

**CASO KUNTUR WASI: SOCIEDAD AEROPORTUARIA
KUNTUR WASI SA Y CORPORACIÓN AMÉRICA SA
CON LA REPÚBLICA DEL PERÚ
(CASO CIADI ARB/18/27)**

**KUNTUR WASI CASE: AIRPORT SOCIETY KUNTUR WASI SA
AND CORPORACIÓN AMÉRICA SA V. THE REPUBLIC OF PERU
(ICSID CASE ARB / 18/27)**

Álvaro Santiago Rey de Castro Alarco
Vinces & Rey de Castro Abogados, Perú

Resumen

El presente artículo busca abordar desde una perspectiva preliminar el caso Kuntur Wasi, que actualmente viene siendo conocido por un tribunal arbitral en el ámbito del CIADI. Se enfoca en las probables perspectivas que pueda tomar el caso en cuestión bajo un análisis que se centra en el BIT Perú-Argentina y, por tanto, en las normas de derecho internacional público en él contenidas.

Palabras clave: derecho internacional público, inversiones, CIADI, tratado, BIT, trato justo y equitativo, trato nacional, cláusula nación más favorecida, protección contra la expropiación directa e indirecta.

Abstract

The present article examines in a preliminary perspective the *Kuntur Wasi* Case, which is actually been under an Arbitral Tribunal in ICSID. It is focused in the probable perspectives that the present case may take under an analysis that centres in the Peru-Argentina BIT and its Public International Law norms.

Keywords: Public international law, investments, ICSID, treaty, BIT, fair and equal treatment, national treatment, most favoured nation clause, protection against direct and indirect expropriation.

1. Introducción

El presente artículo busca abordar el caso referido a la construcción, operación y mantenimiento del aeropuerto de Chinchero, caso llevado al CIADI¹ por las empresas Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi SA y Corporación América SA, quedando registrada la solicitud de arbitraje el 27 de julio de 2018. El Tribunal Arbitral se constituyó en primera instancia el 28 de diciembre de 2018. Resulta pertinente señalar que, a la fecha, se encuentra pendiente de resolución. El 14 de marzo del presente año, el Estado Peruano, en el marco de la etapa postulatoria, presentó su contramemoria con relación a los méritos (fondo) del caso y su memoria respecto a la jurisdicción. Esto último supone que el Estado peruano estaría cuestionando la competencia del Tribunal Arbitral para conocer el caso. Así mismo, se debe señalar que con anterioridad, entre enero y marzo del año pasado, el tribunal aceptó la dimisión del árbitro Gaëtan Verhoosel (de nacionalidad belga) —que había sido designado por la parte demandante—, reemplazado por el árbitro Enrique Barros Bourie (de nacionalidad chilena)².

-
- 1 Como es de conocimiento, el CIADI se establece mediante el Convenio de Washington, el cual entra en vigor en el plano internacional el 14 de octubre de 1966. A la fecha, dicho tratado tiene 154 Estados parte; el Perú es parte desde el 8 de septiembre de 1993. La función del CIADI, como se sabe, es facilitar la conciliación y el arbitraje de controversias referidas a inversiones entre los Estados parte e inversionistas nacionales de otros Estados parte. A la fecha, existen 781 casos registrados en el CIADI. No se debe dejar de mencionar que su crecimiento ha sido exponencial. En los años setenta solo se registraron nueve casos; en los ochenta, quince. Entre 1995 y 2007 se contaron 196 casos. Cabe poner en relieve que el Estado peruano ha afrontado, entre procesos ya concluidos y en curso, 28 procedimientos arbitrales en el marco del Convenio de Washington. Dichos procesos se refieren a diversas concesiones y actividades bajo la supervisión del Estado peruano. Entre ellas se pueden destacar las siguientes:
- (i) Cinco procedimientos arbitrales referidos a concesiones eléctricas: Duke Energy International Peru Investments n.º 1 Ltd., Aguaytía Energy, LLC, Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía SAC (2 procesos), e Isolux Corsán Concesiones SA. Estos tres últimos procedimientos están vinculados, y se llegó a un acuerdo sobre el particular.
 - (ii) Tres procedimientos arbitrales que se refieren a concesiones mineras: Compagnie Minière Internationale Or SA, The Renco Group, Inc. y Bear Creek Mining Corporation.
 - (iii) Un procedimiento arbitral sobre una concesión de hidrocarburos: Pluspetrol Perú Corporation.
 - (iv) Un procedimiento arbitral referido a una concesión portuaria: DP World Callao S. R. L., P & O Dover (Holding) Limited, and The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company.
 - (v) Un procedimiento arbitral referido a una concesión vial: Convial Callao SA and CCI (Compañía de Concesiones de Infraestructura SA).
- 2 CIADI, Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi SA and Corporación América SA v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/18/27), World Bank Group, <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/18/27> (consultada el 14 de mayo de 2020).

En tal sentido, se debe advertir al lector que el caso se halla en una etapa preliminar (postulatoria); sin embargo, se presenta en el marco de lo dispuesto por el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y su Protocolo, en vigor desde el 24 de octubre de 1996 (en adelante, «BIT Perú-Argentina») y en el Contrato de Concesión celebrado el 4 de julio de 2014³. En ello radican el interés y este análisis previo que se desea efectuar.

Estamos, pues, frente a una controversia planteada en el marco de un tratado internacional y, por tanto, en el ámbito del derecho internacional público⁴. Desde esta perspectiva debe el Tribunal Arbitral analizar la controversia planteada, sin dejar de tomar en consideración los aspectos eminentemente contractuales que le atañen.

Como se mencionó al inicio, la controversia se refiere al Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional de Chinchero, Cusco. Este incluye el diseño, la construcción, la operación y el mantenimiento del precitado aeropuerto, sobre el cual, como es de público conocimiento, existen públicas desavenencias entre el concesionario —Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi SA— y el concedente —la República del Perú, que actúa a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC)—, las cuales llevaron al Estado peruano a resolverlo.

Con respecto a que el concedente esté representado por el MTC, cabe indicar que el principio de unicidad del Estado señala que, a efectos de determinar la responsabilidad internacional de un Estado, no se toma en consideración su estructura interna u organización política. Es decir, un acto del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, un organismo constitucionalmente

3 ProInversión, Contrato de Concesión del nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco. https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/PC_AEROPUERTO_CHINCHERO/CONTRATO_AEROPUERTO_CHINCHERO_CUSCO.pdf (consultada el 14 de mayo de 2020).

4 Del literal a del numeral 1) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se desprende con meridiana claridad la calidad de Fuente del derecho internacional público que tienen los Tratados,

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

autónomo, un Gobierno regional o un Gobierno local pueden hacer que el Estado Peruano —en calidad de sujeto de derecho internacional público— sea hallado responsable. Ello dependerá del análisis que el Tribunal Arbitral pueda efectuar de la responsabilidad internacional del Estado peruano.

En el presente caso, según diversas notas periodísticas^{5 6}, lo que gatilló la solicitud de arbitraje en cuestión y el inicio del correspondiente procedimiento arbitral fue la resolución del contrato de concesión por parte del Estado peruano, que invocó la causal de interés nacional. En tal plano de ideas, se debe señalar que, en efecto, el numeral 15.5.1 de la cláusula decimoquinta —caducidad de la concesión— del contrato establece que el concedente puede resolverlo por razones de interés público debidamente fundadas, con un preaviso de seis meses, pagando, además, un monto equivalente al de la garantía de fiel cumplimiento y devolviendo las garantías otorgadas. En principio, pues, estaríamos frente a una controversia de carácter eminentemente contractual.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, si bien a primera vista el presente caso se esboza desde una perspectiva eminentemente contractual, este ha sido planteado sobre la base en un tratado y, por tanto, en una fuente de derecho internacional público. En tal orden de ideas, corresponde analizar la controversia en cuestión en el marco del BIT Perú-Argentina.

Como se sabe, un BIT normalmente establece los acuerdos entre las partes en las siguientes tres áreas: (i) definición de inversión, (ii) nivel de trato y (iii) mecanismo de solución de controversias. Es en el marco de dichas áreas que corresponde analizar la controversia planteada.

2. Definición de *inversión*

Como se ha señalado, un BIT normalmente contiene una definición de lo que se entiende por *inversión* en el marco del convenio. El BIT Perú-Argentina no es la excepción. En esa línea, su artículo 1 establece lo siguiente:

5 «Chincheró: Kuntur Wasi inicia arbitraje ante el CIADI contra el Estado peruano por aeropuerto», *Gestión*, <https://gestion.pe/economia/empresas/chincheró-kuntur-wasi-inicia-arbitraje-ciadi-peruano-aeropuerto-236730> (consultada el 8 de marzo de 2019).

6 «Kuntur Wasi iniciará arbitraje internacional contra Perú», *Perú 21*, <https://peru21.pe/politica/kuntur-wasi-iniciara-arbitraje-internacional-peru-395009> (consultada el 8 de marzo de 2019).

Art.- 1: Definiciones

A los fines del presente Convenio:

(1) El término “inversión” designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con este Convenio. Incluye en particular, aunque no exclusivamente:

- a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda;
- b) Acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades o “joint ventures”;
- c) Títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica;
- d) Derechos de propiedad intelectual incluyendo, en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, conocimientos, procedimientos tecnológicos y derechos de llave;
- e) Concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

En tal línea de ideas, se debe señalar que la concesión otorgada mediante contrato suscrito con fecha 4 de julio de 2014 calificaría como una inversión bajo el marco del BIT Perú-Argentina, particularmente en los términos del literal e) del numeral 1) del artículo 1 de dicho tratado. El mencionado literal se refiere a las concesiones económicas conferidas mediante contrato. En el presente caso, se está otorgando una concesión para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de una obra pública, como lo sería el aeropuerto de Chinchero en el Cusco. En tal sentido, los integrantes del Consorcio Kuntur Wasi también calificarían como inversionistas según el BIT.

Un aspecto que no se debe dejar de soslayar es que la referida inversión, para que califique como tal, se debe realizar de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano y bajo los términos del instrumento internacional en cuestión.

Una primera línea de defensa del Estado peruano en este caso podría ser rebatir la competencia del Tribunal Arbitral, planteando, entre otros argumentos, que la inversión no se habría realizado de conformidad con el marco legal peruano y, por tanto, no calificaría como tal en función del BIT (ese podría ser uno de los puntos planteados en la Memoria de Jurisdicción presentada por

el Estado peruano el pasado 14 de marzo, a la cual no se ha tenido acceso). En tal sentido, se debe destacar que el numeral 1) del artículo 25⁷ del Convenio de Washington establece que la jurisdicción del CIADI se extiende, *inter alia*, a las diferencias que surjan de una inversión. El Convenio de Washington no define, adrede, lo que es una inversión, por lo que se debe acudir a la definición que establece el BIT. Como el BIT descalifica como inversión aquella que no haya sido realizada conforme al ordenamiento jurídico peruano, de ser el caso y de poderse acreditar tal incumplimiento, el Estado peruano tendría una primera línea de defensa válida para cuestionar la jurisdicción del CIADI.

Por tanto, si el Estado peruano siguiera la mencionada línea de defensa y logrará acreditar que la concesión no cumplió con nuestro ordenamiento jurídico, esta dejaría de calificar como una inversión, y el procedimiento arbitral podría concluir en la etapa jurisdiccional. Si el Tribunal Arbitral, por supuesto, declara, sobre la base de un argumento de ese tipo, que no es competente sobre la base del artículo 25 del Convenio de Washington.

3. Nivel de trato

El nivel de tratamiento a las inversiones del BIT abarca lo siguiente: trato justo y equitativo, trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, y protección contra la expropiación directa e indirecta.

Art. 2: Promoción y protección de inversiones

(1) Cada Parte Contratante promoverá en su territorio las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones.

(2) Las inversiones realizadas por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esta última gozarán de la plena protección de ese Convenio.

(3) Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, y no per-

7 Art.- 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

judicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias.

Art. 3: Tratamiento nacional y cláusula de la Nación más favorecida

(1) Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados, considerando el que sea más favorable para las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante.

(2) Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo (1), el tratamiento de la nación más favorecida no se aplicará a los privilegios que cada Parte Contratante acuerda a inversores de un tercer Estado como consecuencia de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o acuerdo regional similar.

(3) Las disposiciones del párrafo (1) de este artículo no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversores de la otra Parte Contratante los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional relativo total o parcialmente a cuestiones impositivas.

Art.- 4: Expropiaciones

(1) Las inversiones de inversores de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante.

(2) Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de seguridad nacional o utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.

(3) El monto de dicha compensación corresponderá al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de la expropiación o antes de que la expropiación inminente se hiciera pública, comprenderá intereses desde la fecha de la expropiación a una tasa comercial normal, será pagada sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible.

(4) La expropiación o medida equivalente, el monto de la indemnización, así como cualquier otra cuestión relacionada, podrán ser revisadas en un procedimiento judicial ordinario de acuerdo a las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante donde se adoptó la medida.

Ya en el marco del fondo o los méritos de la controversia, si es que se supera el cuestionamiento a la jurisdicción del Centro formulado por el Estado peruano, toca a los demandantes acreditar que el Perú no habría cumplido con los estándares del BIT Perú-Argentina en cuanto al trato y que, por tanto, habría vulnerado normas de derecho internacional público.

En tal sentido, el primer nivel de tratamiento establecido en el BIT es el trato justo y equitativo⁸, que va de la mano con el derecho consuetudinario —la costumbre internacional—.

La costumbre internacional es fuente de derecho internacional público y debe ser probada por la parte que la utiliza como argumento. El BIT, en este punto, señala un estándar absoluto para las inversiones y sumamente amplio al plantear un reenvío al espectro del derecho consuetudinario, el cual, como fuente del derecho internacional público establece un abanico de normas referidas a la inversión y a su tratamiento. Lo complicado para la parte demandante es que se debe acreditar —con prueba más que suficiente— la existencia de la norma o normas consuetudinarias planteadas. En el presente caso, la demanda aún no ha sido presentada, por lo que no se tiene conocimiento de si se recurrirá a este argumento. Sin perjuicio de ello, se debe dejar constancia de que este estándar absoluto plantea muchas posibilidades para el inversionista.

Un segundo nivel de trato es el nacional, que, en esta ocasión, establece un estándar relativo en el marco del derecho internacional público de las inversiones. Básicamente, el efecto del trato nacional es poner al inversionista foráneo al mismo nivel que a los nacionales en términos del ordenamiento jurídico nacional, el peruano en este caso.

En ese orden de ideas, en virtud del BIT, el Perú debe otorgar a los inversionistas argentinos un tratamiento que no sea menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas peruanos⁹ en lo

8 El trato justo y equitativo establece un estándar absoluto en el marco del derecho internacional público de las inversiones. Se debe indicar que esta formulación contempla la obligación del Estado receptor de tratar a las inversiones cubiertas por los BIT refiriendo este trato a la costumbre internacional. El inversionista debe probar el contenido y alcance de las normas de derecho consuetudinario cuya violación alega bajo este estándar, y corresponderá al tribunal arbitral apreciar si las evidencias que se le presenten son suficientes para considerar que la costumbre existe.

9 El trato que se otorgue al inversionista nacional o a su inversión —y que debe asegurarse al inversionista extranjero— puede derivarse de una norma o de la práctica adoptada por el Estado peruano.

referente al establecimiento, administración, conducción, y operación de las inversiones en su territorio.

En el presente caso, la Memoria con relación a los méritos fue presentada por los inversionistas el 7 de septiembre de 2019 (no se ha tenido acceso a esta). De lo que se conoce al respecto no existe certeza de si una vulneración a este nivel de trato por parte del Estado peruano habría sido planteada. Sin perjuicio de lo cual, se debe señalar que es frecuente ese tipo de planteamiento en términos de un tratamiento discriminatorio.

Un tercer nivel de tratamiento lo provee la cláusula de la nación más favorecida. Otra vez —como en el caso del trato nacional— estamos hablando de un estándar relativo del derecho internacional público de las inversiones. Y ello se plantea en función del trato que el Perú debería otorgar de manera efectiva a los inversionistas de terceros Estados que no son parte del BIT Perú-Argentina, pero que desarrollan sus inversiones en territorio peruano en el marco de otros tratados.

El objeto de la cláusula de la nación más favorecida es asegurar al inversionista la igualdad en el plano de la competencia, al igualar el tratamiento que el Estado receptor otorga a todas las inversiones (nacionales y extranjeras) en su territorio. Es muy conveniente para los Estados, puesto que se logra para sus inversionistas e inversiones el mejor trato que el Estado receptor les haya podido otorgar. En tal sentido, los Estados se comprometen a conceder a los inversionistas un trato no menos favorable que el que brinda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otro Estado que no sea parte en lo referente al establecimiento, administración, conducción, y operación de inversiones en su territorio.

Así, la cláusula de la nación más favorecida establece y le otorga a la parte demandante un espectro amplísimo para formular los términos de la controversia. Esta se plantea en función del *Treaty Shopping* que se concibe en relación con ese nivel de trato y que le otorga al inversionista una suerte de efecto espejo sobre otros tratados referidos a inversiones celebrados por el Perú —básicamente los BIT y los capítulos de inversión en los acuerdos comerciales— y que contemplen un nivel de tratamiento más favorable que el BIT Perú-Argentina.

Finalmente, en relación con los niveles de trato, debemos referirnos a la protección contra la expropiación directa e indirecta. En tal orden de ideas, se debe indicar que, mediante el BIT, el Perú se compromete a no tomar este tipo de medidas contra inversionistas argentinos a menos que existan razones de

seguridad nacional o utilidad pública —sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal— y se pague una compensación pronta, adecuada y efectiva.

El monto de la compensación debe corresponder al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de la expropiación o antes de que esta se haga pública, y debe comprender intereses desde la fecha de la expropiación a una tasa comercial normal; deberá, asimismo, pagarse sin demora y ser efectivamente realizable y libremente transferible. La expropiación o medida equivalente, el monto de la indemnización, así como cualquier otra cuestión relacionada, podrán ser revisadas en un procedimiento judicial ordinario de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano.

Hablar de una expropiación directa supone la confiscación efectiva de la propiedad del inversionista, materializada en su transferencia desde el patrimonio del inversionista hacia el Estado, en este caso el Perú. Usualmente, estas medidas de expropiación se emiten a través de normas que expresamente disponen que la finalidad es expropiar una determinada propiedad extranjera. Este supuesto, claramente, no se presenta en el caso en cuestión, ello, sin perjuicio de los términos en los que podría plantearse la demanda.

La expropiación indirecta supone otro tipo de medidas: las que ocasionan a los inversionistas extranjeros la pérdida de los derechos inherentes a la calidad de propietario, atributos del derecho real de propiedad; es decir, varían de contenido la inversión, en el sentido de que, aun cuando no implican la transferencia formal del título de propiedad, tienen un efecto equivalente, toda vez que interfieren en, o socavan, el ejercicio de los atributos propios de este derecho. En dos casos contra el Perú¹⁰, se laudó en contra del Estado peruano, en el sentido de que existió una expropiación indirecta. Así, la parte demandante podría argüir que las medidas de carácter contractual del Estado peruano equivalen a una expropiación.

10 Casos CIADI: (i) Tza Yap Shum c. República del Perú (Caso CIADI n.º ARB/07/6); y (ii) Bear Creek Mining Corporation v. República del Perú (Caso CIADI n.º ARB/14/21).

4. Mecanismo de solución de controversias

En el ámbito eminentemente procedimental, el artículo 10 del BIT establece el mecanismo de solución de controversias.

Art. 10: Solución de controversias entre un inversor y la Parte Contratante receptora de la Inversión.

(1) Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.

(2) Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor:

— A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o,

— Al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo (3).

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante involucrada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.

(3) En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor:

— Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Convenio haya adherido a aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje, conforme con el reglamento del Mecanismo complementario del CIADI para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación;

— A un tribunal de arbitraje “ad hoc” establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

(4) El tribunal arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Convenio, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, así como también a los principios del derecho internacional en la materia.

(5) Los laudos arbitrales serán definitivos y obligatorios para las Partes en la controversia. Cada Parte Contratante los ejecutará de conformidad con su legislación.

El mecanismo de solución de controversias previsto en el BIT en cuestión prevé, como normalmente ocurre, una cláusula escalonada. Es decir, una en la que se fija un periodo para una solución amistosa (*cooling off period*) por un lapso de seis meses, y posteriormente se establece la alternativa de ir al Poder Judicial (peruano en este caso) o al arbitraje internacional. A esta alternativa se le conoce en la jerga del arbitraje internacional como *fork in the road*; de ello se deriva que, si se opta por un camino, ya no se puede elegir el otro. Dentro del arbitraje internacional, a su vez, se plantean dos opciones: el arbitraje CIADI —opción utilizada por los inversionistas argentinos— o el arbitraje *ad hoc*, bajo el reglamento de la UNCITRAL.

Por su parte, la cláusula decimosexta del contrato de concesión plantea su propio mecanismo de solución de controversias (en el portal institucional del CIADI se alude a ambos instrumentos como los invocados). En primer término, se establece que las partes expresamente renuncian a las reclamaciones diplomáticas. Estas, como se sabe, son un canal político internacional —no jurídico— a través del cual el inversionista acude al Estado del que es nacional para que este represente sus intereses ante el Estado receptor de la inversión. Dicha protección supone el cumplimiento de dos presupuestos: (i) que el inversionista efectivamente sea nacional del Estado que va a plantear la reclamación y (ii) que se hayan agotado las vías legales correspondientes en el Estado receptor de la inversión.

Como es de conocimiento, con el Convenio de Washington y la posibilidad del arbitraje inversionista-Estado, la reclamación o protección diplomática entra en desfase. Ello, debido a que se abre la posibilidad de que el inversionista —normalmente una persona jurídica de derecho privado— pueda plantear directamente la controversia frente a un Estado, sujeto de derecho internacional público. En tal sentido, y en los términos de la controversia, se pone en igualdad de planos al inversionista y al Estado. Por ello, el contrato de concesión descarta expresamente la reclamación diplomática, la cual, hoy por hoy, en materia de inversión no tiene mayor sentido.

La precitada cláusula también establece un *cooling off period* de seis meses antes de acudir al arbitraje internacional; en caso de que se opte por el arbitraje nacional, será de quince días. Una vez agotado dicho periodo sin que las partes hayan llegado a una solución amistosa, el contrato establece los siguientes mecanismos o modalidades arbitrales:

- a) Arbitraje de conciencia para asuntos de carácter técnico.

- b) Arbitraje de derecho para las controversias no técnicas en el CIADI, cuando la controversia se plantee por un monto superior a los 30 millones de dólares de los Estados Unidos de América. Si el Tribunal Arbitral en el ámbito del CIADI declina ver el caso, la controversia se puede conocer en un arbitraje *ad hoc* bajo reglamento UNCITRAL.
- c) Arbitraje de derecho bajo los reglamentos del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, para las controversias no técnicas, cuando el monto en disputa sea igual o inferior a los 30 millones de dólares de los Estados Unidos de América o para aquellas controversias de puro derecho cuyo monto no sea cuantificable en dinero.

Dada la naturaleza de la controversia y su impacto económico, ya sea bajo el BIT o el contrato de concesión, el mecanismo adecuado para su resolución es el arbitraje del CIADI.

5. Conclusiones

- La controversia a la que se refiere el caso Kuntur Wasi, si bien en primer término es producto de una desavenencia que surge en función de la resolución de un contrato y, por tanto, podría ser catalogada como de carácter contractual, debe ser vista a la luz de las normas de derecho internacional público contenidas en el BIT Perú-Argentina.
- Con base en dichas normas, la controversia se refiere a una inversión. Ello sin perjuicio de que el Estado peruano pueda argüir que la concesión no cumplió con el ordenamiento jurídico de nuestro país; en tal sentido, se la descalificaría como tal.
- Asimismo, y a pesar de que la controversia se estaría planteando en función de una desavenencia contractual, en mérito de las normas de derecho internacional público contenidas en el BIT, el Estado peruano debió respetar los siguientes niveles de tratamiento para la inversión: (i) trato justo y equitativo, (ii) trato nacional, (iii) cláusula nación más favorecida, y (iv) protección contra la expropiación indirecta.
- En tal sentido, aun cuando la controversia verse sobre la resolución del contrato de concesión, los inversionistas podrían plantear que dicha resolución vulneraría lo acordado en el BIT Perú-Argentina, con base en los niveles de tratamiento ahí señalados.

- Tanto, en mérito al BIT como al contrato de concesión, está expedita la vía del arbitraje inversionista-Estado en el CIADI.

REFERENCIAS

- «Chincheró: Kuntur Wasi inicia arbitraje ante el Ciadi contra el Estado peruano por aeropuerto». *Gestión*. <https://gestion.pe/economia/empresas/chincherokuntur-wasi-inicia-arbitraje-ciadi-peruano-aeropuerto-236730> (consultada el 8 de marzo de 2019).
- CIADI. Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi SA and Corporación América SA v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/18/27). *World Bank Group*. <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/18/27> (consultada el 9 de marzo de 2019).
- «Kuntur Wasi iniciará arbitraje internacional contra Perú». *Perú 21*. <https://peru21.pe/politica/kuntur-wasi-iniciara-arbitraje-internacional-peru-395009> (consultada el 8 de marzo de 2019).
- ProInversión. Contrato de Concesión del nuevo Aeropuerto Internacional de Chincheró-Cusco. https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/PC_AEROPUERTO_CHINCHERO/CONTRATO_AEROPUERTO_CHINCHERO_CUSCO.pdf (consultada el 8 de marzo de 2019).

Sobre el autor

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Derecho por The London School of Economics and Political Science, con especialidad en Derecho Internacional y Arbitraje. Árbitro del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM Perú), del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP), y del Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad Continental.