

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



La garantía del trato justo y equitativo en los arbitrajes de inversión, ¿Un arma de doble filo?

Análisis del caso No. ARB/17/9 ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Abogado

Autor:

Walter Martín Maguiña Saavedra

Asesor:

Alejandro Martín Moscol Salinas

Lima, 2022

RESUMEN

En el presente informe se abordan los principales problemas jurídicos identificados en el Laudo Arbitral del Caso No. ARB/17/9, resuelto por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el marco del proceso arbitral interpuesto por la empresa Concesionaria Lidercon, S.L. en contra del Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones – MTC, en donde se alega una supuesta vulneración del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) celebrado entre la República de España y el Estado peruano en lo que respecta al tratamiento justo y equitativo (TJE) en contra del inversionista extranjero.

Siendo analizado en el presente informe, el contenido del tratado celebrado por el estado peruano y el estado español, las vulneraciones alegadas por la parte demandante y la actuación estatal que conllevó al inversionista a acudir a un centro internacional de resolución de controversias, en base al contrato de concesión celebrado que, aun a la fecha, se encuentra vigente.

Resulta claro después del análisis realizado que las verdaderas intenciones que perseguía Lidercon al acudir al CIADI, eran que se revise el fondo de las controversias, puesto que no se encontraba de acuerdo con las mismas. Para esto se valió de una garantía internacional la cual, al no encontrarse limitada, sino que se tiene que delimitar en cada caso en particular permite que muchas veces se cruce el delicado límite entre el derecho internacional y el derecho interno. Se propone en el presente trabajo utilizar los 4 parámetros trabajados por la OCDE para limitar lo que se debe entender como la garantía del trato justo y equitativo, de esta manera se clarificara a futuro cuales son los límites de esta garantía internacional.

No se busca negar que la actuación equivocada por parte del estado peruano ha ocasionado perjuicios económicos al inversor; sin embargo, esta actuación no puede y no debe calificarse como una vulneración a la garantía internacional del trato justo y equitativo, ya que tanto el inversor como el estado establecieron los remedios ante las diversas situaciones que pudiesen afectar al inversionista.

HECHOS RELEVANTES PARA EL CASO

ANTECEDENTES PRE CONTRACTUALES

- En el año 1999 se promulga la Ley General de Transporte Terrestre, la cual en su artículo 23.B (titulado Reglamento Nacional de Vehículos) y en base a lo contenido en su segunda disposición complementaria establece que, el MTC será el ente encargado de implementar progresivamente el sistema de revisiones técnicas en el país.
- En el mes de mayo del año 2001 se celebró un convenio de gestión entre la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), por el cual ambas entidades acordaron que la MML sería la entidad responsable de realizar y otorgar las concesiones correspondientes para las inspecciones vehiculares en la provincia de Lima. Sin embargo, este mismo documento, en su disposición tercera contenía una cláusula la cual indicaba que se debía establecer un Reglamento Nacional de Revisiones Técnicas que incluiría “de manera explícita, el régimen especial de gestión para la Municipalidad”. Más aún, la cláusula siguiente previó que el “régimen especial” de gestión para la MML “formará parte del referido Reglamento Nacional” y se redactaría con la participación de la MML en un plazo máximo de 45 días a partir de la firma del Convenio de Gestión. Disposiciones las cuales jamás se cumplieron según se indica en el laudo llevado a cabo entre Lidercon y la MML en el año 2008.
- Con fecha 25 de Julio de 2001, mediante decreto supremo 034- 2001-MTC, se aprobó el Reglamento Nacional de Vehículos, en cuyo título IV, capítulo 1 titulado revisiones técnicas, en su artículo 54.e; se establece que las revisiones técnicas se realizaran mediante “concesión”, las cuales se encuentran bajo el ámbito de competencia del MTC. Sin embargo, si es que el MTC lo ordenaba explícitamente, estas facultades podían ser delegadas a otros organismos públicos.
- Se publica la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), el 27 de mayo de 2003, dicha ley autoriza en su artículo 161, las funciones de la MML, entre las cuales

se encuentra la facultad de verificar y controlar el funcionamiento de vehículos automotores, a través de revisiones técnicas periódicas. Este artículo fue interpretado por MML en el sentido que se le brindaba la facultad de otorgar y regular el funcionamiento de vehículos automotores a través de revisiones técnicas periódicas; este artículo fue derogado por el congreso de la república en el año 2008.

- Con fecha 9 de junio de 2003 se promulga la ordenanza municipal N° 506, que disponía de manera general, la obligación de los vehículos automotores que circulen en la provincia de Lima deberán aprobar el examen de revisión técnica de manera periódica.
- El 7 de octubre de 2003, mediante Decreto supremo 058-2003-MTC, se aprueba el nuevo reglamento nacional de vehículos, siendo que en su artículo 3 se confirma la competencia del MTC para otorgar concesiones en pro de satisfacer la necesidad de brindar el servicio de inspección técnica vehicular, se indica además, que esta facultad es indelegable.
- Del 21 de marzo al 9 de abril de 2004 la MML llevo a cabo la convocatoria a licitación para la construcción y manejo de las plantas de revisiones técnicas, en donde se brindaron las bases a la misma, las cuales contenían los términos de referencia, que deberían ser cumplidos por los licitantes en fase de precalificación.
- Con fecha 3 de agosto de 2004 Lidercon se presentó junto con Iversur bajo la figura de consorcio con una propuesta económica, la cual a la postre resulto siendo la ganadora, en este sentido el consorcio estaba conformado por un 70 % de acciones de Lidercon y un 30 % de acciones de Iversur, siendo este último la entidad que contaba con experiencia previa en el mercado de revisiones técnicas periódicas.
- Con fecha 20 de agosto de 2004 y en base a la consulta de un congresista de la república por una supuesta vulneración a los consumidores, con respecto a las Tarifas que serían cobradas, INDECOPI se pronunció y siendo que aún no se había firmado el contrato de concesión, no se había establecido barrera

burocrática, pero estableció que una vez firmado y viendo las condiciones del mismo este podía ser revisado de oficio por la autoridad correspondiente.

- El 16 de septiembre del 2004 la MML promulgo la ordenanza 694, que complementaba la ordenanza 506 en donde se precisaba la obligación de pasar revisiones técnicas en Lima era aplicable a “Todos los vehículos inscritos en la Oficina Registral de Lima y Callao, cuyos propietarios tengan domicilio en la provincia de Lima”
- Con fecha 20 de septiembre de 2004, Lidercon, Iversur y la MML suscribieron formalmente el contrato de concesión

DISPOSICIONES CONTRACTUALES DESTACADAS

- El contrato fue suscrito por Lidercon Perú, en calidad de sociedad concesionaria, por Iversur S.A. en calidad de operador calificado y por la MML en calidad de concedente.
- La cláusula 1.3 del contrato contiene las siguientes definiciones:
 - o 1.3.4. “Bases”. Es el documento denominado "Bases de la Licitación Pública Especial Internacional" N° 001-2004-MML/CEPRI-LIMA para otorgar la Concesión de la Ejecución de la infraestructura de las Plantas de Revisiones Técnicas y la Explotación del Servicio de Revisiones Técnicas Vehiculares para Lima Metropolitana”
- El Numeral 2.1 estipula que el Contrato y las atribuciones de la MML están delimitados por los términos del documento y por las “Leyes Aplicables” del siguiente modo:
 - o Por el presente Contrato, EL CONCEDENTE otorga a la SOCIEDAD CONCESIONARIA la Concesión. Este Contrato es de naturaleza administrativa y en él se establecen los derechos y obligaciones de las Partes con relación a la Concesión. En el marco de la ejecución de la Concesión, las atribuciones de EL CONCEDENTE están delimitadas por el presente contrato y leyes aplicables.
- La expresión Leyes Aplicables se define en el Numeral 1.3.20 como las normas que se indican en el Numeral 1.1 del Contrato que, a su vez, identifica como

“Base Normativa” del Contrato no sólo la totalidad de los textos legales existentes aplicables al Contrato, tales como la Constitución, la Ley Orgánica de Municipalidades, el Reglamento Nacional de Vehículos de 2003 y la Ordenanza No. 506, sino también, en los últimos dos de sus trece puntos:

- Las Bases de la Licitación Pública Especial Internacional N° 001-2004-MML/CEPRI-LIMA, incluyendo las Circulares emitidas por CEPRI LIMA en el procedimiento de Licitación Pública.
 - Las normas modificatorias, derogatorias, complementarias, sustitutorias o interpretativas de las anteriormente citadas.
- El Numeral 2.4, titulado “Exclusividad”, dispone: La SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá exclusividad en la prestación del Servicio en Lima Metropolitana durante el plazo de vigencia de la Concesión.
- El Numeral 19.4 estipula que el Contrato podrá ser resuelto por la Concesionaria cuando la adopción y aplicación de “una Ley o un acto, hecho u omisión” de la MML resulte en la imposibilidad de la ejecución del Contrato o un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por la MML. Establece lo siguiente:
- La SOCIEDAD CONCESIONARIA, podrá resolver el presente Contrato por culpa de EL CONCEDENTE cuando, como resultado de la aprobación y aplicación de una Ley o un acto, hecho u omisión de EL CONCEDENTE, resulte:
 - Un incumplimiento [sic] parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones contractuales si ello determina la imposibilidad de la ejecución del Contrato.
 - Un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por EL CONCEDENTE en el presente Contrato. Se exige, además, que dichos incumplimientos tengan un efecto sustancialmente adverso en el patrimonio de la SOCIEDAD CONCESIONARIA y que no pueda ser considerado como una Suspensión.

Para efectos del ejercicio de la facultad de resolución del

Contrato, la SOCIEDAD CONCESIONARIA remitirá a EL CONCEDENTE para que lo subsane dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de notificación de dicho requerimiento. De no subsanarse tal incumplimiento dentro del plazo antes indicado, el Contrato quedará resuelto de pleno derecho.

- El Numeral 23.2, que Perú invoca en sustento “[d]e la interpretación de que el Contrato era un acuerdo sujeto a cambios futuros” y al que se refiere como “la cláusula de equilibrio”, dispone que cualquiera de las partes podría proponer el restablecimiento del equilibrio contractual cuando considerara que ese equilibrio había sido afectado por variaciones mayores al 10% de los Ingresos Netos como producto de cambios en las Leyes Aplicables, o en su interpretación o aplicación – y, en caso de ser necesario, someter cualquier controversia al respecto a arbitraje.

ACONTECIMIENTOS POSTERIORES A LA FIRMA

SITUACION ENTRE LIDERCON E IVERSUR

- Con fecha 10 de noviembre de 2004 se celebró una asamblea del consorcio Lidercon e Iversur en donde se removió al director de Iversur, incumpliendo lo acordado al momento de formar la sociedad concesionaria; al no poderlo inscribir en registro público, con fecha 31 de enero de 2005 se convoca a una nueva asamblea en donde se expulsó a Iversur del directorio, ante esta situación se inició un procedimiento arbitral en el cual salió vencedor Iversur el 31 de marzo de 2006 dejando sin efecto las designaciones del mes de enero.
- En agosto de 2005 se inicia un nuevo arbitraje entre las partes concesionarias puesto que se alegaba que Lidercon estaba usurpando funciones operativas de IVERSUR, este último exigía la disolución del contrato. Esta reclamación fue desestimada 4 años más tarde por considerar que Iversur no contaba con legitimidad para reclamar la resolución del contrato.
- Entre junio de 2005 y abril del 2006 se buscó negociar con las tres partes intervinientes en el contrato de concesión (Lidercon, Iversur y la MML), en estas negociaciones se buscaba posponer el plazo fijado en el contrato de

concesión. Iversur se negaba a dicha situación, puesto que se le dejó de lado en la fase pre-operativa, obviando de esta manera que ellos eran los que contaban con experiencia previa en la materia, exigida por la entidad al momento de lanzar la convocatoria, mas no Iversur.

- El 8 de septiembre de 2006 Lidercon inicio un arbitraje en contra de la MML que en esencia buscaba que Iversur fuera excluido del contrato, al haber actuado “supuestamente” de mala fe según el contrato. Este caso derivó en el ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL DE 2007.
- El conflicto entre ambas partes se hizo insostenible es por eso que en septiembre de 2007 Lidercon exigió que la MML aceptara a otra entidad, a pesar de que fue gracias a la experiencia de Iversur que el consorcio ganó la licitación.
- Estos conflictos conllevaron a que se iniciara una investigación por parte del Congreso de la República que concluyó una comisión en el congreso, esta investigación se llevó a cabo de forma paralela a los acontecimientos narrados, en la cual se criticó como Lidercon había expulsado a la única entidad que contaba con experiencia técnica.

RELACION ENTRE LIDERCON Y LA MML PREVIO AL ACUERDO CONCILIATORIO

- El contrato de concesión exigía que se abrieran dos centros de inspección en el año 2005, ambas partes acordaron posponer las inauguraciones a marzo de 2006, sin embargo, la MML no estaba dispuesta a otorgar autorización, puesto que alegaba que no cumplían con los requisitos técnicos exigidos, es por esta situación que Lidercon inicia un arbitraje en contra de la MML, dicho conflicto fue resuelto en enero de 2007, resolviendo que se debía dar la apertura inmediata de un centro y de otros dos cuando estén listos, la MML no estuvo de acuerdo razón por la cual solicitó anulación de laudo el cual fue rechazado de pleno derecho por las cortes peruanas.
- Esta controversia confluyó con el arbitraje iniciado por Lidercon contra la MML para retirar a Iversur del contrato. Las negociaciones entre la MML y Lidercon conllevaron al acuerdo conciliatorio parcial, siendo que se abrieron 2 centros en septiembre de 2007 y con posterioridad se abrieron 3 más. La cantidad de centros se prolongó hasta marzo de 2008.

- El acuerdo conciliatorio es importante porque se acepta que desde el momento que dicho acuerdo se celebra, se hace borrón y cuenta nueva, es decir se retiraron las controversias y se renunció a todas las reclamaciones existentes.

RELACION ENTRE MML Y LIDERCON POST ACUERDO CONCILIATORIO

- La paz obtenida en el acuerdo conciliatorio no duro mucho puesto que los primeros centros no pudieron satisfacer la demanda de vehículos, ya que los usuarios tenían que esperar más de 24 horas para ser atendidos, en cuanto a los demás centros, estos no fueron entregados a tiempo, por lo que la MML buscó la resolución del contrato de “concesión” declarando la caducidad del mismo por Declaración de Alcaldía en febrero de 2008, Lidercon consideraba esta actuación incorrecta por parte de la MML, razón por la cual se inicia un nuevo arbitraje ante la Cámara de Comercio de Lima, este arbitraje se juntó con los otros 3 que habían sido iniciados por Lidercon y fue resultado hasta 2011 con posterioridad a la promulgación de la ley de inspección técnica vehicular.

RELEVANCIA DE INDECOPI E IDENTIFICACION DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

- Con fecha 13 de septiembre de 2007, 5 días después de la autorización comercial de los dos primeros centros de inspección de Lidercon Perú, se inició por parte de INDECOPI, un procedimiento de oficio para determinar si las ordenanzas 694 y 1064, constituían barreras burocráticas que imponían restricciones en el acceso al mercado a los privados.
- El 24 de enero de 2008 se dictó la resolución 0013 -2008/ CAM- INDECOPI la cual declaraba que la ordenanza 694, constituía una barrera burocrática ilegal a la competencia, esta decisión fue apelada con fecha 22 de agosto, la cual fue rechazada por el tribunal en la resolución 1692-2008/TDC_INDECOPI, bajo los mismos argumentos expresados en la sentencia de primera instancia.
- En el mes de noviembre la MML derogo formalmente las ordenanzas 506, 694 y 1064 para adecuar su marco jurídico a la ley ITV (2008); sin embargo, el contrato de concesión permaneció vigente y siguió protegido al amparo de la primera disposición complementaria de la ley de ITV.
- En enero de 2009 Check & go presentó una solicitud ante el MTC para brindar el servicio de inspección técnica, solicitud que fue rechazada, puesto que el

organismo público consideraba que se encontraba obligado a respetar la cláusula de exclusividad contenida en el contrato de concesión, esta empresa presento de forma paralela un procedimiento ante el INDECOPI y ante la Corte Superior de Justicia de Lima. La solicitud ante INDECOPI le fue favorable en el año 2011, por su parte en enero del mismo año la demanda ante la Corte Superior de Justicia fue rechazada puesto que la corte considero que el MTC no detentaba autoridad alguna para otorgar autorizaciones que fueran incompatibles con la cláusula de exclusividad.

- En el año 2012 Kensigston S.A. solicito al MTC autorización para operar en Lima metropolitana centros de inspección técnica vehicular, al denegársele esta autorización acudió al INDECOPI en donde esta denegatoria fue declarada como barrera burocrática ilegal en la Resolución 049-2013/CEB-INDECOPI, esta fue apelada por Lidercon y la MML, pero la decisión fue ratificada en la Resolución 0662-2014/SDC_INDECOPI.
- En junio de 2014 se otorgó la autorización para que dicha empresa pueda operar por el transcurso de 5 años, dejando así sin efecto la cláusula de exclusividad contenida en el contrato, esta decisión fue apelada por Lidercon, pero el resultado fue el mismo. Desde ese momento han sido numerosas las empresas que han solicitado la autorización para brindar el servicio de revisiones técnicas en Lima Metropolitana, dejando así sin efecto la exclusividad contenida en el contrato celebrado entre el inversionista y el estado peruano.

EL LAUDO DE 2011 Y SU INEJECUTABILIDAD

- Las controversias no fueron ajenas en el contrato celebrado entre el consorcio Lidercon y la MML, siendo que ante numerosas quejas de usuarios y reportes periodísticos por el deficiente servicio es que la MML opta por declarar la caducidad el contrato (2007), alegando que Lidercon no había cumplido con sus obligaciones en la forma y el plazo pactados.
- Con fecha 4 de noviembre de 2011, ante la Cámara de Comercio de Lima (CCL) el tribunal arbitral dicto sentencia de laudo a favor de Lidercon, esto puesto que

la MML no pudo demostrar que Lidercon hubiese incumplido sus obligaciones tal y como lo estaban alegando al momento de declarar la caducidad.

- En diciembre de 2011 la MML solicito la nulidad judicial del laudo, que en sentencia breve fue rechazada, decisión que fue nuevamente apelada por MML puesto que argumentaban que la ejecución del laudo violaría no solo la ley ITV sino la constitución misma, argumentos que fueron nuevamente rechazados por las cortes peruanas en el año 2016 ya que se buscaba la revisión del fondo del laudo.
- En 2011 Lidercon obtuvo una resolución judicial de ejecución forzada, la cual fue apelada por la MML, en el año 2017 la Corte Superior de Justicia declaro que la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) no era el organismo competente para suscribir, regular, modificar o adecuar el contrato de concesión por lo que en tal sentido las partes del laudo que se pronuncian sobre estas cuestiones son inejecutables.
- Esta decisión fue apelada ante el Tribunal Constitucional, siendo desestimada bajo los mismos argumentos esgrimidos por la Corte Superior.

LEY 29237 (Inspección Técnica Vehicular) y Reglamento (Decreto Supremo N° 025-2008-MTC)

- La promulgación de la ley ITV, en su artículo 3, confirió al ministerio competencia exclusiva sobre la aprobación y fiscalización de las inspecciones vehiculares, además de dejar claro que las concesiones de centros de ITV no serían exclusivas y que los certificados de inspección serian validos a nivel nacional.
- La tercera disposición final de la ley ITV dispuso la derogación el articulo 161 (7.6) artículo del cual se había valido la MML para considerarse competente, dejando sin efecto, según corresponda, todas las normas que se oponen a la Ley.
- La primera de las disposiciones finales, establecía que la función normativa del MTC, sería de aplicación supletoria a los contratos de concesión celebrados en virtud de la ley anterior.

- El reglamento por su parte estableció que quienes hubieran obtenido concesiones antes de la vigencia de la ley ITV podrían continuar realizando las inspecciones técnicas vehiculares en estricto cumplimiento de sus contratos siempre que estos se adecuaran a las disposiciones contenidas en el reglamento, siendo este reglamento, promulgado con posterioridad a la declaración de caducidad del contrato de concesión.
- Tan pronto se aprobó el reglamento en el mes de agosto de 2008, se presentaron nuevas solicitudes de autorización para establecer centros de inspección vehicular en el área de Lima Metropolitana.
- En el mes de Marzo de 2009, mediante informe del MTC Numero 574-2009-MTC/08, el Ministerio deja claro que mientras no exista un pronunciamiento arbitral en contrario no podía otorgar autorizaciones para que privados puedan operar el servicio de inspecciones técnicas vehiculares, viéndose en la obligación de respetar tanto el contrato como su cláusula de exclusividad y por ende rechazar cualquier solicitud de autorización, esta posición fue confirmada con otro informe del mismo ministerio del año 2015.

Resumiendo: En el año 2004 se celebró el contrato de “concesión” entre el consorcio Lidercon y la Municipalidad Metropolitana de Lima. Bajo los derechos y obligaciones contenidos en dicho contrato Lidercon reclama que se mantenga la exclusividad de la prestación del servicio de revisiones técnicas vehiculares y encontrarse bajo la supervisión de la MML y no del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; esto puesto que el estado peruano mediante actuaciones que afectarían las garantías contenidas en el TBI ha afectado su inversión hasta en 95 millones. Las actuaciones del estado peruano se cristalizaron principalmente en:

- INDECOPI, al declarar que la cláusula de exclusividad contenida en el contrato correspondía a una barrera burocrática ilegal.
- Ley ITV (2008), la cual fue promulgada luego de una investigación en el congreso por las numerosas irregularidades que sucedieron tras la firma del contrato.
- La declaración de Inejecutabilidad parcial de laudo (2011) dictada por el Poder Judicial.

Contenido

INTRODUCCIÓN	1
¿Existe una vulneración del estándar del trato justo y equitativo contenido en el tratado bilateral de inversión celebrado entre el estado peruano y el reino de España?	7
Actuación del estado peruano y Lidercon.....	11
¿Es correcto afirmar que la expectativa de Lidercon en base al contrato de concesión ha sido vulnerada por la actuación del estado peruano?	13
¿La actuación de INDECOPI con relación a la existencia de una barrera burocrática ilegal presente en la cláusula de exclusividad en el contrato de concesión, es contradictoria?	17
La actuación de las cortes de justicia peruanas ante los reclamos interpuestos por Lidercon	
¿Puede considerarse como denegatoria de justicia y por lo tanto una vulneración al trato justo y equitativo?	25
¿Existe alguna garantía adicional en el tratado, aparte de la vulneración de trato justo y equitativo que según la demandante haya sido vulnerado por el estado peruano?	32
¿En el Tratado bilateral de comercio celebrado entre Perú y España existe una cláusula paraguas, como alega Lidercon?	32
¿Existió un trato injustificado o discriminatorio por parte del estado peruano?	36
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFIA	42

INTRODUCCIÓN

La idea de que un inversionista de un estado distinto a aquel en donde se encuentra su inversión pueda iniciar un arbitraje internacional contra el Estado soberano donde su inversión está localizada es, por decirlo más, novedosa. Antiguamente, la única opción con la cual contaba un inversionista contra el Estado receptor de su inversión ante una controversia, era acudir a los tribunales locales del Estado en donde surgió la controversia o, ante denegación de justicia por parte de estos, recurrir a su propio gobierno para sea este el que intervenga a su nombre frente al Estado receptor. Esta intervención, se daba principalmente mediante vía diplomática y era conocido como principio de Protección Diplomática entre estados. Actualmente esta situación ha cambiado gracias al derecho internacional de inversiones.

En base al desarrollo tecnológico y económico global, se comenzó a desarrollar una estrecha vinculación entre los sistemas legales y políticos alrededor del mundo. De modo tal que, lo que antes se concebía como sistemas separados, con sus características y procedimientos específicos, hoy se entiende como un espacio interrelacionado y complejo, el mismo que no siempre es pacífico, sino que, por el contrario, las controversias son usuales entre los agentes económicos globales.

Resulta común, que en base a las complejas relaciones internacionales mediante las cuales nos regimos a día de hoy, surjan controversias entre los distintos sujetos internacionales. Es a razón de esta situación, que resultaba necesario contar con centros de resolución de controversias imparciales que no se encuentren bajo las normas de ningún estado en específico, en pro de solucionar los problemas cada vez más complejos suscitados en la economía global brindando así mayor seguridad e imparcialidad a los agentes internacionales.

Bajo esta idea, de la mano del Banco Mundial, en el año 1965 se aprobó el texto del convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), este centro de resolución de controversias se encuentra vigente desde el 14 de octubre de 1966. Depende del Banco Mundial y su sede principal se encuentra ubicada en la ciudad de Washington.

El objetivo que se perseguía con la creación del CIADI era principalmente promover las inversiones internacionales como complemento sustancial para el desarrollo económico y social¹. Para ello, teniendo en cuenta la debilidad y complejidad de los sistemas jurídicos en la mayoría de países en desarrollo, resultó imperioso crear un foro competente,

¹Dañiño ZAPATA, Roberto (2007) "EL CIADI: 40 AÑOS DESPUÉS" Themis, Revista de derecho. Volumen 53, Lima, Perú pp. 146

especializado e imparcial en el cual se pudieran ventilar las disputas y controversias relativas a inversiones extranjeras en países distintos al de los inversionistas.

En este sentido se entiende que el objetivo del CIADI es crear un foro privado (arbitral) que resuelva controversias entre los estados miembros del convenio y los particulares de otros estados miembros, con la finalidad última de dotar a las inversiones e inversionistas de las seguridades y las garantías mínimas que las hagan viables; esto es, brindar seguridad a los inversionistas de que sus inversiones no solo se van a regir por la normativa interna del país receptor de la inversión, sino que además cuentan con una protección supranacional que constituye una limitación a la actuación y arbitrariedad de los estados.

El CIADI nace así, hace aproximadamente 50 años, como un sistema diseñado para la conciliación y el arbitraje de las disputas que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado, para proteger a los inversionistas contra los actos de gobierno que afecten las inversiones. Estos actos pueden ser materializados en decisiones administrativas, leyes e incluso decisiones judiciales. Siendo así el arbitraje se desarrolla bajo sus propias normas, sin la intervención de la legislación arbitral ni de las cortes judiciales internas de los países intervinientes ni del país en donde se lleve a cabo el arbitraje.

Los requisitos, para acceder a un arbitraje en el marco del CIADI, son: Que la controversia sea una disputa legal derivada directamente de una inversión (*ratione materiae*), que el Estado receptor de la inversión y el Estado vinculado a la nacionalidad del inversor hayan ratificado la Convención del CIADI (*ratione personae*) y que exista el consentimiento escrito por ambas partes de someter la controversia al Centro (*ratione voluntatis*)².

Con respecto a la ratificación de la convención, esta ratificación queda supeditada a la normativa interna que regule la materia de cada país, en nuestro caso particular el artículo 55° de la Constitución Política del Perú señala que “... *los tratados celebrados por el estado y en vigor, forman parte del derecho nacional*”; al respecto estos, según su materia, deben o no ser aprobados por el congreso, antes de ser ratificados por el presidente. El Perú es miembro del CIADI desde el 4 de septiembre de 1991.

Con respecto al consentimiento por parte de ambos estados de someter la controversia al CIADI, este se encuentra regulado en el artículo 25 del tratado en cuestión, al respecto el doctor Cantuarias³ ha señalado que el consentimiento del estado se puede dar de tres maneras, en primer lugar mediante una cláusula contractual celebrada libremente entre las partes, segundo mediante una ley que reconozca la arbitrariedad de determinadas controversias o mediante un tratado celebrado entre ambos países en donde surge la

² Roger Rubio Guerrero y Franz KundmullerCaminiti: El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones, un nuevo horizonte (Lima Arbitration 2006)

³ Cantuarias Salaverry, Fernando (2007) Arbitraje comercial y de las inversiones. UPC, Lima pp. 594

controversia. Al respecto, el TBI celebrado entre Perú y España establece, en su artículo 9 que las partes signatarias se comprometen acudir al CIADI siempre y cuando la controversia versada sobre inversión extranjera no pueda ser resuelta en un plazo máximo de 6 meses por las cortes locales, sin perjuicio de lo anteriormente dicho, tanto el estado peruano como el inversor extranjero acordaron en el contrato de “concesión” que ante alguna vulneración de las garantías contenidas en el tratado el inversor se encontraba facultado a acudir a la corte del CIADI con el fin de resolver dicha controversia.

Con respecto al concepto de inversión, este no ha sido definido directamente por el CIADI; sin embargo, en la práctica, mediante diversas sentencias se ha optado por definir a la inversión de manera amplia; dejando que sean los mismos tratados internacionales, los que definan, en cada caso en particular que se entiende por inversión.

A pesar de eso, en la sentencia *Salini Construttori S.p.A. e Itals trade S.p.A. v. Marruecos* que tuvo lugar en el año 2011 se hace una aproximación a lo que se puede entender como inversión para el CIADI, esta sentencia define inversión de la siguiente manera:⁴

«La doctrina considera generalmente que una inversión supone aportes económicos, cierta duración de ejecución del mercado y una participación en los riesgos de la operación. A la lectura del preámbulo de la Convención debe añadirse el criterio de la contribución al desarrollo económico del Estado huésped de la inversión»

Ante la falta de una definición uniforme, en relación a lo que se entiende por inversión, resulta fundamental que los tratados bilaterales de inversión (TBI) y los TLC especifiquen que entenderemos como inversión en cada caso, para de esa manera, tener claro en que situaciones las partes se encuentran facultadas a acudir a un arbitraje bajo el marco del CIADI.

Al respecto, el tratado bilateral de inversiones, el cual sirve de base para la controversia bajo análisis, celebrado entre la República del Perú y el Reino de España señala sobre inversiones lo siguiente:

Artículo 2: Por inversiones se designa a todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión (...)

En el caso bajo análisis la inversión de Lidercon se ve capitalizada en la construcción de los centros de inspección técnica vehicular, la maquinaria necesaria para que dichos centros de inspección se encuentren operativos, etc.

Al respecto se tiene que en el presente caso se cumplen los 3 requisitos exigidos para poder acceder a un arbitraje ante el CIADI, siendo que, Lidercon está facultado a solicitar que se solucione la

⁴SaliniCostruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4

controversia con el estado peruano en base a lo contenido en el TBI. Sin embargo como se verá en más adelante, el hecho de que Lidercon se encuentre facultado a acudir al CIADI por una supuesta vulneración de las garantías contenidas en el tratado, no es sinónimo de que haya existido necesariamente una vulneración al tratado bilateral de inversiones por parte del estado peruano.

Con respecto a la definición de Tratados Bilaterales de Inversión Amado los define como instrumentos de Derecho Internacional mediante los cuales, dos Estados se obligan voluntariamente a otorgar a las inversiones de los nacionales del otro Estado una serie de garantías, tales como aquellas relativas al otorgamiento de un trato justo y equitativo, protección y seguridades, y no expropiación de sus inversiones⁵. La finalidad de la celebración de estos tratados es promover el flujo de capitales y las inversiones recíprocas entre ambos Estados, de forma tal que, como indica Dolzer, *“Since most of the substantive provisions of the BIT concern the promotion and protection of foreign investment, it could be argued that any ambiguity should be interpreted in a way that would favor the rights granted to a foreign investor”*⁶.

Los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPIs o TBIs) son, por lo tanto, instrumentos internacionales que tienen como objetivo asegurar a los grupos económicos (inversionistas) de ambos estados y a sus inversiones, un trato no discriminatorio de parte del Estado receptor de la inversión. Estos instrumentos internacionales, establecen ciertos estándares mínimos de actuación por parte de los estados, los cuales buscan garantizar la protección a la inversión extranjera en el estado receptor. Entre estas garantías, las más importantes que tienen lugar en los TBI's son, el trato justo y equitativo, el trato no menos favorable que el que recibe el inversor de otro país o un nacional y la cláusula de nación más favorecida. Su importancia, en el comercio internacional actual, es fundamental tanto así que las naciones unidas lo reconocen como el instrumento internacional más importante en relación con la protección de los inversionistas extranjeros.

En las últimas décadas las controversias que han tenido lugar ante el CIADI, en donde se discuten vulneraciones a las garantías contenidas entre los diversos tratados celebrados por los estados, se han visto progresivamente en aumento, esto en respuesta al auge del comercio internacional que responde a la globalización. En este sentido, debido gran número de arbitrajes que se llevan a cabo ante las cortes del CIADI (que publica sus decisiones en su página web), es que, con el transcurrir de los años se ha ido desarrollado un sistema de precedentes arbitrales no vinculantes, los cuales han permitido el desarrollo del derecho internacional de inversiones de manera coherente.

Resulta importante tener en cuenta que, existe consenso en que las decisiones de un tribunal arbitral llevado ante el CIADI, no son vinculantes para otros tribunales, sin embargo, esta

⁵ AMADO, Jose “La expropiación indirecta y la protección de las inversiones”. Themis, Revista de derecho. Tomo 50 pp. 63

⁶ DOLZER, Rudolf y Margrete STEVENS. “Bilateral Investment Treaties”. Londres: M. Nihjoff Publishers. 1995. p. 17

jurisprudencia (decisión) arbitral si se considera persuasiva; por lo tanto, los tribunales han visto en este sistema de precedentes una forma de desarrollar el arbitraje de inversión, el derecho internacional asociado con la inversión extranjera y la responsabilidad de los estados de manera coherente brindando así una mayor seguridad jurídica. De esta manera, en base a este sistema de precedentes no vinculantes se busca satisfacer las legítimas expectativas de la comunidad de estados soberanos e inversionistas en relación a la solución de controversias internacionales que tienen como base un tratado.

En América Latina, al igual que en resto del mundo, la posición predominante hasta la década del 70 fue que los inversionistas extranjeros se encontraban en la obligación de someterse a los tribunales locales, en las mismas condiciones y reglas que los nacionales de ese Estado. Dada cuenta del auge de la globalización, a partir de la década del 80, los países latinoamericanos iniciaron un gran esfuerzo, individual y en conjunto, por incorporarse al mercado mundial de manera significativa, esto conllevó a la realización de diversos procesos de liberalización del mercado y la economía que tuvieron lugar por aquellos años. Este esfuerzo, se vio reflejado, no solo en la promulgación de una serie de normas, sino también en la suscripción de diversos tratados internacionales, entre los cuales se encontraba el convenio CIADI, y diversos TBI Y TLC.

El Perú forma parte del convenio CIADI desde el 8 de septiembre de 1993, mediante Resolución Legislativa N° 26210, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de julio de 1993⁷. Además, ha suscrito una serie de TBI, entre los que se encuentra el celebrado con España en el año 1994, que sirve de base para las acusaciones de Lidercon en el presente caso.

Identificadas, de manera breve, las características de un arbitraje ante el CIADI, resulta importante hacer un análisis del trato que el estado peruano ha tenido para con la inversión extranjera en su normativa interna en los últimos años.

A partir de la década del 90, cuando el Perú buscaba dejar atrás la crisis económica en la cual se encontraba sumido, se dictaron un paquete de normas que liberalizaron y eliminaron todo tipo de restricción al libre flujo de capitales que tuvieron lugar en la década de los 70 y 80. De esta manera, se busco promover abiertamente las inversiones en todos los sectores económicos del país.

Entre las normas más importantes que reflejaban esta nueva postura estatal, en pro de atraer la inversión extranjera a nuestro país, se encuentran:

- La Constitución Política del Perú (1993), en sus artículos 58, 59, 60, 63, 70 y 71 en donde se incorporaron determinadas garantías, las cuales resultaban

⁷ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio, INTRODUCCIÓN A LOS REQUISITOS RATIONAE MATERIAE Y RATIONAE PERSONAE DEL ARBITRAJE BAJO EL CONVENIO CIADI, pág. 2, Revista Peruana de Arbitraje peruano 2006

básicas en una economía de mercado, tales como la libre iniciativa privada, el principio de subsidiariedad, la libertad de trabajo y de empresa, el reconocimiento del pluralismo económico y los contratos ley.

- Decretos legislativos 662 y 757 relativos a inversiones, en donde se establece la necesidad de eliminar trabas y distorsiones legales, que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas y la iniciativa privada; además, se estableció que el estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas o por efectuarse en el Perú, estableciéndose, además, que los inversionistas extranjeros, tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas locales, siendo que toda trato diferenciado por parte del estado está absolutamente prohibido por ley
- Se firmaron y ratificaron, además, una serie de convenios y mecanismos internacionales, esto de manera adicional a las garantías contenidas tanto en la legislación como en la constitución, con motivo de otorgar una mayor seguridad jurídica a la inversión ante los diversos riesgos que el inversionista pudiese encontrar en nuestro país. El Perú ha suscrito la convención de Washington (CIADI), y una serie de BIT y TLC.

Es en este contexto de atracción a la inversión, que se suscribe el acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República del Perú y el Reino de España (De ahora en adelante TBI) el cual fue firmado el 17 de noviembre de 1994 y entro en vigencia el 17 de febrero de 1996.

Este instrumento internacional, reconoce en el artículo 4.1, con respecto al tratamiento que se le debe dar a las inversiones, que cada parte contratante está en la obligación de garantizar en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por nacionales de la otra parte contratante.

Reconoce además en su artículo 3 que los estados receptores de la inversión protegerán las inversiones de la otra parte de actuaciones estatales discriminatorias o injustificadas, las cuales limiten la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, venta o liquidación de tales inversiones.

Es este tratado el cual se toma como fundamento por la parte demandante para acudir ante el CIADI y reclamar la vulneración de estos estándares internacionales reconocidos en el mismo, alegando que la actuación del estado peruano la cual se materializo en las actuaciones de Indecopi, La ley ITV y las cortes de justicia peruanas constituían una vulneración a la obligación internacional asumida por el estado peruano en contra de la inversión extranjera, afectándola en aproximadamente 95 millones de dólares.

¿Existe una vulneración del estándar del trato justo y equitativo contenido en el tratado bilateral de inversión celebrado entre el estado peruano y el reino de España?

El estándar del trato justo y equitativo, recogido en diversos tratados alrededor del mundo, es hoy, la protección de la cual se alega el mayor número de vulneraciones en las diversas disputas internacionales sobre inversiones; sin embargo, se reconoce que su importancia es reciente, dado que es en el contexto global actual, que este estándar ha sido recogido y desarrollado por diversos TBI's alrededor del mundo, razón por lo cual no podemos decir que haya un consenso en cuanto a su definición, sus límites y alcances en la actualidad.

Su origen se remonta a la carta de La Habana de 1948, en donde en su artículo 11.2 se establecía que se podían realizar recomendaciones que asegurasen el trato justo y equitativo para las empresas, siendo que en este instrumento internacional no se buscaba garantizar el trato justo y equitativo como un estándar en las obligaciones internacionales, sino que buscaba únicamente hacer recomendaciones para futuros acuerdos. Sin embargo, esta carta jamás entro en vigor⁸. El mismo año se adoptó el acuerdo económico de Bogotá, este acuerdo incorporaba algunas garantías para los inversionistas extranjeros, siendo así que su artículo 22 se establecía:

Los capitales extranjeros recibirán tratamiento equitativo. Los estados, por lo tanto, acuerdan no tomar medidas sin justificación, sin razón válida o discriminadora (...)

En la actualidad se le considera, como un estándar absoluto, no contingente; usado para proteger las inversiones extranjeras, el cual debe de ser delimitado de acuerdo a las circunstancias en específico, en la cual, se alegue su vulneración.

Con respecto a la definición de estándar internacional Ioana Tudor⁹, establece que el estándar es una técnica jurídica que busca proveer de un umbral o un campo en el que se evalúe el comportamiento de distintos sujetos de derecho, llámense personas en un contexto sociológico o Estados en un contexto internacional, en donde se establecen los parámetros para su actuación.

Por otro lado, con respecto a los justo y equitativo, el profesor Peter Muchlinski¹⁰, considera que el concepto de trato justo y equitativo “no está definido con precisión. (...)

⁸Marquez-Escobar, Pablo (2009) “Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción reciproca de inversiones y el estándar del trato justo y equitativo”. Instituto de investigación de la universidad javerina n° 15 pp 167

⁹Ioana Knoll-Tudor, The Fair and Equitable Treatment Standard in The International Law of Foreign Investment, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 115

¹⁰ Peter T. Muchlinski, Multinational Enterprises & The Law, Londres, Oxford University Press, 2007, p. 657.

Es, por lo tanto, un concepto que depende de la interpretación de hechos específicos para definir su contenido”.

Diana Casallas¹¹ define, el estándar del trato justo y equitativo como parte de los mínimos que han sido incorporados en los acuerdos internacionales de inversión, suponiendo el compromiso del estado receptor de tratar de manera justa y equitativa a los inversionistas, y de abstenerse de implementar políticas arbitrarias que eventualmente puedan perjudicar los intereses de los mismos.

Carlos Márquez-Escobar¹² por su parte ha identificado como elementos del trato justo y equitativo dos características, en primer lugar su contenido depende del derecho común internacional y del lenguaje usado por el TBI o TLC; Segundo su alcance usualmente se determina caso a caso.

En el mismo sentido María del Carmen Vega¹³ sostiene que el trato justo e igualitario abarca los siguientes principios: el de no discriminación (por ejemplo, establecer tipos de cambio diferenciados), el estándar internacional mínimo (que obliga al Estado a respetar ciertos estándares mínimos en el trato que se otorga a los extranjeros y a los nacionales) y el deber de protección de la propiedad extranjera (regla de la debida diligencia). De cualquier forma, sostiene la autora, el significado y alcance de esta cláusula deberá interpretarse en cada caso particular.

Cesar Higa y Víctor Saco, en base a la revisión de diversa jurisprudencia arbitral con respecto al alcance del estándar de trato justo y equitativo, concluyen que este abarca las siguientes obligaciones para los estados:¹⁴

- a. Transparencia en el proceso de toma de decisión
- b. Predictibilidad
- c. Debido proceso formal y sustantivo
- d. Estabilidad
- e. Protección de las legítimas expectativas del inversionista

¹¹Casallas, Diana (2009) “Desarrollo del estándar de “trato justo y equitativo de los tratados de inversión durante la segunda mitad del siglo XX Univ. Est. Bogotá N° 6

¹²Marquez-Escobar, Pablo (2009) “Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción reciproca de inversiones y el estándar del trato justo y equitativo”. Instituto de investigación de la universidad javerina n° 15 pp 155-180

¹³ Vega, María del Carmen, Convenios Internacionales de Promoción y Protección de Inversiones, en: Guía legal de negocios, p. 125 y 126

¹⁴ Ver, entre otros, los siguientes casos: CMS vs. Argentina; OEPC vs. Ecuador; Metalclad vs. Mexico; Tecmed vs. Mexico; Lauder vs. CzechRepublic. Pope & Talbot v. Canada; GAMI Investment, Inc. vs. Mexico; Saluka vs. CzechRepublic.

- f. Libre de coerción y acoso
- g. No ser sujeto a un tratamiento arbitrario y discriminatorio
- h. Proporcionalidad o balance entre el derecho del inversionista y los intereses públicos

Gustavo Prieto, reconoce el trato justo y equitativo en base a dos criterios; restrictivo y expansivo¹⁵. El criterio restrictivo, parte de la idea de que las palabras, justo y equitativo, no van más allá del estándar mínimo internacional y que, simplemente lo reafirman; es decir, que la responsabilidad que asume el estado receptor de la inversión va encaminada a evitar actuaciones que vayan flagrantemente en contra del estándar mínimo internacional. Dicho estándar se encuentra delimitado en el caso *Neer vs el Estado Mexicano*, el cual establecía los parámetros mínimos que se debería considerar como trato justo y equitativo; la sentencia, con relación a la vulneración al trato justo y equitativo establece lo siguiente:

*(...) debería ser un escándalo, de mala fe, a negligencia intencional del deber, o ante una insuficiencia de acciones gubernamentales tan lejos de las normas internacionales que todo hombre razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia.*¹⁶

El criterio expansivo del trato justo y equitativo, sostiene el autor, puede partir de dos posiciones: la primera, en la que se concibe al trato justo y equitativo como una evolución del estándar mínimo internacional hacia el derecho de inversiones y sus características singulares. En otras palabras, significa el alejarse de los parámetros estipulados en el caso *Neer* y adaptarlos a las necesidades propias de las transacciones comerciales del siglo XXI. La segunda posición, dentro de un criterio expansivo, consiste en ver al trato justo y equitativo como un estándar totalmente diferente, con sus características propias y que permite a los tribunales arbitrales crear nuevos estándares específicos, esta es la visión más aceptada en la actualidad al respecto del trato justo y equitativo

Sornarajah, que es citado por Prieto, al resumir el fundamento de esta visión, comenta: «*el estándar justo y equitativo expande el alcance del estándar mínimo internacional al permitir a futuros tribunales crear nuevos estándares cuando la situación lo demande, así*

¹⁵ PRIETO, Gonzalo (2011) *“El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones”*. Corporación Editorial Nacional. Universidad Andina, Ecuador pp. 46-49

¹⁶ El texto es una traducción realizada por Gonzalo Prieto del original en inglés: «The treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency», citado por Sean D. Murphy, op. cit., p. 297. Recogido de *“El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones”*

*la justicia se pueda alcanzar para el inversor extranjero quien sufre un tratamiento injusto en las manos del estado anfitrión».*¹⁷

Resulta evidente que, con respecto a las posiciones planteadas por el profesor Prieto, aquellas que conciben al trato justo y equitativo como la evolución del estándar mínimo o como uno independiente, conllevan a un problema en relación a la jurisdicción de tribunales internacionales sobre decisiones, procedimientos y legislaciones locales de los Estados.

En otras palabras, una concepción demasiado amplia del trato justo y equitativo, en donde no se establece el contenido mínimo de esta garantía, sino que se deja al mero arbitrio de los tribunales en cada caso, puede romper el límite que separa al derecho interno del derecho internacional, lo que resulta en la delicada situación de que tribunales arbitrales extranjeros acaben revisando decisiones de cortes y autoridades locales o lo que es más problemático, que estos tribunales revisen normas legales expedidas a través de procesos democráticos y representativos de los Estados. Este problema es identificado por el mismo Prieto.

A pesar de esto el criterio expansivo de interpretación, del trato justo y equitativo, es el que ha primado en las decisiones de tribunales arbitrales en el siglo XXI. Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, los mismos tribunales reconocen la falta de una definición uniforme sobre el estándar del TJE, así lo sostiene, por ejemplo, el Tribunal de Mondev contra los EUA:

«Un juicio sobre qué es justo y equitativo no puede alcanzarse en abstracto; tiene que depender de los hechos del caso particular»

La gran diversidad de criterios expuestos, por distintos autores habla por sí sola de la complejidad de identificar el contenido del estándar del trato justo y equitativo en una visión expansiva, por lo que con el fin de analizar los puntos en común de estas apreciaciones en la extensa jurisprudencia arbitral. La OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo), ha desarrollado una serie de trabajos con la finalidad de determinar el contenido de este estándar, sin romper el límite que separa el derecho internacional, del derecho interno, la OCDE ha identificado 4 categorías que constituyen el trato justo y equitativo. Como obligación para los estados¹⁸

1. Obligación de vigilancia y protección.
2. Debido proceso / denegación de justicia / arbitrariedad.

¹⁷Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004

¹⁸ PRIETO, Gonzalo (2011) *“El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones”*. Corporación Editorial Nacional. Universidad Andina, Ecuador pp. 49

3. Transparencia y respeto de las expectativas legítimas del inversor.
4. Elementos autónomos de equidad.

En el presente trabajo se recoge la idea de que la clasificación que ha tenido la OCDE para con el trato justo y equitativo resulta oportuna y necesaria puesto que una visión demasiado amplia de la misma, entendiéndola como una garantía la cual debe ser delimitada en cada caso en particular, conllevaría a que en muchos casos se cruce la delicada línea que separa al derecho internacional del derecho interno. Las garantías que asumen los estados, en base al trato justo y equitativo deben estar claramente delimitadas, ya que así se evitaría que las cortes del CIADI sirvan como una instancia extraordinaria a la cual los inversores pudiesen acudir cuando no se encuentren satisfechos con las decisiones locales, las cuales han sido respetuosas a la normativa interna del país receptor de la inversión. En este sentido al no encontrarse claramente delimitada la garantía internacional del trato justo y equitativo, esta se puede usar con la finalidad que se revise una norma o decisión interna del país receptor de la inversión cuando no se está de acuerdo con la misma a pesar de que dicha norma o decisión haya cumplido con todos los requisitos exigidos por la normativa interna del país.

En el caso bajo análisis, Lidercon alega que el estado peruano incurrió en la vulneración del estándar al trato justo y equitativo contenido en el TBI celebrado entre Perú y España. El tribunal identifica que la vulneración alegada por Lidercon se centra principalmente en la modalidad de denegación de justicia/arbitrariedad por parte de las cortes peruanas y de Indecopi y en la vulneración al respeto de las expectativas legítimas del inversor, las cuales se vieron afectadas por la promulgación de la ley ITV y las inspecciones realizadas por SUTRAN, siendo que aun sin decirlo expresamente, el tribunal, está tomando categorías que forman el trato justo y equitativo desarrolladas por la OCDE.

A continuación, se analizarán dichas afirmaciones y se buscará determinar si la actuación por parte del estado peruano constituye una afectación al estándar internacional del tratamiento justo y equitativo al cual se ha comprometido tal y como alega Lidercon.

Actuación del estado peruano y Lidercon

Antes de analizar si existe una vulneración del Tratado Bilateral de Inversiones por parte del estado peruano, es importante tener clara la actuación de ambas partes involucradas con anterioridad de acudir al centro Internacional de resolución de controversias.

Como se ha señalado en líneas precedentes, Lidercon, afirma que el estado peruano ha incumplido el TBI, al no haber otorgado un trato justo y equitativo, en la forma de denegación de justicia por parte de las cortes nacionales y mediante actuaciones estatales poco transparentes y contradictorias, que frustraron expectativas legítimas del inversor; en segundo lugar al imponer medidas injustificadas y discriminatorias, y en tercer lugar, al

incumplir el contrato de concesión, alegando la existencia de una cláusula paraguas en el TBI.

Lidercon, basa sus pretensiones, en la actuación del estado peruano que se encuentra materializada en las diversas declaratorias de barreras burocráticas por parte de Indecopi, la promulgación de la ley ITV y la declaratoria de inejecución parcial del laudo de 2011, alegando que las mismas constituyen una actuación estatal que busca eliminar la exclusividad del contrato celebrado entre la MML y Lidercon vulnerando el TBI.

Con respecto al MTC, se alegó que el estado peruano ha utilizado sus facultades legislativas para eliminar el acuerdo de exclusividad, contenido en el contrato de concesión, por resultarle este inconveniente. Esto con razón que con, fecha 28 de mayo de 2008, se promulgo la ley de Inspecciones Técnicas Vehiculares (ITV), la cual en su artículo 4 establecía que los centros de inspecciones técnicas vehiculares y el servicio brindado por estas, debía ser autorizado y fiscalizado por el MTC/SUTRAN; siendo que, citado cuerpo normativo, establecía, además que estas autorizaciones se otorgaban sin el carácter de exclusividad. Derogando de esta manera, las normas que habían servido como base legal para la suscripción del contrato de concesión. Sin embargo, esta norma en su disposición transitoria final consideraba que los contratos que se habían celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, que incidieran sobre la prestación del servicio de revisiones técnicas se mantendrían vigentes, siempre y cuando se adecuaran a la nueva norma en el plazo y condiciones determinadas.

Con respecto a la actuación de INDECOPI, se alegó que existía una aparente actuación contradictoria por parte del estado; esto, ya que, según Lidercon, en un primer momento INDECOPI acepto los términos de la concesión, siendo que luego, dicha entidad, cambio de criterio declarando la ilicitud de la cláusula de exclusividad contenida en el contrato, justificando su decisión, en la identificación de barreras burocráticas ilegales en diversas actuaciones administrativas. Esta actuación estatal se vio reflejada principalmente en las resoluciones 0013-2008/CAM- INDECOPI y 0368-2015/CEB-INDECOPI, que fueron resueltas por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y que fueron ratificadas por las cortes de justicia peruanas.

Con respecto a la actuación del Poder Judicial, se alegó que el estado peruano había incurrido en la causal de denegación de justicia, en base a la declaratoria de inejecutabilidad parcial del laudo que se llevó a cabo ante la Cámara de Comercio de Lima en el año 2011, en dicho laudo la MML y Lidercon discutieron la declaratoria de caducidad del contrato de concesión del año 2007.

La declaratoria de inejecutabilidad del laudo 2011, estaba contenida en la resolución 4, de fecha 11 de septiembre de 2017, expedida por la Segunda Sala Civil Sub Especializada en

Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, decisión que fue confirmada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00846-2020-PA/TC.

Lidercon alego, además, un trato discriminatorio por parte del estado peruano, y el incumplimiento del tratado en base a la existencia de una clausula paraguas en el mismo.

¿Es correcto afirmar que la expectativa de Lidercon en base al contrato de concesión ha sido vulnerada por la actuación del estado peruano?

La figura de legítima expectativa es un concepto confuso, nace del common law, concretamente de las cortes inglesas, pero su razón de ser no fue pensada originalmente en el contexto de inversiones, sino como Sornarajah¹⁹ acota, «*la regla no fue concebida para proteger inversiones hechas por corporaciones multinacionales. Su intención fue proteger al pequeño hombre y mujer contra el poder institucional*». Sin embargo, esta regla propia del derecho administrativo británico ha sido adoptada por los litigantes en conflictos relativos a inversiones ante el CIADI.

El tribunal de *tecmec vs México*, define expectativa legítima como “la obligación de las partes contratantes de inversiones extranjeras de brindar un tratamiento que no afecte las expectativas básicas que el inversionista extranjero tuvo en cuenta para realizar la inversión”.

El inversor extranjero tiene la confianza que el estado anfitrión actuara de manera coherente, libre de ambigüedades y totalmente transparente en sus relaciones con este, de esta manera si el inversor es lo suficientemente diligente, puede conocer de antemano todas, y cada una de las normas, autoridades competentes y reglamentos, que regirán la inversión en el país receptor de la inversión; si bien, esta postura, adoptada por diversos tribunales, ha sido duramente criticada por cierto sector de la doctrina²⁰ principalmente por considerarla como una definición muy amplia, el *obiter dictum* citado en este laudo es frecuentemente considerado por los tribunales arbitrales como la definición final de expectativa legítima.²¹

Se puede concluir que el contenido de la garantía del respeto por las legítimas expectativas del inversor, en base al estándar de tratamiento justo y equitativo se centra en la estabilidad y en la transparencia del marco normativo del estado anfitrión, siendo que así, todo aquel inversor diligente que tenga planeado

¹⁹ VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO, “Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: un análisis de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo”, “Revista Internacional de Arbitraje N°12”, (2010), Colombia, pp 57-104

²⁰ GONZALES DE COSSIO, Francisco; “El Arbitraje”, 3ra Edición, Editorial Porrúa, México, 2011, pp. 897

²¹ PRIETO, Gonzalo (2011) “El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones”.

Corporación Editorial Nacional. Universidad Andina, Ecuador pp. 57

arriesgarse en un entorno novedoso, tendrá pleno conocimiento no solo de las normas (del proceso para que estas surjan) y de las autoridades bajo los cuales se regirá su inversión, sino que también esto le permitirá realizar una aproximación a las posibles ganancias que pudiese obtener en el país receptor

En ese sentido resulta correcto afirmar que solamente quien obra de buena fe puede ser protegido por la garantía internacional de legítimas expectativas. En esta línea, las cortes del CIADI han reconocido la existencia del principio “*One must come to equity with clean hands*” que hace referencia a que ningún inversionista podría invocar las protecciones de un TBI y, en especial, aquella del trato justo y equitativo de la inversión si no ha obrado, con relación a su inversión, de buena fe.²²

Por lo tanto, para que un inversor alegue que se han vulnerado sus expectativas, estas deben de ser legítimas y de buena fe. Una expectativa será legítima siempre y cuando, la otra parte haya obrado, no solo de buena fe, sino también de manera diligente al momento de realizar su inversión, tomando en consideración el contexto en el cual realiza la inversión y teniendo en cuenta los riesgos implícitos que puede acarrear invertir en un país distinto al suyo.

El tribunal arbitral en el presente caso, define la expectativa legítima no como un estándar jurídico abstracto, que debe de aplicarse de manera universal, sino como un entendimiento razonable de un inversor en el contexto del entorno en el cual contemplaba invertir (Párrafo 185, laudo). Esto puesto que, las expectativas legítimas no responden únicamente a la conducta del estado, sino también es importante tener en cuenta la conducta del inversor, para dilucidar si las expectativas generadas, en relación con las posibles ganancias que pudiese obtener, o las normas o autoridades competentes en lo referente a su inversión, se considerasen, en efecto, legítimas.

Resulta por lo tanto fundamental analizar el contexto legal y político que tenía lugar en el Perú al momento de la suscripción del contrato de concesión entre Lidercon y la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML).

En la fecha en que suscribió el contrato (Año 2004), la inspección técnica vehicular, era una materia novedosa en el Perú. La situación del gobierno era aún inestable y este, se estaba adaptando a la era post-Fujimori. Como se ha hecho referencia en los antecedentes del caso, para el año 1999 había entrado en vigor una nueva Ley Integral de Transportes y Comunicaciones, la cual, de manera general, designaba al MTC como el ente regulador y rector de las inspecciones técnicas vehiculares (ITV), encargándole a este que regule dicha ley.

²² SILVA ROMERO, Eduardo. “POR UN REGRESO AL SENTIDO ORDINARIO DE LA PALABRA «INVERSIÓN»” REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE N° 10 pp. 43-44

Esta regulación no estuvo lista sino hasta el año 2001, en dicho año el reglamento confirmaba la competencia del MTC para regular y fiscalizar las inspecciones técnicas vehiculares en todo el Perú (artículos 52 y 54); se otorgaba, además, a los propietarios de vehículos, la facultad de seleccionar el centro de inspección técnica vehicular de su preferencia.

A pesar de lo narrado en líneas anteriores, paralelamente se aprobaban otras leyes, reglamentos y se celebraban contratos que contemplaban la delegación de facultades a las municipalidades. Entre estas normas se encontraban la Ley de Bases de Descentralización, la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada y la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM); siendo esta última norma, en su artículo 161, inciso 7.6, la cual, “aparentemente”, confería a la MML la facultad de verificar y controlar el funcionamiento de vehículos automotores a través de revisiones técnicas periódicas.

Como se ha visto en los antecedentes, en mayo de 2003, la MML emitió la ordenanza 506, la cual determinaba la obligatoriedad de que los centros de ITV's sean autorizados y fiscalizados por la MML; en paralelo, el MTC dictó un nuevo reglamento en el año 2003, el cual, nuevamente le concedía la competencia al mismo MTC para otorgar concesiones a favor de las entidades revisoras en pro de operar plantas de revisión técnica, mediante procesos de licitación periódica.

Se entiende, por lo tanto, que en cuanto al entorno en el cual invertía Lidercon, la regulación se encontraba, aun en desarrollo, no existía en aquel momento certeza de estabilidad jurídica, en relación con las inspecciones técnicas vehiculares, puesto que, recién estaba naciendo esta figura en el estado peruano. Además, esta inversión era la primera relacionada con inspecciones técnicas vehiculares para Lidercon. Por lo tanto, la experiencia de regular y brindar el servicio de revisiones técnicas era novedosa para ambas partes contratantes.

Es en este marco regulatorio poco claro, que Lidercon y la MML, celebraron el contrato de “concesión” de construcción de infraestructura y prestación de servicio de inspecciones técnicas vehiculares. En dicho contrato, se establecieron como fuentes normativas, la Ley Orgánica de Municipalidades y las ordenanzas 506 y 694, para luego **agregar también como fuentes normativas todas aquellas normas modificatorias, derogatorias, complementarias, sustitutorias, o interpretativas de las anteriormente citadas.**

Resulta importante también tener en cuenta la actitud de Lidercon para obtener la licitación. Lidercon se presentó en una primera oportunidad, en la cual no fue aceptado, puesto que no cumplía con uno de los requisitos exigidos por MML para poder brindar el servicio, el cual era contar con experiencia previa en revisiones

técnicas, ante esta situación se presenta una segunda vez, pero esta vez bajo la figura de consorcio con la empresa Iversur, el cual se encontraba como operador pre calificado, bajo esta figura es que ganan la licitación. Sin embargo, pasados meses de celebrado el contrato, Lidercon separo a Iversur de la mesa directiva de manera injustificada, lo cual llevo a que ambas empresas se enfrasquen en una serie de controversias arbitrales, siendo que resulta claro que la postura de Lidercon fue desde un principio asociarse con Iversur para conseguir la buena pro y una vez conseguida esta, se optó por dejar de lado a esta empresa, esta situación, además se vio reflejada en la demora en la entrega de los CITV y la ineficiente prestación del servicio brindado. Esto llevo a que se realice una investigación en el congreso para investigar todas las irregularidades presentes en la celebración del contrato de concesión, dicha investigación derivo en la promulgación de la ley ITV el año 2008.

Para el análisis en el presente caso, las autoridades incumplirán con otorgar un tratamiento justo y equitativo, siempre y cuando hubiesen creado expectativas legítimas que posteriormente no pudiesen cumplir. Sin embargo, para que sea legítima, una expectativa debe de ser de carácter tal que induzca a una confianza razonable.

En ese sentido, tanto Lidercon como la MML incluyeron en el contrato, cláusulas que se denominaron como de equilibrio y de cambio adverso, cláusulas que se encontraban contenidas en los artículos 23.2 y 19.4 del contrato de concesión (párrafos 72-73 del Laudo).

Estas disposiciones establecieron, de forma explícita, que ante la posibilidad latente de que hubiesen cambios regulatorios, que pudiesen alterar el equilibrio económico/financiero de la concesión o impedir que la MML cumpliera con sus obligaciones contractuales, los remedios apropiados se contenían en el numeral 19.4 del contrato, el cual disponía de manera literal que Lidercon Perú tenía el derecho de resolver el contrato y atribuir la culpa a la MML en el supuesto de que la modificación de alguna de las leyes aplicables al contrato, afectara la implementación del contrato o impidiera que la MML cumpliera con sus obligaciones.

En este sentido, no se puede asegurar tal y como lo hace Lidercon que las modificaciones regulatorias que tuvieron lugar en la materia de inspecciones técnicas vehiculares con posterioridad a la suscripción del contrato, constituyan una vulneración a la obligación de brindar un trato justo y equitativo contenido en el Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre Perú y España; siendo que, el Perú jamás vulnero expectativas legítimas del inversor, en todo caso, el inversor y la municipalidad al establecer una cláusula de equilibrio, de manera diligente, en el mismo contrato de concesión, estaban anticipando la posible solución ante futuros

cambios normativos, entendiendo la naturaleza novedosa de las inspecciones técnicas vehiculares, en donde conscientes del riesgo latente de enfrentarse a cambios regulatorios que pudiesen afectar el contrato de concesión, establecieron los remedios contractuales correspondientes.

Además, se tiene que tener en cuenta la actuación de Lidercon al momento de obtener la concesión y con posterioridad a su firma, esta actuación nos indica que la actuación de este no se dio en buena fe puesto que no tuvo intención de respetar lo acordado con Iversur al momento de celebrar el consorcio, por lo que sus expectativas no se pueden considerar como legítimas.

¿La actuación de INDECOPI con relación a la existencia de una barrera burocrática ilegal presente en la cláusula de exclusividad en el contrato de concesión, es contradictoria?

Como se estableció en líneas precedentes, con fecha 26 de mayo de 2003, el congreso de la república promulgo la Ley Orgánica de Municipalidades, dicha ley en sus aproximadamente 60 páginas, regulo las funciones y competencias de las entidades municipales.

Dentro de la misma, se encuentra presente un título de 14 artículos dedicados por completo a la MML, siendo que, en su artículo 161 inciso 7.6) se encontraba presente el reconocimiento de la facultad de la Municipalidad Metropolitana de Lima de “*verificar y controlar el funcionamiento de vehículos automotores, a través de revisiones técnicas periódicas*” (este artículo fue derogado por la ley ITV del año 2008), la MML erróneamente interpreto esta disposición, en el sentido que le otorgaba la facultad de autorizar y regular los centros de inspección vehicular dentro de su jurisdicción, esto a pesar de las recomendaciones de diversos especialistas, no solo del MTC, sino también de importantes estudios jurídicos peruanos a los cuales se les consulto sobre la materia.

Es así que se promulga la Ordenanza 506 con fecha 9 de junio de 2003, Ordenanza que disponía que los vehículos automotores, que circulen por la provincia de Lima Metropolitana, deberán aprobar la revisión técnica vehicular siempre que cuenten con una antigüedad mayor a 2 años.

En base a esta Ordenanza es que con fecha 24 de agosto de 2004, en el Diario Oficial el peruano, se publicó la resolución del Comité Especial de Promoción Privada de la Inversión Privada N° 01-2004-MML/CEPRI LIMA, en virtud de la cual, se adjudicó al consorcio IVESUR S.A. – LIDERCON la concesión de la ejecución de la infraestructura de plantas de revisiones técnicas y la explotación del servicio de revisiones técnicas vehiculares en el Lima Metropolitana, por un plazo de 16 años.

Posterior a esto, con fecha 19 de septiembre del mismo año, la MML promulga la Ordenanza N° 694, como complemento a la ordenanza 506 en base a lo establecido en la ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), siendo esta Ordenanza, la que “regula el procedimiento técnico y administrativo del sistema de revisiones técnicas vehiculares y el funcionamiento de las plantas de revisiones técnicas en Lima Metropolitana”

El artículo 3 de esta ordenanza estableció que, la prestación del servicio de revisiones técnicas vehiculares, sería realizado conforme a lo dispuesto en mencionado texto y en el contrato de concesión suscrito con la entidad revisora.

Por su parte el artículo 5 de la citada norma estableció que se encuentran obligados a pasar revisiones técnicas vehiculares, todos los vehículos inscritos en la oficina registral de Lima y Callao, cuyos propietarios tengan domicilio en la ciudad de Lima y todos los vehículos que circulen en la provincia, salvo los que se encuentren en tránsito y que cuenten con un certificado emitido por una entidad autorizada por el MTC.

Como se puede apreciar de los artículos citados, la ordenanza municipal, imponía la obligación a los automovilistas que residan en Lima Metropolitana y que tuvieran un vehículo con una antigüedad no menor a 2 años, a pasar OBLIGATORIAMENTE por una revisión técnica vehicular; sin embargo, al momento de celebrar la concesión esta se le otorga a un único concesionario por el plazo de 16 años de manera exclusiva, creando de esta manera, una restricción al acceso al mercado a aquellos agentes económicos que quisiesen prestar el servicio de inspecciones técnicas vehiculares en el área de Lima Metropolitana y limitando la libre elección de los consumidores de acudir a cualquier centro de ITV.

Con respecto de la ordenanza 694, tenemos que la misma crea un monopolio legal a favor del concesionario para brindar el servicio ITV's. Al respecto, corresponde analizar la postura del estado peruano con relación a los monopolios, de la misma manera corresponde analizar cuál es la función de INDECOPI y que se entiende por Barreras Burocráticas.

La constitución de 1993 reconoce como uno de sus principales principios económicos que el estado peruano se rige bajo una economía social de mercado, al respecto el Tribunal Constitucional ha reconocido en la sentencia 008-2003-AI/TC²³(caso Nesta) como características de una economía social de mercado, la búsqueda del bienestar social, la existencia de un libre mercado y un estado subsidiario y solidario.

²³<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Al respecto Kresalja²⁴, reconoce que la expresión economía social de mercado no tiene un contenido definido y preciso. Se trata por lo tanto de una cláusula abierta que ha tenido éxito entre nosotros y que nos hace entender que las reglas de economía deben de regirse fundamentalmente por los mecanismos que proporciona el libre mercado, pero también que el estado tiene deberes ineludibles que cumplir.

Al respecto uno de los problemas más usuales en el libre mercado es la existencia de monopolios. El profesor Miller²⁵ los define como una forma o una facultad admitida en el mercado, en donde coexiste un creador o representante económico (monopolista), que disfruta de un inmensurable poder de mercado y es el único en una industria dada que posee un producto, bien, recurso o servicio determinado y diferenciado.

Se puede entender, por lo tanto, que la definición de monopolio responde a aquellas situaciones, en las cuales, existe un solo ofertante que domina el mercado mediante la oferta de un producto único, en un mercado en donde existen varios consumidores y que a diferencia de lo que ocurriría en un mercado competitivo, puede ejercer control sobre el precio o la calidad del producto, en desmedro de los consumidores.

Al respecto se pueden reconocer 2 tipos principales de monopolios, el natural y el legal; Un monopolio natural será permitido cuando la demanda de servicios públicos sea satisfecha de manera económica y eficiente por un solo productor, es decir siempre que se obtenga de manera legal y cuando no se abuse de la posición de dominio. Por otro lado, un monopolio legal, es aquel que encuentra su origen directamente en la ley o en alguna barrera creada por esta, para impedir el acceso al mercado de competidores a realizar una actividad económica, no obedeciendo a criterios de economía o eficiencia. Esta figura se encuentra prohibida por el artículo 61 de la CPP, el cual establece:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”

En materia de protección al consumidor el monopolio es considerado como un enemigo poderoso; y aunque, no es el único, quizá sí el más dañino. En palabras de Bullard, es un tirano que obliga a los consumidores a consumir solo los productos que él produce y al precio que él elige²⁶. Ningún consumidor gana con el

²⁴Kresalja, Baldo (2017). El régimen económico de la constitución de 1993. Lima: Fondo editorial PUCP pp. 100

²⁵ MILLER, R. (1990). Microeconomía. México: McGraw-Hill Interamericana, S. A. de C. V.

²⁶Bullard, Alfredo (2008). Los monopolios e la constitución entre el mito y la verdad. Gaceta constitucional N° 10. Lima: Perú

monopolio, pues incluso aquel que cuenta con más recursos termina pagando un precio mucho mayor que el que pagaría, si hubiera competencia.

Bajo esta definición resulta claro que en aquellos mercados en los cuales exista un monopolio natural o legal se estarían limitando las dos facetas de la competencia económica, principio que también se encuentra protegido por nuestra carta magna, en este sentido se debe entender que la competencia se garantizara por parte del estado en el libre acceso al mercado y en la permanencia de los agentes económicos en el mercado, esto mediante la vigilancia de la libre competencia mediante las practicas que la limiten

El tratamiento legal en nuestro ordenamiento en relación a los monopolios, es que estos, no sólo no están prohibidos, sino que, siempre y cuando la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía de una legal y legítima competencia, está posición está protegida por el Estado. Lo que se prohíbe es, en particular, dos situaciones: en primer lugar el abuso de posición de dominio en desmedro de los consumidores y por otro lado las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia que limiten el acceso a competidores al mercado.²⁷

La constitución le ha encomendado a INDECOPI, como organismo técnico especializado, velar por la protección de la libre competencia y el libre acceso al mercado; la comisión encargada de realizar esta función es la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.

INDECOPI define las barreras burocráticas como, todas aquellas exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros que impongan las entidades de la administración pública (en adelante, entidad o entidades), dirigidos a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa²⁸.

Estas medidas, pueden materializarse o estar contenidas en disposiciones administrativas, como Decretos Supremos, Resoluciones Ministeriales, etc. Pueden estar presentes además en actos administrativos dirigidos a una persona natural o jurídica específica, por ejemplo, un oficio. O puede estar presente en actuaciones materiales, que aprueban, emiten o realizan las entidades como las Municipalidades, los Gobiernos Regionales, los Ministerios y, en general, cualquier otra entidad,

²⁷Kresalja, Baldo (2017). El régimen económico de la constitución de 1993. Lima: Fondo editorial PUCP

²⁸ Gómez Apac, Hugo (2010) NUEVOS DESAFÍOS PARA LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS DEL INDECOPI: LOS MONOPOLIOS LEGALES SUSTENTADOS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN. Revista de la competencia y la propiedad intelectual N°8. INDECOPI, Lima, Perú

estatal o sujeta al régimen privado, a que se refiere el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, LPAG, que ejerza función administrativa.

Esta figura deviene en una manifestación del poder que tiene el Estado para regular las condiciones sobre las que se desenvuelven los agentes económicos en el mercado a fin de que la iniciativa de negocio sea compatible con el interés público²⁹. Siendo así no resulta prudente considerar que todas las barreras burocráticas son limitativas de derechos, sino exclusivamente las que son ilegales y/o carentes de razonabilidad de acuerdo a los estándares establecidos por las normas correspondientes.

La determinación de la ilegalidad o irracionalidad de una barrera burocrática ha sido desarrollada por el Tribunal del Indecopi a través de la Resolución N° 182-97-TDC y por la jurisprudencia de la CEB a lo largo de los años mediante la resolución de diversos casos.

La ilegalidad de una barrera burocrática, puede identificarse de dos maneras, puede ser de forma o de fondo. El examen de legalidad de fondo requiere evaluar si la entidad ha sido autorizada por ley para imponer la barrera denunciada, es decir si la autoridad es competente conforme a normas vigentes (ilegalidad de fondo por competencias). La ilegalidad de fondo también se produce cuando, pese a existir atribuciones legales, la barrera contraviene una prohibición legal específica (ilegalidad por infracción directa). El examen de legalidad de forma requiere verificar si la entidad ha cumplido con aprobar la regulación mediante los procedimientos que establece la ley para ello. Si la comisión determina que la barrera burocrática es ilegal se deja sin efecto de manera general.

Según la Resolución N. 182-97-TDC, con respecto a la razonabilidad se debe demostrar que la supuesta barrera burocrática irrazonable incurre en alguno de los siguientes supuestos: (i) genera tratamientos discriminatorios; (ii) que carece de fundamentos (arbitraria), o (iii) que resulta excesiva en relación a sus fines (desproporcionada). Si la CEB considera que se han aportado indicios suficientes que rompen la presunción de razonabilidad de la actuación estatal cuestionada, se declarara la irrazonabilidad de la norma y se dejara sin efectos para el particular

En el caso que nos concierne, en relación con la vulneración al acceso al mercado, presente en la cláusula de exclusividad, contenida en el contrato de concesión celebrado entre Lidercon y la MML. INDECOPI en la resolución 0013-2008/CAM-INDECOPI determina, correctamente, que la exclusión de competencia en el

²⁹Maraví, M. (2013), «Sobre la creación de la CEB. Entrevista al Dr. Alfredo Bullard, uno de los creadores de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (CEB)», en Eliminación de Barreras Burocráticas. Lima: Indecopi, pp. 55-57

mercado de inspecciones técnicas vehiculares en el área de Lima Metropolitana, contenida en la ordenanza 694, constituía una barrera burocrática ilegal (mas no el contrato en sí), esto puesto que limitaba injustificadamente el acceso al mercado de una actividad económica, creando, mediante una Ordenanza Municipal, un monopolio artificial; dicha ordenanza en su artículo 3 establecía:

(...) El Servicio de Revisiones Técnicas Vehiculares únicamente será llevado a cabo en las Plantas de Revisiones Técnicas cuya operación será autorizada en virtud de lo señalado en los artículos 24 y 25 de la presente Ordenanza.

La prestación del Servicio de Revisiones Técnicas Vehiculares será realizada conforme lo dispuesto en la presente Ordenanza, y el Contrato de Concesión suscrito con la Entidad Revisora. (Subtitulo agregados)

Con respecto a esta cláusula Indecopi identifica, de manera correcta, que esta creaba de manera indirecta un monopolio en favor de Lidercon. Esto puesto que al referirse al hecho de que la prestación del servicio será realizada por lo establecido en la norma y el contrato, se remite e incorpora las disposiciones del contrato de concesión complementando la ordenanza, siendo así que el contenido de dicho contrato, en virtud del artículo citado lo vuelve parte de la ordenanza.

No se debe confundir que si bien es cierto que el contrato de concesión contiene obligaciones que vinculan únicamente a las partes que han firmado dicho contrato, también es cierto que, en base al artículo citado, el contrato completa la regulación del servicio de revisiones técnicas vehiculares para el área de Lima Metropolitana. Razón por la cual el artículo 3 de la ordenanza 694, mas no el contrato de concesión celebrado entre Lidercon y la MML, constituye como una barrera burocrática ilegal

Como se puede observar, el servicio de revisiones técnicas, según la ordenanza 694 establece la obligación de que los vehículos aprueben las revisiones técnicas en las plantas de la concesionaria. Siendo que, en la práctica, crea una barrera burocrática para los propietarios de vehículos pues los obliga a utilizar un servicio monopólico, ya que no se ha creado un mecanismo que posibilite que ingresen nuevos competidores a brindar el mismo servicio.

Así, la ordenanza 694 vulneraba lo establecido por el artículo 61 de la constitución, además vulnera lo establecido en la Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada (decreto legislativo 757).

En sus descargos, la MML indico que las revisiones técnicas constituían una función pública y no una actividad económica sujeta a las reglas del mercado, por lo cual no estaría creando un monopolio ilegal. INDECOPI ante esta defensa identifica también, de manera correcta, que no nos encontramos ante una función pública de fiscalización del mercado automotor; Si no, que nos encontramos ante una actividad

económica, entendida esta, como toda acción en la que se producen o intercambian bienes y servicios, con la posibilidad de obtener ganancias. En este sentido, cuando se trasladó la actividad de revisiones técnicas al sector privado, se creó una actividad económica.

No debe confundirse la fiscalización posterior que realiza la administración pública, mediante autoridad competente, con el servicio de revisiones técnicas que puede ser realizado por agentes económicos. Cuando la municipalidad o en todo caso la autoridad competente verifica o fiscaliza el cumplimiento de haber pasado revisión técnica se encuentra ejerciendo su poder de policía.

La ordenanza 694 califica a las revisiones técnicas como:

El procedimiento mediante el cual se verifica que las condiciones técnicas de los vehículos no afecten negativamente la seguridad del vehículo, el tránsito terrestre, el medio ambiente o incumplan con las exigencias técnicas establecidos en los diferentes reglamentos nacionales.

Debe tenerse en cuenta que, si se considera como una habilitación administrativa el procedimiento para obtener el certificado de revisión técnica, debe encontrarse en el TUPA de la entidad y debe obedecer al pago de una tasa por el derecho de trámite, la cual también debe encontrarse en el TUPA de la entidad, hecho que en el presente caso no sucede.

De la misma manera si fuese un ejercicio de la potestad de fiscalización de la administración esta actividad debe realizarse de oficio y no se debe gravar a los administrados, situación que en el caso de las revisiones técnicas si sucede puesto que se debe pagar una contraprestación por el servicio.

En todo caso el servicio de revisiones técnicas constituye un requisito, el cual es establecido por el ordenamiento jurídico con la finalidad de proteger el interés público consistente en la salvaguarda de la seguridad vial, etc.

Razón por la cual, la “concesión” otorgada por la MML para brindar el servicio de ITV, no es una concesión en sentido estricto, puesto que no está trasladando competencias públicas a los privados, al respecto Guzmán Ñapuri³⁰ con relación a las concesiones indica que son un mecanismo o técnica a través de los cuales el Estado permite a particulares el ejercicio de atribuciones de cuya titularidad aquel goza, conforme al ordenamiento jurídico, siendo que, debemos diferenciarla de la autorización, que permite al particular el ejercicio de atribuciones de las cuales él

³⁰ Guzmán Ñapuri (2020). ¿Qué son las concesiones del estado? Blog de la Escuela de Postgrado, Universidad Continental
<https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/que-son-las-concesiones-del-estado>

mismo goza y que deben ser sometidas a cierta regulación por parte de la Administración Pública.

Ambas constituyen lo que las normas y la doctrina denominan títulos habilitantes para el ejercicio de actividades económicas. Siendo así en realidad, lo que está otorgando la MML bajo el nombre de concesión, es un título habilitante (autorización) para poder brindar el servicio de ITV³¹ en el área de Lima Metropolitana. Siendo esta actividad similar al seguro obligatorio de accidentes de tránsito. Resultando equivocada la defensa planteada por la MML en sus descargos.

Por otro lado, la resolución 0368-2015/CEB-INDECOPI, la cual tuvo lugar con posterioridad a la promulgación de la ley ITV y la derogación de las ordenanzas 509 y 694, analizó la barrera burocrática contenida en la resolución directoral N° 2450-2015-MTC/15; en la cual, se denegaba la autorización a Revisiones Técnicas del Perú S.A.C. de brindar el servicio de inspecciones técnicas vehiculares en el área de Lima Metropolitana.

El MTC justificó su decisión en base a la cláusula de exclusividad contenida en el contrato de concesión, que a la fecha en que se emitió la resolución, se encontraba vigente. La comisión determinó que se trataba de una barrera burocrática ilegal, puesto que, la Ley del Sistema Nacional de Revisiones Técnicas y su reglamento, no contempla como causal de denegación de la autorización para brindar el servicio de ITV la cláusula de exclusividad contenida en el contrato de concesión celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley.

Además, la primera disposición complementaria final de la referida ley no establece que los contratos de concesión celebrados con anterioridad prevalezcan sobre las normas contenidas en la propia ley. Siendo que, además, esta denegación va en contra de lo establecido en los artículos 2, 5 y 7 del decreto legislativo 757.

Ante estas resoluciones de INDECOPI, que declaraban la presencia de barreras burocráticas en la ordenanza 694 y en la resolución directoral N° 2450-2015-MTC/15, que indirectamente afectaban la cláusula de exclusividad contenida en el contrato de concesión celebrado entre la MML y Lidercon, es que este último alega que, el estado peruano, mediante la actuación estatal de INDECOPI ha incurrido en una actuación contradictoria en su contra.

Para justificar dicha acusación Lidercon hace referencia a la consulta emitida por un miembro del congreso de la república con fecha 20 de agosto de 2004, el cual presentó una solicitud formal ante INDECOPI para determinar si las tarifas de

³¹ Gómez Apac, Hugo (2003) "Concesión a una sola empresa para realizar inspecciones técnicas: ¿un monopolio legal? Revista de la competencia y propiedad intelectual. INDECOPI pp. 41

inspección, que se cobrarían en base a la ordenanza 506, contravenían las normas de libre mercado y si existiría alguna afectación a la libre competencia en dicha ordenanza.

Esta solicitud fue respondida el 26 de agosto de dicho año por la Secretaria Técnica de la CEB, en donde, de manera breve, se determinó que, a la fecha de la consulta, no había presencia de una barrera burocrática ilegal ya que no existía ningún acto administrativo que ordenara el cobro de tarifas. Además, sobre la consulta de si la concesión violaba las leyes sobre defensa de la competencia, se concluyó que no, puesto que el objeto de la concesión no era una actividad económica, sino una función pública.

Con relación a la respuesta de INDECOPI, el segundo punto puede considerarse controversial y es sobre este punto que Lidercon baso su pretensión. Debemos de tener en cuenta que, dicho pronunciamiento por parte de INDECOPI, no era una resolución vinculante, ya que solo respondía las consultas del congresista; siendo que, este pronunciamiento se da con anterioridad a la firma del contrato y a la promulgación de la ordenanza 694, ordenanza que fue declarada como barrera burocrática ilegal con posterioridad.

Resulta claro que este pronunciamiento al no ser vinculante y al darse con anterioridad a aquellas actuaciones de la administración que fueron declaradas como barreras burocráticas no constituye, como alega Lidercon, una violación al trato justo y equitativo, en su modalidad de actuación contradictoria por parte del estado.

No puede considerarse como una actuación arbitraria por parte del estado, las diferentes actuaciones que ha tenido INDECOPI a lo largo del caso bajo análisis, puesto que las mismas no responden a una actuación contradictoria, ni mucho menos constituye una actuación que conlleve a un resultado que ofende la propiedad judicial (tribunal tecmed vs estado mexicano) siendo que estas actuaciones siempre han sido coherentes con la normativa y las máximas de lógica en base al bien jurídico protegido. Razón por la cual resulta incorrecta esta aseveración por parte de la demandante en relación a una vulneración del tratado en la modalidad de actuación arbitraria/contradictoria del estado mediante INDECOPI.

La actuación de las cortes de justicia peruanas ante los reclamos interpuestos por Lidercon ¿Puede considerarse como denegatoria de justicia y por lo tanto una vulneración al trato justo y equitativo?

Como se puede observar en los antecedentes, la relación entre Lidercon y la MML estuvo plagada de conflictos desde el inicio, esto ya que, Lidercon no estaba

cumpliendo con los plazos pactados en el contrato de concesión. Esta situación llevo a que se celebre un acuerdo conciliatorio parcial en el año 2007; pese a eso, los problemas entre ambas partes continuaron, ya que existían quejas por parte de los usuarios y reportajes periodísticos que alegaban falta de capacidad de la empresa para brindar el servicio. Ante esta situación, con fecha 7 de febrero de 2008, la MML declaro la caducidad del contrato por incumplimiento de los plazos por parte de Lidercon.

Esta decisión, como estaba establecido en el contrato, fue discutida en vía arbitral ante la Cámara de Comercio de Lima (CCL), resultando vencedora de dicho Laudo la empresa Lidercon mediante laudo dictado en el año 2011. No es motivo de análisis en el presente informe lo resuelto en dicho laudo, pero si llama curiosamente la atención la decisión tomada por los árbitros, ya que se optó por reinstaurar la ordenanza 694, la cual había sido derogada por la ley ITV en el año 2008, además en dicho laudo se consideró que los vehículos inscritos en Lima Metropolitana, tenían la obligación de pasar por el servicio de revisiones técnicas vehiculares, yendo en contra del acceso al libre mercado, tal como lo declaro correctamente INDECOPI en diversas sentencias. Resulta curioso, además, que, quizás con las mejores intenciones, en dicho laudo se decidió que la MML estaba en la obligación de modificar el contrato. Además, fue decisión del tribunal arbitral, prorrogar la concesión por un periodo de 5 años más, estableciéndose la eliminación del derecho de la MML a la restitución de los bienes utilizados en el desempeño del contrato y finalmente se determinó un incremento de las cuotas de servicio a favor de Lidercon.

Ante esta situación, la MML inicio un proceso de anulación de Laudo (ALA) en el año 2011. Dicho proceso fue rechazado en proceso breve; la MML apelo dicha decisión, puesto que consideraban que la misma iba en contra de la ley ITV y la Constitución misma. La apelación fue nuevamente rechazada por las cortes peruanas en el año 2016.

Paralelamente y en base al derecho que le concedía el laudo a su favor, Lidercon obtuvo una resolución judicial de ejecución forzada en el año 2011, la cual fue apelada por la MML. En el año 2017 la Corte Superior de Justicia declaro que la Municipalidad Metropolitana de Lima no era el organismo competente para suscribir, regular, modificar o adecuar el contrato de concesión, por lo que, en tal sentido las partes del laudo que se pronuncian sobre estas cuestiones, que en la actualidad son competencia del MTC fueron declaradas inejecutables, lo cual

consiste en la imposibilidad legal o material de cumplir con el edicto resolutorio dictado por una entidad de la judicatura³².

Dicha decisión, fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional, instancia que confirmó lo decidido por la corte superior de Lima. Seguidamente ante el tribunal CIADI se alegó que las cortes peruanas habían incurrido en la causal de denegación de justicia, que forma parte de la garantía de trato justo y equitativo contenido en el TBI.

Son varios temas a ser analizados, en primer lugar, nos corresponde analizar la facultad del estado peruano de solicitar, la anulación del laudo arbitral (ALA). Es importante dejar en claro, en primer lugar, que la anulación de laudo arbitral en nuestro ordenamiento, no es un recurso jurídico, puesto que no aumenta la pendency del proceso, en todo caso estamos ante un proceso judicial autónomo que está vinculado con el laudo arbitral, siendo que, este no prolonga el laudo arbitral, sino que resulta un proceso distinto, el cual se resuelve ante un fuero diferente.

Surgen, ante esta figura, dos interrogantes principales: ¿Quién es competente para declarar la nulidad del laudo arbitral? y ¿En qué caso un laudo es susceptible de ser anulado?³³

Con respecto a la primera interrogante, no hay mucha discusión en que las cortes competentes para anular un laudo son las cortes del país que ha sido sede del arbitraje; esta regla está reconocida por un nutrido grupo de legislaciones basadas o no en la ley modelo y sobretodo se encuentra contenido en nuestro ordenamiento.

Con respecto a la segunda interrogante, lo primero que debe determinar la corte nacional es si, efectivamente, nos encontramos ante un laudo pasible de ser anulado, siendo que en algunos ordenamientos se puede exigir la anulación de un laudo final, mas no de un laudo parcial.

En nuestro país, el Poder Judicial no puede revocar o sustituir el fondo de la controversia discutida en el laudo, solo se puede pronunciar sobre los aspectos formales del mismo, los cuales se encuentran desarrollados en el artículo 62 y 63 del decreto legislativo 1071, el cual norma el arbitraje:

³² Tapia, G. (2015). Ejecución de las sentencias judiciales [Monografía previa a la obtención del título de abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y licenciada en Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Cuenca]. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/23247/1/Tesis.pdf>

³³ Zuleta, Eduardo (2012) "El concepto de Laudo arbitral" Editorial universidad del Rosario, Bogotá Colombia pp 33-35

(...)

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Bullard³⁴, reconoce que en los sistemas jurídicos en los cuales funciona la figura de la anulación del laudo, esta se limita únicamente, a los supuestos contenidos en una lista taxativa, limitada y vinculada a aspectos formales contenidas en las leyes de arbitraje que rigen en cada país. Bajo ningún supuesto, debe entenderse la anulación de laudo, como un recurso extraordinario, que nos permitirá revisar nuevamente la cuestión de fondo controvertida.

Se reconoce, por lo tanto, que la anulación del laudo, figura legal la cual solo procede en las causales indicadas en la norma de arbitraje peruana, no correspondía ser amparado en el presente caso, puesto que, el estado peruano pretendía que se revise el fondo de la controversia, no resultando esto conforme a derecho, resultando por lo tanto correcta la decisión de las cortes peruanas de rechazar el pedido de anulación de laudo arbitral.

Con respecto a la ejecución forzosa del laudo, la cual fue solicitada por Lidercon en amparo al Laudo de 2011 que resulto a su favor. Marielena Ledesma³⁵ reconoce, como una de las debilidades del arbitraje, la necesidad de recurrir a la jurisdicción estatal para buscar apoyo para la ejecución forzada, cuando el obligado se resiste a cumplir con las prestaciones u obligaciones dispuestas en el laudo.

El Código Procesal Civil (CPC), regula las reglas que rigen el proceso único de ejecución, puesto que la norma que regula el arbitraje en el Perú, considera, como título de ejecución a los laudos arbitrales firmes.

Cesar Guzman-Barron³⁶, reconoce que en algunas legislaciones los laudos requieren de un acto jurisdiccional para sea este acto el que le otorgue carácter de ejecutoriedad y cosa juzgada; en el caso peruano, el laudo tiene fuerza por sí mismo, como lo señala el artículo 59.2 del Decreto 1071, este artículo establece que el laudo, por si mismo, cuenta con efectos de cosa juzgada, el artículo 59.1 del mismo

³⁴ Alfredo, Bullard (2013) “¿Qué fue primero el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación. Revista Internacional de arbitraje Julio- diciembre. Pp. 67-69

³⁵ Ledesma Narvaez, Marielena (2014) “Jurisdicción y arbitraje” Fondo Editorial PUCP. Lima Perú. Pp134-138

³⁶ Guzman-Barron, Cesar (2018) “Arbitraje nacional comercial e Internacional” Fondo Editorial PUCP. Colección lo esencial del derecho pp 113

cuerpo normativo establece que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Fernando Cantuarias³⁷ reconoce que hay tipos de laudos, los cuales se pueden clasificar como, laudos de condena, laudos declarativos y laudos constitutivos. Siendo que, los laudos de condena son aquellos, en los cuales se persigue la realización u omisión de una prestación; los laudos declarativos, son aquellos los cuales se esclarece una situación dudosa en alguna relación jurídica; los laudos constitutivos, son aquellos que crean, modifican, o extinguen una relación jurídica, por ejemplo, los que declaran la resolución de un contrato. Siendo que, no todos ellos son pasibles a entrar en un proceso de ejecución forzosa, solo los laudos de dar o hacer.

En este sentido, y tal como sucede en el caso, cuando una de las partes se rehúsa a cumplir lo dictado en el laudo, corresponderá iniciar un procedimiento de ejecución forzosa del laudo.

Marielena Ledesma³⁸ sostiene que, luego de emitido el laudo, si el condenado se resiste a cumplir con lo ordenado, se deberá recurrir a la jurisdicción, estatal, la cual ostenta la fuerza exclusiva de la ejecución (*executio*), siendo esta el atributo exclusivo de la jurisdicción que se expresa en el poder de hacer cumplir lo decidido a través de la fuerza pública.

Este atributo, debe de ejercerse bajo determinadas garantías y condiciones, tales como contar con un título el cual exprese un derecho cierto, expreso y exigible, el cual en el caso de los arbitrajes son los laudos de hacer o dar. Siendo que, sin la existencia de dicho título, no cabe la ejecución. Para la autora, el procedimiento arbitral no termina con la emisión del laudo sino con la ejecución de este.

Para lo que nos compete, en el expediente N° 2547-2012-29 (2.a Sala con subespecialización en lo comercial, 11 de setiembre de 2017), Lidercon Perú demandó a la Municipalidad Metropolitana de Lima con motivo de obtener la ejecución forzosa del laudo que tuvo lugar en 2011.

El laudo contenía dos tipos de prestaciones a favor de Lidercon: unas vinculadas a la modificación del contrato de concesión, según los términos expresados en el

³⁷ Cantuarias, Fernando (2012) Ejecución de Laudos Arbitrales Dictados en el Perú. Revista Derecho & sociedad 25. Pp 214-216

³⁸ Ledesma Narvaez, Marielena (2014) "Jurisdicción y arbitraje" Fondo Editorial PUCP. Lima Perú. Pp136

laudo; y, por otro lado, un conjunto de obligaciones dinerarias que el tribunal arbitral impuso a la municipalidad.

La MML se opuso al cumplimiento del laudo, alegando que, su competencia sobre revisiones técnicas vehiculares había sido transferida, por imperio de la Ley N° 29237 (promulgada en mayo de 2008), al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

La contradicción propuesta por la municipalidad fue rechazada, puesto que con estas se buscaba la revisión del fondo del laudo. El colegiado ordenó la ejecución forzada de ambos tipos de prestaciones. Sobre las primeras, la sala sostuvo que estas eran *intuitu personae*, y ante la renuencia de la municipalidad, el juzgador no podía sustituirse. Además, que, al haber perdido competencia legal sobre la materia, la municipalidad simplemente no podía ejecutar las modificaciones al contrato de concesión. Por ello, declaró inejecutables esas prestaciones, revocando la decisión del juez en primera instancia. Por otro lado, al pronunciarse sobre las prestaciones dinerarias, la sala confirmó la obligación de cancelar la suma de dinero respectiva.

Como se puede observar, las cortes peruanas, siempre actuaron conforme a ley, siendo así que, incluso la demanda de anulación de laudo arbitral (ALA) fue rechazada de pleno derecho, ya que en el fondo se estaba buscando que se analice el fondo de la controversia, resolviendo de esta manera en contra del mismo estado.

No se puede observar en la actuación por parte de las cortes peruanas una vulneración al debido proceso o una decisión que vaya en contra de lo establecido por la normativa interna vigente. Si bien, la declaratoria de inejecutabilidad de las obligaciones contenidas en el laudo afecta a Lidercon, esta declaratoria judicial no vulnera al debido proceso, ni actúa fuera de los parámetros de la ley en ninguna de las actuaciones estatales que son cuestionadas por Lidercon.

La alegación por parte de Lidercon ante las cortes del CIADI consideraba que la actuación de las cortes de justicia peruana había incurrido en la causal de denegación de justicia, que forma parte de la garantía de trato justo y equitativo.

Al respecto el Tribunal de *Azinian contra México*³⁹ ha sido uno de los que más ha analizado la denegación de justicia, aunque no la relaciona directamente con el trato justo y equitativo, expone cuatro escenarios ante los cuales nos encontraríamos ante la vulneración de esta garantía. Estos son: si los jueces locales se niegan a conocer

³⁹ Tribunal Arbitral ad hoc en el caso Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, contra Los Estados Unidos Mexicanos [Azinian v. México], CIADI, num. ARB[AF]/97/2, a

un reclamo; si lo hacen mediante una demora indebida; si se administra justicia inadecuadamente, y si existe la aplicación de una ley de forma maliciosa. El tribunal en concreto manifestó:

Podría alegarse una denegación de justicia si los tribunales competentes se negaran a conocer del asunto, si este sufriera una demora indebida o si administraran la justicia de modo seriamente inadecuado [...]. Hay un cuarto tipo de denegación de justicia, el de aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa. Este tipo de ilícito sin duda se sobrepone a la noción de «pretensión de forma» para encubrir una infracción del derecho internacional.

Sin embargo, el propio tribunal realiza la siguiente apreciación sobre los límites que deben tener las pretensiones de los inversionistas, los cuales no pueden solicitar que un tribunal internacional revise directamente un fallo emitido por cortes locales. El tribunal manifiesta:

La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación.

Del análisis que se viene realizando, queda claro que el tribunal CIADI no podría aplicar el trato justo y equitativo para constituirse, en alguna suerte de tribunal de última instancia, al que los inversionistas pueden acudir cuando no obtengan un resultado deseado. Por lo tanto, alegar denegación de justicia por parte de un estado ante una corte internacional, será necesario, que la actuación de las cortes locales sea un acto manifiesto e irrefutable de denegación de justicia, para que se considere un ilícito internacional de lo contrario, el hecho de no estar de acuerdo con lo decidido por las cortes no puede considerarse como una denegación de justicia.

En este sentido es claro que, la actuación por parte de las cortes peruanas no corresponde al estándar de denegación de justicia identificado por la jurisprudencia del CIADI, siendo así que, el estado peruano no ha incurrido en una vulneración que constituya una denegación de justicia.

¿Existe alguna garantía adicional en el tratado, aparte de la vulneración de trato justo y equitativo que según la demandante haya sido vulnerado por el estado peruano?

Según las alegaciones de Lidercon ante el CIADI, el estado peruano, mediante las actuaciones de INDECOPI, MTC, SUTRAN y las cortes de justicia, no solo ha vulnerado el estándar de trato justo y equitativo contenido en el tratado, sino que, han vulnerado otras garantías presentes en el TBI. Estas son la protección del inversor de medidas estatales injustificadas y discriminatorias. Se alega además la presencia de una clausula paraguas en el tratado, la cual también ha sido vulnerada por el estado peruano. A continuación, se analizará las acusaciones por parte de Lidercon

¿En el Tratado bilateral de comercio celebrado entre Perú y España existe una clausula paraguas, como alega Lidercon?

Como se ha señalado en líneas precedentes, los países menos desarrollados han ido adoptando medidas en pro de atraer capital extranjero, siendo que la gran mayoría de países en Latinoamérica pasaron de estados con economías intervencionistas, en donde la presencia estatal estaba presente en casi todos los ámbitos económicos, a una privatización del mercado, en donde los estados cumplen un rol subsidiario en la economía.

Nuestro país no fue ajeno a esta tendencia, y se optó por adoptar una serie de disposiciones constitucionales que brindasen seguridad a los inversores extranjeros para que estos participen en los mercados que se encontraban bajo control estatal.

Artículo 63°. -La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones.

Además, en relación con los tratados se establece

Artículo 55°. - Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Elizabeth Salmon⁴⁰ define a los tratados como: “*un acuerdo de voluntades alcanzado por dos o más sujetos de derecho internacional destinado a producir efectos jurídicos entre las partes y regulado por el derecho Internacional*”.

Como se ha dicho con anterioridad, el Perú ha firmado una serie de tratados con la finalidad de atraer la inversión extranjera, bríndales mayores garantías que las contenidas en la legislación interna. Siendo el celebrado entre nuestro país y España, el que da origen al laudo bajo análisis.

El contractualizar la relación entre el estado y el inversionista contribuye a aumentar la protección de este. Al suscribir un contrato los derechos, obligaciones y las garantías contenidas en el contrato pasan a ser obligaciones exigibles que, en principio, no podrán ser unilateralmente desconocidas. Sin embargo, la base y validez del contrato en cuestión reposará en la legislación interna y dependerá finalmente de ella.

De hecho, una vulneración del contrato por parte del estado puede conllevar una vulneración de la normativa interna y un tratado internacional suscrito entre los países parte. Sin embargo, que esta situación pueda darse, no significa en absoluto que en principio, el incumplimiento de un contrato o la infracción de normas legales de derecho interno constituyan, necesariamente, como afectaciones de garantías otorgadas a través de tratados internacionales.⁴¹

Es por ello que, cuando un inversionista invoca el Tratado de Protección a las Inversiones, con ocasión del incumplimiento de su contrato o de hechos relacionados a la ejecución del mismo, es preciso ser cuidadosos en verificar si este incumplimiento o hechos, pueden llegar a constituir por sí mismos una afectación a las garantías otorgadas en el tratado de inversión y no únicamente un incumplimiento de las normas internas. Esto no será siempre fácil de determinar⁴²

⁴⁰ Salmon, Elizabeth (2014) “Curso de Derecho internacional Publico”, Fondo Editorial PUCP. P. 183

⁴¹ Tovar, Maria del Carmen (2014) Con paraguas o sin paraguas. Revista de derecho Forseti. Edicion 1. Derup editores
<http://forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/con-o-sin-paraguas>

⁴² Tovar, Maria del Carmen (2014) Con paraguas o sin paraguas. Revista de derecho Forseti. Edicion 1. Derup editores
<http://forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/con-o-sin-paraguas>

Es ilustrativo a este respecto el caso Iberdrola Energía S.A. con La República De Guatemala⁴³. En este caso el Tribunal Arbitral señaló lo siguiente:

Es cierto, como lo señala la Demandante, que la legalidad de la conducta de un Estado a la luz de su derecho interno no conduce necesariamente a la legalidad de esa conducta según el derecho internacional. Pero no es menos cierto que, si el Estado actuó invocando el ejercicio de sus facultades Constitucionales, legales y reglamentarias, mediante las cuales interpretó de una determinada manera su normatividad interna, un tribunal CIADI, constituido al amparo del Tratado, no puede determinar que tiene competencia para juzgar, según el derecho internacional, la interpretación que ha hecho el Estado de su normativa interna simplemente porque el inversionista no la comparte o la considera arbitraria o violatoria del Tratado."

Como es de apreciar, en la jurisprudencia se señala con claridad la distinción mencionada. No resulta correcto que, por el hecho de que un Estado, con razón de volverse más atrayente a los inversionistas extranjeros haya otorgado garantías a la inversión extranjera, toda discusión sobre el derecho nacional que involucre a un inversor de otro país con el cual se ha celebrado un tratado se convierte necesariamente en una controversia de carácter internacional. La normativa nacional y la interpretación de los alcances de esta, constituyen una cuestión de derecho nacional y no de derecho internacional, en tanto no se den circunstancias que violen específicamente la garantía otorgada en un tratado.

Es así que, en pro de proteger al inversionista extranjero, surgen las cláusulas Paraguas (*umbrella clauses*), estas cláusulas son aquellas que independientemente de las garantías sustantivas clásicas incluidas en el tratado (no discriminación, trato justo y equitativo, garantías contra la expropiación etc.), añade una obligación adicional asumida por los Estados, de cumplir con las obligaciones contractuales que pudiesen celebrarse entre agentes estatales e inversionistas. Estas cláusulas obligan a los estados partes a cumplir con todo tipo de obligaciones contenidas entre los estados, entre lo que se incluyen los contratos firmados por los inversionistas de los estados parte.

⁴³IberdrolaEnergía S.A. v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/09/5
<https://www.italaw.com/cases/1518>

Según Nicolás de la Flor⁴⁴, la cláusula paraguas tiene como efecto que las obligaciones que asume un estado en un contrato celebrado con un inversionista, tengan a su vez, las protecciones propias del derecho internacional previstas en un tratado celebrado entre el estado receptor y el estado inversionista. Se le denomina cláusula paraguas, puesto que ponen a los contratos debajo de la protección del paraguas del tratado

En virtud de la cláusula paraguas tendremos que existirá la afirmación de que, por medio de esta, la cual tiene que encontrarse de forma literal en el tratado, se está garantizando el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato y por lo tanto el incumplimiento del contrato que en un principio no constituía una violación al Tratado al ser un tema netamente de derecho interno, podría si constituirlo.⁴⁵

En el presente caso la pretensión de Lidercon que alegaba una vulneración del tratado basado en el incumplimiento contractual fue rechazada por el Tribunal en base a la ausencia de una cláusula paraguas en el Tratado. Siendo que el mismo tratado reconoce en su artículo 4.2

Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país que goce del tratamiento de nación más favorecida.

El tribunal reconoce que este artículo, el cual se quiere hacer pasar por una cláusula paraguas hace referencia a una cláusula de nación más favorecida, la cual es simplemente una promesa de no discriminación contra el comercio de la otra parte en el tratado o una promesa de favorecer a la otra parte tanto como a cualquier tercer país. Sin embargo, la formulación tradicional ha sido una promesa de conceder a la otra parte un trato no menos favorable que el otorgado al «más favorecido» de los demás países⁴⁶; la cual es una garantía reconocida en los Tratados de inversión al igual que el trato justo y equitativo, mas no hay razón alguna para considerarla como cláusula

⁴⁴ De la Flor Puccineli (2020) "Importando paraguas: las cláusulas de la nación más favorecida y las cláusulas paraguas en los arbitrajes de inversión". Themis- Revista de derecho. N° 77 pp. 77

⁴⁵ Tovar, María del Carmen (2014) Con paraguas o sin paraguas. Revista de derecho Forseti. Edición 1. Derup editores
<http://forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/con-o-sin-paraguas>

⁴⁶ R. C. Snyder, The Most-Favored-Nation Clause: An Analysis with Particular Reference to Recent Treaty Practice and Tariffs, Nueva York, King's Crown Press, Columbia University, 1948, pág. 10

paraguas. Siendo que no se puede considerar, que ante inejecutabilidad del contrato, se esté vulnerando el tratado bilateral de inversiones (párrafo 171 del laudo).

El análisis que hace el Tribunal arbitral sobre el TBI, es correcto, puesto que la cláusula paraguas debe de encontrarse de manera explícita en el acuerdo internacional, no cabiendo en este supuesto una interpretación extensiva del tratado.

Lidercon trata de hacer pasar una de las garantías contenidas en el tratado, tal y como es la nación más favorecida, como una cláusula paraguas. Pero en base a una interpretación literal del artículo citado por la demandante, se concluye que no nos encontramos ante un supuesto de protección dentro del tratado al incumplimiento del contrato. Siendo así que es incorrecto afirmar, tal y como alega Lidercon que ante el incumplimiento del contrato por parte del estado peruano se esté incurriendo en una violación del tratado.

¿Existió un trato injustificado o discriminatorio por parte del estado peruano?

Lidercon alego que el estado peruano, mediante INDECOPI, SUTRAN y las cortes nacionales, le había otorgado un trato discriminatorio en comparación con sus competidores. En este sentido el TBI celebrado entre Perú y España recoge en su artículo 3:

Cada parte contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, por inversores de la otra parte contratante y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso la liquidación de tales inversiones (...)

La protección con respecto a las medidas injustificadas o discriminatorias constituye estándares diferentes; incluso, en el tratado se encuentran de manera autónoma al trato justo y equitativo.

Al respecto, la jurisprudencia arbitral ha citado al Profesor Schreuer en el laudo *EDF c. Rumania*⁴⁷ (párrafo 303) en este laudo se establece con respecto a medidas injustificadas que:

[o]casionan un daño al inversor sin servir a un propósito aparentemente legítimo; (...)no se funda en estándares jurídicos sino

⁴⁷EDF c Rumania <https://www.italaw.com/cases/375>

en la discreción, el prejuicio o la preferencia personal; ...o se adopta por motivos diferentes a aquellos planteados por el responsable;[o]en desestimación deliberada del debido proceso y el procedimiento adecuado.

Por otro lado, con respecto a las medidas discriminatorias, se ha establecido que esta surge cuando hay un “trato desigual de circunstancias iguales sin existir motivos justificativos”; al respecto el tribunal del laudo Enron vs Argentina establece que, como de motivos justificativos, deberán considerarse aquellas acciones que incluyan una diferenciación caprichosa, irracional o absurda por parte de los estados⁴⁸ (párrafo 282).

Lidercon alega en este supuesto que el estado peruano ha incurrido en medidas arbitrarias en razón de la actuación por parte de SUTRAN, al fiscalizar y clausurar los centros de inspección vehicular de su propiedad, siendo que, según lo establecido en el contrato de concesión, la fiscalización de los centros estaba a cargo de la MML.

En los apartados anteriores se ha analizado las actuaciones tanto de los tribunales de INDECOPI, de las cortes de justicia peruanas y de SUTRAN; si bien es cierto que estas actuaciones afectaron el contrato que la empresa había celebrado con el estado no corresponden a una actuación que sirvan a un propósito contrario a ley, tal como favorecer a algún competidor en específico, o usurpar competencias que no le corresponda; las diversas actuaciones del estado en el caso bajo análisis se han ajustado a la legalidad y también al respeto al debido proceso, razón por la cual la alegación por parte de Lidercon no es correcta.

Lidercon alega en este supuesto además que el estado peruano ha incurrido en medidas injustificadas en su contra puesto que se ha visto sujeto a constantes fiscalizaciones y clausuras temporales de los centros de inspección. Fiscalización que la empresa alega, es ilegal, por parte de SUTRAN, siendo que según el contrato de concesión la entidad fiscalizadora de los CITV es la MML. No se tiene en cuenta que según la ley ITV y su reglamento la entidad competente para realizar las fiscalizaciones correspondientes a los centros de inspección técnica vehicular es precisamente SUTRAN, organismo que se encuentra adscrito al MTC

El sustento jurídico del cual buscaba ampararse Lidercon era el artículo 62 de la constitución, este artículo establece:

⁴⁸ Laudo arbitral enron vs Republica Argentina <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7910.pdf>

Artículo 62°. - La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley

En este sentido es importante recordar que, en el contrato de concesión, se consideró como base legal del mismo la LOM y las ordenanzas 694 y 506, incluyéndose además todas aquellas normas modificatorias, derogatorias, complementarias, sustitutorias o interpretativas de las anteriormente citadas.

La ley de ITV que fue promulgada en el año 2008 confirió facultad absoluta al MTC para autorizar y fiscalizar los centros de inspección técnica vehicular, derogando así, las normas que sirvieron de base legal para suscribir el contrato. El argumento que sugiere Lidercon, sostiene que a pesar de la MML no contar con competencia para fiscalizar los Centros de inspección técnica vehicular esta debe fiscalizar la actuación de Lidercon, en base al contrato. Este argumento no cuenta con sustento jurídico puesto que, como se señaló, el mismo contrato establecía los remedios que se pudiesen ejecutar en relación con la modificación regulatoria que afectara la ejecución del contrato.

Con respecto al trato discriminatorio, queda claro que las diversas actuaciones estatales que son discutidas en el laudo no constituyen un trato discriminatorio. La demandante alega que no se le está dando el mismo trato que a sus competidores, puesto que las actuaciones estatales favorecen indirectamente a estos. Ante esta afirmación, es importante tener en cuenta que, los competidores son precisamente eso, son agentes económicos que entran al mercado en pro de obtener un beneficio o retribución económica, siendo que la búsqueda de este beneficio puede ocasionar daños a otros competidores. Esto es lo que se conoce como daño concurrencial, el cual en una economía de libre mercado es lícito, siempre y cuando se actué bajo los márgenes de legalidad y buena fe⁴⁹.

En tal sentido, el daño causado a un competidor en el mercado es desleal sólo cuando se produce fuera de los límites de la buena fe empresarial y de las normas de corrección que deben regir las actividades económicas⁵⁰. En este sentido denunciar la existencia de una barrera burocrática ilegal, es

⁴⁹Krawisz, D. (2011). El significado de la Competencia. *Revista De Derecho Administrativo*, (10), 267.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13664>

⁵⁰ ARAMAYO BAELEA, Abelardo (2019) "competencia desleal". Escuela nacional de INDECOPI. Lima Perú pp.

derecho del competidor, puesto que se le estaría limitando su libre iniciativa privada y es deber del estado, mediante organismos como INDECOPI, dictar las medidas correctivas para eliminar aquella actuación que restringe el acceso al mercado, no siendo esta actuación, un trato discriminatorio en contra del agente económico que se está beneficiando indirectamente de la barrera burocrática ilegal.

En este sentido, si bien existe una protección hacia las inversiones extranjeras en contra de actuaciones unilaterales de los estados que lo pudiesen afectar. El trato estatal en el mercado interno es igual para todos, siendo que este promueve y protege la libre competencia, la cual muchas veces puede llegar a ser feroz. Los gobiernos mediante tratados o garantías no les prometen a los extranjeros que no tendrán oposición; estos tienen el derecho a que se respete la ley, pero no se le garantiza un trato privilegiado en el mercado, sino un trato igual que al de los competidores nacionales si deciden invertir en el país receptor. (Párrafo 243 del laudo)

Lidercon basa su pretensión, además, en que ha sufrido un trato discriminatorio por parte de los legisladores, en base a debates parlamentarios que, según se alega, demuestran xenofobia y clientelismo. Esto no constituye un trato discriminatorio por parte del estado peruano en contra de Lidercon, los legisladores tienen derecho a expresar sus opiniones, aunque propugnen proteccionismos, demagogia, etc.

En todo caso, estas declaraciones de los legisladores no constituyen una actuación estatal que afecte a los inversionistas puesto que estas declaraciones no califican como actuación estatal, sino que estas declaraciones responden a los legisladores de manera particular.

Siendo por lo tanto incorrecta también la afirmación por parte de Lidercon que las declaraciones de los legisladores constituyan una actuación estatal que afecte de manera discriminatoria su inversión en territorio nacional.

CONCLUSIONES

- La decisión adoptada por el tribunal en el laudo bajo análisis, en la cual se rechazan las reclamaciones de Lidercon en su totalidad al no demostrarse que el estado peruano ha incumplido el TBI, es correcta. Esto, ya que en base al análisis que se ha realizado en el presente informe se ha podido comprobar que las actuaciones estatales que son discutidas por Lidercon, no constituye una vulneración a la garantía de trato justo y equitativo, ni tampoco constituyen un trato discriminatorio o injustificado en contra del inversor extranjero.
- El servicio de Inspecciones técnicas vehiculares (ITV), bajo nuestro ordenamiento, no es una función pública (fiscalización), sino una actividad económica, razón por la cual no corresponde limitar el acceso al mercado, creando un monopolio legal, a privados que quisiesen realizar esta actividad económica.
- La Municipalidad Metropolitana de Lima incurrió en un error, puesto que estaba considerando al servicio de inspecciones técnicas como un servicio que es potestad del estado y que solo puede ser realizado por privados mediante la concesión (siendo posible crear un monopolio), error que conllevó a la MML a considerar el servicio como concesión; este error fue corregido no solo por la ley del Sistema de Inspecciones Técnico Vehiculares, en el cual se establece que dicha actividad puede ser realizada por cualquier privado siempre que cumpla con las condiciones establecidas por la autoridad competente (título habilitante), sino que por INDECOPI, mediante la comisión de eliminación de barreras burocráticas; esto no exime la responsabilidad del estado (MML) de los perjuicios que pueda ocasionar al inversor, puesto que resulta innegable que ha existido un error por parte del estado mismo al comprometerse de manera errónea a garantizar la exclusividad de un servicio al cual no le correspondía un monopolio legal, sin embargo esta responsabilidad contractual no implica una vulneración a las garantías contenidas en el tratado bilateral celebrado entre Perú y España.

- Si bien, lo resuelto por las cortes peruanas, no ha satisfecho las pretensiones de Lidercon, estas no han incurrido en alguna vulneración de las garantías internacionales contenidas en el tratado, en este sentido las actuaciones del estado han sido en estricto respeto de la normativa interna.
- No existe en el TBI celebrado entre Perú y España una cláusula Paraguas tal y como alega Lidercon, razón por la cual no se puede considerar un incumplimiento contractual como una afectación a las garantías contenidas en el tratado.
- Si bien se reconoce, en base al análisis hecho en el presente informe, que las actuaciones estatales, con posterioridad a la firma del contrato (las cuales han sido correctas en base a la normativa interna) han podido generar una afectación económica al inversionista, no se entiende porque este no hace uso de los remedios contractuales que se encontraban presentes en el contrato, los cuales son aplicables en el presente caso, tales como la cláusula de equilibrio contractual, etc.
- Resulta claro que el real motivo por el cual Lidercon acude ante la corte del CIADI alegando que el estado peruano había vulnerado las garantías contenidas en el TBI, era porque buscaba que esta corte internacional revisara nuevamente el fondo de las controversias, que ya habían sido resueltas en base a la normativa interna, puesto que no se encontraba de acuerdo con lo decidido en estas, buscando que la corte sirva como una nueva instancia.
- Las cortes internacionales, tales como el CIADI, no se pueden considerar como una instancia más de apelación en donde se discutirán los temas de fondo que se hubieran discutido en el derecho interno; estas cortes cumplen una función de velar por las afectaciones que puedan tener lugar entre inversionistas y estados en base estrictamente a las protecciones contenidas en los tratados celebrados entre sujetos de derecho internacional, en base a las actuaciones estatales.
- La concepción internacional que se tiene del tratamiento justo y equitativo, al considerarse que el mismo debe de ser determinado en cada caso en concreto, resulta demasiado amplia. Si no se restringe esta garantía a supuestos específicos, tal y como se ha buscado hacer en el presente informe en base a lo desarrollado por la OCDE, podemos caer en la delicada situación en que los tribunales internacionales acaben revisando las decisiones de las cortes nacionales o que se revisen normas legales expedidas a través de procesos democráticos y legales, en justificación de supuestas vulneraciones de garantías internacionales.

- Una concepción más limitada del estándar de trato justo y equitativo, podría evitar que ha futuro, se lleven a cabo arbitrajes, como este, que en realidad buscan que se revise el fondo de la controversia, al no estar conformes con las decisiones adoptadas por los estados receptores de la inversión, siendo así limitaríamos que una garantía tan importante para los inversionistas tal y como es el trato justo y equitativo no sea usado de manera indiscriminada con la finalidad de obtener un resultado distinto que el obtenido bajo la justicia ordinaria de cada país, de esta manera eliminaríamos la carga innecesaria no solo para las cortes del CIADI, sino también se ahorrarían recursos estatales valiosos de los estados, los cuales pueden ser utilizados de mejor manera, de la misma manera los privados serian mucho más rigurosos, si es que planean acudir ante la corte del CIADI.

BIBLIOGRAFIA

- Alfredo, Bullard (2013) “¿Qué fue primero el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación. Revista Internacional de arbitraje Julio-diciembre. Pp. 67-69
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13100/13711>
- AMADO, Jose “La expropiación indirecta y la protección de las inversiones”. Themis, Revista de derecho. Tomo 50 pp. 63
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8747/9133>
- ARAMAYO BAELLA, Abelardo (2019) “Competencia desleal”. Escuela nacional de INDECOPI. Lima Perú pp. 15
https://www.escuela-indecopi.edu.pe/images/publicaciones/pdf/2019/Mdulo_instruccional_Compentencia_Desleal_PUBLICADO.pdf
- Bullard González, A. (1994). Los monopolios en la Constitución entre el mito y la verdad. *Derecho & Sociedad*, (8-9), 8-10. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14278>
- Cantuarias Salaverry, Fernando (2007) Arbitraje comercial y de las inversiones. UPC, Lima pp. 594
- Cantuarias Salaverry, F. (2005). Ejecución de Laudos Arbitrales Dictados en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (25), 209-214. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17044>
- Casallas, D. C. (2009). Desarrollo del estándar de “Trato justo y equitativo” de los tratados bilaterales de inversión durante la segunda mitad del siglo XX. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10554/44939>.
- Dañiño ZAPATA, Roberto (2007) “EL CIADI: 40 AÑOS DESPUÉS” Themis, Revista de derecho. Volumen 53, Lima, Perú pp. 146

https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_053.pdf

- de la Flor Puccinelli, N., & Quiroz Arellano, M. (2020). Importando paraguas: las cláusulas de nación más favorecida y cláusulas paraguas en el arbitraje de inversión. *THEMIS Revista De Derecho*, (77), 467-483. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.026>
- DOLZER, Rudolf y Margrete STEVENS. “Bilateral Investment Treaties”. Londres: M. Nihjoff Publishers. 1995. p. 17
- Laudo EDF c Rumania
<https://www.italaw.com/cases/375>
- Gómez Apac, Hugo (2003) “Concesión a una sola empresa para realizar inspecciones técnicas: ¿un monopolio legal? Revista de la competencia y propiedad intelectual. INDECOPI pp. 41
<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/108>
- Gómez Apac, Hugo (2010) NUEVOS DESAFÍOS PARA LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS DEL INDECOPI: LOS MONOPOLIOS LEGALES SUSTENTADOS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN. Revista de la competencia y la propiedad intelectual N°8. INDECOPI, Lima, Perú
<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/37>
- GONZALES DE COSSIO, Francisco; “El Arbitraje”, 3ra Edición, Editorial Porrúa, México, 2011, pp. 897
- Guzman-Barron, Cesar (2018) “Arbitraje nacional comercial e Internacional” Fondo Editorial PUCP. Colección lo esencial del derecho pp. 113
- Guzmán Ñapuri (2020). ¿Qué son las concesiones del estado? Blog de la Escuela de Postgrado, Universidad Continental
<https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/que-son-las-concesiones-del-estado>
- Caso Nesta
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Laudo Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/09/5
<https://jsumundi.com/en/document/decision/es-iberdrola-energia-s-a-v-the-republic-of-guatemala-laudo-final-monday-24th-august-2020>
- Ioana Knoll-Tudor, The Fair and Equitable Treatment Standard in The International Law of Foreign Investment, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 115
- Krawisz, D. (2011). El significado de la Competencia. *Revista De Derecho Administrativo*, (10), 267.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13664>
- Kresalja, Baldo (2017). El régimen económico de la constitución de 1993. Lima: Fondo editorial PUCP pp. 100
- Laudo arbitral enron vs República Argentina
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7910.pdf>
- Ledesma Narváez, Marielena (2014) “Jurisdicción y arbitraje” Fondo Editorial PUCP. Lima Perú. Pp134-138
- Maraví, M. (2013), «Sobre la creación de la CEB. Entrevista al Dr. Alfredo Bullard, uno de los creadores de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del

Indecopi (CEB)», en Eliminación de Barreras Burocráticas. Lima: Indecopi, pp. 55-57

https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5561/eliminacion_barreras_burocraticas.pdf?sequence=1

- Márquez Escobar, C. P., & Villegas Carrasquilla, L. (2009). REGULACIÓN E INVERSIÓN EXTRANJERA: LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES Y EL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO. *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 7(15). Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13855> Márquez-Escobar, Pablo (2009) “Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar del trato justo y equitativo”. Instituto de investigación de la universidad javeriana n° 15 pp 167
- MILLER, R. (1990). *Microeconomía*. México: McGraw-Hill Interamericana, S. A. de C. V.
https://www.ecotec.edu.ec/material/material_2017X1_ECO513_01_84479.pdf
- Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 pp. 456-480
- Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, Londres, Oxford University Press, 2007, p. 657.
- PRIETO, Gonzalo (2011) “El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones”. Corporación Editorial Nacional. Universidad Andina, Ecuador pp. 46-49-57
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3832/1/SM139-Prieto-El%20trato.pdf>
- R. C. Snyder, *The Most-Favored-Nation Clause: An Analysis with Particular Reference to Recent Treaty Practice and Tariffs*, Nueva York, King's Crown Press, Columbia University, 1948, pág. 10
- Roger Rubio Guerrero y Franz Kundmuller Caminiti: *El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones, un nuevo horizonte* (Lima Arbitration 2006)
https://issuu.com/limaarbitration/docs/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_guerrero
- *Laudo Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4
<https://www.italaw.com/cases/958>
- Salmon, Elizabeth (2014) “Curso de Derecho internacional Público”, Fondo Editorial PUCP. P. 183
- SILVA ROMERO, Eduardo (2014). “POR UN REGRESO AL SENTIDO ORDINARIO DE LA PALABRA «INVERSIÓN»” *REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE* N° 10 pp. 43-44
https://iea.ec/pdfs/2009/ART_EDUARDO_SILVA_ROMERO.pdf
- SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio, *INTRODUCCIÓN A LOS REQUISITOS RATIONAE MATERIAE Y RATIONAE PERSONAE DEL ARBITRAJE BAJO EL CONVENIO CIADI*, pág. 2, *Revista Peruana de Arbitraje peruano 2006*
<https://www.ipa.pe/ipa-publicaciones.php>

- Tapia, G. (2015). Ejecución de las sentencias judiciales [Monografía previa a la obtención del título de abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y licenciada en Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Cuenca]. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/23247/1/Tesis.pdf>
- Tovar, M. del C. (2019). Con o Sin Paraguas. *Forseti. Revista De Derecho*, 2(2), 129-144. <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v2i2.1206>
- Tribunal Arbitral ad hoc en el caso Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, contra Los Estados Unidos Mexicanos [Azinian v. México], CIADI, num. ARB[AF]/97/2
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0058.pdf>
- Vega, María del Carmen, Convenios Internacionales de Promoción y Protección de Inversiones, en: Guía legal de negocios, p. 12S y 126
- VILLEGAS CARRASQUILLA, LORENZO, “Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: un análisis de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo”, “Revista Internacional de Arbitraje N°12”, (2010), Colombia, pp. 57-104
- Zuleta, Eduardo (2012) “El concepto de Laudo arbitral” Editorial universidad del Rosario, Bogotá Colombia pp 33-35

