

Caso CIADI N° ARB/03/28

DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU INVESTMENTS NO. 1, LIMITED

Y

LA REPÚBLICA DEL PERÚ

(Procedimiento de Anulación)

DECISIÓN DEL COMITÉ *AD HOC*

Miembros del Comité *ad hoc*

Profesor Campbell McLachlan QC (Presidente)
Juez Dominique Hascher
Juez Peter Tomka

Secretaria del Comité

Srita. Natalí Sequeira

En representación de la República del Perú

Sr. Stanimir A Alexandrov
Sr. Daniel M Price
Sra. Marinn Carlson
Sidley Austin LLP
1501 K Street, NW
Washington, DC 20005

*En representación de Duke Energy International
Peru Investments No. 1 Ltd*

Sr. Arif Hyder Ali
Sr. Baiju S Vasani
Sra. Kassi D Talent
Sra. Marguerite C Walter
Sra. Emily Alban
Crowell & Moring LLP
1001 Pennsylvania Ave, NW
Washington, DC 20004

Sr. Dean M Moesser
Duke Energy International

Fecha de envío a las partes: 1 de marzo de 2011

ÍNDICE

I.	Introducción.....	[1]
A	La Decisión de Competencia y el Laudo del Tribunal.....	[2]
B	La Solicitud de Anulación.....	[9]
C	Resumen del procedimiento de anulación.....	[13]
II.	Las Presentaciones de las Partes	[25]
A	Presentaciones sobre la Decisión sobre Competencia	[28]
1	Competencia <i>ratione materiae</i>	[31]
2	Competencia <i>ratione temporis</i>	[40]
3	Competencia conferida a otros tribunales.....	[46]
B	Presentaciones sobre el Laudo en cuanto al Fondo.....	[51]
1	Estabilidad tributaria.....	[52]
2	Amnistía fiscal	[71]
3	Buena fe/doctrina de los actos propios	[75]
4	Daños	[81]
III	El Análisis del Comité <i>ad hoc</i>	[84]
A	El alcance de la revisión en virtud del Artículo 52 del Convenio del CIADI.....	[84]
B	Decisión sobre Competencia.....	[101]
1	El enfoque del Tribunal	[101]
2	El carácter de la Decisión sobre Competencia.....	[115]
3	Competencia <i>ratione materiae</i>	[124]
(a)	Extralimitación manifiesta de sus facultades.....	[124]
(i)	Aplicación del derecho aplicable.....	[125]
(ii)	Determinación del significado del CEJ con DEI Bermuda.....	[148]
(b)	Falta de expresión de motivos.....	[161]
(c)	Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.....	[167]
4	Competencia <i>ratione temporis</i>	[170]
5	Competencia conferida a otros tribunales.....	[183]
C	Laudo sobre el Fondo	[193]
1	Estabilidad tributaria.....	[196]
2	Amnistía fiscal	[224]
3	Buena fe/doctrina de los actos propios	[236]
4	Daños	[252]
IV.	Costos	[259]
V.	Decisión	[269]

I. INTRODUCCIÓN

1. El 15 de diciembre de 2008, la República del Perú (**'Perú'**) presentó en tiempo y forma una solicitud de anulación de la Decisión sobre Competencia emitida a favor de Duke Energy Investments Perú No. 1 Limited (**'DEI Bermuda'**) en el Caso CIADI N° ARB/03/28 y, con carácter subsidiario, solicitó la anulación parcial del Laudo.

A. La Decisión de Competencia y el Laudo del Tribunal

2. El Tribunal emitió la Decisión sobre Competencia el 1º de febrero de 2006 y el Laudo el 18 de agosto de 2008. El Tribunal estaba compuesto por L. Yves Fortier, C.C., Q.C. (Presidente, nacional de Canadá), el Dr. Guido Santiago Tawil (nacional de Argentina) y el Dr. Pedro Nikken (nacional de Venezuela)¹.
3. El procedimiento versaba sobre una inversión de Duke Energy International Investments No. 1 Ltd (**'DEI Bermuda'**, una empresa constituida de conformidad con las leyes de Bermuda) que en última instancia pertenece a Duke Energy International LLC (**'Duke Energy'**, una empresa constituida de conformidad con las leyes de los Estados Unidos), realizada a través de varias adquisiciones y reorganizaciones societarias relativas a la privatización de las participaciones en Egenor S.A.A., una generadora de electricidad peruana, la cual eventualmente se convertiría en Duke Energy International Egenor S.A.A. (**'DEI Egenor'**). En un esfuerzo por estimular las inversiones en las industrias privatizadas, el Gobierno peruano suscribió algunos Convenios de Estabilidad Jurídica (**'CEJs'**) con inversionistas. Entre ellos, se encontraba **'el CEJ con Egenor'**, cuya vigencia se extendió desde el año 1996 hasta el 2006. El Gobierno del Perú también sancionó la Ley Fusión-Revaluación (**'LFR'**) el 10 de enero de 1994, la cual garantizaba que no recaerían responsabilidades tributarias sobre las reorganizaciones societarias. Para poder beneficiarse de esta ley, DEI Egenor se fusionó con Power North S.A. en diciembre de 1996.
4. Después de que DEI Bermuda había adquirido participaciones en DEI Egenor, DEI Bermuda celebró el 24 de julio de 2001 con el Perú el llamado **'CEJ con DEI**

¹Tanto el Dr. Tawil como el Dr. Nikken emitieron disidencias parciales respecto del Laudo sobre distintas cuestiones. La Decisión sobre Competencia, el Laudo y dichas disidencias parciales están publicadas en el 15 ICSID Rep 100.

Bermuda'. El **CEJ con DEI Bermuda** tendría una vigencia de diez años a partir de la fecha de su celebración. En virtud de ese convenio, DEI Bermuda se obligó a realizar un aporte de capital a Duke Energy International Peru Holdings SRL (**'DEI Peru Holdings'**) de US\$200 millones (Cláusula Segunda) mientras que el Perú, a cambio, se comprometió a garantizar estabilidad jurídica para DEI Egenor sobre distintas cuestiones, entre ellas el impuesto sobre la renta (Cláusula Tercera (1)). En la Cláusula Novena, las partes acordaron que *'cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio será sometida'* a un arbitraje ante el CIADI.

5. El 26 de noviembre de 2001, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (**'SUNAT'**), la autoridad tributaria peruana concluyó que existía responsabilidades tributarias por aproximadamente US\$48 millones (incluidos intereses y multas) de DEI Egenor con respecto a los ejercicios fiscales 1996 - 1999 (la **'Determinación Fiscal'**)².
6. En el procedimiento de arbitraje, DEI Bermuda reclamó, entre otras cosas, que esta Determinación Fiscal constituía una violación de sus derechos en virtud del CEJ con DEI Bermuda. El Perú presentó excepciones a la competencia del Tribunal y a la admisibilidad de los reclamos. El Tribunal decidió llevar a cabo una audiencia separada para tratar las cuestiones de competencia y admisibilidad.
7. En la Decisión sobre Competencia del 1º de febrero de 2006, conteniendo los fundamentos del Tribunal, éste sostuvo que *'([l]a diferencia presentada por DEI Bermuda cae dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal'*³. Rechazó algunas de las excepciones a la admisibilidad planteadas por el Perú y trasladó otras a la etapa de análisis del fondo del procedimiento.
8. Mediante su Laudo del 18 de agosto de 2008, el Tribunal determinó que el Perú no era responsable frente a DEI Egenor en cuanto a una parte muy importante de los reclamos presentados por este último⁴. Sin embargo, con respecto al reclamo sobre la Determinación por Reevaluación de Activos (**'DRA'**) concluyó que la SUNAT había violado la garantía de estabilidad tributaria hacia DEI Egenor y, a su vez, hacia DEI Bermuda⁵. Asimismo, la mayoría de los miembros del Tribunal consideraban que la

² Decisión sobre Competencia [61].

³ *Ibíd. Dispositif* [168(1)].

⁴ Por ejemplo, el reclamo de la Determinación de la Depreciación, Laudo [307], [323].

⁵ *Ibíd.* [345] – [366].

DRA constituía un incumplimiento por parte del Perú del deber implícito de buena fe hacia DEI Bermuda estipulado en el CEJ con DEI Bermuda⁶. Como indemnización por la violación del CEJ con DEI Bermuda, el Tribunal ordenó al Perú que pagara a DEI Bermuda la suma de US\$18.440.746 más intereses simples⁷.

B. La Solicitud de Anulación

9. Con su Solicitud, el Perú solicita fundamentalmente la anulación de la Decisión sobre Competencia en su totalidad, lo que traería como consecuencia la anulación íntegra del Laudo⁸. Subsidiariamente, solicita la anulación parcial de *'las partes del Laudo que versan sobre (1) el efecto de la Amnistía Fiscal; (2) la Determinación por Revaluación de Activos (puntualmente las conclusiones sobre estabilización del régimen tributario y actos propios); y (3) el cálculo de daños'*⁹.
10. La Solicitud de Anulación de la Decisión sobre Competencia del Perú se basa primordialmente en el Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI (extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal). El Perú sostiene que el Tribunal ejerció una competencia *ratione materiae* que excedía el ámbito del consentimiento tal y como se establecía en el instrumento en las que éstas habían prestado el mismo, es decir, el CEJ con DEI Bermuda¹⁰. Además, el Perú alega que, al ir más allá del lenguaje llano del CEJ con DEI Bermuda, el Tribunal no aplicó el derecho aplicable¹¹. El Tribunal también excedió su competencia *ratione personae* al ejercerla sobre reclamos planteados por DEI Egenor y no por DEI Bermuda; y excedió su competencia *ratione temporis* al ejercerla sobre reclamos basados en hechos que ocurrieron antes de la celebración del CEJ con DEI Bermuda¹². El Perú, además, solicita la anulación del laudo en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI, argumentando que el Tribunal no explicó los motivos que fundaron su decisión de no aplicar el lenguaje llano del CEJ con DEI Bermuda¹³; y en virtud del Artículo 52(1)(d) del mismo Convenio, ya que al no respetar el ámbito del consentimiento de

⁶ *Ibíd.* [442].

⁷ *Ibíd.* *Dispositif* [501].

⁸ Transcripción, Día 2, 366/2-9 (Perú), 408/17-409/1 (DEI Bermuda).

⁹ Solicitud [101].

¹⁰ *Ibíd.* [36].

¹¹ *Ibíd.* [39].

¹² *Ibíd.* [40] – [41].

¹³ *Ibíd.* [43] – [44].

las partes y la falta de aplicación del derecho aplicable constituyen un quebrantamiento grave de una regla fundamental de procedimiento¹⁴.

11. La Solicitud del Perú de anulación parcial del Laudo se fundamenta ampliamente en los Artículos 52(1)(b), (d), y (e) para impugnar las partes mencionadas del Laudo¹⁵.
12. En el párrafo 102 de su Solicitud de Anulación, el Perú solicitó que el Comité *ad hoc* suspendiera la ejecución del Laudo hasta que emitiera su decisión (la '**Solicitud de Suspensión**').

C. Resumen del procedimiento de anulación

13. El 24 de diciembre de 2008, el Secretario General Interino del CIADI registró la Solicitud de Anulación presentada por el Perú. De conformidad con la Regla 54(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la ejecución del Laudo se suspendió provisionalmente hasta que el Comité *ad hoc* emitiera su decisión.
14. El 27 de febrero de 2009, el Presidente del Consejo Administrativo designó al Juez Dominique Hascher (nacional de Francia), al Profesor Campbell McLachlan QC (nacional de Nueva Zelanda) y al Juez Peter Tomka (nacional de la República Eslovaca) como miembros del Comité *ad hoc*, el cual fue debidamente constituido el 4 de marzo de 2009. Se informó a las partes el 16 de marzo de 2009 que los miembros del Comité *ad hoc* habían nombrado al Profesor McLachlan para el cargo de Presidente. También en esa fecha, el Comité invitó a las partes a acordar plazos para la presentación de sus escritos sobre la Solicitud de Suspensión del Perú, y propuso escuchar los argumentos orales sobre dicha Solicitud de Suspensión durante la Primera Sesión. Sugirió que la Primera Sesión tuviera lugar el 27 o 28 de abril de 2009 en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.
15. Durante la Primera Sesión, que se realizó en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya el 27 de abril de 2009, las partes confirmaron que no tenían objeciones en cuanto a la constitución del Comité o al nombramiento de sus miembros. Las partes acordaron ciertos plazos procesales con el Comité *ad hoc*, así como algunas instrucciones procesales para el desarrollo posterior del procedimiento de anulación. Se estableció que los idiomas del procedimiento serían inglés y español y que se prestaría interpretación simultánea durante la audiencia. El Comité emitiría

¹⁴ *Ibid.* [45] – [46].

¹⁵ *Ibid.* [79] – [100].

su Decisión tanto en inglés como en español; la traducción a este último idioma sería proporcionada por el Secretariado. Se fijó la audiencia para el 12 y 13 de abril de 2010 en la sede del CIADI en Washington, DC.

16. El 17 de abril de 2009 las partes presentaron simultáneamente escritos sobre la Solicitud de Suspensión presentada por el Perú y el 27 de abril del 2009 sus argumentos orales sobre la misma solicitud. Por medio de una carta de su Secretaria fechada el 5 de mayo de 2009, el Comité *ad hoc* confirmó que la suspensión provisional de la ejecución continuaría hasta que el Comité emitiera su Decisión.
17. El 23 de junio de 2009, el Comité *ad hoc* dio a conocer su Decisión sobre la Solicitud de Suspensión presentada por el Perú. El Comité decidió que la suspensión de la ejecución del laudo sólo continuaría si, dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación de la Decisión por parte del Secretariado del CIADI, el Perú proporcionaba una garantía oficial por escrito de que realizaría el pago íntegro de la obligación establecida en el Laudo dentro de los 30 días corridos posteriores a la Decisión sobre Anulación, en la medida en que el Laudo no fuera anulado.
18. Perú cumplió en proporcionar una garantía escrita el 17 de Julio de 2009 mediante una carta del Comité Especial a cargo de la representación del Estado peruano en diferencias internacionales relativas a inversiones.
19. Perú presentó su Memorial sobre Anulación el 31 de julio de 2009. DEI Bermuda presentó su Memorial de Contestación el 20 de noviembre de 2009. El Perú presentó su Réplica el 22 de enero de 2010 acompañada por la Opinión sobre la Cuestión de Anulación preparada por el Profesor W. Michael Reisman de fecha 20 de enero de 2010. DEI Bermuda presentó su Dúplica el 19 de marzo de 2010 junto con una Opinión del Profesor Rudolf Dolzer de fecha 14 de marzo de 2010.
20. La audiencia se llevó a cabo en Washington D.C. el 12 y 13 de abril de 2010. Las partes acordaron, mediante una carta conjunta del 26 de marzo de 2010, el cronograma de dicha audiencia. Asistieron a ella los abogados de las partes junto con el Sr. Fernando Quirós y la Sra. Yesenia Cabezas por la Embajada de la República del Perú en Washington D.C. y la Sra. Pat Smith por Duke Energy.
21. La mayoría de los documentos mencionados en los escritos de las partes se presentaron en formato electrónico junto con los escritos. Mediante una carta de fecha 9 de abril de 2010, el Presidente solicitó a las partes que prepararan listas de los documentos mencionados en el procedimiento de anulación que no se hubieran

presentado aún y que entregaran copias de esos documentos. Las partes lo hicieron al final de la audiencia.

22. Al concluir la audiencia, el Presidente dio por concluida la etapa oral del procedimiento e indicó que el Comité *ad hoc* notificaría a las partes a través del Secretariado cuando hubiere llegado a una Decisión.
23. El Comité *ad hoc* luego deliberó por varios medios de comunicación, lo que incluyó reuniones en Washington D.C. el 14 de abril de 2010, en París el 28 de julio de 2010 y en La Haya el 7 de septiembre de 2010. El 18 de noviembre de 2010, de conformidad con la Regla de Arbitraje 28, el Comité invitó a las partes a presentar sus respectivas declaraciones sobre costos el 1º de diciembre de 2010 y las partes así lo hicieron. DEI Bermuda también hizo una presentación escrita respecto a costos en la misma fecha. Por razón de ello, el Comité *ad hoc* le dio al Perú la misma posibilidad de realizar en respuesta una presentación escrita relativa a costos a más tardar el día 10 de diciembre de 2010.
24. El 14 de diciembre de 2010 se declaró el cierre del procedimiento de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

II. LAS PRESENTACIONES DE LAS PARTES

25. Como se explicó anteriormente, el Perú impugna de manera amplia la Decisión sobre Competencia del Tribunal y ciertas partes del Laudo. Los argumentos sobre cada una de estas cuestiones fueron desarrollados en detalle por las partes en sus escritos. En la audiencia, el Perú si bien mantuvo todas las causales que había planteado por escrito, atentamente hizo particular énfasis sobre algunas de ellas, entre los cuales se encuentran:

(a) Su impugnación a la Decisión sobre Competencia con fundamento en la extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal, específicamente:

- (i) el enfoque del Tribunal sobre su competencia *ratione materiae* (incluyendo el derecho aplicable a la determinación de esa cuestión); y,
- (ii) la presunción del Tribunal respecto a su competencia *ratione temporis* (incluido el argumento del Perú respecto a que el Tribunal se había

extralimitado en sus facultades dado que no resolvió sobre la excepción a la competencia *ratione temporis* efectivamente planteada por el Perú); y

(b) Su argumento de que el Tribunal no había dado los motivos para la parte del Laudo que establecía su ‘análisis umbral’, es decir, ‘*la conclusión del Tribunal de que DEI Bermuda podría realizar reclamos por incumplimiento del CEJ con Egenor gracias a su supuesta conexión en virtud del Artículo 23(a)*’¹⁶.

26. Esta sección de la Decisión sintetizará los argumentos que las partes plantearon sobre cada una de estas cuestiones, seguido por los argumentos adicionales relacionados con la Decisión sobre Competencia y el Laudo.

27. Antes de hacerlo, sin embargo, es menester mencionar también las presentaciones de las partes en cuanto al alcance de la anulación en virtud del Artículo 52(1). Como se indicó anteriormente, el Perú respaldó su Réplica con la Opinión del Profesor Reisman, que contenía un análisis de los estándares de anulación. En respuesta, DEI Bermuda presentó la Opinión del Profesor Dolzer. El Comité agradece a estos ilustres expertos sus opiniones y tendrá oportunidad de referirse en la Parte III a ciertos aspectos de la interpretación del Artículo 52(1), en la medida en que resulte pertinente y necesario para este análisis. No obstante, a pesar de la aparente diferencia de énfasis sobre algunas cuestiones de interpretación y enfoque entre los expertos, el Comité estima que no es necesario ocuparse de todos estos asuntos de forma abstracta teniendo en cuenta la confirmación que realizó el Perú durante sus presentaciones orales¹⁷:

Consideramos que el Artículo 52 debe leerse y aplicarse en sus términos a fin de mantener el equilibrio encontrado por los estados parte al Convenio del CIADI. Y eso es lo que le estamos pidiendo a este Comité ad hoc...

[L]a cuestión ante este Comité no consiste en determinar si el derecho de anulación se dirige en una dirección u otra o si las circunstancias ameritan o descartan la anulación...

Consiste en un ejercicio de análisis de casos específicos dentro del marco del mismo Artículo 52.

¹⁶ Transcripción, Día 1, 55/5-8.

¹⁷ *Ibid.* 120/17-21, 121/12-16, 122/1-3.

A. Presentaciones respecto a la Decisión sobre Competencia

28. Perú argumenta que la Decisión sobre Competencia debería anularse porque el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades, incurrió en el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y no expresó los motivos en que ella se fundó. Esta Decisión reproduce la estructura adoptada por las partes y, por ello, está esgrimida de forma que sigue las excepciones presentas por el Perú respecto de la competencia del Tribunal. Efectivamente, en su Solicitud de Anulación, el Perú reitera las mismas excepciones a la competencia del Tribunal que había planteado ante el mismo Tribunal, aunque ahora lo hace argumentando que las conclusiones sobre esos asuntos ameritan la anulación del Laudo en virtud del Artículo 52(1) del Convenio del CIADI.
29. Perú, por ende, sostiene que:
- (a) La conclusión de que el Tribunal tenía competencia *ratione materiae* debe anularse de conformidad con el Artículo 52(1)(b), (d) y (e);
 - (b) La conclusión de que el Tribunal tenía competencia *ratione temporis* debe anularse de conformidad con el Artículo 52(1)(b), (d) y (e); y
 - (c) La indebida arrogación por parte del Tribunal mismo de la competencia conferida a otros foros en virtud de otros CEJs requiere de anulación de conformidad con el Artículo 52(1)(b).
30. A continuación se analizarán las presentaciones de las partes sobre cada uno de estos puntos.

1. Competencia *ratione materiae*

(a) Los argumentos del Perú

31. La Cláusula Tercera del CEJ con DEI Bermuda garantizaba estabilidad jurídica ‘*en relación con la inversión a que se refiere la CLÁUSULA SEGUNDA*’. En virtud de la Cláusula Segunda (1), DEI Bermuda debía efectuar aportes de capital por US\$200.000.000 a DEI Peru Holdings. Las demás obligaciones asumidas por DEI Bermuda en la Cláusula Segunda eran subsidiarias a dicha obligación.
32. Perú sostiene que la protección de DEI Bermuda bajo el CEJ se limitaba *únicamente* a esa inversión de \$200.000.000 y que, por lo tanto, no se extendía a todas las

inversiones de DEI Bermuda en el Perú en general, sin perjuicio de que el aporte de capital formaba parte del proceso de adquisición de Egenor por parte de DEI Bermuda¹⁸. En su Réplica, el Perú destaca los antecedentes de los CEJs y el reconocimiento de DEI Bermuda, entre otros, de que eran necesarios numerosos CEJs para proteger las inversiones indirectas¹⁹. El Perú alega que el Tribunal no aplicó el derecho correcto al interpretar el CEJ, lo que lo llevó a realizar una interpretación errónea²⁰. Frente al argumento opuesto de DEI Bermuda, afirma que las Cláusulas Segunda y Tercera *son* cruciales para determinar la competencia ya que delimitan los asuntos a los que hace referencia la Cláusula Novena²¹.

33. Según el Perú, ante el Tribunal fue aceptado que, dado que el CEJ es un instrumento legal peruano, debe interpretarse con arreglo a la legislación civil del Perú²². El Perú alega que la ley peruana también resulta aplicable si se aplica el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI, y que el Tribunal no detectó ningún vacío en la legislación peruana así como ninguna inconsistencia entre sus disposiciones y las de derecho internacional que justificaran que éste se remitiera a los principios sobrevivientes del derecho internacional²³.

34. Perú señala que el Tribunal no se remitió a ninguna de las disposiciones aplicables del Código Civil del Perú en su Decisión sobre Competencia²⁴, ni analizó el enfoque apropiado para abordar la interpretación contractual²⁵. Tampoco indicó, como sostiene DEI Bermuda, que su enfoque estaba basado en una interpretación de 'buena fe' como dispone la legislación del Perú²⁶. Simplemente concluyó que tenía la facultad de ir más allá del significado literal de las Cláusulas Segunda y Tercera del CEJ con DEI Bermuda y considerar cuatro factores extrínsecos²⁷. El Perú afirma que el hecho de que el Tribunal no recurriera a las disposiciones pertinentes del derecho aplicable es señal de su absoluta falta de aplicación de la legislación adecuada²⁸.

35. Perú alega que si el Tribunal hubiera aplicado la legislación del Perú, había resuelto que carecía de facultades para ir más allá del 'significado llano' del CEJ. Así, habría

¹⁸ Memorial [116].

¹⁹ Réplica [60]-[61].

²⁰ Memorial [117].

²¹ Réplica [75], [79].

²² Decisión sobre Competencia [31]; Memorial [120]; Réplica [73].

²³ Memorial [122]; Réplica [82].

²⁴ Memorial [134]; Réplica [80] – [81].

²⁵ Memorial [137].

²⁶ Réplica [85], [89].

²⁷ Memorial [140].

²⁸ *Ibid.* [135].

determinado que sólo el aporte de capital de DEI Bermuda estaba protegido²⁹. Además manifiesta que debido a que se apartó de forma tan transparente y consciente del enfoque planteado por el Perú, que el error del Tribunal debe ser manifiesto³⁰.

36. Por último, Perú sostiene que el Tribunal efectivamente aplicó de forma errónea los cuatro factores extrínsecos en los que se basó y que la aplicación correcta de dichos factores habría llevado al Tribunal a desestimar su competencia³¹.

(b) *Los argumentos de DEI Bermuda*

37. DEI Bermuda comienza por argumentar que el Perú erróneamente califica como el 'derecho aplicable' los términos del CEJ, cuando de hecho las únicas disposiciones sobre competencia son el Artículo 25 del Convenio del CIADI y la Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda³². El Tribunal consideró que su función central era interpretar la Cláusula Novena, *'teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos (de las partes) que debe considerarse que las partes contemplaron razonable y legítimamente'*³³. Luego concluyó que la diferencia era sobre *'la interpretación, ejecución o validez'* del CEJ³⁴. DEI Bermuda afirma que las Cláusulas Segunda y Tercera no forman parte del derecho aplicable a los efectos de determinar la competencia, y que básicamente eran irrelevantes para definir si el Tribunal era competente en virtud de la Cláusula Novena³⁵.
38. DEI Bermuda manifiesta que para que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades, al haber llegado a esa conclusión, el Tribunal tendría que haber resuelto que sería imposible para DEI Bermuda fundamentar sus reclamos durante la etapa de análisis del fondo del procedimiento³⁶. Ésta sin embargo no fue la conclusión del Tribunal. Además, DEI Bermuda alega que el argumento del Perú no puede prosperar porque durante la etapa de análisis del fondo del procedimiento: (a) el Tribunal de hecho determinó que hubo un

²⁹ Memorial [131]; Réplica [70].

³⁰ Réplica [66].

³¹ Memorial [143] ff.

³² Memorial de Contestación [102].

³³ *Ibid.* [109], que cita a la Decisión sobre Competencia [77].

³⁴ *Ibid.* [111], que cita a la Decisión sobre Competencia [82].

³⁵ *Ibid.* [119].

³⁶ *Ibid.* [122].

incumplimiento; y (b) Perú reconoció que su conducta podía dar lugar a un incumplimiento³⁷.

39. Por último, DEI Bermuda considera que el Tribunal no omitió explicar los motivos en los que basó sus conclusiones³⁸. DEI Bermuda destaca que el Tribunal invocó el requisito de la legislación del Perú de que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de buena fe³⁹. Señala que, según sus expertos, la intención real debe prevalecer sobre la ‘literalidad’⁴⁰ y que, si la legislación del Perú fuera diferente en este sentido, intervendría el principio de derecho internacional de *pacta sunt servanda*⁴¹. En opinión de DEI Bermuda, el Perú no logra fundamentar su argumento de que el Tribunal resolvió la diferencia *ex aequo et bono*⁴². DEI Bermuda considera que el Tribunal no ignoró las Cláusulas Segunda y Tercera del CEJ, sino que explicó ‘*in extenso*’ los motivos que lo llevaron a adoptar su interpretación y proporcionó así los fundamentos de su decisión⁴³. DEI Bermuda sostiene que el Artículo 25 del Convenio del CIADI y la Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda bastaban como fundamento legal para la interpretación del Tribunal y que estaba absolutamente dentro de sus atribuciones el considerar los factores contextuales⁴⁴.

2. Competencia *ratione temporis*

(a) Los argumentos del Perú

40. Perú afirma que se había aceptado ante el Tribunal que el CEJ con DEI Bermuda era la única fuente de derechos de DEI Bermuda que se disputaba en el arbitraje⁴⁵. Dicho CEJ tiene vigencia desde el 24 de julio de 2001 hasta el 24 de julio de 2011. La determinación de la SUNAT que, según DEI Bermuda, violó el CEJ se emitió en noviembre de 2001.
41. Perú sostiene que hay dos aspectos de la competencia *ratione temporis*, y que el Tribunal sólo tomó en cuenta uno. En primer lugar, la ‘diferencia’ entre las partes

³⁷ *Ibid.* [124].

³⁸ *Ibid.* [132].

³⁹ *Ibid.* [133].

⁴⁰ *Ibid.* [135].

⁴¹ *Ibid.* [136].

⁴² *Ibid.* [140].

⁴³ *Ibid.* [144] – [147].

⁴⁴ *Ibid.* [150] – [151].

⁴⁵ Decisión sobre Competencia [146]; Memorial [105].

debe surgir durante el período especificado en el instrumento del consentimiento⁴⁶. El Perú nunca estuvo en desacuerdo respecto a que la diferencia – que se concretó gracias a la auditoría desfavorable de la SUNAT – se hubiera producido durante el período especificado en el CEJ. El reclamo del Perú era que el Tribunal no había satisfecho el segundo requisito para que se configurara la competencia *ratione temporis*: *‘las disposiciones sustantivas del instrumento en cuestión deben cubrir temporalmente los hechos en los cuales se basa el reclamo’*⁴⁷.

42. Perú afirma que la Cláusula Tercera (1) del CEJ sólo garantiza estabilidad para la legislación tributaria vigente a la fecha de celebración del convenio⁴⁸. Por ese motivo, considera que *‘[c]ualquier reclamo basado en premisas de hecho o de derecho que no estén comprendidas dentro del período de 10 años exceden el alcance de la disposición de estabilidad tributaria del CEJ’*⁴⁹. Sostiene que la determinación de la SUNAT implementó normas tributarias que habían aplicado a Egenor desde 1996 hasta 1999, reglas que no formaban parte del objeto del CEJ con DEI Bermuda. El Tribunal no se refirió a este aspecto de la competencia temporal, conformándose con la conclusión de que la diferencia surgió durante el período establecido en el CEJ⁵⁰. El Perú cuestiona el argumento de DEI Bermuda de que, al tratar el primer aspecto de la competencia *ratione temporis*, el Tribunal rechazó implícitamente la excepción a la competencia *ratione temporis* real que planteaba el Perú. Argumenta que el Tribunal pudo haber analizado el argumento presentado por el Perú y que, sin embargo, no lo hizo⁵¹.

43. En su referencia al Artículo 52(1) del Convenio del CIADI, el Perú alega que el Tribunal:

- (a) se extralimitó manifiestamente en sus facultades al ejercer una competencia de la que carecía y al no tomar en consideración uno de los argumentos planteados por una de las partes;

⁴⁶ Memorial [107].

⁴⁷ Memorial [107]; Réplica [44]. En este sentido, el Perú se respalda en la decisión del caso *Salini c. Jordania*, que sostuvo que ‘se debe distinguir cuidadosamente entre la competencia *ratione temporis* de un Tribunal del CIADI (es decir, la existencia de una diferencia) y la aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas que establece un TBI’: *Salini Costruttori SpA y Italstrade SpA c. Jordania*, Caso CIADI N° ARB/02/13, 9 de noviembre de 2004 (Decisión sobre Jurisdicción), [176].

⁴⁸ Memorial [109].

⁴⁹ *Ibid.* [110].

⁵⁰ Decisión sobre Competencia [148]; Memorial [112].

⁵¹ Réplica [47] – [51].

- (b) incurrió en el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento al no tomar en cuenta uno de los argumentos planteados por una de las partes; y
- (c) no expresó los motivos en los que fundó su decisión, ya que omitió el razonamiento que se requiere para pasar del Punto A (el argumento *ratione temporis* real planteado por el Perú) al Punto B (la conclusión del Tribunal de que tenía competencia temporal)⁵².

(b) Los argumentos de DEI Bermuda

44. La respuesta principal de DEI Bermuda es que el Tribunal sí analizó el argumento *ratione temporis* del Perú al sostener, en el párrafo 148, que el momento crucial había sido aquél en el que surgió la diferencia y *‘no el momento en que tuvieron lugar las cuestiones de hecho en las que se basa la diferencia’*⁵³. Según DEI Bermuda, el Tribunal tenía la facultad de definir la cuestión de la competencia *ratione temporis* para sí mismo⁵⁴. Habiendo tomado tal decisión, el Tribunal podía considerar todos los antecedentes de hecho relevantes para la diferencia, lo que efectivamente hizo⁵⁵. Haciendo referencia al argumento del Perú de que el CEJ con DEI Bermuda sólo estabilizó las leyes tributarias en vigencia desde el año 2001, DEI Bermuda sostiene que el Tribunal aplazó esta cuestión hasta la etapa de análisis del fondo del procedimiento.
45. DEI Bermuda sostiene que el Tribunal explicó apropiadamente su decisión, que rechazó el primer argumento y consideró el segundo como irrelevante, y que citó fuentes para respaldar su proceder. Según DEI Bermuda, no corresponde aplicar el principio de irretroactividad de los tratados en este caso porque el acto que se impugna ocurrió en noviembre de 2001⁵⁶.

3. Competencia conferida a otros tribunales

46. Mediante esta impugnación adicional a la Decisión sobre Competencia, el Perú intenta respaldar las dos excepciones específicas ya mencionadas con el argumento

⁵² Memorial [114] – [115].

⁵³ Decisión sobre Competencia [148]; citada en el Memorial de Contestación [87].

⁵⁴ Memorial de Contestación [90].

⁵⁵ Memorial de Contestación [89], que cita a la Decisión sobre Competencia [149] – [150].

⁵⁶ *Ibid.* [94] – [95].

global de que el Tribunal se extralimitó en sus facultades al asumir una competencia que se había conferido apropiadamente a otros tribunales en virtud de otros CEJs⁵⁷.

(a) *Los argumentos del Perú*

47. Perú comienza por argumentar que el Tribunal no tuvo en cuenta los restantes CEJs celebrados por el Perú, cada uno de ellos con una contraparte diferente, respecto de diferentes inversiones y con períodos de vigencias distintas⁵⁸. Esta afirmación contextualiza el argumento del Perú de que el enfoque íntegro sobre competencia asumido por DEI Bermuda – y que también adoptó el Tribunal – se diseñó para sortear las debilidades de las causas de acción individuales de las que disponía el grupo Duke Energy. El problema particular de Duke era que únicamente el CEJ con DEI Bermuda (y no, por ejemplo, el CEJ con Egenor) contenía una referencia al arbitraje ante el CIADI. Pero el CEJ con DEI Bermuda únicamente aplicaba a partir del año 2001, es decir, con posterioridad a los ejercicios fiscales respecto de los cuales la SUNAT emitió la determinación que, según Duke, violaba el CEJ⁵⁹. En otras palabras, el Perú considera que el Tribunal asumió su competencia respecto de un asunto que en realidad surgió en virtud de un CEJ diferente, el CEJ con Egenor, y no del CEJ con DEI Bermuda.

48. En cuanto a la causas de anulación establecidas en el Artículo 52(1) del Convenio, el Perú afirma que el Tribunal se negó a considerar al CEJ con DEI Bermuda un instrumento independiente de límites cuidadosamente trazados debido a su *‘preocupación equivocada por la capacidad de Duke Energy de obtener reparación en un único arbitraje por una gran cantidad de reclamos’*⁶⁰. El Perú manifiesta que la decisión que el Tribunal tomó estuvo más impulsada por la equidad que por el derecho, y por ello constituye una extralimitación manifiesta de sus facultades.

(b) *Los argumentos de DEI Bermuda*

49. La respuesta primordial de DEI Bermuda frente a este argumento es que el Tribunal resolvió acertadamente que la diferencia particular planteada en virtud del CEJ con

⁵⁷ Memorial [104].

⁵⁸ Memorial [92] ff; Réplica [93] ff.

⁵⁹ Memorial [94], [99]; Réplica [38].

⁶⁰ Memorial [93], [95].

DEI Bermuda no podía someterse ante ningún otro tribunal. Afirma que el Tribunal rechazó atinadamente las excepciones a la admisibilidad y competencia *ratione personae* opuestas por el Perú debido a que no se daban los tres requisitos de la ‘competencia concurrente’⁶¹.

50. En opinión de DEI Bermuda, el argumento del Perú de que el Tribunal debería haber desistido de su competencia a favor de otro foro ‘hipotéticamente disponible’ (en virtud de otro CEJ) no justifica su reclamo de extralimitación manifiesta de facultades⁶², especialmente debido a que no hay reglas que establezcan en qué circunstancias deben los tribunales del CIADI desistir de su competencia, sino más bien simples principios derivados del derecho internacional general. De hecho, DEI Bermuda advierte que el comité en el procedimiento de anulación del caso *Vivendi* confirmó que le es *prohibido* a un tribunal de arbitraje en materia de inversiones desistir de la competencia de la que goza a favor de un tribunal local⁶³.

B. Presentaciones sobre el Laudo en cuanto al Fondo

51. Perú también solicita la anulación parcial del Laudo⁶⁴. Si bien las partes organizaron sus argumentos de forma ligeramente diferente, sus presentaciones se referían a los siguientes puntos:
- (a) El efecto de la garantía de estabilidad tributaria, y en particular (i) la relación entre el Reglamento de la Inversión y la garantía de estabilidad tributaria⁶⁵; (ii) el significado de estabilidad jurídica en virtud del CEJ⁶⁶; y (iii) la determinación de si la DRA violaba la garantía de estabilidad tributaria⁶⁷;
 - (b) El efecto de la decisión de DEI Bermuda de invocar el procedimiento de amnistía⁶⁸;
 - (c) La conclusión del Tribunal sobre la cuestión de buena fe/doctrina de los actos propios⁶⁹; y

⁶¹ Memorial de Contestación [66], [68].

⁶² Memorial de Contestación [69].

⁶³ *Ibid.* [72], que cita a *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal ('Vivendi') c. Argentina* (Primera Decisión sobre Anulación) (2002), 6 ICSID Rep 327.

⁶⁴ Perú no pretendía la anulación de las conclusiones del Tribunal con relación a la Determinación de la Depreciación, un punto del que DEI Bermuda se vale de alguna manera más adelante.

⁶⁵ Memorial VI.C.1; Memorial de Contestación V.B.

⁶⁶ Memorial VI.C.2; Memorial de Contestación V.C.

⁶⁷ Memorial VI.C.3; Memorial de Contestación V.D.

⁶⁸ Memorial VI.B; Memorial de Contestación V.A.

(d) La cuestión de los daños⁷⁰.

A continuación, se resumen las presentaciones de las partes sobre cada uno de estos temas.

1. Estabilidad tributaria

52. Perú desarrolla dos argumentos sobre esta cuestión: en primer lugar, que el Tribunal no expresó los motivos que lo llevaron a concluir que el Artículo 23(a) del Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada aprobado por el Decreto Supremo N° 162-92-EF (el '**Reglamento de la Inversión**') 'vinculó' al CEJ con DEI Bermuda y al CEJ con Egenor; y en segundo lugar, que el Tribunal se extralimitó en sus facultades y no expresó los motivos para concluir que el Código Civil del Perú deja sin efecto la limitación sobre la acción de reparación prevista en el Artículo 23(a).

53. Para abordar estos argumentos, el Perú critica los cuatro pasos que realizó el Tribunal para razonar su Laudo: (i) el tratamiento que dio al vínculo entre el CEJ con Egenor y el CEJ con DEI Bermuda en virtud del Artículo 23(a)⁷¹; (ii) la decisión de complementar la acción de reparación específica contemplada en el Artículo 23(a) con otras acciones de reparación del Código Civil⁷²; (iii) la determinación de que la garantía de estabilidad tributaria en el CEJ con DEI Bermuda incluía tanto las leyes tributarias como sus interpretaciones oficiales⁷³; y (iv) la decisión de que una interpretación estable de la LFR permitía que las empresas obtuvieran ventajas fiscales a partir de una reorganización societaria, incluso si ésta se llevaba a cabo únicamente para procurarse esos beneficios⁷⁴. Los argumentos de las partes sobre cada uno de estos pasos se analizarán a continuación.

⁶⁹ Memorial VI.D; Memorial de Contestación V.E.

⁷⁰ Memorial VI.E; Memorial de Contestación V.F.

⁷¹ Laudo [201].

⁷² *Ibid.* [208].

⁷³ *Ibid.* [219].

⁷⁴ *Ibid.* [363].

(i) Vínculo entre el CEJ con DEI Bermuda y el CEJ con Egenor

(a) Los argumentos del Perú

54. Perú sostiene que DEI Bermuda pretendía que los efectos del Artículo 23(a) del Reglamento de la Inversión permitieran que el CEJ con DEI Bermuda preservara la situación vigente en el año 2001, que incluía el régimen tributario estabilizado por el CEJ con Egenor⁷⁵. El Perú impugnó esta postura y sostuvo que ni los propios CEJs ni los reglamentos peruanos pertinentes⁷⁶ permitían que el suscriptor de un CEJ se beneficiara de otro CEJ, y que dicha circunstancia era inconsistente con los términos del propio CEJ⁷⁷. El reclamo básico del Perú es que, si bien reconoció las diferentes opiniones de las partes sobre el tema, el Tribunal sólo dedicó una oración al análisis de este asunto y dejó entrever que el Perú había aceptado la pretensión de DEI Bermuda respecto del efecto del Artículo 23(a). No dio motivos adicionales que justificaran esta conclusión, y tampoco hizo referencia al argumento planteado por el Perú de que el Artículo 23(a) es un mecanismo regulatorio autónomo y no un medio por el que se puedan ampliar los CEJs existentes.
55. Perú está en desacuerdo con la afirmación de DEI Bermuda, respecto a que los abogados del Perú hayan aceptado el efecto de vínculo del Artículo 23(a)⁷⁸. El Perú también sostiene que la conclusión del Tribunal contradice su propia decisión de otorgar daños hasta el año 2011, ya que el CEJ con Egenor – que según el Tribunal era parte del CEJ con DEI Bermuda – sólo tenía vigencia hasta el año 2006.

(b) Los argumentos de DEI Bermuda

56. DEI Bermuda sencillamente disiente de la descripción de los hechos en el expediente que realiza el Perú. Afirma que el Perú, efectivamente, aceptó que en algunas circunstancias el Artículo 23(a) del Reglamento de la Inversión podía tener el efecto de ‘vínculo’ que DEI Bermuda alegaba⁷⁹. Manifiesta que cuando el abogado de DEI Bermuda señaló esta circunstancia y el Perú tuvo la oportunidad de desmentirla, no lo hizo.

⁷⁵ Memorial [201].

⁷⁶ Ley Nº 27.342 del Perú sobre la Regulación de los Convenios de Estabilidad Jurídica.

⁷⁷ *Ibid.* [203] – [204].

⁷⁸ Réplica [123] – [127].

⁷⁹ Memorial de Contestación [191], [194], [198].

57. DEI Bermuda también afirma que el Perú intenta ofuscar deliberadamente el asunto al introducir argumentos inconexos – como por ejemplo, la cuestión de si DEI Bermuda puede efectuar reclamos por incumplimiento del *propio* CEJ con Egenor – cuando se analiza el tema del vínculo. DEI Bermuda considera que el análisis del Tribunal fue simple: (1) DEI Bermuda sólo puede realizar reclamos por incumplimiento de su CEJ; (2) DEI Bermuda se basa en el Artículo 23(a) para vincular su CEJ con el CEJ con Egenor; (3) las partes coinciden en que el Artículo 23(a) puede tener este efecto; y (4) DEI Bermuda tiene derecho a reclamo si la garantía de estabilidad otorgada a Egenor en 1996 fue vulnerada después del 24 de julio de 2001⁸⁰.

(ii) *El Reglamento de la Inversión a la luz de las disposiciones del Código Civil*

(a) *Los argumentos del Perú*

58. Perú argumenta que el remedio previsto en el Artículo 23(a) del Reglamento de la Inversión consistía en la reducción del porcentaje de retención de impuestos que se aplicaba a los dividendos pagados a DEI Bermuda. Dicho remedio no procedió, sin embargo, porque el porcentaje de retención de impuestos que correspondía a DEI Bermuda era de cero por ciento⁸¹. El Tribunal no aplicó el lenguaje llano del Artículo 23(a) porque éste no proporcionaba una base suficiente sobre la cual se pudiera establecer una limitación de responsabilidad y, en cambio, recurrió al Artículo 1322 del Código Civil, que garantizaba el pago de daños por incumplimiento de una obligación⁸². El Perú afirma que esto constituyó una falta de aplicación de la norma correcta por parte del Tribunal, es decir, el Artículo 23(a). Al crear su propia remedio, el Tribunal se extralimitó en sus facultades. Esto también derivó en una falta de fundamentación, ya que el Tribunal no explicó expresamente cómo resolvió el conflicto entre el Artículo 23(a) y el Artículo 1322 del Código Civil. Finalmente el Perú afirma que el razonamiento del Tribunal es contradictorio, dado que no consideró el efecto de otros artículos del Código Civil en su interpretación sobre el vínculo del Artículo 23(a) y porque, a pesar de haber adoptado el mecanismo de

⁸⁰ Memorial de Contestación [207], que cita al Laudo [184], [194], [201] y [209].

⁸¹ Memorial [214].

⁸² Memorial [216], que cita al Laudo [205] – [209].

compensación del Artículo 23(a), el Tribunal resolvió más tarde que no podía utilizarse para el cálculo de la compensación.

(b) *Los argumentos de DEI Bermuda*

59. DEI Bermuda identifica algunas inconsistencias y aspectos ilógicos en los argumentos que realiza el Perú⁸³. Sustantivamente, argumenta que el Tribunal simplemente determina que el Artículo 23(a) del Reglamento de la Inversión no proporciona una limitación definitiva de responsabilidad, y que por tanto deja abierta la posibilidad de medios de compensación subsidiarios. No existe conflicto entre el Artículo 23(a) y el Código Civil; éste último simplemente sugiere un medio de compensación subsidiario. DEI Bermuda además alega que su Presentación Posterior a la Audiencia proporciona ‘amplios fundamentos basados en la legislación del Perú para invocar de esta forma el Código Civil’⁸⁴.

(iii) *El significado de ‘estabilidad tributaria’*

(a) *Los argumentos del Perú*

60. Una de las mayores discrepancias entre las partes ante el Tribunal era la cuestión de si la estabilidad tributaria preservaba no sólo las leyes tributarias (según argumenta el Perú) sino también ciertas interpretaciones de esas leyes (según argumenta DEI Bermuda). El Perú esgrime que al aceptar el argumento de DEI Bermuda, el Tribunal cometió errores anulables.

61. Luego de hacer referencia a disposiciones del Reglamento de la Inversión que garantizan la estabilidad de la *legislación* vigente⁸⁵, el Tribunal adoptó el argumento de DEI Bermuda. El Perú sostiene que, al hacerlo, el Tribunal omitió dar sus razones o explicaciones y que, por ello, violó el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI⁸⁶. Rechaza asimismo la postura de DEI Bermuda de que el razonamiento del Laudo es claro desde cualquier perspectiva que se lo mire y cuestiona su afirmación de que había mayor convergencia entre las partes de lo que el Perú reconoce⁸⁷. El Perú

⁸³ Memorial de Contestación [210] ff.

⁸⁴ *Ibid.* [222].

⁸⁵ Laudo [212] – [213].

⁸⁶ Memorial [225] – [226]; Réplica [142] – [143].

⁸⁷ Réplica [145] – [153].

además refuta a DEI Bermuda cuando ésta sostiene que el hecho de que no haya impugnado otra parte del Laudo impide que pueda impugnar ésta.

62. Perú también considera que la ausencia de cualquier referencia al derecho aplicable del Perú lleva a concluir que el enfoque del Tribunal sobre la estabilidad jurídica se desarrolló *'de forma ficticia'*, y no por aplicación de la ley⁸⁸. Por último, sostiene que el no haber aplicado la legislación correcta constituye necesariamente la violación de una norma fundamental de procedimiento.

(b) *Los argumentos de DEI Bermuda*

63. DEI Bermuda responde que si se analiza el razonamiento del Tribunal en este contexto del Laudo en general, ningún error anulable resulta evidente. Luego de mencionar las presentaciones de las partes y la prueba de los expertos, DEI Bermuda esgrime, en primer lugar, que el Perú y su experto coincidieron en que las normas estabilizadas debían aplicarse de una manera que no resultara *'ilegítima, irrazonable o manifiestamente incorrecta'*⁸⁹. En segundo lugar, aceptaron que los entes estatales debían implementar esas normas *'tal como [se las había] aplicado'*⁹⁰. Finalmente, las partes disintieron al analizar la cuestión de si una nueva interpretación debía ser *'radicalmente diferente'* para constituir un incumplimiento⁹¹.
64. Según DEI Bermuda, el Tribunal primero determinó que debía haber una interpretación estable al momento de la suscripción del CEJ en la que DEI Bermuda pudiera basarse. Las conclusiones del Tribunal, en palabras de DEI Bermuda, se basaban en la legislación correcta, es decir, el Artículo 10 del Reglamento de la Inversión⁹², y eran consistentes con los principios generales del derecho, en particular con la doctrina de la buena fe. Por último, el Tribunal concluyó que *'toda interpretación del derecho debe realizarse con fundamento en los principios básicos de razonabilidad'*⁹³. De esta manera, DEI Bermuda afirma que los argumentos de las partes y el derecho aplicable precisaban que el Tribunal se expidiera, como éste había indicado.

⁸⁸ Memorial [227].

⁸⁹ Memorial de Contestación [248].

⁹⁰ *Ibid.* [249].

⁹¹ *Ibid.* [250].

⁹² Decreto Supremo N° 162-92-EF (9 de octubre de 1992).

⁹³ Memorial de Contestación [260], en referencia al Laudo [226].

65. Finalmente, DEI Bermuda considera que si las conclusiones del Tribunal sobre este punto fueran anuladas por las razones adelantadas por el Perú, entonces lo mismo debería ocurrir con las conclusiones del Tribunal respecto de la Determinación de la Depreciación Tributaria (cuya anulación el Perú no pretende) que dependían completamente de la misma determinación⁹⁴.

(iv) Interpretación de la Ley Fusión-Revaluación

(a) Los argumentos del Perú

66. Perú afirma que DEI Bermuda realizó tres afirmaciones que fueron íntegramente aceptadas por el Tribunal: (i) que el régimen estabilizado para Egenor en 1996 incluía una interpretación estable de la LFR; (ii) que dicha interpretación permitía a las empresas obtener beneficios fiscales a partir de un proceso de reorganización societaria, incluso si tal proceso sólo se llevaba a cabo con ese propósito; y (iii) que la perspectiva de la DRA con respecto a la fusión de Power North no era consistente con la interpretación estable mencionada.

67. Perú cuestiona que el Tribunal haya adoptado la segunda afirmación. En primer lugar, argumenta que el Tribunal no aplicó la legislación apropiada al determinar los criterios para una interpretación estable. En segundo lugar, su aplicación de esos criterios resultaba ambigua y a la vez contradictoria dado que sólo se basaba en prácticas bien establecidas, aunque no se explicaba quién o quiénes realizaban tales prácticas, y por ello el Tribunal no había expresado los motivos de sus conclusiones⁹⁵. En tercer lugar, el Tribunal no hizo referencia al argumento del Perú de que se requiere el aporte del gobierno para lograr una interpretación estable. En cuarto lugar, el Tribunal se contradice cuando establece, primero, que en 1996 puede no haber habido una única interpretación estable de la DRA de 1994, y cuando afirma, después, que sí la hubo.

⁹⁴ *Ibid.* [263].

⁹⁵ Memorial [234]; ver, además, Réplica [164] – [172].

(b) *Los argumentos de DEI Bermuda*

68. DEI Bermuda afirma que los argumentos del Perú sobre este asunto no reflejan sino el pedido de que el Comité estudie el análisis que el Tribunal hace de las pruebas, tarea que excede las atribuciones del Comité.
69. Primero, DEI Bermuda afirma que no se configura una falta de aplicación de la legislación apropiada dado que el *contenido* de la ley – el significado de estabilidad – ya se había definido. La tarea del Tribunal consistía en *aplicar* la ley a las circunstancias de hecho; no había, pues, norma adicional alguna que debiera determinarse. Según DEI Bermuda, no hay fundamento para revisar el análisis efectuado por el Tribunal con fundamento en las pruebas. Segundo, incluso si el Comité estuviera facultado para examinar la prueba, DEI Bermuda sostiene que la evaluación que el Tribunal hizo de ésta, no resulta ni ambigua ni contradictoria.⁹⁶
70. Tercero, DEI Bermuda sostiene que el Tribunal no tenía obligación de considerar ninguna forma particular de prueba (en este caso sobre la necesidad del aporte del gobierno para lograr una interpretación estable) y, de cualquier forma, sí consideró la relevancia de las prácticas gubernamentales⁹⁷. Finalmente, alega que las razones con las que el Tribunal explicó que sí hubo una interpretación estable de la LFR en 1996 no resultaron contradictorias.⁹⁸

2. Amnistía fiscal

(a) *Los argumentos del Perú*

71. Perú argumenta que ésta planteó dos argumentos al Tribunal. En primer lugar, sostuvo que, al invocar el procedimiento de amnistía, Egenor aceptó que la determinación de la SUNAT era sustantivamente válida y no violaba ninguno de sus derechos, lo que invalidaba cualquier argumento contrario de su parte⁹⁹. En segundo lugar, el Perú señaló que al invocar el procedimiento de amnistía, Egenor renunció al derecho de impugnar la determinación. Refuta también el argumento planteado por DEI Bermuda cuando ésta sostiene que Perú no planteó esta distinción al Tribunal¹⁰⁰.

⁹⁶ Memorial de Contestación [276] – [285].

⁹⁷ *Ibid.* [286] – [290].

⁹⁸ *Ibid.* [292] – [294].

⁹⁹ Memorial [188].

¹⁰⁰ Réplica [107].

El Perú argumenta, finalmente, que si a Egenor no le era posible impugnar la determinación, DEI Bermuda tampoco podía hacerlo.

72. Perú afirma que el Tribunal no analizó el primer argumento, que hacía referencia a lo que denomina el *'efecto sustantivo de la amnistía fiscal'*¹⁰¹. Esta omisión, según el Perú, contribuyó con las conclusiones finales en su contra e implica una falta de exposición de motivos del laudo y una manifiesta extralimitación de facultades, dado que omitió pronunciarse sobre los asuntos presentados para su conocimiento.

(b) *Los argumentos de DEI Bermuda*

73. El primer argumento de DEI Bermuda es que el Perú jamás presentó dos argumentos – de carácter procesal y sustantivo – al Tribunal, sino que simplemente realizó un reclamo 'monolítico' que partía de la base de que el aceptar la amnistía impedía que el cuestionamiento de la deuda fiscal, basándose así en los términos del propio Sistema Especial de Actualización y Pago de Deudas Tributarias (**'SEAP'**) y en la doctrina de los actos propios¹⁰². DEI Bermuda afirma que el Perú en ningún momento trazó diferencia alguna entre los dos argumentos.
74. En su segundo argumento, DEI Bermuda afirma que incluso si el Tribunal hubiera reconocido expresamente los dos diferentes argumentos, no habría habido diferencia en el resultado. Sugiere que el argumento de la renuncia sustantiva, el Perú intenta reformular su afirmación de que los reclamos planteados por DEI Bermuda eran 'de hecho, reclamos tributarios'¹⁰³. El Tribunal desestimó la sugerencia de que los reclamos eran por incumplimientos de la legislación tributaria del Perú tanto en la Decisión de Competencia como en el Laudo, y por ello la aplicación de la doctrina de los actos propios con relación al fondo de las determinaciones resultaba irrelevante, ya que los reclamos se basaban en el incumplimiento de la garantía de estabilidad tributaria contenida en el CEJ y no en la violación de la legislación tributaria del Perú¹⁰⁴. DEI Bermuda finalmente señala que los tribunales no están obligados a considerar todos los argumentos que se les

¹⁰¹ Memorial [192].

¹⁰² Memorial de Contestación [168].

¹⁰³ *Ibíd.* [177].

¹⁰⁴ Laudo [179].

plantean ni a dar los motivos por los que rechazan cada argumento a menos que ello sea necesario para emitir su decisión¹⁰⁵.

3. Buena fe/doctrina de los actos propios

(a) *Los argumentos del Perú*

75. Perú señala que el Tribunal desarrolló su propio criterio sobre la aplicación de la obligación de buena fe contenida en la doctrina peruana de los actos propios¹⁰⁶. Luego concluyó que, efectivamente, el Estado había declarado que le permitiría a Egenor reclamar beneficios fiscales en virtud de la LFR debido a su fusión con Power North, y que la DRA posterior contradecía esa declaración¹⁰⁷.
76. En primer lugar, el Perú afirma que el Tribunal no expresó los motivos en los que se basó para concluir que DEI Bermuda podía beneficiarse de las declaraciones efectuadas a Egenor y Dominion y ‘ponerse en sus zapatos’¹⁰⁸. En segundo lugar, el Tribunal no explicó por qué DEI Bermuda pudo, en el año 2001, beneficiarse de las declaraciones realizadas en 1996 e ignorar al mismo tiempo las declaraciones en contrario que se habían efectuado en el ínterin (en particular, la opinión desfavorable de la SUNAT de 1999).
77. Perú luego sostiene que el Tribunal no aplicó la legislación del Perú para determinar el contenido de la doctrina de los actos propios. En lugar de ello, aplicó los principios de derecho internacional a pesar de que anteriormente había explicado que no existían vacíos o inconsistencias que justificaran la aplicación de tal derecho. Tampoco explicó, según el Perú, por qué ignoró la legislación de ese país o, particularmente, por qué empleó el derecho internacional¹⁰⁹ para hilar el tramo final de sus conclusiones, lo cual efectivamente invirtió la carga de la prueba sobre la cuestión de la fundamentación.
78. Perú también argumenta que el Tribunal no expresó los motivos por los cuales confió en las declaraciones y acciones de entes y funcionarios aparte de la SUNAT,

¹⁰⁵ Memorial de Contestación [184], que cita a *MCI Power Group LC c. Ecuador* (Decisión sobre Anulación), Caso CIADI Nº ARB/03/6 (19 de octubre de 2009), [67]; y *Empresas Lucchetti SA (sub nom. Industria Nacional de Alimentos SA) c. Perú* (Decisión sobre Anulación), Caso CIADI Nº ARB/03/4 (5 de septiembre de 2007), [128].

¹⁰⁶ Laudo [249] – [250].

¹⁰⁷ Memorial [244], que cita al Laudo [436] – [442].

¹⁰⁸ *Ibid.* [247].

¹⁰⁹ Puntualmente, el Artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, citado en [248] del Laudo.

siendo que el Perú explicó con gran detalle que sólo las declaraciones de la SUNAT resultaban válidas¹¹⁰. Finalmente, el Perú afirma que el Tribunal nunca explicó cómo resolvió la contradicción entre la conclusión de que Pedro Sánchez Gamarra, el Presidente de Electroperú, nunca negó haber recibido instrucciones del Gobierno del Perú, y la afirmación del Perú de que el Sr. Gamarra *en efecto* negó haber recibido tales instrucciones. Según el Perú, la falta de explicación de ambas conclusiones constituyen una causa de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e).

79. En respuesta al argumento planteado por DEI Bermuda de que la conclusión del Tribunal sobre los actos propios no es susceptible de revisión porque es *obiter dictum*, el Perú cuestiona que tal conclusión sea, de hecho, irrelevante para la decisión¹¹¹. Señala que si el Tribunal dedicó más de 20 páginas a la cuestión, entonces ha de ser relevante. Finalmente, si el Comité *ad hoc* decidiera anular las conclusiones primarias del Tribunal, entonces las conclusiones secundarias sobre los actos propios podrían, efectivamente, determinar si el Perú es o no responsable.

(b) *Los argumentos de DEI Bermuda*

80. DEI Bermuda afirma que las conclusiones del Tribunal en este punto son *obiter dicta* y que por ello no pueden dar pie a la anulación del Laudo¹¹². El Tribunal aclaró que sus conclusiones al respecto eran diferentes de las conclusiones sobre responsabilidad¹¹³.

4. Daños

(a) *Los argumentos del Perú*

81. Cada una de las partes presentó informes de expertos que cuantificaban el efecto de la DRA que era supuestamente erróneo: DEI Bermuda presentó un informe de Navigant Consulting, mientras que el Perú presentó uno preparado por Macroconsult. El Tribunal destacó que la lectura del informe de Navigant resultó

¹¹⁰ *Ibid.* [256] – [258].

¹¹¹ Réplica [181] – [183].

¹¹² Memorial de Contestación [296], que cita a *Vivendi supra* Nº 63, [65] y [86].

¹¹³ *Ibid.* [297], que cita al Laudo [379].

más sencilla y que el informe de Macroconsult carecía de la información que el Tribunal requería para verificar apropiadamente sus conclusiones ¹¹⁴.

82. Perú sostiene que el Tribunal no explicó qué datos faltaban en el informe de Macroconsult. Esta carencia de explicación, de acuerdo con Perú, implica una falta de exposición de motivos y por ende da pie a la causal de anulación prevista en el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI. Asimismo, el Tribunal nunca dio al Perú la oportunidad de enmendar el informe, y tampoco convocó al experto de Macroconsult como testigo para que participara del contra-interrogatorio. El Perú sostiene que ello le negó la posibilidad justa de presentar su caso, incurriendo así en el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, lo que constituye una causa de anulación en virtud del Artículo 52(1)(d) ¹¹⁵.

(b) *Los argumentos de DEI Bermuda*

83. En primer lugar, DEI Bermuda afirma que el Perú tuvo numerosas oportunidades de presentar su caso al haber presentado dos informes de expertos, contra-interrogar al testigo de DEI Bermuda, realizando presentaciones complementarias sobre daños el 1º de junio de 2007 y dedicando siete páginas de su Presentación Posterior a la Audiencia a esta cuestión. DEI Bermuda señala que el Tribunal simplemente evaluó las pruebas, facultad que el Perú reconoció que tenía, y explicó adecuadamente por qué rechazó las pruebas del Perú, expresando así sus motivos. Según DEI Bermuda, el Perú básicamente pretendía que el Tribunal lo ayudara a fundamentar su caso. DEI Bermuda sugiere que es ‘evidente’ que los tribunales no tienen obligación alguna de asistir a las partes en la determinación de la prueba que necesitan para fundamentar su caso ¹¹⁶.

¹¹⁴ Laudo [481] – [483].

¹¹⁵ Memorial [270] – [272]; Réplica [185] – [188].

¹¹⁶ Memorial de Contestación [303] – [310]; que cita a *Wena Hotels Ltd c. Egipto* (Decisión sobre Anulación) (2002), 6 ICSID Rep 129, [72].

III. EL ANÁLISIS DEL COMITÉ *AD HOC*

A. El alcance de la revisión en virtud del Artículo 52 del Convenio del CIADI

84. Perú pretende la anulación de la Decisión sobre Competencia y, subsidiariamente, la anulación parcial del Laudo en razón de tres supuestos del Artículo 52(1) del Convenio del CIADI¹¹⁷:

(b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;

...

(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o

(e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

85. No es necesario, a los efectos de esta Decisión, volver a exponer en detalle todos los principios aplicables a la interpretación de las facultades con que cuenta un comité *ad hoc* para anular un laudo en virtud del Artículo 52. El Comité *ad hoc* concuerda con la afirmación del Perú de que el Artículo 52 debe '*leerse y aplicarse en sus términos a fin de mantener el equilibrio establecido por los estados parte al Convenio del CIADI*' y que este es un '*análisis de casos específicos dentro del marco del mismo Artículo 52*'¹¹⁸. Sin embargo, ello no implica que el Artículo 52 deba interpretarse en el vacío. Por el contrario, las normas de interpretación del derecho internacional consuetudinario (las cuales se ha sostenido consistentemente están reflejadas de manera precisa en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹¹⁹) son tan aplicables al Artículo 52 del Convenio del CIADI como a las otras obligaciones establecidas por medio de tratados.

86. El Artículo 31(1) de la Convención de Viena establece la aplicación del significado corriente de las palabras dentro de una matriz más grande que comprende la buena fe, el contexto (como lo define de forma más puntual el Artículo 31(2)), así como el objeto y propósito del texto:

¹¹⁷ *Supra* [10] – [11].

¹¹⁸ Transcripción, Día 1, 120/17-20, 122/1-3.

¹¹⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ('Convención de Viena') (celebrado el 23 de mayo de 1969, en vigencia desde el 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 331; *Diferencia Territorial (Libia c. Chad)* [1994] ICJ Rep 6, [41]; *Mondev International Ltd c. Estados Unidos de América* (Laudo), 6 ICSID Rep 192, [43].

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

87. A este ejercicio central, el Artículo 31(3) agrega otras cuestiones a tenerse en cuenta. Ellas incluyen *‘toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes’* (Artículo 31(3)(c)), referencia que en sí misma denota todas las fuentes aplicables de derecho internacional, incluidos los principios generales de derecho¹²⁰. El Artículo 31(4) además permite atribuirle un significado especial a un término si se prueba que esa era la intención de las partes. El Artículo 32, por ende, permite también hacer referencia a los *travaux préparatoires* del Convenio del CIADI a fin de confirmar un significado al que se llega mediante la aplicación del Artículo 31 o de determinar el significado en los casos en que, al aplicar el Artículo 31, el sentido es ambiguo u oscuro o manifiestamente absurdo o irrazonable.
88. Al desarrollar esta tarea de interpretación, un comité *ad hoc* puede legítimamente remitirse a decisiones de otros comités de anulación, no porque sean formalmente vinculantes (ya que no lo son), ni para determinar si puede existir alguna uniformidad en las decisiones y en qué medida. Por el contrario, las decisiones de otros comités pueden ayudar a arrojar luz sobre ciertos aspectos del proceso interpretativo que el Comité tiene responsabilidad de resolver, asimismo en casos apropiados, la referencia a fuentes de jurisprudencia más amplias puede ayudar a determinar la existencia de un principio general del derecho aplicable a la interpretación del contenido del Artículo 52, o de otras disposiciones pertinentes del Convenio.
89. El análisis de cualquier decisión o laudo particular de un tribunal por parte de un comité de anulación con arreglo al Artículo 52(1) debe ser forzosamente específico para el caso en cuestión debido a que su tarea consiste en revisar la conducta de un tribunal en particular: su constitución, sus facultades, la conducta de sus miembros, el procedimiento y las razones expuestas en el laudo. Pero esto no equivale, por supuesto, a decir (y el Perú tampoco afirma lo contrario) que el Comité pueda considerar las excepciones planteadas por una parte a una decisión o laudo sin tener también en cuenta las causas enumeradas en el Artículo 52(1). Hacerlo significaría

¹²⁰ Artículo 38(1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

dar lugar a una apelación – un recurso que, por decisión de los Estados Contratantes en virtud del Artículo 53(1), no está disponible. Entonces, cuando una parte opone una excepción sobre un aspecto particular del proceso o la decisión de un tribunal, debe relacionar tal excepción con una causa específica de anulación conforme al Artículo 52(1), explicando cómo y por qué la excepción queda comprendida dentro de la causa específica que se invoca.

90. En el caso que nos ocupa, existen dos observaciones generales que son absolutamente relevantes para nuestro análisis: (a) la relación entre las diferentes causas de anulación en virtud del Artículo 52(1); y (b) el requisito de la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal conforme al Artículo 52(1)(b).
91. Perú basa su Solicitud de Anulación sustancialmente en los Artículos 52(1)(b), (d) y (e). Como se analiza en detalle en la Parte II de esta Decisión, frecuentemente el Perú invoca los tres supuestos del Artículo 52(1) con relación al mismo asunto. Esta práctica es completamente posible dentro del marco del Artículo 52(1), el cual permite que una parte solicite la anulación *'fundad[a] en una o más de las siguientes causas'*. Es frecuente que en las solicitudes de anulación del CIADI se establezca que el mismo aspecto de un laudo constituye no sólo una extralimitación manifiesta de facultades, sino también un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y una falta de expresión de los motivos por parte de un tribunal¹²¹.
92. Sin embargo, el Artículo 52(1) se divide cuidadosamente en numerales separados, que se refieren a causales de anulación diferente. La referencia a los *travaux préparatoires* confirma que los redactores del Convenio se esmeraron en evitar la omisión de conceptos diferentes al redactar el Artículo 52, por lo que separaron, por ejemplo, la causa del inciso (e) de aquélla en el inciso (d)¹²². Cada una de las causales identificadas por los Estados Contratantes en el Artículo 52 como suficientes para la anulación de un laudo, tienen un objeto y un propósito distintos. De esta forma, la determinación de si se ha excedido el alcance de las facultades conferidas a un tribunal supone diferentes consideraciones sobre si, en el ejercicio de tales facultades, ha omitido observar una norma fundamental de procedimiento. Así, también, el examen del procedimiento desarrollado por un tribunal involucra claras consideraciones en cuanto al análisis de los motivos que fundan una decisión o

¹²¹ Schreuer y otros, *The ICSID Convention: A Commentary* (2ed, 2009) 933.

¹²² *History of the Convention*, documentos sobre el origen y la redacción del Convenio ('History') Vol I, 230, 232.

laudo. Por ello, dado que no se puede excluir la posibilidad de que el mismo aspecto de un laudo constituya distintas causas de anulación en virtud del Artículo 52, si una parte desea presentar tal reclamo, deberá identificar por separado de qué manera cada una de estas cuestiones surge del mismo aspecto del laudo que se impugna.

93. En su Solicitud de Anulación de la Decisión sobre Competencia, el Perú (a pesar de hacer referencia a los Artículos 52(1)(d) y (e)) hace especial énfasis en su reclamos sobre extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal en virtud del Artículo 52(1)(b). El Perú también se apoya en el mismo artículo y en los incisos (d) y (e) en su solicitud de Anulación Parcial del Laudo.
94. El Artículo 52(1)(b) juega un rol importante en el control de los laudos sujetos al procesos de anulación, ya que está directamente relacionado con el principio del consentimiento mutuo que, como reconoce expresamente el Preámbulo al Convenio del CIADI y el Informe del Directorio del Banco Mundial sobre él, es fundamental para la ejecución de las obligaciones asumidas bajo el Convenio y la jurisdicción del Centro¹²³.
95. La cuestión de si un tribunal arbitral del CIADI ha excedido sus facultades se resuelve remitiéndose al acuerdo entre las partes. Es de ese acuerdo o compromiso que surgen las atribuciones del tribunal, y a partir de él se determina el alcance de esas facultades. En el caso de un reclamo bajo un acuerdo de inversión, las facultades del tribunal se determinan en base al compromiso de arbitraje incluido en el acuerdo de inversión o en relación a dicho acuerdo y bajo el Convenio del CIADI (que el compromiso de arbitraje incorpora por referencia). Juntos, estos dos elementos constituyen el compromiso de arbitraje de las partes y, por tanto, prescriben los parámetros que limitan las facultades del tribunal¹²⁴. Como sostuvo la Comisión de Derecho Internacional al formular su Proyecto de Reglas sobre Procedimientos Arbitrales, que a su vez dio origen al Artículo 52, una extralimitación de las facultades¹²⁵:

...es una cuestión que debe responderse mediante una comparación cuidadosa del laudo u otras acciones impugnadas por el tribunal con

¹²³ Preámbulo del Convenio del CIADI, considerandos (6) y (7); Informe de los Directores Ejecutivos, [23] – [25], que comienza así: ‘El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro’.

¹²⁴ Según Schreuer, *supra* Nº 121, 938.

¹²⁵ Comisión de Derecho Internacional, ‘Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure’, Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/92, 108.

las disposiciones pertinentes de la cláusula compromisoria. El incumplimiento de los términos de sumisión o la extralimitación en el ejercicio de la competencia debe ser claro y material y no dudoso y frívolo.

96. El concepto de ‘facultades’ de un tribunal va más allá de su competencia, puesto que se refiere al alcance de la tarea que las partes han encomendado al tribunal en cumplimiento de su mandato, y la forma en que debe llevarse a cabo dicha tarea según las partes. Es por ello, por ejemplo, que los Estados Contratantes al Convenio del CIADI aceptaron que la falta de aplicación del derecho elegido por las partes para resolver una diferencia (pero no su aplicación errónea) configura una extralimitación de las facultades de un tribunal¹²⁶, un punto que también aceptan otros comités de anulación¹²⁷. Al considerar la anulación en este sentido, es necesario tener en cuenta la siguiente observación respecto a la anulación que se realizó en el caso *Wena*¹²⁸:

El Comité tiene presente las opiniones vertidas en los casos Klöckner I, Amco I y MINE que sostienen que el hecho de no aplicar el derecho apropiado puede constituir una extralimitación manifiesta en las facultades de un tribunal y una causa de anulación. También es consciente de la distinción entre la falta de aplicación del derecho adecuado y el error in judicando trazada en Klöckner (I), y la consecuente necesidad de evitar la reapertura del fondo de la diferencia en los procedimientos que convertiría la anulación en una apelación.

97. Además, que el tribunal no se pronuncie sobre una cuestión que las partes le sometieron también constituye una extralimitación de facultades ya que el tribunal, en ese caso, no cumple con el mandato que le confieren las partes en su acuerdo¹²⁹.

¹²⁶ *History* Vol II, Parte 1, 518.

¹²⁷ Por ejemplo, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI Nº ARB/02/7) (Decisión sobre Anulación), 5 de junio de 2007, (*Soufraki c. EAU*), [85].

¹²⁸ *Wena*, *supra* Nº 116, [22].

¹²⁹ *Ibíd.* párrafo 44; *Vivendi c. Argentina*, *supra* Nº 63, [86].

98. Un comité *ad hoc* también debe estar convencido de que la extralimitación de facultades de un tribunal resulta manifiesta¹³⁰. Como afirmó el comité en el caso *MCI*, el Artículo 52(1)(b) ‘*sugiere un grado de prueba algo mayor que un análisis de búsqueda de las conclusiones del Tribunal*’¹³¹. No existe distinción alguna del estándar a aplicarse para determinar una extralimitación de facultades en base a una supuesta extralimitación respecto a la competencia y cualquier otro tipo de extralimitación de facultades. En ambos casos, la extralimitación debe ser manifiesta¹³².
99. Un comité *ad hoc*, por lo tanto, no puede anular un laudo si la postura del tribunal sobre una cuestión de derecho es defendible, incluso si el comité considera que es incorrecta desde el punto de vista legal¹³³. Sólo un comité *ad hoc* puede determinar la existencia de una extralimitación manifiesta de facultades teniendo en cuenta las cuestiones de hecho y de derecho sobre las que el tribunal arbitral funda su decisión y/o laudo a partir de los argumentos de las partes. Sin reabrir el debate sobre las cuestiones de hecho, el comité puede tomar en cuenta los hechos del caso como se presentaron en el expediente ante el tribunal para verificar si éste pudo llegar a una solución, por más discutible que sea. ¿Resulta la opinión del tribunal tan insostenible como para no estar respaldada por argumentos razonables? El hecho de que una solución sea discutible no implica que sea susceptible de anulación, dado que entonces la extralimitación de facultades no sería ‘manifiesta’.
100. El Comité deberá profundizar respecto al estándar del Artículo 52(1)(b) al aplicarlo a los hechos del caso que nos ocupa. Pero primero es menester resumir las consideraciones esenciales de la Decisión sobre Competencia del Tribunal. Esta, para utilizar el mismo lenguaje de la Comisión de Derecho Internacional, es la primera acción impugnada del Tribunal, que luego debe compararse con las disposiciones

¹³⁰ *Wena*, *supra* Nº 128, [25]. Ver también *CDC Group PLC c. República de las Seychelles* (Decisión sobre Anulación) (2005), 11 ICSID Rep 237, [41]; *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinea* (Decisión sobre Anulación) (1989) 4 ICSID Rep 79, [4.06]; *Mitchell c. República Democrática del Congo*, (Decisión sobre Anulación) Caso CIADI Nº ARB/99/7 (1 de noviembre de 2006), [20].

¹³¹ *Supra* Nº 105, [49].

¹³² *Rumeli Telekom A/S c. Kazakhstan* (Decisión sobre Anulación), Caso CIADI Nº ARB/05/16 (25 de marzo de 2010), [96].

¹³³ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República de Camerún*, Caso CIADI Nº ARB/81/2, (Decisión sobre Anulación) (1985), 2 ICSID Rep 95, [52]; y ver, a los mismos efectos, el *Caso sobre el Laudo Arbitral del 31 de Julio de 1989 (Guinea-Bissau c. Senegal)*, ICJ Rep. 1991, 53, [47]–[48]; *Gobierno de Sudán c. Sudan People’s Liberation Movement/ Army (el arbitraje ‘Abyei’)* (PCA, 22 de julio de 2009), [508]–[510], que se siguió en *Rumeli ibid.*

pertinentes del compromiso arbitral, para finalmente comprobar si la extralimitación fue efectivamente manifiesta.

B. Decisión sobre Competencia

1. El enfoque del Tribunal

(a) Procedimiento

101. El Tribunal estableció el siguiente procedimiento para analizar las excepciones que el Perú presentó a su competencia y admisibilidad:

(a) En su primera sesión del 28 de julio de 2004, el Tribunal decidió suspender la etapa de análisis del fondo de conformidad con la Regla de Arbitraje 41(3) del CIADI y bifurcar así los procedimientos. Invitó a ambas partes a referirse a las cuestiones de competencia y admisibilidad e indicó que decidiría en una etapa posterior tratar esas objeciones de forma preliminar o incorporarlas a la etapa de análisis del fondo de la diferencia¹³⁴.

(b) Las partes presentaron, según correspondía, los siguientes documentos: Memorial, Memorial de Contestación, Réplica y Dúplica sobre Competencia y Admisibilidad¹³⁵.

(c) La audiencia sobre competencia se llevó a cabo en la sede del Centro en Washington el 29 y 30 de marzo de 2005. Durante la audiencia, el Tribunal escuchó los argumentos orales realizados en nombre de ambas partes. Además, y después de solicitarlo, el Tribunal escuchó la declaración testimonial de un testigo de cada parte sobre los antecedentes de las negociaciones entre las partes con relación a los asuntos relevantes para la cuestión de la competencia¹³⁶.

(d) Luego de deliberar, el Tribunal emitió su Decisión sobre Competencia el 1º de febrero de 2006. Se decidió unánimemente que:

¹³⁴ Decisión sobre Competencia, [10].

¹³⁵ *Ibíd.* [11] – [12]. Cada uno de estos escritos aparece en los registros de estos procedimientos de anulación.

¹³⁶ *Ibíd.* [20] – [21].

*La diferencia presentada por DEI Bermuda cae dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal*¹³⁷.

(b) *Motivos*

102. El Tribunal comenzó su análisis de las cuestiones de competencia estableciendo los antecedentes de hecho, que se resumen a continuación¹³⁸:

(a) Los CEJ se celebraron dentro del marco legislativo adoptado por el Perú a principios de los años 90s, lo cual tenía el objeto de atraer y promover la inversión en el país¹³⁹. Esos CEJs eran de una naturaleza jurídica distintiva dentro del sistema jurídico peruano, ya que los regía el Código Civil y no estaban sujetos a modificaciones unilaterales por parte del Estado¹⁴⁰.

(b) Egenor fue constituida por el Perú para tener activos generadores de energía de propiedad estatal que serían privatizados. Inicialmente, Dominion Energy Inc. (**'Dominion'**) adquirió una participación mayoritaria en Egenor. Sin embargo, en 1999, Duke Energy se propuso adquirir a Egenor a través de una serie de transacciones que la llevaron, a fines de ese año, a ser dueña del 90% de Egenor (lo que le había costado US\$288 millones)¹⁴¹. El 18 de diciembre de 2002, Duke Energy, a través de DEI Bermuda, realizó un aporte de capital de US\$200 millones a DEI Peru Holdings, la cual utilizó los fondos para adquirir las participaciones de otras empresas de Duke en Egenor¹⁴².

(c) Perú había celebrado CEJ con Egenor, Dominion y la subsidiaria local de propiedad de Dominion¹⁴³. Ninguno de los CEJ, con excepción del CEJ con Dominion, incluía un acuerdo de arbitraje para resolver posibles diferencias ante el CIADI.

(d) Duke Energy *'se propuso obtener, a través de CEJs, la misma protección a las inversiones que la que había obtenido Dominion'*¹⁴⁴. Esto no podía lograrse mediante la cesión del CEJ con Dominion. Las partes, por ello, exploraron mecanismos alternativos para lograr el mismo resultado que se habría logrado si el CEJ con

¹³⁷ *Ibíd. Dispositif*, [168]. Las excepciones del Perú respecto de la admisibilidad fueron planteadas durante la etapa de análisis del fondo del procedimiento.

¹³⁸ *Ibíd.* Parte II.

¹³⁹ *Ibíd.* [24] – [27].

¹⁴⁰ *Ibíd.* [28] – [31].

¹⁴¹ *Ibíd.* [32] – [40].

¹⁴² *Ibíd.* [45].

¹⁴³ *Ibíd.* [46] – [49].

¹⁴⁴ *Ibíd.* [50].

Dominion hubiera sido cesible¹⁴⁵. La propuesta de Duke Energy presentada en febrero de 2000 consistía en la solicitud de un CEJ con DEI Bermuda, que se presentó efectivamente el 20 de junio de 2000. El Perú proporcionó un borrador de este convenio el 3 de abril de 2001. Duke Energy solicitó que se incluyera un acuerdo de arbitraje para someter diferencias ante el CIADI. El CEJ con DEI Bermuda finalmente se celebró el 24 de julio de 2001 y entró en vigencia inmediatamente. Incluía un acuerdo de arbitraje bajo los mismos términos que el CEJ con Dominion¹⁴⁶.

103. El Tribunal luego analizó sucesivamente cada una de las excepciones a su competencia *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis* planteadas por el Perú.

104. Al tratar la competencia *ratione materiae*, el Tribunal sostuvo que el acuerdo de arbitraje debía interpretarse de buena fe, sin adoptar una interpretación *a priori* estricta o amplia¹⁴⁷. Las partes acordaron, en la Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda, que someterían a arbitraje '*cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio*'. Concordantemente, el Tribunal interpretó que su tarea consistía en determinar si la diferencia realmente versaba sobre tales cuestiones¹⁴⁸.

105. El Tribunal recurrió a la Solicitud de Arbitraje de la Demandante para determinar el alcance de la diferencia. Enumeró los reclamos de DEI Bermuda de la siguiente manera¹⁴⁹:

1. Incumplimiento de la garantía de tratamiento igualitarios y de no discriminación de la inversión efectuada por DEI Bermuda en el Perú, en violación de lo dispuesto en la Sección 5 de la cláusula tercera del CEJ con DEI Bermuda;

2. Incumplimiento de la garantía de estabilidad del régimen tributario referida al impuesto a la renta con relación a la inversión efectuada por DEI Bermuda en el Perú, en violación de lo dispuesto en la Sección 1 de la cláusula tercera del CEJ con DEI Bermuda;

¹⁴⁵ *Ibíd.* [54].

¹⁴⁶ *Ibíd.* [55] – [58].

¹⁴⁷ *Ibíd.* [76] – [78], que cita a *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal* (Laudo) (1988), 2 ICSID Rep 164, [4.10], y *Amco Asia Corp c. Indonesia* (Decisión sobre Jurisdicción) (1983), 1 ICSID Rep 389, 394, [14].

¹⁴⁸ *Ibíd.* [82].

¹⁴⁹ *Ibíd.* [83], que cita a la Solicitud de Arbitraje [42] – [56].

3. Incumplimiento de la garantía de libre repatriación de la inversión efectuada por DEI Bermuda en el Perú, en violación de lo dispuesto en la cláusula tercera del Artículo 3 del CEJ con DEI Bermuda; e

4. Incumplimiento de las obligaciones de trato justo y de buena fe, y de la doctrina de los actos propios, en relación con la inversión efectuada por DEI Bermuda en el Perú, obligaciones implícitas en todos los contratos conforme al Código Civil del Perú y, en este caso específicamente, en el CEJ con DEI Bermuda.

106. El Tribunal luego estableció los términos de las Cláusulas Segunda y Tercera del CEJ con DEI Bermuda. En la Cláusula Tercera, el Perú realiza una serie de garantías específicas de estabilidad jurídica a favor de DEI Bermuda *‘en relación con la inversión a que se refiere la CLÁUSULA SEGUNDA’*. La Cláusula Segunda indica que la obligación de DEI Bermuda es la de realizar aportes de capital a DEI Perú por la suma de US\$200 millones¹⁵⁰.

107. Puesto que no debía prejuzgar las materias concernientes al fondo de la controversia, el Tribunal sostuvo que su tarea era *‘sencillamente examinar si éstas, según lo afirmado por el Demandante, caen dentro de su ámbito de competencia’*¹⁵¹. Citando jurisprudencia anterior del CIADI, el Tribunal consideró que debía estar únicamente convencido de que *‘prima facie la demanda, según lo expresado por los Demandantes al iniciar este arbitraje, se sitúa dentro del mandato jurisdiccional del arbitraje del CIADI, y en consecuencia de este Tribunal’*¹⁵².

108. El Tribunal sostuvo, en discrepancia con el argumento del Perú, que el reclamo se había establecido *prima facie*, y determinó que el fondo de los reclamos en virtud de la Cláusula Tercera (y la legislación del Perú) no se limitaba al significado literal de la Cláusula Segunda, la cual restringía su aplicación a la inversión de US\$200 millones que DEI Bermuda había realizado en DEI Perú¹⁵³. Esto ocurrió por cuatro motivos¹⁵⁴:

1. *El aporte de capital, sin más, no parecería satisfacer el requisito, según la legislación del Perú, de que una “inversión” respecto de la cual se otorgue un*

¹⁵⁰ *Ibíd.* [85].

¹⁵¹ *Ibíd.* [86].

¹⁵² *Ibíd.* [87], que cita a *Amco Asia, supra* Nº 147, 405, [38].

¹⁵³ *Ibíd.* [88] – [92].

¹⁵⁴ *Ibíd.* [92].

CEJ contribuya a una actividad económicamente productiva (es decir, que sea una inversión “activa”);

2. El aporte de capital no fue una transacción aislada, sino que fue una de las numerosas transacciones realizadas intencionalmente como parte de la privatización de Egenor;

3. Un enfoque restringido de los términos de la Cláusula Segunda del CEJ con DEI Bermuda como indicación de la “inversión” haría privar la forma sobre el fondo, al ignorar la finalidad del aporte de capital, que se describió en la solicitud que DEI Bermuda presentó para el CEJ con DEI Bermuda mencionada en la Cláusula Primera del mismo, y

4. Para determinar su competencia, los tribunales del CIADI han reconocido la unidad de una inversión aun cuando ella incluya acuerdos complejos expresados en varios acuerdos jurídicamente distintos y sucesivos.

109. El Tribunal luego procedió a desarrollar cada uno de estos cuatro motivos en detalle¹⁵⁵. Pero concluyó su análisis con la observación de que el hecho de que el Tribunal tenía derecho a considerar la inversión global no afectaba el alcance de los reclamos que podían interponerse¹⁵⁶:

[E]l Demandante deberá sustanciar sus reclamos, en la etapa de análisis del fondo de la cuestión, haciendo referencia exclusivamente a las garantías contenidas en el CEJ con DEI Bermuda y no a las contenidas en ninguno de los restante CEJs. Esta es una función de la redacción específica de la Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda y del fundamento jurídico de los reclamos del Demandante tal como fueron formulados en la Solicitud de Arbitraje, es decir, el alegado incumplimiento de las protecciones contenidas en el CEJ con DEI Bermuda y no en ninguno de los restantes CEJs.

110. Al analizar la competencia *ratione personae*, el Tribunal resolvió que las excepciones del Perú en este sentido, es decir, que los reclamos eran aquéllos de Egenor o de otras entidades que no se habían sometido a arbitraje ante el CIADI, eran en realidad materia de las excepciones a la competencia del Tribunal. No había duda de que el Tribunal tenía competencia *ratione personae* sobre una diferencia

¹⁵⁵ *Ibíd.* [94] – [134].

¹⁵⁶ *Ibíd.* [132].

entre DEI Bermuda y el Perú, y las excepciones a la competencia en razón de la materia ya habían sido analizadas¹⁵⁷.

111. Finalmente, el Tribunal se volcó hacia la competencia *ratione temporis*. El Perú había sostenido que el Tribunal no tenía competencia sobre los reclamos porque éstos se habían interpuesto respecto de hechos ocurridos antes de que el CEJ con DEI Bermuda entrara en vigencia el 24 de julio de 2001. Tales reclamos versaban, en particular, sobre la responsabilidad tributaria de Egenor en los ejercicios fiscales 1996 a 1999¹⁵⁸. DEI Bermuda alegó que el momento decisivo para determinar la competencia del Tribunal había sido aquél en el que surgió la diferencia de naturaleza jurídica entre las partes.

112. El Tribunal resolvió que *‘[e]l factor que es decisivo para la competencia ratione temporis del Tribunal es el momento en que surge entre las partes la diferencia de naturaleza jurídica y no el momento en que tuvieron lugar las cuestiones de hecho en las que se basa la diferencia’*¹⁵⁹.

113. Luego explicó¹⁶⁰:

En este caso, la diferencia de naturaleza jurídica surgió sólo después que el Demandado impuso la Determinación Fiscal a DEI Egenor, el 22 de noviembre de 2001, varios meses después de la fecha de entrada en vigencia del CEJ con DEI Bermuda. Fue en la Determinación Fiscal y no antes, cuando la SUNAT estableció la responsabilidad tributaria por aproximadamente US\$48 millones a cargo de DEI Egenor en lo que la SUNAT estipuló, en ese momento, como pagos insuficientes de impuestos desde 1996 hasta 1999.

Naturalmente, en la etapa de análisis del fondo de la cuestión el Tribunal tendrá competencia plena para considerar todas las cuestiones de hecho relacionadas con la diferencia, incluidas aquellas anteriores a la fecha de entrada en vigencia del CEJ con DEI Bermuda, a fin de determinar si el Demandado violó el CEJ con DEI Bermuda mediante una conducta que haya tenido lugar o alcanzara su “momento de consumación” tras su entrada en vigencia (es decir, con la Determinación Fiscal).

¹⁵⁷ *Ibíd.* [136] – [138].

¹⁵⁸ *Ibíd.* [146].

¹⁵⁹ *Ibíd.* [148], que cita a *Maffezini c. España* (Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción) (2000), 5 ICSID Rep 387, [95].

¹⁶⁰ *Ibíd.* [149] – [150], que cita a *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. México* (Laudo) (2004) 43 ILM 133, [66].

114. Después de resolver en su Decisión que tenía competencia para entender en la diferencia, el Tribunal procedió luego a analizar el fondo de la diferencia y no volvió a referirse en su Laudo al tema de la competencia.

2. El carácter de la Decisión sobre Competencia

115. Antes de analizar *seriatim* cada uno de los argumentos del Perú respecto a que por asumir competencia el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades, resulta necesario considerar desde un inicio el carácter de la Decisión sobre Competencia del Tribunal cuya anulación se ha solicitado ante este Comité. Esto ocasionó algunas discusiones durante la audiencia sobre competencia cuando se dio respuesta a una pregunta formulada por el Comité¹⁶¹. Es importante tratar este asunto con claridad ya que la forma en que el Tribunal ejerció sus facultades necesariamente impacta sobre la revisión del Comité.

116. Como se mencionó *supra*¹⁶², el Tribunal procedió sobre la base de que su tarea era *‘sencillamente examinar si éstas [las materias concernientes al fondo de la controversia], según lo afirmado por el Demandante, caen dentro de su ámbito de competencia’*¹⁶³. El Tribunal, haciendo referencia a jurisprudencia anterior del CIADI y a la Réplica presentada por el Perú, lo definió como un requisito para establecer un *‘caso prima facie’*¹⁶⁴. Determinó así que¹⁶⁵:

[E]l Demandante ha establecido prima facie que la diferencia cae dentro de su competencia, en el sentido que los reclamos expresados en la solicitud de arbitraje pueden constituir un incumplimiento del CEJ con DEI Bermuda.

No obstante, sostuvo en su *dispositif* que la diferencia *‘cae dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal’*¹⁶⁶.

117. Ya es común dentro de la jurisprudencia del CIADI que los tribunales invoquen un llamado *‘estándar prima facie’* aplicable a las excepciones a la competencia¹⁶⁷ y que respalden sus análisis remitiéndose a las decisiones de otros tribunales

¹⁶¹ Transcripción, Día 2, 336-342 (Perú); 453/19-454/14 (DEI Bermuda).

¹⁶² *Supra* [107].

¹⁶³ Decisión sobre Competencia, [86].

¹⁶⁴ *Ibid.* [87] – [88].

¹⁶⁵ *Ibid.* [90].

¹⁶⁶ *Ibid.* [168].

¹⁶⁷ Sheppard, “*The jurisdictional threshold of a prima-facie case*”, en Muchlinski y otros, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2009) 932.

internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia¹⁶⁸. Pero esta expresión puede ser engañosa ya que en realidad es una forma simplificada de dos aspectos distintos de la cuestión de la competencia, especialmente cuando se relaciona con la determinación de la competencia *ratione materiae*, aunque sólo el primero de ellos es el que ostenta la calificación de aspecto *prima facie*.

118. En primer lugar, debido a que – como observó correctamente el Tribunal – ‘de ninguna manera debe prejuzgar sobre las materias concernientes al fondo de la controversia’¹⁶⁹, un tribunal arbitral debe, a los efectos de la determinación de su competencia, suponer que los hechos que dieron lugar al reclamo presentado por la demandante son verosímiles (a menos que evidentemente carezcan llanamente de fundamentación). En este sentido, se puede decir que su determinación se realiza *prima facie*. Sin embargo, en segundo lugar, al aplicar los hechos que se presumen a la cuestión legal de la competencia, el tribunal debe caracterizar objetivamente tales hechos a fin de determinar finalmente si se encuentran o no dentro del alcance del consentimiento de las partes. Al efectuar la determinación, el tribunal no puede simplemente aceptar la caracterización de la demandante sin antes realizar un análisis de los hechos en cuestión. Así es como un tribunal cuya competencia se impugna encuentra el equilibrio entre evitar el pre-juzgamiento de la cuestión de fondo, por un lado, y determinar objetivamente la cuestión de competencia, por el otro.

119. El hecho de que debe lograrse un objetivo y determinación final constituyó un elemento central del razonamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Oil Platforms*¹⁷⁰:

*[L]a Corte no puede limitarse a destacar que una de las Partes sostiene la existencia de tal diferencia mientras que la otra la niega. Debe determinar si las violaciones del Tratado de 1955 que Irán argumenta están comprendidas o no dentro de las disposiciones del Tratado y si, en consecuencia, la Corte tiene competencia *ratione materiae* para entender en la diferencia en virtud del párrafo 2 del Artículo XXI.*

¹⁶⁸ Particularmente en *Oil Platforms (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)* (Excepción preliminar) [1996], ICJ Rep 803.

¹⁶⁹ Decisión sobre Competencia, [86].

¹⁷⁰ *Supra* N° 168, [16].

120. La Jueza Higgins aclaró correctamente la distinción aquí señalada en su Opinión Independiente, de la siguiente manera¹⁷¹:

Cuando la Corte debe decidir, en base a un tratado cuya aplicación e interpretación se impugna, si tiene competencia o no, esa decisión debe ser de carácter definitivo... No es suficiente, cuando se toma esta decisión definitiva, que la Corte resuelva que ha analizado reclamos relacionados con distintos artículos que constituyen “cuestiones discutibles” o “cuestiones de interpretación de buena fe”...

La única forma de determinar, en el caso que nos ocupa, si los reclamos planteados por Irán son suficientemente verosímiles en virtud del Tratado de 1955 es considerar verídicos pro tem los hechos que alega Irán e interpretar, en tal sentido, los Artículos I, IV y X a efectos de la jurisdicción, es decir, analizar si podría producirse la violación de alguno de ellos en base a los reclamos de hecho que efectúa Irán.

121. La misma distinción realizó en el contexto del arbitraje de inversiones el Tribunal del caso *UPS c. Canadá*, que sostuvo¹⁷²:

[El Tribunal] debe analizar prima facie las obligaciones bajo el TLCAN que UPS desea invocar y determinar si los hechos que se alegan pueden implicar la violación de tales obligaciones.

Esa formulación bien pone de manifiesto que el mero hecho de que una demandante afirme que la diferencia se encuentra dentro de la competencia del Tribunal no resulta concluyente.

....

Este análisis es por supuesto provisorio en el sentido de que el hecho que se alega debe aún probarse en la etapa de análisis del fondo del procedimiento. No obstante, cualquier resolución acerca del significado legal de la disposición jurisdiccional, como por ejemplo acerca de sus límites externos, es vinculante para las partes.

¹⁷¹ *Ibíd.* Opinión Independiente de Higgins, [31].

¹⁷² *United Parcel Service of America Inc. c. Canadá* (Laudo sobre Jurisdicción) (2002), 7 ICSID Rep 285, 296-7; y *ver*, a los mismos efectos: *Continental Casualty Co c. Argentina* (Decisión sobre Jurisdicción), Caso CIADI N° ARB/03/9 (2006), [60] – [64]; según Douglas, *The International Law of Investment Claims* (2009), Reglas 27 y 28, [502] – [527].

122. Las partes aceptaron precisamente esta distinción en sus presentaciones ante este Comité¹⁷³. Además, independientemente de la expresión simplificada que se utilizó en el párrafo 90 de la Decisión sobre Competencia, el Comité no tiene duda de que esto es, efectivamente, la base sobre la que el Tribunal realmente procedió. Sin llegar a ninguna conclusión final sobre el fondo de los reclamos de hecho que esgrimió DEI Bermuda, el Tribunal resolvió objetivamente si los supuestos hechos podían estar dentro de la competencia del Tribunal. En ninguna etapa posterior de los procedimientos se revisó o se exigió revisar estos temas.

123. Así, a los efectos de la revisión respecto de la anulación, este Comité tiene derecho a proceder sobre la base de que ante él se encuentra, en la Decisión sobre Competencia, la determinación definitiva del Tribunal de las cuestiones legales sobre su competencia. Con esto en mente, ahora puede analizar si, al confirmar su competencia de la forma que lo hizo, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

3. Competencia *ratione materiae*

(a) Extralimitación manifiesta de sus facultades

124. Perú afirma, al solicitar la anulación, que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando asumió la competencia *ratione materiae* en dos aspectos fundamentales: (i) al no aplicar el derecho aplicable para determinar el alcance del acuerdo de arbitraje entre las partes; y (ii) al implementar un enfoque respecto del significado del CEJ con DEI Bermuda que manifiestamente excedió su alcance¹⁷⁴. El Perú afirma en pocas palabras que, si bien finalmente no lo hizo, el Tribunal estaba obligado a aplicar únicamente la legislación del Perú para la determinación de su competencia *ratione materiae* y que, de haberlo hecho, habría tenido que adoptar una interpretación literal del CEJ con DEI Bermuda que habría excluido los reclamos de la Demandante.

¹⁷³ Transcripción, Día 2, 336-342 (Perú), 453/19 - 454/14 (DEI Bermuda).

¹⁷⁴ *Supra* [31] – [36].

(i) *Aplicación del derecho aplicable*

125. La excepción del Perú basada en la supuesta falta de aplicación del derecho aplicable por el Tribunal para determinar su competencia *ratione materiae* surge en un contexto en particular que distingue este caso, en al menos dos aspectos, de muchas otras impugnaciones basadas en esta causal: (i) el asunto al que se refiere la cuestión del derecho aplicable; y (ii) la fuente del consentimiento de las partes para someterse a arbitraje ante el CIADI.

126. En primer lugar, el Tribunal se enfrentó a una cuestión de competencia y no de sustancia. Cuando un Tribunal no aplica la legislación elegida por las partes al fondo de una diferencia, puede extralimitarse en sus facultades dado que no resuelve la diferencia conforme al mandato que le confían las partes. Lo mismo puede ocurrir cuando las partes no han elegido expresamente el derecho aplicable porque, en ese caso, el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI (que describe una de las ‘Facultades y Funciones del Tribunal’) se aplica para encomendar al tribunal que implemente un enfoque para definir el derecho aplicable.

127. Algunos argumentos del caso que nos ocupa se centraron en la interpretación apropiada del Artículo 42(1)¹⁷⁵ aunque, como el Perú admitió correctamente durante el transcurso de la audiencia sobre anulación, el Artículo 42 no es útil para determinar la competencia¹⁷⁶. Ese artículo se ocupa de la decisión del Tribunal sobre la diferencia sustantiva entre las partes. Así, pues, tanto los comités *ad hoc* como los tribunales han confirmado que *‘la jurisdicción del Centro es definida no por el Artículo 42(1) sino por el Artículo 25 del Convenio del CIADI’*¹⁷⁷.

128. El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI establece, en su parte pertinente:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante ... y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.

¹⁷⁵ Memorial [122]; Réplica [82]; Transcripción, Día 1, 36.

¹⁷⁶ Transcripción, Día 2, 461/10 – 462/3.

¹⁷⁷ *CMS Gas Transmission Co. c. Argentina* (Decisión sobre Anulación), Caso CIADI Nº ARB/01/8 (25 de septiembre de 2007), [68] y ver también *MCI supra* Nº 105, [40]. En cuanto a la confirmación de este enfoque en la etapa del Tribunal, ver: *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd c. Egipto* (*SPP c. Egypt*) (Decisión sobre Jurisdicción Nº 2) (1988), 3 ICSID Rep 131, y las demás decisiones que cita Schreuer *supra*, Nº 121, 550-2.

Entonces, la cuestión crítica para el alcance de la competencia del Tribunal en el presente caso consistía simplemente en definir si las partes habían acordado por escrito someter esa diferencia al Centro.

129. El consentimiento de las partes a la jurisdicción del Centro en el presente caso, se fundamenta en un acuerdo de arbitraje entre las partes incluido en un contrato de inversión, es decir el CEJ con DEI Bermuda. Es decir no se basa en una oferta unilateral de arbitraje contenida en un tratado bilateral de inversión que fuera aceptada por el inversionista por escrito. En años recientes, el sometimiento a la jurisdicción del CIADI por consentimiento contenido en tratados se ha vuelto cada vez más frecuente que el sometimiento a la jurisdicción del CIADI de conformidad con contratos. Sin embargo cuando se redactó el Convenio del CIADI, la vía contractual fue el primer camino por el que los redactores del Convenio previeron que los estados anfitriones y los inversionistas otorgarían su consentimiento a la jurisdicción del Centro¹⁷⁸.

130. En el presente caso, el acuerdo de arbitraje forma parte de la Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda, el cual establece:

Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación con el cumplimiento del presente Convenio se resuelvan de la manera más expeditiva posible, se conviene desde ahora que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio será sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser resuelta mediante arbitraje internacional de derecho sujetándose a las Reglas sobre Conciliación y Arbitraje establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, aprobado por el Perú, mediante Resolución Legislativa N° 26210.

Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida.

¹⁷⁸ Informe del Directorio [24], y ver Broches (1972) 136 *Recueil des Cours* 331, 335.

131. La separabilidad de un acuerdo de arbitraje respecto del contrato del que forma parte es actualmente un principio general del derecho internacional de arbitraje¹⁷⁹. Este principio está consagrado notablemente en el Artículo 16(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, el cual establece:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

Este principio ha sido reconocido en la ley de arbitraje del Perú dentro del marco de su adopción de la Ley Modelo¹⁸⁰.

132. Una de las consecuencias de la independencia del acuerdo de arbitraje es que la legislación que lo rige no depende de la ley que rige el contrato principal, de modo que el acuerdo de arbitraje puede estar sujeto a una ley diferente de la que rige el contrato principal¹⁸¹. El Perú argumenta que, en principio, esto es posible. Sin embargo, sostiene que ello no es lo que ocurre en el caso que nos ocupa¹⁸².

133. En este caso, ambas partes aceptaron que el contrato principal, el CEJ con DEI Bermuda, está sujeto a la legislación del Perú¹⁸³. La Cláusula Primera del CEJ con DEI Bermuda afirma que el CEJ se celebra *‘de conformidad con el Título II del Decreto Legislativo N° 662 y el primer capítulo del Título V del Decreto Legislativo N° 757’*. De conformidad con el Artículo 39 del Título V del Decreto Legislativo No. 757:

Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el

¹⁷⁹ Born, *International Commercial Arbitration* (2009) 311-353; Collins y otros, *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws* (14^o ed., 2006) [16-011]; Gaillard y Savage (editores) *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), [388] – [419]; Poudret y Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2^o ed., trad. Berti y Ponti, 2007) , [162] – [179]; *Plama Consortium Ltd. c. Bulgaria* (Decisión sobre Jurisdicción) (2005) 20 ICSID Rev-FILJ 262, [212].

¹⁸⁰ Artículo 106 de la Ley General de Arbitraje del 3 de enero de 1996 N° 26.572.

¹⁸¹ Born, *supra* N° 179, 354-357; Collins y otros, *ibid.* [16-012] ff.

¹⁸² Transcripción, Día 2, 460/17-22.

¹⁸³ Transcripción, Día 1, 29/6-38, 220-222.

Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

134. El Tribunal sostuvo lo mismo al afirmar que¹⁸⁴:

Conforme a la legislación del Perú, las disposiciones del Código Civil aplicables a los contratos privados en general también resultan aplicables a los CEJs y, como tales, estos convenios también están sujetos al principio del Contrato-Ley, según se establece en el Artículo 1357 del Código Civil de 1984.

....

Como contratos de derecho civil, la negociación, suscripción, interpretación y ejecución de las disposiciones establecidas en los CEJs se encuentran sujetos a los principios generales aplicables a los contratos celebrados entre partes privadas al amparo del Código Civil del Perú. Como tales, los derechos fundamentales otorgados por el Perú en virtud de un CEJ son derechos contractuales privados exigibles frente al Estado como si se tratara de un particular.

135. Asimismo, ambas partes aceptaron durante la audiencia sobre anulación que al interpretar el alcance del instrumento del consentimiento, es decir, la Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda, el Tribunal tenía derecho de remitirse a las cláusulas sustantivas del contrato principal (Cláusulas Segunda y Tercera) que definen el alcance del convenio y también la naturaleza de la inversión¹⁸⁵. Así lo hizo el Tribunal.

136. Sin embargo, las partes difieren en su opinión sobre el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Según el Perú, éste se rige únicamente por la legislación del Perú, específicamente por el derecho de los contratos del Perú¹⁸⁶. El derecho internacional no desempeña papel alguno en la interpretación de ninguna de las partes del CEJ con DEI Bermuda, incluida la Cláusula Novena. El Perú afirma¹⁸⁷:

El derecho internacional es relevante solo para determinar si la diferencia de la Demandante también cumple con los requisitos jurisdiccionales adicionales específicos del Artículo 25 del Convenio del CIADI. En otras

¹⁸⁴ Decisión sobre Competencia, [28],[31].

¹⁸⁵ Perú: Réplica [72] – [79]; DEI Bermuda: Transcripción, Día 1, 226/7 – 227/19.

¹⁸⁶ Transcripción, Día 2, 456/14-459/5.

¹⁸⁷ Transcripción, Día 2, 313/20-314/10.

palabras, ¿la nacionalidad del inversionista es la correcta? ¿Existe una inversión? ... El derecho internacional se aplica a la interpretación del Convenio del CIADI, no al CEJ....

137. Sobre esta base, el Perú afirma que el Tribunal incurrió en una extralimitación manifiesta de sus facultades al no aplicar la legislación del Perú – en particular, el derecho de los contratos del Perú – para determinar el alcance del acuerdo arbitral de las partes¹⁸⁸. Sin sugerir que la legislación peruana resultaba inadecuada para interpretar el CEJ con DEI Bermuda, el Perú afirma que el Tribunal, en su lugar, recurrió al derecho internacional y también invocó jurisprudencia del CIADI para justificar su distanciamiento del significado llano de las Cláusulas Segunda y Tercera¹⁸⁹.

138. En contraste, DEI Bermuda sostiene que tanto la legislación peruana como el derecho internacional resultan aplicables al acuerdo de arbitraje. Más precisamente, señala¹⁹⁰:

[E]l Tribunal debe determinar su competencia en un arbitraje ante el CIADI con referencia al derecho internacional a efectos de interpretar los requisitos bajo el Convenio del CIADI. Y cuando interpreta el instrumento del consentimiento y específicamente la parte del CEJ con DEI Bermuda que contiene dicho consentimiento, se debe hacer referencia al derecho internacional y a la legislación del Perú.

139. En un caso en el que, como aquí, las partes no han elegido expresamente una legislación específica que rija su acuerdo de arbitraje pero sí han acordado someter las diferencias relativas a la interpretación de un acuerdo de inversión (que se rige por la legislación del estado anfitrión) a arbitraje internacional en virtud del Convenio del CIADI (un instrumento de derecho internacional), el Comité estima que sería artificial e incorrecto referirse solamente al derecho aplicable al contrato principal para determinar el alcance del acuerdo de arbitraje.

140. La cuestión central, que plantea el mismo Artículo 25 del Convenio del CIADI, es la medida del *consentimiento* de las partes. Esta cuestión debe analizarse, como observó acertadamente el Tribunal¹⁹¹, a la luz de los principios generales enunciados

¹⁸⁸ Réplica [72], Transcripción, Día 1, 29/6 – 38/1.

¹⁸⁹ *Ibid.* [82] – [90].

¹⁹⁰ Transcripción, Día 1, 225/21 – 226/6.

¹⁹¹ Decisión sobre Competencia, [76] – [78].

en *Amco Asia Corp c. Indonesia* (un caso en el que se resolvió que el Centro tenía jurisdicción sobre una solicitud de inversión que el estado anfitrión había aceptado). El Tribunal sostuvo¹⁹²:

[Un] convenio de arbitraje no debe interpretarse restrictivamente ni, en realidad, amplia ni libremente. Debe interpretarse de modo que permite descubrir y respetar la voluntad común de las partes: tal método de interpretación no es sino la aplicación del principio fundamental de pacta sunt servanda, principio que es en verdad común a todos los sistemas jurídicos de derecho interno y al derecho internacional. Más aún —y esto es también un principio general de derecho— todo convenio, incluidos los convenios de arbitraje, deben interpretarse de buena fe, es decir teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos que pueda considerarse que las partes razonable y legítimamente han contemplado.

141. Al responder la cuestión del consentimiento en virtud del Artículo 25, un tribunal no está obligado a aplicar la legislación del estado anfitrión, incluso cuando el consentimiento de las partes deriva o surge de un acuerdo celebrado conforme la legislación del estado anfitrión. Así, en el caso *SPP c. Egipto*¹⁹³, la fuente de consentimiento del estado fue una disposición en su ley de inversión. Egipto afirmó que la legislación egipcia regía los asuntos jurisdiccionales y que, de conformidad con el Código Civil de Egipto, no se había celebrado ningún acuerdo de arbitraje válido. Este argumento fue rechazado por un tribunal presidido por Jiménez de Aréchaga. Aplicó en su lugar principios generales de interpretación y derecho internacional a la cuestión del consentimiento. En el caso *CSOB c. República Eslovaca*, la competencia del Tribunal derivó de un contrato. El Tribunal consideró, sin embargo, citando al caso *Amco* como aprobación, que¹⁹⁴:

La cuestión de si las partes han expresado efectivamente su consentimiento al arbitraje del CIADI no debe ser resuelta por referencia al derecho nacional. Es gobernada por el derecho internacional, como está expresado en el Artículo 25(1) del [Convenio del CIADI].

¹⁹² (Decisión sobre Competencia) (1983), 1 ICSID Rep 394, [14].

¹⁹³ *SPP c. Egipto*, supra Nº 177, [55] – [61].

¹⁹⁴ *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS ('CSOB') c. República Eslovaca* (Decisión sobre Jurisdicción) (1999), 5 ICSID Rep 330, [35].

142. Así, un tribunal del CIADI que resuelve sobre su propia competencia no precisa interpretar el instrumento del consentimiento solamente en base a la legislación nacional, sino que también debe considerar directamente si existe el requisito de la evidencia del consentimiento requerida por el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, tomando en consideración la voluntad conjunta de las partes en la cual se fundamenta el arbitraje y el principio general (ampliamente aplicado tanto en el derecho local como internacional) de buena fe.
143. Habiendo revisado cuidadosamente la Decisión sobre Competencia en este caso, el Comité *ad hoc* no tiene duda de que esto es exactamente lo que el Tribunal hizo. En el desarrollo de su tarea, el Tribunal no ignoró la legislación del Perú. Por el contrario, la primera razón que dio para su interpretación del alcance del consentimiento fue el *‘Requisito exigido por el Perú de que una inversión contribuya a una actividad económicamente productiva’*. El razonamiento del Tribunal en este punto está respaldado por referencia específica a la Ley de Inversión Extranjera del Perú y al Artículo 1357 del Código Civil peruano, que prevé expresamente que un CEJ sólo puede establecerse *‘con sustento en “razones de interés social, nacional o público”*¹⁹⁵. Además, planteó su análisis de la pertinencia de la Solicitud de un CEJ por parte de DEI Bermuda remitiéndose a los requisitos de la mencionada Ley de Inversión Extranjera¹⁹⁶.
144. Perú alega ante este Comité que el Tribunal debería haber considerado otras normas del derecho de los contratos del Perú en lugar de la Ley de la Inversión Extranjera¹⁹⁷. Pero reevaluar qué disposiciones puntuales de la legislación del Perú podrían considerarse relevantes para que el Tribunal determine su competencia excede las facultades de revisión conferidas a este Comité por el Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI. Un comité *ad hoc*, que no es un tribunal de apelación, no puede sustituir el análisis del tribunal de arbitraje respecto a los hechos y el derecho por el suyo propio.
145. Perú objeta en particular la referencia del Tribunal al principio de *‘unidad de la inversión’* como cuarto motivo de su decisión sobre el alcance del consentimiento de las partes. Afirmar que esta es una inadecuada referencia a un principio de derecho internacional que se esbozó para tratar reclamos con fundamento en tratados y que

¹⁹⁵ Decisión sobre Competencia, [94].

¹⁹⁶ *Ibid.* [113].

¹⁹⁷ Memorial [123] – [125]; Réplica [70], [80], [88].

por ello no puede aplicarse a la interpretación de un contrato enmarcado en el derecho peruano¹⁹⁸. El Perú presentó precisamente este argumento al propio Tribunal, que lo estudió y rechazó, con la siguiente explicación¹⁹⁹:

El Tribunal no está importando en este procedimiento una definición general de “inversión” derivada de los TBIs, junto con jurisprudencia inadecuada relativa a estos últimos. En los casos pertinentes, que se analizan más adelante²⁰⁰, los tribunales del CIADI han aplicado el principio de la “unidad de la inversión” en situaciones en las que el consentimiento al arbitraje del CIADI se encontraba en distintos contratos o convenios de inversión y no en un instrumento marco o “paraguas”, como un TBI. El Tribunal opina que los principios derivados de esos casos son directamente aplicables a la determinación de la inversión respecto de la cual las partes consintieron al arbitraje del CIADI en la Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda.

146. El Comité no considera que se haya aplicado una legislación incorrecta para determinar el alcance del consentimiento de las partes. Por el contrario, estima que el Tribunal procedió de conformidad con el enfoque general adoptado en la Decisión sobre Competencia del caso *Amco Asia*, es decir, ‘descubrir y respetar la voluntad común de las partes’ e interpretar el compromiso arbitral ‘de buena fe, es decir teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos que pueda considerarse que las partes razonable y legítimamente han contemplado’²⁰¹.

147. Resta entonces analizar en esta sección si, al interpretar la voluntad común de las partes según el alcance de su acuerdo de arbitraje, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

(ii) Determinación del significado del CEJ con DEI Bermuda

148. El Tribunal resolvió que la inversión protegida por el CEJ con DEI Bermuda no se circunscribía únicamente al aporte de capital de US\$200 millones efectuado por DEI Bermuda a favor de DEI Peru Holdings de conformidad con la Cláusula Segunda, sino

¹⁹⁸ *Supra* [33] – [34].

¹⁹⁹ Decisión sobre Competencia, [121].

²⁰⁰ *Holiday Inns c. Marruecos*, 1 ICSID Rep 645; *CSOB c. República Eslovaca*, *supra* Nº 194, [72], [74] – [75], [80] – [82]; *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (‘SOABI’) c. Senegal* (Laudo) (1988), 2 ICSID Rep 164, [4.10].

²⁰¹ *Supra* n 192.

que comprendía a la inversión mencionada en el CEJ, que había sido aprobada por el Perú, 'porque era parte integral de la inversión que Duke Energy efectuaba en DEI Egenor, una empresa en funcionamiento generadora de riqueza, empleo y prestadora de servicios públicos en el Perú (es decir, una inversión activa'²⁰².

149. Perú alega que sólo puede responsabilizarse por el contenido de lo que ha suscripto²⁰³. Afirma además que el Tribunal se extralimitó en sus facultades al no respetar el significado literal del CEJ con DEI Bermuda²⁰⁴. El Perú considera que el CEJ con DEI Bermuda no proporcionaba garantías de estabilidad jurídica respecto de Egenor o de otra obligación que no fuera el aporte de capital de US\$200 millones establecido en la Cláusula Segunda del CEJ con DEI Bermuda²⁰⁵. Según el Perú, el Tribunal no tuvo en cuenta el esquema del CEJ dado que había cinco CEJs vigentes, cada uno de los cuales cubría un segmento diferente de la inversión de Duke Energy en Egenor²⁰⁶.

150. Perú declara que se adaptó a los intereses de Duke Energy para adquirir Egenor a través de DEI Bermuda dentro de los límites del sistema del CEJ pero que esto no implica que el CEJ con DEI Bermuda se convirtiera en una fuente de protección global para una serie de inversiones que Duke había realizado mucho antes de que se suscribiera el CEJ con DEI Bermuda²⁰⁷. El CEJ con DEI Bermuda se estructuró para cubrir solo una porción de la inversión de Duke en el Perú porque todas las demás partes de su inversión ya estaban protegidas por sus propios CEJs. DEI Bermuda conocía este esquema de niveles múltiples de CEJs que se había diseñado para proteger secuencialmente cada etapa y cada canal de inversión²⁰⁸.

151. El Comité *ad hoc* opina que los reclamos de DEI Bermuda los cuales fueron resumidos por el Tribunal y se establecieron *supra*²⁰⁹ se relacionan con incumplimientos de las garantías sobre la inversión previstas en el CEJ con DEI Bermuda así como con incumplimientos de obligaciones generales en el marco del derecho de los contratos del Perú. Como reconoció el Tribunal, todos los reclamos se efectuaron en virtud de la Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda²¹⁰. Se

²⁰² Decisión sobre Competencia [99].

²⁰³ Memorial [137]; Transcripción, Día 1, 55, 56, 59; Día 2, 327.

²⁰⁴ Réplica [66].

²⁰⁵ Memorial [127] – [132].

²⁰⁶ Transcripción, Día 1, 12-19.

²⁰⁷ Transcripción, Día 2, 326-327.

²⁰⁸ Transcripción, Día 1, 60; Día 2, 329-332, 467, 468.

²⁰⁹ *Supra* [103].

²¹⁰ Decisión sobre Competencia, [80].

basaban en supuestas violaciones del CEJ con DEI Bermuda por parte del Perú que habían surgido de las consecuencias que generaron para DEI Bermuda las determinaciones fiscales del Perú respecto de Egenor²¹¹. El Comité *ad hoc* considera que DEI Bermuda no se equivoca al sostener que nunca planteó reclamos en representación de Egenor²¹². El Tribunal Arbitral siguió observando sus términos de referencia. Los motivos que fundaron la conclusión del Comité se explican a continuación:

152. Para determinar el alcance del acuerdo de arbitraje (Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda) sobre *‘cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio’*, es necesario, como concuerdan las partes, hacer mención de las cláusulas operativas del convenio. Claramente, en la etapa sobre la competencia esto no consiste en resolver si tales cláusulas pueden invocarse o no con éxito, sino en determinar el alcance del objeto del Convenio principal a que hace referencia el acuerdo de arbitraje.

153. La cláusula operativa, es decir, la Cláusula Tercera, proporciona ciertas garantías de estabilidad jurídica *‘en relación con la inversión a que se refiere la CLÁUSULA SEGUNDA’*. La Cláusula Segunda del CEJ con DEI Bermuda hace referencia al consentimiento de DEI Bermuda para:

Efectuar aportes dinerarios al capital de la empresa DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU HOLDINGS, S.R.L., constituida en la ciudad de Lima, inscrita en la Partida No.1184295 en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, por un monto de US\$200.000.000 (Doscientos millones y 00/100 Dólares de Estados Unidos de América) en un plazo no mayor de dos (2) años, contado a partir de la fecha de celebración del presente Convenio.

Pero el alcance de un acuerdo de arbitraje no se interpreta en base a palabras corrientes y aisladas, ya que el tribunal arbitral tiene la obligación, como ya observó el Comité, de *‘descubrir y respetar la voluntad común de las partes’* e interpretar el compromiso arbitral *“de buena fe, es decir teniendo en cuenta las consecuencias de los compromisos que pueda considerarse que las partes razonable y legítimamente han contemplado”*²¹³. Tal como se expuso en la Decisión sobre Competencia²¹⁴ la

²¹¹ Transcripción, Día 2, 386-387.

²¹² Transcripción, Día 1, 232/12-16.

²¹³ *Supra* [140], que cita a *Amco Asia*.

privatización de Egenor fue un proceso complejo. El CEJ con DEI Bermuda se celebró como parte de los esfuerzos de Duke Energy de consolidar la protección de sus inversiones en Egenor en el Perú.

154. DEI Bermuda reemplazó a Dominion y DEI Peru Holdings reemplazó a Inversiones Dominion Perú S.A. ('IDP')²¹⁵. Las Partes concuerdan que el CEJ con Dominion, que también contenía una cláusula de arbitraje ante el CIADI, no podía cederse por razones técnicas²¹⁶. Duke Energy, por tanto, declaró en febrero de 2000 que pretendía el mismo régimen de protección y estabilidad que se había otorgado a Dominion respecto de la adquisición de Egenor cuando Dominion realizó un aporte de capital por US\$228 millones a IDP, que fue sustituida por DEI Peru Holdings²¹⁷. DEI Bermuda explicó que diferentes medidas de protección (entre ellas la de estabilidad tributaria) reflejadas en el Reglamento de la Inversión²¹⁸ se otorgaban a favor de los inversionistas y de las empresas operadoras²¹⁹.

155. El 20 de junio de 2000, DEI Bermuda presentó una solicitud para un CEJ de inversionista extranjero y DEI Peru Holdings (que se constituyó en mayo del año 2000) presentó una solicitud para un CEJ de empresa receptora. Al analizar los términos de las dos solicitudes de CEJs, el Tribunal resolvió que éstos reforzaban el propósito del aporte de capital para permitir que Duke Energy consolidara su participación accionaria en Egenor²²⁰.

156. Duke Energy realizó un aporte de capital a favor de DEI Peru Holdings a través de DEI Bermuda el 18 de diciembre de 2002. Este aporte de capital se utilizó para adquirir acciones en Egenor de otras empresas de Duke²²¹. Duke, que ya era propietaria del 90% de Egenor al momento en que se negociaba el CEJ con DEI Bermuda, no necesitó adquirir a Egenor dos veces. El Tribunal declaró que era difícil entender cómo un aporte de fondos de DEI Bermuda a favor de DEI Peru Holdings podía ser una inversión activa dentro del significado del Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 662 si se lo consideraba fuera del contexto de la transacción²²². El Perú

²¹⁴ Decisión sobre Competencia, [100].

²¹⁵ *Ibid.* [102], [109].

²¹⁶ Transcripción, Día 1, 145, 148-149.

²¹⁷ Decisión sobre Competencia [53] – [54]; Transcripción, Día 2, 444-445, 447-448.

²¹⁸ Decreto Legislativo N° 662, Artículo 19 (a) a (e) y 25 del Decreto Supremo N° 162-92-EF.

²¹⁹ Transcripción, Día 1, 149-150; Día 2, 433-435.

²²⁰ Decisión sobre Competencia [117] – [118].

²²¹ *Ibid.* [45].

²²² *Ibid.* [94].

mismo reconoció que el CEJ con DEI Bermuda no exigía que DEI Bermuda invirtiera en Egenor²²³.

157. Durante la audiencia sobre el procedimiento de anulación, DEI Bermuda especificó que el aporte de US\$200 millones ingresó y egresó el mismo día. Fue una operación “en papel” con el objetivo de cumplir con los requisitos de la Ley de Inversión Extranjera y con el fin de proteger la inversión de Duke Energy en Egenor²²⁴. Pero también señaló que esta operación, si bien era necesaria para cumplir con los requisitos para el otorgamiento de un CEJ, no resultaba suficiente ya que, por sí misma, no contribuía al desarrollo económico del Perú – otro de los prerrequisitos para la suscripción de un CEJ. Fue la anterior compra de acciones en Egenor por un valor US\$263 millones la operación que representó una verdadera inversión y habría sido falaz sostener lo contrario²²⁵.

158. Perú, si bien destaca el carácter individual de cada uno de los CEJs en la estructura de protección otorgada a la inversión de Duke Energy en Egenor, admitió que no constan pruebas en el expediente de por qué el régimen de estabilidad jurídica precisaba de CEJs diferentes en cada etapa²²⁶.

159. El Tribunal consideró las disposiciones del CEJ con DEI Bermuda en el contexto más amplio de la inversión de Duke en el Perú. Sostuvo que la legislación sobre inversión del Perú no contemplaba una estructura de tres niveles que incluyera una empresa *holding* como DEI Bermuda²²⁷. Examinó las circunstancias globales de la inversión de Duke en Egenor para dar un significado eficiente a las disposiciones del CEJ con DEI Bemuda.

160. Cuando un tribunal se aboca a la interpretación de un instrumento de consentimiento escrito a la luz de las circunstancias imperantes o en el contexto de otros documentos, resulta improbable que la interpretación final del significado del documento en base a todas las pruebas y presentaciones de las partes represente una extralimitación manifiesta de sus facultades. Es improbable que una interpretación constituya una extralimitación manifiesta de las facultades de un tribunal aún cuando de lugar a debate (tal y como lo demuestran ampliamente los

²²³ *Ibíd.* [101]; Memorial [150].

²²⁴ Transcripción, Día 1, 151, 159-161, 164; Día 2, 447.

²²⁵ Transcripción, Día 2, 417/4-15. Esta es la suma que se le proveyó al Comité durante la audiencia. El Laudo en el párrafo [54] establece que el costo total de adquisición del 90% de los intereses de Duke Energy en Egenor a finales de 1999 ascendía a US\$288 millones.

²²⁶ Transcripción, Día 2, 464/17-20.

²²⁷ Decisión sobre Competencia [96].

argumentos del Perú en el procedimiento de anulación)²²⁸. Por los motivos que aquí se expresan, el Comité *ad hoc* considera que el Tribunal no se extralimitó en sus facultades al decidir que la diferencia presentada por DEI Bermuda estaba dentro del alcance del acuerdo de arbitraje de las partes.

(b) Falta de expresión de motivos

161. Perú también reclama que la falta de aplicación de la legislación apropiada amerita la anulación del Laudo en virtud del Artículo 52(1)(e) porque el Tribunal no explicó los fundamentos en base a la legislación del Perú que explicaran su decisión de ignorar los términos expresos del contrato²²⁹.

162. El Artículo 52(1)(e) conserva un lugar importante y distintivo en el esquema del Convenio del CIADI. La decisión o corrección complementaria contemplada en el Artículo 49(2) sólo puede aplicarse en el caso de que el tribunal no resuelva, de forma no intencional, sobre alguna cuestión que se le plantee²³⁰. La falta de expresión de motivos prevista en el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI no equivale a la falta de expresión de motivos correctos o convincentes, ya que ello obligaría al comité *ad hoc* a revisar la sustancia de la decisión del tribunal arbitral²³¹.

163. En el caso que nos ocupa, el Tribunal Arbitral expone los motivos de su decisión sobre la competencia *ratione materiae* que se establecen de manera amplia en los párrafos 91 a 134 de su Decisión sobre Competencia.

164. El Tribunal respondió específicamente cada una de las excepciones del Perú a su interpretación sobre el alcance del objeto del CEJ con DEI Bermuda con las siguientes conclusiones:

1. “[E]l Tribunal ha llegado a la conclusión que el Demandado dio su aprobación al CEJ con DEI Bermuda porque era parte integral de la inversión que Duke Energy efectuaba en DEI Egenor, una empresa en funcionamiento generadora de riqueza, empleo y prestadora de servicios públicos en el Perú (es decir, una inversión activa)”²³²;

²²⁸ Ver, por ejemplo, Memorial, [143]-[176].

²²⁹ Memorial [178]; Réplica, [69]-[70]; Transcripción, Día 1, 38.

²³⁰ Ver la decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Amco Asia Corp c. Indonesia (Amco I)* (1986), 1 ICSID Rep 509, [32]-[34], sobre la relación entre los Artículos 49(2) y 52.

²³¹ *MINE supra* Nº 130 [5.08]; *Vivendi c. Argentina, supra* Nº 63, [64]-[65].

²³² Decisión sobre Competencia, [99].

2. *“Debido a que la inversión básica efectuada por Dominion (y, posteriormente, Duke Energy) en la empresa peruana generadora de electricidad —Egenor— sirvió de sustento a todas estas transacciones, incluido el aporte de DEI Bermuda al capital de DEI Peru Holdings, el Tribunal no puede aceptar el argumento del Demandado respecto de la caracterización de la inversión según la definición que consta en la cláusula segunda del CEJ con DEI Bermuda”*²³³;

3. *“El texto de la solicitud mencionada en el Cláusula Primera del CEJ con DEI Bermuda es otro elemento probatorio que ayuda al Tribunal a arribar a la conclusión de que la inversión contemplada por las partes cuando celebraron el CEJ con DEI Bermuda incluía la participación indirecta de DEI Bermuda en DEI Egenor”*²³⁴;

4. *“Por último, al centrarse en las garantías incluidas en el CEJ con DEI Bermuda y excluir la aplicación de las garantías incluidas en los demás CEJs, el Tribunal no está restringiendo al Demandante estrictamente al texto del CEJ con DEI Bermuda. En primer lugar, el Demandante tiene derecho a las garantías comprendidas en el CEJ con DEI Bermuda de conformidad con la legislación del Perú. En segundo lugar, el Demandante goza de las garantías estipuladas en las reglas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables al fondo de la diferencia en virtud de lo dispuesto en el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI”*²³⁵.

165. Perú puede no estar de acuerdo con el razonamiento del Tribunal. Pero el Comité sólo puede considerar la Decisión sobre Competencia tal y como fue emitida no como Perú desearía que fuera. El rol de un comité *ad hoc* consiste en garantizar la estabilidad del sistema de arbitraje del CIADI, no en desvirtuar laudos solo por estar en desacuerdo con el tribunal arbitral. De otra manera, el mecanismo de anulación del Artículo 52 se convertiría en una apelación.

²³³ *Ibíd.* [110] (cita omitida).

²³⁴ *Ibíd.* [111] (cita omitida).

²³⁵ *Ibíd.* [134].

166. Finalmente, como se mencionó anteriormente, dado que el Tribunal Arbitral no tiene obligación de citar la legislación peruana para todas sus conclusiones, no existe contradicción alguna en su razonamiento cuando aplica el derecho internacional a la cuestión de la competencia como el Perú sostiene²³⁶. Los motivos contradictorios que se cancelan unos con otros deben distinguirse cuidadosamente de la insatisfacción que generan los motivos expresados en el laudo. La crítica del Perú de que el Tribunal aplicó erróneamente los cuatro factores extrínsecos mencionados *supra*²³⁷ se refiere a la pertinencia del razonamiento del Tribunal y se escapa de la revisión establecida en el Artículo 52.

(c) Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento

167. Perú sostiene que el hecho de que del Tribunal haya omitido aplicar la legislación peruana elegida por las Partes amerita la anulación del Laudo en virtud del Artículo 52(1)(d) ya que la obligación de aplicar el derecho apropiado constituye una norma fundamental de procedimiento que el Tribunal quebrantó gravemente.

168. Puede encontrarse una definición de ‘norma fundamental de procedimiento’ en la decisión del comité *ad hoc* del caso *Wena*²³⁸:

Dicha disposición hace referencia a un conjunto de estándares de procedimiento mínimos que deben respetarse como parte del derecho internacional. Es fundamental, como parte del procedimiento, que se dé a cada parte el derecho de ser escuchada ante un tribunal independiente e imparcial. Esto incluye el derecho de establecer un reclamo o una defensa y de producir todos los argumentos y pruebas para respaldarlos. Este derecho fundamental debe asegurarse en un nivel de igualdad, de forma tal que permita que cada parte responda adecuadamente los argumentos y la prueba presentada por la otra.

169. En lugar de identificar esa norma fundamental, el Perú vuelve a criticar el resultado de la decisión del Tribunal bajo una causa de anulación diferente de conformidad con el Artículo 52(1). Tal y como reconoció el primer comité *ad hoc* en el caso *Vivendi*: ‘Conforme al Artículo 52 (1)(d), el énfasis está puesto en el término “norma

²³⁶ Memorial [138].

²³⁷ *Ibid.* [143].

²³⁸ *Supra* Nº 116, [57].

de procedimiento”, es decir, en la manera en que el Tribunal procedió, no en el contenido de su decisión²³⁹. El Perú no logra identificar esa norma fundamental de procedimiento.

4. Competencia *ratione temporis*

170. La causa principal de esta excepción que esgrime el Perú es que el Tribunal no se pronunció sobre un argumento que le fue sometido para su decisión. Esto constituyó, en opinión del Perú, un manifiesto incumplimiento del Artículo 52(1)(b) ya que el Tribunal no había analizado la excepción a la competencia que el Perú había opuesto. Según el Perú, esta excepción a la competencia *ratione temporis* no se basaba en que la *diferencia* había surgido después de la entrada en vigencia del CEJ con DEI Bermuda, sino que ‘no se había prestado consentimiento alguno en el CEJ con DEI Bermuda para aplicar retroactivamente la promesa sustantiva de la estabilidad tributaria’²⁴⁰. Al decidir que ‘[e]l factor que es decisivo para la competencia *ratione temporis* del Tribunal es el momento en que surge entre las partes la diferencia de naturaleza jurídica y no el momento en que tuvieron lugar las cuestiones de hecho en las que se basa la diferencia’²⁴¹, el Tribunal no analizó el argumento planteado por el Perú. El Perú también afirma que esta omisión configura un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento que establece que los tribunales deben considerar los asuntos que se les presentan por las partes y que el Tribunal no expresó las razones necesarias para pasar de la enunciación del argumento de competencia *ratione temporis* planteado por el Perú, a la conclusión de que el Tribunal tenía competencia *ratione temporis*²⁴².

171. Según este Comité *ad hoc*, efectivamente existe una distinción que trazar sobre las excepciones a la competencia *ratione temporis* basadas en: (i) el momento en el que surgió la diferencia entre las partes; y (ii) el momento en que ocurrieron los hechos subyacentes que dieron lugar a la diferencia. Cada una constituye una causal independiente de objeción.

²³⁹ *Supra* Nº 63, [83].

²⁴⁰ Transcripción, Día 1, 80/11-14, que cita a la Transcripción de la Audiencia sobre Competencia, 29 de marzo de 2005, 75-76.

²⁴¹ Decisión sobre Competencia, [148].

²⁴² *Supra* [41] – [43].

172. El segundo tipo de excepción se relaciona con la aplicación temporal de las obligaciones sustantivas que dan lugar al reclamo. Se deduce del principio general (en ausencia de disposición expresa de las partes en contrario) enunciado por el Juez Huber en el caso *Island of Palmas* que²⁴³:

[Un] hecho jurídico debe apreciarse a la luz del derecho contemporáneo a él, y no del derecho vigente al momento en que surge una diferencia o ésta no logra resolverse.

Este principio es tan aplicable a las obligaciones contractuales como a las que tienen su origen en tratados²⁴⁴.

173. La consecuencia de este principio en el contexto del arbitraje ante el CIADI es que la competencia *ratione temporis* del tribunal está limitada a reclamos que se funden en obligaciones legales vigentes y vinculantes para el estado anfitrión al momento en que se produce el supuesto incumplimiento²⁴⁵.

174. La aplicación de este principio no impide que un tribunal tome en cuenta hechos anteriores. Por el contrario, el tribunal debe identificar los hechos que originaron realmente la diferencia. Si estos hechos surgen después de la entrada en vigencia de la obligación en cuestión, las excepciones *ratione temporis* basadas en ellos no estarían debidamente fundadas²⁴⁶.

175. Esta distinción se explicó claramente al determinar la competencia de un tribunal de inversión en el caso *Mondev c. Estados Unidos de América*²⁴⁷:

[E]ventos o conducta previos a la entrada en vigencia de una obligación para el Estado demandado pueden ser relevantes en la determinación de si el Estado ha cometido una posterior infracción de la obligación. Pero tiene que ser posible señalar conducta del Estado posterior a esa fecha que constituya por sí misma una infracción.

²⁴³ (1928) II RIAA 829, 845.

²⁴⁴ En el caso de las obligaciones bajo el derecho internacional, el principio está codificado en el Artículo 13 del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado y en el Artículo 28 de la Convención de Viena.

²⁴⁵ *Impregilo SpA c. Pakistán* (Decisión sobre Jurisdicción) (2005), 12 ICSID Rep 245, [309] – [314]; *Salini c. Jordania*, *supra* Nº 47; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América* (Laudó) (2002), 6 ICSID Rep 181, 206-210; según Douglas, *supra* Nº 172, [616] – [617].

²⁴⁶ Esta ha sido la jurisprudencia uniforme de la CPJI y la CIJ en cuanto a la interpretación de restricciones sobre su competencia *ratione temporis* en relación con hechos o situaciones que surgen antes de una fecha específica: *Electricity Co. de Sofía y Bulgaria*, PCIJ (1939) Ser. A/B, No 77, 82; *Derecho de paso sobre territorio indio* [1960], ICJ Rep 6; *Cierta propiedad* (*Liechtenstein c. Alemania*) (Excepciones Preliminares) [2005], ICJ Rep 6, [41] – [46]; *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (*Alemania c. Italia*) (Orden sobre Reconvención) (6 de julio de 2010), [23].

²⁴⁷ *Supra* Nº 119, [70].

...

El mero hecho de que una conducta previa haya permanecido sin solución o reparación al momento en que un tratado entre en vigencia no justifica que un tribunal aplique el tratado retroactivamente a esa conducta. De lo contrario se subvertiría el principio intertemporal...

176. En el caso que nos ocupa, el Comité *ad hoc* no tiene dudas de que el Tribunal decidió que el hecho que originó realmente la diferencia entre las partes fue la Determinación Fiscal emitida respecto a DEI Egenor el 22 de noviembre de 2001, después de la entrada en vigencia del CEJ con DEI Bermuda, y no los anteriores ejercicios fiscales sobre los que se realizó dicha Determinación. Esa fue la acción estatal que según DEI Bermuda constituyó un incumplimiento de las obligaciones del Perú hacia ella en virtud de la garantía de estabilidad jurídica contenida en el CEJ con DEI Bermuda²⁴⁸. Esto debe ser lógicamente así ya que, antes de dicha Determinación no había habido ninguna conducta estatal por parte del Perú con respecto a la responsabilidad tributaria de Egenor que DEI Bermuda hubiera impugnado. Para establecer su caso, debía demostrar que se había violado la estabilidad jurídica debido a un supuesto cambio en la postura legal al momento de la Determinación Fiscal respecto de aquella que hasta entonces le concernía.

177. El Tribunal así lo determinó, al sostener²⁴⁹:

Fue en la Determinación Fiscal y no antes, cuando la SUNAT estableció la responsabilidad tributaria por aproximadamente US\$48 millones a cargo de DEI Egenor en lo que la SUNAT estipuló, en ese momento, como pagos insuficientes de impuestos desde 1996 hasta 1999.

178. El Tribunal está entonces en lo correcto cuando traza la siguiente distinción²⁵⁰:

Naturalmente, en la etapa de análisis del fondo de la cuestión el Tribunal tendrá competencia plena para considerar todas las cuestiones de hecho relacionadas con la diferencia, incluidas aquellas anteriores a la fecha de entrada en vigencia del CEJ con DEI Bermuda, a fin de determinar si el Demandado violó el CEJ con DEI Bermuda mediante una conducta que haya

²⁴⁸ Ver el razonamiento similar de la CPJI en *Electricity Co de Sofia y Bulgaria supra* N° 246.

²⁴⁹ Decisión sobre Competencia, [149].

²⁵⁰ *Ibid.* [150].

tenido lugar o alcanzara su “momento de consumación” tras su entrada en vigencia (es decir, con la Determinación Fiscal)

179. Es verdad que, para llegar a su Decisión sobre Competencia *ratione temporis*, el Tribunal redacta su razonamiento como si rechazara el criterio por ‘*las cuestiones de hecho en las que se basa la diferencia*’ a favor del ‘*momento en que surge entre las partes la diferencia de naturaleza jurídica*’²⁵¹. Se apoya a estos efectos en el *dictum* del caso *Maffezini c. España*²⁵². Este *dictum*²⁵³ se refirió a una cuestión bastante diferente que puede surgir respecto de la competencia *ratione temporis* del primer tipo, es decir, al identificar el momento en que la diferencia entre las partes debe considerarse que se ha concretado.

180. Sin embargo, analizado dentro del contexto global de la Decisión sobre Competencia *ratione temporis* del Tribunal, para el Comité *ad hoc* es claro que el Tribunal simplemente estaba concluyendo que ciertos hechos relacionados con la diferencia, y que se habían suscitado antes de la entrada en vigencia del CEJ con DEI Bermuda, no constituían, de hecho, la conducta relevante al caso. Estos hechos incluían los enumerados en el párrafo 146 de su Decisión, tales como ‘*la responsabilidad tributaria que surge de la auditoría fiscal realizada por la SUNAT fue incurrida por DEI Egenor con respecto a los ejercicios fiscales de 1996 a 1999*’. Fue la Determinación Fiscal en sí misma, que postergó la entrada en vigencia del CEJ con DEI Bermuda, la conducta relevante la cual, *a su vez*, dio lugar a la diferencia. Después de todo, la imposición de determinaciones fiscales no constituye, *ipso facto*, una diferencia legal. Su validez o consistencia con las obligaciones del Estado en virtud de un CEJ aplicable tendría que ser, en primer lugar, objetada expresamente por los contribuyentes o inversionistas, según sea el caso, para que exista una diferencia entre las partes.

181. Pero el Comité *ad hoc* no puede considerar tal inoportunidad en el lenguaje o las referencias legales de la Decisión sobre Competencia como una extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal. Por el contrario, es evidente que el Tribunal sí decidió sobre la cuestión sustantiva que el Perú planteó en su excepción a la competencia puesto que determinó que la conducta relevante al caso, es decir, la

²⁵¹ *Ibid.* [148].

²⁵² (Decisión sobre Competencia) (2000), 5 ICSID Rep 387, [95].

²⁵³ Que cita al Caso sobre *Timor Oriental* [1995], ICJ Rep 90, [22].

Determinación Fiscal, tuvo lugar con posterioridad a la entrada en vigencia del CEJ con DEI Bermuda.

182. Por el mismo motivo, el Comité no considera que haya habido fallas en el razonamiento del Tribunal. Al contrario, luego de rechazar por irrelevantes algunos hechos anteriores que no dieron lugar al reclamo y de determinar que la conducta relevante sí había ocurrido dentro del período pertinente, el Tribunal explicó los fundamentos de su decisión. El hecho de que este Comité haya expresado estas razones de forma diferente o citado autoridades distintas no modifica esta situación. El Artículo 52(1)(e) no se refiere a una revisión de motivos incorrectos, sino de garantizar que los motivos expuestos por el propio Tribunal resulten comprensibles.

5. Competencia conferida a otros tribunales

183. Ahora que el Comité ha explicado los motivos por los que decidió no anular la Decisión sobre Competencia del Tribunal en razón de la competencia *ratione materiae* y *ratione temporis*, es posible analizar con mayor brevedad la excepción planteada por el Perú de que la aceptación de competencia del Tribunal constituyó una extralimitación de sus facultades porque se arrojó injustificadamente la competencia de otros tribunales elegidos por las partes de otros CEJs.

184. Perú no expuso esta excepción de esta manera ante el Tribunal. En esa etapa, objetó la competencia *ratione personae* del Tribunal con fundamento en que los reclamos presentados por DEI Bermuda eran en realidad los reclamos de DEI Peru Holdings o DEI Egenor²⁵⁴. El Tribunal resolvió²⁵⁵:

Los argumentos planteados por el Demandado como objeciones a la competencia ratione personae del Tribunal son, en realidad, objeciones de fondo en relación con los reclamos planteados ante este Tribunal por DEI Bermuda, presentadas como objeciones a la competencia del Tribunal, en razón de la persona, respecto de los supuestos reclamos de entidades (como DEI Peru Holdings y DEI Egenor) que no son Demandantes ante el Tribunal.

185. En este Procedimiento de Anulación, el Perú manifiesta que el Tribunal se arrogó impropriamente la competencia conferida a otros tribunales (en particular, aquellos

²⁵⁴ Decisión sobre Competencia, [136].

²⁵⁵ *Ibid.* [143].

elegidos por las partes del CEJ con DEI Egenor). Esto, según el Perú, significa que se extralimitó manifiestamente en sus facultades²⁵⁶.

186. El Comité considera que esta impugnación a la Decisión del Tribunal no agrega ningún aspecto material a los fundamentos ya analizados. El arbitraje, como método consensual de resolución de controversias, confiere competencia al tribunal seleccionado por las partes de una manera que necesariamente excluye a otros. Un principio arraigado en la jurisprudencia del CIADI establece que el hecho de que un tribunal *no* asuma la competencia que las partes le han conferido puede, por sí mismo, constituir una extralimitación manifiesta de sus facultades²⁵⁷. Pero nada dice sobre la investigación prevista en el Artículo 52(1)(b) para determinar si el tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades al *exceder* su competencia por infringir la competencia de otros tribunales. El análisis que el comité de anulación está facultado a realizar es la misma. En el caso que nos ocupa, la tarea ya fue asumida por el Comité *ad hoc* al considerar las excepciones del Perú con relación al ejercicio de la competencia *ratione materiae* y *ratione temporis* por parte del Tribunal.

187. Este no fue un caso en que el Tribunal haya tenido que considerar la posibilidad de suspender el procedimiento debido a que la misma (o prácticamente la misma) diferencia estuviera pendiente ante otro tribunal, es decir, *lis pendens*²⁵⁸. Tampoco se trataba de un caso de partes que se encontraban ante un tribunal de inversiones en virtud de disposiciones generales de resolución de controversias de un tratado bilateral de inversiones y que hubieran elegido contractualmente otro tribunal para resolver la misma diferencia²⁵⁹.

188. Por el contrario, en este caso había sólo un tribunal competente para resolver la diferencia entre DEI Bermuda y el Perú fundada en supuestos incumplimientos del CEJ con DEI Bermuda, es decir, el tribunal del CIADI designado por las partes conforme a la Cláusula Novena. En contraste, el acuerdo de arbitraje de la Cláusula

²⁵⁶ Memorial [103].

²⁵⁷ *Supra* [97].

²⁵⁸ Como en *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd c. Egipto* (Decisión sobre Jurisdicción Nº 1) (1985), 3 ICSID Rep 101, 129.

²⁵⁹ Como en *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Filipinas* (Decisión sobre Jurisdicción) (2004), 8 ICSID Rep 515. Por la misma razón, resulta inapropiado en este caso que Perú (Memorial, [102]) se apoye en los casos *Southern Bluefin Tuna (Australia y Nueva Zelanda c. Japón)* (Tribunal sobre Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Laudo sobre Jurisdicción) (2000) 119 ILR 508. En ese caso, la decisión del Tribunal se basó en el Artículo 281 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que da prioridad a un método de resolución de controversias elegido por las partes.

Octava del CEJ con DEI Egenor (un convenio para someter diferencias ‘a arbitraje nacional o internacional, el cual se definirá por el acuerdo mutuo de las partes’) sólo se relacionaba con diferencias entre las partes a dicho convenio, es decir, DEI Egenor y el Perú, y con diferencias sobre ‘interpretación o ejecución de las diferentes cláusulas de [ese] Convenio’.

189. En consecuencia, el Tribunal del caso que nos ocupa simplemente debía estar convencido de que la diferencia planteada ante él estaba dentro de su competencia de conformidad con los términos de dicha cláusula. Así lo hizo al investigar su competencia *ratione materiae* y *ratione temporis*, como se describió *supra*.

190. Al hacerlo, el Tribunal no ‘privó [] a los tribunales arbitrales especificados en virtud de [los otros] CEJs de su derecho de ejercer la competencia puntual que se les había otorgado en esos contratos’²⁶⁰. Por el contrario, el Tribunal destacó que su competencia se limitaba estrictamente a reclamos en virtud del CEJ con DEI Bermuda, de forma que²⁶¹:

... [E]l Demandante deberá sustanciar sus reclamos, en la etapa de análisis del fondo de la cuestión, haciendo referencia exclusivamente a las garantías contenidas en el CEJ con DEI Bermuda y no a las contenidas en ninguno de los restante CEJs. Esta es una función de la redacción específica de la Cláusula Novena del CEJ con DEI Bermuda y del fundamento jurídico de los reclamos del Demandante tal como fueron formulados en la Solicitud de Arbitraje, es decir, el alegado incumplimiento de las protecciones contenidas en el CEJ con DEI Bermuda y no en ninguno de los restantes CEJs.

Así, pues, la Decisión sobre Competencia del Tribunal no afectaba los derechos de otros demandantes conforme a los CEJs.

191. El Comité tampoco acepta que, para emitir su Decisión sobre Competencia, el Tribunal haya tomado una decisión ‘más impulsada por la equidad que por el derecho’²⁶² al asumir una competencia demasiado amplia ‘representando una preocupación equivocada por la capacidad de Duke Energy de obtener reparación en un único arbitraje por una gran cantidad de reclamos’²⁶³. El párrafo 102 de la Decisión sobre Competencia, sobre la cual Perú se apoya para realizar este

²⁶⁰ Memorial, [100].

²⁶¹ Decisión sobre Competencia, [132].

²⁶² Memorial [95].

²⁶³ *Idem*.

argumento, contiene el razonamiento del Tribunal sobre la naturaleza de la inversión mencionada en el CEJ con DEI Bermuda. El Comité ya determinó que el Tribunal tenía derecho a interpretar ese Convenio teniendo en cuenta las intenciones reales de las partes²⁶⁴. Sin embargo, como surge claramente del texto de la Decisión que se cita en el párrafo anterior, eso no significa que el Tribunal haya reemplazado el derecho por la equidad. Al contrario, intentó por todos los medios enfatizar que DEI Bermuda tendría que plantear con éxito sus reclamos únicamente haciendo referencia a los derechos contractuales que gozaba en virtud del CEJ con DEI Bermuda. Efectivamente, sostuvo que²⁶⁵:

... no estará en condiciones de “hacer efectivas” las protecciones contenidas en esos CEJs. En otras palabras, en las peculiares circunstancias de este caso (convenios sucesivos para la protección de la inversión), la unidad de la inversión no siempre importará la unidad de la protección de la inversión.

192. Por estos motivos, el Comité afirma que esta tercera impugnación a la Decisión sobre Competencia no está apropiadamente fundada y debe, por tanto, desestimarse.

C. Laudo sobre el Fondo

193. Considerando que el Comité ha desestimado la Solicitud de Anulación de la Decisión sobre Competencia presentada por el Perú, es ahora necesario analizar si, subsidiariamente, el Laudo sobre el Fondo es susceptible de anulación parcial en uno de los cuatro aspectos que reclama el Perú.

194. Las partes puntuales del Laudo cuya anulación parcial se solicita son aquellas que analizan:

- (a) La garantía de estabilidad tributaria;
- (b) La amnistía fiscal;
- (c) La buena fe/doctrina de los actos propios; y,
- (d) Los daños.

²⁶⁴ *Supra* [153].

²⁶⁵ Decisión sobre Competencia [133] (cita omitida).

195. El Comité expone los argumentos de las partes sobre cada uno de estos puntos en la Parte II B. Mientras que en la Parte III A el Comité también explica su propio enfoque general respecto de los fundamentos de revisión enumerados en el Artículo 52 del Convenio del CIADI. Con estas consideraciones en mente, el Comité puede ahora analizar *seriatim* la aplicación de esos principios generales a cada uno de los temas sustantivos específicos, para lo cual explicará primero cómo el Tribunal abordó el tema y luego dará las razones de su decisión sobre ese aspecto de la Solicitud de Anulación.

1. Estabilidad tributaria

196. La cuestión del significado y efecto de la garantía de estabilidad tributaria contenida en la Cláusula Tercera del CEJ con DEI Bermuda es el núcleo de los procedimientos arbitrales, dado que lo que DEI Bermuda reclamaba era que la determinación fiscal impuesta por la SUNAT sobre Egenor, a su vez, violaba los derechos de DEI Bermuda en virtud de ese Convenio.

197. El Tribunal analizó la interpretación de la Cláusula Tercera en los párrafos 186 a 228 de su Laudo. Luego de transcribir la cláusula, el Tribunal resumió los argumentos de las partes. Como señaló el Tribunal, con el propósito de *vincular el CEJ con DEI Bermuda y el CEJ con Egenor, permaneciendo no obstante dentro de los límites establecidos por el Tribunal en los párrafos 132 y 133 de la Decisión sobre Competencia (citados anteriormente), la Demandante se basa, en particular, en el Artículo 23 del Reglamento de la Inversión*²⁶⁶.

198. El Reglamento de la Inversión²⁶⁷, sancionado para reglamentar la Ley de Inversión Privada del Perú²⁶⁸, establecía en detalle el sistema y los contenidos de los CEJs. El Artículo 23(a) disponía, en su parte relevante, lo siguiente²⁶⁹:

El régimen de estabilidad que se otorga a los inversionistas según lo dispuesto en el inciso a del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 662 implica que, en caso de que el Impuesto a la Renta fuera modificado durante la

²⁶⁶ Laudo, [194].

²⁶⁷ Decreto Supremo N° 162-92-EF (9 de octubre de 1992).

²⁶⁸ Decreto Legislativo N° 757 (8 de noviembre de 1991).

²⁶⁹ El texto autorizado de este artículo es el que se encuentra en la versión original en idioma español. La traducción al inglés de este artículo es la que las partes presentaron en el arbitraje en el Anexo C-010. Dicha traducción presenta pequeñas diferencias respecto de la traducción reproducida por el Tribunal en el texto en inglés de su Laudo en [190], las cuales no resultan de importancia. El Comité ha utilizado la traducción [al inglés] mencionada a efectos de facilitar su exposición.

vigencia del convenio de estabilidad de tal modo que se produzca una variación de la base imponible o de las alícuotas que afectan a la empresa que genera las utilidades, o que se creen nuevos impuestos que graven la renta de la empresa, o que por cualquier otra causa de efectos equivalentes la utilidad o dividendos distribuibles o disponibles para el inversionista disminuyeran porcentualmente respecto de la utilidad antes de impuestos en comparación con aquella distribuible o disponible al tiempo de fijarse el régimen tributario que se garantiza, al amparo de la estabilidad concedida por el convenio se reducirán la o las alícuotas del impuesto a las utilidades o dividendos de cargo del inversionista para permitir que la utilidad o dividendos finalmente disponibles o distribuibles sean iguales a los garantizados, hasta el límite que sea posible con cargo a dicho impuesto a las utilidades o dividendos.

199. El Tribunal, haciendo referencia al Memorial, resumió la pretensión de DEI Bermuda sobre el efecto de esa disposición, la cual consistía en reconocer a DEI Bermuda el reclamo por daños en el caso de que alguna modificación violara la garantía de estabilidad tributaria otorgada a DEI Egenor. Tal modificación, sostuvo DEI Bermuda, podía llevarse a cabo a través de una ley o mediante un cambio en la interpretación o aplicación del derecho²⁷⁰.

200. El Tribunal luego sintetizó en el párrafo 199 la postura del Perú de la siguiente manera: *‘–DEI Bermuda– sólo puede invocar las garantías estipuladas en su CEJ y, por lo tanto, el intento de la Demandante de fusionar el CEJ con DEI Bermuda y el CEJ con Egenor (mediante la aplicación del Artículo 23 del Reglamento de la Inversión u otros) es inadmisibles²⁷¹. El Perú agregó que la garantía de estabilidad tributaria sólo se relacionaba con el derecho y no con su interpretación o aplicación²⁷².*

201. El Tribunal luego emprendió su propio análisis sobre la cuestión en los párrafos 201 a 228. Procedió a emitir su decisión en tres pasos:

- (1) Determinó que *‘[l]as partes coinciden en que el vínculo entre el CEJ con Egenor y el CEJ con DEI Bermuda está establecido en el Artículo 23(a) del Reglamento de la Inversión²⁷³ pero que disentan respecto de si el Artículo*

²⁷⁰ Laudo, [195] – [197].

²⁷¹ *Ibíd.* [199].

²⁷² *Ibíd.* [199] – [200].

²⁷³ *Ibíd.* [201].

23(a) era meramente un mecanismo de compensación o podía también respaldar un reclamo de daños;

- (2) Se preferían las pruebas de la Demandante con respecto a la legislación peruana para que el Artículo 23 respaldara un reclamo de daños presentado por DEI Bermuda si se violaba la estabilidad tributaria otorgada a DEI Egenor después del 24 de julio de 2001;
- (3) La garantía de la estabilidad tributaria se aplicaba no sólo a las leyes, sino también a las interpretaciones o aplicaciones estables de la ley. También podía invocarse para proteger al inversionista en ausencia de una interpretación estable anterior en la medida en que *'las leyes estabilizadas no se interpretarán ni aplicarán de manera claramente irrazonable o arbitraria'*²⁷⁴.

202. La crítica a este enfoque que realiza el Perú en este procedimiento de anulación se basa principalmente en el Artículo 52(1)(d) (falta de expresión de motivos) aunque expone también argumentos adicionales en base al Artículo 52(1)(b) (extralimitación manifiesta de facultades) con relación a los pasos (2) y (3) e incorpora un reclamo en virtud del Artículo 52(1)(e) (procedimiento) con relación al paso (3)²⁷⁵.

203. El enfoque general que debe guiar la revisión de un laudo debido a la falta de expresión de motivos con arreglo al Artículo 52(1)(e) ha sido largamente desarrollado por comités *ad hoc* anteriores. Así, la decisión en el caso *Klöckner I* explicaba que el Laudo debe permitir *'al lector comprender el razonamiento del tribunal arbitral, sobre los hechos y sobre el derecho'*²⁷⁶. En el caso *MINE*, el Comité *ad hoc* agregó que *'el requisito de que se expresen los motivos se cumple toda vez que el laudo permita al lector seguir el camino mediante el cual el tribunal pasó del Punto A al Punto B, y finalmente a su conclusión, incluso en el caso de haber cometido un error de hecho o de derecho'*²⁷⁷.

204. Estas declaraciones generales también deben considerarse a la luz de las observaciones del caso *Vivendi*²⁷⁸:

²⁷⁴ *Ibid.* [227].

²⁷⁵ Memorial [197] – [230].

²⁷⁶ *Klöckner, supra*, Nº 133, [119].

²⁷⁷ *MINE c. Guinea*, [5.09].

²⁷⁸ *Vivendi c. Argentina, supra* Nº 63, [64] – [65], que se siguió en *Rumeli c. Kazakhstan, supra* Nº 132, [137] – [138].

... se acepta tanto en los casos como en la literatura que el Artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes ... Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones...

Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un comité ad hoc debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas.

205. Asimismo, un comité *ad hoc* está facultado para intentar comprender los motivos de un laudo en base al expediente que el Tribunal tiene ante él²⁷⁹. Efectivamente, en los casos pertinentes, así debe hacerlo. Como sostuvo el Comité *ad hoc* del caso *Soufraki*²⁸⁰:

También es posible que un tribunal dé razones en su laudo sin elaborar las bases jurídicas o fácticas de dichas razones. Siempre y cuando dichas razones permitan en efecto hacer un vínculo entre los hechos del caso o la ley del caso y las conclusiones alcanzadas en el laudo, la anulación puede ser evitada.

²⁷⁹ Según Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair* (1992), 95.

²⁸⁰ *Soufraki c. EAU, supra* N° 127, [128].

(a) Vínculo entre el CEJ con DEI Bermuda y el CEJ con Egenor

206. La crítica principal que plantea el Perú acerca del enfoque del Tribunal en la Sección (1) de su análisis, es que existe una contradicción fundamental entre la declaración exacta del Tribunal sobre la posición del Perú en el párrafo 199 y su conclusión dos párrafos después sobre un acuerdo entre las partes²⁸¹.

207. Para poder comprender la base de la conclusión del Tribunal sobre un acuerdo entre las partes, el Comité consultó la transcripción de la audiencia sobre el fondo. En el párrafo en cuestión, que dada su importancia este Comité reproduce íntegramente, el Perú sostuvo²⁸²:

No hay nada en el artículo 23 que sugiera que los inversionistas pueden invocar las garantías de estabilidad tributaria en convenios otorgados a las empresas que reciben la inversión. No hay nada en el artículo 23 que sugiera que el Tribunal estuviera equivocado al concluir que la demandante no puede invocar cualquier otro convenio sino el suyo. De hecho, esta mañana el señor Baker [abogado de DEI Bermuda] concedió que la demandante no puede invocar el convenio con EGENOR. Declaró que la demandante tiene ciertos derechos bajo el Convenio DEI Bermuda en relación con la estabilidad tributaria de EGENOR.

Esto es un punto importante. Perú no disputa que la garantía de estabilidad jurídica para inversionistas bajo el artículo 23A del reglamento de inversiones privadas puede garantizar al inversionista ciertas protecciones si el impuesto a la renta en la empresa que genera lucro se ve afectado en ciertas circunstancias. De esta manera, bajo el artículo 23A, ciertos cambios en el impuesto de renta de EGENOR podrían afectar la estabilidad tributaria garantizada a DEI Bermuda. Si esto ocurriera, DEI Bermuda puede invocar su propio Convenio de Estabilidad Jurídica en relación con acciones que afecten el impuesto de renta de EGENOR. No significa esto que DEI Bermuda pueda invocar el Convenio de EGENOR. Nada en el Artículo 23 afecta la conclusión del Tribunal que el demandante debe demostrar una violación de su propio Convenio de Estabilidad Jurídica y no el de EGENOR.

²⁸¹ Transcripción, Día 1, 61-65.

²⁸² Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo de la Diferencia, Día 1, 249/1 – 250/4; y ver, a los mismos efectos, *ibíd.* Día 7, 1595/17 – 1596/21.

En el párrafo inmediatamente siguiente, el Perú explica *‘una limitación muy importante’*, es decir, que el Perú sólo estaba obligado a reducir proporcionalmente el impuesto de los inversionistas *‘dentro de los límites de los impuestos retenidos o los impuestos sobre lucros que se gravan al inversionista’*²⁸³.

208. Al examinar las conclusiones del Tribunal en los párrafos 199 y 201 en función de la clara explicación que da del argumento que hace el Perú sobre el efecto del Artículo 23(a), el Comité no encuentra inconsistencia fundamental alguna que redunde en la falta de motivos conforme el Artículo 52(1)(e). Por el contrario, según el Comité, el Tribunal ha plasmado con precisión los matices de la postura del Perú como se la describió en estos dos párrafos. Por un lado, el Perú insistió, como el Tribunal sostuvo en su párrafo 199, el Artículo 23(a) no fusionó los dos CEJs. DEI Bermuda tendría que hacer su reclamo conforme el CEJ con DEI Bermuda y no de otra manera. Por otra parte, el Perú sí estaba de acuerdo en que el Artículo 23(a) establecía un vínculo entre los dos CEJs dado que *‘bajo el artículo 23A, ciertos cambios en el impuesto de renta de EGENOR podrían afectar la estabilidad tributaria garantizada a DEI Bermuda. Si esto ocurriera, DEI Bermuda puede invocar su propio Convenio de Estabilidad Jurídica en relación con acciones que afecten el impuesto de renta de EGENOR’*²⁸⁴.

209. Las partes no estuvieron de acuerdo, sin embargo, respecto de la interpretación adecuada y el efecto de los derechos otorgados bajo el Artículo 23(a) – como el Perú afirma, sobre si tales derechos estaban limitados a la compensación de algún impuesto sobre los dividendos de DEI Bermuda (un derecho que en este caso no habría prosperado, ya que el porcentaje del impuesto sobre esos dividendos era de cero por ciento), o subsidiariamente si el Artículo 23(a) podía fundar un reclamo independiente sobre daños. Pero el Tribunal también realizó una síntesis precisa al respecto en las partes restantes del párrafo 201.

(b) *Las normas del Código Civil como complemento del Reglamento de la Inversión*

210. Perú critica la segunda etapa del análisis del Tribunal al afirmar que no explicó cómo reconcilió la implementación de las acciones de reparación del Código Civil

²⁸³ *Ibíd.* 251/3-5.

²⁸⁴ *Ibíd.* 249/18-20 – 250/1.

con los claros términos del Artículo 23(a), que restringía la acción de reparación disponible al mecanismo de compensación allí establecido²⁸⁵. El Perú señala que esto también se tradujo en una extralimitación en las facultades ya que no se aplicó el derecho aplicable, que según define es *'la lex specialis del Perú sobre inversión extranjera y convenios de estabilización'*²⁸⁶.

211. El Comité considera que el Tribunal trató este punto directamente en los párrafos 204 a 209. Admitió que *'[l]a redacción del Artículo 23(a), a primera vista, parece inclinarse por la línea argumentativa de la Demandada'*²⁸⁷, aunque luego pasó a considerar la prueba en contrario sobre la legislación del Perú preparada por los dos expertos de DEI Egenor, los Profesores Trazegnies y Talledo. Citando estos informes en detalle, el Tribunal concluyó que la legislación del Perú permitía un reclamo por daños sin perjuicio de la redacción restrictiva del Artículo 23(a), como medio de compensación subsidiario cuando el medio principal previsto no estuviera disponible²⁸⁸.

212. Tampoco puede criticarse al Tribunal por haber excedido su mandato al aplicar el Código Civil para resolver este asunto. Por el contrario, la obligación de un tribunal en virtud del Artículo 42(1) del Convenio del CIADI de aplicar, entre otros, *'la legislación del Estado que sea parte en la diferencia'* hace referencia a esa legislación como un todo, según lo que el Tribunal considere relevante y aplicable a la cuestión que se le plantea, y no a una parte específica de ella.

213. Perú puede estar en desacuerdo con la posición del Tribunal respecto a la solución correcta del asunto planteado con arreglo a la legislación del Perú. Pero un comité *ad hoc* no puede determinar si un tribunal evaluó correctamente el contenido del derecho aplicable. Debe ser *'consciente de la distinción entre la falta de aplicación del derecho adecuado y el error in judicando trazada en Klöckner (I), y la consecuente necesidad de evitar la reapertura del fondo de la diferencia en los procedimientos que convertiría la anulación en una apelación'*²⁸⁹.

214. Asimismo, en el caso que nos ocupa, el Tribunal llegó a sus conclusiones en base a un cuidadoso análisis de la prueba presentada ante él. Conforme la Regla de Arbitraje 34 del CIADI, *'[e]l Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera*

²⁸⁵ Memorial [212] – [219].

²⁸⁶ *Ibid.* [215], que cita al Laudo [194].

²⁸⁷ *Ibid.* [204].

²⁸⁸ *Ibid.* [205] – [209].

²⁸⁹ *Wena, supra* N° 116, [22].

prueba rendida y de su valor probatorio'. No sería correcto que un comité de anulación reevalúe esa prueba, y tampoco está en condiciones de hacerlo. Como se sostuvo en *Rumeli c. Kazajstán*, '[u]n comité ad hoc no es un tribunal de apelaciones y, por tanto, no puede inmiscuirse, dentro de los límites de su restringida misión, en un análisis del valor probatorio de la prueba producida por las partes'²⁹⁰.

(c) *El significado de estabilidad tributaria y la interpretación de la LFR*

215. Con respecto al paso (3) del análisis del Tribunal, el Perú señala que el Laudo falla en su razonamiento al no explicar cómo fue que el Tribunal resolvió que la garantía de estabilidad tributaria se aplicaba a cambios en interpretaciones de la ley así como a cambios en el texto mismo²⁹¹.

216. El Tribunal analizó esta cuestión de la siguiente manera:

(a) Abrió esta parte del análisis afirmando que, como la Ley de Inversión Extranjera garantiza a los inversionistas la '*continuidad de las reglas establecidas*'²⁹², el interrogante era en qué medida esta garantía incluía '*su interpretación y aplicación específicas*' al momento de la inversión²⁹³.

(b) Aceptó que su tarea no consistía en actuar como tribunal de apelación respecto de decisiones de la SUNAT o el Tribunal Fiscal, sino sólo determinar si ellas '*representa[n] un cambio en sus respectivas decisiones existentes antes de la entrada en vigencia del CEJ con DEI Bermuda*'²⁹⁴.

(c) Afirmó que lo que se requeriría, para el caso de un cambio de interpretación, sería una '*interpretación o aplicación estable al momento en que se otorgó la garantía de estabilidad del régimen tributario*' y una decisión posterior que la modifique²⁹⁵. Esto tendría que establecerse mediante '*pruebas convincentes*' y no meras suposiciones²⁹⁶.

²⁹⁰ *Supra*, Nº 132, [96].

²⁹¹ Memorial [222] – [228].

²⁹² Preámbulo del Decreto Legislativo Nº 662.

²⁹³ Laudo [210].

²⁹⁴ *Ibíd.* [216].

²⁹⁵ *Ibíd.* [218].

²⁹⁶ *Ibíd.* [220] – [221].

(d) Incluso si no existiera una interpretación estable preexistente, una decisión sobre la interpretación o aplicación de la ley sobre el inversionista podía afectar la estabilidad jurídica si resultara ser *‘claramente irrazonable o arbitrari[a]’*²⁹⁷.

217. Estos pasos del razonamiento son tanto lógicos como completos. En otras palabras, explican muy bien cómo el Tribunal pasó del punto A (la cuestión de la determinación) al punto B (su conclusión sobre el asunto). El Comité reconoce que el Tribunal no cita autoridades legales o partes de la prueba de expertos para fundamentar sus motivos. Sin embargo, tal y como lo mencionó el Comité en el caso *Soufraki*, es posible que *‘un tribunal dé las razones de su laudo sin profundizar en los fundamentos de hecho o de derecho de tales motivos’*²⁹⁸.

218. El Comité observa que el Tribunal estaba, en gran medida, compenetrado en un proceso de razonamiento lógico en el que no era necesario citar autoridades. Los procesos de interpretación y aplicación son, como sabiamente ha observado el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Fragmentación del Derecho Internacional, integrales a la ley misma, que *‘debe ser visto no solamente como una aplicación mecánica de normas [...] de comportamiento aparentemente aleatorias’*²⁹⁹. Son los procesos mediante los cuales la ley se dota de sentido.

219. Las referencias al expediente del arbitraje³⁰⁰ demuestra que el Tribunal tenía ante él una cantidad considerable de pruebas preparadas por expertos en legislación peruana que habían presentado ambas partes por esta cuestión y que lo ayudaron al momento de formular sus motivos de la forma que lo hizo. Así, el Profesor Trazegnies expuso en su informe que³⁰¹:

[L]a interpretación forma parte intrínseca de la ley y no puede entenderse una sin la otra: el sentido de la ley es el sentido de la interpretación de la ley. Por consiguiente, se puede burlar la estabilidad jurídica si, manteniendo sin cambios el mismo texto de la ley, se lo entiende en una forma radicalmente diferente de la manera como se entendía y se aplicaba anteriormente.

²⁹⁷ *Ibíd.* [226] – [227].

²⁹⁸ *Soufraki*, *supra* N° 127, [128].

²⁹⁹ Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/L.682 (13 de abril de 2006), [34] – [36].

³⁰⁰ Memorial de Contestación, [244] – [250].

³⁰¹ Trazegnies 2 (22 de febrero de 2005), [54] (un párrafo al que se hacía referencia en el Laudo en [196]; y ver también Trazegnies 4, [22] – [34].

220. El Profesor Bullard, el experto convocado para representar al Perú, admitió que *‘toda interpretación debe basarse razonablemente en las reglamentaciones estabilizadas’*³⁰². Así, pues, si bien el Profesor Bullard afirmaba que la estabilidad no impedía que la SUNAT interpretara o aplicara el Reglamento, agregó³⁰³:

Eso no significa que las autoridades tengan absoluta discrecionalidad para interpretar y aplicar las normas estabilizadas y que dichas normas permanezcan sujetas a los principios de legalidad y licitud que rigen la administración pública.

En otras palabras, la interpretación no puede emplearse para “defraudar” el marco de estabilización creado por el gobierno como mecanismo designado específicamente para proteger las inversiones. Así, pues, la SUNAT no podría, por ejemplo, a través de una interpretación, cambiar la tasa del impuesto a la renta aplicable en virtud de un convenio de estabilidad jurídica. La SUNAT podría, sin embargo, decidir si una consecuencia legal específica resulta aplicable a una circunstancia en particular en la medida en que dicha circunstancia esté razonablemente comprendida dentro del alcance de la norma estabilizada.

221. Por ello, según el Comité, esta parte del Laudo no sólo estaba correctamente fundamentada, sino que además se la razonó después de analizar las pruebas sobre la legislación del Perú. El Comité, por tanto, no puede aceptar la solicitud de anulación parcial del Laudo que el Perú propone en virtud del Artículo 52(1)(b) ya que no se configura la supuesta falta de aplicación del derecho aplicable que éste esgrime.

222. Además, en la medida en que el Perú intente reforzar su solicitud con este fundamento en referencia al Artículo 52(1)(d), el Comité volverá sobre las observaciones que hizo en el párrafo 92 *supra*. Nada agrega sobre una impugnación basada en la falta de aplicación del derecho aplicable para caracterizar tal omisión como un *‘quebrantamiento grave de una norma de procedimiento’*. El requisito para aplicar el derecho aplicable apunta al marco legal sustantivo dentro del cual el tribunal está facultado por las partes para resolver la cuestión, por los motivos analizados en el párrafo 96 *supra*, y no a los procedimientos que el Tribunal debe

³⁰² Bullard 1, [45].

³⁰³ *Ibíd.* [47].

garantizar durante la audiencia del caso. El Comité reitera los comentarios efectuados al respecto en los párrafos 168 a 169 *supra*.

223. Por estos motivos, la solicitud de anulación parcial planteada por el Perú bajo este encabezamiento también debe desestimarse.

2. Amnistía fiscal

224. El siguiente fundamento de anulación parcial se relaciona con cómo analizó el Tribunal los efectos de que DEI Egenor haya aceptado la amnistía fiscal otorgada por la SUNAT sobre el reclamo de DEI Bermuda en el arbitraje³⁰⁴. El Perú alega que el Tribunal no analizó el argumento de que esta amnistía producía efectos sustantivos y procesales y, por lo tanto, omitió expresar sus motivos y analizar uno de los argumentos que se le planteó, lo que lo llevó a extralimitarse manifiestamente en sus facultades.

225. Los argumentos del Perú sobre el efecto de la amnistía fiscal se habían planteado originalmente como una excepción a la admisibilidad³⁰⁵. El Tribunal consideró que correspondían a la etapa del fondo³⁰⁶. Concordantemente, se los volvió a presentar en esa etapa³⁰⁷. El Tribunal analizó esta cuestión en su Laudo en los párrafos 162 a 183. Esta fue una de las cuestiones preliminares que el Tribunal estudió en la Parte IV, estableciendo el marco necesario para sus decisiones sobre el fondo en la Parte V.

226. En la etapa sobre la competencia, el Tribunal analizó el argumento del Perú en términos de la doctrina de los actos propios³⁰⁸. En la etapa sobre el fondo, el Tribunal resumió el caso del Perú sobre el ‘alcance de la renuncia’ de la siguiente manera³⁰⁹:

Según la Demandada, la solicitud de un contribuyente para gozar los beneficios de la Ley de Amnistía Fiscal implica el reconocimiento y la aceptación de las obligaciones tributarias estipuladas en la solicitud, ya que el pago realizado de acuerdo con la Ley de Amnistía Fiscal constituye la

³⁰⁴ *Supra* [71] – [72].

³⁰⁵ Memorial sobre Competencia de la Demandada [128] – [134].

³⁰⁶ Decisión sobre Competencia [163] – [164].

³⁰⁷ Memorial sobre el Fondo [271] – [285]; Memorial de Contestación sobre el Fondo [120] – [136]; Réplica sobre el Fondo [389] – [407]; Dúplica sobre el Fondo [307] – [330].

³⁰⁸ Decisión sobre Competencia [163], que cita al Memorial sobre Competencia de la Demandada [133].

³⁰⁹ Laudo [164].

renuncia a toda objeción actual o futura contra la obligación tributaria en cuestión, ya sea mediante un procedimiento administrativo o judicial.

Agregó que el experto del Perú consideraba que la renuncia se aplicaba a los procedimientos en cualquier fuero, incluso en procedimientos de arbitraje internacional³¹⁰. Luego, el Tribunal comentó sobre la respuesta principal de DEI Bermuda: *‘el único efecto de la aceptación de la amnistía por parte de DEI Egenor fue la renuncia a su derecho de impugnar los pagos efectuados en función de la amnistía mediante los mecanismos procesales disponibles en la legislación tributaria del Perú’*³¹¹.

227. El Tribunal luego expuso su propio razonamiento en los párrafos 179 a 182³¹²:

179. El Tribunal concluye que los derechos estipulados en los CEJs con DEI Egenor y de DEI Bermuda son autónomos y distintos de los derechos a los que se aplica la renuncia del SEAP, con independencia de que DEI Egenor pudo haber reservado ciertos derechos en sus solicitudes de amnistía. Para beneficiarse de la Ley de Amnistía, el contribuyente debía desistir de sus reclamaciones ante las “autoridades administrativas o judiciales”. Conforme a cada CEJ, fue convenido que las controversias sobre el alcance de la protección estipulada en el CEJ serían sometidas a arbitraje (arbitraje nacional o internacional, en el caso del CEJ con Egenor, y arbitraje CIADI, en el caso del CEJ con DEI Bermuda), y no a las autoridades administrativas o judiciales.

180. Por lo tanto, el Tribunal concluye que, puesto que ni las autoridades administrativas ni judiciales del Perú tienen competencia para conocer sobre reclamos o impugnaciones fundados en los CEJs, la renuncia a toda impugnación contra la obligación tributaria ante las “autoridades administrativas o judiciales” prevista en la Ley de Amnistía Fiscal no podría haber resultado en la renuncia de los derechos atribuidos a DEI Egenor y a DEI Bermuda por sus respectivos CEJs.

181. Además, el CEJ con DEI Bermuda no contiene ninguna disposición específica con respecto al derecho sustantivo aplicable. En dichas

³¹⁰ *Ibid.* [165].

³¹¹ *Ibid.* [166].

³¹² Se omiten las notas al pie. Se agregó, en [183], un punto subsidiario de interpretación bajo el derecho peruano, respaldado por expertos de ambas partes, que establecía que los sistemas especializados para las cuestiones tributarias debían interpretarse de forma restrictiva.

circunstancias, el Artículo 42(1) del Convenio [del] CIADI exige que el Tribunal aplique “la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

182. En consecuencia, incluso si el pago estipulado por la Ley de Amnistía Fiscal resultara, según la legislación peruana, en la renuncia a los derechos establecidos en los CEJs (lo cual, en la opinión del Tribunal, no es así), la legislación peruana (“la legislación del Estado que sea parte en la diferencia”), y en particular la Ley de Amnistía Fiscal, entrarían en conflicto con los principios del derecho internacional aplicables. Uno de esos principios es que la renuncia a los derechos del CIADI debe ser explícita (véase el Segundo Informe Pericial del Profesor Dolzer, párrafos 28-29). Tal como se explicó en la Sección anterior, la Demandada no cuestiona que, en el caso de tales conflictos, el derecho internacional prevalece por sobre el derecho local.

228. El Artículo 48(3) del Convenio del CIADI establece: *‘[e]l laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado’.* Pero los redactores del Convenio se negaron a considerar el incumplimiento del primer elemento de este requisito una causa de anulación³¹³ ya que prefirieron contemplar, en lugar de ello, una acción de reparación especializada que consistía en solicitar al tribunal una decisión complementaria³¹⁴. De esta forma, que el Tribunal no analice todos los argumentos no constituye *ipso facto* una causa de anulación. Por el contrario, es necesario que quien solicita dicha anulación demuestre que esa omisión se traduce en una falla en la inteligibilidad del razonamiento del laudo mismo (de conformidad con el Artículo 52(1)(e))³¹⁵.

229. Subsidiariamente, el solicitante puede probar que no analizar un argumento presentado por las partes equivale a una extralimitación manifiesta en las facultades del tribunal, dado que implica que éste no asumió el mandato que se le ha conferido (en virtud del Artículo 52(1)(b))³¹⁶. En ese caso, *‘la omisión del ejercicio de una jurisdicción sólo puede ser caracterizada como una extralimitación manifiesta de las facultades sólo cuando claramente importa una diferencia significativa para el*

³¹³ History, II, 849.

³¹⁴ Artículo 49(2).

³¹⁵ Según MINE, *supra* Nº 130, [5.13]; Wena, *supra* Nº 116, [100] – [101].

³¹⁶ *Supra* [97].

resultado'.³¹⁷ Un tribunal no se extralimita manifiestamente en sus facultades si omite analizar alguno de los argumentos planteados por las partes respecto de una cuestión de derecho en la medida que, objetivamente, haya tratado la cuestión de derecho propiamente dicha. Como sostuvo el comité *ad hoc* del caso *CDC c. Las Seychelles*.³¹⁸

La terminología específica utilizada por la República en su Memorial no puede definir la pregunta que el Tribunal tenía la obligación de responder. El Tribunal debía responder una pregunta de naturaleza jurídica, o dicho de otra forma, llegar a una conclusión acerca de los derechos y las obligaciones de las Partes.

230. Con estas consideraciones en mente, el Comité *ad hoc* tiene la convicción de que el Tribunal ha analizado la cuestión de derecho planteada y de que lo ha hecho de una forma que no presenta fallas de razonamiento.

231. Perú primero opuso su excepción respecto del efecto preclusivo de la amnistía fiscal como argumento de admisibilidad en la etapa sobre la competencia. Manifestó que los reclamos de DEI Bermuda eran inadmisibles porque las controversias tributarias en las se basaban los reclamos en el arbitraje se habían resuelto dentro del sistema tributario del Perú³¹⁹. Según el Perú, la aceptación de la amnistía fiscal por parte de DEI Egenor precluía el reclamo arbitral posterior de DEI Bermuda e impidió que DEI Bermuda lo interpusiera³²⁰. DEI Bermuda respondió que la aceptación de la amnistía fiscal por parte de DEI Egenor no había tenido tal efecto en cuanto a la legislación del Perú y dado que de ninguna manera dicha acción podía tener efecto preclusivo e impedir que DEI Bermuda interpusiera sus reclamos por medio de un arbitraje³²¹.

232. Dado que el Tribunal decidió que esta cuestión debía analizarse en la etapa del fondo y no en la de admisibilidad, las partes retomaron en sus escritos sobre el fondo los argumentos legales respecto a este punto. DEI Bermuda afirmó que *‘al valerse de la amnistía fiscal local – cubriendo de esta manera su exposición, mitigando sus daños y protegiendo el valor de su inversión – Duke Energy sólo renunció a los derechos que le correspondían como contribuyente local con respecto*

³¹⁷ *Ídem Vivendi*, y a los mismos efectos, *Klöckner*, *supra* Nº 133 [131], [148].

³¹⁸ *CDC Group PLC c. Las Seychelles*, *supra* Nº 130, [57].

³¹⁹ Memorial sobre Competencia, Sección V.

³²⁰ *Ibid.* [128] – [134].

³²¹ Memorial de Contestación sobre Competencia, [206] – [212].

a la SUNAT en virtud de la legislación tributaria del Perú. Jamás renunció a sus derechos en su calidad de inversionista extranjero respecto del Gobierno del Perú de conformidad con sus CEJs³²². En respuesta, el Perú estableció que *‘el hecho de que la Demandante haya recurrido a la [l]ey de [a]mnistía [f]iscal del Perú impiden que pueda presentar sus [r]eclamos’*³²³. Según el Perú, esto ocurría en virtud de la legislación del Perú o como resultado de la aplicación de la doctrina de los actos propios dentro del marco del derecho internacional.

233. El Comité considera que las partes sometieron a la decisión del Tribunal lo que en realidad era una cuestión de derecho: el efecto legal de la conducta de DEI Egenor al aceptar la amnistía fiscal respecto de la capacidad de DEI Bermuda de presentar su reclamo en el arbitraje. Esa fue la cuestión que podría haber sido decisiva para el resultado, ya que si la defensa del Perú hubiera prosperado, habría impedido el reclamo de DEI Bermuda.

234. Cada una de las partes procedió luego a exponer diferentes argumentos sobre la cuestión, algunos en base a la legislación del Perú y otros bajo el derecho internacional. Pero el Comité no considera que haya habido un tipo de bifurcación inherente en este procedimiento de anulación como el que ahora esgrime el Perú entre el efecto sustantivo y el efecto procesal de la amnistía fiscal. Por el contrario, una vez que el Tribunal hubo determinado que el efecto de la amnistía correspondía a la etapa del fondo del procedimiento, debió resolverla según su naturaleza sustantiva, es decir, como una excepción sobre el fondo. Sin embargo una parte esencial de una petición basada en un impedimento legal o la doctrina de los actos propios que se refiera a la resolución de un asunto sujeto a un litigio previo que la conducta de la parte tenga un carácter dual, es decir, que al mismo tiempo impida el proceso y que sea determinante respecto a la sustancia. Estos dos elementos son inseparables. Son partes inherentes del mismo argumento. Como sostuvo una Cámara de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gulf of Maine*: *‘el impedimento es de hecho el aspecto procesal, mientras que la doctrina de los actos propios es el aspecto sustantivo del mismo principio’*³²⁴.

235. En el contexto del presente caso, un elemento lógicamente esencial para determinar este efecto era la medida en que la conducta de una parte (DEI Egenor)

³²² Memorial sobre el Fondo, [272], se omiten las notas al pie.

³²³ Memorial de Contestación sobre el Fondo, Sección III B.

³²⁴ *Delimitación del límite marino en el área del Golfo de Maine (Canadá c. Estados Unidos de América)* [1984], ICJ Rep 246, 305, [130].

en un fuero legal podía frenar o impedir que otra parte (DEI Bermuda) interpusiera su reclamo en otro fuero. El Tribunal, en su explicación de los párrafos 179 a 182, afirmó que la conducta de DEI Egenor no podía impedir el reclamo de DEI Bermuda puesto que los derechos de cada uno eran distintos; las competencias de las autoridades tributarias peruanas y del Tribunal del CIADI no se superponían, y cada reclamo se regía por un derecho aplicable diferente. Por ello reconoció las consecuencias sustantivas y procesales de la amnistía fiscal y rechazó la excepción planteada por el Perú. En el resultado, pues, no ha habido ni un fallo de razonamiento ni una extralimitación manifiesta de facultades.

3. Buena fe/doctrina de los actos propios

236. Los miembros del Tribunal discreparon acerca de si el Perú había violado su deber implícito de buena fe y la doctrina peruana de los actos propios. Sobre este punto, la mayoría de los miembros (el Presidente Fortier y el Árbitro Tawil) determinaron que sí se configuró tal incumplimiento. El Árbitro Nikken preparó una Disidencia Parcial sobre este tema.

237. La mayoría de los miembros expuso su razonamiento en cuatro secciones del Laudo: (i) la determinación del derecho aplicable; (ii) la determinación del alcance de la protección implícita en el CEJ con DEI Bermuda; (iii) la aplicación al reclamo por la determinación de la depreciación, y (iv) la aplicación al reclamo de revaluación de activos.

238. Para determinar el derecho aplicable en general, el Tribunal sostuvo, de conformidad con el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI, que teniendo en cuenta que no había cláusula de derecho aplicable expresa en el CEJ con DEI Bermuda, estaba facultado a aplicar tanto la legislación del Perú como los principios de derecho internacional. Esto significaba que, en el caso de que existiera alguna inconsistencia entre ambos, el Tribunal podía dar prioridad al derecho internacional³²⁵. El Tribunal señaló que *'los principios de derecho internacional deben aplicarse a fin de determinar la medida en que la división del Estado en diferentes entidades y organismos puede desvincular al Estado de la responsabilidad por ciertos*

³²⁵ Laudo [158].

*actos y manifestaciones (es decir, el análisis de la Buena fe y la doctrina de los actos propios)*³²⁶.

239. Entonces, expuso su enfoque sobre la cuestión preliminar respecto del contenido legal de la obligación³²⁷. Afirmó que la doctrina de los actos propios, como principio implícito dentro del CEJ con DEI Bermuda, no podía interpretarse puramente teniendo en cuenta la legislación peruana. El Tribunal consideró que, por el contrario, estaba facultado para aplicar el derecho internacional y *‘tomar en cuenta la perspectiva de un inversionista extranjero razonable percibiendo, observando o interactuando con el Gobierno del Perú*³²⁸. El Tribunal, sin embargo, rechazó la unidad del criterio estatal propuesta por DEI Bermuda, que derivaba de los principios sobre responsabilidad de los estados. Estimó que, con respecto a un inversionista extranjero, *‘el Estado asume el riesgo por los actos de los órganos o funcionarios que, por su naturaleza, pueden razonablemente generar confianza en terceros*³²⁹. Lo que importaba, según el Tribunal, era la *‘apariencia razonable de que la declaración resulta vinculante para el Estado’*, determinación en la que *‘la manifiesta falta de competencia’* del órgano del Estado podía ser decisiva³³⁰. El Tribunal se refirió por analogía al criterio del Artículo 46 de la Convención de Viena³³¹ respecto de las normas de derecho interno sobre la competencia para concluir tratados que impiden que un estado se apoye en una violación de su derecho interno *‘a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno’*. Así, pues, la declaración debía ser *‘inequívoca’*, es decir, debía *‘resultar de una acción o conducta que, conforme a la práctica usual y a la buena fe, sea percibida por los terceros como la expresión de la posición del Estado, incompatible con la posibilidad de ser contradicha en el futuro*³³².

240. El Tribunal rechazó el reclamo de DEI Bermuda sobre la Determinación de la Depreciación, al sostener que no logró probar que haber recibido la declaración inequívoca exigida³³³.

³²⁶ *Ibíd.* [160].

³²⁷ En la Parte IV C 2 (c) [241] – [251].

³²⁸ *Ibíd.* [241].

³²⁹ Laudo, [246].

³³⁰ *Ibíd.* [247].

³³¹ *Supra* Nº 119.

³³² Laudo [249].

³³³ *Ibíd.* [320] – [323].

241. Luego regresó sobre el argumento de la doctrina de los actos propios en el contexto de la Determinación por Revaluación de Activos³³⁴. En esa etapa de su análisis, el Tribunal ya había considerado el reclamo de DEI Bermuda por incumplimiento de la obligación contractual de estabilidad tributaria establecida en el CEJ con DEI Bermuda y había determinado que efectivamente se había incumplido con dicha obligación. Un paso esencial para llegar a dicha conclusión fue la existencia de una interpretación estable vigente de la ley tributaria en el momento en que se otorgó la garantía de estabilidad tributaria. Dicha interpretación fue también objeto de estabilización de conformidad con el CEJ con DEI Bermuda³³⁵.

242. Por ello, el Tribunal abrió la sección del Laudo sobre la doctrina de los actos propios haciendo la observación de que, habiendo determinado que el Perú era responsable del incumplimiento de la garantía de estabilidad tributaria, *‘no es necesario que el Tribunal considere las causales alternativas de responsabilidad expuestas por la Demandante, incluida la violación a la doctrina de los actos propios o a la buena fe’*³³⁶. Sin embargo, continuó, *‘[t]ras haber recogido una cantidad sustancial de pruebas y argumentos sobre la cuestión, el Tribunal se siente obligado a fijar su criterio sobre la cuestión’*³³⁷.

243. Luego de este análisis detallado de la prueba sobre el apoyo que ofrecieron varios funcionarios estatales para la fusión de Egenor con Power North, el Tribunal manifestó que éstos simplemente implementaban las políticas aplicables en el Perú por ese entonces. Expresó, además para buen resolver, lo siguiente³³⁸:

[L]as conclusiones principales del Tribunal con respecto a la Acotación por Revaluación de Activos es que la SUNAT violó el CEJ con Egenor al apartarse de la interpretación ampliamente aceptada y estable de la LFR cuando se produjo la inversión extranjera en Egenor. Las conclusiones del Tribunal respecto a la conducta de diversas personas que se describen en el análisis que efectúa el Tribunal con respecto a la doctrina de los actos propios son de carácter secundario y apoyan sus conclusiones principales en materia de responsabilidad.

³³⁴ *Ibid.* Parte V B 3, [379] – [442].

³³⁵ Laudo [352] – [366].

³³⁶ Laudo [379].

³³⁷ *Ídem.*

³³⁸ *Ibid.* [427].

244. Luego procedió a resolver que el Perú no tenía derecho a confiar en la autoridad exclusiva de la SUNAT para realizar declaraciones sobre asuntos tributarios, dado que, según el Tribunal, el derecho aplicable a la cuestión era el derecho internacional y no la legislación del Perú. *‘Según el derecho internacional es posible que entidades y agencias diferentes al servicio nacional tributario vinculen al Estado a una posición determinada en relación con transacciones con implicaciones tributarias’*³³⁹.
245. El Árbitro Nikken no estuvo de acuerdo con esta parte del Laudo. Él opinó que *tanto el estoppel como principio de derecho internacional, como la doctrina de los actos propios como principio de la legislación peruana resultaban aplicables, ‘fuera de toda duda’*³⁴⁰. Sin embargo, esto no significa que el Estado siempre deba actuar de forma absolutamente consistente. Lo que importaba era, como sostuvo la mayoría, que las acciones del Estado fueran razonablemente confiables. La confianza no podía ser razonable si el órgano que efectuaba las declaraciones era manifiestamente incompetente³⁴¹.
246. Lo que el Árbitro Nikken no compartió entonces con el resto de los miembros no fue el criterio legal pertinente sino su aplicación al problema en cuestión. Consideró que se podía esperar que un inversionista conociera el ordenamiento jurídico del Estado en el que invertía, al menos con respecto a un tema fundamental relacionado con su actividad económica, como es el caso de los impuestos. Sobre el asunto tributario, estimó que el inversionista no podía concluir razonablemente que la transacción se había aprobado de forma clara y consistente si la autoridad tributaria no se había aún pronunciado sobre ello³⁴². Destacó que esto era una práctica común en las privatizaciones, dado que el vendedor (una empresa estatal) normalmente, como en este caso, asumiría la responsabilidad por las deudas tributarias ocultas ya que no es el vendedor sino la autoridad tributaria quien tiene la facultad de pronunciarse en esta materia. Por ello, consideró que la conducta de los otros funcionarios estatales sólo era relevante a efectos de confirmar la interpretación imperante, la cual fue estabilizada en virtud del CEJ con DEI Bermuda, sin embargo la misma no por sí misma una situación de *estoppel*³⁴³.

³³⁹ *Ibid.* [432].

³⁴⁰ Disidencia de Nikken, [5].

³⁴¹ *Ibid.* [6] – [7].

³⁴² *Ibid.* [11].

³⁴³ *Ibid.* [19].

247. Perú expuso una amplia crítica de la conclusión de la mayoría sobre este asunto, alegando una extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal debido a la falta de aplicación de la legislación del Perú como derecho aplicable y a fallas diversas en el razonamiento del Tribunal³⁴⁴.
248. DEI Bermuda sencillamente responde que las observaciones del Tribunal en este punto son *obiter dicta* y que por ello no ameritan la anulación del Laudo. En su respuesta, el Perú acepta que el Laudo es '*susceptible de interpretación por parte de la Demandante*'³⁴⁵ pero argumenta que es '*igualmente susceptible de interpretación el hecho que el Tribunal ha decidido, después de todo, considerar la responsabilidad del Perú y pronunciarse sobre ella en base a este fundamento alternativo*'³⁴⁶. Perú afirma adicionalmente que esta conclusión secundaria se volvería particularmente importante si este Comité anulara la conclusión primaria del Tribunal sobre la responsabilidad respecto a la estabilidad tributaria, dado que de esta forma la misma podría operar como un fundamento alternativo a la responsabilidad del Perú³⁴⁷. El Perú sostiene que se había invitado a DEI Bermuda a que confirmara que las conclusiones del Tribunal sobre la doctrina de los actos propios no producirían esa consecuencia si el Comité decidiera anular la conclusión primaria en el Laudo, cosa que no hizo³⁴⁸.
249. La resolución de la cuestión sustantiva presentada ante el Tribunal puede dar lugar a diferencias legítimas de opiniones. Esto se debe al equilibrio que se debe lograr entre sistemas jurídicos mellizos aplicables para el caso de que las partes no hayan seleccionado expresamente un derecho aplicable en virtud del Artículo 42(1) del Convenio del CIADI³⁴⁹, una formulación que sin lugar a dudas '*confiere al Tribunal un cierto margen y poder de interpretación*'³⁵⁰. También se pueden tener en cuenta las opiniones alternativas sostenibles sobre la aplicación de la ley incluso si el principio de derecho internacional de *estoppel* (doctrina de los actos propios) resultara aplicable, como consideraron todos los miembros del Tribunal. Se pueden adoptar legítimamente diferentes perspectivas, como les sucedió a los árbitros, respecto del

³⁴⁴ Sintetizado *supra*, [75] – [79].

³⁴⁵ Réplica, [181].

³⁴⁶ *Ídem*.

³⁴⁷ *Ibid.* [183]; Transcripción, Día 1, 107/20 – 108/5.

³⁴⁸ Transcripción, Día 1, 108/6 – 109/10.

³⁴⁹ Ver Reisman "*The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold*" (2000), 15 ICSID Rev-FILJ 362 y Gaillard y Banifatemi "*The Meaning of 'And' in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*" (2003), 18 ICSID Rev-FILJ 375.

³⁵⁰ *Wena*, *supra* Nº 116, [39].

equilibrio a alcanzarse entre el efecto sobre la demandada y el grado de autoridad efectivamente conferido a los funcionarios oficiales³⁵¹, especialmente en el contexto de las declaraciones sobre cuestiones tributarias, donde puede haber motivos para adoptar un enfoque más cauteloso.

250. El Comité *ad hoc* está seguro de que las opiniones expresadas por la mayoría de los miembros del Tribunal no pueden considerarse una parte vinculante de este Laudo ya que no constituyen una decisión sobre un tema esencial o fundamental del Laudo o una parte del razonamiento necesario de los árbitros para arribar a su decisión, y resultan incidentales respecto a la conclusión del Tribunal Arbitral³⁵². Más bien, las opiniones de la mayoría sobre la cuestión son, como establece el propio Laudo, *obiter dicta*. La *ratio* del Laudo es la determinación de que la DRA implicó un incumplimiento de la garantía de estabilidad tributaria prevista en el CEJ con DEI Bermuda. El análisis de daños que realizó el Tribunal con miras a su decisión en el *dispositif* respecto a la compensación, se funda en el '*incumplimiento por parte de la Demandada del CEJ con DEI Bermuda*' a consecuencia de la DRA³⁵³. El Tribunal destacó la naturaleza subsidiaria de sus conclusiones sobre la doctrina de los actos propios en las partes citadas en los párrafos 242 y 243. Asimismo, el Tribunal distinguió cuidadosamente en otra parte del Laudo entre su *determinación* del incumplimiento de la garantía de estabilidad tributaria y sus *conclusiones* sobre la doctrina de los actos propios³⁵⁴.

251. El Comité, por los motivos establecidos en la Sección III C 1 de su Decisión, no ha anulado la determinación del Tribunal sobre la garantía de estabilidad tributaria. El Laudo y su razonamiento continúan firmes. Por ello, el escenario posible en el que el Perú consideró que existía la posibilidad de anular parcialmente la parte del Laudo que analiza la doctrina de los actos propios no ha prosperado. Asimismo, la postura formal que DEI Bermuda asumió en sus escritos de que las conclusiones del Tribunal sobre la doctrina de los actos propios son *obiter dicta*, la obligan a ella también. En razón de las posturas de las partes, pues, no es necesario que el Comité analice si las causas de anulación planteadas respecto de esta sección tienen o no fundamento,

³⁵¹ Según Thirlway, "*The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989 Part One*" (1989) LX BYIL 1, 36.

³⁵² Comité de la Asociación de Derecho Internacional sobre el Arbitraje Comercial Internacional, '*Final Report on Res Judicata and Arbitration*' (2006), 72 ILA Conf Rep 186, 200, [56]; según *Associated Electric y Gas Insurance Services Ltd (AEGIS) c. European Reinsurance Co of Zurich* [2003] 1 WLR 1041 (PC), [14].

³⁵³ Laudo [454], [474].

³⁵⁴ Laudo [142], [450].

dado que dicho análisis no llevaría al resultado que el Perú pretende, es decir, la anulación parcial de la parte del Laudo que analiza la DRA³⁵⁵. Por ende, el Comité no se embarcará en esa tarea.

4. Daños

252. El Tribunal analizó el *quantum* de los daños en la Parte IV de su Laudo (párrafos 460 a 488). Contó con informes y respuestas de expertos convocados por cada una de las partes: el Sr. Kaczmarek de Navigant Consulting por DEI Bermuda y el Sr. Bustamante of Macroconsult por el Perú, cuyos cálculos se resumen en los párrafos 460 a 473 junto con sus respectivos análisis del enfoque empleado por la contraparte.

253. El Tribunal resolvió que su tarea consistía en calcular únicamente los daños derivados de la DRA dentro del período de vigencia del CEJ con DEI Bermuda, que finaliza en el año 2011. El Tribunal notó que la diferencia entre los parámetros de los respectivos expertos oscilaba entre US\$19.469.721 (Navigant) y US\$9.568.158 (Macroconsult)³⁵⁶.

254. Para resolver esta diferencia, el Tribunal consideró la metodología adoptada por cada uno de los expertos y las críticas que hacían del enfoque del otro. Finalmente, luego de analizar los datos y cálculos en cada uno de los informes, el Tribunal concluyó que podía confiar en los cálculos del Sr. Kaczmarek. No pudo, por otra parte, verificar los cálculos del Sr. Bustamante teniendo en cuenta los datos proporcionados. En consecuencia, aceptó la suma calculada por el Sr. Kaczmarek³⁵⁷.

255. Perú alega que el Tribunal no expresó los motivos por los cuales consideró que la metodología de Macroconsult resultaba inadecuada. Si el Tribunal hubiera tenido tal preocupación, sostiene el Perú, debería haber llamado al Sr. Bustamante para prestar declaración durante la audiencia, ya que DEI Bermuda no había expresado una preocupación semejante. Esta omisión por parte del Tribunal violó el derecho procesal fundamental del Perú de ser escuchado durante el procedimiento³⁵⁸.

³⁵⁵ Solicitud de Anulación [101(2)].

³⁵⁶ Laudo [474] – [475].

³⁵⁷ *Ibid.* [481] – [483].

³⁵⁸ Memorial [270] – [272].

256. La cuestión del margen de apreciación acordado a un tribunal en el cálculo de daños fue objeto de un detallado análisis por parte del comité *ad hoc* del caso *Rumeli Telekom A/S c. Kazajstán*³⁵⁹. Dicho comité observó:

*[L]os tribunales se permiten generalmente una medida considerable de discrecionalidad al determinar cuestiones de quantum. Así, pues, en Wena Hotels, el Comité ad hoc sostuvo*³⁶⁰:

Respecto de la determinación del quantum de la indemnización concedida, cabe recordar que la noción de “indemnización pronta, adecuada y efectiva” le confiere al Tribunal un cierto margen de discrecionalidad dentro del cual, habida cuenta de su naturaleza, solamente se pueden aportar unas pocas razones más que la referencia al cálculo del Tribunal, junto con expresiones relativas a la relevancia y evaluación de la prueba que lo sustenta.

*Este asunto no se resuelve simplemente sobre la base de la carga de la prueba. Para estar seguro, el Tribunal debe estar convencido de que la demandante ha sufrido algún tipo de daño bajo el supuesto en cuestión como resultado del incumplimiento de la demandada*³⁶¹. *Pero una vez que lo está, determinar el monto preciso de ese daño de manera informada es una tarea que debe emprender el tribunal en función de toda la prueba que éste tiene a su disponibilidad. Esto está ampliamente arraigado en el derecho local*³⁶².

257. Este análisis es igualmente aplicable al caso que nos ocupa. El Tribunal determinó que DEI Bermuda había sufrido una pérdida debido al DRA. Los expertos coincidían en que el DRA había tenido efectos sustanciales sobre DEI Bermuda. La tarea del Tribunal consistía, entonces, en determinar la extensión de esa pérdida para llegar a una estimación informada teniendo en cuenta las pruebas con las que contaba.

³⁵⁹ (Decisión sobre Anulación), caso CIADI Nº ARB/05/16 (25 de marzo de 2010), [146] – [147].

³⁶⁰ *Supra*, Nº 116, [91].

³⁶¹ Que cita al Caso *Chorzów Factory (Alemania c. Polonia)* (Fondo de la diferencia) (1928), CPJI, Rep Ser A No 17, 56.

³⁶² Que cita a Gotanda ‘*Recovering Lost Profits in International Disputes*’ (2004-5), 36 *Georgetown JIL* 61, 101 y *Sellars c. Adelaide Petroleum NL* (1992-4), 179 *CLR* 332, 368 (HCA).

258. Esto fue lo que el Tribunal claramente hizo. Es el Tribunal el que *'decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio'*³⁶³. No corresponde a un comité *ad hoc* de conformidad con la misión conferida por el Artículo 52 revisar esas decisiones. Tampoco se les negó a las partes la oportunidad de plantear sus posturas sobre la cuestión de los daños. Ambas partes presentaron dos tandas de informes. Teniendo en cuenta la naturaleza secuencial de los escritos en los procedimientos ante el CIADI, esto permitió al Perú y a su experto considerar y responder por escrito el enfoque asumido por el experto de DEI Bermuda y responder la crítica de este último sobre el enfoque del Perú. Un tribunal no está obligado a escuchar los testimonios orales de todos los testigos. Por el contrario, la Regla de Arbitraje 36 del CIADI lo faculta a aceptar pruebas de testigos o expertos de forma escrita. De ello se desprende que también puede evaluar el valor probatorio de la prueba presentada de forma escrita. Es por ello que el Comité también desestima esta causa de anulación parcial del Laudo.

IV. COSTOS

259. Resta que el Comité *ad hoc* considere su decisión respecto a (i) los **Costos del CIADI**³⁶⁴; y (ii) los costos y gastos de las partes en relación con el Procedimiento de Anulación (**'Costos de las Partes'**).

260. De conformidad con las instrucciones del Comité *ad hoc*, cada parte presentó una declaración sobre sus costos el 1 de diciembre de 2010:

(a) Perú presentó su Declaración de Costos los cuales cuantificó en un monto US\$1.365.400,60 (incluyendo Costos de Parte por una suma de US\$885.400,60 junto con los pagos anticipados de los Costos del CIADI, los cuales a ese momento sumaban un total de US\$480,000.00).

(b) DEI Bermuda presentó su Declaración de Costos, la cual asciende a US\$1,373,325.40, utilizando una tasa por hora, mientras que se acepta que en este momento solamente está obligada al pago de US\$662.380,90 dado que sus

³⁶³ Regla de Arbitraje del CIADI 34(1).

³⁶⁴ Los cuales comprenden, de conformidad con los Artículos 52(4) y 61(2) y del Convenio del CIADI, los honorarios y gastos de los miembros del Comité y los cargos administrativos del Centro.

honorarios de abogados se han limitado sujeto a un honorario de éxito que no se especifica.

261. La Declaración de Costos de DEI Bermuda estaba acompañada por una presentación legal respecto a costos. El Comité ad hoc le otorgó a Perú la oportunidad de responder a esta presentación lo cual hizo por medio de una carta de fecha 10 de diciembre de 2010.

262. DEI Bermuda solicita que el Comité *ad hoc* ordene a Perú a pagar los Costos de Parte de DEI Bermuda junto con todos los Costos del CIADI³⁶⁵. DEI Bermuda sostiene que una condena sobre costos se justifica por cuanto la solicitud de Perú fue '*manifiestamente infundada*' y '*con pocas probabilidades de tener éxito*',³⁶⁶ asimismo alega que el Perú aumentó el costo de la defensa respecto a la solicitud de anulación '*artificial e innecesariamente*'³⁶⁷.

263. Perú responde que ya ha pagado US\$480.000 en pagos anticipados al Centro y que no ha solicitado ser reembolsado por ninguna porción de los Costos del CIADI³⁶⁸. Perú adicionalmente argumenta que ha sometido '*serios y bien fundamentados reclamos para la anulación*' por lo cual sostiene que ordenar que el Perú pague los Costos de Parte de DEI Bermuda no puede ser justificado y dicha solicitud debiera ser desechada.³⁶⁹

264. El Comité *ad hoc* tiene la discreción de determinar cómo y quién debe asumir los Costos del CIADI y los Costos de las Partes (Artículo 61(2) del Convenio del CIADI y la Regla de Arbitraje 47(1)(j), leídas en concordancia con el Artículo 52(4) del Convenio del CIADI y la Regla de Arbitraje 53).

265. En razón de la clarificación del Perú en cuanto a los Costos del CIADI el Comité *ad hoc* no requiere emitir una determinación en cuanto a la distribución de dichos costos, y de conformidad ordena y confirma que Perú deberá asumir la totalidad de dichos costos³⁷⁰.

³⁶⁵ Memorial de Contestación [312(2)].

³⁶⁶ Declaración de Costos de la Demandante, [13].

³⁶⁷ *Ibid* [13] – [14].

³⁶⁸ Contestación del Perú a la Presentación de Costos de la Demandante, [18].

³⁶⁹ *Ibid* [8] – [17].

³⁷⁰ El Secretariado proveerá a su debido tiempo a las Partes un estado financiero mostrando los Costos del CIADI. El Centro reembolsará a Perú cualquier balance en la cuenta del caso, una vez que todos los costos y gastos hayan sido pagados.

266. En relación con el reclamo de DEI Bermuda por el reembolso de sus Costos de Parte, la práctica en prácticamente todos los comités de anulación del CIADI es ordenar que cada una de las partes asuma los Costos de Parte, incluso cuando la parte Solicitante no ha obtenido un resultado positivo en su solicitud de anulación³⁷¹.

267. Únicamente ha habido dos casos en los que los comités *ad hoc* han adoptado un enfoque diferente. En ambos casos, existieron circunstancias excepcionales³⁷². Por ello, en *CDC c Seychelles* el comité *ad hoc* concluyó que la solicitud de anulación '*fundamentalmente carecía de mérito*' y '*tenía pocas probabilidades de tener éxito*'.³⁷³ En *Repsol c Ecuador*, el comité *ad hoc* enfatizó que '*los argumentos para la anulación no plantearon cuestiones nuevas o complejas*'³⁷⁴ y también señaló la demora del solicitante de la anulación para realizar el pago anticipado.

268. En el presente caso, no todas las causales planteadas en la Solicitud de Anulación del Perú eran manifiestamente infundadas. Perú planteó argumentos en particular respecto a la cuestión de extralimitación de facultades – tanto en cuanto al ejercicio de la jurisdicción *ratione materiae* y *ratione temporis* del Tribunal como en cuanto al enfoque de este respecto a la ley aplicable a los actos propios/*estoppel* – que requirió extensa consideración de parte del Comité *ad hoc*. Asimismo, a pesar de la cantidad de asuntos presentados por el Perú durante el procedimiento de anulación, el Comité considera que el Perú condujo el procedimiento de anulación de una manera profesional y constructiva. En vista de estos factores, el Comité *ad hoc* no considera que deba ordenarse al Perú el pago de los Costos de Parte de DEI Bermuda. Por ende, cada una de las Partes deberán asumir sus propios costos.

³⁷¹ Schreuer *supra* n 121, 1234. Ver, por ej. , *Wena Hotels supra* n 116, [112]; *Klöckner supra* n 133, 163; *Amco Asia supra* n 230, [10.01]; *Rumeli supra* n 359, [183]; *MCI supra* n 105, [89]; *Azurix Corp c República Argentina* (Decisión de Anulación) Caso CIADI No ARB/01/12 (1 de septiembre de 2009), [380].

³⁷² *CDC c Seychelles supra* n 130, [89]; *Repsol YPF Ecuador S.A. c Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (Decisión de Anulación) Caso CIADI No ARB/01/10 (8 de enero de 2007), [86].

³⁷³ *Ibid* [89].

³⁷⁴ *Ibid* [87].

V. DECISIÓN

259. Por las razones expuestas, el Comité *ad hoc* resuelve:

- (1) Desestimar completamente la Solicitud de Anulación presentada por el Perú;
- (2) Que el Perú deberá asumir todos los Costos del CIADI en relación con este procedimiento de anulación;
- (3) Que cada Parte sufragará sus propias Costos de Parte en relación con este procedimiento de anulación;
- (4) Que, en virtud del Artículo 52(5) del Convenio del CIADI y la Regla de Arbitraje 54(3) del CIADI, se da por finalizada la suspensión de la ejecución del Laudo ordenada por el Comité *ad hoc* en su decisión del 23 de junio de 2009.

C. a. McLachlan

Profesor Campbell McLachlan QC
Presidente del Comité *Ad Hoc*

Fecha: 28 de Febrero 2011



Juez Dominique Hascher
Miembro del Comité *Ad Hoc*

Fecha: 7 Febrero 2011



Juez Peter Tomka
Miembro del Comité *Ad Hoc*

Fecha: 25 Enero 2011