fundamental importancia debido al rol protagónico que deberían desempeñar ante los numerosos conflictos ambientales generados y en proceso de generación.

Consideramos que, debido a nuestra categoría de país exportador de materias primas, así como su explotación (minería, hidrocarburos y forestal), la institución del arbitraje ambiental debería ejercer un rol protagónico ante la solución y prevención de los diversos conflictos ambientales.

Uno de los principales problemas que padecen las empresas que invierten y explotan recursos naturales, se presenta ante la inminencia de numerosos conflictos ambientales en diferentes zonas del Perú que, por diversos motivos, cuestionan las actividades extractivas.

El arbitraje ambiental podría tener la oportunidad de representar un mecanismo de solución de conflictos, que sería importante para proteger a los inversionistas y tutelar los derechos ambientales públicos y privados.

En esa línea, la Ley General del Ambiente (LGA), desde su promulgación en el año 2005, dentro de su capítulo de solución de conflictos ambientales, incorporó el arbitraje y la conciliación, introduciendo como regla general de que pueden someterse las controversias o pretensiones ambientales, determinadas o determinables, que versen sobre derechos patrimoniales u otros de libre disposición.

Debemos señalar que el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje, coincide con la esencia de «libre disposición» en materia ambiental, pues este indica que puede someterse a arbitraje cualquier controversia de libre disposición conforme a derecho nacional o internacional.<sup>6</sup>

Otro mecanismo donde se discute derechos ambientales, conforme a las inversiones en los recursos naturales, se encuentra en los denominados arbitrajes Ciadi (serán desarrollados en otro apartado) siendo pertinente destacar el Caso Ciadi n.º ARB/14/21, el cual versó respecto de un Proyecto Minero Santa Ana que se ubicó en la región de Puno (provincia de Chucuito), dirigido por la empresa Bear Creek Mining Company Sucursal del Perú, con la finalidad de realizar la explotación a tajo abierto

---

<sup>5</sup> *Idem*, p. 112.

<sup>6</sup> «Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

por la extracción de 63.2 millones de onzas de plata.<sup>7</sup> Este proyecto avizoraba la ejecución por un periodo de once años de utilidad en la mina, la empresa titular obtuvo los derechos de la concesión minera entre los años 2006 y 2007, previendo iniciar sus actividades en el año 2012.<sup>8</sup>

Sin embargo, en el año 2011, durante la etapa de presentación del Estudio de Impacto Ambiental a la población aledaña, inició una serie de protestas violentas, pues estas se oponían al proyecto por temor a la contaminación de los ríos, lagunas y tierras de las localidades. En ese contexto, se emitió el Decreto Supremo n.º 032-2011-EM que derogó el Decreto Supremo n.º 083-2007-EM, decreto último que conforme al artículo 71 de la Constitución había declarado de necesidad pública la inversión privada en actividades mineras sobre las concesiones mineras del Proyecto Santa Ana.<sup>9</sup>

Esta controversia terminó siendo llevada ante el Ciadi, donde el tribunal concluyó que tenía jurisdicción respecto de las reclamaciones planteadas toda vez que las autorizaciones gubernamentales y los costes resultantes cubiertos por la Demandante son considerados inversiones de acuerdo al artículo 847(h)(i) del TLC Perú-Canadá.<sup>10</sup> Para tal efecto, se pronunciaron sobre los elementos de fondo y consideraron como no válido que la autorización otorgada a la demandante mediante el Decreto Supremo n.º 083-2007 para adquirir los derechos mineros en la zona fronteriza hubiera sido ilegal.<sup>11</sup>

Por ende, el Decreto Supremo n.º 032-2011-EM constituyó un supuesto de expropiación indirecta, en tanto revocó el derecho de adquisición y la titularidad de Bear Creek sobre las concesiones mineras del Proyecto Santa Ana en violación del artículo 812.1 del TLC.<sup>12</sup>

Se explica también que el citado decreto supremo no justifica las razones que motivan, y menos prueba «las nuevas circunstancias» que acacieron en la derogación del Decreto Supremo n.º 083-2007.<sup>13</sup> Por tanto, se ordena que el Estado peruano otorgue una indemnización, en referencia a la inversión real del proyecto minero, por una suma ascendente a USD 18'237'592 más los intereses capitalizados a una tasa del 5%, en mérito del artículo 812.2 del TLC; así como, los costos del arbitraje equivalentes a USD 5'986'183.29 más intereses capitalizados a una tasa del 5%.<sup>14</sup>

## 2. EL ARBITRAJE AMBIENTAL

En el derecho comparado, los Estados Unidos de América cuentan desde hace años con un imaginativo sistema de resolución alternativa de conflictos, en sede administrativa ambiental (*Administrative*

<sup>7</sup> PINTO HERRERA, Honorio. «Conflicto minero en Santa Ana (Puno)». En *Investigaciones sociales*, 2013, vol. 17, n.º 31, p. 209. Recuperado de <<https://doi.org/10.15381/is.v17i31.7909>>.

<sup>8</sup> Los datos son recogidos por el documento descargado por Oswaldo V. Misme, a través de la plataforma de Scribd con fecha 25 de agosto de 2016. Recuperado de <<https://es.scribd.com/document/328875626/Caso-Mineria-Santa-Ana>>.

<sup>9</sup> ARIAS, Miguel. «Finalmente nos pasó factura la cancelación del proyecto Santa, de Bear Creek». En *Revista Energiminas*, 24 de mayo de 2018. Recuperado de <<https://energiminas.com/finalmente-nos-paso-factura-la-cancelacion-del-proyecto-santa-ana-de-bear-creek/>>.

<sup>10</sup> Fundamento 297, laudo del Caso Ciadi n.º ARB/14/21, Caso Bear Creek Mining Corporation contra la República del Perú.

<sup>11</sup> Fundamento 399, laudo del Caso Ciadi n.º ARB/14/21, Caso Bear Creek Mining Corporation contra la República del Perú.

<sup>12</sup> Fundamento 415, laudo del Caso Ciadi n.º ARB/14/21, Caso Bear Cree Mining Corporation contra la República del Perú: «[...] el tribunal arriba a la conclusión de que se cumplen tres “factores” previstos expresamente en el Anexo 812.1(b) del TLC para la identificación de expropiación indirecta: a) en aplicación del apartado (i), existe un “impacto económico” ya que el Decreto Supremo n.º 032 tiene una incidencia negativa en el valor económico de la inversión de la Demandante, b) en aplicación del apartado (ii), el Decreto Supremo n.º 032 interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión de la demandante, c) en aplicación del apartado (iii) el carácter de la medida no justifica la confiscación, ya que el Decreto Supremo n.º 032 se basó en motivos que fueron declarados ilegales en virtud del derecho peruano y no justifican la violación del TLC.»

<sup>13</sup> Fundamento 433, laudo del Caso Ciadi n.º ARB/14/21, Caso Bear Creek Mining Corporation contra la República del Perú: «De conformidad con la legislación peruana, los derechos de propiedad o posesión concedidos a los extranjeros en las zonas de frontera pueden restringirse solo por motivos de seguridad nacional. En el caso que nos ocupa, el Decreto Supremo n.º 032 nada dice respecto de (i) por qué motivo la minería en la zona de frontera ya no constituye una necesidad pública, (ii) la necesidad de la demandada de restablecer el orden en toda la región, o (iii) de qué manera el dictado del Decreto Supremo n.º 032 constituía una medida necesaria y proporcionada para satisfacer las supuestas necesidades de la demandada. En efecto, la vaguedad del documento, así como el reconocimiento de la demanda de que no existe ningún documento contemporáneo que pudiera explicar qué podría constituir “nuevas circunstancias” que justifiquen el dictado del Decreto Supremo n.º 032, demuestran la ausencia de un propósito público legítimo [...]».

<sup>14</sup> Parte decisoria del laudo del Caso Ciadi n.º ARB/14/21, Caso Bear Creek Mining Corporation c/ República del Perú.

*Dispute Resolution Act* —ADR— de 1996), técnica que prevé expresamente medidas alternativas a las jurisdiccionales para la resolución de conflictos, entre ellas, el arbitraje administrativo-ambiental, usualmente utilizado por su agencia de protección en materia de conservación y recuperación de recursos, de protección atmosférica, o de contaminación de aguas, operando a partir de la suscripción por las partes afectadas (grupos o colectivos ambientales y operadores económicos), de un contrato de compromiso con sometimiento expreso a la fórmula arbitral.<sup>15</sup>

España y la Unión Europea, en las últimas décadas, vienen utilizando el arbitraje ambiental administrativo como solución de controversias. En España existe la posibilidad de culminar los procedimientos administrativos ambientales, a través de los cauces arbitrales a los que hemos hecho referencia y guiándose por los criterios de fondo que apuran el punto de encuentro entre la protección ambiental y la defensa del desarrollo económico, aunque dichas soluciones queden, habitualmente, a disposición de las propias administraciones y no dejen tampoco en manos de los ciudadanos, el derecho subjetivo a impetrar dicho desenlace arbitral.<sup>16</sup>

En estos casos, no obstante, no estamos propiamente ante una fórmula arbitral *sensu stricto*, en el sentido apuntado por la ley española de arbitraje, sino ante actos administrativos (sometidos, por tanto, al derecho administrativo), que se producen a través del uso instrumental de mecanismos arbitrales por parte de la administración, pero que, una vez producidos, son enteramente susceptibles de ser llevados ante la jurisdicción contenciosa, a pesar de que en dicha sede se pueda oponer —de forma especulativa, al menos— que la solución arbitral, en lo tocante al fondo del asunto, en materia ajena al juez contencioso, sobre la base de la propia ley arbitral española, que limita dicho enjuiciamiento a supuestos tasados.<sup>17</sup>

En efecto, en España existe la posibilidad de que una administración pública pueda celebrar pactos o acuerdos con los ciudadanos para concluir procedimientos administrativos, ambientales o no. E, incluso, prevé más: que tales acuerdos, pactos, convenios o soluciones con personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, tengan por objeto satisfacer el interés público que tiene encomendadas las propias administraciones, entre ellas, la protección del medio ambiente y el desarrollo socio-económico.<sup>18</sup>

En México D.F., en noviembre de 1984, se creó la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental (Ciaca), con la participación de 28 juristas de 22 países, y responden a lo que doctrinalmente se conoce como arbitraje institucional.

En materia de arbitraje ambiental, cumple esta Corte con la función de constituir tribunales conformados por cinco árbitros, previa solicitud que, por escrito, le formule cualquier entidad privada o pública.

El tribunal resolverá la diferencia de acuerdo con el derecho aplicable y las normas acordadas por las partes. El tribunal, además, y si las circunstancias lo exigen, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar el medio ambiente o los derechos de las partes.

De igual modo, las partes podrán dirigirse a las instituciones gubernativas o jurisdiccionales del país donde radique el conflicto, para solicitar la adopción de tales medidas.

El laudo se dictará por escrito y contendrá una declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al tribunal, y será motivado en derecho.<sup>19</sup> Esta motivación del laudo deberá ser

<sup>15</sup> JUNCEDA MORENO, Francisco Javier. «Arbitraje ambiental: avances y desafíos». En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 8, p. 180.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 191.

<sup>17</sup> JUNCEDA MORENO, Francisco Javier. *Derecho ambiental en el Amazonas*. *Op. cit.*, pp. 105-106.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

enmarcada dentro del contenido constitucional y especializado del conglomerado de normas ambientales vigentes.

A entender de Gaitán Ochoa,<sup>20</sup> el arbitraje ambiental debería tener como finalidad resolver las controversias, respecto a la protección del derecho de la propiedad privada de eventuales daños causados por contaminación o perturbaciones ambientales provocadas por terceros.

Es justo, en este último caso, donde, eventualmente, el procedimiento arbitral tendría posibilidades de desarrollarse, agregamos que podría tener un mayor desarrollo, si el arbitraje se aplica en conflictos sobre recursos naturales y como forma de terminar un conflicto ambiental.

A manera de ejemplo, si dos petroleras y un concesionario de ecoturismo tienen derechos superpuestos sobre las tierras donde realizan sus actividades, nos sería mucho más beneficioso acudir a un arbitraje ambiental para determinar el espacio o las áreas de titularidad, respecto a la superposición de derecho. Sin embargo, nos parece que, en la vía judicial, en el mejor de los escenarios, se lograría obtener una sentencia en el plazo de seis a diez años, aproximadamente, siendo de lo más optimistas. Un litigio así de extenso representaría, en recursos económicos y tiempo, una frustración de las oportunidades de negocio, debido a que los inversionistas buscarán invertir sus capitales en otros países, que presenten normas ambientales más claras y no ambiguas, así como un sistema judicial mucho más eficiente.

Y respecto a otro ejemplo, si la empresa minera tiene indicios de algunas posibles actividades contaminantes o algunas dudas, la forma de concluir el conflicto ambiental surgido entre la comunidad campesina-indígena con la empresa minera podría ser resuelta a través del mecanismo procesal de la conciliación o el arbitraje. Del mismo modo, las partes en conflicto podrán tener la oportunidad de decidir el tiempo que puede durar el conflicto y adecuar el arbitraje con sus necesidades procesales.

Otra de las diversas razones que justifica la necesidad de implantar un arbitraje ambiental administrativo, es la referente a la tutela del interés público que, según los alcances de Junceda,<sup>21</sup> que a continuación citamos:

El punto de interés público que puede gravitar en torno a toda solución arbitral, pactada de los procedimientos administrativos con sustancia ambiental, acaso proceda volver a recordar lo que *ut supra* quedó reseñado respecto de la tensión medio-ambiente-desarrollo económico, toda vez que el análisis de cuantas controversias jurídicas se susciten en materia socioambiental, habrá de partir de una premisa clásica aristotélica, por la que *in media virtus est*: nada es blanco ni negro, sino de una infinita gama de grises.

Con todo, el asunto ambiental es sumamente propicio para el sistema arbitral. No son pocos los temas que, en esta materia, se resisten a admitir más de una conciliación de posturas. El punto de encuentro entre el desarrollo económico y protección del medio-ambiente natural es, en sí mismo, objeto primerísimo del arbitraje: la clave del arco del derecho ambiental consiste justamente en la convergencia de factores económicos y ecológicos, como lo revelan cuantas proclamaciones internacionales existen y que se mueven, justamente, en esos delicados y, a veces, difuminados parámetros.

Estos dilemas bien podrían ser resueltos a través de fórmulas paccionadas derivadas de un arbitraje, facultando al propio tiempo, el desarrollo de la vida en estos parajes y la defensa de la singular naturaleza que en ellos radica. En estos controvertidos escenarios, podrían y deberían aplicarse desenlaces propios del arbitraje, posibilitando al tiempo, el estricto control ambiental con los daños sufridos por las poblaciones que residen en los entornos ambientales.

<sup>20</sup> GAITÁN OCHOA, Luis Fernando. «Arbitraje ambiental: instrumentos para la solución de conflictos». En *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 259.

<sup>21</sup> JUNCEDA MORENO, Francisco Javier. *Derecho ambiental en el Amazonas*. Op. cit., pp. 108-109.

Indubitablemente, pues, el tema ambiental es significativamente idóneo para ser abordado desde el arbitraje, toda vez que, en nuestro entorno jurídico constitucional, no cabe la absolutización de la norma ambiental ni de aquella que propicia un mejor desarrollo económico, debiéndose siempre vetar cualquier actuación pública o privada unidireccional o radical en alguno de esos dos sentidos.

El Tribunal Constitucional peruano<sup>22</sup> en la sentencia de «Las regalías mineras», establece la necesidad de imponer fórmulas de conciliación y promover la justicia ambiental en el desarrollo equilibrado de la nación.

Uno de los principales problemas a los que nos enfrentamos en materia medioambiental, es la necesidad de que todos los actores involucrados cuenten con una importante especialización en la materia, sea que se trate de un procedimiento judicial o arbitral. Por este motivo, cualquier planteamiento que implique la posibilidad de someter a arbitraje controversias ambientales, debería determinar *a priori* el grado de experiencia o conocimientos previos que se debe exigir a los árbitros para garantizar la mayor corrección técnica en la resolución de la disputa.<sup>23</sup>

### 3. EL ARBITRAJE DE INVERSIONES CON IMPACTO AMBIENTAL ANTE EL CIADI

En un mundo globalizado, los países latinoamericanos —como lo es el Perú— se encuentran en una permanente búsqueda de captar grandes inversiones que permitan el fortalecimiento y desarrollo de sus economías. Ante ello, también existen corporaciones internacionales con excedentes de capitales que pretenden invertir en estos países, a fin de generar alguna utilidad. Así, se afirma que «[...] las necesidades capitales por los países latinoamericanos hacen que estos aprueben medidas de promoción, pero también de protección a las inversiones extranjeras con la finalidad de que los inversores tengan un clima favorable para poder introducir sus inversiones en este espacio geográfico».<sup>24</sup>

Pues, resulta beneficio para los inversionistas mantener estándares arbitrales Ciadi que le generen confianza y seguridad jurídica en momentos que surgen controversias con los países receptores de inversiones, ante supuestos de trato discriminatorio, expropiación indirecta o los supuestos establecidos según se suscite en la ejecución de las inversiones.

En ese sentido, se promulgó el Decreto Legislativo n.º 622 que señala: «El Estado podrá someterse a las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú».<sup>25</sup> Asimismo, el Decreto Legislativo n.º 757 considera que el Estado y sus dependencias podrán someterse a la jurisdicción arbitral, conforme a las leyes nacionales internacionales, cuando la controversia aluda a los bienes y obligaciones derivadas de una relación jurídica patrimonial o de naturaleza contractual.<sup>26</sup>

Estas medidas consienten que las posibles controversias sobrevenidas de la relación entre los inversionistas y los Estados receptores de inversiones puedan someterse al arbitraje, ello con el fin de garantizar y brindar mecanismos efectivos e imparciales que protejan el derecho de los inversionistas. Cabe recordar que antes, estos conflictos se disputaban de acuerdo a la «Doctrina Calvo», según la

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno Jurisdiccional n.º 0048-2004-PI/TC - Medio Ambiente y empresa: Fundamento n.º 38.- En la medida en que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación del paradigma del desarrollo con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y urbano. Se busca con ello preterir formas de desarrollo irrazonable, que en sí mismo es destructivo y no sostenible para el beneficio de las generaciones presentes y futuras. Ello exige que el Estado —a través de la Administración como gestora pública— asuma el deber que le impone la Constitución en su artículo 44, consistente en «promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación»; para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada.

<sup>23</sup> DE LUIS DE GARCÍA, Elena. *Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los derechos humanos*. En *Thémis*, n.º 77, 2020, p. 580.

<sup>24</sup> Ministerio de Justicia. *Guía de Arbitraje Internacional en Inversiones. Guía para asesores jurídicos del Estado*, 2016, p. 9.

<sup>25</sup> Artículo 16, Decreto Legislativo n.º 622 que aprueba la «Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras».

<sup>26</sup> Artículo 48, Decreto Legislativo n.º 757 que aprueba la «Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada».

cual los tribunales del Estado receptor debían resolver cualquier conflicto frente a inversionistas extranjeros con base en el principio de territorialidad.<sup>27</sup> Esto obligaba a los inversionistas a renunciar a su protección diplomática; y, sobre todo, reconocer la competencia de las cortes jurisdiccionales del Estado receptor de inversión. Entonces, las controversias debían dirimirse en los tribunales judiciales, lo que ocasionaba una afectación a los intereses de los inversionistas, pues como es evidente, el aparato judicial no garantizaba una decisión temprana e imparcial.

En ese contexto, surge «El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados», mismo que es ratificado por el Perú el 9 de agosto de 1993. Este Convenio crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) y, según su artículo 1(2), tiene como objetivo «[...] facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación de arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio». Al respecto, se ha considerado lo siguiente:

Uno de los objetos del convenio es fomentar las inversiones extranjeras privadas otorgando una mayor seguridad jurídica tanto al inversionista como Estado receptor. Así, el CIADI es, gracias a las disposiciones del convenio, un foro neutral autónomo que mantiene el equilibrio entre los intereses de los inversionistas y de los Estados para la resolución de conflictos en materia de inversiones.<sup>28</sup>

En cuanto, a la jurisdicción del Ciadi, debe tomarse en cuenta que la Constitución y las leyes antes desplegadas permiten la participación del Estado peruano en arbitrajes internacionales de inversiones. Además, el Convenio establece que la jurisdicción arbitral del Ciadi se extiende a las diferencias de naturaleza que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (incluida sus dependencias) y una nacional de otro Estado contratante. De ello, se aclara que, tanto el término «diferencias de naturaleza jurídica» como el de «inversiones» no se encuentran definidos por el convenio, pero que en los trabajos preparatorios del Convenio se hizo hincapié que estas no podían incluir diferencias meramente políticas o comerciales, y que debían referirse a la existencia de un derecho u obligación de orden legal o por conceptos de reparación.<sup>29</sup>

En los últimos años, el Perú se ha convertido en uno de los grandes focos de inversiones extranjeras debido a que contamos con un marco legal estable y confiable, una gran diversidad de recursos naturales y una estabilidad macroeconómica,<sup>30</sup> lo que hace atractiva la oferta para inyección de capitales. De modo que las relaciones en el marco de inversionista-Estado no han escapado de los conflictos, lo cual ha significado que el Perú se convierta en el país más demandado ante el Ciadi.

Actualmente, la página web oficial del Ciadi ha registrado un total de 39 casos en los que la República del Perú tiene la calidad de demandado, y uno en calidad de demandante.<sup>31</sup>

En el siguiente cuadro resumimos la información antes anotada.

<sup>27</sup> CABALLERO MORALES, Luz Betty. «El arbitraje Ciadi y los Mecanismos preventivos de solución de controversias inversionista-Estado: el caso peruano». En *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UAP*, vol. XIV, n.º 18, 2018, pp. 224 y 225. Recuperado de <<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i18.1250>>.

<sup>28</sup> ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela. «Las características del arbitraje del Ciadi». En *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2002, vol. II, p. 208. Recuperado de <<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2002.2>>.

<sup>29</sup> *Idem*, pp. 216 y 217.

<sup>30</sup> CABALLERO MORALES, Luz Betty. *Op. cit.*, p. 229.

<sup>31</sup> Esta información se puede verificar en <<https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>>.

| N.º | N.º CASO  | TRANSNACIONAL                                   | PARTE PROCESAL | ESTADO    |
|-----|-----------|---|----------------|-----------|
| 1   | ARB/21/65 | Enagás Internacional S. L. U.                   | Demandante     | Pendiente |
| 2   | ARB/21/60 | VINCI Highways SAS & Vinci Concesiones S. A. S. | Demandante     | Pendiente |
| 3   | ARB/21/57 | Metro de Lima Línea 2, S. A.                    | Demandante     | Pendiente |
| 4   | ARB/21/45 | Concesionaria Peruana de Vías-Covincia, S. A.   | Demandante     | Pendiente |
| 5   | ARB/21/41 | Metro de Lima Línea 2, S. A.                    | Demandante     | Pendiente |
| 6   | ARB/21/29 | Kaloti Metals & Logistics, LLC.                 | Demandante     | Pendiente |
| 7   | ARB/21/28 | APM Terminals Callao S. A.                      | Demandante     | Pendiente |
| 8   | ARB/21/10 | Telefónica S. A.                                | Demandante     | Pendiente |
| 9   | ARB/21/1  | Quanta Services Netherlands B. V.               | Demandante     | Pendiente |
| 10  | ARB/20/51 | Worth Capital Holdings 27 LLC.                  | Demandante     | Pendiente |
| 11  | ARB/20/46 | Lupaka Gold Corp.                               | Demandante     | Pendiente |
| 12  | ARB/20/18 | Desarrollo Vial de los Andes S. A. C.           | Demandante     | Pendiente |
| 13  | ARB/20/14 | SMM Cerro Verde Netherlands B. V.               | Demandante     | Pendiente |
| 14  | ARB/20/8  | Freeport - MCMoRan Inc.                         | Demandante     | Pendiente |
| 15  | ARB/20/4  | Odebrechet Latinvest S.á.r.l.                   | Demandante     | Pendiente |
| 16  | ARB/19/28 | Latam Hydri LLC and CH Mamacocha S. R. L.       | Demandante     | Pendiente |
| 17  | ARB/19/19 | IC Power Ltd. and Kenon Holdings Ltd.           | Demandante     | Pendiente |
| 18  | ARB/18/48 | Hydrika 1 S. A. C. & otros                      | Demandante     | Concluido |

|    |               |  |            |           |
|----|---------------|--|------------|-----------|
| 19 | ARB/18/27     | Sociedad Aeroportuaria un-tur Wasi S. A. & Corpora-ción América S. A.  | Demandante | Pendiente |
| 20 | ARB/18/26     | Enagás S. A. & Enagás In-ternacional S. L. U.  | Demandante | Pendiente |
| 21 | ARB/18/17     | Autopista del Norte S. A. C.   | Demandante | Pendiente |
| 22 | UNCT/18/<br>2 | Gramercy Funds Manage-ment LLC. & Gramercy Peru Holdings LLC.  | Demandante | Pendiente |
| 23 | ARB/17/9      | Lidercón, S.L.   | Demandante | Concluido |
| 24 | ARB/17/3      | Metro de Lima 2 S.A.   | Demandante | Pendiente |
| 25 | ARB/16/33     | APM Terminals Callao S.A.  | Demandante | Concluido |
| 26 | ARB/14/21     | Bear Creek Mining Corpora-tion   | Demandante | Concluido |
| 27 | ARB/13/24     | Caravelí Cotaruse Transmi-sora de Energía S.A.   | Demandado  | Concluido |
| 28 | UNCT/13/<br>1 | The Renco Group, Inc.  | Demandante | Concluido |
| 29 | ARB/12/28     | Pluspetrol Oerpu Corpora-tion & otros  | Demandante | Concluido |
| 30 | ARB/12/5      | Isolux Corsán Concesiones S.A.   | Demandante | Concluido |
| 31 | ARB/11/21     | DP World Callaro S. R. L., P&O Dover (Holding) Lim-ited & The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company | Demandante | Concluido |
| 32 | ARB/11/17     | Renée Rose Levy & Gremci-tel S. A.   | Demandante | Concluido |
| 33 | ARB/11/9      | Caravelí Cotaruse Transmi-sora de Energía S. A. C.   | Demandante | Concluido |
| 34 | ARB/10/17     | Renée Rose Levy de Levi  | Demandante | Concluido |

|    |           |  |            |           |
|----|-----------|--|------------|-----------|
| 35 | ARB/10/2  | Convial Callao S.A. & CCI<br>Compañía de Concesiones<br>de Infraestructura S.A.  | Demandante | Concluido |
| 36 | ARB/07/6  | T'za Yap Shum  | Demandante | Concluido |
| 37 | ARB/06/13 | Aguaytía Energy, LLC.  | Demandante | Concluido |
| 38 | ARB/03/28 | Duke Energy International<br>Perú Investments No. 1 Ltd.   | Demandante | Concluido |
| 39 | ARB/03/4  | Industria Nacional de Ali-<br>mentos S. A. & Indalsa<br>Perú, S. A. (formerly Empre-<br>sas Lucchetti, S.A. & Lu-<br>chetti Perú, S. A.) | Demandante | Concluido |
| 40 | ARB/98/6  | Compagnie Minière Interna-<br>tionale Or S. A.   | Demandante | Concluido |

No obstante, en las economías mundiales existen una tendencia de sostenibilidad, queremos decir que las inversiones ocupan actividades económicas que impactan en el sector medioambiental. En relación con ello, los tratados bilaterales de inversión (TBI) si bien son instrumentos que tienen como objetivo proteger las inversiones, también han introducido disposiciones de carácter medioambientales en su contenido.<sup>32</sup> De esa forma se identifica tres tipos de normas: (i) normas preambulares, que se refieren a normas generales como objetivo o principistas; (ii) normas de poder regulatorio y excepciones, por las cuales las preocupaciones medioambientales pueden formar parte del poder regulatorio del Estado; y (iii) normas de obligaciones ambientales, que son disposiciones referidas a la responsabilidad social de las empresas y evaluación del impacto ambiental.<sup>33</sup>

Un ejemplo es el TBI entre la República del Perú y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa que sobre materia ambiental ha calificado como inapropiado que las partes contratantes alienten inversiones debilitando la legislación ambiental interna ya sea omitiendo u ofreciendo omitir o derogando la ley y con el motivo de establecer, conservar o expandir la inversión.<sup>34</sup> También podemos mencionar el caso del Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de América, que introduce un capítulo completo sobre materia medioambiental, específicamente el capítulo dieciocho del acuerdo.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. «Environmental Protection and Investment Arbitration». En *Anuario colombiano de derecho internacional*, vol. 10, 2017, p. 380. Recuperado de <<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.5296>>.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Artículo 5(2) del Tratado Bilateral de Inversiones entre el Perú y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa.

<sup>35</sup> Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos

Capítulo dieciocho

Medio Ambiente

«Artículo 18.3.- Aplicación y observancia de las leyes ambientales

[...]

2. Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales. En consecuencia, una Parte no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar, dicha legislación de manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación de manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes».

En el contexto descrito, tenemos algunos referentes de arbitrajes internacionales en los que se tuvo a nuestro Estado peruano como parte, tales son los casos de *The Renco Group, Inc. c/ la República del Perú*<sup>36</sup> y *Empresas Lucchetti y Lucchetti S.A. c/ la República del Perú*,<sup>37</sup> ambos procesos arbitrales desarrollados ante el Ciadi. Pero ¿en qué consistían estas controversias? Pues bien, el caso *The Renco Group Inc. (Renco, empresa estadounidense)*, sucede en el marco del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos (APC).

Renco planteó la solicitud de inicio de arbitraje ante el Ciadi después de que su filial peruana, *Doe Run Perú S.R. Ltda.* privatizase el complejo Metalúrgico de la Oroya y se iniciara una serie de controversias en relación a las obligaciones ambientales de la filial peruana, prestables en el PAMA.<sup>38</sup> Era uno de los argumentos del Estado peruano que, en realidad, Renco no cumplió con construir un circuito de cobre, proyecto primordial para considerar la responsabilidad ambiental de Renco. De ese modo es que se emite un laudo parcial favorable para el Perú, dado que se consideró que Renco también habría incumplido con el APC.

Por otro lado, el caso *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c/ la República del Perú* tuvo un enfoque distinto: el posible impacto ambiental. *Empresas Lucchetti S.A.*, empresa chilena, centraba su actividad económica en la producción de pastas, pero en 1995 decidió extender sus actividades hacia el Perú, invirtiendo así alrededor de más de US\$150 millones en nuestro país y dando como resultado la creación de *Lucchetti Perú S.A.*, empresa constituida en Lima (cuyas actividades se centrarían en el mercado local y la exportación).

Consecuentemente, para la construcción de las plantas industriales se tramitaron las autorizaciones correspondientes, entre ellas, el estudio de impacto ambiental aprobado por Inrena. Sin embargo, en 1998, la Municipalidad Metropolitana de Lima anuló los permisos en cuestión, en razón de que existían problemas ambientales por la localización del proyecto, pues la construcción de este se realizaría cerca del humedal protegido: Pantanos de Villa.

Estos actos de anulación fueron impugnados por *Lucchetti* judicialmente, obteniendo resultados favorables para esta. Pese a ello, *Lucchetti* también decidió interponer una solicitud de arbitraje contra el Estado peruano ante el Ciadi en el 2002, demandando la indemnización por daño emergente y lucro cesante asociado con la inversión realizada. En este caso, el tribunal se declaró incompetente para conocer el fondo de la controversia, debido a que el Estado peruano no había consentido el arbitraje a través de un convenio arbitral ni a través de un comportamiento del cual pudiera deducirse su intención de acudir a este. Un caso interesante que permite ver un enfoque distinto en cuanto a la prevención del daño ambiental, pero también permite ratificar algunos principios y reglas arbitrales internacionales.

#### 4. EL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral representa la columna vertebral del arbitraje, por cuanto los sujetos de derecho, en forma voluntaria, expresan sin lugar a dudas, su decisión de acudir a una vía jurisdiccional especial y privada, como es el arbitraje, teniendo como primer efecto, la renuncia a los fueros judiciales, y como segunda acción, la voluntad de que un tercero o tribunal pueda resolver un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, generada en virtud de una relación contractual o en virtud de algún acontecimiento dañoso dentro de los supuestos de responsabilidad extracontractual, prescritos en el Código Civil peruano. En este último supuesto, se dan daños extracontractuales donde se podría suscribir o negociar el «pacto arbitral» frente a daños ambientales, por cuanto su esencia de pacto libre y voluntario sobre derechos ambientales patrimoniales, permitiría la tutela de daños ambientales en la jurisdicción arbitral.

<sup>36</sup> Caso n.º UNCT/13/1.

<sup>37</sup> Caso n.º ARB/03/4.

<sup>38</sup> Programa de Adecuación y Manejo Ambiental.

El principio de autonomía viene a ser la base del sistema arbitral en cualquier legislación nacional e internacional. Por el principio de autonomía, el pacto arbitral es considerado independiente del contrato principal; es así que, de existir vistos de nulidad del contrato principal, el pacto arbitral no sufre las consecuencias de esta nulidad, pues, el pacto arbitral es un acto jurídico independiente por excelencia.<sup>39</sup>

Cabe resaltar que, dentro del uso estricto de la autonomía privada, los sujetos de derecho son quienes, por delegación del Estado, deciden a iniciativa de parte, renunciar a los fueros jurisdiccionales de la justicia tradicional para someterse a una justicia privada o justicia arbitral.<sup>40</sup>

En la doctrina y tribunales jurisdiccionales, no hay inconveniente en aceptar que el convenio arbitral se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, con la simple manifestación del consentimiento entre las partes para celebrar el convenio arbitral. Este último deviene en válido para el ordenamiento jurídico general; y, por tanto, obligatorio para las partes, siempre que, al acto realizado, concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato.<sup>41</sup>

Uno de los puntos más discutidos y que podría presentar un problema para que un caso de contaminación o daños ambientales pueda someterse a un tribunal arbitral, se evidencia en el principio de autonomía de la voluntad que tiene la cláusula arbitral o el convenio arbitral,<sup>42</sup> por lo cual, es requisito indispensable que las partes puedan pactar la cláusula arbitral ante las eventuales controversias surgidas de las relaciones contractuales.

Según lo que Trelles sostiene, ¿podrían incluirse como aspectos arbitrables, controversias relativas a materia ambiental?<sup>43</sup>

Bajo este contexto, podemos advertir una clara discusión en el origen mismo del arbitraje en materia ambiental, pues éste, en principio, no podría realizarse sin la celebración de un convenio o el sometimiento al fuero arbitral, debido a que únicamente se podría acudir al arbitraje ambiental con el pacto o acuerdo de las partes.

Para ello, se requeriría de la participación de todos los involucrados en la controversia, pues la exclusión de alguno significa la posibilidad de activar la vía administrativa o judicial, y crear el consecuente conflicto competencial entre los fueros; dilema que nacería doctrinariamente desde la posibilidad de su existencia, y concluiría jurídicamente en el tema de fondo.

Sin embargo, debemos señalar que los derechos ambientales se dividen en derechos ambientales colectivos, individuales, patrimoniales y no patrimoniales; en especial, los daños ambientales patrimoniales individuales son, a toda luz, factibles de ser arbitrables, con la suscripción de un convenio o cláusula arbitral posterior al acontecimiento del daño ambiental.

Los daños ambientales pueden generar secuelas desastrosas en la disminución del patrimonio de los sujetos de derecho, lo cual infringe daños económicos cuantiosos. Al hablar de patrimonio, incluimos todos los bienes, deudas o derechos de una persona.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances generales respecto al convenio arbitral». En *La Ley*, año 1, n.º 5, 2013, p. 7 y ss.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson-Cívitas, 2006, 3.ª ed., tomo 1, p. 257.

<sup>42</sup> El convenio arbitral constituye la puerta de entrada; o, mejor dicho, la aduana que permite el paso de controversias relativas a derechos disponibles, a un proceso; el cual desde luego debe desarrollarse con pleno respeto de las garantías del derecho a un debido proceso.

<sup>43</sup> TRELLES CASTILLO, José Antonio. «Arbitraje y medio ambiente: una relación que contamina». En *Blog José Antonio Trelles Castillo - Opinión legal Contratación Pública y Arbitraje*, 30 de enero 2009. Recuperado de <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/arbitraje/2009/01/30/arbitraje-y-medio-ambiente-una-relacion-que-contamina/>>.

<sup>44</sup> VIDAL RAMOS, Roger. *Op. cit.*, p. 109.

El origen de este percance se debe a que, en materia ambiental, no existe un colectivo determinado, e incluso determinable, que posibilite su válida actuación como parte en un proceso arbitral, pues la legitimación procesal involucra el carácter positivo de participación, y negativo de exclusión de los terceros ajenos a la controversia, y cuyos derechos, supuestamente, se encuentran desvinculados.

Teniendo en cuenta dicho colectivo, en materia arbitral solo se encontrarán legitimados para accionar,<sup>45</sup> quienes hubieran suscrito el convenio arbitral, o quienes se sometieron al proceso arbitral, teniendo efectos excluyentes hacia los terceros. En ese supuesto, tendríamos que entender que solo quienes se sometan al proceso arbitral podrían tener legitimidad, siendo el acuerdo y la decisión final —laudo arbitral— exigible y oponible solo a estos.

Sin embargo, no compartimos esta posición. Debemos recalcar que los supuestos para que se acuda a un arbitraje, según la LGA (ley peruana de arbitraje) son amplios, si bien la falta de convenio arbitral o la complejidad de los daños ambientales por las numerosas personas —partes procesales— y los numerosos problemas procesales, podría generar dificultades, pero que bien podrían ser superadas y sistematizadas por un arbitraje ambiental administrativo, en consideración a que el arbitraje ambiental está regulado en el sistema peruano, no siendo una figura aislada al ordenamiento jurídico o que contravenga la Constitución y la Ley General del Ambiente.

En esencia, el Estado, los abogados y la sociedad civil son quienes tienen las facultades e interés de institucionalizar el arbitraje ambiental administrativo, siempre fiscalizado y tramitado por el Estado; es decir, el Ministerio del Ambiente. Si siempre optamos por los fueros judiciales, estaríamos condenados a un litigio inacabable de penosos y largos años, terminando la causa ambiental en algún Pleno Casatorio.

## 5. MATERIAS ARBITRABLES AMBIENTALES

La Ley General del Ambiente ha establecido un *numerus clausus* respecto a cuáles son los supuestos que podrían ser materia arbitrable, siendo estos casos muy particulares y precisos, que se podrían ventilar en un arbitraje; los mismos que señalamos a continuación:

- a) Cuando se quieran determinar los montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos ambientales;
- b) Cuando se trate de definir obligaciones compensatorias que puedan surgir de un proceso administrativo, sean pecuniarias o no;
- c) Aquellas controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales;
- d) A efectos de precisar aquellos casos de limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un área natural protegida;
- e) Conflictos entre usuarios con derechos superpuestos e incompatibles sobre espacios o recursos sujetos a ordenamiento o zonificación ambiental.

---

<sup>45</sup> Pero el inconveniente de la determinación de las partes en el proceso llevaría a otra dificultad respecto a la designación y composición del árbitro único o del tribunal arbitral, debido a que, según la normativa arbitral, las partes son las facultadas para designar al tercero dirimente, siendo cualquier defecto en la composición una válida causal de anulación del laudo arbitral. En cambio, en materia ambiental, la universalidad de la acción deriva del legítimo interés de cualquier persona de proteger el bien jurídicamente tutelado y derecho constitucionalmente reconocido, debido a que cualquier afectación al medio ambiente, no tiene únicamente repercusiones directas en una comunidad exclusiva y temporal. Entonces, el primer aspecto a tomar en cuenta es que los intereses involucrados en un proceso arbitral y uno ambiental son distintos, pues al último se vinculan los intereses difusos y al primero, los de contenido patrimonial y de libre disposición de los intervinientes. En ese entendido, la afectación del medio ambiente no puede excluir a aquellos que no se encuentren directamente afectados por un hecho o circunstancia, debido a que cualquier persona se encuentra legitimada para exigir la suspensión del hecho que estuviera afectando el medio ambiente.

La LGA, en su artículo 153, establece cuáles son los límites de laudo arbitral o del acuerdo conciliatorio, siendo los siguientes:

- a) El laudo arbitral o el acuerdo conciliatorio no puede vulnerar la normatividad ambiental vigente ni modificar normas que establezcan límites máximos permisibles, u otros instrumentos de gestión ambiental, ni considerar estándares de calidad ambiental diferentes a los establecidos por la autoridad ambiental competente. Sin embargo, en ausencia de estos, son de aplicación los establecidos a nivel internacional, siempre que medie un acuerdo entre las partes, o en ausencia de este, a lo propuesto por la Autoridad Nacional Ambiental; y
- b) De igual manera, se pueden establecer compromisos de adecuación a las normas ambientales en plazos establecidos de común acuerdo entre las partes, para lo cual deberán contar con el visto bueno de la autoridad ambiental competente, la misma que deberá velar por que dicho acuerdo no vulnere derechos de terceros ni genere afectación grave o irreparable al ambiente.

Coherente con la importancia que representan para nuestro país las inversiones en recursos naturales y las actividades extractivas, es necesario que el arbitraje ambiental cobre mayor importancia, debido a que el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje y la LGA, concuerden entre sus principios rectores que es factible que, mediante un tribunal arbitral, puedan ventilarse controversias ambientales. Todo esto depende de que exista la voluntad de acudir al arbitraje ambiental por parte de las empresas, los entes administrativos, las personas y asociaciones que consideren que se vulneran o vulneraron sus derechos ambientales.

De establecerse en el Perú la práctica de arbitrajes ambientales, será fundamental otorgar un rol protagónico al Estado, por cuanto, obligatoriamente, se trataría de un arbitraje ambiental-administrativo. Asimismo, se debería dotar de un personal administrativo capacitado de árbitros y secretarios especializados en derecho ambiental y recursos naturales. Este arbitraje ambiental podría recaer en el Tribunal de Solución de Controversias Ambientales,<sup>46</sup> que representaría la autoridad administrativa que se encargaría de la administración del Centro de Arbitraje y de asumir el trámite procesal de los arbitrajes ambientales como la autoridad ambiental arbitral, tal como sucede con el Organismo Superior de las Contrataciones Estatales. Es así que sería más ventajoso para las empresas y compañías de explotación de recursos naturales ante el surgimiento de controversias entre empresas y/o personas naturales sobre superposición de derechos entre empresas o por el pago del justiprecio en expropiaciones.

No cabe duda de que el arbitraje ambiental administrativo sería un mecanismo procesal de gran utilidad frente al inacabable litigio judicial.

## 6. CONTROVERSIAS SOMETIDAS A COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

### 6.1. *Montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos ambientales*

Entendemos que la LGA es precisa en determinar que todas aquellas controversias o conflictos de intereses que versen sobre daños ambientales podrían ventilarse en un proceso arbitral, sobre todo cuando se trata de problemas entre privados, como podría ser el ocasionado por una fábrica que,

<sup>46</sup> Decreto Legislativo n.º 1013, Creación del Ministerio del Ambiente

13.1 El Tribunal de Solución de Controversias Ambientales es el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia en materia ambiental y la última instancia administrativa respecto de los procedimientos administrativos que se precisan en el reglamento de la presente ley. Asimismo, es competente para resolver conflictos en materia ambiental a través de la conciliación u otros mecanismos de solución de controversias extrajudiciales, constituyéndose en la instancia previa extrajudicial de carácter obligatorio antes de iniciar una acción judicial en materia ambiental.

13.2 Las funciones y la organización del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales se rigen por lo establecido en la Ley n.º 28245, Ley Marco del Sistema de Gestión Ambiental y demás normas pertinentes.

mediante sus emanaciones, ruidos y afluentes, perjudique los derechos ambientales patrimoniales, y no patrimoniales de un determinado vecindario.

Asimismo, puede ser considerado dentro de estos supuestos, cualquier tema de daños ambientales por contaminación de actividades extractivas (minería e hidrocarburos).

En sede nacional, el caso Yanacochoa<sup>47</sup> hubiera podido haberse tramitado en vía arbitral. Muchos recordamos que se establecieron procesos judiciales donde uno de los petitorios de los pobladores afectados por el derrame del mercurio, se refería a los daños ambientales indemnizables.

Respecto a los delitos ambientales, creemos que sería mejor que el monto de la reparación civil pueda verse en vía arbitral con participación del Ministerio Público, pero la persecución y sanción por la Comisión de los Delitos Ambientales debería seguirse en la correspondiente vía judicial.

Lo complejo y excesivamente oneroso que podría resultar litigar en un proceso judicial, como es el caso de una indemnización por daños ambientales ante los tribunales de justicia, de por sí adolecería de la carencia de especialistas en derecho ambiental; es decir, peritos; presupuesto para financiar diligencias e inspecciones oculares, etc.

Un buen ejemplo de esto es el Caso Chevron vs. Ecuador n.º 2003-0002,<sup>48</sup> sentencia de primera instancia que representa un fallo ejemplar a nivel mundial, respecto de la sanción por la alta contaminación ocasionada por actividades petroleras de la subsidiaria (Chevron) de la compañía norteamericana Texaco. El juez ecuatoriano Nicolás Zambrano,<sup>49</sup> frente al daño ambiental y cultural, condenó a Chevron al pago de más de US\$8,646'000,000.00 por reparación, a fin de costear la recuperación de las condiciones naturales del suelo (US\$5'396,160.00); de aguas subterráneas (US\$600'000,000.00); de especies nativas al menos por veinte años (US\$200'000,000.00); mitigar —al ser un daño de imposible reparación— los daños de salud en las poblaciones afectadas (US\$150'000,000.00); crear un sistema de salud (US\$1,400'000,000.00); la provisión de un plan de salud que incluya un tratamiento para las personas con cáncer (US\$800'000,000.00); y la reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica para mitigar el irreparable daño cultural ocasionado (US\$100'000,000.00).<sup>50</sup>

## 6.2. Obligaciones compensatorias derivadas de un proceso administrativo

Podemos considerar a todos los procedimientos administrativos sancionadores establecidos por el Ejecutivo en contra de empresas de diversos rubros comerciales e industriales.

A manera de ejemplo, si el Ministerio de la Producción sancionará con una multa a una fábrica de cartón por incumplimiento de declaración del estado de sus estándares de calidad ambiental y límites máximos permisibles, las multas y compensaciones derivadas del procedimiento administrativo podrían ser derivadas a un arbitraje de derecho, por lo que existe la posibilidad de arbitrar las multas

<sup>47</sup> El famoso caso del derrame de mercurio de la Minera Yanacochoa en contra de los pobladores de la Comunidad Campesina de Choropampa, no solo es escandaloso y cuestionable en los términos de las diversas transacciones extrajudiciales suscritas. Sucede que los campesinos realizaron una transacción con la Minera Yanacochoa, por la cual la empresa se obliga a efectuar el pago de una suma irrisoria como compensación por los daños ambientales y personales que ocasione el derrame de mercurio en desmedro de los campesinos de Choropampa, quienes, a su vez, se obligan a no establecer ninguna otra acción procesal por los daños ambientales.

<sup>48</sup> La sentencia de primera instancia del Caso Chevron vs. María Aguinda y otros (Ecuador), considera dentro de los fundamentos de la sentencia, las medidas de reparación, enfocadas a que pueden ser aplicadas a los daños materiales: «considerando que estas pueden ser de tres tipos: (1) medidas principales, enfocadas a reponer los recursos naturales a su estado básico en la medida y a la brevedad posible; (2) medidas complementarias, creadas reconociendo que las medidas principales pueden demorar o no ser del todo efectivas, y cuyo objetivo es compensar el hecho de que la reparación primaria no consiga la plena restitución de los recursos naturales y compensar el tiempo que pasa sin reparación; y (3) medidas de mitigación, destinadas a disminuir y atenuar el efecto de daños de imposible reparación».

<sup>49</sup> Sentencia Caso n.º 2003-00002 Ecuador vs. Texaco.

<sup>50</sup> VIDAL RAMOS, Roger. *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano. Lex & Iuris*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2014, pp. 184-290.

impuestas por las autoridades ambientales competentes, ante incumplimientos de las normas ambientales administrativas.

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), hoy en día adolece de un problema, por cuanto sus resoluciones administrativas sancionadoras son apeladas ante un proceso contencioso-administrativo en la vía judicial. Consideramos que se podría aplicar en estos supuestos el arbitraje ambiental administrativo, a fin de que un tribunal arbitral especializado pueda conocer esta controversia entre las empresas sancionadas y el OEFA (Ministerio del Ambiente).

A manera de referencia, el rol que cumple el OEFA, como ente sancionador ambiental, queda manifestado en la multa impuesta por 56 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), equivalente a S/.207,200.00, imputada a la responsabilidad de la Compañía Minera Antamina S.A., por infringir la legislación ambiental, a consecuencia del derrame de cobre ocurrido el 25 de julio de 2012.<sup>51</sup>

### **6.3. Controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales**

Es factible poder resolver cualquier controversia que surja de la ejecución e implementación de los contratos, desde el acceso al recurso natural, y en forma posterior a su aprovechamiento.

A nuestro entender, estas podrían generarse por discrepancias derivadas de concesiones forestales, concesiones mineras y otorgamiento de licencias y contratos para la explotación de hidrocarburos.

Según el profesor Blanco Uribe,<sup>52</sup> al tratar el tema de la responsabilidad civil contractual en materia ambiental proveniente del incumplimiento de un contrato en el cual se ha pactado una cláusula de arbitramento, el conflicto estaría siendo resuelto por el tribunal que se designe para estos fines.

### **6.4. Limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un Área Natural Protegida (ANP)**

Sin duda alguna, el derecho de propiedad y las áreas naturales protegidas representan un problema de primordial importancia, por cuanto la falta de catastro forestal, condiciones perjudiciales y agresores de la geografía nacional, la falta de coordinación entre el gobierno central y los gobiernos locales-regionales, son la causa de que se proponga la creación de áreas naturales protegidas en lugares donde existan derechos de propiedad otorgados con mucha anticipación.

Esto deviene siempre en numerosos problemas administrativos y judiciales.

En países con una selva muy extensa, colmada de biodiversidad y con pocas informaciones de coordenadas geográficas, tal como lo podría ser en Perú y Brasil, surge siempre la posibilidad de que

<sup>51</sup> Ver: OEFA <<http://www.oefa.gob.pe/?p=26889>>, Lima, 5 de junio de 2013.- Mediante Resolución Directoral n.º 262-2013-OEFA/DFSAI, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental —OEFA— sancionó con una multa de 56 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), equivalente a S/ 207 200,00, a Compañía Minera Antamina S. A., la cual le fue impuesta por infringir la legislación ambiental a consecuencia del derrame de cobre ocurrido el 25 de julio de 2012, a la altura del kilómetro 110 de la ruta Pativilca-Conococha, en el caserío Santa Rosa, perteneciente al distrito de Cajacay, provincia de Bolognesi, departamento de Áncash. Del derrame de las 45 toneladas de cobre, producto de la rotura del codo de una tubería en la estación de válvulas VS-01 del mineroducto de la Compañía Minera Antamina, tres toneladas de mineral impactaron negativamente en el ambiente, ocasionando problemas ambientales sobre el suelo natural y flora, como árboles de eucalipto y pino, los cuales tuvieron que ser talados. El titular minero fue sancionado por esta infracción con una multa de 50 UIT, al haberse determinado la existencia de daño ambiental. Asimismo, la compañía minera no cumplió con proporcionar de manera completa los datos e información del accidente ambiental, ni con adecuar la comunicación presentada al OEFA al formato de reporte de emergencias (Formato n.º 3 «Aviso de Accidente Ambiental»), por lo que, además, se le sancionó con una multa ascendente a 6 UIT.

<sup>52</sup> Cít. GAITÁN OCHOA, Luis Fernando. «Arbitraje ambiental: instrumentos para la solución de conflictos». En *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 259.

surjan conflictos y superposiciones de derechos con las establecidas áreas naturales protegidas y otros derechos de propiedad de personas jurídicas o naturales.

Sobre este tema, /en particular, el Tribunal Constitucional se pronunció en una sentencia sobre el Expediente n.º 03343-2007-PA/TC, proceso que versa sobre una interposición de una demanda de amparo en protección de un área de conservación regional en contra de las actividades de exploración y posible posterior explotación petrolera por parte de un consorcio empresarial.<sup>53</sup>

La sentencia del tribunal trae consigo muchas interrogantes y disyuntivas desde dos ópticas. La primera de ellas, referida a la importancia estratégica y territorial del Área de Conservación Regional de la Cordillera Escalera; la importancia de proteger las reservas de agua, la biodiversidad y la protección de la propiedad e identidad de las comunidades indígenas. Y la segunda posición, se enmarca en la defensa del derecho preexistente del Consorcio Petrolero demandado, en su interés por desarrollar sus actividades de exploración y explotación petrolera, y el interés del Estado de brindar seguridad jurídica a las diversas inversiones en actividades extractivas.

### **6.5. Conflictos sobre derechos superpuestos e incompatibles**

Consideramos que los incisos d) y e) del artículo 152 de la Ley General del Ambiente vienen a tener la misma finalidad, en el sentido de que las dos normas buscan tener competencias arbitrales, respecto a los conflictos sobre superposición de derechos e incompatibilidades; y frente a aquellas formas de limitación del derecho de propiedad en cuanto a la preexistencia o creación de un área natural protegida.

En los últimos años son numerosos los conflictos que se presentan por la superposición de derecho sobre concesiones sobre los recursos naturales frente a áreas naturales protegidas; los cuales, de no tener una especializada y rápida solución, estamos seguros de que conllevarán a una inseguridad jurídica en nuestro país.

Inevitablemente, todo conflicto ambiental y superposición de derecho sobre recursos naturales solo genera falta de seguridad jurídica.

El otorgamiento o la asignación de derechos reales siguen generando en el Perú sería susceptibilidad, donde no solo las empresas como las de hidrocarburos reclaman sus derechos otorgados sobre los recursos naturales frente a lo que consideran un clima de inestabilidad jurídica, sino que esto también se extiende a otras actividades, en donde concesionarios mineros o madereros, de conservación o de ecoturismo, ven amenazada su inversión por el otorgamiento de derechos superpuestos a los suyos y que afectan el cumplimiento de sus obligaciones con el Estado.<sup>54</sup>

El Estado está obligado a brindar seguridad jurídica a las compañías que invierten en actividades extractivas. De no ser coherente con esta política de promover las inversiones, y ser el Estado el primer interesado en establecer sólidos lazos entre las inversiones y las políticas ambientales nacionales y regionales, se podría estar abriendo la «Caja de Pandora», dejando abiertas innumerables posibilidades de desconocimiento total de los derechos adquiridos en recursos naturales por parte de sus titulares o la población; esto por la creación de cualquier ANP, sea cual sea su modalidad en forma posterior a la concesión minera o al contrato de exploración en hidrocarburos.

<sup>53</sup> VIDAL RAMOS, Roger. «Las áreas naturales protegidas y las actividades en hidrocarburos. El caso Cordillera Escalera». En *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, n.º 22, 2009, pp. 338-339.

<sup>54</sup> VIDAL RAMOS, Roger. «Las áreas naturales protegidas y las actividades en hidrocarburos, el caso Cordillera Escalera». *Op. cit.*, p. 347.

¿Qué sucedería si los municipios, en ejercicio de sus facultades ambientales, deciden conformar una nueva área de conservación municipal o, por voluntad política de los gobiernos regionales, conformen un área de conservación regional, en un lugar donde existe un petitorio minero o un contrato de exploración de petróleo o gas?

Estamos seguros de que estos supuestos representan una señal de inseguridad jurídica que repercutirá seriamente en las actividades extractivas, en desmedro de las inversiones en beneficio del país.

## 7. LÍMITES DEL LAUDO

El tribunal arbitral tiene una prohibición de laudar en contra de la normatividad ambiental vigente, impidiendo la modificación de Límites Máximos Permisibles (LMPs), Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y otros instrumentos de gestión ambiental. El tribunal tiene que fundamentar y motivar el laudo, primero aplicando en todo el proceso arbitral el principio de legalidad; y, segundo, cumpliendo con laudar en base a la numerosa normativa ambiental sectorizada y del Ministerio del Ambiente. Lo ideal sería emitir un laudo debidamente motivado en estricta sujeción a la normativa ambiental vigente y el conjunto de tratados internacionales de protección al medio ambiente y los recursos naturales.

Otro punto que se tiene que considerar al momento de laudar y durante el proceso arbitral, es que no se puede modificar los ECAs y los LMPs, por cuanto son los márgenes tolerables que se deben tener en cuenta para efectuar actividades industriales, y los mismos son considerados como las expectativas de mejoramiento de las condiciones ambientales.

De no existir normativa ambiental, Límites Máximos Permisibles, Estándares de Calidad Ambiental u otro mecanismo de gestión ambiental, en forma excepcional, serían de aplicación los principios del derecho internacional ambiental, siempre que medie un acuerdo entre las partes; o, en ausencia de dicho acuerdo entre las partes, se estaría a lo propuesto por el Ministerio del Ambiente.

Otra disposición de «acuerdo común» se encuentra prevista en el artículo 153.2, que señala lo siguiente:

[...] de igual manera, se pueden establecer compromisos de adecuación a las normas ambientales en plazos establecidos de común acuerdo entre las partes, para lo cual deberán contar con el visto bueno de la autoridad ambiental competente, quien deberá velar por que dicho acuerdo no vulnere derechos de terceros ni genere afectación grave o irreparable al ambiente.

En atención a lo anterior, podríamos destacar que esta norma permitiría que las partes afectadas puedan estar en posición de establecer compromisos de adecuación a normas ambientales, siempre que cuenten con la participación y aprobación del Ministerio del Ambiente.

Por los puntos descritos anteriormente, el laudo en materia ambiental deberá conservar criterios esenciales como los derechos ambientales fundamentales y tutela de los derechos difusos, por lo que se estaría predisponiendo el diseño de un laudo con observancia estricta de las normativas ambientales, y a la vez, depositando plena confianza en la alta especialidad en derecho ambiental de los árbitros, que se podrá evidenciar en un correcto criterio de interpretación de los hechos, medios probatorios y fundamentos legales esgrimidos por las partes procesales.

## 8. ERIN BROCKOVICH

La recordada y taquillera película «Erin Brockovich» (protagonizada por Julia Roberts), relata la historia de la investigación por parte de Erin, que sin ser abogada y solamente impulsada por la injusticia que presencia al constatar los engaños urdidos por la empresa causante de daños ambientales colectivos o difusos (Pacific Gas & Electric) para que los habitantes de la zona no descubran la contaminación. Es ella quien inicia una investigación exhaustiva que la llevará a descubrir que se trata de una

contaminación gigantesca, que afecta a centenares de personas y que estaría generando daños a la salud y muertes.

Con brillante astucia, esfuerzo y persuasión, Erin logra obtener la confianza de todas las personas que sufrían en forma prolongada los daños ambientales y logra conseguir las primeras evidencias (testimonios, informes internos de la empresa e información personal) de que la actividad contaminante causaba enfermedades cancerígenas generadas por el agua.

Lamentablemente, para el abogado y Erin, su nula experiencia en controversias ambientales y la falta de recursos económicos que financiese el largo litigio (judicial) representan motivos razonables que logran concretar una alianza estratégica, encontrando conveniente asociarse a una firma de abogados que sí estaba en condiciones de brindar el soporte legal ambiental y económico en un proceso de tutela de derechos difusos por la «acción de clase» o *class action*.

Casi al término de la película es que, por acuerdo de los abogados, se opta por acudir a un arbitraje ambiental, a fin de que el litigio pueda tener mayor especialidad y celeridad. El tribunal arbitral otorgó una cifra indemnizatoria sin precedentes.

El caso llega a un final «¿feliz?» cuando, una vez conseguido el consenso con la clase, las partes se someten a un arbitraje voluntario vinculante (*binding voluntary arbitration*) para medir los daños y la cuantía de la reparación. En realidad, lo que hacen es someter a un juez la determinación de la indemnización, sin jurado. El monto final es de US\$ 333 000 000,00, repartidos entre las distintas personas (alrededor de 600).

¿Por qué los signos de pregunta en «feliz»? Porque, como en la mayoría de los juicios por daños y perjuicios, la reparación se estima en dinero, pero el «daño» causado no es reparable. A la familia que dio origen al caso le tocan cinco millones («suficiente para que puedan vivir sin problemas ustedes, sus hijos, y los hijos de sus hijos»), pero a la mujer que perdió el útero, nadie se lo va a devolver.<sup>55</sup>

La película simboliza hechos que prestan una connotación real: las actividades industriales (mineras, hidrocarburos, nucleares, manufactureras o afines) pueden, en cualquier momento, desencadenar en actividades contaminantes que hagan necesario acudir a una justicia especializada y con celeridad, frente a la prevención o indemnización de los daños ambientales, puesto que sería muy complicado y oneroso que la justicia tradicional (Poder Judicial), que otorga el Estado, pueda otorgar una tutela ambiental adecuada.

Es por esta razón que el arbitraje ambiental representa un mecanismo de solución de controversias ambientales vigente y especializado a que se podría acudir en supuestos de suscitarse daños ambientales patrimoniales, sean individuales o colectivos.

Dentro del contexto del arbitraje ambiental internacional son destacables las conclusiones De Luis García<sup>56</sup> en los próximos párrafos:

En definitiva, el arbitraje en materia medioambiental no es actualmente solo una posibilidad, sino que este ya cuenta con precedentes asentados, especialmente, en el ámbito de las controversias Estado-Estado o Estado-inversionista. Siendo ello así, ahora lo que se debe buscar es aplicarlo a otra clase de disputas. Específicamente, aquellas disputas en las cuales una o varias personas individuales sufren un perjuicio en su derecho a gozar de un medio ambiente adecuado —entendido aquel como el derecho de las personas a desarrollarse en un medio que le garantice unas condiciones mínimas inherentes a la dignidad humana, tales como la vida, la integridad física o el acceso a los recursos naturales—, pero también la protección del territorio o la propiedad privada.

<sup>55</sup> Recuperado de <[http://www.actioliberaincausa.com.ar/2010/09/cine-y-derecho-erin-brockovich-2000\\_08.html](http://www.actioliberaincausa.com.ar/2010/09/cine-y-derecho-erin-brockovich-2000_08.html)>.

<sup>56</sup> DE LUIS DE GARCIA, Elena. *Op. cit.*, pp. 513 y 514.

Así, la aprobación de las Reglas de La Haya supuso una gran contribución en este ámbito, pues configura un procedimiento arbitral adaptado a la realidad de la materia que busca tutelar. Esto se plasma en los distintos elementos comentados en el presente texto, tales como la definición del ámbito de aplicación y la previsión de partes en el conflicto; así como en otros aspectos que no hemos podido abordar, como es el caso de la disposición referida a la designación de un árbitro de emergencia para la aprobación de medidas cautelares urgentes.

A mayor ahondamiento, creemos que si un elemento refleja la especialización de este tipo de controversias es el posible contenido del laudo, que puede ir desde la compensación puramente económica hasta inclusive garantías de no repetición en el futuro. Pues, qué duda cabe, en la mayoría de las ocasiones no se tratará de situaciones aisladas, sino situaciones que se reiteran en el tiempo y que, en efecto, afectan o puedan afectar a una pluralidad de personas, a las que se debe tratar de poner fin. Es por ello que el procedimiento arbitral regulado en las Reglas de La Haya se presenta, *a priori*, como una excelente vía para la tutela de los derechos ambientales.

Ahora bien, la realidad no resulta tan sencilla y, si bien puede parecer que el arbitraje es la solución idónea para todas las partes, no hay manera de poder asegurar que las empresas se presenten voluntariamente a un proceso de esta naturaleza. Además, suelen aparecer problemas referidos a la confluencia con el orden penal, en cuanto al deber de denunciar y la confidencialidad. Las empresas verían frustrado su objetivo de confidencialidad, si el árbitro se viese obligado a denunciar los hechos por ser constitutivos de infracción penal.

En el mismo sentido, aun cuando la conducta fuese ilícita (pero no delictiva), la confidencialidad propia de un procedimiento arbitral tampoco sería lo más aconsejable cuando se encuentran en juego el medio ambiente o los derechos de las personas, pues lo que se requiere en estos casos es transparencia y acceso a la información.

Por lo expuesto, consideramos que la configuración de un mecanismo arbitral para la tutela de los derechos ambientales efectivo debería partir de las siguientes premisas: (i) transparencia y acceso a la información; (ii) especialización de los árbitros; (iii) posibilidad de intervención de terceros; y (iv) previsión de reclamaciones colectivas. Solamente de este modo podrá cumplir su cometido, el cual no es otro que reducir las barreras de los mecanismos de acceso a la justicia y que ninguna víctima quede sin reparación.

## 9. CONCLUSIONES

- Existe una necesidad apremiante de institucionalizar en el Perú y otros países, el arbitraje ambiental administrado e internacional, que permitan constituir un mecanismo de solución de controversias ambientales, ante la constante generación de diversos conflictos socioambientales, que representan graves problemas entre sus principales actores: el Estado, las comunidades (campesinas, nativas y sociedad civil) y las empresas extractivas y diferentes industrias.
- El arbitraje ambiental podría tener la oportunidad de representar un mecanismo de solución de conflictos, que podría generar mayor seguridad jurídica a los inversionistas y tutelar los derechos ambientales públicos y privados, como sucede con la experiencia de los arbitrajes Ciadi, respecto de las inversiones en recursos naturales.
- El Tribunal de Solución de Controversias Ambientales en sede peruana podría representar una vía administrativa que coadyuve a que los conflictos ambientales puedan tener, en un primer momento, el acercamiento inmediato entre los actores directos del conflicto, y en un segundo, que el conocimiento de este conflicto ambiental tenga la presencia y participación de un conjunto de profesionales (abogados, ingenieros, médicos, psicólogos y sociólogos, etc.), que junto a la conformación de un tribunal arbitral con árbitros especializados

en derecho ambiental, permitirán que la emisión del laudo arbitral tenga la rigurosidad y especialidad por el conocimiento del conflicto ambiental.

- El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), entidad autónoma del Ministerio del Ambiente en el Perú, presenta una dificultad, por cuanto sus resoluciones administrativas sancionadoras son apeladas ante un proceso contencioso-administrativo en la vía judicial. Es por esta razón que surge la necesidad ante estos supuestos, de recurrir al arbitraje ambiental administrativo, a fin de que un tribunal arbitral especializado pueda conocer esta controversia entre las empresas sancionadas y el OEFA. De esta forma, el tribunal arbitral podrá determinar si el fallo administrativo presentó vulneraciones al debido proceso o adolece de una defectuosa motivación o indebida interpretación de la normativa ambiental.
- La conformación de un tribunal especializado en derecho ambiental podrá lograr la reducción de los extensos años de litigio en la vía judicial sobre materia ambiental. De esta forma, se estaría coadyuvando en la aplicación del principio de acceso y generación de la justicia ambiental regulado en el Título Preliminar de la Ley General del Ambiente.
- El arbitraje ambiental podrá representar una ventaja y protección del prestigio de las empresas o compañías industriales y extractivas debido a que los discutidos daños ambientales, por el principio de confidencialidad en el arbitraje, no podrían filtrarse información de las diversas actividades procesales de esta manera conservando una buena imagen corporativa frente a las poblaciones, la sociedad y el Estado.
- Finalmente, los diversos inversionistas en recursos naturales en sede peruana o diversos países de la región mantienen en el Ciadi un arbitraje altamente especializado en derecho ambiental y con aplicación versada en agudos estándares arbitrales, a fin de generar seguridad jurídica para las partes litigantes (Estados e inversionistas), otorgando justicia a quien la merece a consideración del tribunal arbitral.



## CAPÍTULO 7

### LAS CLÁUSULAS DE RENEGOCIACIÓN Y ADAPTACIÓN EN LOS CONTRATOS DE INVERSIÓN<sup>1</sup>

John Y. Gotanda (EE. UU.)<sup>2</sup>

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Cláusulas de renegociación y adaptación.— 3. Los posibles inconvenientes.— 4. Ventajas del uso de las cláusulas de renegociación y adaptación.— 5. Conclusión.

#### 1. INTRODUCCIÓN

El profesor Dr. Klaus Berger, en *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators*, propone que los contratos internacionales de inversión incluyan una cláusula que permita a las partes renegociar los términos de su contrato si se producen determinados acontecimientos.<sup>3</sup> Si no consiguen llegar a un acuerdo, el profesor Berger aboga para que las partes acuerden permitir que un tribunal arbitral modifique los términos del contrato para restablecer el equilibrio económico asumido por las partes cuando celebraron el acuerdo.<sup>4</sup> Aunque los comentaristas han defendido a menudo estas cláusulas, las partes privadas implicadas en transacciones internacionales las han incluido con poca frecuencia.<sup>5</sup> Esta vacilación puede deberse al temor de que estas cláusulas hagan que la relación contractual sea impredecible, aumenten los costos globales de la transacción y sean inaplicables o, si se pide a un tribunal que adapte los términos del contrato, den lugar a una decisión inaplicable, o a que el tribunal modifique el contrato de una manera que ninguna de las partes pretendía.

---

<sup>1</sup> Trabajo originalmente publicado como Gotanda, John Y. «Renegotiation and adaptation clauses in investment contracts, revisited». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, p. 1461-1473. Traducción al español a cargo del Dr. Sergio García Long (Pontificia Universidad Católica del Perú).

<sup>2</sup> John Y. Gotanda es el presidente de la Hawai'i Pacific University, la mayor universidad privada del Estado de Hawai. Nacido y criado en Hawai, el presidente Gotanda se graduó en el Roosevelt High School, en la Universidad de Hawai en Mānoa (BBA, 1984) y en la Facultad de Derecho William S. Richardson (J.D., 1987), donde fue redactor jefe de la *University of Hawai'i Law Review*. Al terminar la carrera de Derecho, trabajó como abogado en el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia. A continuación, trabajó como abogado asociado en Covington & Burling en Washington, D.C., y más tarde en Goodwin, Procter, & Hoar en Boston. Se incorporó al cuerpo docente de la Facultad de Derecho Charles Widger de la Universidad de Villanova en 1994, donde ocupó los cargos de profesor de Derecho, decano adjunto de Asuntos Académicos, decano adjunto de Investigación del Profesorado y director del Programa J.D./M.B.A., y desde 2011 es decano de la Facultad de Derecho. El presidente Gotanda es reconocido como una de las principales autoridades mundiales en materia de daños y perjuicios en el derecho internacional, y ha sido citado por cortes, tribunales y comentaristas, incluso por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ha pronunciado numerosas conferencias sobre daños y perjuicios, arbitraje internacional y derecho de la compraventa internacional, incluso, en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. También ha actuado como experto en daños y perjuicios en como árbitro en disputas sobre inversiones internacionales.

<sup>3</sup> BERGER, Klaus Peter. «Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators». En *J. Vand. Transnational*, vol. 36, 2003, p. 1347 y ss.

<sup>4</sup> *Idem*, pp. 1348-1350.

<sup>5</sup> Véase SALACUSE, Jeswald W. «Renegotiating International Business Transactions: The Continuing Struggle of Life Against Form». En *Int'l L.J.*, vol. 35, 2001, p. 1536.

A pesar de estas preocupaciones, estoy de acuerdo con el profesor Berger en que tales cláusulas pueden ser beneficiosas en los contratos internacionales de inversión, pero en circunstancias más limitadas que las que él plantea.<sup>6</sup> Específicamente, sostengo que las cláusulas de renegociación no deberían incluirse cuando una de las partes controla el evento que desencadena la renegociación y la adaptación. La cláusula de renegociación y adaptación debería proporcionar a un tribunal criterios para guiar cualquier adaptación del acuerdo.

## 2. CLÁUSULAS DE RENEGOCIACIÓN Y ADAPTACIÓN

Las cláusulas de renegociación son disposiciones de los contratos que, al producirse uno o varios acontecimientos, obligan a todas las partes a volver a la mesa de negociación y a renegociar los términos de sus acuerdos. El profesor Berger afirma que estas cláusulas son especialmente útiles en los contratos de inversión internacional entre una parte privada y una entidad gubernamental.<sup>7</sup> Argumenta que, dado que estos contratos suelen ser de larga duración, el clima político, económico y social podría cambiar radicalmente durante este período y alterar drásticamente los beneficios económicos que las partes preveían originalmente que se derivarían del acuerdo.<sup>8</sup> También argumenta que una cláusula de renegociación puede proteger el derecho soberano de un Estado a cambiar las leyes que puedan afectar al acuerdo y proporcionar una medida de protección al inversor privado. Según el argumento del profesor Berger, en lugar de ordenar que un Estado no cambie sus leyes de manera que altere los rendimientos financieros negociados en el marco del acuerdo de las partes —como hacen muchas cláusulas de estabilización tradicionales— la cláusula permitiría al Estado tomar unilateralmente medidas que afecten su régimen contractual.<sup>9</sup> Sin embargo, el inversor tendría, entonces, el derecho de renegociar o adaptar el contrato con el objetivo de restaurar el equilibrio original entre las partes.<sup>10</sup>

El profesor Berger afirma que el uso de una cláusula de renegociación y adaptación, de esta manera, deja intacta la soberanía de un Estado y protege al inversor contra los cambios en la ley que rige el acuerdo.<sup>11</sup>

## 3. LOS POSIBLES INCONVENIENTES

Las cláusulas de renegociación no son una panacea; tienen una serie de inconvenientes. Los inversores pueden negarse a incluirlas en sus contratos por cinco razones.<sup>12</sup>

En primer lugar, dichas cláusulas pueden reducir la estabilidad del contrato.<sup>13</sup> En segundo lugar, la inclusión de cláusulas de renegociación puede elevar los costos globales de la transacción.<sup>14</sup>

En tercer lugar, si las partes no consiguen llegar a un acuerdo como resultado de las renegociaciones y se solicita la adaptación del contrato por parte de un tercero, un tribunal arbitral puede negarse a ejercer su jurisdicción o la adaptación puede ser inaplicable debido a la falta de una «disputa» entre las partes.<sup>15</sup>

En cuarto lugar, si el acuerdo original de las partes no proporciona al tribunal los parámetros suficientes para adaptar el contrato, el tribunal puede reescribir el acuerdo de una manera que ninguna de las partes pretendía.<sup>16</sup> En quinto lugar, los acontecimientos que desencadenan la renegociación

<sup>6</sup> BERGER, Klaus Peter. «Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators». *Op. cit.*, pp. 1348-50.

<sup>7</sup> *Idem*, pp. 1358-60.

<sup>8</sup> *Idem*, pp. 1348.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 1349.

<sup>10</sup> *Idem*, pp. 1349-51.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 1364.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 1363.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Idem*, pp. 1372-73.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 1376

pueden estar bajo el control del Estado anfitrión, lo que aumenta la posibilidad de que el proceso se utilice injustamente para alterar el acuerdo.<sup>17</sup>

La primera desventaja potencial es que una cláusula de renegociación puede inyectar incertidumbre en el acuerdo contractual.<sup>18</sup> Las empresas valoran la certidumbre y la previsibilidad.<sup>19</sup> De hecho, la previsibilidad ha sido identificada como un elemento clave para un clima favorable a la inversión extranjera.<sup>20</sup> Como señaló un tribunal de arbitraje «[U]no de los principales objetivos de la contratación es proporcionar previsibilidad y certidumbre a las partes. Solo en circunstancias muy excepcionales está permitido desviarse de estas consideraciones, que se aplican en particular en el contexto internacional».<sup>21</sup>

La historia verifica la importancia de crear incertidumbre.<sup>22</sup> En 1978, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) promulgó normas para la adaptación de los contratos.<sup>23</sup> Sin embargo, en 1994, la CCI retiró estas normas porque nunca se habían utilizado.<sup>24</sup> Un informe de la CCI señalaba que los profesionales veían las cláusulas de adaptación con escepticismo, prefiriendo, en su lugar, el principio de *pacta sunt servanda*.<sup>25</sup>

Las empresas estadounidenses, en particular, pueden ser reacias a incluir cláusulas de renegociación y adaptación obligatorias, tanto por la confianza del sistema jurídico en el principio de *pacta sunt servanda* como por el hecho de que tales cláusulas no se utilizan regularmente en los países de derecho consuetudinario, como en los países de derecho civil, como Alemania y los Países Bajos.<sup>26</sup> Un comentarista señaló que «la razón de la diferencia entre el enfoque del *common law* y el enfoque moderno del derecho civil es que los principales países del *common law* no han sufrido la inflación inmanejable que ha asolado gran parte del mundo del derecho civil».<sup>27</sup> Sin embargo, añade que «el derecho estadounidense debería darse cuenta de que el comercio internacional es diferente del comercio nacional, y la solución moderna del derecho civil... merece respeto».<sup>28</sup>

El segundo inconveniente potencial es que las cláusulas de renegociación pueden tener un costo.<sup>29</sup> Cuando se enfrenta a la incertidumbre de la rentabilidad económica, un inversor puede abstenerse de firmar el acuerdo de inversión o «estructurar la inversión de tal manera que aumente la rentabilidad para compensar el riesgo creado por el entorno».<sup>30</sup> En consecuencia, si un Estado anfitrión impone una cláusula de este tipo en cualquier contrato de inversión extranjera, el Estado puede

<sup>17</sup> *Idem*, p. 1362.

<sup>18</sup> Un comentarista señala: «It is sometimes asserted that renegotiation clauses reduce, rather than increase, contract stability. In discussions on that subject a typical remark is: "Why should we include a renegotiation clause in our contract? Is it not more stable not to have one?" This is certainly right from a purely legal point of view». PETER, Wolfgang. «Arbitration and Renegotiation Clauses». En *J. Int'l. Arb.*, vol. 3, 1986, p. 31.

<sup>19</sup> Véase de manera general, «A Report on the ICC Rules of Contractual Relations». *ICC Bull.*, vol. 5, 1994, p. 31 (que señala que a las empresas no les gustan las cláusulas que prevén la adaptación de los contratos por parte de terceros porque consideran que dichas cláusulas se inmiscuyen en la relación contractual).

<sup>20</sup> SALACUSE, Jeswald W. «Direct Foreign Investment and the Law in Developing Countries». En *Foreign Invest. L.J.*, vol. 15, 2000, p. 387.

<sup>21</sup> Laudo provisional en el Caso n.º 1694 de 1996, en 23 *Y.B. Com. Arb.* 97, 1998, p. 110; véase también el primer laudo sobre fuerza mayor y el laudo final en el Caso n.º 4462 de 1985 y 1987, republicado en 16 *Y.B. Com. Arb.*, 1991, n.º 54, p. 59.

<sup>22</sup> Véase *International Chamber of Commerce, Adaptation of Contracts* (ICC Publication n.º 326, 1978).

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*, véase también CRAIG, Laurance W. y otros. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 1998, 3.ª ed., pp. 710-711 (sobre el procedimiento de adaptación de la CCI). *Cf.* con Oppenheim en *International Law*. Robert Jennings & Arthur Watts (editores), 1992, 9.ª ed., p. 1306-07 (que señala que, en lo que respecta a los tratados, la doctrina del *rebus sic stantibus* «is necessarily limited, because it is the function of the law to enforce contracts or treaties even if they become burdensome for the party bound by them» and thus «almost all cases in which the doctrine of *rebus sic stantibus* has been invoked before an international tribunal, the latter, while not rejecting it in principle, has refused to admit that it could be applied in the case before it»).

<sup>26</sup> Véase PERILLO, Joseph M. «Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *Int'l. J. Int'l. L. & Comp. L.*, vol. 5, 1997, pp. 26-27 (que señala que el deber de aceptar la adaptación equitativa «approximates the law in countries such as Argentina, Germany, and Italy»).

<sup>27</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> SALACUSE, Jeswald W. *Direct Foreign Investment and the Law in Developing Countries*. *Op. cit.*, p. 387.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

perder la inversión extranjera o tener que pagar más por la inversión de capital. En este último caso, a la luz del aumento de la incertidumbre, el inversor buscaría un rendimiento de la inversión más alto que el que exigiría en otras circunstancias, lo que aumentaría los costos globales de la transacción.

La tercera desventaja es que, incluso si se incluye una cláusula de renegociación en un contrato de inversión, en el caso de que las partes no puedan renegociar con éxito los términos de su contrato, no está claro si existiría una «disputa» entre las partes.<sup>31</sup> Sin una «disputa», el tribunal arbitral no puede ejercer su jurisdicción e, incluso si lo hace, el tribunal puede ser incapaz de decretar un laudo ejecutable.<sup>32</sup>

Algunos tribunales han llegado a la conclusión de que cuando las partes no pueden llegar a un acuerdo en la renegociación, no hay incumplimiento del contrato porque «una obligación de negociar no es una obligación de acordar».<sup>33</sup> Como resultado, puede no existir una verdadera «disputa» entre las partes.<sup>34</sup> Algunos comentaristas también creen que no hay controversia cuando las partes solicitan a un tribunal arbitral que adapte un contrato; otros no están de acuerdo.<sup>35</sup> Esto puede ser una cuestión crítica porque la existencia de una «controversia» es un requisito previo para el arbitraje según el Convenio del CIADI y la Ley Modelo UNCITRAL, en la que se basan muchas leyes nacionales de arbitraje.<sup>36</sup> Si la ley nacional aplicable no considera que la solicitud de un tribunal para adaptar los términos de un contrato sea una «disputa», entonces, el tribunal puede no tener la autoridad para adaptar el contrato.<sup>37</sup> Además, si el tribunal ejerce su jurisdicción de manera inapropiada, cualquier decisión que adapte el contrato puede ser inaplicable bajo la Convención de Nueva York.<sup>38</sup> Como señaló un comentarista, «las decisiones que no son consideradas como el resultado de un arbitraje propiamente dicho en el país de origen [no] entran en el ámbito de la Convención de Nueva York y no pueden ser ejecutadas como un laudo arbitral extranjero en virtud de la misma».<sup>39</sup> La falta de una respuesta definitiva a esta cuestión por sí sola puede hacer que las partes no incluyan dicha cláusula.

El cuarto problema es de carácter práctico para el tribunal arbitral: la cláusula de adaptación puede proporcionar al tribunal poca o ninguna orientación para modificar los términos del contrato. En tal caso, un tribunal puede ser reacio a adaptar el contrato.<sup>40</sup> Incluso, si el tribunal adapta el contrato, sin ningún criterio que aplicar, el resultado podría ser uno con el que ninguna de las partes

<sup>31</sup> Véase GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE (editores). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, pp. 22-29.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Laudo de Fondo entre Kuwait y American Independent Oil Company (Aminoil), Mar. 24, 1982, republicado en 21 *I.L.M.* 976, 1982, p. 1004.

<sup>34</sup> Véase *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, p. 25.

<sup>35</sup> *Idem*, pp. 26-29 (que cita autoridades para ambas posiciones); véase también DELAUME, Georges R. «ICSID Arbitration: Practical Considerations». En *J. Int'l Arb.*, vol. 1, 1984, p. 117 (que señala que «disputes regarding conflicts of interest between the parties, such as those involving the desirability of renegotiating the entire agreement or certain of its terms, would normally fall outside the scope of the [ICSID] Convention»); SCHREUER, Christoph. «Commentary on the ICSID Convention». En *Foreign Investment L.J.*, vol. 11, 1996, pp. 339-40 (que señala que «[t]he dispute will only qualify as legal [under the ICSID Convention] if legal remedies such as restitution or damages are sought and if legal rights based on, for example, treaties or legislation are claimed»).

<sup>36</sup> Véase Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States, 18 de marzo de 1965, art. 25(1) («The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising out of an investment, between a Contracting State and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre»); United Nations Commission on International Trade Law Model Law on International Commercial Arbitration, 21 de junio de 1985, art. 7(1) en HOLTZMANN, Howard M. y Joseph E. NEUHAUS. *The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, 1989, p. 258 (que señalan que «“Arbitration Agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not»).

<sup>37</sup> Véase la nota 33 anterior.

<sup>38</sup> Véase *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 10 de junio de 1958, 21 U.S.T. 2518, 330 U.N.T.S. 38 (codificado en 9 U.S.C. §§ 201-08, 1988). Debe señalarse que la Netherlands Arbitration Act de 1986 establece que las partes pueden acordar someter a arbitraje «the filling of gaps in, or modification of, the legal relationship between the parties». *Netherlands Code of Civil Procedure*, art. 1020(4).

<sup>39</sup> VAN DEN BERG, Albert Jan. «The New York Arbitration Convention of 1958», 1981, p. 46; véase también DEBEVOISE, Whitney. «The Arbitrability of Gaps in Long-Term Scientific, Technical and Industrial Development Contracts». En *Havn. Int'l L.J.*, vol. 17, 1976, p. 128.

<sup>40</sup> *Cf.* Laudo final de 4 de mayo de 1999 (*ad hoc*), republicado en 25 *Y.B. Com. Arb.* 13, 61; laudo en el Caso n.º 1512 (ICC 1971), republicado en Jarvin, Sigvard & Derains, Yves (eds.). *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 1990*, pp. 3-4.

hubiera estado de acuerdo al principio.<sup>41</sup> Por lo tanto, dicha cláusula puede dar lugar a un acuerdo fundamentalmente diferente al previsto originalmente por las partes.

La quinta preocupación surge de la posición del profesor Berger de permitir que la cláusula de renegociación y adaptación sea activada por eventos que están dentro del control del gobierno anfitrión.<sup>42</sup> Considera que estas cláusulas operan en lugar de las cláusulas de estabilización al permitir que el estado anfitrión cambie sus leyes de manera que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.<sup>43</sup> Hacerlo, a su vez, daría al inversionista el derecho de buscar la renegociación o la adaptación del acuerdo. La aplicación de una cláusula de renegociación y adaptación en esta circunstancia podría aumentar la probabilidad de que un Estado anfitrión tome alguna medida que haga que el inversor invoque la disposición de renegociación.

Si el contrato tuviera una cláusula de este tipo y el proyecto resultara rentable, parecería haber poco inconveniente para que un Estado tomara alguna medida que pudiera cambiar la estructura económica del acuerdo.<sup>44</sup> Sin embargo, lo mejor que podría esperar el inversor sería una reestructuración del acuerdo que lo colocaría en la misma posición, desde el punto de vista económico, que si el Estado anfitrión no hubiera tomado tal medida. Por otra parte, la desventaja para el Estado anfitrión sería mínima, ya que sería poco probable que el tribunal reestructurara la transacción para hacerla peor para el Estado a la luz de la rentabilidad del proyecto. Además, el lado positivo podría ser muy lucrativo si el acuerdo se reestructurara para proporcionar al gobierno anfitrión más beneficios económicos de los previstos originalmente.

La siguiente hipótesis ilustra este punto. Supongamos que un inversor extranjero (el Contratista) celebra un contrato de inversión con el Estado anfitrión (el Gobierno) y que el acuerdo contiene una cláusula de renegociación similar al artículo 34 del Modelo de Acuerdo de Exploración y Producción Compartida de Qatar. Esta cláusula establece lo siguiente:

Considerando que la posición financiera del Contratista se ha basado, en el marco del Acuerdo, en las leyes y reglamentos vigentes en la Fecha de Entrada en Vigor, se acuerda que, si cualquier ley, decreto o reglamento futuro afecta a la posición financiera del Contratista, y en particular si los derechos de aduana [aumentan] durante la vigencia del Acuerdo, ambas Partes entablarán negociaciones, de buena fe, para llegar a una solución equitativa que mantenga el equilibrio económico del presente Acuerdo. Si no se llega a un acuerdo sobre dicha solución equitativa, cualquiera de las Partes podrá someter el asunto a arbitraje.<sup>45</sup>

Supongamos que después de la firma del acuerdo, pero antes de que se haya completado la ejecución, el Gobierno promulga una ley que aumenta los derechos de aduana y, como resultado, el contratista incurre en un millón de dólares adicionales en derechos de aduana. En este punto, el inversor puede pagar los derechos adicionales o buscar una renegociación. Si busca la renegociación, el mejor resultado para el Contratista sería que no tendría que pagar el millón de dólares; es decir, sería restaurado a su posición original. Por el contrario, si el tribunal ajustara los términos del acuerdo, el Contratista podría verse obligado a pagar una parte o la totalidad de los derechos adicionales. Así, el Gobierno no tiene nada que perder con la imposición de los derechos. En el peor de los casos, no podría cobrar ninguno de ellos, y sigue existiendo la posibilidad de que el tribunal le permita cobrar algunos de ellos.

---

<sup>41</sup> Laudo final de 4 de mayo de 1999, *idem*, pp. 58-61.

<sup>42</sup> BERGER, Klaus Peter. «Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators». *Op. cit.*, p. 1351.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 1352.

<sup>44</sup> Véase PETER, Wolfgang. *Arbitration and Renegotiation Clauses*. *Op. cit.*, p. 32 (que señala que un «host country is more likely to invoke [a renegotiation] clause first»).

<sup>45</sup> BERNARDINI, Piero. «The Renegotiation of Investment Contracts». En *Foreign Invest. L.J.*, vol. 13, 1998, p. 416.

Una cláusula de renegociación y adaptación no es el único método legítimo para proteger a un inversor extranjero de los cambios adversos en las leyes de un Estado anfitrión.<sup>46</sup> Las cláusulas de estabilización han evolucionado sustancialmente desde los debates sobre su validez en la década de 1970.<sup>47</sup> Los estudiosos sostienen que las cláusulas de estabilización modernas son más parecidas a las disposiciones válidas de asignación de riesgos.<sup>48</sup>

Otro método utilizado para garantizar la estabilidad del acuerdo es la promulgación de una ley especial que otorgue supremacía a las disposiciones del contrato, a pesar de cualquier legislación posterior que sea contraria a las disposiciones del acuerdo.<sup>49</sup> Un comentarista afirma que esta «congelación del régimen aplicable» que rige la relación contractual, efectuada en virtud de una ley especial promulgada, es considerada actualmente por los abogados internacionales como el método jurídico más eficaz para asegurar la «estabilización» del régimen creado por las disposiciones de [un acuerdo para la exploración y explotación de los recursos petrolíferos nacionales].<sup>50</sup>

La decisión del tribunal en el laudo del 22 de abril de 1978 ilustra esta práctica.<sup>51</sup> Allí, un acuerdo entre Petrola Hellas, una empresa griega establecida por inversores extranjeros, y el gobierno griego establecía que cualquier nueva legislación relativa a los impuestos o derechos de aduana no se aplicaría al acuerdo entre las partes.<sup>52</sup> Este acuerdo fue confirmado por un decreto legislativo y, por lo tanto, se convirtió en ley.<sup>53</sup> Posteriormente, el gobierno impuso un impuesto único y, cuando el gobierno trató de cobrar el impuesto, Petrola solicitó un arbitraje.<sup>54</sup> El tribunal dictaminó que el impuesto único no podía aplicarse a Petrola porque estaba exento por el acuerdo de las partes, que tenía efecto de ley.<sup>55</sup>

En resumen, el uso de las cláusulas de renegociación y adaptación en los contratos internacionales de inversión puede presentar importantes inconvenientes y los métodos alternativos pueden lograr los mismos resultados con menos problemas potenciales.

#### 4. VENTAJAS DEL USO DE LAS CLÁUSULAS DE RENEGOCIACIÓN Y ADAPTACIÓN

A pesar de los posibles inconvenientes, los inversores pueden encontrar útil, en determinadas circunstancias, una cláusula de renegociación combinada con una disposición que pida a un tercero que adapte el contrato en caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo mediante la renegociación. Hoy en día, las empresas están generalmente abiertas a la renegociación de ciertos términos de un

<sup>46</sup> En la práctica, una cláusula de renegociación/adaptación puede lograr lo mismo que una cláusula de estabilización si una de sus funciones es restablecer el equilibrio que existía entre las partes al inicio del contrato tras un cambio en la legislación del Estado anfitrión.

<sup>47</sup> Véase WAELDE, Thomas W. & George NDI. «Stabilizing International Investment Commitments: International Law vs. Contract Interpretation». En *Tex. Int'l L.J.*, vol. 31, 1996, pp. 215-220.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 265.

<sup>49</sup> Véase, e.g., Ley n.º 218 que Autoriza el Contrato de Concesión para la Exploración y Explotación de Petróleo entre la República Árabe de Egipto, EGPC y SA., en AM OIL & GAS, Official Gazette, 27 de julio de 1995, p. 30, republicado en su parte pertinente en El-Koshari, Ahmed S. The Particularity of the Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements. En *Foreign Inv. L.J.*, vol. 11, 1996, pp. 274 y 275.

<sup>50</sup> EL-KOSHARI, Ahmed S. «The Particularity of the Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements». *Op. cit.*, p. 277.

<sup>51</sup> Laudo de 10 de abril de 1978, republicado en 11 *Y.B. Com. Arb.*, 1986, p. 105.

<sup>52</sup> *Idem*, pp. 105-106.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 105.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Idem*, pp. 106-107.

«[Another] technique [...] by which foreign parties have striven to protect their investment, particularly in the field of natural resources exploration and production, consisted in removing their contractual relationship from the reach of the host state's municipal law, the latter being of potential application under one of the most common rules of conflict, the one connecting the contract with the law of the place of its performance. This result was achieved in a first phase of the parties' relations by making the agreement subject to the general principles of law or to principles of law common to the countries of which the parties are nationals or to principles of law common to civilized nations». BERNARDINI, Piero. «The Renegotiation of Investment Contracts». *Op. cit.*, p. 412.

contrato en circunstancias limitadas.<sup>56</sup> Razonan que una cláusula que permite la renegociación a la luz de un cambio en las circunstancias puede proporcionar a las partes la flexibilidad para modificar sus acuerdos, en lugar de terminar su relación.<sup>57</sup> Por lo tanto, las cláusulas de renegociación pueden, en última instancia, reducir la probabilidad de una disputa entre las partes que culmine en la terminación de su capacidad para trabajar juntas en el proyecto actual y en futuros esfuerzos.<sup>58</sup> De esta manera, la cláusula de renegociación puede ser vista como un medio para estabilizar la relación entre las partes.<sup>59</sup>

Tal vez las cláusulas de renegociación serían más aceptables para los inversores si su alcance se limitara a cuestiones imprevisibles que no están bajo el control de una de las partes. De hecho, las cláusulas de *force majeure* son comunes en los contratos a largo plazo.<sup>60</sup> Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales también proporcionan un marco en el que puede producirse la renegociación y, si esto falla, la posible adaptación del contrato por parte de un tercero, en caso de *hardship*. Los Principios UNIDROIT definen la *hardship* como:

[L]a ocurrencia de eventos [que] alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea porque el costo de la prestación de una parte ha aumentado o porque el valor de la prestación que recibe una parte ha disminuido, y:

- (a) los eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de los eventos no fue asumido por la parte en desventaja.<sup>61</sup>

En el caso de que se produzca una *hardship*, la parte desfavorecida tiene derecho a solicitar una renegociación de los términos del contrato con el fin de modificarlos a la luz del cambio de circunstancias.<sup>62</sup> Si las partes no pueden renegociar los términos del acuerdo en un plazo razonable, los Principios UNIDROIT exigen que un tercero resuelva el contrato o lo adapte con el fin de restablecer su equilibrio.<sup>63</sup> Las disposiciones sobre *hardship* de los Principios UNIDROIT permiten, tanto a los inversores como a los gobiernos anfitriones, modificar sus acuerdos en caso de circunstancias imprevistas que no estén bajo el control de las partes.<sup>64</sup>

<sup>56</sup> Véase WEINTRAUB, Russell J. «A Survey of Contract Practice and Policy». En *Wiz. L. Rev.*, vol. 1, 1992, pp. 16-17 (que señala que, al responder a una pregunta de la encuesta en la que se preguntaba si sus empresas incluían una cláusula de renegociación en los contratos a largo plazo para protegerse de los cambios sustanciales en los precios del mercado, el 41,9% de los consejeros generales de las empresas estadounidenses dijeron que sí); véase también SALACUSE, Jeswald W. «Renegotiating International Project Agreements». En *Fordham Int'l L.J.*, 2001, vol. 24, p. 1319 («The renegotiation of business deals is a constant and common phenomenon»); laudo final en el Caso n.º 6515 y 6516 de 1994, republicado en 24a *Y.B. Com. Arb.*, 1999, p. 96 (que afirma que el acuerdo de las partes preveía la renegociación de los contratos originales en caso de que el equilibrio contractual que habían definido al inicio de su relación se modificara sustancialmente por circunstancias imprevistas).

<sup>57</sup> Véase SALACUSE, Jeswald W. «Renegotiating International Business Transactions: The Continuing Struggle of Life Against Form». *Op. cit.*, pp. 1513-14.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Idem*, p. 1514.

<sup>60</sup> Véase WAGNER, Gerhard. «In Defense of the Impossibility Defense». En *Loy. U. Chi. L.J.*, vol. 27, 1995, p. 62 («[A]n examination of case law indicates that contingency clauses, such as the *force majeure* clause, are frequently used. Contingency clauses that provide explicit allocations of risks are especially prevalent in long-term business contracts»); véase también FLAMBOURAS, Dionysios P. «The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis». En *Pace Int'l. L. Rev.*, vol. 13, 1991, pp. 278-79, citando a BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz. «Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in International Contracts». En HORN, Norbert (editor). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, 1985, p. 159: «Experienced businessmen normally insert in their contract documents *force majeure*, hardship clauses, or special risks clauses, thus "attempting to anticipate and deal with the situation where unforeseen circumstances fundamentally change the contractual equilibrium such that an excessive, normally economic, burden is thrust upon one of the parties"».

<sup>61</sup> International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Principles of International Commercial Contracts, art. 6.2(2) (1994), 34 *I.L.M.* 1067 (1995) [en adelante, Principios UNIDROIT].

<sup>62</sup> Art. 6.2(3).

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibidem*, comentario 7.

Por lo tanto, los inversores pueden considerar que estas disposiciones facilitan la relación contractual, no que inyectan imprevisibilidad en el contrato. En consecuencia, esta disposición puede no aumentar el costo del acuerdo. Este método no elimina el problema potencial de que la adaptación del contrato por parte del tribunal no se considere una «disputa». Sin embargo, varios tribunales de arbitraje han determinado que estarían facultados, en virtud de las disposiciones sobre *hardship*, para modificar equitativamente un acuerdo.<sup>65</sup>

Si las partes deciden incluir una cláusula que permita a un tribunal arbitral modificar los términos del contrato en caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo a través de la renegociación, sería útil para el tribunal que las partes proporcionaran algún tipo de criterio para guiar el alcance de la adaptación. De hecho, como se ha señalado anteriormente, sin ninguna orientación, un tribunal puede ser reacio a adaptar el contrato.<sup>66</sup>

Algunos han sugerido que los árbitros utilicen los criterios de justicia o equidad para adaptar los contratos.<sup>67</sup> Un tribunal federal de distrito de EE.UU. establece cuatro criterios a considerar para decidir si un contrato debe ser adaptado a la luz de la impracticabilidad y la frustración del propósito: «(1) la previsión de las partes de los problemas que eventualmente alteran el equilibrio de los acuerdos y su asignación de los riesgos asociados; (2) los intentos de las partes de limitar el riesgo; (3) la existencia de graves pérdidas o gastos; y (4) las costumbres y expectativas de la comunidad empresarial concreta».<sup>68</sup> El profesor Berger plantea que el tribunal debe intentar restablecer el equilibrio económico que existía al inicio del contrato.<sup>69</sup>

A este respecto, un Comentario a los Principios UNIDROIT puede ser especialmente útil para los tribunales:

Al [adaptar el contrato,] el tribunal tratará de hacer una distribución justa de las pérdidas entre las partes. Esto puede o no, dependiendo de la naturaleza de la dificultad, implicar la adaptación del precio. Sin embargo, si lo hace, la adaptación no reflejará necesariamente en su totalidad la pérdida que supone el cambio de circunstancias, ya que el tribunal tendrá que considerar, por ejemplo, hasta qué punto una de las partes ha asumido un riesgo y hasta qué punto la parte con derecho a recibir la prestación puede seguir beneficiándose de ella.<sup>70</sup>

Además, en algunas circunstancias puede ser más eficaz que el tribunal resuelva el acuerdo a la luz del cambio de circunstancias.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> Véase laudo ICC n.º 9479 (febrero de 1999), republicado en BONELL, Michael Joachim (ed.). *The Unidroit Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the Principles of International Commercial Contracts*, 2002, p. 589; véase también Fouchard, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, p. 28 (que cita laudos).

<sup>66</sup> Véase la nota 38 y el texto respectivo. Sobre la cuestión de si un árbitro está facultado para imponer un acuerdo que las partes no pudieron alcanzar, Dr. F.A. Mann señaló: «It is not to be doubted that normally a judge or arbitrator cannot make or modify a contract for the parties. The question in such cases is whether on its true construction the clause, combined with the arbitration clause, exceptionally confers such powers. This can only be so where an objective standard such as reasonableness is set and it is a specific and narrow point such as a price which on the basis of evidence can judicially be decreed». MANN, Frederick A. «The Aminoil Arbitration». En *Brit. Y.B. Int'l L.*, vol. 54, 1983, p. 218, nota 7.

<sup>67</sup> Véase PETER, Wolfgang. «Arbitration and Renegotiation Clauses». *Ob. cit.*, p. 45 (que cita autoridades).

<sup>68</sup> *Aluminum Co. of Am. vs. Essex Group, Inc.*, 499 F. Supp. 53, 92 (W.D. Pa. 1980).

<sup>69</sup> BERGER, Klaus Peter. «Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators». *Op. cit.*, p. 1358.

<sup>70</sup> Principios UNIDROIT, art. 6.2(3), comentario 7; cf. POSNER, Richard A. y Andrew M. ROSENFELD. «Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis». En *J. Leg. Stud.*, vol. 6, 1977, pp. 88-97.

<sup>71</sup> Los Principios UNIDROIT ofrecen la siguiente ilustración: «A, an exporter, undertakes to supply B, an importer in state X, with beer for three years. Two years after the conclusion of the contract new legislation is introduced in state X prohibiting the sale and consumption of alcoholic drinks. B immediately invokes hardship and requests A to renegotiate the contract. A recognises that hardship has occurred, but refuses to accept modifications of the contract proposed by B. After one month of fruitless discussions B resorts to the court.

If B has the possibility to sell beer in a neighboring state, although at a substantially lower price, the court may decide to uphold the contract but to reduce the agreed price.

If on the contrary B has no such possibility, it may be reasonable for the court to terminate the contract, at the same time however requiring B to pay A for the last consignment still en route» (Principios UNIDROIT, art. 6.2(3), ilustración 5).

## 5. CONCLUSIÓN

La complejidad y la larga duración de los contratos de inversión internacional hacen que estos acuerdos sean particularmente susceptibles a los cambios políticos, económicos y sociales que pueden afectar significativamente el éxito económico del emprendimiento. El profesor Berger tiene razón al señalar que estos factores pueden alentar a las partes a incluir una cláusula de renegociación y adaptación.<sup>72</sup> Sin embargo, las partes deben reconocer que dicha cláusula puede tener inconvenientes. Si las partes desean incluir una cláusula de renegociación y adaptación, deben prestar especial atención a tres consideraciones: (1) el alcance de los eventos que desencadenan la renegociación, específicamente si los eventos deben ser imprevistos y estar fuera del control de las partes; (2) si la ley o leyes aplicables reconocen la capacidad de un árbitro para adaptar los términos de un contrato en caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo a través de la renegociación; y (3) los criterios que el tribunal arbitral debe utilizar para adaptar el contrato.<sup>73</sup>

Durante su vigencia, un contrato de inversión internacional puede plantear cuestiones complejas. Estas complejidades pueden forzar la terminación de un acuerdo que podría seguir beneficiando a las partes. Hay que felicitar al profesor Berger por alentarnos una vez más a considerar una forma de evitar esa desaparición prematura.

---

<sup>72</sup> BERGER, Klaus Peter. «Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators». *Op. cit.*, pp. 1357-1358.

<sup>73</sup> Véase SALACUSE, Jeswald W. «Renegotiating International Business Transactions: The Continuing Struggle of Life Against Form». *Op. cit.*, p. 1533 (que establece los principios a seguir en la renegociación de las transacciones comerciales internacionales).



## CAPÍTULO 8

### DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES: ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN ACTUAL?<sup>1</sup>

*A.F.M. Maniruzzaman (Reino Unido)<sup>2</sup>*

*The hole and the patch should be commensurate.  
Thomas Jefferson*

La cuestión de los daños y perjuicios o la indemnización por incumplimiento del contrato y, por ende, la expropiación o nacionalización en el derecho internacional de las inversiones sigue siendo tan enigmática como siempre. Incluso, un somero vistazo a los laudos arbitrales internacionales relativos a esta cuestión da esa impresión. La presencia de cláusulas de estabilización en un contrato se considera uno de los elementos de valoración de la indemnización para la parte agraviada.

No está claro cómo las cláusulas de estabilización en cuestión en el contrato desempeñaron un papel en el quantum de la indemnización concedida por varios tribunales arbitrales. No parece haber coherencia en el proceso de toma de decisiones arbitrales en todo el mundo sobre esta cuestión. Al evaluar la indemnización por la violación de las cláusulas de estabilización junto con otros incumplimientos contractuales, los tribunales suelen tomar diferentes caminos para llegar a una decisión; aunque los diferentes caminos, vistos desde un ángulo más amplio, en los razonamientos de algunos tribunales podrían ser a menudo borrosos. Así, el tribunal de Texaco adoptó el enfoque de la «perspectiva contractual» y el tribunal de *Aminoil* la «perspectiva de la expropiación» para llegar a sus respectivas decisiones sobre las cuestiones de indemnización. Esta divergencia de enfoques puede atribuirse a diversos factores, como la formación jurídica del árbitro, las circunstancias predominantes del caso en cuestión o lo que pesa como justo o equitativo en las circunstancias para el árbitro que decide el caso.

Por lo tanto, no es de extrañar que, hasta ahora, no se haya desarrollado un conjunto coherente de normas que aborden estas cuestiones. El objetivo de este documento es evaluar los enfoques arbitrales de la cuestión y las vías que los árbitros suelen utilizar para justificar sus enfoques.

Teniendo en cuenta el ejercicio de la autoridad soberana del Estado, en relación con las cláusulas de estabilización, la eficacia jurídica de dichas cláusulas puede considerarse desde dos ángulos, a saber: (i) el requisito de procedimiento y (ii) el pago de una mayor indemnización.

La autoridad de las cláusulas de estabilización, como la de cualquier otra cláusula contractual de protección, reside en la autonomía de la voluntad de las partes, pero cuando la soberanía del Estado, que es extracontractual, entra en conflicto con dicha cláusula, la primera es determinante, pues es

---

<sup>1</sup> Trabajo originalmente publicado como MANIRUZZAMAN, A.F.M. «Damages for breach of 141 stabilization clauses in international investment law: where do we stand today?». En *J.E.I.L.T.R.*, n.º 11-12, 2007, pp. 246-251. Traducción al español a cargo del Dr. Sergio García Long (Pontificia Universidad Católica del Perú).

<sup>2</sup> Profesor A.F.M. Maniruzzaman, LLB (Honours) (primera clase), LL.M (primera clase) (DU), *M.Int'l Law* (ANU) (distinción), PhD (Cambridge), MED/C (Harvard), MCI Arb, FRSA. Es catedrático de Derecho Internacional y Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Portsmouth, Reino Unido (desde 2004) y miembro del Centro de Gobernanza Azul, del Centro de Investigación de Estudios Europeos e Internacionales y del Centro de Finanzas Innovadoras y Sostenibles (CISF). Fue director de investigación y de los títulos de investigación de posgrado en Derecho de la Escuela de Negocios de la Universidad de Portsmouth (2004-2013). También enseñó en la Universidad de Kent, Reino Unido, como profesor y profesor titular de Derecho (1993-2004).

obvio que el interés público debe prevalecer sobre el interés del inversor privado extranjero. A una cláusula de estabilización se le debe dar efecto legal en vista de las circunstancias circundantes y en cada contexto relevante y, como observó el tribunal de *Aminoil*, tal cláusula contractual no puede pretender un efecto primordial sobre la soberanía del Estado.

Las circunstancias pueden, incluso, erosionar el carácter absoluto de la cláusula de estabilización con el paso del tiempo. Este punto de vista está respaldado por la jurisprudencia arbitral. Un Estado puede enfrentarse a circunstancias excepcionales que le obliguen a legislar, a pesar de la cláusula de estabilización de su contrato, para proteger el interés público.

Las cláusulas de estabilización del género de congelación (es decir, tanto las cláusulas de estabilización *stricto sensu* como las cláusulas de intangibilidad)<sup>3</sup> tienen por objeto impedir la alteración unilateral de los términos del acuerdo o la terminación del mismo por cualquier medio. Esta cláusula típica (es decir, una cláusula de intangibilidad) suele establecer que no se permitirán cambios en el acuerdo o su terminación «sin el consentimiento mutuo de las partes».

De este modo, se ofrece la oportunidad de consultar a las partes sobre el destino del acuerdo, es decir, su modificación o anulación. Este proceso puede abrir el camino a una posible renegociación en beneficio de ambas partes. En los tipos modernos de cláusula de estabilización, es decir, las cláusulas de estabilización económica,<sup>4</sup> también se prevé la renegociación para recuperar el equilibrio económico a partir de la fecha de entrada en vigor del contrato. Las partes tienen la obligación de negociar de buena fe.<sup>5</sup> Así, los mecanismos procesales incorporados en muchas cláusulas de estabilización proporcionan una salvaguarda contra las medidas unilaterales del Estado en contra de los intereses del inversor extranjero.

En segundo lugar, al suscribir una cláusula de estabilización en el acuerdo, el gobierno anfitrión crea así, en beneficio de la otra parte contratante, una expectativa legítima que debe reflejarse en la procedencia de la indemnización cuando dicha expectativa se ve frustrada. No se puede negar que en la práctica arbitral el remedio contra la violación de las cláusulas de estabilización se suele conceder en forma de indemnización monetaria. Como señaló un comentarista:

[...] la cláusula (cláusula de estabilización) sería válida, vinculante y eficaz si se interpreta como un compromiso del Estado de indemnizar al inversor por cualquier pérdida en la que incurra como resultado de una acción u omisión imputable al primero, cualquiera que sea la causa de dicha acción u omisión. Dicho compromiso no vulnera su soberanía.<sup>6</sup>

En cuanto al efecto de la violación de una cláusula de estabilización, continúa el debate entre dos opiniones opuestas. Por un lado, una opinión sostiene que la nacionalización o la expropiación, o cualquier otra terminación o alteración del acuerdo en presencia de una cláusula de estabilización, equivale a un incumplimiento ilícito de dicha cláusula y el acto es ilícito, mientras que, por otro lado, la segunda opinión sostiene que cualquier acto de este tipo en violación de una cláusula de estabilización no constituye un incumplimiento del contrato en el que está contenida, ya que el acto realizado no es ilícito, sino lícito.

No se puede negar que en ambos casos el remedio es la indemnización, con especial consideración de la presencia de la cláusula de estabilización. Sin embargo, la opinión mayoritaria es que, si se cumplen todas las condiciones de derecho internacional para una expropiación o nacionalización legal,

<sup>3</sup> Véase MANIRUZZAMAN, A. F. M. «Some Reflections on Stabilisation Techniques in International Petroleum, Gas and Mineral Agreements». En *LEL.T.R.*, 2005, p. 96 y ss.

<sup>4</sup> Véase MANIRUZZAMAN, A. F. M. «International Energy Contracts and Cross-Border Pipeline Projects: Stabilisation, Renegotiation and Economic Balancing in Changed Circumstances—Some Recent Trends». En *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, 2006, vol. 4, disponible en <[www.gasandoil.com](http://www.gasandoil.com)>.

<sup>5</sup> Véase de manera general, BISHOP, R. Doak. «The Duty to Negotiate in Good Faith and the Enforceability of Short-Term Natural Gas Clauses in Production Sharing Agreements». En *CEPMLP Internet Journal*, vol. 2, 1997, p. 1 y ss, disponible en <[www.cepmlp.org](http://www.cepmlp.org)>.

<sup>6</sup> EL CHIATI, A.Z. «Protection of Investment in the Context of Petroleum Agreements». En *Recueil des Cours*, 1987, vol. 1, p. 164.

de modo que el Estado actúe en interés público, de forma no discriminatoria,<sup>7</sup> pague una indemnización adecuada y siga el debido proceso legal, la expropiación o nacionalización es legal independientemente de la presencia de cualquier cláusula de estabilización en el contrato que indique lo contrario.

En varios casos de arbitraje internacional en los que se cuestionó el incumplimiento de una cláusula de estabilización, no se puede discernir ninguna cuantificación de los daños, específicamente por dicho incumplimiento, en el *quantum* total de la indemnización concedida por el tribunal. O bien el tribunal calificó la nacionalización de la inversión extranjera en violación de la clásica cláusula de estabilización como ilegal y concedió excepcionalmente una *restitutio in integrum*, como en el caso *Texaco vs. Libia*,<sup>8</sup> o bien en otros casos calificó de lícitas las injerencias del gobierno en el contrato en cualquiera de sus formas y recurrió a un método que conducía a la mayor cantidad posible de indemnización como el valor justo de mercado de la propiedad. Como observó el profesor Wälde:

Los gobiernos están facultados para cancelar los contratos por decreto legislativo, lo que supone un acto de expropiación. La cuestión es si la presencia añadida de una cláusula de estabilización debe conducir a una mayor indemnización. Si se ignorara la existencia de una cláusula de estabilización a efectos de la indemnización y se permitiera la expropiación con una indemnización normal, la presencia añadida del compromiso de estabilización no tendría ningún efecto. La opinión actual parece ser que las cláusulas de estabilización deben interpretarse con cautela en cuanto a la restricción de los poderes gubernamentales de expropiación; si se interpretan como una prohibición de la expropiación, la solución podría consistir en aplicar, además del análisis de la indemnización por expropiación, un modelo de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato y conceder al demandante el mayor de los dos valores si son diferentes. En otras palabras, la presencia de cláusulas de estabilización debería hacer que los factores formen parte legítima de las «consideraciones de equidad» que los tribunales pueden aplicar dentro del rango de valoración que les deja la divergencia de los distintos enfoques. Una cláusula de estabilización es esencialmente una cláusula de asignación de riesgos. Sería fiel a esta vocación de la cláusula hacer que, por medio de la valoración (es decir, la tasa de descuento), el gobierno soporte un mayor grado del riesgo que tendría que soportar de otra manera [...].<sup>9</sup>

El objetivo y los principios rectores del derecho internacional de daños han sido reiterados en numerosas fuentes. Recientemente, en un estudio comparativo sobre los daños, el profesor Gotanda concluyó que

A la luz de las leyes nacionales, los convenios y los principios generales del derecho internacional y la equidad, ha habido un consenso casi universal entre los tribunales que resuelven litigios entre partes contratantes transnacionales en el sentido de que el objetivo de los daños y perjuicios por incumplimiento del contrato es situar a la parte perjudicada en la posición en la que habría estado si el contrato se hubiera cumplido. En consecuencia, los tribunales reconocen que la parte perjudicada suele tener derecho a recuperar tanto las pérdidas sufridas como las ganancias de las que se vio privada a causa del incumplimiento.<sup>10</sup>

El principio general del derecho internacional de que la indemnización debe reparar el daño material infligido por la violación de una obligación internacional fue establecido por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *Fábrica de Chorzow*<sup>11</sup> en 1928 y se ha reiterado en la jurisprudencia internacional en numerosas ocasiones desde entonces:<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Véase de manera general, MANIRUZZAMAN, A. F. M. «Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-discrimination in International Law of Foreign Investment: an Overview». En *Journal of Transnational Law and Policy*, vol. 8, 1998, p. 57 y ss.

<sup>8</sup> *Texaco vs. Libia*, laudo de 19 de enero de 1977, 17 *LL.M.* 3 (1978).

<sup>9</sup> WÄLDE, Thomas. «Remedies and Compensation in International Investment Law». En *Transnational Dispute Management*, 2005, vol. 2, pp. 68-69, disponible en <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Véase también la última versión, WÄLDE, Thomas y B. SABAHI. «Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law». En *Transnational Dispute Management*, 2006, vol. 3, p. 42.

<sup>10</sup> GOTANDA, John Y. «Damages in Lieu of Performance because of Breach of Contract». En *Villanova University School of Law Working Paper*, series n.º 53, 2006, p. 80.

<sup>11</sup> Caso relativo a la Fábrica de Chorzow (reclamo de indemnización) (El fondo), sentencia n.º 13 de 13 de septiembre de 1928, publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, colección de sentencias, Serie A, n.º 17.

<sup>12</sup> Para confirmar la autoridad de esta posición citada en varias fuentes, véase *ADC Affiliate Ltd. and ADC & ADMC Management Ltd. vs. Republic of Hungary* (laudo ICSID, 2 de octubre de 2006), párrafos 480-500, disponible en <[www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com)>.

El principio esencial contenido en la noción actual de acto ilícito —noción que parece estar establecida por la práctica internacional y, en particular, por las decisiones de los tribunales arbitrales— es que la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si el acto no se hubiera cometido. La restitución en especie o, si esto no es posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría una restitución en especie; la concesión, en su caso, de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas que no estarían cubiertas por la restitución en especie o el pago en lugar de esta, son los principios que deben servir para determinar el importe de la indemnización por un hecho contrario al derecho internacional.<sup>13</sup>

También existe el principio de los daños por expectativa, que se plantea a menudo en el plano internacional. El modelo de indemnización por daños y perjuicios del common law fue pronunciado por el Tribunal de Hacienda inglés en 1854 en el conocido caso *Hadley vs. Baxendale* con las siguientes palabras:

[...] la parte que incumple el contrato [...] a lo mucho, solo podría suponerse que tenía en su consideración el monto del perjuicio que surgiría en general, y en la gran multitud de casos no afectados por ninguna circunstancia especial, de tal incumplimiento de contrato. Porque, si se hubieran conocido las circunstancias especiales, las partes podrían haber previsto especialmente el incumplimiento del contrato mediante cláusulas especiales sobre los daños en ese caso; y sería muy injusto privarlas de esta ventaja.<sup>14</sup>

La formulación típica de la noción de derecho civil de los daños por expectativas se encuentra en el artículo 1149 del Código Civil francés, que se considera el principio general de que un acreedor tiene derecho a recuperar «la ganancia de la que se le privó».

La importancia de las cláusulas de estabilización se ve reforzada por los principios rectores mencionados anteriormente. Al aplicar estos principios, los tribunales internacionales han recurrido a varios métodos para determinar el quantum de la indemnización por el perjuicio causado a la parte perjudicada. Como se ha mencionado anteriormente, a menudo se hace una distinción entre «toma legal» (*lawful taking*)<sup>15</sup> y «toma ilegal» (*unlawful taking*) que influye en la cuantía de la indemnización.

En el caso de una empresa en funcionamiento, es decir, una empresa comercial con capacidad demostrable de generar ingresos en el futuro, los tribunales han concedido a menudo *damnum emergens* (es decir, el valor de la inversión, incluidos los activos tangibles e intangibles, los derechos de propiedad, la buena voluntad y los derechos contractuales), y *lucrum cessans* (es decir, el lucro cesante). Sin embargo, la cuestión del método adecuado para determinar el lucro cesante ha suscitado una gran controversia tanto en el derecho nacional como en el internacional. Es posible que la importancia de las cláusulas de estabilización pueda reflejarse plenamente en la adjudicación del lucro cesante. Sin embargo, las circunstancias pueden variar, como la situación a corto o largo plazo de la empresa, las incertidumbres en torno al proyecto, etc., que pueden influir en la cuestión.

Como señala Derains:

En general, se admite que, a la hora de evaluar los daños, el principio básico es el de la indemnización íntegra de los daños [sic] sufridos por la víctima del incumplimiento de una obligación, a la que se debe colocar en la posición en la que habría estado si no se hubiera producido el hecho perjudicial. Esto incluye, según la tradición del derecho romano, los daños [sic] efectivamente sufridos (*damnum emergens*) y el lucro cesante (*lucrum cessans*). Sin embargo, este principio básico rara vez se aplica en toda su extensión.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Caso de la Fábrica de Chorzow, p. 47.

<sup>14</sup> (1854) 156 E.R. 145. Véase también GOTANDA, John Y. «Recovering Lost Profits in International Disputes». En *Georgetown Journal of International Law*, 2004, vol. 36, p. 61 y ss., también en *Transnational Dispute Management*, 2005, vol. 2, disponible en <www.transnational-dispute-management.com>.

<sup>15</sup> La palabra «toma» (*taking*) se utiliza en un sentido más amplio que incluye la expropiación, la nacionalización, la expropiación progresiva, etc.

<sup>16</sup> DERAINS, Yves y Richard H. KREINDLER (editores). «Evaluation of Damages in International Arbitration. Dossiers». En *ICC Institute of World Business Law*, 2006, p. 225.

El propósito aquí no es discutir las diversas formas de compensación y los diversos métodos de valoración de la propiedad a efectos de la indemnización, sino examinar qué impacto pueden tener las cláusulas de estabilización en la cuestión de los daños y perjuicios.

Como se desprende de los laudos *Liamco* y *Aminoil*,<sup>17</sup> la nacionalización en presencia de una cláusula de estabilización, no constituye un incumplimiento ilegal de la misma. La presencia de la cláusula, se argumenta, debería tenerse en cuenta para determinar la indemnización debida al inversor extranjero por una expropiación «legal».<sup>18</sup> El tribunal en el laudo de *Aminoil* consideró que la cláusula de estabilización en el acuerdo entre Kuwait y Aminoil tenía el efecto de asegurar una «indemnización adecuada» a la empresa en caso de nacionalización.<sup>19</sup> Un eminente jurista<sup>20</sup> argumentó en la misma línea que:

Una cancelación anticipada en violación de tal estipulación contractual (cláusula de estabilización) daría lugar a un derecho especial de indemnización; el importe de la indemnización tendría que ser mucho más elevado que en los casos normales, porque la existencia de tal cláusula es una condición muy pertinente que debe tenerse en cuenta para determinar la indemnización adecuada. Por ejemplo, habría que indemnizar por las ganancias eventuales (*lucrum cessans*) que obtendría la parte privada durante el período en que la concesión aún está vigente.<sup>21</sup>

Habiendo rechazado la opinión de que la nacionalización de los activos de Aminoil era ilegal frente a una cláusula de estabilización, el tribunal, en esencia, determinó que en un caso de nacionalización legal que implica una concesión o contrato con una cláusula de estabilización, la «compensación adecuada» de la que es responsable el gobierno tomador en virtud del derecho internacional consiste en un elemento por el valor de los activos tomados y un elemento por la pérdida de «expectativas legítimas» por parte del titular de la concesión (aunque estas expectativas pueden no ser idénticas a las previstas al inicio de la relación). Por lo tanto, puede decirse que el tribunal determinó la indemnización sobre la base de *damnum emergens* y *lucrum cessans*.<sup>22</sup>

Por otra parte, quienes sostienen que la nacionalización es ilegal frente a una cláusula de estabilización también son partidarios de la opinión de que una cláusula de estabilización crea de forma independiente una expectativa legítima en la parte extranjera contratante por cuyo incumplimiento se debe pagar una indemnización especial. Así, en el caso *AGIP vs. República Popular del Congo*,<sup>23</sup> el tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) consideró que la nacionalización de los intereses de AGIP por parte del Gobierno del Congo constituía un repudio de

<sup>17</sup> Cf. los laudos en *AGIP vs. Congo*, *Revere Copper* y *Texaco*, donde los tribunales consideraron que la nacionalización frente a un acuerdo que incluye una cláusula de estabilización es un incumplimiento de dicha cláusula.

<sup>18</sup> En el laudo de *Liamco* el Dr. Mahmassani, el único árbitro, concluyó que la nacionalización de Libia no constituía una violación de la cláusula de estabilización del acuerdo entre las partes, y que el derecho internacional no estaba resuelto sobre la cuestión de si los daños pagaderos por una expropiación legal debían incluir el lucro cesante. En consecuencia, el Dr. Mahmassani concedió a *Liamco* una indemnización por daños y perjuicios medida con una fórmula de nueva creación, la «compensación equitativa», que curiosamente incluía 66 millones de dólares por la pérdida de derechos de concesión de *Liamco*, 20 *ILM*. 70–87 (1981).

<sup>19</sup> 21 *ILM*. 1023 (1982).

<sup>20</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. «State Responsibility for the Nationalisation of Foreign owned Property». En *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 11, 1978, p. 192.

<sup>21</sup> *Ibidem*. Véase también CHOWDHURY, S. R. «Permanent Sovereignty and its Impact on Stabilisation Clauses, Standards of Compensation and Patterns of Development Cooperation». En HOSSAIN, K. y ROY CHOWDHURY, S.R. (editores). «Permanent Sovereignty over Natural Resources in International Law: Law and Practice». Londres: Frances Pinter, 1984, p. 42. El profesor R.B. Lillich parece haber aceptado esta posición y además propone categóricamente la norma de compensación en su discusión que «[i]f one has a stabilisation clause and if that stabilisation clause is linked to a provision for arbitration, which to have any value obviously has to be in my estimation, there is a considerable body of argument approximating 'prompt, adequate, and effective compensation'; véase Lillich en DICKÉ, Detlev Chr. (editor). *Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order*. Fribourg, 1987, pp. 195-196.

<sup>22</sup> Centrándose en las expectativas contractuales de las partes, reflejadas en el acuerdo original y en las modificaciones posteriores, y reforzadas por el compromiso del Estado de no aprobar ninguna medida confiscatoria (cláusulas de estabilización), el tribunal de *Aminoil* decidió que *Aminoil* tenía derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios equivalente a una «tasa de rendimiento razonable» sobre la propiedad nacionalizada. En esencia, el tribunal adoptó la segunda medida que había propuesto *Aminoil*: una indemnización basada en el valor de los activos y el lucro cesante durante un período de tiempo razonable. Aunque el laudo no ayuda a prescribir el método de estimación del lucro cesante (salvo en la medida en que debe ser coherente con las expectativas legítimas en juego), adopta una posición firme en cuanto a un método específico de valoración de la planta física. El método aplicado fue el del valor de reposición depreciado.

<sup>23</sup> 21 *ILM*. 735–738 (1982).

las cláusulas de estabilización del acuerdo entre las partes, lo que provocó, entre otras cosas, una pérdida de beneficios para AGIP en el proyecto. En consecuencia, el tribunal concedió a AGIP una «compensación completa» que incluía *damnum emergens* y *lucrum cessans*.<sup>24</sup>

Hay casos en los que el tribunal arbitral consideró que los actos del Estado no constituían una expropiación, sino que violaban una determinada norma de tratamiento de las inversiones extranjeras, por ejemplo, el trato justo y equitativo, y el tribunal concedió una indemnización de la misma manera que en el caso de la expropiación. Por ejemplo, en el caso *CMS Gas Transmission Co. vs. República Argentina*,<sup>25</sup> al adoptar varias medidas, a pesar de ciertas cláusulas de estabilización en el contrato, el demandado afectó a ciertos derechos del demandante y violó la norma de «trato justo y equitativo» que se le debía en virtud del tratado bilateral de protección de inversiones aplicable. Los actos del demandado, sin embargo, no constituyeron una expropiación.<sup>26</sup> Al determinar el estándar de compensación, el tribunal señaló que:

[...] ante una situación en la que, a falta de expropiación en virtud del artículo IV, el Tratado (es decir, el tratado bilateral de inversión entre Argentina y Estados Unidos de América) no ofrece ninguna orientación sobre la medida apropiada de los daños o la compensación relativa al trato justo y equitativo y a otros incumplimientos de las normas establecidas en el artículo II. Este es un problema común a la mayoría de los tratados bilaterales de inversión y otros acuerdos como el NAFTA.<sup>27</sup>

El tribunal, en las circunstancias del caso, consideró que el estándar del valor justo de mercado era apropiado en el presente caso. Señaló que

si bien esta norma figura de forma destacada en lo que respecta a la expropiación, no se excluye que también pueda ser apropiada para infracciones diferentes a la expropiación si su efecto produce pérdidas importantes a largo plazo.<sup>28</sup>

En una línea similar, pero con un resultado diferente, el tribunal en el laudo parcial de *SD Meyers* razonó que:

Al no identificar ninguna metodología particular para la evaluación de la compensación en los casos que no implican expropiación, el tribunal considera que los redactores del NAFTA tuvieron la intención de dejar abierta la posibilidad de que los tribunales determinaran una medida de compensación adecuada a las circunstancias específicas del caso, teniendo en cuenta los principios tanto del derecho internacional como de las disposiciones del NAFTA. En algunos casos de no expropiación, un tribunal podría considerar apropiado adoptar el estándar del «valor justo de mercado»; en otros casos podría no hacerlo. En este caso, el tribunal considera que la aplicación del estándar del valor justo de mercado no es una medida lógica, apropiada o practicable de la compensación a otorgar.<sup>29</sup>

Debe mencionarse que, en el contexto de la importancia de las cláusulas de estabilización contenidas en la licencia pertinente, el tribunal del *CMS* fue consciente del aspecto beneficioso de las cláusulas de estabilización. Como señaló el tribunal:

<sup>24</sup> *AGIP vs. Popular Republic of the Congo*. Véase también el Laudo de *Sapphire*, 35 I.L.R. 186 («It is therefore natural that the creditor should thereby be given full compensation. This compensation includes the loss suffered and the profit lost»). Cf. el Laudo de *Texaco*, donde el remedio por el incumplimiento de una cláusula de estabilización y una expropiación ilegal se concedió como *restitutio in integrum*. Sin embargo, el remedio más habitual para el incumplimiento de una cláusula de estabilización o una expropiación ilegal es la indemnización por daños y perjuicios: véase el caso de la *Fábrica de Chorzo* [1928] P.C.I.J. 28; GARCÍA-AMADOR, F. V. *The Changing Law of International Claims*, 1984, p. 583.

<sup>25</sup> 2005, disponible en <[www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com)>.

<sup>26</sup> *CMS Gas Transmission Co vs. Argentine Republic*, pp. 252-264.

<sup>27</sup> *CMS Gas Transmission Co vs. Argentine Republic*, p. 409.

<sup>28</sup> *CMS Gas Transmission Co. vs. Argentine Republic*, p. 410.

<sup>29</sup> 2000, p. 309.

esta discusión es bien conocida en el derecho internacional y en la medida en que esta disputa se refiere a la operación simultánea de la Licencia y la protección bajo el Tratado, la estabilización aseguró un derecho que el Demandante puede invocar apropiadamente.<sup>30</sup>

Sin embargo, el tribunal no cuantificó el importe de la indemnización específicamente por la presencia de las cláusulas de estabilización en la licencia. Lo único que hizo fue determinar, aplicando el método de flujo de caja descontado, el valor justo de mercado de las pérdidas que se consideraba que sufriría el demandante durante el plazo restante de la licencia, es decir, 27 años (2000-27) para las supuestas medidas adoptadas por el demandado. Así, el tribunal aplicó el estándar de indemnización por expropiación a las reclamaciones por no expropiación derivadas del incumplimiento del estándar de «trato justo y equitativo». Al decidir el estándar de compensación, el tribunal se mostró convencido de que «la naturaleza acumulativa de las infracciones que aquí se discuten se aborda mejor recurriendo al estándar de [compensación conocido como] valor justo de mercado».<sup>31</sup> Señaló que «si bien este estándar figura de manera prominente con respecto a la expropiación, no se excluye que también pueda ser apropiado para infracciones diferentes a la expropiación si su efecto resulta en pérdidas importantes a largo plazo».<sup>32</sup> Sin embargo, cabe mencionar que al considerar las circunstancias específicas de los casos en cuestión, independientemente de la violación del principio de «trato justo y equitativo», los tribunales han aplicado el estándar de indemnización por expropiación a las reclamaciones por no expropiación en algunos casos,<sup>33</sup> pero no en otros.<sup>34</sup>

La implicación de las modernas disposiciones de estabilización o equilibrio económico en los Acuerdos del Gobierno Anfitrión en el régimen jurídico del proyecto del oleoducto Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) (en el que participan los gobiernos anfitriones de Azerbaiyán, Georgia y Turquía)<sup>35</sup> parece acercarse más a la posición discutida anteriormente.<sup>36</sup> Esto es en el sentido de que el Estado parte tendrá la obligación de pagar una indemnización a la parte agraviada si las acciones del primero afectan negativamente al equilibrio económico del contrato. Esto es independiente de si tales acciones constituyen una expropiación o incluso una expropiación progresiva. El tribunal arbitral que se ocupe de la cuestión puede aplicar el estándar de indemnización por expropiación a una reclamación no expropiatoria.

Aparte de las cláusulas de estabilización clásicas, es decir, el género de congelación, las nuevas variedades de cláusulas de estabilización económica o disposiciones de equilibrio económico, como (i) el Equilibrio Económico Estipulado, (ii) el Equilibrio Económico No-Especificado y (iii) las disposiciones de Equilibrio Económico Negociado,<sup>37</sup> también pueden tener una importancia especial en cuanto a los recursos disponibles para la parte agraviada. Hasta ahora, ningún laudo internacional publicado ha tratado las cuestiones de compensación de las cláusulas de estabilización económica. Por lo tanto, siguen existiendo problemas en cuanto a si el cumplimiento específico<sup>38</sup> o cualquier otro daño alternativo equivalente estará disponible para el incumplimiento de una disposición de equilibrio

<sup>30</sup> CMS Gas Transmission Co. vs. Argentine Republic, p. 151 (notas al pie omitidas).

<sup>31</sup> CMS Gas Transmission Co. vs. Argentine Republic, p. 410.

<sup>32</sup> CMS Gas Transmission Co. vs. Argentine Republic.

<sup>33</sup> Véase *Metalclad Corp. vs. United Mexican States*, Caso ICSID n.º ARB (AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000, disponible en [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com).

<sup>34</sup> Véase *Pope & Talbot vs. Government of Canada* (NAFTA, 31 de mayo de 2002), p. 81, 85; *S.D. Myers, Inc vs. Government of Canada* (primer laudo parcial UNCITRAL, 13 de noviembre de 2000), p. 251. Ambos casos están disponibles en [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com).

<sup>35</sup> Los documentos ya están disponibles en el sitio web del proyecto: [www.caspiandevlopmentandexport.com](http://www.caspiandevlopmentandexport.com). El acuerdo intergubernamental (IGA) celebrado entre Azerbaiyán, Georgia y Turquía es la base de la estructura legal. Al Acuerdo Intergubernamental se adjuntan, entre otros documentos, los textos de tres Acuerdos con el Gobierno anfitrión (HGA) entre BTC Co. y cada uno de los gobiernos anfitriones. El IGA se firmó en noviembre de 1999 y cada HGA se firmó en octubre de 2000.

<sup>36</sup> Véase MANIRUZZAMAN, A. F. M. «International Energy Contracts and Cross-Border Pipeline Projects: Stabilisation, Renegotiation and Economic Balancing in Changed Circumstances: Some Recent Trends». En *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, 2006, vol. 4, available at <[www.gasandoil.com](http://www.gasandoil.com)>.

<sup>37</sup> La primera categoría prevé la modificación automática del contrato de forma estipulada (por ejemplo, mediante el reajuste del «reparto de beneficios del petróleo» en el caso de un contrato de producción compartida). La segunda categoría no estipula la naturaleza de dicha modificación, ni requiere el acuerdo mutuo de las partes implicadas para dicha modificación. La tercera categoría exige que las partes se reúnan para negociar las modificaciones del contrato.

<sup>38</sup> SCHWEBEL, Stephen. «Speculations on Specific Performance of a Contract between a State and a Foreign National». En SCHWEBEL, Stephen. *Justice in International Law*. Cambridge: Grotius Publications, 1994, p. 416.

económico estipulada y qué tipo de daños pueden esperarse para el incumplimiento de otras variantes de disposiciones de equilibrio económico.

Pueden surgir otras cuestiones complicadas en los escenarios caleidoscópicos de las cláusulas de estabilización clásicas y modernas. Por lo tanto, la pregunta puede ser: ¿la cláusula de congelación, cuando va acompañada de alguna de las variantes de las disposiciones de equilibrio económico, como suele ocurrir en los contratos energéticos modernos, tiene alguna importancia especial en cuanto al quantum de la compensación en comparación con la situación en la que no es así? Se ha establecido como principio que una cláusula de congelación no puede, de hecho, impedir que un Estado ejerza su autoridad soberana que pueda afectar a los intereses del inversor extranjero. Dependiendo de las circunstancias de un caso, el incumplimiento de dicha cláusula de bloqueo puede suponer que el Estado pague el lucro cesante al inversor extranjero. Es comprensible que una cláusula de congelación pueda garantizar que el inversor extranjero obtenga una audiencia más comprensiva en caso de litigio (especialmente en lo que respecta a cuestiones económicas o fiscales).

Además de este efecto de la cláusula de congelación, la presencia de una disposición de equilibrio económico proporciona otra capa de protección al inversor extranjero. La naturaleza de la protección, sin embargo, depende del tipo de disposición de equilibrio económico presente.<sup>39</sup> Por ejemplo, la naturaleza de la disposición de equilibrio económico estipulada puede ser tal que su aplicación no invada la autoridad soberana del Estado más que la aplicación de las disposiciones contra la expropiación (que prohíben explícitamente la expropiación/nacionalización). Es posible que un tribunal esté a favor del cumplimiento específico de la obligación por parte del deudor en virtud de una disposición de equilibrio económico estipulada. Si no se dispone de dicho cumplimiento específico, el tribunal puede conceder una indemnización por daños y perjuicios que coloque a la parte perjudicada en la posición en la que habría estado si se hubieran cumplido las obligaciones derivadas de la disposición de equilibrio económico estipulada.

En el caso de una disposición de equilibrio económico negociada, el hecho de que el Estado no se ponga de acuerdo con el inversor extranjero sobre la forma de restablecer el equilibrio económico original entre ambos no dará lugar a ningún remedio, a menos que exista un deber de buena fe expreso o implícito que exija al Estado llegar a un acuerdo sobre una base razonable y el Estado haya incumplido su deber. Sin embargo, el deber de negociar de buena fe no significa necesariamente la obligación de llegar a un acuerdo. Lo que importa es que, si hay alguna violación de esa buena fe por parte del Estado, el tribunal que se ocupe del asunto podría considerar la posibilidad de conceder una indemnización adecuada al inversor extranjero.

Dado que la ley aún no es clara ante la controversia sobre la licitud o ilicitud de la violación de la disposición de estabilización y los remedios resultantes, a este respecto es prudente especificar en la cláusula qué consecuencias se derivarían de dicha violación, al menos en términos de indemnización, es decir, la naturaleza de la misma. El papel de la cláusula de estabilización en un acuerdo sería así más claro en caso de su incumplimiento. A menudo, la presencia de una cláusula de estabilización en el contrato puede influir en la evaluación de la indemnización. Así, la cláusula de indemnización del Modelo de Contrato de Producción Compartida de Gabón (1991), que puede ser instructiva, dice lo siguiente:

Cualquier nacionalización o expropiación total o parcial del derecho del contratista implicará una compensación justa y equitativa de acuerdo con las normas y principios internacionalmente conocidos.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Para una discusión de las varias posibilidades, véase ALEXANDER, Frank. «The Three Pillars of Security of Investment Under PSCs and Other Host Country Contracts». En *Ch. 7 of Institute for Energy Law of the Centre for American and International Law's Fifty-Forth Annual Institute on Oil and Gas Law* (Publication 640, Release 54), Lexis Nexis Mathew Bender, 2003, s. 7.03.

<sup>40</sup> Art. 43.2 del Modelo PSC de Gabón de 17 de abril de 1991 entre la República de Gabón y compañías internacionales, publicado en *Barrows Supplement* n.º 118 (South and Central Africa), p. 57.

De nuevo, una cláusula de arbitraje de un contrato de concesión ghanés, que trata el asunto de la compensación, puede ser una palanca útil para una cláusula de estabilización, si la hubiera. Dice lo siguiente:

Si los derechos, intereses o propiedades de cualquier contratista previstos en el presente documento son expropiados, nacionalizados o tomados de cualquier otra manera en virtud de cualquier acto del Estado o de cualquier contrato o autoridad gubernamental local de Ghana, entonces los árbitros aplicarán el principio de compensación completa y justa por la pérdida de beneficios determinada sobre la base de una empresa en funcionamiento.<sup>41</sup>

Las partes de un contrato también pueden establecer disposiciones específicas sobre recursos o compensaciones monetarias en caso de violación de diversas cláusulas de estabilización que se ajusten a las normas existentes del derecho internacional. Dichas disposiciones podrían tener en cuenta la recompensa por los grados de riesgo que el inversor extranjero puede estar dispuesto a asumir. Dado que la cláusula de estabilización tiene un carácter funcional,<sup>42</sup> es decir, crea una expectativa legítima en el inversor extranjero, podría reflejarse en los remedios disponibles teniendo en cuenta las circunstancias del proyecto en cuestión. Por ejemplo, un inversor asume más riesgos y realiza esfuerzos muy costosos en proyectos más caros de exploración de petróleo y gas en aguas profundas que en tierra firme. En estas circunstancias, los inversores tendrán más expectativas de que su asunción de riesgos y sus costosos esfuerzos sean reconocidos en los remedios disponibles si tales expectativas se ven afectadas de alguna manera por las acciones del gobierno anfitrión. Es justo decir que las partes deberían adaptar el estándar de compensación esperado en el contrato en lugar de dejar que el árbitro decida sobre la cuestión de la violación de dicha expectativa legítima. De este modo, se puede eliminar la controversia, como se ha comentado anteriormente, en torno a la dicotomía de la licitud o ilicitud del incumplimiento de las cláusulas de estabilización que puede afectar al quantum de la indemnización.

Una vez más, en el caso del incumplimiento de la disposición de equilibrio económico estipulada, las partes podrían establecer el cumplimiento específico que se debe al inversor extranjero por dicho incumplimiento o, en su defecto, una compensación monetaria como si se hubiera aplicado la disposición de equilibrio económico estipulada. Las partes también podrían estipular el quantum de la indemnización equivalente al valor justo de mercado de la participación del inversor extranjero si se hubiera ejecutado el contrato. En el caso del equilibrio económico negociado o de la disposición de equilibrio económico no especificada, es aconsejable que las partes prevean expresamente un mecanismo de solución de controversias de terceros, es decir, mediación o arbitraje internacional, con el mandato claro para el mediador o el tribunal de cómo debe ajustarse la relación para volver a obtener el acuerdo económico original alcanzado entre las partes. Esto podría ir acompañado de disposiciones detalladas sobre la compensación si el Estado anfitrión no cumple con la decisión del tribunal de arbitraje.

De la discusión anterior se desprenden ciertas conclusiones:

- En el derecho internacional, las cláusulas de estabilización del género de congelación no pueden proteger la deseada estabilidad del contrato frente al ejercicio de la autoridad soberana por parte del Estado en interés público. La importancia de la presencia de dichas cláusulas puede traducirse en una mayor cuantía de la indemnización a pagar al inversor extranjero en caso de que el Estado infrinja dichas cláusulas.

<sup>41</sup> Citado por El Chhati, A.Z. «Protection of Investment in the Context of Petroleum Agreements». *Op. cit.*, p. 166.

<sup>42</sup> Véase *International Thunderbird Gaming Corp. vs. United Mexican States* (Laudo NAFTA bajo las Reglas de Arbitraje UNCITRAL) (16 de enero de 2006), p. 147, disponible en <[www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com)>. El tribunal señaló: «Having considered recent case law and the good faith principle of international customary law, the concept of 'legitimate expectations' relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a Contracting Party's conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages». Esta afirmación tiene implicaciones generales en el derecho internacional más allá del marco jurídico del NAFTA.

- La tendencia de los tribunales arbitrales internacionales ha sido la de aplicar el mejor método posible para conseguir el mayor importe de indemnización en caso de incumplimiento de la cláusula de estabilización. Esto es así incluso cuando los actos o la interferencia del Estado en el contrato no equivalen a una expropiación, pero violan ciertas normas de trato, es decir, el trato justo y equitativo, en presencia de cláusulas de estabilización.
- En el régimen jurídico de los gasoductos transfronterizos, se debe pagar una indemnización si las acciones del Estado afectan negativamente, aunque sea ligeramente, al equilibrio económico del contrato, independientemente de que dichas acciones constituyan una expropiación o una expropiación progresiva.
- No está claro si el cumplimiento específico o cualquier otro daño alternativo equivalente puede estar disponible para el incumplimiento de una disposición de equilibrio económico estipulada. Es aconsejable que las partes prevean expresamente en su contrato las consecuencias de dicho incumplimiento.

## CAPÍTULO 9

### *PUNITIVE DAMAGES* ANTE DAÑOS MASIVOS AMBIENTALES. PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Francesca Benatti (Italia)<sup>1</sup>

Sergio García Long (Perú)<sup>2</sup>

**Sumario:** 1. Introducción: el caso Repsol en Perú.— 2. Recordando el debate en torno a los «daños punitivos».— 3. *Environmental mass torts* y *punitive damages*.— 4. *Punitive damages* por daño ambiental en el *civil law*.— 5. Los *punitive damages* en el derecho arbitral.— 5.1. Arbitraje comercial.— 5.2. Arbitraje de inversión.— 6. Daño ambiental, *punitive damages* y arbitraje internacional.— 7. Reflexiones finales.— 8. Referencias bibliográficas.— 9. Jurisprudencia.

#### 1. INTRODUCCIÓN: EL CASO REPSOL EN PERÚ

El supuesto de los daños ambientales es uno de los casos de responsabilidad civil donde se discute cada vez más sobre la necesidad de imponer sanciones. Los daños ambientales pueden dar lugar a perjuicios masivos (*environmental mass torts*) de gran impacto social. Ante ello, a la par del derecho público sancionador (penal y administrativo) se busca —y necesita— el apoyo del derecho privado. Ante ello, deviene en relevante la discusión en torno a los «daños punitivos» (*punitive damages*)<sup>3</sup> y la posibilidad de imponerlos ante casos de daños ambientales.

En Perú no existen los daños punitivos en el derecho privado. Unas cortes laborales con ocasión del V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional (2017) intentaron crear unos daños punitivos a la peruana. Sin embargo, en el intento vulneraron ciertos principios constitucionales. Ello fue reconocido en octubre del 2020 por las Conclusiones del II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral y Procesal Laboral de Lima, donde se identificó la ilegalidad e inconstitucionalidad del V y VI Pleno. En consecuencia, se trató de un caso de buenas intenciones, pero mala ejecución.<sup>4</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, el reciente Caso Repsol pone sobre la mesa la necesidad de reconsiderar el reconocimiento por ley de los daños punitivos. El 15 de enero de 2022 se produjo un primer derrame de petróleo por parte de la Refinería La Pampilla, en el distrito de Ventanilla, Región Callao,

<sup>1</sup> Abogada por la Università degli Studi di Milano. PhD en Derecho Comparado por la Università degli Studi di Milano. Profesora de Derecho Privado en la Universidad Católica del Sacro Cuore, Milán. Autora de tres libros y más de ochenta artículos sobre responsabilidad civil, derecho de contratos, derecho comparado, propiedad y arbitraje. Correo: francesca.benatti@unicatt.it.

<sup>2</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (*summa cum laude*). Asociado en Vargas Pareja Abogados. Especialista en Derecho de Contratos, Societario, Financiamientos, *M&A* y Arbitraje. Miembro del Consejo Consultivo de Derecho Civil del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Autor de dos libros, de más de treinta artículos y coordinador de cuatro obras colectivas en temas de su especialidad. Correo: sergio.garcial@pucep.edu.pe.

<sup>3</sup> Sobre los *punitive damages* en el derecho comparado, véase BENATTI, Francesca. *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*. Milán: Giuffrè, 2008; GRONDONA, Mauro. *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2017; GARCÍA LONG, Sergio. *La función punitiva en el derecho privado*. Lima: Instituto Pacífico y PUCP, 2019; PÉREZ FUENTES, Gisela María. «Los daños punitivos: análisis crítico desde el derecho comparado». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año LI, n.º 154, enero-abril 2019, pp. 221-253.

<sup>4</sup> Véase GARCÍA LONG, Sergio. «¿Aún un irritante legal? La experiencia peruana sobre los daños punitivos». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 90, diciembre 2020, pp. 49-72.

y que avanzó hasta la provincia de Huaral, Región Lima, afectándose un área de 1 millón 739 mil metros cuadrados según el OEFA (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental).

Este hecho tuvo gran publicidad en los medios de telecomunicación peruanos, sobre todo, por el hecho de que Repsol reportó un derrame mínimo en comparación al número de barriles de petróleo identificados por las autoridades nacionales (6,000 barriles de petróleo al inicio que luego se extendieron hasta 11,900). Por ello, ha sido catalogado como el peor desastre ecológico de los últimos años.<sup>5</sup>

El Caso Repsol nos recuerda lo mucho que tenemos que avanzar en torno a la responsabilidad civil por daños ambientales en el Perú,<sup>6</sup> y en la necesidad de desprendernos de ciertos presupuestos dogmáticos sin utilidad y que, hasta la fecha, son usados para excluir a la función punitiva del derecho privado.<sup>7</sup> El Caso Repsol es una oportunidad para retomar el debate en torno a los daños punitivos, sobre su gran utilidad para disuadir y sancionar casos de daños masivos ambientales, y de cómo estos son resueltos en el arbitraje internacional.

El presente trabajo se estructura de la siguiente manera. La segunda sección establece de manera breve y como recordatorio, el debate en torno a la admisión legal de los daños punitivos en jurisdicciones de *civil law*. La sección tercera presenta la experiencia del *common law*, en torno a los *environmental mass torts* y la imposición de *punitive damages*. La sección cuarta desarrolla los argumentos que justifican la admisión legal de *punitive damages* ante daños ambientales en el *civil law*. La sección quinta trata sobre el poder de los árbitros para otorgar *punitive damages* en controversias internacionales. La sección sexta trata sobre controversias arbitrales internacionales en materia de daño ambiental y la imposición de *punitive damages*. La sección séptima concluye.

<sup>5</sup> La noticia fue difundida por diferentes medios nacionales e internacionales: *Forbes*, 26/01/2022, *Perú confirma segundo derrame de petróleo en refinería de Repsol*; *El Peruano*, 19/01/2022, *Cancillería: Repsol debe resarcir de manera inmediata por derrame de petróleo*; *El País*, 19/01/2022, *Perú cuestiona a Repsol por no contener el derrame de petróleo en el mar*; *DW*, 21/01/2022, *Derrame de petróleo en la costa de Perú: «La culpa es de Repsol»*; *CNN*, 01/02/2022, *Por derrame de petróleo, Perú suspende actividades Repsol en el mar*; *France 24*, 02/02/2022, *Derrame de petróleo en Perú: una negligencia que se cobró la fauna y seguirá afectando vidas*; *Gob.pe*, 08/02/2022, *Minam presenta reporte de acciones realizadas en zona de derrame de petróleo por operaciones de Repsol*; *El País*, 14/02/2022, *La ONU estima que los daños por el derrame de crudo afectarán al menos seis años a la costa del Perú*; *Andina - Agencia Peruana de Noticias*, 15/02/2022, *Repsol: Todo lo que ocurrió en un mes del mayor desastre ecológico en el mar peruano*; *Gestión*, 21/02/2022, *Derrame de petróleo de Repsol: Unidad de Emergencias Ambientales de la Naciones Unidas emitió su informe*; *El País*, 04/03/2022, *Repsol pagará un adelanto de hasta 800 dólares a los afectados por el derrame de petróleo en Perú*; *Gestión*, 05/03/2022, *Oceano sobre derrame de petróleo: «No está a la vista, pero sí te metes al mar encontrarás pedazos de crudos»*; *DW*, 06/03/2022, *Perú rescata más de 420 aves afectadas por derrame de petróleo de Repsol*.

<sup>6</sup> Por Perú, véase DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental». En *Tibimis*, n.º 30, 1994, pp. 207-219; ESPINOZA, Juan. «Responsabilidad civil por daño ambiental. ¿Tutela efectiva de los derechos de los dañados o lirismo?». En *Ius Et Praxis*, n.º 42, 2011, pp. 111-139; VIDAL RAMOS, Roger. *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*. Lima: Lex & Iuris, 2014; RENTERÍA SANZ, Grecia Virginia. *Responsabilidad civil por daño ambiental. A propósito del derrame de mercurio en Choroapampa*. Tesis para obtener el título de abogado, Universidad de Piura, agosto 2021; CHINCHAY TUESTA, Ady. *Responsabilidad por daños ambientales en el derecho civil y administrativo. Críticas y propuestas*. Lima: Instituto Pacífico, 2018. Por otras jurisdicciones civilistas, véase CODERCHI, Pablo Salvador, Fernando GÓMEZ POMAR, Mircea ARTIGOT GOLOBARDES y Yolanda GUERRA AZNAR. «Observaciones al Libro Blanco sobre Responsabilidad Civil». En *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2000, pp. 1-32; VÁSQUEZ GARCÍA, Aquilino. «La responsabilidad por daños al ambiente». En *Gaceta Ecológica*, n.º 73, octubre-diciembre 2004, pp. 45-62; RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley n.º 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Rut. «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente». En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLV, 2012, pp. 177-192; MOSCOSO RESTOVIC, Pia M. «Distinciones conceptuales para determinar el foro competente para un daño ambiental internacional. Estudio de derecho comparado con base en el artículo 5.3 del Reglamento (CE) Bruselas I». En *Revista de Derecho*, n.º 38, julio-diciembre 2012, pp. 1-35; PEÑA CHACÓN, Mario. «Daño ambiental y prescripción». En *Revista Judicial*. Costa Rica, n.º 109, septiembre 2013, pp. 117-143; FEMENÍAS, Jorge. *La responsabilidad por daño ambiental*. Santiago: Ediciones UC, 2017; GARCÍA AMADO, Juan Antonio y Virginia DE CARVALHO LEAL. «Daño ambiental y encrucijadas de la teoría del derecho de daños». En *Revista Brasileira de Direito*, n.º 2, vol. 14, 2018, pp. 7-21; MANZANARES CAMPOS, Mercedes Isabel. *La responsabilidad civil por el daño ambiental*. Tesis de Doctorado, Universitat de Barcelona, 2021.

<sup>7</sup> Sobre los *punitive damages* por daños ambientales, véase por Perú a CHINCHAY TUESTA, Ady. «Es conveniente la adopción de los *punitive damages* en los supuestos de daños ambientales en el Perú: análisis a la luz de las funciones de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente». En CALDERÓN PUERTAS, Carlos Alberto y Carlos Alberto AGURTO GONZÁLES (editores). *Responsabilidad civil. observatorio de derecho civil*. Lima: Motivensa, 2010, vol. III. En otras jurisdicciones, véase a BRIGENO CHAVES, Andrés Mauricio, Milagros KOTEICH KHATIB y Wilfredo ROBAYO GALVIS. «Daños punitivos y responsabilidad civil por daños ambientales en el sector minero». En GARCÍA PACHÓN, María del Pilar (editora). *Minería y desarrollo: medio ambiente y desarrollo sostenible en la actividad minera*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 346-406; PEÑA CHACÓN, Mario. «Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos. Delimitaciones y alcances en materia ambiental». En *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, n.º 10, 2018, pp. 27-40.

## 2. RECORDANDO EL DEBATE EN TORNO A LOS «DAÑOS PUNITIVOS»

Se usa la denominación «daños punitivos» como traducción de *punitive damages*, aunque ello no sea exacto porque los *punitive damages* no se refieren a una categoría de daño, sino a una sanción privada. En el idioma inglés, *damage* se traduce como «daño» y *damages* como «daños». Sin embargo, en el inglés jurídico *damages* también se usa para referirse a un monto dinerario. Entonces, *punitive damages* debe ser entendido como un «monto dinerario punitivo», y no como un «daño punitivo» porque no se refiere al resarcimiento, sino a una sanción privada. Igualmente, *exemplary damages* se refiere a un «monto dinerario ejemplarizante» entendido como sanción y no daño. Por ello, es que se proponen traducciones alternativas como «sanción pecuniaria», «resarcimiento punitivo», «multa privada», entre otros.

Sin embargo, la traducción «daño punitivo» es popular y suele ser usada de manera indistinta. El problema no está en su uso, sino en su correcto entendimiento. Habiéndose realizado esta aclaración, usaremos «daños punitivos», y *punitive damages* como sinónimos, y de manera indistinta, al ser el primer término el más estandarizado en el idioma español.

La polémica con los daños punitivos está en que colisiona —supuestamente<sup>8</sup>— con determinados dogmas del derecho privado y la responsabilidad civil: (1) el dogma de la compensación, (2) la estricta división entre lo privado y lo público, (3) la regla de la reparación integral, y (4) la prohibición del enriquecimiento injustificado.<sup>8</sup>

Primero, se considera que la responsabilidad civil debe ser estrictamente compensatoria. Esto significa que la responsabilidad civil no puede cumplir funciones extracomensatorias, aunque en la doctrina se suele discutir sobre la polifuncionalidad de la responsabilidad civil.<sup>9</sup> Sin perjuicio de esta discusión, al menos queda claro que la responsabilidad civil es compensatoria, y como consecuencia de ello, también disuasiva. Dentro de este esquema, se rechaza a la función punitiva por exceder a los fines resarcitorios.

Segundo, en el *civil law*, a diferencia del *common law*, se maneja una posición formal en torno a la división entre lo privado y lo público. Siguiendo el dogma de la compensación, los civilistas consideran que la compensación pertenece al derecho privado mientras que la sanción al derecho público. Por el contrario, los americanos no tienen mayor complicación es mezclar funciones. Entonces, el derecho privado también puede sancionar y apoyar al derecho público, algo que aún no es generalmente admitido entre los civilistas.

Tercero, y como dicen los franceses, en la liquidación del daño se debe reparar solo el daño y nada más que el daño, ni más ni menos. Si la víctima sufrió un daño por 100, debe recibir una indemnización por 100, no por 99 ni por 101, sino por 100. Esto representa la reparación integral, para bien o para mal. Por un lado, protege a la víctima de que no reciba una indemnización menor al daño sufrido; y, por otro lado, protege al autor del daño para que no tenga que pagar una indemnización por encima del daño causado. Bajo la reparación integral, no hay lugar para sumas dinerarias extracomensatorias, esto es, por encima del daño efectivo. El exceso es considerado como punitivo, pues no repara.

Cuarto, la prohibición contra el enriquecimiento injustificado prohíbe que la víctima de un daño pueda lucrar con ocasión del daño sufrido. Ello significa que, si la víctima sufre un daño por 100, no pueda buscar alguna excusa para intentar cobrar un monto superior, caso contrario, se consideraría que dicho monto extra no tendría alguna justificación, al menos con relación al daño efectivo.

<sup>8</sup> Véase la discusión en KOZIOL, Helmut. «Punitive Damages—A European Perspective». En *Louisiana Law Review*, vol. 68, n.º 3, 2008, pp. 741-764; WELLS, Michael L. «A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages». En *Louisiana Law Review*, vol. 70, n.º 2, 2010, pp. 557-577.

<sup>9</sup> En Perú, véase FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*». En *Ius Et Veritas*, n.º 22, 2001, pp. 11-33.

Las premisas anteriores representan la posición tradicional en el derecho privado. Sin embargo, tal posición cada vez va perdiendo terreno por los avances en el derecho privado: (i) ante el silencio de la ley, las cortes suelen condenar a los autores del daño al pago de montos dinerarios punitivos encubiertos (por ejemplo, a través del daño moral), (ii) la ley ya reconoce a otras instituciones privadas de carácter punitivo (por ejemplo, la cláusula penal), y (iii) las cortes europeas han otorgado *exequatur* a sentencias extranjeras que otorgaron daños punitivos al considerar que las mismas no vulneraban su orden público nacional o internacional.

Es usual que las cortes sientan la necesidad de castigar a los autores de un daño cuando las circunstancias lo justifiquen. Pero, como la ley no reconoce a los daños punitivos, lo que hacen es inflar la liquidación de ciertas categorías de daños, sobre todo de aquellas que por definición se estiman vía equidad. El caso emblemático es el daño moral, e incluso, en el derecho peruano se puede incluir al innecesario daño a la persona y al temido daño al proyecto de vida.<sup>10</sup> Dado que el daño moral no tiene un referente económico objetivo y cierto, las cortes suelen aprovechar esta oportunidad para liquidar altos montos dinerarios que no tienen correspondencia con el daño efectivo. Así, pueden hacer uso del daño moral para encubrir la función punitiva.<sup>11</sup>

Además, aunque la ley no reconozca expresamente a los daños punitivos, sí reconoce otras instituciones privadas de naturaleza punitiva que tienen el mismo efecto práctico que los daños punitivos. Entonces, uno se pregunta, ¿por qué en un caso sí pero no en el otro? Esto ha sido denunciado por la doctrina comparada como un caso de hipocresía legal.<sup>12</sup> Ello es particularmente evidente frente al derecho comparado. Mientras el derecho americano aún distingue entre *liquidated damages* (liquidaciones contractuales compensatorias) y *penalties* (liquidaciones contractuales punitivas) para considerar a las primeras como válidas y a las segundas como nulas, ciertas jurisdicciones civilistas (España y Francia, por ejemplo) admiten abiertamente la validez de las cláusulas penales o penalidades que cumplen una función punitiva, algo que calificaría para un americano como una *penalty*.<sup>13</sup>

Finalmente, es interesante la jurisprudencia europea en materia de *exequatur*. Aunque las cortes europeas no pueden otorgar directamente daños punitivos, ello no fue impedimento para que reconocieran y ejecutaran sentencias extranjeras que impusieron daños punitivos. En otras palabras, ejecutaron en sus territorios europeos daños punitivos otorgados por otros.<sup>14</sup> Al inicio, la defensa del orden público nacional o internacional era invocada por las cortes europeas para rechazar sentencias

<sup>10</sup> Sobre el debate en el derecho peruano en torno a qué tipos de daños no pecuniarios o extrapatrimoniales son resarcibles, véase FERNÁNDEZ SESSAREFO, Carlos. «El daño a la persona en el Código Civil de 1984». En *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco, 1985, pp. 163-222; CALDERÓN PUERTAS, Carlos. *Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano*. Lima: Montivensa, 2014; LEÓN, Leysser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, 3.ª edición corregida y aumentada; TABOADA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima: Grifley, 2018, 3.ª reimposición; ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Instituto Pacífico, 2019, 9.ª edición; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias». En *Lo esencial del derecho*, tomo 46. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2019; VEGA MERE, Yuri. «Nuevamente sobre el daño a la persona y el daño moral. A propósito de una reciente sentencia proveniente de un juzgado penal». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 80, febrero 2020, pp. 103-122; BENATTI, Francesca y Sergio GARCÍA LONG. «La reparación extrapatrimonial del daño por frustración al proyecto de vida». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 80, febrero 2020, pp. 123-163.

<sup>11</sup> En Perú, véase el caso discutido en GARCÍA LONG, Sergio. «Casación 1 - Daños punitivos 0. Comentario a la Casación n.º 464-2018-La Libertad». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 101, noviembre 2021, pp. 153-178.

<sup>12</sup> ENGLARD, Izhak. «Punitive Damages—A Modern Conundrum of Ancient Origin». En *Journal of European Tort Law*, vol. 3, n.º 1, 2012, p. 6; CAPPELLETTI, Marco. «Punitive damages and the public/private distinction: a comparison between the United States and Italy». En *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 32, n.º 3, 2015, p. 802; GARCÍA LONG, Sergio. «Daños punitivos en Perú». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 50, 2018, p. 162.

<sup>13</sup> Véase MATTEI, Ugo. «The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract». En *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n.º 3, 1995, pp. 427-444; HATZIS, Aristides N. «Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in common law and civil law contract». En *International Review of Law and Economics*, vol. 22, 2003, pp. 381-406; CALLEROS, Charles. «Punitive damages, liquidated damages, and clauses pénales in contract actions: A comparative analysis of the American Common Law and the French Civil Code». En *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, n.º 1, 2006, pp. 67-119.

<sup>14</sup> Véase BERCH, Jessica J. «The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union». En *Minnesota Journal of International Law*, vol. 19, n.º 1, 2010, pp. 55-106; NAGY, Csongor István. «Recognition and enforcement of US judgments involving punitive damages in continental Europe». En *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIIPR)*, vol. 30, n.º 1, 2012, pp. 4-11; VANLEENHOVE, Cedric. «Citizen's participation through U.S. punitive damages: should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?». En APPERMONT, Niels y Ulrike CERULUS (editores). *Participatie van de burger in de rechtsorde. Partecipazione del cittadino à l'ordre juridique*. Brujas: Die Keure, 2017, pp. 84-95.

extranjeras punitivas, como ocurrió en el famoso caso alemán según lo resuelto por la Bundesgerichtshof en *John Doe vs. Eckhard Schmitz* (1992).<sup>15</sup> Sin embargo, luego las cortes europeas empezaron a analizar con mayor detenimiento las sentencias punitivas y consideraron que los daños punitivos *per se* no son ajenos a la responsabilidad civil, siempre y cuando no sean desproporcionales.

En consecuencia, se superó la defensa del orden público. Ello ocurrió en Suiza con *Trans Container Services (T.C.S.) AG vs. Security Forwarders (S.F.) Inc.* (1989), en Grecia con la Sesión Plenaria n.º 17/1999 de la Corte Suprema (1999), en España con *Miller Import Corp. vs. Alabastres Alfredo* (2001), en Francia con *Schlengka vs. Fontaine Pajot* (2010), y en Italia con la sentencia n.º 16601-2017 (Sesión Unida) de la Corte Suprema (2017).<sup>16</sup>

Teniendo en cuenta el escenario anterior, uno podrá preguntarse qué ha pasado en sede arbitral internacional. Los daños punitivos también se han hecho presente en la fiesta arbitral con la emisión de laudos punitivos, con las particulares que caracterizan al arbitraje comercial y de inversiones.

### 3. ENVIRONMENTAL MASS TORTS Y PUNITIVE DAMAGES

La responsabilidad medioambiental siempre se ha considerado uno de los ámbitos de aplicación de los daños punitivos en Estados Unidos de América. Hay varias razones para ello. En primer lugar, se trata de agravios que tienen consecuencias para la comunidad en general. Por lo tanto, parece adecuado un acuerdo más elevado que también tenga en cuenta los prejuicios sociales. Esta perspectiva, apoyada en estudios de análisis económico del derecho, encontró una elaboración completa en el caso *Ciraolo*<sup>17</sup> en la motivación de Guido Calabresi. Se señala que en estos casos los daños punitivos no tendrían una función punitiva, sino que serviría principalmente para compensar el daño social.

Además, la dificultad de cuantificar con exactitud las consecuencias a largo plazo del agravio parece llevar a una mayor propensión por parte de los jurados a nivelar la indemnización al alza, precisamente, para intentar cubrir todas las pérdidas.

Existen, pues, hipótesis en las que los daños punitivos adquieren una función disuasoria: en efecto, sirven de incentivo para adoptar medidas cautelares eficaces destinadas a prevenir la posibilidad de que se produzca un delito. Está claro, de hecho, que el miedo a pagar una indemnización elevada puede llevar más fácilmente a las empresas a emplear técnicas actualizadas y a conducir sus negocios con precaución.

Por último, a menudo, sobre todo en los casos de agravios masivos, hay una gran atención de los medios de comunicación con una reacción del público que amplifica la posibilidad de decisiones emocionales: la narrativa, incluso a veces tendenciosa, es de hecho, de empresas que han destruido el medio ambiente solo para obtener beneficios. La sobrecompensación responde a un deseo de justicia o incluso de venganza.

Así, incluso en los Estados que han iniciado reformas para limitar el alcance de los daños punitivos, la responsabilidad medioambiental se ha mantenido en general. Más bien, el esfuerzo tanto legislativo como de la jurisprudencia estatal y federal se ha concentrado en tratar de reducir su cuantía.

<sup>15</sup> Véase STIEFEL, Ernst C., Rolf STÜRNER y Astrid STADLER. «The enforceability of excessive U.S. punitive damages awards in Germany». En *The American Journal of Comparative Law*, n.º 4, vol. 39, 1991, pp. 779-802; TOLANI, Madeleine. «U.S. punitive damages before German courts: A comparative analysis with respect to the ordre public». En *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 17, n.º 1, 2011, pp. 185-207.

<sup>16</sup> Véase VANLEENHOVE, Cedric. *Punitive damages in private international law. Lessons for the European Union*. Cambridge: Intersentia, 2016; GARCÍA LONG, Sergio. *La función punitiva en el derecho privado*. *Op. cit.*, p. 238 y ss; GARCÍA LONG, Sergio. «Resurrección y auge de los punitive damages en el civil law». Segunda parte. En *Actualidad Civil*, n.º 59, mayo 2019, pp. 145-165.

<sup>17</sup> *Ciraolo vs. City of New York*, 216 F.3d 236, 243 (2d Cir. 2000). Véase SEBOK, Anthony. «Deterrence or disgorgement? Reading *Ciraolo* after *Campbells*». En *Maryland Law Review*, vol. 64, n.º 1, 2005, pp. 541-572. También CAPPELLETTI, Marco. «Comparative reflections on punishment in tort law». En BORGHETTI, Jean-Sébastien & Simon WHITTAKER (editores). *French Civil Liability in Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2019, pp. 329-352.

#### 4. PUNITIVE DAMAGES POR DAÑO AMBIENTAL EN EL CIVIL LAW

Uno de los escenarios donde el *civil law* tiende a resaltar la necesidad de reconocer legalmente a los *punitive damages* es para el caso específico de daños ambientales, sobre todo cuando se presenta una conducta dañina intencional que se comete con el objetivo de obtener un beneficio ilícito derivado. Vale advertir que este escenario representa una discusión más profunda pues no solo implica admitir el otorgamiento de un monto dinerario por concepto de sanción privada, sino que la liquidación de tal cuantía se haría en base al beneficio ilícito obtenido por el demandado (*gain-based*) con el fin de despojarlo del mismo, lo cual empieza a tener una lógica «restitutoria» conforme a la prohibición contra el enriquecimiento injustificado, o para ser más preciso como consideran algunos, se trataría de un *disgorgement of profits* porque, usualmente, el beneficio no tiene origen en el patrimonio de la víctima sino en otras fuentes, con lo cual, no habría realmente una restitución en sentido estricto.

Cuando se analiza en qué supuestos correspondería reconocer *punitive damages*, se debe tomar en cuenta los siguientes factores: (1) que el demandado haya actuado con una particular conducta reprochable, (2) la comisión de un daño irreparable, (3) que se prefiera por la inalienabilidad del derecho u objeto respectivo, (4) que el actuar dañino produzca una particular intolerancia en la sociedad, y (5) que se busque disuadir con carácter general.<sup>18</sup>

Primero, el demandado debe haber actuado con dolo, sin embargo, no deben quedar excluidos por completo los casos de culpa grave o inexcusable. Por ello se hace mención a una conducta particularmente reprochable. El dolo implica voluntad de cometer un daño, y allí podría justificarse imponer un castigo. Pero quien actúa de manera muy negligente frente a una actividad riesgosa, no puede excusarse si tal actividad requiere un especial nivel de diligencia. Un descuido grave en tales circunstancias también podría justificar la imposición de un castigo (para ello, deberá analizarse el caso concreto).

Segundo, el daño ocasionado debe ser uno irreparable, esto es, que no pueda restituirse *in natura*. En principio, todos los daños pueden compensarse en dinero, y como tal, todos los daños podrían ser valuados o estimados. Sin embargo, hay situaciones donde el dinero no repara sino solo alivia o sirve de consuelo (como la pérdida de un brazo o de un ser querido). Acá el daño en la víctima nunca se borra en los hechos.

Tercero, como todo daño puede ser compensado en dinero, ello permite que el dañador pueda ocasionar el daño y pagar la compensación incluso de manera voluntaria, como si se tratase de una expropiación forzosa. Por ello, para casos de daños irreparables se debe preferir por la inalienabilidad del derecho u objeto (recordemos la Catedral de Calabresi y Melamed sobre las reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad).<sup>19</sup> Para lograr la inalienabilidad, el costo de dañar debe ser alto y para ello el solo pago de la compensación es insuficiente. Debe agregarse una suma dineraria por castigo.

Cuarto, la conducta dañina debe generar un particular sentimiento de rechazo en la sociedad. No es lo mismo golpear un carro que asesinar a una persona. La reacción no es la misma, y como tal, tampoco el sentimiento de venganza o reivindicación.

Finalmente, y quinto, con la imposición de una sanción privada se busca castigar al demandado, pero sobre todo generar una disuasión social para que nadie vuelva a cometer la misma conducta dañina. Recordemos a Sharkey cuando explicaba que los *punitive damages* son *societal damages*.<sup>20</sup>

Los factores antes mencionados se presentan ante el daño ambiental. Pensemos en el derrame de petróleo de Repsol en el Perú.

<sup>18</sup> GARCÍA LONG, Sergio. *La función punitiva en el derecho privado*. Op. cit., pp. 428-432.

<sup>19</sup> CALABRESI, Guido y Melamed, A. Douglas. «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral». En *Harvard Law Review*, vol. 85, n.º 6, 1972, pp. 1089-1128.

<sup>20</sup> SHARKEY, Catherine M. «Punitive Damages as Societal Damages». En *The Yale Law Journal*, vol. 113, n.º 2, 2003, pp. 347-453.

Primero, tal vez Repsol no quiso intencionalmente contaminar el mar peruano, pero es claro que su actividad le exige un nivel de diligencia muy alto, de manera que, si se derrama petróleo, uno puede considerar que ello fue por un acto altamente negligente y que ello justificaría la imposición de un castigo.

Segundo, la contaminación del mar con petróleo genera un daño irreparable. El mar no puede limpiarse como quien lava un plato. La contaminación por petróleo puede durar décadas, y ello afecta a su vez a la fauna y personas que vivan cerca del mar. El dinero puede servir para mitigar los daños, pero no puede restituir el medio ambiente a la situación que se encontraba antes de la ocurrencia de la contaminación. Este es un daño irreparable.

Tercero, por lo anterior se debe preferir por la inalienabilidad, y ello solo es posible si todas las empresas que tratan petróleo saben que se verán obligadas a pagar una compensación y un castigo, caso contrario, saldría rentable contaminar y pagar los daños ocasionados.

Cuarto, la contaminación ambiental produce una especial preocupación en la sociedad.

Quinto, la sociedad considera urgente y necesario disuadir a cualquier tercero en el futuro de cometer una conducta dañina similar.

En base a las consideraciones precedentes, conviene que por ley se reconozca el pago *punitive damages* ante daños ambientales. Ello representaría la condena por un pago dinerario por encima de la indemnización. Ahora, y como hemos advertido, podría ocurrir que la contaminación ambiental sea producida por una empresa que realiza una actividad económica, y que, por ello, obtenga un beneficio derivado de su actuar dañino.

En estos casos se usan a los *punitive damages* para despojar al dañador del beneficio obtenido. Esta forma de liquidar el castigo ha llamado la atención de los comentaristas porque significa que los *punitive damages* empiezan a funcionar como otro tipo de remedio pecuniario, esto es, el *disgorgement of profits*. Ello, a su vez, abre otra discusión porque algunos consideran que el *disgorgement* es lo mismo que la *restitution*, mientras otros consideran que son distintos y que incluso no tendría su justificación en el enriquecimiento injustificado. Sin perjuicio de la discusión doctrinaria,<sup>21</sup> lo cierto es que estos *punitive damages* por daños ambientales tendrían la particularidad de liquidarse sobre la base del beneficio obtenido (*gain-based*).

Un ejemplo lo encontramos en Italia. Aunque no se trata de un reconocimiento legal de los *punitive damages*, el artículo 18(6) de la Ley n.º 349/86 (Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale) señala que «El juez, si no es posible la cuantificación precisa del daño, puede determinar el monto en vía equitativa, teniendo en cuenta la gravedad de la culpa individual, el costo necesario para la restauración y el beneficio conseguido por el dañador como consecuencia de su comportamiento lesivo de bienes ambientales» (énfasis agregado). En la práctica, se permite que el juez italiano pueda inflar la cuantía de daños de difícil probanza usando la equidad, y que tome como referencia, además de la gravedad de la culpa del autor, también el beneficio ilícito obtenido, lo cual usualmente supera el monto que correspondería por el daño. En otras palabras, se otorgaría un monto extracompensatorio. Ello funciona como *punitive damages*.

La disciplina ha sido fuertemente criticada por la doctrina italiana, que la ha definido como «una especie de cruce monstruoso entre categorías de derecho público y categorías de derecho privado».<sup>22</sup> Se ha señalado,<sup>23</sup> con razón, cómo esta dificultad para enmarcar una regulación que escapa a las reglas

<sup>21</sup> Sobre tal discusión, véase EDELMAN, James. *Gain-based remedies. Contract, tort, equity and intellectual property*. Oregon: Hart Publishing, 2002.

<sup>22</sup> BUSNELLI, Francesco D. «La parabola della responsabilità civile». En *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 669.

<sup>23</sup> MOSCATI, Enrico. «Dall'Art. 18 alle Modifiche del T.U. Ambientale. Una Fisiologica Evoluzione del Danno Ambientale Ovvero Lo Stravolgimento della Responsabilità per Danno Ambientale?». En AA. VV. *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*. Napoli: Jovene, 2022, pp. 645-664.

tradicionales de la responsabilidad civil, tanto por la especificidad del bien protegido como por las connotaciones punitivas previstas, condujo a una crisis de rechazo.<sup>24</sup>

En efecto, por un lado, se consideraba una duplicación innecesaria de las sanciones extraciviles, además, en ausencia de las indispensables garantías sustanciales y procesales; y, por otro lado, parecía difícil identificar los parámetros para cuantificar el daño. La desconfianza generalizada en la función sancionadora de la responsabilidad también afectó a las evaluaciones. La jurisprudencia también sintió el mismo malestar y limitó progresivamente el alcance aplicativo e innovador de la norma, a la que se le atribuyó una función meramente de reconocimiento del derecho vigente.<sup>25</sup> De hecho, se negó el valor disuasorio y punitivo, que en cambio parecía central en las intenciones del legislador. La disciplina sobre los daños medioambientales se complicó además por las frecuentes y específicas intervenciones legislativas en aplicación de las directivas europeas.

La fragmentación de la normativa, percibida como insatisfactoria, junto con la entrada en vigor de la Directiva de Responsabilidad Medioambiental relativa a la prevención y reparación de daños medioambientales, impulsó al legislador nacional a reorganizar de nuevo la materia. Sin embargo, el Decreto Legislativo n.º 152/2006 supuso, según la doctrina, un retroceso respecto al sistema del artículo 18. De hecho, se abandonaron las funciones disuasorias y punitivas en favor de la tradicional función compensatoria. No obstante, hay que señalar que, a pesar de las críticas, era compartible la precaución de excluir la aplicación de la disciplina si habían transcurrido más de treinta años desde la emisión, el suceso o el incidente que lo había provocado, o si no era posible determinar de ningún modo un vínculo causal entre el daño y la actividad de los operadores individuales.

No obstante, hay que señalar que las opciones del legislador italiano parecían contrarias a los objetivos de la Directiva,<sup>26</sup> ya que favorecían la compensación en forma equivalente y no en forma específica, hasta el punto de llevar a la Comisión a incoar dos procedimientos de infracción.<sup>27</sup>

Por ello, en 2013 se introdujo una nueva modificación por la que se estableció como recurso la indemnización en una forma específica destinada a eliminar las consecuencias de los daños ambientales.<sup>28</sup> Una correcta aplicación de esta norma cubre también las funciones punitivas y disuasorias de los elevados costes que conllevan los procedimientos de saneamiento y reparación. Sin embargo, una actitud sancionadora no del todo apreciable parece estar surgiendo en la jurisprudencia actual al mismo tiempo que aumenta la conciencia medioambiental en la opinión pública.

Es interesante observar cómo los sistemas de *civil law* que han introducido los daños punitivos se han limitado a menudo a adoptarlos en casos de intereses difusos o colectivos, que incluyen tanto la responsabilidad por productos como la responsabilidad medioambiental. De hecho, es evidente que la función sancionadora típica de los daños punitivos es más aceptada, también por razones ideológicas, en los casos en que se produce un daño social. Es emblemático el nuevo Código Civil chino, que, en su artículo 1232, establece que «si la parte perjudicada contamina o causa daños al sistema ecológico de forma intencionada, violando las disposiciones legales con graves consecuencias, la parte perjudicada tiene derecho a reclamar los correspondientes daños punitivos».<sup>29</sup>

Parece previsible que el enfoque disuasorio o sancionador se adopte en otras jurisdicciones a la luz de la renovada atención que se presta al medio ambiente, que ahora se considera un patrimonio de la humanidad en interés de las generaciones futuras.

<sup>24</sup> D'ADDA, Alessandro. «Danno Ambientale e Tecniche Rimediali: Le Forme del Risarcimento». En *Nuova Giur. Civ. Comm.*, vol. 7, 2013, pp. 407-422.

<sup>25</sup> MOSCATI, Enrico. *Op. cit.*

<sup>26</sup> POZZO, Barbara. «Il recepimento della Direttiva n.º 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in Germania, Spagna, Francia e Regno Unito». En *Rivista dell'ambiente*, vol. 25, n.º 2, 2010, pp. 207-246.

<sup>27</sup> MOSCATI, Enrico. *Op. cit.*

<sup>28</sup> *Ibidem.*

<sup>29</sup> La versión en inglés del Código Civil chino puede consultarse en CHEN, Lei, Jiangqiu GE, Jian HE, Qiao LIU, Zhicheng WU y Bingwan XIONG (editores). *The Civil Code of the People's Republic of China*. English translation. Boston: Brill Nijhoff, 2021.

El debate también parece abierto en el ámbito internacional. En el caso de *Costa Rica vs. Nicaragua* en 2018, la Corte Internacional de Justicia concedió por primera vez una indemnización por daños ambientales.<sup>30</sup> El tribunal subrayó que el derecho internacional no impone un método específico para cuantificar el perjuicio. Por ello, se utiliza una «evaluación global» que considera el ecosistema en su conjunto, y se basa en las circunstancias del caso concreto. Parece, de hecho, más apropiado a la luz tanto del Convenio de Ramsar como de la necesidad de evaluar la capacidad de regeneración de la zona.

Sin embargo, otros dictámenes criticaron el enfoque restrictivo seguido en la opinión mayoritaria. El juez Dalveer Bhandari advirtió que «una situación extraordinaria justifica un remedio igualmente extraordinario. Soy de la opinión de que este caso representa una situación extraordinaria, y que el derecho de la responsabilidad internacional debería desarrollarse para incluir la concesión de daños punitivos o ejemplares en los casos en que se demuestre que un Estado ha causado un daño grave al medio ambiente».<sup>31</sup>

El juez Dugard también critica la metodología utilizada, señalando que las valoraciones equitativas deberían haber dado lugar a una mayor compensación: Nicaragua, de hecho, «perturbó de forma responsable la biodiversidad del humedal y contribuyó, aunque mínimamente, al calentamiento global al dañar la captación de carbono. Estas son violaciones graves. Al conceder la sentencia, el tribunal debería haber reflejado esta gravedad otorgando una suma monetaria mayor para valorar los bienes y servicios ambientales dañados por Nicaragua y el impacto de las acciones de Nicaragua en un área internacionalmente protegida».<sup>32</sup>

Por último, el juez Cançado Trindade se centra en la flexibilidad del recurso, que debe ser efectivo, y subraya que «además de la restitución in integrum y la indemnización, deben considerarse otras formas de reparación, como la satisfacción, la rehabilitación y la garantía de no repetición de los actos ilícitos».<sup>33</sup>

Los argumentos discrepantes insinúan una posible apertura futura a los daños punitivos, que, sin embargo, no pueden ser vistos con buenos ojos en el derecho internacional precisamente por la ausencia de parámetros claros y precisos en su cuantificación.

## 5. LOS PUNITIVE DAMAGES EN EL DERECHO ARBITRAL

Podemos distinguir dos escenarios donde se puede discutir el otorgamiento de daños punitivos en controversias arbitrales.

En el arbitraje comercial internacional, se discute sobre el poder de los árbitros para otorgar daños punitivos y de qué tipo de ley (la arbitral, de fondo, o ambas) depende si los árbitros tienen o no este poder punitivo, y sobre la labor de las cortes nacionales (de la sede y ejecución) para controlar los laudos punitivos.

En el arbitraje de inversiones, usualmente iniciado por inversionistas contra Estados (ISA – Investor-State Arbitration) en virtud de un BIT (Bilateral Investment Treaty) u otro instrumento internacional, se discute sobre la procedencia de la función punitiva en el derecho internacional público, sobre todo cuando se piensa en la posibilidad de que un inversionista inicie un arbitraje para castigar a un Estado.

<sup>30</sup> Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (*Costa Rica vs. Nicaragua*)/ Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (*Nicaragua vs. Costa Rica*) (Judgment) [2015] ICJ Rep. V. DA SILVA, Monaliza. «Compensation Awards in International Environmental Law: Two Recent Developments». En *New York University Journal International Law & Politics*, 2017, vol. 50, 2010, pp. 1417-1430.

<sup>31</sup> Separate Opinion of Judge Bhandari, 46.

<sup>32</sup> Separate Opinion of Judge *ad-hoc* Dugard, 29.

<sup>33</sup> Separate opinion of Judge Cançado Trindade, para. 2.

### 5.1. Arbitraje comercial

En el arbitraje comercial internacional es relevante el derecho americano y lo resuelto en el caso *Mastrobuono vs. Shearson Lehman Hutton, Inc.* (1995), el cual consistió en una controversia nacional donde aplicaba el derecho de Nueva York, sobre *securities* y en una relación de consumo, y a pesar de ello, tuvo un interesante impacto en el desarrollo de la imposición de *punitive damages* en el arbitraje comercial internacional en general.<sup>34</sup>

La discusión se centró en determinar si bajo el derecho de Nueva York los árbitros tenían el poder para otorgar daños punitivos. En el caso *Mastrobuono*, los demandantes accionaron por mal uso de fondos de una cuenta de corretaje, y ante ello, un tribunal arbitral ante el NASD (National Association of Securities Dealers) otorgó una indemnización por \$ 159,327 y daños punitivos por \$ 400,000. Ante ello, los demandantes solicitaron a una corte la anulación de la parte punitiva.

Antes primaba el fallo de *Garrity vs. Lyle Stuart* (1976), por el cual solo los jueces podrían otorgar daños punitivos. Los árbitros no tenían este poder, y se considera que ello era una regla arbitral y no sustantiva. Incluso, se afirmaba que por pacto las partes no podrían otorgar a los árbitros esta potestad punitiva.

Una premisa importante a tener en cuenta es que el derecho americano es remedial y eso se extiende también al derecho de arbitraje ya que muchos reglamentos de arbitraje o leyes arbitrales americanas son expresos al señalar qué tipo de remedios pueden otorgar los árbitros.

El contrato en *Mastrobuono* estaba sometido a las leyes de Nueva York según su cláusula 13 sobre *choice of law*, la cual señalaba que: «This agreement [...] shall be governed by the laws of the State of New York». Como tal, se esperaba que primara la regla de *Garrity*. En efecto, la corte anuló la imposición de daños punitivos. Sin embargo, diferente fue el parecer de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América porque consideró que la cláusula de *choice of law* se refería al derecho sustantivo y no al arbitral; y, en consecuencia, era necesario revisar el convenio arbitral para determinar los poderes que podrían ejercer los árbitros.

Al respecto, la Corte Suprema consideró que sí era posible que por pacto se pueda otorgar potestades punitivas a los árbitros. Pero no solo ello, sino que precisó que la ausencia de pacto no significaba que los árbitros no tuvieran poder punitivo sino al contrario: se necesita pacto expreso para excluir el poder punitivo de los árbitros, que se asume que lo tienen. De esta manera, se invierte la regla supletoria conforme era entendida según el fallo de *Garrity*. Para ello, se optó por una postura proarbitraje según el *Federation Arbitration Act (FAA)*. Entonces, se consideró que la cláusula 13 no podía ser leída de tal manera que limite los poderes de los árbitros.

Además, se tomó en cuenta que la cláusula 13 permitía que el arbitraje sea llevado bajo las reglas de la NASD (actualmente FINRA - Financial Industry Regulatory Authority). El artículo 41(a) del *Code of Arbitration Procedure* del NASD señalaba que los árbitros podrán otorgar «damages and other relief», mientras que en un manual que se entrega a los árbitros se indicaba que «the issue of punitive damages may arise with great frequency in arbitration. Parties to arbitration are informed that arbitrators can consider punitive damages as a remedy». Finalmente, la sección 21(f)(4) del NASD *Rules of Fair Practice* señalaba que «No agreement shall include any condition which limits the ability of a party to file any claim in arbitration or limits the ability of the arbitrators to make any awards».

Lo resuelto en *Mastrobuono* tuvo un interesante impacto en el arbitraje comercial internacional por sus particularidades que lo diferencian de las controversias nacionales. Primero, téngase presente que se debe analizar si conforme a lo pactado el árbitro tiene o no poder punitivo, y si la respuesta es

<sup>34</sup> GARCÍA LONG, Sergio. «Laudos punitivos: la imposición de *punitive damages* en el arbitraje comercial internacional». En VIDAL RAMOS, Roger (editor). *Panorama actual del Arbitraje* 2021. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2021, Biblioteca de *Arbitraje*, vol. 95, pp. 359-367.

afirmativa, ello no quiere decir que el árbitro debe ejercer necesariamente ese poder punitivo. Segundo, en caso el árbitro opte por ejercer su poder punitivo, debe procurar emitir un laudo que sea susceptible de ejecución en sede internacional. Para ello, debe tener en cuenta los siguientes criterios: (1) considerar el *forum shopping* (las posibles sedes donde se buscaría la ejecución del laudo), (2) la noción de orden público internacional (que podrían alegar las cortes nacionales), (3) diferenciar correctamente en el laudo la parte punitiva de la compensatoria, y (4) respetar los límites constitucionales aplicables a todas las sanciones, incluidos los *punitive damages* (tipicidad, derecho de defensa, proporcionalidad, *ne bis in idem*).<sup>35</sup>

En base a una posición liberal y amplia de lo resuelto en Mastrobuono, se considera que los árbitros pueden otorgar daños punitivos si tienen este poder conforme al pacto o la ley arbitral, incluso si la ley de fondo no los reconoce, a diferencia de una posición conservadora y restrictiva que considera que los daños punitivos deben estar reconocidos por la ley arbitral y la ley de fondo. Si optamos por la posición liberal, los árbitros no deben cohibirse de ejercer su poder punitivo porque en un arbitraje internacional aún queda pendiente el control del laudo por parte de las cortes de la sede y de la ejecución, las cuales tendrán la oportunidad de tomar conocimiento del recurso de anulación del laudo y el exequatur, respectivamente.

De esta manera, si un árbitro otorga daños punitivos y considera que su laudo es susceptible de ejecución, aún quedará pendiente la posibilidad de la corte de la sede de anular o confirmar el laudo, e incluso si lo anulara, aún podría evaluarse en otra sede la posibilidad de ejecutar el laudo anulado. Además, las cortes de ejecución que vean el pedido de exequatur analizarán si la condena punitiva vulnera o no el orden público internacional, y como hay hemos indicado, en Suiza, Grecia, España, Francia e Italia hay jurisprudencia en favor de la ejecución de sentencias extranjeras punitivas.

Entonces, existen razones para considerar —por ejemplo— que un laudo emitido bajo ley francesa y con sede en Nueva York, pueda ser reconocido vía *exequatur* en Francia, aunque a ley francesa no reconozca a los daños punitivos.

## 5.2. Arbitraje de inversión

Conforme al derecho internacional público, se considera que la indemnización solo debe compensar y no castigar. Sin embargo, se admite la procedencia del daño moral, y como ocurrió en sede nacional, en sede internacional también se ha usado al daño moral como el disfraz de la función punitiva, para así asistir al arbitraje de inversión sin una invitación formal.

Por ejemplo, el artículo 36(1) del *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001) señala que «The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution», mientras que el comentario 4 a tal norma señala que «[...] the function of article 36 is purely compensatory, as its title indicates [...] It is not concerned to punish the responsible State, nor does compensation have an expressive or exemplary character».

Por otro lado, el artículo 34(3) del 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty señala que «A tribunal may not award punitive damages». Finalmente, el artículo 1135(3) del NAFTA señala que «A Tribunal may not order a Party to pay punitive damages».

Sin embargo, la jurisprudencia arbitral parece ir por el camino contrario. En *Desert Line Projects vs. The Republic of Yemen* (2008)<sup>36</sup> el tribunal arbitral condenó al pago de un millón de dólares por daño

<sup>35</sup> *Idem*, p. 388 y 389.

<sup>36</sup> ICSID Case n.º ARB/05/17.

moral, sin embargo, la justificación expresada en el laudo para tal condena llama la atención —como advierte Gotanda— porque no está redactada en términos compensatorios sino punitivos:<sup>37</sup>

290. The Arbitral Tribunal finds that the violation of the BIT by the Respondent, in particular the physical duress exerted upon the executives of the Claimant, *was malicious* and therefore constitutes *fault-based liability*. Therefore, the Respondent shall be liable to reparation for injury suffered by the Claimant, whether it be bodily, moral or material in nature. The Arbitral Tribunal agrees with the Claimant that its prejudice *was substantial* since it affected the physical health of the Claimant's executive and Claimant's credit and reputation.

[...] The Arbitral Tribunal considers that, based on the information at hand and general principles, an amount of USD 1,000,000 should be granted for moral damages, including loss of reputation. (Énfasis agregado)

Posteriormente, en *Bernhard von Pezold and others vs. Republic of Zimbabwe* (2015)<sup>38</sup> el tribunal arbitral señaló que el daño moral sirve «condenar», lo cual hace alusión —como explican Mohtashami, Holland y El-Hosseney— al daño moral punitivo,<sup>39</sup> primo cercano de los *punitive damages*:

916. In view of the above discussion, this Tribunal finds that it is appropriate that staff members of a company have recourse to competent, fair tribunals that can reflect the consequences of their poor treatment in an *award of moral damages* in favour of their employer. In some sense, this serves not only the function of repairing intangible harm, but also of *condemning the actions* of the offending State. (Énfasis agregado)

Si bien aún no se admite y defiende la imposición de *punitive damages* en el arbitraje de inversiones como sí ocurre en el arbitraje comercial, vemos que la función punitiva se hace presente en la jurisprudencia arbitral a través del daño moral. En estructura, el daño moral y el daño punitivo son distintos; pero en la práctica ambas son utilizadas para castigar. Por ello, si se reconoce al daño moral pero no al daño punitivo, habrá que prestar atención a las condenas dinerarias por daño moral para verificar si realmente es un daño moral compensatorio o en todo caso es un algo más cerca al daño punitivo.<sup>40</sup>

## 6. DAÑO AMBIENTAL, PUNITIVE DAMAGES Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

La aplicación de los daños punitivos en materia de responsabilidad medioambiental se ve afectada no solo por la controvertida relación entre el arbitraje y los daños punitivos, sino también por la cautela de los tribunales de arbitraje a la hora de tratar los litigios en este ámbito. Esto es evidente en los arbitrajes comerciales, mientras que podría preverse una futura apertura en los arbitrajes de inversión, donde ya se nota un cambio. Las cuestiones medioambientales están adquiriendo una relevancia progresiva.

Recientemente se ha señalado que:<sup>41</sup>

- a) Los tratados que contienen cláusulas o referencias medioambientales son aproximadamente el 10 %;
- b) Desde 2008, el 89 % de los tratados contienen referencias o cláusulas relativas al medio ambiente;

<sup>37</sup> GOTANDA, John Y. «The Unpredictability Paradox: Punitive Damages and Interest in International Arbitrations». En *Journal of World Investment & Trade*, n.º 4, vol. 10, 2009, p. 557.

<sup>38</sup> ICSID Case n.º ARB/10/15.

<sup>39</sup> Mohtashami, Reza; Holland; Romilly y El-Hosseney, Faraouk. «Non-Compensatory Damages in Civil and Common Law Jurisdictions-Requirements and Underlying Principles». En TRENOR, John A. (editor). *The Guide to Damages in International Arbitration*. Londres: Law Business Research, 2017, p. 37.

<sup>40</sup> Téngase presente que el daño moral punitivo no es lo mismo que un daño punitivo. El daño moral que, en principio, es compensatorio, podría cumplir una función punitiva, pero al ser una categoría legal de daño, no puede inflarse como si fuera una sanción. Por el contrario, el daño punitivo sí puede prescindir de cualquier consideración compensatoria al momento de su cuantificación y, en consecuencia, puede inflarse de manera libre (siempre que se respete la proporcionalidad).

<sup>41</sup> <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/12/is-arbitration-helping-or-hindering-the-protection-of-the-environment-and-public-health-salient-questions-from-the-6th-edition-of-the-casablanca-arbitration-day/>>.

- c) Entre el 15 y el 20 % de todos los casos tienen ahora un componente medioambiental.

Esta evolución ha ido acompañada de una actitud diferente por parte de los tribunales de arbitraje.<sup>42</sup> Mientras que al principio se ignoraban las cuestiones medioambientales, ha aumentado el número de litigios sobre el tema y su resolución en el arbitraje. Ejemplos de esta tendencia son *Burlington Resources Inc. vs. Ecuador*<sup>43</sup> y *Perenco vs. Ecuador*.<sup>44</sup>

Respecto a las controversias arbitrales en materia ambiental en el Perú, en contratos para la explotación de recursos naturales es usual que se incluya una cláusula que señala que la normativa ambiental según la ley nacional debe ser respetada por el privado durante la ejecución del contrato. Esta cláusula tiene como finalidad que el incumplimiento de la normativa ambiental, que tiene carácter público y que cuyo *enforcement* pertenece a las entidades públicas, pueda ser invocada como un incumplimiento del contrato, y como tal, puedan invocarse los remedios privados ante el incumplimiento (cumplimiento específico, resolución, indemnización), así como la imposición de daños punitivos.

Sin embargo, en el Perú los daños punitivos no tienen base legal, y como tal, se podría considerar que los árbitros no pueden otorgar dicha sanción. En todo caso, el convenio arbitral debería ser expreso en señalar que los árbitros pueden otorgar daños punitivos o que las partes pueden solicitar la imposición de tal sanción, y este pacto debe respetarse y ser suficiente incluso si el Código Civil peruano no reconoce a los daños punitivos. Esto es particularmente relevante en un arbitraje internacional con sede en Perú. Por ejemplo, si el demandado es una empresa española y el convenio arbitral otorga poder punitivo a los árbitros, debe entenderse que los árbitros pueden otorgar daños punitivos y que ese laudo es susceptible de ejecución en sede internacional, sobre todo en España si se recuerda el caso *Miller Import Corp. vs. Alabastres Alfredo* (2001), donde una corte española otorgó *exequatur* a un fallo extranjero que impuso daños punitivos.

## 7. REFLEXIONES FINALES

En la realidad actual, la protección del medio ambiente está adquiriendo rápidamente importancia al situarse en el centro de las agendas nacionales e internacionales. El aumento de la sensibilidad se demuestra, de hecho, en las opciones políticas que también han llevado a cambios constitucionales como ocurrió en Italia en febrero de 2022 con el cambio de los artículos 9<sup>45</sup> y 41<sup>46</sup> de la Constitución. La misma opinión pública exige ahora con fuerza, a través de iniciativas globales de los actores políticos y económicos, opciones más conscientes del medio ambiente.

En este contexto, existe, y no podía ser de otra manera, un mayor intervencionismo de los tribunales en la materia. Las cuestionables decisiones neerlandesas sobre el cambio climático, que pronto podrían seguirse en muchas otras jurisdicciones, son emblemáticas.

Por lo tanto, parece previsible que los tribunales de arbitraje, especialmente los internacionales, tengan que pronunciarse cada vez más sobre esta cuestión.<sup>47</sup> Sin embargo, se observa que el derecho internacional carece de una definición uniforme de daño ambiental.

Aunque en muchos Estados se permite la liquidación de resarcimientos sobrecompensatorios por daños ambientales, sería deseable una mayor precaución en las indemnizaciones. Esto es aún más

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> ICSID Case n.º ARB/08/5.

<sup>44</sup> Interim Decision on the Environmental Counterclaim, ICSID Case n.º ARB/08/6, IIC 699 (2015).

<sup>45</sup> Se añade el siguiente párrafo al final del artículo 9 de la Constitución: «El medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas se protegerán, también en interés de las generaciones futuras. La ley estatal regulará los modos y formas de protección de los animales».

<sup>46</sup> El nuevo texto dice «La iniciativa económica privada es libre. No puede llevarse a cabo en conflicto con la utilidad social o de manera perjudicial para la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad o la dignidad humana».

<sup>47</sup> En favor BIZIKOVA, Lucia. «On Route to Climate Justice: The Greta Effect on International Commercial Arbitration». En *Journal of International Arbitration*, vol. 39, n.º 1, 2022, pp. 79-115.

necesario cuando las decisiones son tomadas por tribunales de arbitraje, no solo por la compleja relación entre el arbitraje y los daños punitivos. Además, se subraya cómo en el derecho internacional su liquidación no está permitida.

En primer lugar, el principio de protección del medio ambiente debe conciliarse siempre con el de la libre iniciativa económica: unos daños excesivamente elevados pueden provocar crisis empresariales o una disminución de las inversiones.

A menudo, el juez es incapaz de evaluar plenamente las consecuencias de sus decisiones o de sopesar los diferentes intereses en juego. Por lo tanto, los daños punitivos deben excluirse siempre en los casos de contaminación histórica o cuando no hay pruebas, más allá de toda duda razonable, de que el demandado actuó con malicia o total desprecio por el posible daño que su conducta hubiera causado.

Son ejemplos los casos en los que se contaminó a sabiendas sin tomar medidas o precauciones para limitar los daños con el fin de obtener un mayor beneficio o no modernizó o adaptó sus tecnologías, empleando otras que ahora se consideran unánimemente obsoletas o arriesgadas. Está claro que no es necesario adoptar lo mejor del mercado, sino lo que es correcto según el estado de la técnica.

Esto también es válido con respecto a la concesión de daños punitivos en el arbitraje, cuando razones psicológicas y prácticas lo impiden. En efecto, es difícil que los árbitros designados por las partes lleguen a conceder daños punitivos. Además, los arbitrajes comerciales carecen de la transparencia necesaria para tomar decisiones que tienen importantes implicaciones políticas. Sobre todo, en el arbitraje rara vez se alcanza un nivel de prueba elevado, también a la luz de la práctica de los tribunales internacionales de no ordenar dictámenes periciales, sino de basarse en los informes de los expertos adjuntos por las partes.

Por último, aunque las decisiones arbitrales se equiparan ahora a las sentencias, siguen siendo una forma de justicia privada. Por lo tanto, existe una cuestión obvia de legitimidad al conceder a los árbitros la posibilidad de dictar sanciones.

Si la nueva sensibilidad medioambiental debe ser apreciada, no debe convertirse en un nuevo dogma del que los jueces o, peor aún, los árbitros sean defensores, imponiendo opciones de *policy* sin *accountability*. Si los daños punitivos pueden ser un remedio excepcional en casos raros caracterizados por una especial gravedad, su concesión «fácil» debería evitarse precisamente por los riesgos que ya ha demostrado entrañar su concesión indiscriminada.

## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDINA. AGENCIA PERUANA DE NOTICIAS. *Repsol: Todo lo que ocurrió a un mes del mayor desastre ecológico en el mar peruano*. 15/02/2022.

BENATTI, Francesca. *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*. Milán: Giuffrè, 2008.

BENATTI, Francesca y Sergio GARCÍA LONG. «La reparación extrapatrimonial del daño por frustración al proyecto de vida». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 80, febrero 2020, pp. 123-163.

BERCH, Jessica J. «The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union». En *Minnesota Journal of International Law*, vol. 19, n.º 1, 2010, pp. 55-106.

BIZIKOVA, Lucia. «On Route to Climate Justice: The Greta Effect on International Commercial Arbitration». En *Journal of International Arbitration*, vol. 39, n.º 1, 2022, pp. 79-115.

BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio, KOTEICH KHATIB, Milagros y Wilfredo ROBAYO GALVIS. «Daños punitivos y responsabilidad civil por daños ambientales en el sector minero». En GARCÍA PACHÓN, María del Pilar (editor). *Minería y desarrollo: medio ambiente y desarrollo sostenible en la actividad minera*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 346-406.

CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral». En *Harvard Law Review*, vol. 85, n.º 6, 1972, pp. 1089-1128.

CALDERÓN PUERTAS, Carlos. *Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano*. Lima: Montivensa, 2014.

CALLEROS, Charles. «Punitive damages, liquidated damages, and *clauses pénales* in contract actions: A comparative analysis of the American Common Law and the French Civil Code». En *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, n.º 1, 2006, pp. 67-119.

CAPPELLETTI, Marco. «Punitive damages and the public/private distinction: a comparison between the United States and Italy». En *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 32, n.º 3, 2015, pp. 799-848.

CAPPELLETTI, Marco. «Comparative reflections on punishment in tort law». En BORGHETTI, Jean-Sébastien y Simon WHITTAKER (editores). *French Civil Liability in Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2019, pp. 329-352.

CHEN, Lei, Jiangqiu GE, Jian HE, Qiao LIU, Zhicheng WU y Bingwan XIONG (editores). *The Civil Code of the People's Republic of China*. English translation. Boston: Brill Nijhoff, 2021.

CHINCHAY TUESTA, Ady. «¿Es conveniente la adopción de los *punitive damages* en los supuestos de daños ambientales en el Perú?: análisis a la luz de las funciones de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente». En CALDERÓN PUERTAS, Carlos Alberto y Carlos Alberto AGURTO GONZÁLES (editores). *Responsabilidad civil. Observatorio de derecho civil*. Lima: Motivensa, 2010, vol. III.

CHINCHAY TUESTA, Ady. *Responsabilidad por daños ambientales en el derecho civil y administrativo. Críticas y propuestas*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

CNN. *Por derrame de petróleo, Perú suspende actividades Repsol en el mar*. 01/02/2022.

CODERCH, Pablo Salvador; Fernando GÓMEZ POMAR; Mireia ARTIGOT GOLOBARDES y Yolanda GUERRA AZNAR. «Observaciones al Libro Blanco sobre Responsabilidad Civil». En *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2000, pp. 1-32.

D'ADDA, Alessandro. «Danno Ambientale e Tecniche Rimediali: Le Forme del Risarcimento». En *Nuova Giur. Civ. Comm.*, vol. 7, 2013, pp. 407-422.

DA SILVA, Monaliza. «Compensation Awards in International Environmental Law: Two Recent Developments». En *New York University Journal International Law & Politics*, 2017, vol. 50, 2013, pp. 1417-1430.

DW. *Derrame de petróleo en la costa de Perú: «La culpa es de Repsol»*. 21/01/2022.

DW. *Perú rescata más de 420 aves afectadas por derrame de petróleo de Repsol*. 06/03/2022.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental». En *Thémis*, n.º 30, 1994, pp. 207-219.

EDELMAN, James. *Gain-based remedies. Contract, tort, equity and intellectual property*. Oregon: Hart Publishing, 2002.

EL PAÍS. *Perú cuestiona a Repsol por no contener el derrame de petróleo en el mar*. 19/01/2022.

EL PAÍS. *La ONU estima que los daños por el derrame de crudo afectarán al menos seis años a la costa del Perú*. 14/02/2022.

EL PAÍS. *Repsol pagará un adelanto de hasta 800 dólares a los afectados por el derrame de petróleo en Perú*. 04/03/2022.

*El Peruano*. *Cancillería: Repsol debe resarcir de manera inmediata por derrame de petróleo*. 19/01/2022.

ENGLARD, Izhak. «Punitive Damages-A Modern Conundrum of Ancient Origin». En *Journal of European Tort Law*, vol. 3, n.º 1, 2012, pp. 1-20.

ESPINOZA, Juan. «Responsabilidad civil por daño ambiental. ¿Tutela efectiva de los derechos de los dañados o lirismo?». En *Ius Et Praxis*, n.º 42, 2011, pp. 111-139.

ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Instituto Pacífico, 2019, 9.ª edición.

FEMENÍAS, Jorge. «La responsabilidad por daño ambiental». Santiago: Ediciones UC, 2017; GARCÍA AMADO, Juan Antonio y Virginia DE CARVALHO LEAL. «Daño ambiental y encrucijadas de la teoría del derecho de daños». En *Revista Brasileira de Direito*, vol. 14, n.º 2, 2018, pp. 7-21.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*». En *Ius Et Veritas*, n.º 22, 2001, pp. 11-33.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias». En *Lo esencial del derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2019, tomo 46.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «El daño a la persona en el Código Civil de 1984». En *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco, 1985, pp. 163-222.

FORBES. *Perú confirma segundo derrame de petróleo en refinería de Repsol*. 26/01/2022.

FRANCE 23. *Derrame de petróleo en Perú: una negligencia que se cobró la fauna y seguirá afectando vidas*. 02/02/2022.

GARCÍA LONG, Sergio. «Daños punitivos en Perú». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 50, 2018, pp. 162-165.

GARCÍA LONG, Sergio. «Resurrección y auge de los *punitive damages* en el *civil law*». En *Actualidad Civil*, n.º 59, segunda parte, mayo 2019, pp. 145-165.

GARCÍA LONG, Sergio. *La función punitiva en el derecho privado*. Lima: Instituto Pacífico y PUCP, 2019.

GARCÍA LONG, Sergio. «¿Aún un irritante legal? La experiencia peruana sobre los daños punitivos». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 90, diciembre 2020, pp. 49-72.

GARCÍA LONG, Sergio. «Casación 1-Daños punitivos 0. Comentario a la Casación n.º 464-2018-La Libertad». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 101, noviembre 2021, pp. 153-178.

GARCÍA LONG, Sergio. «Laudos punitivos: la imposición de *punitive damages* en el arbitraje comercial internacional». En VIDAL RAMOS, Roger (editor). *Panorama actual del Arbitraje 2021*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2021, *Biblioteca de Arbitraje* vol. 95, pp. 325-422.

GESTIÓN. *Derrame de petróleo de Repsol: Unidad de Emergencias Ambientales de la Naciones Unidas emitió su informe*. 21/02/2022.

GESTIÓN. *Oceana sobre derrame de petróleo: «No está a la vista, pero si te metes al mar, encontrarás pedazos de crudo»*. 05/03/2022.

GOB.PE. *Minam presenta reporte de acciones realizadas en zona de derrame de petróleo por operaciones de Repsol*. 08/02/2022.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Rut. «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente». En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLV, 2012, pp. 177-192.

GOTANDA, John Y. «The Unpredictability Paradox: Punitive Damages and Interest in International Arbitration». En *Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, n.º 4, 2009, pp. 553-571.

GRONDONA, Mauro. *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

HATZIS, Aristides N. «Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in common law and civil law contract». En *International Review of Law and Economics*, vol. 22, 2003, pp. 381-406.

KOZIOL, Helmut. «Punitive Damages-A European Perspective». En *Louisiana Law Review*, vol. 68, n.º 3, 2008, pp. 741-764.

LEÓN, Leysser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. 3ra edición corregida y aumentada*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

MANZANARES CAMPOS, Mercedes Isabel. *La responsabilidad civil por el daño ambiental*. Tesis de doctorado, Universitat de Barcelona, 2021.

MATTEI, Ugo. «The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract». En *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n.º 3, 1995, pp. 427-444.

MOHTASHAMI, Reza; HOLLAND; Romilly y Faraouk EL-HOSSENY. «Non-Compensatory Damages in Civil and Common Law Jurisdictions-Requirements and Underlying Principles». En TRENOR, John A. (editor). *The Guide to Damages in International Arbitration*. Londres: Law Business Research, 2017, pp. 22-38.

MOSCATI, Enrico. «Dall'Art. 18 alle Modifiche del T.U. Ambientale. Una Fisiologica Evoluzione del Danno Ambientale Ovvero Lo Stravolgimento della Responsabilità per Danno Ambientale?». En AA. VV. *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*. Napoli: Jovene, 2022, pp. 645-664.

MOSCOSO RESTOVIC, Pía M. «Distinciones conceptuales para determinar el foro competente para un daño ambiental internacional. Estudio de derecho comparado con base en el artículo 5.3 del Reglamento (CE) Bruselas I». En *Revista de Derecho*, n.º 38, julio-diciembre 2012, pp. 1-35.

NAGY, Csongor István. «Recognition and enforcement of US judgments involving punitive damages in continental Europe». En *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, vol. 30, n.º 1, 2012, pp. 4-11.

PEÑA CHACÓN, Mario. «Daño ambiental y prescripción». En *Revista Judicial*, Costa Rica, n.º 109, septiembre 2013, pp. 117-143.

PEÑA CHACÓN, Mario. «Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos. Delimitaciones y alcances en materia ambiental». En *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, n.º 10, 2018, pp. 27-40.

PÉREZ FUENTES, Gisela María. «Los daños punitivos: análisis crítico desde el derecho comparado». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año LI, n.º 154, enero-abril 2019, pp. 221-253.

POZZO, Barbara. «Il recepimento della direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in Germania, Spagna, Francia e Regno Unito». En *Rivista dell'ambiente*, vol. 25, n.º 2, 2010, pp. 207-246.

RENTERÍA SANZ, Grecia Virginia. *Responsabilidad civil por daño ambiental. A propósito del derrame de mercurio en Choropampa*. Tesis para obtener el título de abogado, Universidad de Piura, agosto 2021.

RUDA González, Albert. *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley n.º 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008.

SEBOK, Anthony. «Deterrence or disgorgement? Reading *Ciraolo* after *Campbell*». En *Maryland Law Review*, vol. 64, n.º 1, 2005, pp. 541-572.

SHARKEY, Catherine M. «Punitive Damages as Societal Damages». En *The Yale Law Journal*, vol. 113, n.º 2, 2003, pp. 347-453.

STIEFEL, Ernst C., Rolf STÜRNER y Astrid STADLER. «The enforceability of excessive U.S. punitive damages awards in Germany». En *The American Journal of Comparative Law*, n.º 4, vol. 39, 1991, pp. 779-802.

TABOADA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley, 2018, 3.ª reimposición.

TOLANI, Madeleine. «U.S. punitive damages before German courts: A comparative analysis with respect to the ordre public». En *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 17, n.º 1, 2011, pp. 185-207.

VANLEENHOVE, Cedric. *Punitive damages in private international law. Lessons for the European Union*. Cambridge: Intersentia, 2016.

VANLEENHOVE, Cedric. «Citizen's participation through U.S. punitive damages: should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?». En APPERMONT, Niels y Ulrike CERULUS (editores). *Participatie van de burger in de rechtsorde. Participation du citoyen à l'ordre juridique*. Brujas: Die Keure, 2017, pp. 84-95.

VÁSQUEZ GARCÍA, Aquilino. «La responsabilidad por daños al ambiente». En *Gaceta Ecológica*, n.º 73, octubre-diciembre 2004, pp. 45-62.

VEGA MERE, Yuri. «Nuevamente sobre el daño a la persona y el daño moral. A propósito de una reciente sentencia proveniente de un juzgado penal». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 80, febrero 2020, pp. 103-122.

VIDAL RAMOS, Roger. *La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema peruano*. Lima: Lex & Iuris, 2014.

WELLS, Michael L. «A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages». En *Louisiana Law Review*, vol. 70, n.º 2, 2010, pp. 557-577.

## 9. JURISPRUDENCIA

V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional (2017), Perú.

Conclusiones del II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral y Procesal Laboral de Lima (2020), Perú.

Trans Container Services (T.C.S.) AG vs. Security Forwarders (S.F.) Inc. (1989), Suiza.

Sesión Plenaria n.º 17/1999 de la Corte Suprema (1999), Grecia.

Miller Import Corp. vs. Alabastres Alfredo (2001), España.

Schlenzka vs. Fontaine Pajot (2010), Francia.

Sentencia n.º 16601-2017 (Sesión Unida) de la Corte Suprema (2017), Italia.

Ciraolo vs. City of New York, 216 F.3d 236, 243 (2d Cir. 2000), USA.

Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica vs. Nicaragua)/Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua vs. Costa Rica) (Judgment) [2015] ICJ Rep. V.

Garrity vs. Lyle Stuart (1976), USA.

Mastrobuono vs. Shearson Lehman Hutton, Inc. (1995), USA.

Desert Line Projects vs. The Republic of Yemen (2008). ICSID Case n.º ARB/05/17.

Bernhard von Pezold and others vs. Republic of Zimbabwe (2015). ICSID Case n.º ARB/10/15.

Burlington Resources Inc. vs. Ecuador. ICSID Case n.º ARB/08/5.

Perenco vs. Ecuador. Interim Decision on the Environmental Counterclaim, ICSID Case n.º ARB/08/6, IIC 699 (2015).



## CAPÍTULO 10

### DINÁMICA SOCIOAMBIENTAL DE LAS INVERSIONES MINERAS CHINAS EN PERÚ<sup>1</sup>

Esteban Poole Fuller (Perú)<sup>2</sup>

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Marco conceptual.— 2.1. Sostenibilidad.— 2.2. Neo-extractivismo.— 2.3. Conflicto socioambiental.— 3. Contexto de la investigación.— 3.1. La creciente presencia económica china en América Latina.— 3.2. Minería y dinámicas de conflictividad socioambiental en Perú.— 3.3. Inversiones mineras chinas en Perú.— 4. Estudio de casos.— 4.1. Compañía de Hierro Shougang (Marcona).— 4.2. Zijin Mining Corp. Ltd. (Proyecto Río Blanco).— 4.3. China Aluminum Company - Chinalco (Proyecto Toromocho).— 4.4. Mineral and Metals Group (Proyecto Las Bambas).— 5. Conclusiones.— 6. Referencias bibliográficas.

#### 1. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas dos décadas se han expandido exponencialmente los intercambios económicos entre China y América Latina. El crecimiento económico y la urbanización que ha experimentado el país asiático en tiempos recientes llevó a un aumento en la demanda de materias primas, lo que, a su vez, incrementó los precios de éstas (Martínez Rivera y Nazar Coutiño 2019). Este fenómeno redundó en un fuerte desarrollo de la mayor parte de las economías latinoamericanas, cuyo motor han sido las actividades extractivas: explotación de gas y petróleo, minería y agroindustria (*ibid.*), sectores que son el principal destino de las inversiones chinas en la región (Dussel Peters, 2019a).

Las inversiones chinas en América Latina y las perspectivas sobre las relaciones económicas con esa potencia emergente suscitan percepciones contrapuestas. De un lado, hay quienes ven los vínculos económicos con China como una oportunidad histórica de desarrollo para los países latinoamericanos (Aquino Rodríguez 2021) y apuestan a intensificar los flujos de inversión extranjera directa china, así como a incrementar las exportaciones de materias primas al país asiático, en el marco de políticas de apertura comercial. En contraparte, se observan discursos críticos frente a la presencia económica china en América Latina (Cruz Prada, 2021; Garzón, 2018; Martínez Rivera y Nazar Coutiño, 2019; Neyra, 2020; Valderrey Villar y Lemus Delgado, 2019). Estos últimos plantean que las condiciones del intercambio comercial y de las inversiones profundizarían la dependencia primario-exportadora de las economías de los países latinoamericanos (Fairlie Reinoso, 2014; Martínez Rivera, 2017; Martínez Rivera y Nazar Coutiño, 2019; Sanborn y Torres, 2009; Sanborn y Chonn Ching, 2017; Valderrey Villar y Lemus Delgado, 2019).

---

<sup>1</sup> Artículo publicado originalmente en la revista *Cuadernos de Trabajo del Cechimex*. Dicho trabajo contiene los resultados de las actividades de investigación llevadas a cabo en el marco del Programa de becas para investigadores sobre China auspiciado por el Centro de Estudios China-México (Cechimex) de la Facultad de Economía de la Universidad Nacional Autónoma de México correspondiente al 2021. La difusión del trabajo en este libro, reproducido con revisiones menores de estilo, ha sido autorizada por el Cechimex.

<sup>2</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster en Planeamiento Urbano y Territorial por la Universidad Politécnica de Madrid. Es docente del Departamento Académico de Derecho y del Centro de Estudios Orientales de la PUCP. Integra el Grupo Peruano de Historia del Derecho y el Grupo de Investigación en Derecho y Gobernanza Pública de la PUCP. Correo electrónico: epoole999@gmail.com y a20070842@pucp.edu.pe.

Además, se ha cuestionado el récord negativo de las inversiones chinas referido a los estándares ambientales y laborales, así como a las relaciones comunitarias (Friedman, 2006; Garzón, 2018; Kotschwar y otros, 2011; Neyra, 2020; Ray y otros, 2017; Valderrey Villar y Lemus Delgado, 2019). La minería es uno de los ámbitos donde se centran dichas críticas debido a los impactos sociales y ambientales que genera esta actividad.

Perú es un escenario relevante para el análisis de las inversiones mineras chinas en la región, dado que el último ciclo expansivo de su economía obedeció, principalmente, a la demanda china de minerales, el cual también sería el motor de la recuperación económica tras la crisis ocasionada por la pandemia de covid-19 en 2020. No obstante, la reciente expansión de la minería en Perú despertó cuestionamientos en torno a sus impactos sociales y ambientales (Bebbington, 2009; Damonte Valencia, 2016; Sanborn y Manrique López, 2021), al tiempo que generó una fuerte conflictividad social (Arellano Yanguas, 2011; Bebbington, 2009; Castillo, 2020; Sanborn y Manrique López, 2021; Valderrey Villar y Lemus Delgado, 2019).

En este contexto, las empresas mineras chinas con presencia en Perú han devenido en blanco de críticas por incumplimientos a la normatividad ambiental y laboral, así como por presentar relaciones conflictivas con su entorno socioespacial (Friedman, 2006; Kotschwar y otros, 2011; Neyra, 2020). No obstante, diversos autores sostienen que los factores que determinarían la actuación de las empresas mineras, al margen de su nacionalidad, estarían vinculados a la debilidad institucional del Estado peruano y a deficiencias en el marco regulatorio (Gallagher e Irwin, 2012; Gonzales Vicente, 2012; Irwin, 2014; Orihuela Paredes y Granados Agüero, 2021; Sanborn y Manrique, 2021). Al respecto, Dussel Peters (2019a) señala que la literatura sobre inversiones chinas en América Latina apunta a que su comportamiento e impactos han sido heterogéneos y que las instituciones de cada país jugarían un rol muy importante en su desempeño.

Con base en los planteamientos expuestos, este estudio pretende describir las prácticas en materia de relaciones comunitarias y cumplimiento de estándares ambientales de un conjunto representativo de empresas chinas con inversiones en el sector minero de Perú. Como objetivos secundarios se busca identificar factores específicos que contribuirían a explicar el desempeño de las empresas mineras chinas en el plano socioambiental, así como analizar en qué medida el contexto social, institucional y regulatorio peruano incide sobre la práctica de las mineras en cuanto a aspectos socioambientales.

Con este propósito, a través de la revisión de fuentes bibliográficas y entrevistas a especialistas,<sup>3</sup> así como el análisis de indicadores de las empresas en el ámbito socioambiental (cantidad y dimensiones de los conflictos sociales<sup>4</sup> número de sanciones por infracción de la normativa ambiental),<sup>5</sup> se estudia la trayectoria de las relaciones socioambientales de un conjunto de empresas mineras de origen chino, las cuales son inversionistas mayoritarios en proyectos mineros en territorio peruano. Las empresas y proyectos objeto del estudio del caso, son las siguientes: Compañía de Hierro Shougang (mina Marcona), Xiamen Zijin Tongguan Investment Development Corporation-Zijin (proyecto minero Río Blanco), Aluminum Corp. of China Ltd.-Chinalco (mina Toromocho) y Mining and Minerals Group-MMG (mina Las Bambas).

---

<sup>3</sup> Se entrevistó a Patricia Marina Castro Obando, sinóloga y docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Cynthia Sanborn, politóloga y docente de la Universidad del Pacífico, especialista en industrias extractivas y relaciones económicas entre China y Perú; Gerardo Manuel Castillo Guzmán, antropólogo y docente de la Pontificia Universidad Católica de Perú, especialista en la dimensión socioespacial de las industrias extractivas de Perú; Gerardo Héctor Damonte Valencia, antropólogo, docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú e investigador del Grupo de Análisis para el Desarrollo (Grade), especialista en la dimensión socio-espacial de las industrias extractivas de Perú; y Alan Carsol Bernabé Fairlie Reinoso, economista y docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en relaciones económicas entre China y Perú.

<sup>4</sup> Con base en reportes elaborados por la Defensoría del Pueblo.

<sup>5</sup> Recogidas de bases de datos del Ministerio del Ambiente.

## 2. MARCO CONCEPTUAL

### 2.1. *Sostenibilidad*

La base conceptual de la sostenibilidad es el desarrollo sostenible, término acuñado en 1987 en el Informe de las Naciones Unidas «Nuestro Futuro Común», que lo definió como «aquél que garantiza las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» (Brundtland y otros, 1987, 28). La noción de desarrollo sostenible conlleva dos conceptos básicos: el de «necesidades», en particular, las de las poblaciones más vulnerables, que deberían priorizarse, y en segundo lugar el de «limitaciones», relativo al grado en que resulta adecuado el empleo de recursos naturales para salvaguardar la capacidad del medio ambiente de cubrir las necesidades presentes y futuras.

Por su parte, Daly (1990) sostiene que un sistema sostenible tiene como máxima que el uso de recursos renovables no supere sus tasas de regeneración, o el tiempo de obtención de sustitutos, y que las emisiones contaminantes tampoco superen la capacidad de asimilación del ambiente.

De igual manera, cabe distinguir una noción fuerte y una débil de sostenibilidad (Vela Almeida y otros, 2021): de acuerdo con la noción débil, el capital humano puede sustituir al capital natural, asumiéndose que las mejoras tecnológicas y la maximización de beneficios económicos pueden compensar los costos sociales y ambientales de actividades extractivas como la minería (*ibid.*). En contraste, la noción de sostenibilidad fuerte indica que el capital natural no puede ser sustituido por el humano, porque no se trata de recursos intercambiables (*ibid.*).

Debe precisarse que la minería no es una actividad sostenible bajo una noción fuerte de sostenibilidad, en tanto supone la explotación de recursos naturales no renovables y conlleva, inevitablemente, impactos sociales y ambientales negativos. En este sentido, la sostenibilidad en la actividad minera puede ser entendida, en sentido débil, como el grado máximo de afectación social y ambiental que una sociedad está dispuesta a tolerar a cambio de los beneficios socioeconómicos que la minería puede generar (*ibid.*).

### 2.2. *Neoextractivismo*

Este concepto, propuesto como variante contemporánea del extractivismo (Peters 2016), es una categoría de análisis relevante para comprender la actuación del Estado y la sociedad frente a las industrias extractivas en países que exhiben una acentuada dependencia económica de estas.

El extractivismo se puede entender como la dependencia económica de un territorio donde se explotan y exportan sus recursos naturales, con un grado nulo o mínimo de procesamiento (Gudynas 2009). Este ha sido el modelo de desarrollo dominante en América Latina desde la colonización europea entre los siglos XVI y XIX, durante los cuales los territorios sometidos fueron destinados, de forma prevalente, a la explotación de materias primas.

En este sentido, el neoextractivismo sería la variante contemporánea del modelo extractivista (Brand y otros, 2016; Peters, 2016). Autores como Gudynas (2009) y Svampa (2012) lo asocian con el giro político a la izquierda producido en gran parte de América Latina desde el inicio del siglo XXI, además sostienen que este modelo mantiene las premisas del desarrollo económico basado en la exportación de materias primas, al tiempo que incorpora, en mayor medida, consideraciones de carácter redistributivo.

Por su parte, Brand y otros (2016) cuestiona la asociación entre neoextractivismo y los gobiernos de signo progresista, y lo concibe como el paradigma de desarrollo socioeconómico dominante en América Latina desde la crisis del modelo basado en la sustitución de importaciones de la década de 1970, pero, sobre todo, desde 2000, al margen de la orientación política de los gobiernos de la región.

De acuerdo con lo expuesto, se puede definir al neoextractivismo como un modelo de desarrollo que apuesta por promover la exportación de materias primas en tanto eje del crecimiento económico, con un sesgo más o menos redistributivo según la orientación política de los gobiernos. Esto causa tensiones con agendas políticas de signo ecologista y de reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades rurales que han cobrado fuerza en América Latina durante los últimos veinte años.

### **2.3. Conflicto socioambiental**

Los conflictos socioambientales representan una variante de conflicto social, definido por Coser (1956) como la pugna causada por diferencias de valores y la competencia por estatus, poder y recursos escasos que, como trasciende el plano individual, afecta la estructura y funcionamiento de la sociedad. Maya Vélez y otros (2009) conciben los conflictos socioambientales como procesos interactivos entre diferentes actores movilizados por intereses compartidos respecto al territorio o los recursos naturales.

Por su parte, Svampa (2012) entiende dichos conflictos como aquellos vinculados al control de los recursos naturales y el territorio, sobre los cuales los actores enfrentados tienen intereses y valores divergentes, en contextos de asimetría de poder. Estos conflictos expresan visiones contrapuestas sobre el territorio, la naturaleza y el medio ambiente, además, reflejan disputas acerca de cómo se concibe el desarrollo y, de forma más general, la democracia.

La centralidad que han asumido los conflictos de carácter socioambiental en las dinámicas de conflictividad social en Perú y otros países latinoamericanos en décadas recientes puede ser entendida en el marco de un giro ecoterritorial en la agenda de los movimientos sociales de la zona (Svampa, 2012) o de ambientalización de las luchas indígenas y campesinas en un escenario que incorpora corrientes ecologistas a la cultura política latinoamericana (Leff Zimmerman, 2006).

Este giro ecoterritorial se puede comprender a partir de que los movimientos sociales asimilan una amalgama de discursos indigenistas-comunitarios, de defensa del territorio y ecologistas, con base en los cuales se construyen marcos conceptuales comunes para la acción colectiva (Svampa, 2012). Desde la década de 1990, los discursos y agendas ecologistas y de reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas han cobrado fuerza dentro de los movimientos sociales latinoamericanos.

En países altamente dependientes de las industrias extractivas, este discurso habría sido muy atractivo como agente de movilización social en un escenario de expansión territorial de la minería e incremento de los ingresos generados por la misma, siendo empleado como herramienta discursiva para legitimar demandas de naturaleza socioeconómica frente a las industrias extractivas y el Estado (Arellano Yanguas, 2011).

## **3. CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN**

### **3.1. La creciente presencia económica china en América Latina**

Durante las últimas dos décadas se ha registrado un crecimiento exponencial de los vínculos económicos sino-latinoamericanos. Entre 2000 y 2020 los intercambios entre América Latina y el Caribe y China pasaron de 10,000 millones de dólares (Bernal Meza y otros, 2021) a 451,591 millones (Xi y Chen, 2022). En el mismo lapso, China pasó de importar menos de 1 % a adquirir 13 % de las exportaciones de la región (*ibid.*), deviniendo segundo socio comercial de América Latina y el Caribe.

Los intercambios tomaron un carácter asimétrico, ya que los países latinoamericanos exportan, básicamente, materias primas, sobre todo cobre, hierro, soya y petróleo, lo que equivale a 70 % de la canasta de exportaciones (Ray y otros, 2021), mientras que 60 % de las exportaciones chinas a América Latina son bienes de media y alta tecnología (Dussel Peters, 2019b).

China se ha convertido en una fuente cada vez más importante de inversión extranjera directa (Cruz Prada 2021), ya que invirtió 159 786 millones de dólares entre 2000 y 2020 (Dussel Peters 2021). Las transacciones chinas representaron, a su vez, 9,77 % de la inversión extranjera directa dirigida a América Latina en 2020 (*ibid.*).

Llama la atención el predominio de empresas estatales como fuente de inversiones, de donde procedió 78,17 % de ellas durante 2000-2020, manteniéndose por encima de 70 % entre 2015 y 2020 (*ibid.*). El principal destino de las inversiones chinas es la explotación de materias primas, que representó 58,89 % del flujo entre 2000 y 2020 (Dussel Peters, 2020). No obstante, se observa una creciente diversificación de las inversiones chinas en América Latina (Dussel Peters, 2019a, 2021), ya que la participación de materias primas se redujo de 94,73 % durante 2005-2009 a 51,43 % en 2015-2020, al tiempo que hubo un incremento significativo en la proporción de inversiones destinadas a servicios, infraestructura y manufactura (Dussel Peters, 2021).

Sin perjuicio de su reciente diversificación, el predominio de la inversión china en el sector de materias primas, así como la presencia gradual de apoyo económico al sector de infraestructuras de transporte (Cruz Prada, 2021) puede ser entendida en el marco de las estrategias del Estado chino para garantizar el suministro de materias primas que demanda su desarrollo socioeconómico (Fairlie Reinos y otros, 2018; Valderrey Villar y Lemus Delgado, 2019).

### **3.2. Minería y dinámicas de conflictividad socioambiental en Perú**

Desde la conquista española en el siglo XVI, y sin mayores variaciones tras su independencia en el siglo XIX (1821), Perú ha mantenido un modelo de desarrollo extractivista centrado en la exportación de materias primas. La minería es la actividad económica dominante, representa 60 % de sus remesas (Ministerio de Energía y Minas, 2020a), de las cuales el cobre abarca 57 % de las transacciones mineras. Durante la última década, la inversión peruana en minería ascendió a 60,104 millones de dólares y representa 23,3 % de la inversión extranjera directa destinada al país (Ministerio de Energía y Minas); es decir, la minería generó 10 % de la recaudación tributaria nacional durante los últimos diez años (Cooperación, 2021).

Desde la década de 1990 el gobierno peruano adoptó un programa de reformas neoliberales que condujo a incentivar la inversión privada en la minería (fundamentalmente de capitales extranjeros). La expansión de la actividad minera durante los últimos treinta años propició que se otorgaran concesiones en extensiones significativas del territorio nacional, abarcando 14,71 % de este (Cooperación, 2021). La mayor parte de áreas concesionadas se encuentra en zonas alto-andinas, a menudo adyacentes a comunidades rurales cuyos habitantes se identifican como indígenas y exhiben altos índices de pobreza.

La expansión territorial de la minería generó dinámicas de alta conflictividad socioambiental en los últimos veinte años: de los 203 conflictos sociales reportados en Perú en enero de 2022, 65 % (132) involucraron cuestiones socioambientales y 42,8 % (87) se vincularon a la minería (Defensoría del Pueblo, 2022).

La mayor parte de conflictos socioambientales se debe a enfrentamientos entre empresas mineras y la población que reside cerca de los yacimientos. En respuesta a los escenarios de conflictividad social, además del creciente desarrollo de un marco regulatorio institucional sobre el ambiente (Orihuela Paredes y Granados Agüero, 2021), se han adoptado medidas orientadas a aumentar la inclusión de las comunidades aledañas a las minas en la gobernanza de las industrias extractivas y en la redistribución de sus beneficios (Bebbington y otros, 2018; Paredes Gonzáles y Schorr, 2021). Pese a las iniciativas de signo participativo, los conflictos se mantienen y han dado paso a episodios de fuerte represión a las protestas (*ibid.*).

Al mismo tiempo, y pese a que se han llevado a cabo reformas en el componente social de las inversiones mineras (Bebbington y otros, 2018), el Estado tiende a privilegiar la autorregulación empresarial en la gestión de aspectos sociales sobre la actividad minera (Damonte Valencia, 2016, 2021). Ello ha originado que el desempeño de las empresas en el plano social resulte altamente dispar (Damonte Valencia, 2016). Por tanto, no es posible plantear generalizaciones acerca del desempeño de las grandes mineras en Perú referente al plano de las relaciones comunitarias, donde suelen presentarse variaciones significativas.

### 3.3. Inversiones mineras chinas en Perú

Las empresas de capitales chinos asumieron el liderazgo en la actividad minera de Perú con inversiones de 15 000 millones de dólares entre 2009 y 2020 (Ministerio de Energía y Minas, 2020c), lo que equivale a cerca de 25 % de las inversiones destinadas al sector en esos 11 años (Ministerio de Energía y Minas 2020a). China es el segundo país del que proceden las inversiones de los proyectos mineros en Perú (18,6 %), siendo solamente superado por Reino Unido (21,5 %). Las transacciones chinas resultan de especial relevancia en el rubro del cobre: controlan 25 % de su producción (ver cuadro 1) (Aquino Rodríguez, 2021). Actualmente, siete proyectos mineros son controlados por capitales chinos y tres se encuentran en explotación.

**Cuadro 1**  
Cifras sobre inversión minera china en Perú

|   |  |
|---|--|
| <b>Inversiones mineras de capitales chinos (2009-2020)</b>  | 15,000 millones de dólares (25% de las inversiones en el sector)   |
| <b>Participación de capitales chinos en la cartera de inversiones mineras proyectadas</b>                 | 10,425 millones de dólares (18.6% de la cartera de inversiones)  |
| <b>Proporción de la producción cuprífera controlada por capitales chinos (2020)</b>                       | 25%  |
| <b>Proyectos mineros peruanos controlados por capitales chinos (incluye fecha de inicio de inversión)</b> | Marcona (Compañía de Hierro Shougang, 1992)<br>Rio Blanco ( <i>Zijin Mining Corp Ltd.</i> , 2007)<br>Toromocho ( <i>China Aluminum Company</i> – Chinalco, 2007)<br>Las Bambas ( <i>Mineral and Metals Group</i> – MMG, 2014)<br>Pampa de Pongo ( <i>Nanjinzha Group</i> , 2009)<br>El Galeno (MMG 60% / <i>Jiangxi Copper</i> 40%, 2008)<br>Don Javier ( <i>Junefield Group</i> , 2008) |

Fuente: Elaboración propia con base en Red de América Latina y el Caribe sobre China y Ministerio de Energía y Minas de Perú

Las inversiones mineras de China en Perú han enfrentado importantes conflictos socioambientales con las comunidades de su entorno, los cuales involucran a 11 empresas mineras chinas y representaron 12,6 % de los problemas vinculados a la minería peruana a inicios de 2022 (Defensoría del Pueblo, 2022); si bien, esto resulta una proporción menor a la que presentó la participación de capitales chinos en el *stock* de inversiones en el sector (18,6 %).

En este contexto, las mineras chinas en territorio peruano han sido objeto de críticas sobre su desempeño en el plano social y ambiental (Cruz Prada, 2021; Kotschwar y otros, 2011; Garzón, 2018; Neyra, 2020; Ray y otros, 2017; Valderrey Villar y Lemus Delgado, 2019). Cabría plantear algunos rasgos específicos de estas empresas que podrían contribuir a desencadenar mayores dificultades en las relaciones comunitarias respecto a otras de distinto origen nacional. Dichos rasgos serían, concretamente, actitudes más verticales y menos participativas acerca de la gobernanza de las industrias extractivas (que suponen menor propensión al diálogo con las comunidades del entorno); escasa presión por parte de la sociedad civil del país de origen para elevar los estándares socioambientales de sus inversiones en el extranjero y mayores facilidades de acceso al financiamiento de la banca estatal china que, pese a ciertos avances en la incorporación de exigencias de carácter social y ambiental en años recientes (Cruz Prada, 2021), sigue planteando requisitos menos estrictos que los vigentes en la banca occidental.

Tales rasgos de la cultura empresarial china podrían influir en que sus empresas mineras tengan mayores dificultades para gestionar los conflictos con las comunidades locales, máxime en un contexto

de alta conflictividad social sobre la expansión de las industrias extractivas en Perú en las dos últimas décadas. No obstante, se debe matizar dicha percepción y profundizar en el análisis de esta problemática, teniendo en cuenta que la mayor parte del personal gerencial de las mineras chinas es de nacionalidad peruana, además de que los altos niveles de conflictividad social en torno a las industrias extractivas en Perú son transversales e involucran a empresas de diverso origen nacional.

Sobre la dinámica de las inversiones chinas en América Latina y Perú, Fairlie Reinoso (2015) señaló que las experiencias resultan mixtas. Algunas inversiones chinas, en particular, las más antiguas como Shougang, provocan percepciones negativas; sin embargo, inversiones recientes realizan esfuerzos por adoptar políticas de responsabilidad social corporativa a fin de generar legitimidad ante los actores sociales del entorno de operación (Fairlie Reinoso, 2014; Fairlie Reinoso y otros, 2018). Asimismo, se evidenciaría un proceso de aprendizaje y adaptación de las empresas chinas al contexto local (Fairlie, 2014; Sanborn y Chonn Ching, 2017; Fairlie y otros, 2018), al cual contribuiría el hecho de que la mayoría del personal gerencial de dichas empresas es peruano. Como se aprecia en el estudio de caso, las dinámicas de las empresas analizadas no han sido uniformes y se han visto condicionadas por el entorno social e institucional en el que operan.

#### 4. ESTUDIO DE CASOS

##### 4.1. *Compañía de Hierro Shougang (Marcona)*

Esta minera, filial del Grupo Shougang —una de las principales empresas estatales productoras de acero en China— explota desde 1992 la mina de hierro de Marcona. Fue la primera compañía china en realizar una inversión de envergadura en Perú.

Marcona, el mayor yacimiento peruano de hierro, se sitúa en la región Ica (provincia de Nazca, distrito de Marcona), ubicada en la costa central peruana. Marcona es una mina a tajo abierto, sus operaciones ocupan una extensión cercana a los 150 km<sup>2</sup> en áreas desérticas próximas al litoral del océano Pacífico. La mina se encuentra a 15 km de San Juan de Marcona, localidad con una población aproximada de 15 000 habitantes, donde residen los operarios de la mina.

La empresa estadounidense Marcona Mining Company empezó a explotar el yacimiento en 1953; posteriormente, en 1975, la mina fue nacionalizada y adquirida por la empresa estatal Hierro Perú. En 1992, en el marco de las reformas neoliberales, se privatizó la mayor parte de empresas estatales, incluida Hierro Perú, y el complejo minero de Marcona se vendió a Shougang. Una vez que esta asumió el control, advirtió la dinámica de conflictividad sociolaboral que privaba en la mina, originada a raíz de la privatización (Sanborn y Chonn Ching, 2017). En 1991 se reestructuró Hierro Perú y despidieron a la mitad del personal, aunque los extrabajadores seguían residiendo en las viviendas de la mina, por lo que Shougang se encargó de desalojarlos. Las tensiones se profundizaron porque al inicio de su gestión la minera trajo operarios desde China, provocando violentas protestas que obligaron a los obreros chinos a regresar a su país.

Por otra parte, la llegada de la minera china a Marcona generó expectativas insatisfechas entre los trabajadores y la población del área. Tras adquirir el yacimiento, la empresa se comprometió a invertir 150 millones de dólares durante los años subsiguientes, aunque para 1995 solo había destinado 38 millones en mejoras para la productividad de la mina, cantidad que no incrementó la oferta de empleo ni mejoró las condiciones de vida en el pueblo de Marcona. Entre 2013 y 2018, Shougang emprendió inversiones significativas, destinó 1100 millones de dólares para ampliar y modernizar el complejo minero (Fairlie et al. 2018). Asimismo, desde 2007 se realizaron inversiones cercanas a los 100 millones de dólares en proyectos de desarrollo social, fundamente infraestructuras y equipamientos públicos (Sanborn y Chonn Ching, 2017).

Sin embargo, persisten percepciones negativas derivadas de la estrategia inicial de la minera para reducir costos (Romero Winer y Sarapura Rivas, 2021). Un factor que complica esta visión es el hecho

de que es la única empresa minera en Perú que actualmente brinda vivienda a sus trabajadores, asumiendo además el costo de los servicios públicos domiciliarios, como agua, electricidad y saneamiento (Sanborn y Chonn Ching, 2017), lo cual provoca demandas sociales contra la compañía. Al respecto, se ha señalado que la empresa restringiría la provisión de agua potable a los residentes del pueblo y no brindaría mantenimiento adecuado a las viviendas de sus operarios (Romero Winer y Sarapura Rivas, 2021).

Los aspectos más problemáticos del récord de Shougang se refieren al ámbito laboral y, en particular, a su relación conflictiva con el sindicato de la empresa. Si bien al inicio celebró convenios colectivos con el sindicato, desde 1996 no ha entablado negociaciones colectivas. Desde entonces enfrenta huelgas todos los años, además de que, ocasionalmente, se suscitan nuevos incidentes violentos; entre ellos destaca el más grave que se produjo en 2015, cuando se enfrentaron sindicalistas con la policía, dejando un saldo de un muerto y tres heridos (Neyra, 2020). En general, Shougang presenta el peor récord de relaciones laborales entre las grandes empresas mineras en Perú, lo cual se refleja en el hecho de que es la empresa del sector con mayor cantidad de horas productivas perdidas por huelgas (Irwin, 2014).

También se ha cuestionado el hecho de que fue insuficiente la reinversión para renovar la maquinaria, factor que pudo contribuir a que Shougang exhiba tasas relativamente altas de accidentes con lesiones graves (Irwin, 2014; Fairlie y otros, 2018; Romero y Sarapura, 2021). En 2021, en plena pandemia de COVID-19, se presumió que la empresa no habría cumplido de forma adecuada con los protocolos sanitarios para prevenir el contagio entre su personal y que tampoco atendió de manera oportuna los casos de trabajadores que contrajeron el virus, cuyo cuadro clínico se agravó (Romero Winer y Sarapura Rivas, 2021). A pesar de los cuestionamientos planteados y a partir de la revisión, los indicadores del sector minero peruano, Gallagher e Irwin (2012), se observa que Shougang se encuentra en el rango intermedio respecto a condiciones laborales, remuneraciones y cumplimiento de normas de seguridad, así como de salud en el trabajo (Gallagher e Irwin, 2012; Irwin, 2014).

En el ámbito ambiental, el récord de la empresa ofrece matices (Sanborn y Chonn Ching, 2017): según datos de la Oficina de Evaluación y Fiscalización Ambiental de Perú (OEFA), registró 63 infracciones ambientales entre 2012 y 2021 (siendo multada por 17 de ellas) y es la minera china con presencia en Perú que muestra un mayor número de dichas infracciones. Sin embargo, otras grandes empresas de distinto origen nacional exhiben índices similares o mayores al incumplir la regulación ambiental peruana. Desde 2016, Shougang realiza mayores esfuerzos para limitar el potencial impacto ambiental de sus operaciones (Fairlie Reinoso y otros, 2018).

Uno de los inconvenientes más notorio de la mina Marcona se vincula con la contaminación del aire por la dispersión de polvo de concentrados minerales y emisiones por la fundición de hierro. En menor medida, se observa contaminación de aguas del litoral del océano Pacífico, donde se practica la pesca artesanal, pese a lo cual no han surgido conflictos relevantes con los pescadores. La ausencia de recursos hídricos para consumo humano (ríos, lagos y acuíferos), así como de actividades agrícolas en las proximidades de la mina limitaría dichos impactos.

En el cuadro 2 se sintetizan las consecuencias sociales y ambientales generadas por las actividades de la mina Marcona durante su operación a cargo de Shougang.

**Cuadro 2**  
**Impactos sociales y ambientales de la Mina Marcona**

|                             |   |
|-----------------------------|---|
| <b>Impactos sociales</b>    | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Generación de conflictos sociales, sobre todo problemas laborales.</li> </ul>  |
| <b>Impactos ambientales</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Contaminación de aguas costeras.</li> <li>• Contaminación del aire por dispersión de polvos de concentrados minerales.</li> <li>• Contaminación del aire por emisiones de la fundición de hierro.</li> </ul> |

Fuente: Elaboración propia.

Shougang no ha afrontado una conflictividad social significativa respecto a cuestiones ambientales ni a sus relaciones con las comunidades aledañas y los conflictos de carácter laboral han jugado un rol preponderante, reflejando el carácter explícitamente socioeconómico de la problemática social en Marcona.

La experiencia inicial de Shougang en Marcona condicionó de manera negativa las percepciones acerca de las empresas chinas en Perú (Sanborn y Chonn Ching, 2017). Asimismo, la escasa intervención del Estado para exigir a la minera el cumplimiento de los compromisos asumidos y como mediador en los conflictos sociales, aunado a la falta de comprensión sobre el contexto social e institucional peruano por parte de los inversionistas chinos, entonces sin experiencia para operar en ese país y América Latina (*ibid.*), habrían incidido, a su vez, sobre el desempeño negativo de Shougang.

#### **4.2. Zijin Mining Corp. Ltd. (Proyecto Río Blanco)**

Esta empresa pública municipal, controlada por el condado de Shanghang, situado en la provincia de Fujian, posee la concesión del yacimiento minero Río Blanco desde 2007, si bien a la fecha no ha podido explotarlo.

Río Blanco es una mina a tajo abierto situada en la región Piura (provincia de Huancabamba y distrito de El Carmen de la Frontera), en el Nordeste de Perú. La concesión minera ocupa 136 km<sup>2</sup> y se ubica en un área de altiplanicies, entre 2200 y 2800 metros sobre el nivel del mar, la cual presenta un microclima de páramo húmedo y bosques de neblina, en cuyas proximidades se encuentran las nacientes de los ríos Blanco y Samaniego. En las cercanías de la mina habitan las comunidades campesinas de Segunda y Cajas (provincia perteneciente a Huancabamba, distrito de El Carmen de la Frontera) y de Yanta (provincia y distrito de Ayabaca), con una población de 5000 personas.

En 2013, el Ministerio del Ambiente del Perú estableció el Área de Conservación Privada (ACP) «Bosques de Neblina y Páramos de Samanga» (provincia de Ayabaca), en un área próxima a la mina.

La mina cuenta con reservas de cobre y molibdeno (predominando el segundo); se estima que las inversiones en exploración y explotación necesarias para que entre en funcionamiento ascenderían a 1500 millones de dólares. Sin embargo, hasta ahora el yacimiento no se ha podido explotar debido a enfrentamientos de los inversionistas con las comunidades aledañas que preexisten al arribo de la empresa china a la zona.

Zijin compró en 2007 los derechos sobre el proyecto minero, denominado entonces Majaz, a la empresa británica Monterrico Metals, la cual había adquirido la concesión del yacimiento en 2002 con el propósito de realizar actividades de exploración y vender los derechos sobre dicho yacimiento en caso de hallar los recursos minerales suficientes para hacer su explotación comercialmente atractiva (Bebbington, 2007). El proyecto minero arrastraba una alta conflictividad social desde el periodo en que estuvo bajo el control inglés. Los residentes del área se oponían al proyecto, alegando que la explotación minera tendría un impacto negativo sobre su acceso a fuentes de agua y en las actividades agrícolas, además de afectar al ecosistema de los páramos.

Monterrico Metals exhibía un historial sumamente negativo en términos de relaciones comunitarias, y enfrentaba denuncias por hostigamiento y violaciones a los derechos humanos de los opositores al proyecto minero. El caso más grave fue el secuestro, en agosto de 2005, de 32 campesinos y un periodista que participaban en protestas contra la empresa, cometido por policías y agentes de seguridad privados de la minera; varios detenidos fueron torturados y uno de ellos murió. En consecuencia, cuando Zijin adquirió el proyecto, éste arrastraba una fuerte resistencia por parte de las comunidades aledañas, evidenciada cuando, en 2007, se realizó una consulta no vinculante sobre el proyecto minero, organizada por los opositores, donde 95 % de los votantes expresó su rechazo (con tasas de participación de 60 %).

A Zijin se le ha acusado de continuar con las prácticas cuestionables de Monterrico, como el hostigamiento a opositores al proyecto Río Blanco; por otra parte, la minera siguió empleando al personal de relaciones comunitarias que antes había trabajado para los ingleses, con la pretensión inicial de proseguir con las actividades de exploración, pese a la intensa oposición comunitaria (Sanborn y Chonn Ching, 2017).

Un nuevo hito en la dinámica de conflictividad se produjo en noviembre de 2009, cuando un grupo de desconocidos, presuntamente opositores al proyecto Río Blanco, atacó el campamento minero y mató a tres trabajadores. A raíz de este hecho, el gobierno central declaró el estado de emergencia, en el transcurso del cual fueron detenidos de forma arbitraria cuatro manifestantes para luego ser torturados por agentes policiales, además de que dos personas perdieron la vida durante los choques con la policía. Tras estos sucesos, Zijin suspendió las actividades de exploración del yacimiento.

En 2013 la empresa intentó relanzar el proyecto, solicitando la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, con el que se buscó entablar un diálogo con las comunidades del área y se contrató a un nuevo equipo de relaciones comunitarias, ofreciendo también inversiones en proyectos de desarrollo por 80 millones de dólares (*ibid.*). Sin embargo, continuaron los conflictos con la población. El incidente más grave tuvo lugar en julio de 2015, cuando desaparecieron cuatro trabajadores de Zijin en las proximidades de la mina y solo uno de ellos volvió sin que se esclareciera quiénes fueron los responsables del hecho; esto condujo a que el proyecto se paralizara una vez más.

De nuevo, en 2020 se reanudaron las tentativas para emprender el proyecto, entonces el Ministerio de Energía y Minas aprobó una actualización del Plan de Actividades del Río Blanco, disponiendo que pasara por una primera etapa de «evaluación social», que debería culminar en agosto de 2022, así como una segunda fase de implementación programada hasta mayo de 2030. Se estableció, asimismo, que Zijin debería cumplir un plan de sensibilización social, además de informar anualmente al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) los avances realizados en sus actividades.

A pesar de los avances en el proceso de licenciamiento para explotar Río Blanco, subsisten dudas sobre su viabilidad debido a la oposición de las comunidades aledañas.

Si bien este proyecto minero no ha generado impactos ambientales, ya que no ha entrado en fase de explotación, puede sostenerse que supone riesgos ambientales y sociales que se sintetizan en el cuadro 3.

**Cuadro 3**  
**Riesgos sociales y ambientales del Proyecto Río Blanco**

|                            |   |
|----------------------------|---|
| <b>Riesgos sociales</b>    | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Riesgo para la sostenibilidad de actividades agrícolas.</li> <li>• Generación de dinámicas de conflictividad social.</li> </ul>  |
| <b>Riesgos ambientales</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Degradación paisajística.</li> <li>• Pérdida de biodiversidad.</li> <li>• Potencial afectación a cabeceras de la cuenca de los ríos Blanco y Samaniego.</li> <li>• Consumo de agua destinada a actividades agrícolas o consumo humano.</li> <li>• Contaminación del agua.</li> <li>• Contaminación del aire por dispersión de polvos de concentrados minerales.</li> </ul> |

Fuente: Elaboración propia.

Los potenciales impactos ambientales en Río Blanco serían mayores que los del resto de proyectos mineros analizados, debido a que el yacimiento se sitúa cerca de áreas agrícolas relativamente ricas en términos de biodiversidad, afectando, por lo menos, dos ecosistemas frágiles.

El entorno de Río Blanco alberga comunidades rurales sin antecedentes de explotación minera, lo que suscitaría mayores inquietudes sobre su impacto en la actividad agrícola y en el modus vivendi de las comunidades del área (Sanborn y Chonn Ching, 2017). El énfasis en los riesgos ambientales por parte de los colectivos movilizadados se explicaría, asimismo, por el hecho de que a mediados de la década de 2000, ya había empezado a cobrar fuerza el giro ecoterritorial en las movilizaciones frente a las industrias extractivas en Perú.

### 4.3. *China Aluminum Company - Chinalco (Proyecto Toromocho)*

Toromocho es una mina de tajo abierto situada en la región Junín (provincia de Yauli, distrito de Morococha), en la sierra central de Perú, 142 km al Este de Lima, la capital. El complejo minero, con una extensión de 245,5 km<sup>2</sup>, se encuentra en un área altiplánica con altitudes que oscilan entre los 4000 y 5000 metros, próxima a los nevados de la vertiente occidental de la cordillera de los Andes, donde se localizan las lagunas de San Antonio, Huascacocha y Huacracoca, así como los ríos Yauli y Rumichaca. Tanto los nevados y cuencas fluviales, así como lacustres de la zona proveen de recursos hídricos a la ciudad de Lima.

El distrito de Morococha, en el que se ubica el yacimiento de Toromocho, albergaba asentamientos vinculados con actividades mineras desde el siglo XVIII. El área, sobre todo en los alrededores del pueblo de Morococha y la cuenca de la laguna Huascacocha, presentaba una significativa degradación ambiental antes de iniciar el proyecto Toromocho debido a la prolongada explotación minera (Fairlie Reinoso, 2014).

Aluminum Corporation of China Limited (Chinalco) compró en 2007 la concesión de Toromocho a la empresa canadiense de exploración minera Peru Copper Inc. Inició actividades en 2013, dedicándose a la operación minera, sobre todo, a la extracción de cobre y, en menor medida, de molibdeno. Chinalco ha invertido 4000 millones de dólares en la exploración y explotación de Toromocho (Fairlie Reinoso, 2014), proyectándose una inversión adicional de 1,350 millones de dólares para la ampliación del yacimiento (Red Académica de América Latina y el Caribe sobre China, 2022).

Chinalco buscó proyectar la imagen de una empresa minera con un desempeño ajustado a los estándares más altos del sector (Fairlie Reinoso, 2014; Sanborn y Chonn Ching, 2017), donde las operaciones del complejo tuviesen un alto nivel tecnológico (Fairlie Reinoso, 2014), incluyendo medidas para mitigar los impactos ambientales, tales como la construcción de una planta de tratamiento de residuos tóxicos, diseñada para prevenir y minimizar la contaminación de lagunas y ríos adyacente a la mina. Asimismo, atendió la dimensión social del proyecto (Sanborn y Chonn Ching, 2017) y destinó inversiones a infraestructura, servicios públicos locales, capacitación, contratación de personal y proveedores locales (Fairlie Reinoso, 2014); no obstante, la mina no ha estado exenta de críticas ni de conflictividad social. El aspecto más problemático en el plano social fue el reasentamiento de los 5000 residentes del pueblo de Morococha.

Las condiciones del desplazamiento se negociaron a través de la Mesa de Diálogo para el Proceso de Reasentamiento Poblacional de Morococha, que contó con la participación de funcionarios de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Se dispuso que los residentes se trasladaran a Nueva Morococha, situada a seis kilómetros del antiguo pueblo y construida por la propia Chinalco. Allí se asignaría a los desplazados viviendas con mejores estándares habitacionales a los preexistentes y se garantizaba el acceso a servicios públicos domiciliarios (agua potable, alcantarillado y electricidad), de los cuales carecía gran parte de los residentes de Morococha, cuando menos parcialmente (ibid.). El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto minero, que contemplaba el desplazamiento de la población, fue aprobado en 2010 y en 2013 la mayoría de la población aceptó la reubicación.

Sin embargo, un sector minoritario de pobladores se opuso al reasentamiento. Entre las razones que adujeron figuraba la falta de una compensación suficiente (en promedio 8400 dólares por familia), condiciones inadecuadas del suelo del nuevo pueblo, dimensiones reducidas de las nuevas viviendas, falta de una oferta suficiente de empleo en la mina para la población local y una mayor distancia de las principales vías de comunicación, que aislaría al nuevo poblado (Fairlie Reinoso, 2014).

Frente a estas resistencias, el 25 agosto de 2013 el gobierno nacional declaró el estado de emergencia en Morococha, exigiéndose a todos sus residentes abandonar el pueblo a más tardar el 21 de febrero de 2014. La orden de reasentamiento condujo a una escalada de tensiones con la población

opositora. El punto culminante tuvo lugar el 13 de diciembre de 2013 con un choque entre residentes contrarios al desplazamiento y agentes policiales, donde nueve manifestantes resultaron heridos.

Si bien casi todos los habitantes de Morococha terminaron reasentándose, un sector del antiguo pueblo permanece cerca de la mina padeciendo condiciones precarias de vida y riesgos derivados de la proximidad a la explotación. A su vez, han surgido tensiones entre Chinalco y la población reubicada en Nueva Morococha, insatisfecha con el limitado acceso a empleos y las contrataciones de proveedores locales, al tiempo que percibe que la mayor distancia del nuevo pueblo respecto a los nudos de transporte entorpece su desarrollo económico (Fairlie Reinoso y otros, 2018).

En el plano ambiental, Chinalco muestra un mejor desempeño que Shougang, registrando menos incumplimiento de la normativa ambiental (37 infracciones y nueve multas frente a 63 infracciones y 17 multas), lo cual reflejaría el proceso de aprendizaje de los inversionistas chinos en Perú (Fairlie Reinoso, 2014). Si bien su grado de cumplimiento en la regulación ambiental resulta cercano a los parámetros de la industria minera peruana, preocupa que se han presentado con cierta recurrencia algunos vertimientos de sustancias tóxicas (relaves) por encima de los máximos permitidos, los cuales han afectado sobre todo la cuenca del río Rumicacha que, a diferencia de otras fuentes hídricas de la zona, no había sido contaminada de manera notoria por las actividades mineras antes de iniciar el proyecto Toromocho.

Aunado a lo anterior, recientemente surgió una controversia ambiental en torno a la solicitud de Chinalco para ampliar los niveles de producción del proyecto Toromocho (de 140 a 170 mil toneladas de mineral de cobre diarias). La modificación al Estudio de Impacto Ambiental (EIA) de Toromocho que presentó la minera en 2020 fue rechazada por el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE) el 31 de marzo de 2021, debido a que no había subsanado las numerosas observaciones que les planteó la Autoridad Nacional del Agua (ANA), la cual señaló que la ampliación del proyecto minero podría impactar negativamente sobre la disponibilidad de recursos hídricos.

No obstante, la empresa presentó un recurso de reconsideración y, el 6 de junio de 2021, Senace revirtió su decisión y aprobó el incremento de la producción. Este cambio de postura tuvo lugar pese a que Chinalco tampoco llevó a cabo los cambios sustanciales establecidos en la propuesta de modificación del EIA.

**Cuadro 4**  
**Impactos sociales y ambientales del Proyecto Toromocho**

|                             |   |
|-----------------------------|---|
| <b>Impactos sociales</b>    | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Desplazamiento de población (5,000 residentes).</li> <li>• Propiciar dinámicas de conflictividad social.</li> </ul>  |
| <b>Impactos ambientales</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Degradación paisajística.</li> <li>• Contaminación de cabeceras de cuenca.</li> <li>• Consumo de agua destinada a actividades agrícolas o consumo humano.</li> <li>• Agotamiento de recursos hídricos.</li> <li>• Contaminación del agua.</li> <li>• Contaminación del aire por dispersión de polvos de concentrados minerales.</li> </ul> |

Fuente: Elaboración propia.

En el cuadro 4, se sintetizan los impactos sociales y ambientales generados por el proyecto minero Toromocho. Resulta interesante notar que, al igual que en el caso de Shougang y la mina Marcona, la conflictividad social vinculada a Chinalco y Toromocho involucra a poblaciones previamente habituadas a coexistir con la minería. Los antecedentes de explotación minera de la zona y el carácter semiurbano de sus asentamientos explicarían que la denuncia de los impactos ambientales haya cobrado menor fuerza que las demandas de naturaleza explícitamente socioeconómica.

#### 4.4. *Mineral and Metals Group (Proyecto Las Bambas)*

Desde 2014 este proyecto se encuentra en manos de la empresa china Mineral and Metals Group (MMG), la cual inició su explotación dos años después. Se trata de un complejo minero polimetálico, cuyo principal mineral es el cobre. Es una de las mayores minas cupríferas del mundo, estimándose que genera 2 % de la producción mundial y cerca de 20 % de la producción peruana de este mineral. Asimismo, representa la mayor inversión minera en la historia de Perú, habiéndose destinado más de 10,000 millones de dólares a su exploración y explotación (Fairlie Reinoso y otros, 2018).

Las Bambas comprende los yacimientos de tajo abierto de Ferrobamba, Sulfobamba y Chalcobamba, que abarcan una superficie de 51,6 km<sup>2</sup>, situados en la región Apurímac de la sierra sur de Perú (provincia de Cotabambas, distrito de Callhuancho, y provincia de Grau, distrito de Progreso). Es un área altiplánica, entre 3800 y 4650 metros sobre el nivel del mar, en la divisoria de las cuencas de los ríos Santo Tomás (hacia el Este) y Vilcabamba (hacia el Oeste), ambos tributarios del río Apurímac (Cooperación, 2016). Su entorno alberga tres ecosistemas subtropicales: páramo húmedo, bosque húmedo y tundra pluvial (*ibid.*), con tierras aptas para el cultivo y la ganadería.

El área de influencia directa de la mina, conforme se indica en su EIA, incluye 18 comunidades campesinas. La ejecución del proyecto implicó el desplazamiento de una de ellas, la de Fuerabamba (1800 personas), que fue trasladada a Nueva Fuerabamba entre 2014 y 2015, construida *ex profeso* para albergar a su población.

En 2004 se otorgó la concesión a la empresa suiza Xstrata AG para explorar Las Bambas tras ganar un proceso de licitación y, en 2011, se aprobó su Estudio de Impacto Ambiental. Los inversionistas suizos planeaban articular las operaciones de los complejos Las Bambas y Tintaya (región Cusco, provincia de Espinar), ya que tenían la concesión de ambos. El EIA original contemplaba la construcción de una planta en Tintaya para procesar concentrados de cobre y molibdeno procedentes de Las Bambas, así como de un mineroducto de 206 km que trasladaría los minerales.

Diez años después, en 2013, Xstrata se fusionó con la empresa anglo-suiza Glencore y ambas formaron el conglomerado Glencore Xstrata, el cual vendió sus activos sobre Las Bambas en abril de 2014 a la minera sino-australiana Mineral and Metals Group<sup>6</sup> (62,5 %) y, con una participación minoritaria, a las chinas Guoxin (22,5 %) y Citic (15 %). La mina entró en operaciones en enero de 2016, desde entonces ha enfrentado una serie de protestas de las comunidades locales, por lo que hoy en día es la empresa de capitales chinos involucrada en un mayor número de conflictos sociales en Perú.<sup>7</sup>

La intensificación de los conflictos sociales en Las Bambas pudo tener su origen en el cambio de enfoque de MMG respecto a Xstrata sobre las relaciones comunitarias (Wiener Ramos, 2018). Lo anterior se reflejó tanto en el cambio del equipo que se encargaba de atender estas relaciones, como de una parte importante del personal gerencial (si bien el mismo siguió en manos peruanas de forma predominante). MMG pretendió limitar los compromisos que Xstrata había asumido con las comunidades de su entorno bajo una lógica asistencialista (*ibid.*), suscitando el descontento de sectores importantes de la población de Las Bambas, que tenían elevadas expectativas sobre los beneficios que podría aportarles el proyecto minero.

Por otra parte, una fuente de severas críticas al complejo se vincula con las modificaciones realizadas al Estudio de Impacto Ambiental. Los dos cambios más discutidos que solicitó Glencore Xstrata AG poco antes del traspaso de la titularidad del yacimiento a capitales chinos fueron los siguientes:

---

<sup>6</sup> 75 % del capital de la empresa es controlado por la empresa estatal china Minmetals Corporation.

<sup>7</sup> Las Bambas se vio implicada en 10 de los 12 conflictos que involucraban a empresas chinas en Perú a inicios de 2022 (Defensoría del Pueblo, 2022).

- En agosto de 2013 se aprobó la reubicación de la planta de procesamiento de concentrados de cobre y molibdeno de la provincia de Espinar (Cusco) a Cotabambas (Apurímac). Entonces se objetó que dichas instalaciones pudiesen afectar las fuentes de agua de la zona; además, se criticó que los cambios a este componente del proyecto minero no se realizaran solicitando la modificación del Estudio de Impacto Ambiental, sino mediante el procedimiento más simple de presentar un Informe Técnico Sustentatorio (ITS).
- En noviembre de 2014 se autorizó que se suspendiera la construcción del mineroducto Las Bambas-Tintaya. esta inversión había perdido su propósito original cuando, en 2013, se optó por instalar la planta de procesamiento de minerales en el complejo de Las Bambas en vez de en el de Tintaya, donde se transportarían los minerales procesados por una vía no pavimentada, en la que transitan 310 camiones diarios.

A su vez, las modificaciones efectuadas entre 2013 y 2014 al EIA del complejo excluyeron a numerosas comunidades de ser calificadas como parte del área de influencia directa de la mina, lo cual ha supuesto que no se incluyeran como beneficiarias de los programas de responsabilidad social empresarial de MMG.

En respuesta a estas modificaciones, se cuestionó que la población de Las Bambas no fuese consultada respecto a los cambios realizados al EIA, además del hecho de que los habitantes de las comunidades no fueran considerados como sujetos del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas. Esta última fue consagrada en Perú en 2011 y exige que la adopción de medidas administrativas que afecten a pueblos indígenas se someta a una consulta no vinculante la cual involucre a sus integrantes.

Pese a las críticas suscitadas por las modificaciones a los instrumentos de gestión ambiental del proyecto minero, MMG es la minera de capitales chinos que ha mostrado mejor desempeño en cuanto al cumplimiento de la normativa ambiental, ya que muestra menos infracciones (17) y multas (2), ninguna de gravedad, y ostenta un nivel de cumplimiento de la legislación ambiental cercano al de las empresas con estándares más altos del sector.

El aspecto más cuestionado de Las Bambas en el plano ambiental ha sido el transporte masivo de minerales por carretera, que provoca un alto flujo de camiones de carga pesada a lo largo de su itinerario. Entre los impactos ambientales producidos en las cercanías de la vía, destacan la dispersión de material particulado, ruidos, actividad sísmica e incremento del riesgo de accidentes de tránsito. La oposición al transporte de minerales en camión se une a los reclamos centrados en la modificación del EIA del proyecto minero, en tanto que este había contemplado inicialmente la construcción de un mineroducto. Asimismo, se ha reprobado que el Estado peruano haya declarado vía nacional a la carretera por la que se transportan los minerales, excluyendo de este modo a las comunidades del área de la posibilidad de negociar derechos de paso con MMG.

Entre los impactos sociales de Las Bambas destaca el desplazamiento de 1800 habitantes de la comunidad de Fuerabamba y la alteración de las dinámicas socioeconómicas de las comunidades próximas a la mina. En este sentido, las expectativas económicas generadas en torno al proyecto han ocasionado presiones inflacionarias, especulación sobre la adquisición de tierras, inmigración inducida por los potenciales beneficios de la mina y aparición de asentamientos informales habitados por población inmigrante.

Un componente básico en el conflicto social acerca de Las Bambas es la demanda de la población local por tener mayor acceso a empleos en la mina (Wiener Ramos, 2018); ya que, después del incremento de mano de obra durante la fase de construcción del complejo, se produjo una contracción sustancial (pasando de 18 000 a 8700 empleos directos e indirectos), de la cual los habitantes del área representan una proporción reducida (18 %) (MMG 2018). En este contexto, una de sus peticiones es que la minera contrate a más empresas locales como proveedoras de bienes y servicios.

El conflicto social iniciado en 2015 persiste, oscila entre periodos de latencia y estallidos violentos, los cuales han desatado sucesivas declaraciones de estado de emergencia por parte del gobierno peruano, así como el despliegue de fuerzas policiales para enfrentar a los manifestantes, quienes han recurrido al bloqueo de la carretera por la que se transportan los minerales; a la fecha, han muerto ocho de ellos en estos disturbios. Los acuerdos adoptados entre representantes del gobierno central, MMG y las comunidades de la mina son considerados insuficientes por los representantes comunales. De este modo, la imagen pública de Las Bambas ha devenido en la de un proyecto minero con altos niveles de conflictividad social.

En 2021, la dinámica socioambiental del complejo minero tomó un nuevo giro con la elección como presidente de Perú del político izquierdista Pedro Castillo. Dado su amplio respaldo entre los habitantes de las comunidades cercanas a Las Bambas, durante los últimos meses de 2021 se intensificaron las movilizaciones contra la mina, sumadas a numerosos bloqueos de la vía empleada para el transporte de minerales. En respuesta a este escenario, MMG suspendió las operaciones entre el 18 y 31 de diciembre de 2021. Frente a los riesgos de más paralizaciones, las perspectivas de la minera resultan inseguras en un contexto de fuerte movilización de las comunidades y de incertidumbre política.

En el cuadro 5 se sintetizan los impactos sociales y ambientales generados por la mina.

**Cuadro 5**  
**Impactos sociales y ambientales del Proyecto Las Bambas**

|                             |   |
|-----------------------------|---|
| <b>Impactos sociales</b>    | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Alteraciones socioeconómicas en las comunidades aledañas por presencia de actividad minera (presiones inflacionarias, especulación en torno a la adquisición de tierras, inmigración inducida por actividad minera, aparición de asentamientos informales en las cercanías de la mina).</li> <li>• Desplazamiento de población (1,800 personas de la comunidad de Fuerabamba).</li> <li>• Surgen dinámicas de conflictividad social.</li> </ul>  |
| <b>Impactos ambientales</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Degradación paisajística.</li> <li>• Potencial afectación a cabeceras de cuenca.</li> <li>• Consumo de agua destinada a actividades agrícolas o consumo humano.</li> <li>• Contaminación del agua.</li> <li>• Contaminación del aire por dispersión de polvos de concentrados minerales.</li> <li>• Desgaste de las vías por circulación masiva de camiones.</li> <li>• Ruido generado por circulación de camiones.</li> <li>• Incremento de riesgo de atropellos en la vía por la que transitan estos camiones.</li> <li>• Actividad sísmica de baja intensidad generada por la circulación de camiones.</li> </ul> |

Fuente: Elaboración propia.

Un aspecto relevante en el conflicto socioambiental de Las Bambas es que ha enfrentado a los inversionistas con comunidades rurales que no registraban antecedentes de explotación minera en su entorno y que presentaban elevados niveles de pobreza. La llegada de la minería a gran escala a la zona, supondría alteraciones significativas en los patrones de vida de las comunidades y, al mismo tiempo, generaría altas expectativas sobre los beneficios económicos que podría producir para la población local.

Al tiempo que las reivindicaciones ambientales son visibles en las movilizaciones contra el complejo minero, las demandas de naturaleza económica (acceso a empleo, contratación de proveedores locales, compraventa de tierras y transferencias monetarias) han tenido una incidencia significativa como causas de conflictividad social. En este sentido, la importancia asignada al transporte de minerales por carretera como motivo de protestas puede asociarse con el afán de ampliar el ámbito territorial de las comunidades del área de influencia de la mina, cuyos residentes devendrían en beneficiarios de programas de responsabilidad social empresarial.

Los conflictos socioambientales producidos en torno a Las Bambas ilustran con particular claridad la síntesis entre reivindicaciones de carácter ambiental y económico en las movilizaciones sociales respecto a la gran minería en Perú. En este sentido, si bien las comunidades que se oponen a MMG enfatizan los impactos ambientales, a fin de obtener mayor legitimidad, el objeto fundamental de la disputa sería la distribución de los beneficios económicos generados por la actividad minera.

## 5. CONCLUSIONES

Las empresas analizadas exhiben diversas dinámicas en el plano social y ambiental, las cuales han estado condicionadas, a su vez, por las circunstancias de su entorno.

Pese a la variedad en el desempeño de las empresas mineras chinas, la presencia de conflictos con las comunidades próximas al proyecto conforma un patrón recurrente. Estos suceden de manera transversal a la actividad minera en Perú desde el año 2000, cuando se inició el auge de movilizaciones sociales frente a la inversión minera, alentada por la expansión territorial de la actividad y el giro coteritorial en la agenda de los movimientos sociales.

Si bien existen dinámicas comunes en los conflictos que involucran a las empresas analizadas, también se aprecian diferencias relevantes en el carácter y las causas de la conflictividad. La tipología de las pugnas puede sintetizarse en los siguientes términos:

- De naturaleza esencialmente laboral (Shougang, Marcona).
- Movilización de comunidades rurales contrarias a la explotación minera (Zijin, Río Blanco).
- Oposición a medidas de reasentamiento (Chinalco, Toromocho).
- Enfrentamiento con comunidades cercanas al proyecto minero, quienes protestan por modificar su diseño y aspiran a un mayor acceso a beneficios económicos (MMG, Las Bambas).

Las problemáticas las empresas en cuestión pueden enmarcarse, a su vez, en dos modelos más amplios de conflictividad social. Por un lado, Shougang y Chinalco enfrentan, fundamentalmente, disputas de carácter socioeconómico, los cuales involucran a colectivos que han coexistido con la actividad minera antes del arribo de empresas chinas a Perú; en contraste, MMG y Zijin encaran a comunidades rurales sin antecedentes de minería en su entorno. En ambos casos se muestra mayor énfasis en los impactos ambientales sin excluir que las movilizaciones puedan involucrar consideraciones socioeconómicas (con especial claridad en el caso de Las Bambas y MMG). Esto refleja que el discurso ambientalista tendería a ser empleado como medio para legitimar movilizaciones que buscan una mayor redistribución de los beneficios económicos generados por la actividad minera.

Sin perjuicio de las dinámicas de conflictividad socioambiental antes descritas, es notorio el proceso de aprendizaje y adaptación al entorno por parte de las empresas citadas. Tras la experiencia negativa con la que inició Shougang, se observan mejoras en los estándares ambientales de las empresas chinas que, posteriormente, emprendieron actividades de explotación minera (Chinalco y MMG), así como mayores esfuerzos en cuanto a relacionarse con las comunidades afectadas.

Las condiciones de organización local resultan fundamentales para entender el desempeño de las empresas mineras en Perú, dado que la debilidad institucional del Estado y las deficiencias en el marco regulatorio incidirían de forma determinante sobre los impactos ambientales de la minería en el país. Por otra parte, el fortalecimiento de la institucionalidad ambiental y un mayor empoderamiento de los movimientos sociales en las últimas dos décadas contribuiría a explicar los cambios positivos en el desempeño de los inversionistas chinos en el plano socioambiental.

Se constatan, a su vez, diferencias significativas en la labor de las empresas mineras de capitales chinos y en sus relaciones con las comunidades locales. El hecho de que el Estado peruano haya privilegiado la autorregulación empresarial respecto a los aspectos sociales de la actividad minera podría estimular, a su vez, dinámicas sociales heterogéneas en las relaciones con el entorno de las empresas del sector, como se aprecia en los casos analizados en este estudio.

Con todo, cabría plantear la presencia de factores específicamente asociados a las empresas chinas que pueden estimular escenarios de conflictividad socioambiental. Dichos rasgos serían sesgos

menos participativos y más verticales sobre la gobernanza de las industrias extractivas, la presencia de menores presiones de la sociedad civil en su país de origen para elevar los estándares en materia social y ambiental respecto a las que afrontan las empresas occidentales, y el acceso a financiamiento de la banca estatal china, el cual tiende a plantear requisitos relativamente laxos sobre aspectos socioambientales. No obstante, las explicaciones acerca del desempeño de las empresas chinas que se remiten a su contexto nacional exigen ser matizadas e investigadas con mayor profundidad, a fin de no caer en generalizaciones de signo culturalista.

A la luz del estudio de caso, se aprecia que la actuación de las empresas mineras chinas en el plano social y ambiental es heterogénea, no presenta diferencias fundamentales con la de inversionistas de otros países y evidencia procesos de aprendizaje y adaptación, al tiempo que estas empresas experimentan escenarios de conflictividad socioambiental con las comunidades próximas a las minas. Dichos conflictos se enmarcan en dinámicas más amplias de conflictividad social en torno a la expansión de la actividad minera en Perú durante los últimos veinte años.

En general, se observa que las empresas mineras chinas tienden a adecuarse a la regulación local, sin pretender asumir estándares más altos. Su desempeño en el plano social y ambiental dependerá de lo que los Estados hagan o dejen de hacer al momento de regularlas.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO RODRÍGUEZ, Carlos Alberto. «Vacunas en la balanza de las relaciones de 50 años entre China y el Perú». En *Alerta Económica*, 22 de febrero de 2021.

ARELLANO YANGUAS, Javier. «Aggravating the resource curse: decentralisation, mining and conflict in Peru». En *The Journal of Development Studies* 47, n.º 4, 2011, pp. 617-638.

BEBBINGTON, Anthony. *Minería y desarrollo en el Perú, con especial referencia al Proyecto Río Blanco, Piura*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2007.

BEBBINGTON, Anthony; ABDUL-GAFARU ABDULAI, Denise Humphreys BEBBINGTON, Marja Hinfelaar y Cynthia SANBORN. *Governing extractive industries: Politics, histories, ideas*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BERNAL MEZA, Raúl. «COVID-19, tensiones entre China y Estados Unidos, y crisis del multilateralismo». En *Foro Internacional*, vol. 61, n.º 2, 2021, pp. 259-298.

BRAND, Ulrich, Kristina Dietz y Miriam LANG. «Neo-Extractivism in Latin America –one side of a new phase of global capitalist dynamics». En *Ciencia Política*, vol. 11, n.º 21, 2016, pp. 125-159.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Brundtland) Nuestro futuro común*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 1987.

CASTILLO GUZMÁN, Gerardo Manuel. *Local Experiences of Mining in Peru. Social and Spatial Transformations in the Andes*. Londres: Routledge, 2020.

COOPERACIÓN. *Caso Las Bambas*. Lima: Cooperación, 2016.

COOPERACIÓN. *Reporte de evolución de concesiones mineras. Primer semestre 2021*. Lima: Cooperación, 2021. <<https://cooperacion.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/REPORTE-DE-CONCESIONES-MINERAS-2021-I-SEMESTRE.pdf>>

Cooperación. *Boletín-Economía y minería* (marzo 2021). Lima: Cooperación 2021. <<https://cooperacion.org.pe/boletin-economia-y-mineria-marzo-2021/>>.

COSER, Lewis Alfred. *The functions of social conflict*. Nueva York: The Free Press, 1956.

CRUZ PRADA, David Alejandro. «Cooperación de China en América Latina en infraestructura: discursos, modalidades y conflictos socioambientales». En *Cuadernos de Trabajo del CECHIMEX*, n.º 2, 2021, pp. 1-16.

DALY, Herman Edward. «Toward Some Operational Principles of Sustainable Development». *Ecological Economics*, 2, 1990, n.º 1, pp. 1-6.

DAMONTE VALENCIA, Gerardo Héctor. «Minería, Estado y comunidades: cambios institucionales en el último ciclo de expansión extractiva en el Perú. Un balance de investigación». En CUETO, Santiago (editor). *Investigación para el desarrollo en el Perú: once balances*. Lima: Grupo de Análisis para el Desarrollo, 2016, pp. 403-444.

DAMONTE VALENCIA, Gerardo Héctor. «La descentralización incierta: desconcentración, privatización y la persistencia de desigualdades territoriales en el sector extractivo peruano». En DAMONTE VALENCIA, Gerardo Héctor; GÖBEL, Barbara; PAREDES GONZALES, Maritza Victoria y Gerardo Manuel CASTILLO GUZMÁN (editores). *¿Una oportunidad perdida? Boom extractivo y cambios institucionales en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021, pp. 27-59.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (Perú). *Reporte de Conflictos Sociales n.º 215, enero 2022*. Recuperado de <<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/02/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-215-Enero-2022-1.pdf>>.

DUSSEL PETERS, Enrique. «China's OFDI in Latin America and the Caribbean (2000-2018). Debates and General Tendencies». En DUSSEL PETERS, Enrique (editor). *China's Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean. Conditions and Challenges*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Unión de Universidades de América Latina y el Caribe, Facultad de Economía, Centro de Estudios China-México, Red Académica de América Latina y el Caribe sobre China, 2019, pp. 105-120.

DUSSEL PETERS, Enrique. «Latin America's Socioeconomic Relationship with China: Is Development Still Possible?». En *Oxford Research Encyclopedia of Politics*. Nueva York: Oxford University Press, 2019.

DUSSEL PETERS, Enrique. *Monitor de la OFDI China en América Latina y el Caribe 2020*. Ciudad de México: Red Académica de América Latina y el Caribe sobre China, 2021.

FAIRLIE REINOSO, Alan. «La inversión extranjera directa de China en Perú. Los casos de China Fishery Group y Chinalco». En DUSSEL PETERS, Enrique (editor). *La inversión extranjera directa de China en América Latina: 10 estudios de caso*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México; Centro de Estudios China-México, 2014, pp. 133-226.

FAIRLIE REINOSO, Alan. «China potencia económica y comercial: una mirada desde el Perú». En *Agenda Internacional*, vol. 22, n.º 33, 2015, pp. 55-80.

FAIRLIE REINOSO, Alan, Sandra QUEIJA DE LA SOTTA y Estephany HERRERA RUBIO. «Comercio bilateral e inversión china en Perú. Cantidad y calidad del empleo generado». En *Efectos de China en la cantidad y calidad del empleo en América Latina: México, Perú, Chile y Brasil*. SALAZAR XIRINACHS, José Manuel; DUSSEL PETERS, Enrique y Ariel ARMONY. Lima: Organización Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2018, pp. 93-128.

FRIEDMAN, Thomas Loren. «Red China or Green?». En *New York Times*, 30 de junio de 2006.

GALLAGHER, Kevin P. y Amos IRWIN. «Chinese investment in Peru: A comparative analysis». En *Working Group on Development and Environment in the Americas Discussion Paper*, n.º 34, 2012.

GARZÓN, Paulina. *Handbook on Chinese Environmental and Social Guidelines for Foreign Loans and Investments*. Washington, D.C.: China Latin America Sustainable Investments Initiative, 2018.

GONZÁLEZ VICENTE, Rubén. «Mapping Chinese mining investment in Latin America: politics or market?». En *The China Quarterly*, vol. 209, 2012, pp. 35-58.

GUDYNAS, Eduardo. «Diez tesis urgentes sobre el nuevo extractivismo. Contextos y demandas bajo el progresismo sudamericano actual». En GUDYNAS, Eduardo, SCHULDIT, Jürgen y Alberto ACOSTA ESPINOZA. *Extractivismo, política y sociedad*. Quito: Centro Andino de Acción Popular (CAAP) y Centro Latinoamericano de Ecología Social (CLAES), 2009, pp. 187-225.

IRWIN, Amos. «El caso de Shougang: comparando la minería china y occidental en el Perú». En *Apuntes: Revista de Ciencias Sociales*, vol. 40, n.º 73, 2014, pp. 103-142.

KOTSCHWAR, Barbara, Theodore MORAN y Julia MUIR. «Do Chinese mining companies exploit more?». En *Americas Quarterly*, vol. 5, n.º 4, 2011, pp. 48-57.

LEFF ZIMMERMAN, Enrique. «La ecología política en América Latina. Un campo en construcción». En ALIMONDA, Héctor (editor). *Los tormentos de la materia. Aportes para una ecología política latinoamericana*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2006, pp. 21-39.

MARTÍNEZ RIVERA, Sergio Efrén. «China: ¿oportunidad o utopía para el crecimiento económico de México y de América Latina?». En *Economía Informa*, vol. 403, 2017, pp. 21-34.

MARTÍNEZ RIVERA, Sergio Efrén y David Nazar Coutiño. «Transferencia de recursos naturales de América Latina para el proceso de crecimiento de las economías emergentes: el caso del este de Asia y China». En TRÁPAGA DELFÍN, Yolanda (editor). *América Latina y el Caribe-China. Recursos naturales y medio ambiente 2019*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, pp. 57-75.

MAYA VÉLEZ, Diana Lucía; RAMOS BARÓN, Pablo Andrés; ACEVEDO ARIAS, Gloria Inés; GARRIDO RODRÍGUEZ, Evelyn; TOBAN QUINTERO, Gabriel; y Humberto ROJAS PINILLA (editores). *Conflictos socioambientales y recurso hídrico: una aproximación para su identificación y análisis*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1994.

MINERAL AND METALS GROUP (MMG). *Informe de sostenibilidad 2018*. Lima: Mineral and Metals Group, 2018. Recuperado de <[https://www.lasbambas.com/informe-de-sostenibilidad-2018/assets/pdf/informe\\_sostenibilidad\\_las\\_bambas\\_2018.pdf](https://www.lasbambas.com/informe-de-sostenibilidad-2018/assets/pdf/informe_sostenibilidad_las_bambas_2018.pdf)>.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS DE PERÚ. *Anuario Minero 2020. Reporte Estadístico*. Lima: Ministerio de Energía y Minas, 2020. Recuperado de <<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1921117/Anuario%20Minero%202020.pdf>>.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS DE PERÚ. «Inversiones chinas en minería suman casi US\$ 15 mil millones en los últimos 11 años». En *Plataforma digital única del Estado peruano*, 9 de septiembre de 2020. Recuperado de <<https://www.gob.pe/institucion/minem/noticias/300881-inversiones-chinas-en-mineria-suman-casi-us-15-mil-millones-en-los-ultimos-11-anos>>.

NEYRA, Raquel. «En la órbita de Pekín: reconfiguración del territorio por las empresas chinas en Perú». En *Boletín de Estudios Geográficos*, n.º 113, 2020, pp. 133-159.

ORIHUELA PAREDES, José Carlos y Alba GRANADOS AGÜERO. «Institucionalidad ambiental minera: entre el discurso legal y las prácticas de gobierno». En DAMONTE VALENCIA, Gerardo Héctor; GÖBEL, Barbara; PAREDES GONZALES, Maritza Victoria; y Gerardo Manuel CASTILLO GUZMÁN (editores). *¿Una oportunidad perdida? Boom extractivo y cambios institucionales en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021, pp. 157-187.

ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL - OEFA. *Observatorio de Solución de Problemas Ambientales*, 2021. Recuperado de <<http://www.oefa.gob.pe/observatorio-sinefa/?fbclid=IwAR3gDoY1fwPLoadOA0pdYTSzNbrjT8b3vKCjwFswUCY7NdM2ZOcSX6nmmQA>>.

PAREDES GONZALES, Maritza Victoria y Bettina SCHORR. «Transformaciones institucionales ambiguas: la producción de mecanismos de participación y coerción para la gobernanza de las industrias extractivas». En DAMONTE VALENCIA, Gerardo Héctor; GÖBEL, Barbara; PAREDES GONZALES, Maritza Victoria; y Gerardo Manuel CASTILLO GUZMÁN (editores). *¿Una oportunidad perdida? Boom extractivo y cambios institucionales en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021, pp. 97-127.

PETERS, Stefan. «Fin del ciclo: el neoextractivismo en Suramérica frente a la caída de los precios de las materias primas. Un análisis desde una perspectiva de la teoría rentista». En BURCHARDT, Hans Jürgen; DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael; LARREA MALDONADO, Carlos y Stefan PETERS (editores). *Nada dura para siempre. Perspectivas del neo-extractivismo en Ecuador tras el boom de las materias primas*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016, pp. 21-53.

RAY, Rebecca, Zara C. ALBRIGHT y Wang KEHAN. *China-Latin American economic bulletin, 2021 edition*. Boston: Global Development Policy Center, 2021.

RAY, Rebecca, Kevin P. Gallagher, Andrés Flavio LÓPEZ y Cynthia SANBORN. *China and Sustainable Development in Latin America: The Social and Environmental Dimension*. Londres y Nueva York: Anthem Press.

RED ACADÉMICA DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE SOBRE CHINA. *Chinese ODFI in Peru: transactions (2000-2020)*. Ciudad de México: Red Académica de América Latina y el Caribe sobre China.

ROMERO WINER, Fernando y Sebastián SARAPURA RIVAS. «El extractivismo chino en América Latina: una aproximación a partir del caso Shougang Hierro Perú». En *Antagónica. Revista de investigación y crítica social*, vol. 2, n.º 4, 2021, pp. 117-148.

SANBORN, Cynthia. *La economía china y las industrias extractivas: desafíos para el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico, 2009.

SANBORN, Cynthia, y Victoria CHONN CHING. *Chinese Investment in Peru's Mining Industry: Blessing or Curse?* Londres: Anthem Press, 2017.

SANBORN, Cynthia y Hernán MANRIQUE LÓPEZ. *La minería en el Perú: balance y perspectivas de cinco décadas de investigación*. Lima: Universidad del Pacífico, 2021.

XI, Yue y Chen HAO. «Comercio entre China y Latinoamérica registra nuevo máximo en 2021, pese a pandemia». En *Xinhua*, 25 de enero de 2022.

SVAMPA, Maristella. «Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina». En *Osal*, 13, n.º 32, 2012, pp. 15-38.

VALDERREY Villar, Francisco Javier y Daniel Lemus DELGADO. «Minería, movimientos sociales y la expansión de China en América Latina». En *Desafíos*, vol. 31, n.º 2, 2019, pp. 375-410.

VELA ALMEIDA, Diana, Mauricio LEÓN y José Luis LEWINSOHN CASTRO. *Indicadores de sostenibilidad en la minería metálica*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina, 2021.

WIENER RAMOS, Leonidas. *Gobernanza y gobernabilidad: el caso Las Bambas*. Lima: Cooperación, 2018.

## CAPÍTULO 11

### LAS REGALÍAS CONTRACTUALES COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE FINANCIAMIENTO DE LA INDUSTRIA MINERA<sup>1</sup>

Rafael Lengua Peña (Perú)<sup>2</sup>

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Las regalías contractuales como mecanismo alternativo de financiamiento e inversión.— 3. Tratamiento legal de las regalías contractuales mineras en el Perú.— 3.1. Naturaleza jurídica.— 3.2. Persecutoriedad.— 3.3. Eficacia.— 3.4. Transferencia.— 3.5. Remedios ante el incumplimiento.— 3.6. Exigibilidad de las regalías en un escenario de insolvencia.— 4. Estructura de los contratos de regalía.— 4.1. Tipos de regalía.— 4.2. Pactos típicos en los contratos de regalía.— 4.2.1. Condiciones precedentes al desembolso.— 4.2.2. Determinación y pago de las regalías.— 4.2.3. Declaraciones y garantías.— 4.2.4. Decisiones sobre la operación y el desarrollo del proyecto.— 4.2.5. Derecho de recompra.— 4.2.6. Derecho de preferencia.— 4.2.7. Entrega de información y derecho de inspección.— 4.2.8. Transferencia de las concesiones mineras.— 4.3. Garantías.— 5. Consideraciones finales.

*Royalty holders must be wary of the tendency in industries involved in specialized fields to adopt practices that become accepted through repetition – ‘don’t worry, we always do it this way’ approach.*  
Karl J. C. Harries

#### 1. INTRODUCCIÓN

Las regalías contractuales<sup>3</sup> en la industria minera se han utilizado desde hace décadas como una forma de contraprestación variable a favor de los vendedores de concesiones mineras para concederles un derecho sobre una parte de los flujos que se puedan generar en el futuro por la producción y venta de minerales extraídos de la concesión minera transferida. También ha sido común observar pactos de regalías contractuales en el marco de *joint ventures* mineros según los cuales cuando un participante ve su participación diluida por debajo de un cierto porcentaje se le exige intercambiar sus acciones por una regalía sobre la producción minera.<sup>4</sup>

Sin embargo, desde hace no mucho tiempo, dada la limitada disponibilidad de fuentes de financiamiento tradicional de *equity* y deuda para la industria minera, en particular para la exploración y

<sup>1</sup> Agradezco la valiosa colaboración de Sergio Cueva y Melissa Zúñiga para la elaboración de este artículo, así como los comentarios de Sergio García Long y Mitzy Longa.

<sup>2</sup> Socio en Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría (Perú). Abogado por la Universidad de Lima y LL.M. por la Universidad de Columbia (James Kent Scholar).

<sup>3</sup> Es importante diferenciar las regalías contractuales mineras de la «regalía minera» legal que es definida por el artículo 2.1 de la Ley de Regalía Minera, Ley n.º 28258, como «la contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos». Esta regalía minera está más bien asociada a la tributación minera y es objeto de regulación administrativa en su constitución, determinación, administración, distribución y utilización. Para un estudio completo sobre la aplicación de regalías mineras legales y su relación con el régimen tributario, ver: OTTO, James; ANDREWS, Craig; CAWOOD, Fred; DOGGETT, Michael; GUJ, Pietro; STERMOLE, Frank; STERMOLE, John y John TILTON, 2006. *Mining Royalties: A Global Study of Their Impact on Investors, Government, and Civil Society. Directions in Development, Energy and Mining*. Washington, DC: World Bank. Recuperado de <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/7105>>.

<sup>4</sup> Ver: HARRIES, Karl J. C. *Mining Property Acquisition and Exploration Agreements*. Law Society of Upper Canada. Department of Continuing Education. K.J.C. Harries, 1985.

desarrollo de proyectos mineros, las regalías contractuales mineras se han expandido como un mecanismo alternativo de financiamiento para proyectos y operaciones mineras a través de empresas de *royalties* y *streaming*,<sup>5</sup> así como algunos fondos de *private equity*<sup>6</sup> focalizados en la industria minera. Se reconoce que los pioneros en este modelo de negocio son Seymour Schulich y Pierre Lassonde quienes adquirieron su primera regalía en 1986 para luego convertir a Franco-Nevada en la primera empresa de regalías del mundo. Hoy por hoy, además de Franco-Nevada, existen varias empresas de *royalties* y *streaming*, tales como Wheaton Precious Metals, Royal Gold, Sandstrom Gold, Osisko Gold Royalties, entre otras. Las empresas de *royalties* y *streaming* están muy activas en el mercado con amplia capacidad de fondeo para levantar recursos necesarios financiar proyectos a través de la adquisición de regalías o *streamings* por montos que oscilan entre algunos millones de dólares y más de mil millones de dólares. Muchas están listadas y, hoy en día, tienen capitalizaciones bursátiles por miles de millones de dólares.

En el Perú, estas estructuras de regalías vienen utilizándose desde hace algún tiempo. Por ejemplo, Franco-Nevada ha revelado que, al 20 de marzo de 2020, ha adquirido regalías NSR de entre 0,1 % a 5 % sobre ocho proyectos de exploración en Perú operados por diversas empresas mineras; Entrée Resources ha revelado que en julio de 2015 adquirió una regalía NSR de 0,5 % sobre el proyecto de cobre Cañariaco operado por Candente Resources; y Sandstrom ha revelado que en el 2018 adquirió regalías NSR de 1 % sobre ocho proyectos de exploración en Perú operados por Pucara Resource Corp.<sup>7</sup>

Ahora bien, las estructuras contractuales utilizadas para el uso de regalías como fuente alternativa de financiamiento generalmente son importadas de otras jurisdicciones lo que hace imprescindible entender y analizar sus particularidades para adecuarlas al marco normativo peruano. Por ello, en el siguiente artículo procuramos exponer cómo y por qué las regalías se han desarrollado como un mecanismo alternativo de financiamiento para la industria minera, analizar su tratamiento bajo la normativa peruana y algunos problemas que se deben tener en consideración por la falta de regulación expresa y, finalmente, describir los tipos de regalía más comunes en el mercado, así como los pactos típicos que se utilizan en contratos de regalía. De ninguna manera pretendemos abordar todas las materias que puedan ser relevantes en el marco de la estructuración de una operación de financiamiento vía regalías, pues ello escapa al alcance del presente trabajo. Sin embargo, consideramos que este trabajo va a contribuir a tener un mejor entendimiento de la materia.

## 2. LAS REGALÍAS CONTRACTUALES COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE FINANCIAMIENTO E INVERSIÓN

La industria minera es una industria intensiva en capital y, en varias de sus etapas, riesgosa. En particular, el desarrollo de proyectos mineros, especialmente aquellos que están en etapa de exploración, requiere financiadores de largo plazo que entiendan los riesgos inherentes al desarrollo de un proyecto minero, así como las oscilaciones y ciclos en el precio de los *commodities*. Estas características particulares de los proyectos mineros hacen que sea complicado, y en muchos casos imposible, financiarse a través de fuentes tradicionales de fondeo.

<sup>5</sup> Los *streaming* consisten en el pago adelantado de una suma fija de dinero, o una serie de pagos al cumplirse ciertos hitos, que el comprador realiza al desarrollador u operador de un proyecto minero a cambio del derecho a comprar un porcentaje de su producción futura de algún mineral (generalmente un mineral secundario) a un precio determinado (usualmente igual al costo de producción estimado) por debajo del precio de mercado. Ver: MONK, Alan. «Understanding Streaming and Royalty Agreements: Alternatives to Traditional Financing». En *Rocky Mountain Mineral Law Foundation Journal*, vol. 51, n.º 1.

<sup>6</sup> Los fondos de *private equity* levantan capital privado de inversionistas institucionales, *family offices*, y *high-net worth individuals* y tienen un mandato de invertir esos fondos de acuerdo a sus políticas generales de inversión. En 1998 se creó Resource Capital Funds, que fue el primer fondo de *private equity* especializado en minería. Desde entonces, los fondos de *private equity* especializados en minería han crecido exponencialmente, aunque aún representan una porción pequeña del mercado. Se estima que los fondos de *private equity* manejan aproximadamente \$ 20 000 millones de los aproximadamente \$ 2,5 billones que gestiona la industria de *private equity* global. Ver BOGGS, Catherine J. *Private Equity's Use of Royalties as a Financing Tool*. International Mining Oil & Gas Law, Development and Investment 10<sup>a</sup>-1 (Rocky Mt. Min. L. Fdn. 2019).

<sup>7</sup> Ver <<https://www.franco-nevada.com/our-assets/exploration/default.aspx>>; <<https://www.entreeresources.com/projects/royalties/>>.

El financiamiento tradicional a través de deuda (prestamos en sus diversas modalidades o bonos) solo está disponible para empresas mineras que tengan operaciones mineras en marcha que generen flujos de caja predecibles y que, además, cuenten con espaldas financieras que otorguen a los financiadores una certeza razonable que el financiamiento será repagado. Esto resulta entendible, pues los financiadores bajo estas estructuras de financiamiento son adversos al riesgo ya que cobran un rendimiento fijo por el financiamiento sin beneficiarse del *upside* de las operaciones o proyectos mineros. Por tal razón, los contratos de deuda y emisión de bonos generalmente contienen una serie de *covenants*, así como otras disposiciones para asegurar que la deuda sea repagada. Asimismo, se suele exigir garantías reales como colateral para asegurar el repago de la deuda en caso de incumplimiento. La magnitud de las restricciones y el paquete de garantías dependerá, en gran medida, del perfil de riesgo del deudor, siendo usual que a los deudores clasificados como *investment-grade* se les imponga mucho menos restricciones y obligaciones que a los deudores que califican como *high yield*.<sup>8</sup>

Por su parte, en la industria minera el *project financing*<sup>9</sup> solo está disponible para la construcción de proyectos mineros que cuenten con un estudio de factibilidad bancable<sup>10</sup> y que, además, cumplan con los criterios exigidos por el mercado para el otorgamiento de este tipo de financiamientos en los cuales los financistas analizan, fundamentalmente, los flujos de caja y activos del proyecto. Los *project finance* para la construcción de proyectos mineros requieren pasar por procesos de *due diligence* económico, técnico, legal, ambiental, entre otros, bastante profundos para satisfacer los requerimientos de las instituciones financieras. En efecto, los financiadores requieren analizar y entender información sobre las propiedades mineras, reservas y recursos, factibilidad técnica del diseño de la mina seleccionado, así como del método de procesamiento elegido, costos y gastos de capital, posición en la curva de costos, comercialización de los minerales procesados, modelo financiero, entre otros.

Asimismo, se exige que los *sponsor* contribuyan con una porción relevante del capital para la construcción del proyecto (generalmente vía *equity*) e imponen muchas restricciones al desarrollo y operación del proyecto por parte de los *sponsors*. Son pocos los proyectos mineros y *sponsors* capaces de satisfacer estos requerimientos.

Como resulta evidente, las estructuras de financiamiento tradicionales y el *project finance* resultan prohibitivas para las empresas que estén desarrollando proyectos de exploración minera. Estos proyectos no generan flujo de caja, no cuentan con un estudio que demuestre con un razonable nivel de certeza su viabilidad y, además, únicamente tienen como respaldo los activos vinculados al proyecto de exploración minera que buscan financiar.

El financiamiento de proyectos de exploración generalmente se ha realizado a través de emisiones de instrumentos *equity* vía colocaciones privadas y públicas apuntando a inversionistas que estén dispuestos a asumir un riesgo alto a cambio de un alto rendimiento. Sin embargo, el principal inconveniente de este tipo de financiamiento es que diluye la participación de los *sponsors* y el impacto de

---

<sup>8</sup> Para una descripción de los términos usuales en financiamientos sindicados internacionales y emisiones de bonos *high-yield*, ver: LENGUA, Rafael. «Algunas consideraciones introductorias sobre la emisión de bonos *high yield* en el mercado de capitales internacional». En *Advocatus*, n.º 25, y LENGUA, Rafael. «Introducción a los contratos de créditos sindicado en el mercado financiero internacional». En *Advocatus*, n.º 27.

<sup>9</sup> Por *project financing* se entiende al financiamiento para el desarrollo de un proyecto minero basado en su propia generación de flujos, sin recurso (o con recurso limitado) a los activos de los *sponsors*, y con la garantía de los activos del proyecto.

<sup>10</sup> El estudio de factibilidad es un estudio técnico y económico, bastante detallado y extenso, del método de minado y procesamiento seleccionado para el desarrollo de un proyecto minero. Incluye un análisis detallado del plan de minado, método de procesamiento, aspectos metalúrgicos y operacionales, infraestructura requerida, aspectos económicos, marketing, legales, ambientales, sociales, gubernamentales, así como un análisis financiero detallado que demuestre con un alto nivel de confianza que el desarrollo del proyecto y, consecuentemente, la extracción de los minerales es económicamente viable. Permite convertir los recursos en reservas. Se considera que tiene un nivel de confianza razonablemente alto (entre 5 % y 15 %). Este tipo de estudio sirve para que el titular de un proyecto minero tome la decisión de iniciar la construcción, así como también, sirve para que las instituciones financieras financien la construcción de un proyecto. El término «bancable» se utiliza para hacer referencia a un estudio de factibilidad que satisfaga los requerimientos de las instituciones financieras. Ver: RUDENO, Víctor. *The Mining Valuation Handbook: mining and energy valuation for investors and management*. John Wiley & Sons, 2009, pp. 22-30.

esta la dilución es bastante más pronunciada en condiciones adversas de mercado como la que se ha venido experimentando en años recientes.<sup>11</sup>

En este contexto, gracias a sus ventajas frente a las fuentes tradicionales de fondeo, las regalías y los *streamings* han ganado fuerza en el mercado, pues no conllevan dilución a nivel de los accionistas y tampoco imponen las restricciones típicamente atadas a la deuda. Hoy en día, existen diversas empresas de *royalties* y *streaming* como, por ejemplo, Franco-Nevada que tiene una capitalización bursátil de más de US\$ 25 000 millones y ha invertido en cientos de regalías y *streams* sobre minas en diversas etapas de desarrollo (producción, exploración avanzada y exploración temprana). Sus principales inversiones son un *stream* de oro y plata en la mina Cobre Panamá, un *stream* de plata sobre Antamina y un *stream* de plata y oro sobre Antapaccay. Otra empresa relevante en este mercado es Sandstrom que tiene un portafolio de más de 200 regalías, siendo más de veinte de éstas sobre operaciones mineras en marcha.

Las regalías como mecanismo alternativo de financiamiento suponen un pago a la empresa minera a cambio del derecho a recibir por parte del titular del proyecto minero un pago en efectivo equivalente a un porcentaje de los ingresos obtenidos por la venta de los minerales producidos en las concesiones mineras a los que la regalía se vincula. Las regalías, por tanto, permiten a la empresa minera diversificar sus fuentes de fondeo y financiarse a nivel del activo, apalancándose con los prospectos del proyecto o contra recursos minerales identificados, liberando recursos para continuar buscando nuevos proyectos y diversificar su portafolio interno de proyectos. Además, a cambio de un pago fijo, conceden a los inversionistas derecho a participar en el *upside* futuro sin tener que asumir los costos e inversiones requeridos para ello.<sup>12</sup>

Ahora bien, así como las regalías son un mecanismo de financiamiento alternativo para las empresas mineras, también han ganado fuerza como un instrumento de inversión alternativo. Los inversionistas típicamente pueden invertir en metales directamente, invertir en acciones de empresas que los produzcan o invertir en *Exchange Traded Funds* especializados en la industria. Las regalías (y consecuentemente las empresas que las administran) se presentan como una nueva alternativa de inversión en la industria. La inversión está limitada a un pago fijo a cambio del cual pueden obtener un flujo de efectivo relevante, si el proyecto llega a producir, y beneficiarse de cualquier expansión del proyecto y mejora en los precios de los *commodities*.

Al ser un mecanismo alternativo de inversión, las empresas de *royalties* no solo buscan financiar proyectos mineros a través de la creación de regalías, sino también adquirir regalías existentes, generalmente creadas en beneficio del vendedor de una concesión minera en el marco de su transferencia. Esto ha creado una suerte de «mercado secundario» de regalías existentes en el cual las regalías son el «activo» que circula en el mercado.

Si bien, este mecanismo de financiamiento tiene claras ventajas para la industria minera, hay algunas complejidades y riesgos que vale la pena resaltar. Primero, está la valorización de la regalía. La regalía debería valorizarse asumiendo el valor presente neto de la regalía, para lo cual se debe definir la tasa de descuento, tiempo y probabilidad que se reciban los flujos proyectados. Ciertamente, estimar con precisión estas variables no es tarea sencilla y está sujeta a incertidumbre. Segundo, las regalías, en tanto representan un derecho a percibir una porción del flujo generado por un proyecto minero, están sujetas a los mismos riesgos que afectan al proyecto minero, casi al mismo nivel que el *equity*. Así, el titular de la regalía asume los riesgos técnicos, comerciales, financieros, ambientales, legales, sociales y políticos del proyecto minero sobre el que se vincula la regalía. Tercero, al ser obligaciones de pago,

<sup>11</sup> Como señalan MacKay y Bennett, hasta el 2012, la industria minera era muy atractiva al mercado de capitales, teniendo un buen performance incluso durante la crisis financiera del 2008-2009. Luego, con el fin del superciclo de los *commodities*, las compañías mineras perdieron atractivo en el mercado de capitales. Las preferencias de los inversionistas cambiaron y, pese a que el financiamiento vía deuda y *equity* tradicional aún estaba disponible para algunas empresas mineras, la industria comenzó a buscar fuentes alternativas de financiamiento. MACKAY, Kari y Mark T. BENNETT. «Under the Rocks Are the Words: How a Metal Purchase Agreement Revolutionized Alternative Financing and Launched the New Majors—A Look Back at the First Decade of Metal Streaming Transactions». *60 Rocky Mt. Min. L. Inst.*, 16-1, 2014).

<sup>12</sup> CAREAGA, Aron. *Mining Royalty Stream Financing*. Recuperado de <<http://ssrn.com/abstract=2395057>>.

las regalías están sujetas al riesgo crediticio y de cobranza inherente a cualquier obligación crediticia, así como también al riesgo de insolvencia del deudor.

### 3. TRATAMIENTO LEGAL DE LAS REGALÍAS CONTRACTUALES MINERAS EN EL PERÚ

#### 3.1. Naturaleza jurídica

Un primera cuestión que es muy relevante analizar con relación a las regalías contractuales mineras es cuál es su naturaleza jurídica, pues ello tiene incidencia directa en la determinación de las normas que regularán su validez, exigibilidad, circulación y oponibilidad. Esto es particularmente importante considerando que en el Perú las regalías contractuales mineras no se encuentran reguladas expresamente por norma legal alguna.<sup>13</sup>

En Perú, la regalía contractual minera ha sido tradicionalmente entendida por la práctica legal como una «carga» sobre la concesión minera. Bajo ese entendimiento, se ha considerado que la voluntad de las partes, mediante un pacto contractual, puede crear una «carga» de naturaleza real la cual, una vez inscrita, persigue a la concesión minera en caso esta circule y tiene prioridad y preferencia sobre cualquier derecho posterior que afecte a la concesión minera.<sup>14</sup> Por tanto, por su sola inscripción, la regalía será oponible y exigible a cualquier tercero que adquiera la concesión minera en el futuro y tendrá preferencia y prioridad sobre cualquier derecho posterior.<sup>15</sup>

Ahora bien, ¿es correcto afirmar que las regalías creadas en virtud de pactos contractuales tienen la naturaleza de una «carga» real? Veamos.

El término «carga» tiene tres usos en la práctica jurídica peruana. En primer lugar, es usado en sede procesal para referirse a la «carga» de la prueba, como la necesidad que tiene una de las partes procesales de probar los hechos alegados en el proceso. En segundo lugar, en sede obligacional se entiende a la «carga» como la necesidad de realizar un determinado comportamiento para satisfacer un interés propio. Por último, tiene una tercera acepción en materia de derechos reales, pero, lamentablemente, no lo suficientemente clara. Por ello, resulta crucial entender bien la definición de «carga»

<sup>13</sup> Esta determinación no solo es importante en Perú. En Canadá, un país con una larga tradición y práctica minera, por muchos años se ignoraron las reglas legales aplicables a las regalías. Fue recién en 1993, con el caso *Nova Scotia Capital Corporation vs. Coxheath Gold Holdings Ltd.*, que la industria se volvió más consciente de la naturaleza y tutela de sus regalías contractuales. En el *Coxheath case* las cortes de Nova Scotia determinaron que las regalías de titularidad de Coxheath Gold no constituían intereses en la propiedad minera y, por ende, el *trustee* podía vender las propiedades mineras de la empresa insolvente libres de las regalías. Como señala K.J.C. Harries: «For many years, when establishing royalties, the Canadian mining industry basically ignored the law - a failing that is not unique to the mining industry. It viewed a contractual mining royalty as having attributes that were not consistent with its legal nature». HARRIES, Karl J. C. «The dilemma of the mining royalty: contractual or realty interests». En *Natural Resources Forum*, vol. 22, n.º 1, 1998, pp. 1-13. Esta decisión fue luego revocada por la corte suprema de Canadá en el caso *Bank of Montreal vs. Dynex Petroleum Inc.* en la cual se estableció que una regalía minera puede crear un interés en la propiedad dependiendo del lenguaje utilizado por las partes en el contrato mediante el cual se creó. En Australia, esta materia tampoco es pacífica. Según Grace y Bassett, los abogados mineros en Australia no intentan ni recomiendan a sus clientes que traten de crear una regalía que represente un interés en la propiedad. Si bien, en opinión de estos autores, en Australia sería posible crear una regalía que tenga esta naturaleza, esto es algo que debería ser muy bien analizado y siempre existirá el riesgo que dicha naturaleza no sea reconocida judicialmente. Ver: GRACE, John y Robert BASSETT. «The AMPLA model minerals royalty agreements: securing a fair deal». En *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 33, n.º 1, 2015, pp. 34-58.

<sup>14</sup> En esa línea, es frecuente ver contratos mineros que contengan pactos sobre la naturaleza de las regalías creadas en los siguientes términos: «la regalía perseguirá a la concesión en caso esta sea transferida»; «[los otorgantes] constituyen una carga bajo la forma de regalía [...]»; o «la transferencia de la propiedad minera acarrea por parte de los titulares la transferencia de la carga al tercero adquirente». Por ejemplo, en el Contrato de Transferencia y Otorgamiento de Concesiones Mineras celebrado por Activos Mineros S. A. C. y Xstrata Tintaya S. A., celebrado como resultado del proceso de privatización de Las Bambas, se pactó lo siguiente: «Carga - Las REGALÍAS se constituyen como carga de las concesiones. En tal sentido, corresponde al titular de las CONCESIONES el pago de las REGALÍAS establecidas en el Contrato de Transferencia. Dicha carga se anotará en las Fichas Registrales de las CONCESIONES». Incluso, no es inusual observar partidas registrales donde los registradores hayan inscrito pactos de regalías en el rubro «Cargas y gravámenes».

<sup>15</sup> Ver: NÚÑEZ, Patricia. *Structuring Mining Agreements in Latin America*. Santiago de Chile: Núñez Muñoz Abogados, RMMLF, Mineral Law Series, 2019, quien señala al respecto lo siguiente: «[...] in Perú a royalty is considered a lien on the mining property provided that in the corresponding agreement the royalty is expressly and sufficiently considered a lien and the agreement is duly registered in the corresponding public registries».

en materia de derechos reales para determinar si las regalías creadas en virtud de pactos contractuales comunmente celebrados en la industria minera tienen esta naturaleza.

Las normas peruanas no regulan ni definen el concepto de «carga»<sup>16</sup> en materia de derechos reales y, en las distintas normas en las que se hace referencia las mismas, se les suele agrupar con los «gravámenes». Esto, en la práctica, ha significado que muchos abogados equiparen a las «cargas» con los «gravámenes» y consideren que deben tener exactamente el mismo tratamiento.<sup>16</sup> No es motivo de este artículo entrar a ese debate por lo que simplemente definiremos a las cargas en materia de derechos reales como una relación jurídica de naturaleza real que vincula un bien a una persona creando un derecho a favor del titular de la carga y una situación de desventaja para el titular del bien.<sup>17</sup> Su naturaleza real, por tanto, las somete a las reglas aplicables a la generalidad de derechos reales y les concede todos sus atributos.

Bajo este orden de ideas, consideramos que la regalías creadas en virtud de un contrato, por más que el pacto expresamente les otorgue tal naturaleza, que su contenido se vincule a una concesión minera y que el pacto sea inscrito en registros públicos, no pueden tener la naturaleza de «carga» real, pues no existe norma alguna que las regule y les otorgue tal categoría. En el ordenamiento jurídico peruano, según se establece expresamente en el artículo 881 del Código Civil, los derechos reales se rigen bajo el sistema de *numerus clausus* lo que significa, como bien señala Díez-Picazo, que «no es posible que los particulares constituyan más derechos reales que aquellas que la ley establece o tipifica de una manera determinada».<sup>18</sup> Es decir, en el Perú, los derechos reales se limitan única y exclusivamente a aquellos que la ley expresamente regula. Por lo tanto, mediante pactos contractuales no pueden crearse nuevos derechos reales ni modificarse la naturaleza de los existentes.<sup>19</sup>

Eso, claro está, de ninguna manera, significa que el acuerdo de regalías sea inválido o ineficaz, ni que la obligación creada por las partes no pueda ser exigida al deudor. Simplemente, implica que ese pacto no creará un derecho real.

Siendo que no es posible crear nuevos derechos reales por autonomía privada, ¿cómo entonces podría crearse una regalía como «carga» real en virtud de un contrato? Simplemente, no es jurídicamente posible.

En Perú, la naturaleza jurídica de las regalías contractuales mineras no es real sino más bien obligacional. Las regalías vinculan un derecho de crédito, consistente en la facultad del titular de la regalía (acreedor) de exigir al titular de la concesión minera (deudor) el cumplimiento de la prestación debida, con un deber jurídico, consistente en la necesidad del deudor de pagar al acreedor la prestación

<sup>16</sup> Al respecto, Avendaño Arana considera que la diferencia entre «gravámenes» y «cargas»: «[...] consiste en que los gravámenes dependen de una obligación principal, la que de incumplirse puede conllevar la venta del bien afectado. Es el caso de la hipoteca y del embargo. En las cargas, en cambio, no hay obligación garantizada. Las cargas no tienen por objeto la venta de un bien». AVENDAÑO ARANA, FRANCISCO. «Artículo 1035». En *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo V, p. 723. En el mismo sentido, Marianella Ledesma señala: «La diferencia entre ellas radica en que los gravámenes dependen de una obligación accesoria, la que de incumplirse pueda conllevar a la venta del bien afectado, como sería el caso de la hipoteca; en cambio, con las cargas, no hay obligación garantizada. Las cargas no tienen por objeto la venta del bien, como sería el caso de las servidumbres, que se constituyen como limitación a la propiedad predial».

<sup>17</sup> Las cargas de naturaleza real gozan de los atributos de oponibilidad *erga omnes* y persecutoriedad una vez inscritas. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Editorial Thomson, 2008, tomo III, p. 82; DE CASTRO, Germán. *La obligación real*. Tesis de doctorado en Derecho. Valladolid: Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1998; GIORGIANNI, Michele. «Los derechos reales». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 458, 1967, pp. 24-25; y PIZARRO, Ramón. *Las obligaciones propter rem en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La Ley, 2017. Para entender la naturaleza de las relaciones jurídicas, ver: ESCOBAR, Freddy. «Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva». En *Themis*, n.º 38, 1998.

<sup>18</sup> Díez-PICAZO, Luis. *Ensayos jurídicos. Tres volúmenes*. Madrid: Civitas, 2011, p. 3361- 3383. En el mismo sentido, Martín Mejorada señala que el sistema de *numerus clausus* exige que los derechos oponibles estén previstos en la ley; es decir, que la estructura y fines de estos derechos no deriven de la voluntad, sino de una norma con rango de ley». MEJORADA, Martín. «Derechos sobre bienes y el *numerus clausus*». En *Themis - Revista de Derecho*, n.º 66, 2014, pp. 177-182.

<sup>19</sup> Las normas peruanas no contemplan la posibilidad de que puedan tener naturaleza real ni naturaleza híbrida o binaria, como las llamadas obligaciones *propter rem*, entre otras figuras que son reconocidas en otras jurisdicciones. BUERES, Alberto. «Obligaciones *propter rem* y sus relaciones con otras figuras». En *Lecturas y Ensayos*, n.º 90, 2012.

debida. Para estos efectos, la «prestación debida» será el pago de una suma de dinero determinable en función a la aplicación de las reglas para la determinación de las regalías pactadas en el contrato.<sup>20</sup>

### 3.2. *Persecutoriedad*

La persecutoriedad es un elemento de los derechos reales. Como señala Martín Mejorada, la persecutoriedad es «la condición jurídica que asegura la permanencia del beneficio (goce o garantía), mediante la continuidad del derecho frente a ulteriores adquirentes».<sup>21</sup>

Ahora bien, si como hemos afirmado anteriormente las regalías contractuales mineras en el Perú tienen naturaleza obligacional, cabe analizar si el deber jurídico inherente a esta relación obligacional «persigue» o no a la concesión minera. Es decir, si en caso la concesión minera circule y sea transferida a un tercero, el nuevo titular, por el solo mérito de la transferencia, asume el deber de pagar la regalía a su titular.

Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico existen pactos contractuales que otorgan persecutoriedad a su titular como consecuencia de su inscripción registral. Ahora, en todos los casos en que ello ocurre, existe una norma expresa que les otorga tal atributo.

Por ejemplo, el artículo 1591 del Código Civil señala que el pacto de retroventa es oponible a terceros cuando aparece inscrito en el correspondiente registro. Por su parte, el inciso 1 del artículo 1708 del Código Civil señala que si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente del inmueble deberá respetar el contrato de arrendamiento, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador. Finalmente, el artículo 2023 del Código Civil establece que la inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad.

La cuestión entonces es determinar si para el caso de las regalías contractuales mineras existe una norma similar. Es decir, si existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma específica que establezca, como excepción a los artículos 1361 y 1363 del Código Civil, que el adquirente de una concesión minera sobre la que se haya pactado una regalía inscrita en registros públicos, deberá respetar un contrato respecto del cual no es parte, sustituyendo al deudor en ese contrato en todas las obligaciones vinculadas a la regalía.

Prácticamente no existen trabajos académicos, menos aún desarrollo jurisprudencial, en los que se haya analizado esta materia. Sin embargo, no es infrecuente escuchar entre los abogados mineros que esta persecutoriedad sería atribuida a las regalías contractuales mineras, por su condición de contratos mineros, en aplicación del artículo 163 de la Ley General de Minería que establece textualmente que «los contratos mineros constarán en escritura pública y deberán inscribirse en el Registro Público de Minería [hoy Registro de Derechos Mineros de la SUNARP] para que surtan efecto frente al Estado y terceros».

Según esta corriente de opinión, al celebrar un pacto de regalías por escritura pública, darle la naturaleza de «carga» en el propio contrato e inscribirlo en la partida de la concesión minera, en aplicación del artículo 163 de la Ley General de Minería, dicho pacto surtiría efecto frente a terceros. Los «terceros» a los que hace referencia el artículo 163 de la Ley General de Minería serían los futuros adquirentes o cesionarios de la concesión minera y el efecto que la inscripción surtiría frente a estos

<sup>20</sup> En otros países de la región, como es el caso de Chile, Brasil y Colombia, en los que las regalías tampoco se encuentran reguladas expresamente, las regalías son también consideradas como obligaciones contractuales. Ver: BAMBACH, Juan Paulo; MANRIQUE, Sandra; PULGAR, María Paz; Hernán TORRES y Adriano TRINIDADE. «Enforceability of Royalties under Latin American Legislations». En *International Mining Oil & Gas Law, Development, and Investment*, vol. 11, n.º 1, 2017.

<sup>21</sup> MEJORADA, Martín. «La persecutoriedad hipotecaria en el supremo tapete». En *Actualidad Jurídica*, n.º 139, 2005.

sería el deber de respetar el pacto de regalías, sustituyendo al deudor original en todas las obligaciones vinculadas al mismo.<sup>22</sup>

Esta interpretación es, por decir lo menos, cuestionable. En efecto, no es claro que la eficacia frente a terceros a la que hace referencia el artículo 163 de la Ley General de Minería sea tan amplia como para considerar que, por mandato legal, el nuevo titular de la concesión minera automáticamente se sustituye en la posición deudora de la obligación de pagar la regalía previamente asumida por transferente de la concesión minera. Creemos, más bien, que cuando el artículo 163 de la Ley General de Minería hace referencia a la eficacia frente a terceros de los contratos mineros que otorga la inscripción registral se refiere a la función de publicidad de los actos inscritos para efectos que se conozca su existencia y contenido conforme se encuentra contemplado tanto en el artículo 2012 del Código Civil como en el artículo I del Reglamento General de los Registros públicos (Resolución n.º 079-2005-SUNARP/SN).<sup>23</sup>

El conocimiento de la existencia y contenido del pacto de regalías en virtud del principio de publicidad registral únicamente genera que ningún tercero pueda desconocer su existencia. Sin embargo, ese conocimiento no puede suponer que el adquirente de la concesión minera asuma automáticamente los deberes jurídicos del transferente creados por el pacto de regalías.<sup>24</sup> Es decir, por el solo hecho de adquirir una concesión minera en cuya partida registral se haya inscrito un pacto de regalías, el adquirente no se sustituye automáticamente en la posición deudora del transferente y obligado primario al pago de la regalía contractual minera.

El efecto jurídico del conocimiento de la existencia de un pacto de regalías puede ser, por ejemplo, que el adquirente de una concesión minera no pueda desconocer la existencia de una cláusula resolutoria expresa a favor del vendedor por incumplimiento en el pago de la regalía y alegar buena fe para preservar su derecho si es que el contrato de transferencia primigéneo luego se resuelve por incumplimiento.

Pongamos un ejemplo. El titular de una concesión minera («transferente» o «Juan») celebra un contrato de transferencia (el «Contrato de Transferencia Primigenio») con un adquirente («Junior») en el que se incluye un pacto de regalías mediante el cual Junior pagará a favor de Juan una regalía NSR del 3 % sobre las ventas de minerales extraídos de la concesión minera (cuando esto, claro está, ocurra). El Contrato de Transferencia Primigenio contiene una cláusula resolutoria expresa que faculta a Juan a resolver el Contrato de Transferencia Primigenio en caso de incumplimiento en el pago de la regalía. Como corresponde, el Contrato de Transferencia Primigenio es debidamente celebrado por escritura pública e inscrito en registros. Supongamos que varios años después, Junior transfiere nuevamente la concesión minera a favor de un tercer adquirente («Mayor») en virtud de un nuevo contrato de transferencia (el «Contrato de Transferencia Secundario»). Luego de varios años y millones de dólares de inversión, Mayor comienza a procesar y vender minerales extraídos de la concesión minera adquirida mediante el Contrato de Transferencia Secundario. Inmediatamente, Juan exige a Mayor que le pague la regalía que Junior se obligó a pagarle bajo el Contrato de Transferencia Primigenio, argumentando que la regalía estaba inscrita en la partida de la concesión minera.

<sup>22</sup> En algunos contratos de regalías, aunque esta no suele ser la postura mayoritaria, las partes han estipulado que la regalía constituye una restricción convencional a la propiedad al amparo del artículo 926 del Código Civil según el cual: «Las restricciones a la propiedad establecidas por pacto, para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo». Queda claro que la obligación de pagar regalías en nada afecta el ejercicio de los atributos de la «propiedad» que su titular tiene sobre la concesión minera. En efecto, incluso ante la existencia de una regalía contractual, el titular de la concesión minera es libre de usar, disfrutar, disponer y reivindicar la concesión minera.

<sup>23</sup> Como señala Günther Gonzales: «La publicidad registral se puede definir como el sistema de divulgación encaminado a hacer cognoscible determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y seguridad del tráfico». GONZALES BARRÓN, Günther. «Bases fundamentales del derecho registral». En *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, n.º 4-5 (2015-2016).

<sup>24</sup> Según el artículo 6, inciso d), del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros (Resolución n.º 052-2004-SUNARP-SN) son inscribibles en el Registro de Derechos Mineros los «actos que declaren, transmitan, modifiquen, limiten o extingan obligaciones, derechos y atributos establecidos en la Ley General de Minería [...] y disposiciones complementarias que correspondan a las concesiones». Al amparo de esta norma y el artículo 42 del mismo reglamento, se permite la inscripción registral de cualquier contrato que verse sobre concesiones mineras, incluyendo contratos en los que se haya pactado una regalía en función a la producción de minerales extraídos de una concesión minera.

¿Estaría Mayor obligado a pagar la regalía a Juan? Creemos que no. La regalía acordada entre Juan y Junior en el Contrato de Transferencia Primigenio es una obligación que faculta a Juan a exigir a Junior (deudor) el cumplimiento del pago de la regalía conforme a los términos del Contrato de Transferencia Primigenio y, a su vez, impone a Junior el deber de pagar dicha regalía. La posición deudora en esa relación obligacional no ha sido transferida a Mayor bajo el Contrato de Transferencia Secundario como consecuencia de la inscripción de la regalía en registros públicos, puesto que no existe norma expresa alguna que imponga dicha consecuencia jurídica.<sup>25</sup>

Ahora bien, ¿eso significa que el ordenamiento jurídico no tutelará el interés de Juan en este escenario? Obviamente, no. Ante el incumplimiento de Junior, Juan podría ejercer los remedios contractuales a su disposición, incluyendo resolver el Contrato de Transferencia Primigenio, lo que ocasionaría que la titularidad de la concesión minera revierta a Juan. En este escenario, Mayor evidentemente vería complicado alegar buena fe para buscar que su derecho sea preservado, pues en mérito a la inscripción del Contrato de Transferencia Primigenio (y, consecuentemente, del pacto de regalías) conocía la existencia de la regalía y que Juan podía resolver el Contrato de Transferencia Primigenio en caso de incumplimiento.

Sin lugar a dudas, este es un ejemplo de «laboratorio», puesto que es casi un hecho que en la realidad, Mayor tomaría conocimiento de la existencia de esta regalía en el marco del *due diligence* realizado e identificaría el riesgo que Contrato de Transferencia Primigenio sea resuelto ante el incumplimiento en el pago de la regalía y, por ende, el riesgo que pueda perder en el futuro su titularidad sobre la concesión minera si no se cumple con pagar la regalía a Juan. Ante esta situación, es muy probable que Mayor decida asumir el pago de esta regalía, involucrar a Juan en el acuerdo con Junior, y descontar el valor de la regalía del precio a ser pagado a Junior. Sin embargo, el hecho que, en la práctica, esta situación vaya a ser manejada diligentemente por las partes no supone, de manera alguna, que ello se dé porque la regalía tenga el atributo de persecutoriedad.

La ausencia de persecutoriedad por mandato legal presenta un reto importante al momento de estructurar pactos de regalías en Perú, particularmente cuando son creados como mecanismo de financiamiento de proyectos mineros, pues hace necesario encontrar figuras que le otorguen a ese pacto un nivel de protección similar al que tendrían si tuvieran el atributo de persecutoriedad característico de los derechos reales.

### 3.3. *Eficacia*

Como hemos señalado, las regalías contractuales mineras tienen naturaleza obligacional en la medida que vinculan un derecho de crédito, consistente en la facultad del titular de la regalía de exigir al deudor el pago de una suma de dinero determinable, con un deber jurídico, consistente la necesidad del deudor de pagar al acreedor dicha prestación.

Ahora bien, sea que las regalías se hayan pactado como parte variable del precio por la venta de una concesión minera, como un derecho a ser intercambiado por acciones o como contraprestación a cambio de un pago en efectivo, las regalías se suelen pactar antes que exista una operación minera en marcha. En esos casos, típicamente su eficacia y exigibilidad se condiciona a tres hechos fundamentales: que se haya completado el desarrollo del proyecto minero; que la operación minera comience su producción comercial; y, que, efectivamente, se generen ingresos por la venta de minerales extraídos de la concesión minera.<sup>26</sup> Dentro de la autonomía privada, nada impide, claro está, que las regalías sean creadas con relación a una operación minera existente, en cuyo caso, las regalías serán válidas y exigibles inmediatamente luego de celebrado el pacto conforme a sus términos.

<sup>25</sup> Salvo, claro está, que en el Contrato de Transferencia Primario se haya pactado que, en caso de transferencia de la concesión minera, se deba incluir en el nuevo contrato de transferencia un pacto en favor de tercero (el vendedor original) para que se le reconozca su derecho a la regalía.

<sup>26</sup> Esto es relevante, puesto que supone que las normas del Código Civil aplicables a la «condición» como modalidad del acto jurídico sean aplicables a los pactos de regalías.

### 3.4. *Transferencia*

Como hemos indicado, por su naturaleza obligacional, las regalías son para su titular un derecho de crédito. Como tal, la transferencia de las regalías se regulará por las reglas generales aplicables a la cesión de derechos contempladas en los artículos 1206 y siguientes del Código Civil. En esa línea, la transferencia podrá realizarse sin el consentimiento del deudor, salvo que en el contrato se estipule lo contrario. Asimismo, la cesión deberá constar por escrito y será eficaz contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente.

Ahora, si bien conforme al artículo 1211 del Código Civil la cesión comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido,<sup>27</sup> salvo pacto en contrario, no todos los derechos vinculados a la regalía que pueden ser relevantes para el beneficiario serán transmitidos como consecuencia de la cesión del derecho, como lo serían en el caso de una cesión de posición contractual.

Por ejemplo, generalmente, los contratos más sofisticados donde se regula la adquisición de una regalía como mecanismo alternativo de financiamiento contienen una serie de derechos adicionales al pago mismo de la regalía como, por ejemplo, derecho a recibir cierta información financiera, derechos de visita, entre otros. Consideramos que estos otros derechos bajo un contrato de regalía no serían automáticamente transferidos junto con el derecho de regalía en virtud de una cesión de derechos efectuada al amparo del artículo 1206 y siguientes del Código Civil. En ese sentido, el mecanismo ideal para la transferencia de una regalía sería la cesión de posición contractual del contrato de regalía, lo cual exigirá la participación de las partes en el contrato original, salvo que éstas hayan prestado por anticipado su consentimiento a la cesión de posición contractual.

### 3.5. *Remedios ante el incumplimiento*

Por su naturaleza obligacional, los remedios aplicables en caso de incumplimiento en el pago de las regalías, luego que sean exigibles según pacto correspondiente, serán aquellos pactados por las partes al amparo de su autonomía privada y, supletoriamente, los que establece el Código Civil.

Así, por ejemplo, el propio contrato puede regular el interés moratorio aplicable en caso de incumplimiento en el pago y la constitución automática en mora. Caso contrario, supletoriamente, aplicarían las reglas de constitución en mora e intereses legales contempladas en el Código Civil. De la misma manera, las partes podrían pactar que el incumplimiento del pago de la regalía será una causal de resolución expresa del contrato o, en todo caso, a falta de pacto expreso, procurar resolver el contrato de acuerdo a las reglas generales sobre resolución contractual previstas en el Código Civil.

### 3.6. *Exigibilidad de las regalías en un escenario de insolvencia*

Actualmente la legislación peruana utiliza dos conceptos para definir la insolvencia. Primero, una empresa será insolvente cuando no pueda cumplir con sus obligaciones por un determinado plazo. Segundo, se considerará que una empresa es insolvente cuando ha sufrido pérdidas acumuladas mayores al tercio de su capital social.

---

<sup>27</sup> Según Osterling y Castillo Freyre el «primer párrafo del artículo 1211 del Código Civil peruano, determina los elementos comprendidos dentro de la cesión de derechos, salvo que se pacte en contrario. Estos son los siguientes: (a) Los privilegios, entendiéndose como tales las órdenes de prelación para el cobro de una deuda o para la ejecución de alguna garantía; (b) Las garantías reales (prenda, anticresis o hipoteca); (c) las garantías personales (fianzas); y (y) los derechos accesorios del derecho cedido, vale decir, todos aquellos que se hubiesen constituido al amparo de aquel derecho». OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *La cesión de derechos*. Recuperado de <[http://www.osterlingfirm.com/Documents/articulos/140\\_%20La\\_cesion\\_de\\_derechos.pdf](http://www.osterlingfirm.com/Documents/articulos/140_%20La_cesion_de_derechos.pdf)>.

Ahora bien, ¿qué tratamiento debería otorgarse a las regalías contractuales mineras en un escenario de insolvencia considerando que tienen naturaleza obligacional? Esta no es una cuestión sencilla de resolver, pues como indicamos las regalías no tienen una regulación específica y, por tanto, se les debe aplicar las reglas generales del derecho civil.

Creemos que la respuesta depende si la regalía es eficaz y exigible o no al momento de iniciarse el concurso y si, además, en ese momento existe una deuda a cargo de la empresa insolvente. En efecto, si la regalía es eficaz y exigible al momento de iniciarse el concurso y existe una deuda a cargo de la empresa insolvente, los montos adeudados al titular de la regalía serán considerados como pasivos del deudor y estarán sujetos a las reglas generales aplicables a los créditos concursales. Si, por el contrario, la regalía aún no es eficaz y exigible, para fines concursales dicha regalía no tendrá relevancia jurídica alguna. Por último, consideramos que las deudas por regalías generadas durante el concurso por la continuidad de las operaciones de la empresa minera deberán tener el tratamiento de créditos post concursales, puesto que su devengo se producirá con posterioridad al inicio del concurso.

#### 4. ESTRUCTURA DE LOS CONTRATOS DE REGALÍA

Las regalías contractuales en la industria minera generalmente se pactan como una forma de contraprestación variable a favor de los vendedores de concesiones mineras para concederles un derecho sobre una parte de los flujos que se puedan generar en el futuro por la producción y venta de minerales extraídos de la concesión minera transferida. También se incluyen en el marco de *joint ventures* mineros según los cuales, cuando un participante ve su participación diluida por debajo de un cierto porcentaje, sus acciones se deben intercambiar por una regalía. Finalmente, como se ha señalado anteriormente, se utilizan como un mecanismo alternativo en la industria minera.

A continuación describiremos los tipos de regalía más comunes en el mercado, así como los pactos típicos que se utilizan en contratos de regalía que sirven como mecanismo alternativo de financiamiento de proyectos u operaciones mineras. A diferencia de los pactos de regalías en el marco de venta de concesiones mineras o contratos de *joint venture*, en el caso de los financiamientos a través de regalías en los que las regalías son el foco principal de la relación contractual, los contratos están diseñados para regular específicamente la creación, determinación, pago, transferencia de las regalías e incluyen pactos más detallados para proteger los intereses del titular de la regalía.

##### 4.1. Tipos de regalía

Hay varios tipos de regalías que se usan en la industria minera. Sin embargo, se puede afirmar que los tipos más comunes de regalías en el mercado son:

- *Regalía fija (Unit Royalty)*. La regalía fija está basada en una suma dineraria fija (p. ej., \$ 0,5) por cada unidad de medida vendida (p. ej. una tonelada), sin que se le aplique deducción alguna. Este tipo de regalía generalmente se usa para minerales de poco valor que pueden ser vendidos sin mucho procesamiento como, por ejemplo, carbón, hierro, fosfato, potasio, entre otros. Su ventaja por el lado del beneficiario es que es muy fácil de calcular y asigna al operador el riesgo de variaciones en el precio de los commodities y costos operacionales. En efecto, si los costos operacionales suben o los precios caen, esto afectará negativamente el margen operativo del operador. Por el contrato, si los costos operacionales bajan y/o los precios suben, el beneficio será íntegramente del operador.<sup>28</sup>
- *Regalía bruta (Gross Overriding Royalty)*. Este tipo de regalía se calcula como un porcentaje del precio de los minerales vendidos sin deducciones por costos de procesamiento o transporte. Este tipo de regalía también se utiliza en el caso de minerales que pueden ser vendidos sin mucho procesamiento.

---

<sup>28</sup> MONK, Alan. *Op. cit.*, pp. 25-26.

- *Regalía NSR (Net Smelter Returns o Retorno Neto de Fundición)*. Este tipo de regalía está basada en los ingresos que recibiría un operador minero por la venta de minerales a un *offtaker* (generalmente, asociado a una fundición o refinería). Por esta razón, a los ingresos recibidos por la venta del mineral se le realizan una serie de deducciones por costos asumidos por el operador minero luego que el mineral sale de la mina y antes que sea vendido, tales como costos de transporte y seguros desde la mina hasta la refinería o fundición, costos de refinación y fundición, muestreo, pruebas o marketing, así como penalidades por impurezas cobradas por la refinería o fundición. Para el caso de productores de oro, las deducciones suelen ser bajas, mientras que para el caso de metales base las deducciones son más relevantes. En este tipo de regalía no se deducen los costos operacionales, gastos de capital y otros costos y gastos del productor. Generalmente se pactan porcentajes que oscilan entre 0,5 % y 3 %.<sup>29</sup>
- *Regalía NPI (Net Profits Interest o de Utilidad Neta)*. Estas regalías están basadas en un porcentaje de las utilidades operativas del productor minero. Para ello, se suele crear una cuenta en la que se incluyan los gastos preoperativos, pérdidas operativas, gastos de capital y cargos por intereses. Se calculará las utilidades netas y se las restará de la cuenta creada. Las regalías únicamente serán pagaderas cuando efectivamente exista utilidad, es decir, desde que se cubran los costos mencionados.<sup>30</sup> Por ello, estas regalías únicamente serán pagadas luego que el productor minero haya recuperado su inversión en el desarrollo del proyecto, incluyendo costos pre-operativos. Los porcentajes típicamente oscilan entre siete y quince por ciento, aunque pueden ser más altos.<sup>31</sup>

Si bien cada tipo de regalía tiene sus ventajas y desventaja dependiendo de si se analizan desde la perspectiva del beneficiario o deudor, las regalías NSR son las que más se han utilizado en la industria minera y aquellas que generalmente se pactan cuando las regalías se crean en el marco de una operación alternativa de financiamiento. Este tipo de regalías es preferido por los beneficiarios porque los pagos se devengan luego de que produzca la primera venta, no siendo necesario esperar a que el operador minero recupere su inversión. Asimismo, son más fáciles de administrar para ambas partes puesto que la verificación de los cálculos resulta más sencilla y, además, tienen menos riesgo de ser manipuladas por el operador.<sup>32</sup>

## 4.2. Pactos típicos en los contratos de regalía

Cada contrato de regalías en el marco de un financiamiento alternativo puede tener sus propias particularidades y disposiciones contractuales dependiendo del tipo de regalía aplicado y las condiciones específicas de la transacción. Sin embargo, en general, los contratos de regalías que se usan para fines de financiamiento contienen los pactos que describiremos a continuación.<sup>33</sup>

### 4.2.1. Condiciones precedentes al desembolso

Los contratos de regalía en estructuras de financiamiento alternativo generalmente contienen una serie de condiciones precedentes que tienen que verificarse antes de cada desembolso. Estas condiciones

<sup>29</sup> NORTON, ROSE, FULBRIGHT. *Mining royalties in focus*. Recuperado de <<https://www.insideafricalaw.com/publications/mining-royalties-in-focus>>.

<sup>30</sup> Ver: BALDWIN, Christopher G. *Understanding Royalty Structures. Structuring More Effective Mining Ventures*. Conference Board of Canada, February 17-18, 2003. Lawson Lundell LLP.

<sup>31</sup> Ver: HARRIES, Karl J.C., *Mining Property Acquisition and Exploration Agreements*. *Op. cit.*, p. 187.

<sup>32</sup> Ver: BALDWIN, Christopher. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>33</sup> Para una descripción de los pactos típicos generalmente usados en la industria minera canadiense en contratos de regalías, ver: HARRIES, Karl J.C. «Mining Royalty Agreements Between Private Parties: the Relationship Between Payor and Recipient». En *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 14, n.º 3, 1996, pp. 354-381. Asimismo, se puede ver el modelo de contrato de regalías (AMPLA Model Royalty Deed o Modelo AMPLA) preparado por la Australian Mining and Petroleum Law Association (AMPLA). Ver GRACE, John y BASSETT, Robert. *Op. cit.*

precedentes tienen como finalidad que la empresa de *royalties* pueda optar por no efectuar el desembolso ante eventos que puedan modificar las condiciones bajo las cuales se firmó el contrato.

Las condiciones precedentes son diferentes a las condiciones suspensivas reguladas en el Código Civil y, por tanto, no se le aplicarán las reglas previstas en él (como, por ejemplo, el artículo 172 del Código Civil que señalan que es nulo un contrato cuando se pacte una condición meramente potestativa).<sup>34</sup>

Las condiciones precedentes en este tipo de transacciones están enfocadas en asegurar que las condiciones existentes a la firma del contrato se mantengan a la fecha de desembolso. Así, se establece como condiciones precedentes al desembolso que las declaraciones y garantías del operador continúen siendo veraces, ciertas y completas, que no haya incumplimiento con relación a las obligaciones que debieron ser cumplidas para ese momento, que no existan investigaciones o procedimientos contra el operador que puedan afectar la regalía, que las concesiones mineras continúen vigentes, entre otras.

En algunos casos se incluye como condición precedente el hecho que no haya ocurrido un *Material Adverse Effect* o «Efecto Sustancialmente Adverso». Esta condición precedente permite a la empresa de *royalties* no realizar el desembolso si ha ocurrido algún evento que afecte sustancialmente los negocios, operaciones, condición financiera del operador o del proyecto minero y generalmente excluyen cambios el mercado financiero, la economía global, el precio de los metales.

#### 4.2.2. *Determinación y pago de las regalías*

Las regalías no serán exigibles hasta que se haya completado el desarrollo del proyecto minero, la operación minera comience su producción comercial y efectivamente, se generen ingresos por la venta de minerales extraídos de la concesión minera. Para tal efecto, el operador del proyecto deberá notificar al titular de la regalía sobre el inicio de la operación comercial con algunos días de anticipación y, luego de recibido el primer pago por la venta de los minerales, el operador deberá calcular y pagar la regalía periódicamente. Una vez que sean exigibles, las regalías tendrán una duración indefinida y deberán ser pagadas mientras se produzcan y vendan minerales de las concesiones mineras a las que se vinculan.

La determinación y cálculo del monto de regalías a ser pagado en cada oportunidad corresponde al operador del proyecto, quien deberá sustentar su cálculo con un reporte escrito. Para efectos de determinar las regalías NSR, que son las más comunes, existen dos definiciones clave: Ingresos brutos (*Gross Revenue*) y Deducciones Permitidas (*Allowable Deductions*). En el Modelo AMPLA, la definición de *Gross Revenue* incluye todos los ingresos registrados por ventas de minerales al precio de venta pactado o basado en precios de referencia de mercado e incluye ingresos por seguros, menos deducciones por penalidades, reembolsos, reclamos o descuentos. Asimismo, se excluyen los resultados de actividades de *trading* tales como ventas *forwards*, futuros, opciones o el uso de instrumentos de cobertura. Por su parte, la definición de *Allowable Deductions* bajo el Modelo AMPLA es amplia e incluye los gastos en que se incurriría entre la mina y una refinería, excluyendo gastos de exploración, desarrollo y operación de la mina.

Para estos efectos, generalmente se establece que los ingresos por la venta de los minerales deberán hacerse en condiciones de mercado y bajo términos comerciales ordinarios (*arms-length basis*). En caso el titular de la regalía tenga objeciones a la determinación de la regalía y las partes no consigan

---

<sup>34</sup> Al respecto, concordamos plenamente con lo señalado por Sergio García Long, quien diferencia a las condiciones precedentes (*conditions precedent*), que tienen su origen en el derecho anglosajón, de las condiciones suspensivas reguladas en el Código Civil y que generan la ineficacia inmediata y de pleno derecho de un contrato. En primer lugar, señala García Long, las condiciones precedentes no generan la ineficacia del contrato, sino que funcionan como un presupuesto para pasar a otra etapa del mismo y, eventualmente, otorgan un derecho potestativo a resolver el contrato. Ver: GARCÍA LONG, Sergio. «La estructura contractual de los financiamientos bancarios». En GARCÍA LONG, Sergio (coordinador). *Derecho contractual financiero. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: Normas Jurídicas Ediciones, 2019.

ponerse de acuerdo entre ellas, se someterá la disputa a la determinación de un tercero quien auditará los registros contables del operador relativos al cálculo de la regalía.

En algunos casos, particularmente en el caso de regalías sobre metales preciosos, como lo son el oro o la plata, se establece que, a elección de titular de la regalía, las regalías podrán ser pagadas en especie, es decir, a través de la entrega de los metales producidos.

#### **4.2.3. Declaraciones y garantías**

Las declaraciones y garantías son manifestaciones sobre situaciones fácticas o legales relativas al declarante, sus negocios o algún activo de su propiedad cuya finalidad es reducir la asimetría informativa entre el declarante y el receptor de la declaración. Desde el punto de vista económico, debería existir un incentivo común entre las partes para reducir la asimetría informativa y los costos para adquirir información a través de declaraciones y garantías, pues asignan el riesgo a la parte que está en capacidad de asumirlo al menor costo posible. Por ello resultan mutuamente beneficiosas.<sup>35</sup>

Desde el punto de vista legal, las declaraciones y garantías son «una relación jurídica de garantía, por la cual, una parte asume un riesgo a cambio de una contraprestación y se obliga a indemnizar a su contraparte en caso el riesgo materialice».<sup>36</sup> En algunos casos, como en el caso de adquisición de empresas o activos, el remedio ante su incumplimiento será el pago de un monto dinerario denominado *indemnity* que funciona como un ajuste del precio pagado, mientras que en el caso de financiamientos, el remedio contractual será la suspensión de los desembolsos o aceleración del préstamo. En consecuencia, en la medida que la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías tienen consecuencias relevantes bajo el contrato, suelen ser cláusulas bastante negociadas.

En los contratos de regalías, las declaraciones y garantías realizadas por el titular de la concesión minera (deudor) son relativamente amplias y tienen como finalidad que el beneficiario de la regalía entienda la situación del titular del proyecto, así como de las concesiones mineras y el proyecto minero sobre cuya producción se han pactado las regalías.

Los contratos de regalías típicamente incluyen declaraciones y garantías sobre la existencia del titular y operador del proyecto minero, la obtención de aprobaciones corporativas requeridas, la validez y eficacia del contrato de regalías y su no contravención a normas, contratos o documentos societarios, la ausencia de procedimientos de reorganización societaria o insolvencia, la titularidad y vigencia de las concesiones mineras relevantes, la inexistencia de procedimientos o litigios que puedan afectar las concesiones mineras o la regalía, el cumplimiento de las leyes aplicables, la obtención de permisos necesarios para el desarrollo del proyecto (en el estado en el que se encuentre, entre otros. Asimismo, en Perú son particularmente relevantes las declaraciones sobre la inexistencia de mineros ilegales o informales en el área del proyecto, así como de conflictos sociales que pueden impedir el desarrollo del proyecto.

La falsedad de alguna declaración y garantía, dependiendo del momento en el que se produce puede ocasionar que se suspenda el desembolso, resuelva el contrato o, eventualmente, que el titular de la regalía pueda reclamar una indemnización por los daños que se le hayan causado, aunque este último supuesto no es muy usual.

#### **4.2.4. Decisiones sobre la operación y el desarrollo del proyecto**

Los contratos de regalía generalmente contienen disposiciones que establecen expresamente que el operador tomará las decisiones con relación a la exploración, desarrollo y operación del proyecto

<sup>35</sup> Para una explicación sobre la racionalidad económica de las declaraciones y garantías ver: GILSON, Ronald J. *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, 94 YALE, L. J. 239 (1984). Recuperado de <[https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/986](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/986)>.

<sup>36</sup> Ver GARCÍA LONG, Sergio. *Op. cit.*, p. 76.

minero. La única limitación que se le impone es que estas decisiones deberán ser realizadas de conformidad con las leyes aplicables y las buenas prácticas de la industria minera. Esto tiene mucho sentido, puesto que el titular de la regalía no es un socio en el proyecto.

Al respecto, el Modelo AMPLA establece que: (i) el deudor tendrá derecho a conducir las operaciones de exploración y explotación siempre que lo haga de manera segura y diligente y de una manera comercialmente razonable de acuerdo con las mejores prácticas mineras internacionales; (ii) el titular de la regalía no debe interferir con las operaciones del operador del proyecto; (iii) el deudor debe mantener las propiedades mineras vigentes, pero no asume ninguna obligación de explorar, desarrollar o explotaras; y (iv) el deudor tiene total discreción para decidir en todas las etapas del proyecto minero y no será responsable por minerales que se puedan perder o regalías que se dejen de pagar por sus decisiones.

#### **4.2.5. Derecho de recompra**

Los contratos de regalía generalmente conceden al operador el derecho a “recomprar” todo o parte de la regalía por un precio fijo durante un periodo de tiempo y usualmente antes que comience la operación comercial. El precio de recompra es generalmente mayor al pago inicial efectuado a cambio de la regalía y debería representar la apreciación en el valor de la regalía por el avance del proyecto minero.

El derecho de recompra es claramente beneficioso para el deudor de la regalía, puesto que será éste quien decidirá si ejerce o no el derecho dependiendo de los prospectos del proyecto. Por ello, debería ser cuidadosamente negociado, particularmente por el beneficiario de la regalía. Por ejemplo, el beneficiario de la regalía puede requerir que el derecho de recompra solo aplique a una porción de la regalía y, de esa manera, negociar un nuevo precio de recompra o retener esa parte de la regalía. El beneficiario también podría exigir que, ante determinados eventos, el deudor esté obligado a ejercer el derecho de recompra.

#### **4.2.6. Derecho de preferencia**

Los contratos de regalía usualmente contienen un derecho de adquisición preferente a favor del operador en caso el titular de la regalía reciba una oferta de compra de un tercero no vinculado que esté dispuesto a aceptar. De la misma manera, algunos contratos de regalía contienen un derecho de adquisición preferente a favor del titular de la regalía en caso el operador tenga la intención de celebrar un nuevo contrato de regalías o *streaming* con un tercero en relación con el proyecto minero.

En ambos casos se deberá notificar la recepción de la oferta y la contraparte tendrá la facultad de ejercer o no su derecho de adquisición preferente en los mismos términos ofrecidos dentro de un plazo determinado.

#### **4.2.7. Entrega de información y derecho de inspección**

Los contratos de regalía incluyen obligaciones de entrega periódica de información sobre la producción minera histórica y proyectada, recursos y reservas, información financiera del operador, así como información que permita al titular de la regalía verificar que el cálculo de la regalía haya sido correctamente efectuado. Asimismo, se otorga al titular de la regalía el derecho de inspeccionar el proyecto minero a su costo y riesgo.

#### **4.2.8. Transferencia de las concesiones mineras**

Los contratos de regalía establecen restricciones a la transferencia de las concesiones mineras vinculadas a la regalía. En efecto, generalmente se pacta que el operador no podrá transferir las concesiones mineras salvo que: (i) el titular de la regalía consienta la transferencia; o que (ii) el adquirente, el titular

de la regalía y el operador celebren un acuerdo en virtud del cual el adquirente asuma las obligaciones bajo el contrato de regalía.

### **4.3. Garantía**

Las obligaciones del operador del proyecto, en particular el pago oportuno de la regalía, pueden garantizarse con garantías personales o reales, tales como una hipoteca minera sobre las concesiones mineras para mitigar el riesgo de incumplimiento del deudor. Esto, claro está, siempre presentará algunas complicaciones en la relación con los acreedores financieros potenciales o existentes, quienes siempre exigirán garantías prioritarias y preferentes.

## **5. CONSIDERACIONES FINALES**

Como hemos podido apreciar, las regalías se han convertido en un mecanismo alternativo para el financiamiento de proyectos y operaciones mineras que, por sus múltiples beneficios tanto para las empresas mineras como para los inversionistas, viene adquiriendo mayor protagonismo en el mercado.

Sin embargo, como la mayoría de estructuras financieras, tiene su origen en otras jurisdicciones y, por lo tanto, las estructuras contractuales utilizadas son generalmente importadas debiendo ser adaptadas a la realidad y legislación peruana. La falta de regulación expresa de las regalías contractuales mineras en Perú, así como su categorización como relación obligacional y falta de persecutoriedad, presentan algunas complicaciones que los operadores jurídicos deberán tener en consideración al diseñar las estructuras contractuales para poder implementar estas transacciones. Esas estructuras deberán, en la medida de lo posible, satisfacer las expectativas de las partes, particularmente las empresas de royalties que en su condición de financiadores asumen los mayores riesgos, y replicar las condiciones usuales del mercado internacional.

ARBITRAJE INTERNACIONAL, INVERSIONES  
Y RECURSOS NATURALES  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
ENERO DEL 2023, CON F.M. SERVICIOS  
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,  
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795  
LIMA 18, PERÚ

