

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

WASHINGTON, D.C.

Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A.

(Demandantes)

c.

República del Perú

(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/10/2

LAUDO FINAL

Miembros del Tribunal:

Prof. Brigitte Stern, Árbitro
Dr. Eduardo Zuleta, Árbitro
Sr. Yves Derains, Presidente del Tribunal

Secretaria del Tribunal
Sra. Natalí Sequeira

Representando a las Demandantes

Sr. Eduardo Silva Romero
Sr. José Manuel García Represa
Sra. Ana Carolina Simões e Silva
Dechert (Paris) LLP
32 Rue de Monceau
París, 75008
Francia

Sr. Juan Felipe Merizalde
Dechert LLP
1900 K Street
Washington, D.C., 20006
Estados Unidos de América

Representando a la Demandada

Sr. Jonathan C. Hamilton
White & Case LLP
Washington, DC

Sr. Rafael Llano Oddone
White & Case LLP
México, D.F.

Sr. Eduardo Ferrero Costas
Sra. María del Carmen Tovar Gil
Estudio Echeopar
Lima, Perú

Fecha de envío a las partes: 21 de mayo de 2013

TABLA DE CONTENIDO

PRINCIPALES SIGLAS Y ABREVIACIONES.....	3
I. PROCEDIMIENTO.....	5
II. POSICIÓN DE LAS PARTES.....	17
A. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES.....	17
1. Los hechos según las Demandantes.....	17
2. El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción.....	27
3. Las violaciones del Tratado y del derecho internacional.....	38
4. La posición de las Demandantes sobre la compensación	66
B. POSICIÓN DE LA DEMANDADA	74
1. Los hechos según la Demandada.....	74
2. El Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción y las demandas no son admisibles.....	88
3. El Perú no violó ni el Tratado ni el derecho internacional.....	92
4. La posición del Perú sobre la compensación	103
III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LA JURISDICCIÓN	113
A. JURISDICCIÓN “<i>RATIONE MATERIAE</i>”	114
1. La excepción de jurisdicción basada en la inexistencia o la nulidad de la inversión.....	115
2. La excepción de jurisdicción basada en la índole contractual de los reclamos	131
B. JURISDICCIÓN “<i>RATIONE PERSONAE</i>”	135
C. JURISDICCIÓN “<i>RATIONE TEMPORIS</i>”	139
D. JURISDICCIÓN “<i>RATIONE VOLUNTATIS</i>”	140
IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LAS VIOLACIONES ALEGADAS.....	141
A. EXPROPIACIÓN.....	141
1. Expropiación bajo el derecho internacional y, concretamente, bajo el Tratado	141
2. La expropiación alegada	145
B. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO (“TJE”)	163
1. Trato justo y equitativo bajo el Tratado y el derecho internacional.....	163
2. El alegado trato injusto y no equitativo	166
C. MEDIDAS INJUSTIFICADAS O DISCRIMINATORIAS	179
D. PLENA PROTECCIÓN Y SEGURIDAD.....	184
E. TRATO MENOS FAVORABLE (“TMF”).....	189
V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LAS COSTAS DE ARBITRAJE....	191
VI. DECISIÓN FINAL.....	194

PRINCIPALES SIGLAS Y ABREVIACIONES

c.	Contra
CCI:	Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A.
CIADI:	Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones
CIJ:	Corte Internacional de Justicia
Contrato Preparatorio:	Contrato suscrito entre las partes el 30 de marzo de 2000 previo a la celebración del contrato definitivo
CPJI:	Corte Permanente de Justicia Internacional
Cuarta Adenda:	Cuarta adenda al Contrato de fecha 10 de enero de 2005
El Contrato:	Contrato de Concesión de fecha 9 de febrero de 2001
El Concurso:	Concurso Internacional de Proyectos Integrales para la ejecución de la Vía Expresa del Callao
El Proyecto:	Diseño, construcción, administración, explotación y mantenimiento de la Vía Expresa del Callao
FFD:	Flujo de fondos descontados
hr.:	Hora
Informe Final de la CC:	Informe de la Comisión del Congreso de fecha 11 de marzo de 2008
Informe Final de la CE:	Informe de la Comisión de Evaluación de fecha 10 de octubre de 2007
Informe Preliminar:	Informe de la Comisión del Congreso de fecha 19 de julio de 2007
LAP:	Lima Airport Partners SRL
La Propuesta:	Propuesta presentada el 10 de febrero de 2000 por el Consorcio CCI-Concesiones Perú, compuesto por dos empresas, CCI Construcciones S.A. y CCI-Concesiones
Ministerio:	Ministerio Público
MPC:	Municipalidad Provincial del Callao
MPL:	Municipalidad
NMF:	Nación Más Favorecida

No.:	Número
p.:	Página
PNP:	Policía Nacional del Perú
pp.:	Páginas
Primera Aclaración:	Primera aclaración a la Primera adenda al Contrato de fecha 20 de febrero de 2002
Primera Adenda:	Primera adenda al Contrato de fecha 15 febrero de 2002
Prof.:	Profesor(a)
Quinta Adenda:	Quinta adenda al Contrato de fecha 3 de marzo de 2006
Reglamento de 1997:	Reglamento que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales para la Provincia Constitucional del Callao
Segunda Aclaración:	Segunda aclaración a la Primera adenda al Contrato de fecha 7 de agosto de 2003
Segunda Adenda:	Segunda adenda al Contrato de fecha 22 de mayo de 2002
Sig.:	Siguiente
Sr.:	Señor
SUNAT:	Superintendencia Nacional de Administración Tributaria
Superintendencia:	Superintendencia de Bancas y Seguros
Tercera Adenda:	Tercera adenda al Contrato de fecha 21 de mayo de 2004
TMF:	Trato Menos Favorable
TJE:	Tratamiento Justo y Equitativo
Tramo A:	Desde el Aeropuerto hasta el río Rímac
Tramo B:	Desde el río Rímac hasta antes del cruce con la Avenida Venezuela
Tratado	Convenio entre el Gobierno del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 10 de noviembre de 1994
TUO:	Texto único ordenado
¶:	Parágrafo
¶¶:	Parágrafos

I. PROCEDIMIENTO

1. El 2 de febrero de 2010, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) registró una Solicitud de Arbitraje, junto con una Solicitud de Medidas Provisionales, de Conviaal Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. (las “Demandantes” o “Conviaal”) contra la República del Perú (la “Demandada” o el “Perú”) bajo el Convenio entre el Gobierno del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 10 de noviembre de 1994 (el “Tratado”).
2. En la Solicitud de Arbitraje, Conviaal indicaba que: i) había “*suscri[to]... un contrato de concesión para el diseño, construcción, administración, explotación y mantenimiento... de la Vía Expresa del Callao... con la Municipalidad Provincial del Callao..., subdivisión política del Perú*”;¹ ii) dicha concesión constituía una inversión de conformidad con el Tratado; iii) a la cual “*no [se le había] otorg[ado] plena protección*”,² ni “*un tratamiento justo y equitativo*”,³ iv) misma que había “*s[ido] confiscada por la Demandada*”,⁴ por cuenta de la “*deci[sión], [tomada] por oportunismo político y de manera ilegal, [de] declarar la caducidad del Contrato de Concesión y tomar posesión de la Vía Expresa invocando el supuesto interés general*”.⁵
3. Por medio de una carta de las Demandantes del 12 de abril de 2010 y una carta de la Demandada del 14 de abril del 2010, las Partes informaron al Centro que habían alcanzado un acuerdo respecto al número de árbitros y al método de constitución del Tribunal. En este sentido, las Partes acordaron que cada una nombraría a un co-árbitro y que el Presidente sería nombrado de común acuerdo. Asimismo, las Demandantes confirmaron el nombramiento como co-árbitro del Dr. Eduardo Zuleta

¹ Escrito de Solicitud, ¶ 3.

² Escrito de Solicitud, ¶¶ 62-64.

³ Escrito de Solicitud, ¶¶ 65-75.

⁴ Escrito de Solicitud, ¶ 2.

⁵ Escrito de Solicitud, ¶ 6.

Jaramillo, de nacionalidad colombiana, quien fuera previamente propuesto por las Demandantes en la Solicitud de Arbitraje. De conformidad con el acuerdo de las Partes, el 21 de mayo de 2010, el Perú designó a la Prof. Brigitte Stern, de nacionalidad francesa, como co-árbitro.

4. El 12 de julio de 2010, las Partes informaron al CIADI de la designación conjunta del Sr. Yves Derains como Presidente del Tribunal y de su disponibilidad para llevar a cabo la primera sesión con el Tribunal durante los días del 13, 14 o 20 de septiembre de 2010.
5. De conformidad con el Artículo 37(2)(a) del Convenio del CIADI y la Regla 6 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (las “Reglas de Arbitraje”), el CIADI informó a las Partes de la aceptación del nombramiento de los tres árbitros. En esa misma fecha, el CIADI transmitió el expediente al Tribunal y designó a la Sra. Natalí Sequeira como Secretaria del Tribunal.
6. El 14 de septiembre de 2010 se celebró, mediante conferencia telefónica, la primera sesión del Tribunal Arbitral con las Partes. Durante la misma se estableció el Calendario Procesal descrito abajo para que las Partes presentaran sus posiciones sobre el fondo del litigio, así como sus posiciones sobre la Solicitud de Medidas Provisionales:⁶

<i>“Memorial de las Demandantes</i>	<i>18 de febrero de 2011</i>
<i>Contra-Memorial de la Demandada</i>	<i>22 de julio de 2011</i>
<i>Réplica de las Demandantes</i>	<i>28 de octubre de 2011</i>
<i>Dúplica de la Demandada</i>	<i>10 de febrero de 2012”</i>

7. El 22 de octubre de 2010, Conviaal presentó su Escrito de Solicitud de Medidas Provisionales. El 2 de diciembre de 2010, el Perú presentó su Escrito de Contestación a la Solicitud de Medidas Provisionales.
8. La Solicitud de Medidas Provisionales se refería a ciertos procedimientos penales en el Perú que involucraban a los ingenieros Roberto Lowry Gazzini (“Lowry”), Gerente General de Conviaal desde marzo del 2000 hasta el 2001, y Mario Ernesto

⁶ Acta Resumida de la Primera Sesión del Tribunal Arbitral del 14 de septiembre de 2010, véase *Sección II. Otros Asuntos*, p. 8.

Ángel Guasco (“Guasco”), quien sucedió al Sr. Lowry hasta el 2008. Lowry y Guasco pretendían ser presentados como testigos por las Demandantes.

9. El 21 de diciembre de 2010, se celebró una audiencia por video-conferencia en la cual las Partes presentaron sus alegatos verbales sobre la Solicitud de Medidas Provisionales (la “Audiencia de Medidas Provisionales”). Durante la misma, se examinó a la Dra. Delia Revoredo, ex-magistrada del Tribunal Constitucional del Perú, en su calidad de Perito Legal de la Demandada. Al final de la Audiencia de Medidas Provisionales, las Partes renunciaron a presentar escritos de conclusión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales.
10. El 14 de enero de 2011, las Demandantes solicitaron el amparo urgente del Tribunal Arbitral, alegando que el Segundo Juzgado Penal Especial había ordenado la comparecencia bajo apremio de los señores Lowry y Guasco.
11. El 15 de enero de 2011, la Demandada sometió sus comentarios respecto de la solicitud de las Demandantes del 14 de enero de 2011, indicando, *inter alia*, que la citación no era más que la continuación normal del proceso penal iniciado años antes de la Solicitud de Medidas Provisionales.
12. El 17 de enero de 2011, en vista de las comunicaciones de las Partes, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 1 en la cual ordenó lo siguiente:

*“Mientras esté pendiente la Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales presentada por las Demandantes, se ordena a la República de Perú suspender, con respecto a los señores Lowry y Guasco, los efectos de la Notificación Judicial de 10 de diciembre de 2010, notificada el 12 de enero de 2011, que los cita a comparecer ante el Segundo Juzgado Penal Especial. Le ordena, igualmente, abstenerse de, y suspender y discontinuar, cualquier medida que pueda afectar el status quo entre las Partes a la fecha de la audiencia del 21 de diciembre de 2010 o cualquier otra medida que pueda afectar la emisión o implementación de su eventual decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales presentadas por las Demandantes”.*⁷

13. El 20 de enero de 2011, el Perú informó que la Comisión Especial encargada de su defensa ante el CIADI había transmitido la Orden Procesal No. 1 al Segundo

⁷ Orden Procesal No. 1, 17 de enero de 2011, ¶ 13.

Juzgado Penal Especial de Lima, aclarando que dicha Comisión no estaba involucrada con el proceso penal en curso.

14. Por medio de una carta del 2 de febrero de 2011, las Demandantes se dirigieron al Tribunal alegando que el Perú había incumplido la Orden Procesal No. 1 ya que el día anterior, los abogados de los señores Lowry y Guasco habían sido notificados de la decisión del Segundo Juzgado Penal de reprogramar su declaración instructiva para el día 4 de febrero de 2011.
15. Por medio de una carta del 2 de febrero de 2011, el Tribunal Arbitral confirmó lo dispuesto por la Orden Procesal No. 1, precisando que ésta se extendía no sólo a la notificación del Juzgado Penal Especial del 1 de febrero de 2011, sino a cualquier actuación posterior con iguales o similares efectos.
16. El 3 de febrero de 2011, en respuesta a la carta del Tribunal y a la comunicación de las Demandantes del 2 de febrero de 2011, la Demandada afirmó que el Perú cumplió con la Orden cuando la Comisión Especial envió una copia de la misma al Segundo Juzgado Penal Especial. La Demandada sometió el anexo PL-27, la decisión *Caratube c. Kazajstán*,⁸ para argumentar que el estándar para que un tribunal decreta medidas provisionales relacionadas con investigaciones criminales es particularmente alto.
17. El 4 de febrero de 2011, las Demandantes, respondiendo a la comunicación de la Demandada del 3 de febrero de 2011, acudieron al Tribunal solicitando que las cartas del 20 de enero y 3 de febrero del 2011 fueran declaradas inadmisibles y retiradas del expediente.
18. El 9 de febrero de 2011, la Demandada respondió a la solicitud de las Demandantes (descrita en el párrafo anterior) reiterando que había cumplido con lo dispuesto en la Orden Procesal No. 1 y afirmando que la decisión *Caratube c. Kazajstán* venía de ser publicada y que tenía derecho a referirse a documentos legales públicos en todo

⁸

Caratube International Oil Company LLP c. República de Kazajstán, caso CIADI No. ARB/08/12, Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales de las Demandantes, 31 de julio de 2009, ¶¶ 135 y 137 (Documento PL-27).

momento. En consecuencia, solicitó al Tribunal que rechazara la solicitud de las Demandantes del día 4 de febrero de 2011.

19. El 9 de febrero de 2011, el Tribunal informó a las Partes su decisión de admitir en el expediente las cartas del Perú del 20 de enero y 3 de febrero de 2011 en su integridad, así como el documento PL-27, otorgando a las Demandantes un plazo de 5 días para que sometieran cualquier comentario que estuviera relacionado exclusivamente con los nuevos argumentos y documentos contenidos en la cartas citadas *supra*.
20. El 14 de febrero de 2011, las Demandantes respondieron y señalaron *inter alia* que el poder del Tribunal para conceder medidas provisionales no se encontraba limitado a hechos acaecidos después de iniciado el arbitraje y que era el Perú y no la Comisión Especial quien se encontraba obligado por las órdenes dictadas por el Tribunal.
21. El 16 de febrero de 2011, la Demandada solicitó una oportunidad para pronunciarse sobre la carta de las Demandantes *supra*. El Tribunal, considerándose suficientemente informado, rechazó la solicitud de la Demandada ese mismo día y clausuró el debate sobre el asunto.
22. El 18 de febrero de 2011, las Demandantes presentaron su Memorial junto a (i) las declaraciones testimoniales de los señores Oscar E. Terraneo y Lowry; (ii) el Informe de Valuación de Daños del Sr. Diego Bondorevsky de la firma LECG y (iii) las pruebas documentales C-47 a C-145 y pruebas de jurisprudencia y doctrina CL-37 a CL-101.
23. El 21 de febrero de 2011, el Tribunal confirmó a las Partes que el contenido del Memorial de las Demandantes no sería considerado con respecto a la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes.
24. El 22 de febrero de 2011, el Tribunal emitió su Decisión sobre Medidas Provisionales donde decidió:

“i) *Rechazar la Solicitud de Medidas Provisionales tal y como fue presentada por las Demandantes;*

ii) *Ordenar al Perú de abstenerse y, si aplicable, suspender y discontinuar, con respecto a los señores Lowry y Guasco, cualquier acción que pueda*

restringir su libertad de circulación durante el transcurso de este procedimiento arbitral y su posibilidad de participar libremente en el presente arbitraje, hasta que se profiera el laudo final;

iii) Reservar su decisión sobre las costas relacionadas con la Solicitud para el laudo final.”

25. El 22 de marzo de 2011, las Demandantes escribieron al Tribunal alegando que el Perú no había tomado ninguna medida para implementar la Decisión sobre Medidas Provisionales y que los señores Lowry y Guasco habían sido nuevamente llamados a comparecer ante las autoridades peruanas. Las Demandantes solicitaron al Tribunal que constatará una violación de su Decisión sobre Medidas Provisionales.
26. El 29 de marzo de 2011, la Demandada respondió a la comunicación anterior alegando que eran las Demandantes quienes intentaban abusar de la Decisión sobre Medidas Provisionales, ya que no podían probar incumplimiento alguno (del Perú) y estaban agravando la disputa.
27. El 30 de marzo de 2011, las Demandantes respondieron a la comunicación anterior a la cual replicó el Perú el 1 de abril de 2011.
28. El 13 de abril de 2011, el Tribunal informó a las Partes que “*considera[ba] que no [había] elementos nuevos que justifi[caran] su intervención ya que la orden del Juzgado no modifica[ba] la situación fáctica ni jurídica de manera que [la] libertad de circulación [de los señores Lowry y Guasco] y la posibilidad de participar en este arbitraje se v[iera] afectada. Por lo tanto, el Tribunal rechaz[ó] la solicitud de las Demandantes de constatar una violación del Perú de su Decisión.*”
29. El 22 de julio de 2011, la Demandada presentó su Contra-Memorial junto con (i) la declaración testimonial del Sr. Julio Félix Echazú Peralta; (ii) el informe legal Sr. Alfredo Bullard González, el informe técnico del Sr. Richard Klenk y el informe del experto Brent Kaczmarek de la firma Navigant; y (iii) las pruebas documentales P-1 a P-217 y las pruebas de fuentes legales PL-1 a PL-137.
30. El 12 de octubre de 2011 el Tribunal recibió una comunicación de la Demandada en la que se le informaba de la solicitud de documentos que habían formulado las Demandantes el 25 de septiembre de 2011. La Demandada informó al Tribunal del

estado en que se encontraba el proceso de producción de los documentos solicitados y manifestó su inconformidad con la manera en que se había efectuado la solicitud.

31. El 12 de octubre de 2011, las Demandantes, adjuntando un *Redfern Schedule*, solicitaron al Tribunal que ordenara la producción de los documentos solicitados a la Demandada y una extensión de 10 días de plazo para presentar su Réplica debido a retrasos en la producción de documentos que imputaban a la Demandada.
32. El 13 de octubre de 2011, la Demandada, por invitación del Tribunal, respondió a la comunicación anterior informando de su acuerdo a la extensión del plazo de 10 días para que las Demandantes presenten su Réplica siempre que se les concediera una extensión similar a ella misma.
33. El 14 de octubre de 2011, las Demandantes, por invitación del Tribunal, informaron su acuerdo con el calendario modificado propuesto por la Demandada en la comunicación anterior.
34. El 17 de octubre de 2011, el Tribunal tomó nota del acuerdo de las Partes sobre el calendario procesal modificado y ordenó a la Demandada que presentara sus comentarios sobre el *Redfern Schedule* previamente enviado por las Demandantes.
35. El 18 de octubre de 2011, la Demandada informó al Tribunal sobre el estado de la producción de documentos solicitados por las Demandantes y presentó sus comentarios sobre los documentos solicitados.
36. El 19 de octubre de 2011, las Demandantes respondieron a la comunicación anterior de la Demandada y presentaron sus comentarios al *Redfern Schedule*. El 21 de octubre de 2011, la Demandada respondió a esta última comunicación y presentó sus últimos comentarios respecto al *Redfern Schedule*.
37. El 24 de octubre de 2011, el Tribunal emitió su decisión sobre los documentos solicitados por las Demandantes.
38. El 7 de noviembre de 2011, las Demandantes presentaron su Réplica junto con (i) las declaraciones testimoniales de los señores Oscar Enzo Terraneo (segunda), Javier

Roberto Lowry Gazzini (segunda) y Douglass Craig; (ii) el informe legal del Prof. Richard James Martin Tirado y el segundo informe de Valuación de Daños del Sr. Diego Bondorevsky de la firma Compass Lexecon; y (iii) las pruebas documentales C-147 a C-259, así como las pruebas de jurisprudencia y doctrina CL-102 a CL-135.

39. El 8 de febrero de 2012, la Demandada solicitó al Tribunal que ordenara la producción de ciertos documentos solicitados a las Demandantes. Ese mismo día, el Tribunal solicitó a las Demandantes comentar la solicitud de la Demandada.
40. El 9 de febrero de 2012, las Demandantes respondieron a la solicitud de producción de documentos objetando todas las categorías de documentos solicitados por ser demasiado amplias o carecer de suficiente pertinencia e importancia.
41. El 10 de febrero de 2012, el Tribunal emitió su decisión sobre la solicitud de producción de documentos de la Demandada. El Tribunal envió su decisión al CIADI para transmisión a las Partes y antes de que se efectuara dicha transmisión, la Demandada objetó la carta anterior de las Demandantes alegando que contenía cambios de postura, argumentos nuevos y comentarios que excedían las instrucciones del Tribunal. Bajo estas circunstancias, el Tribunal otorgó a las Demandantes la oportunidad de responder a la última carta de la Demandada, bajo el entendido de que la recopilación de documentos ordenados a ser producidos debía continuar y que su decisión sobre la producción de documentos podría ser cambiada a fin de tomar en cuenta las últimas comunicaciones de las Partes.
42. El 13 de febrero de 2012, el Tribunal y las Partes llevaron a cabo una conferencia telefónica para discutir la organización de la audiencia sobre el fondo a celebrarse del 19 al 23 de marzo de 2012 en Washington D.C.
43. El 13 de febrero de 2012 las Demandantes sometieron sus comentarios a la carta del Perú de fecha 10 de febrero de 2012, insistiendo que no habían cambiado de posición respecto a la solicitud de producción de documentos del Perú y solicitando que el Tribunal rechazara todas las peticiones de la Demandada.

44. El 14 de febrero de 2012, las Demandantes produjeron los documentos ordenados por el Tribunal en su decisión del 10 de febrero de 2012 e informaron que con respecto a una solicitud de ciertos documentos preparados por un testigo suyo, el Sr. Douglass A. Craig (el Sr. "Craig"), se requería firmar un acuerdo de confidencialidad y una orden del Tribunal.
45. El 15 de febrero de 2012, el Tribunal reafirmó su orden del 10 de febrero de 2012.
46. El 17 de febrero de 2012, las Demandantes solicitaron al Tribunal la incorporación de ciertos nuevos anexos y el remplazo de algunos que ya habían sido presentados pero que contenían errores. El 19 de febrero de 2012, la Demandada objetó la solicitud de las Demandantes en su totalidad.
47. El 22 febrero de 2012, el Tribunal emitió su decisión sobre la incorporación de ciertos nuevos anexos, aceptando aquellos que eran posteriores a la Réplica de las Demandantes, un texto legal y los anexos corregidos.
48. El 22 de febrero de 2012, la Demandada solicitó una extensión del plazo para someter su Dúplica hasta el 27 de febrero de 2012. El 23 de febrero de 2012 las Demandantes informaron que no se oponían a una extensión del plazo, siempre que los plazos posteriores, como el intercambio sobre el número y secuencia de testigos, fueran también aplazados. El 23 de febrero de 2012, el Tribunal aceptó la extensión del plazo para la Dúplica según el acuerdo de las Partes.
49. El 24 de febrero de 2012, las Demandantes informaron que habían transmitido al Sr. Craig el acuerdo de confidencialidad firmado por las Partes y la orden del Tribunal respecto a los documentos preparados por él, y que informarían tan pronto recibieran una respuesta del mismo. El 5 de marzo de 2012, las Demandantes informaron que el Sr. Craig no estaba en posición de producir los documentos que él había preparado y cuya producción había sido ordenada. Las Demandantes recordaron que el Sr. Craig no estaba bajo su control.
50. El 7 de marzo de 2012, las Demandantes solicitaron al Tribunal una distribución desigual del tiempo total para la audiencia en vista de la disparidad del número de

testigos que cada una de las partes presentaría para su examinación durante la audiencia.

51. El 9 de marzo de 2012, la Demandada solicitó al Tribunal que ordenara la producción inmediata de ciertos documentos que consideraba pendientes de producción. El mismo día, la Demandada respondió a la carta de las Demandantes del 7 de marzo de 2012, oponiéndose a una distribución desigual del tiempo.
52. El 9 de marzo de 2012, las Partes también sometieron sus propuestas de la secuencia de testigos y expertos a ser examinados durante la audiencia.
53. El 10 de marzo de 2012, el Tribunal informó a las Partes de su decisión de apearse a la regla general de una distribución proporcional del tiempo para el contra-interrogatorio durante la audiencia.
54. El 13 de marzo de 2012, las Demandantes respondieron a la carta del 9 de marzo de 2012 de la Demandada rechazando que no habían producido documentos y recordando que el Sr. Craig no había obtenido autorización de CIFI para producirlos.
55. El 14 de marzo de 2012, el Tribunal tomó nota de las cartas del 9 y 13 de marzo de 2012 de las Demandantes y Demandada respectivamente, así como de sus posiciones divergentes y recordándole a las partes que el Sr. Craig estaría presente durante la audiencia como testigo.
56. El 14 de marzo de 2012, las Demandantes solicitaron al Tribunal la admisión al expediente de un documento nuevo (i.e. C-262) que consideraban relevante para la examinación de un testigo.
57. El 15 de marzo de 2012, la Demandada se opuso a la solicitud de introducir un documento nuevo.
58. El 16 de marzo de 2012, el Tribunal rechazó la solicitud de las Demandantes de introducir un documento nuevo, señalando que la regla general era someter los documentos junto con los escritos e indicando que el documento había estado en posesión de las Demandantes durante todo el arbitraje.

59. Del 19 al 23 de marzo de 2012, se celebró la Audiencia en Washington, D.C., USA.
De parte de las Demandantes asistieron las siguientes personas:

Representantes

- Sr. Eduardo Silva Romero (Dechert Paris LLP)
- Sr. José Manuel García Represa (Dechert Paris LLP)
- Sra. Ana Carolina Silva (Dechert Paris LLP)
- Sr. Juan Felipe Merizalde (Dechert LLP)
- Sra. Claudia Quispe Gonzáles (Dechert Paris LLP)
- Sr. Constantino Geringer (CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A.)
- Sr. Oscar Terraneo (CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A.)
- Sr. Jorge Subtil (CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A.)
- Sr. Gustavo De Marco (Compass Lexecon)
- Sr. Ariel Medvedeff (Compass Lexecon)

Testigos

- Sr. Javier Lowry Gazzini
- Sr. Douglas Craig

Expertos

- Sr. Diego Bondorevsky
- Sr. Richard James Martin Tirado

De parte de la Demandada asistieron las siguientes personas:

Representantes

- Sr. Jonathan C. Hamilton (White & Case)
- Sr. Rafael Llano Oddone (White & Case)
- Sr. Francisco X. Jijón (White & Case)
- Sr. Jacob Stoehr (White & Case)
- Sra. Sara Sargeantson (White & Case)

- Sra. Gabriela López (White & Case)
- Sra. Dean Costales (White & Case)
- Sra. Carolyn Smith (White & Case)
- Sr. Guillermo Cuevas (White & Case)
- Sr. Eduardo Ferrero (Estudio Ehecopar)
- Sra. María del Carmen Tovar Gil (Estudio Ehecopar)
- Sr. Javier Ferrero (Estudio Ehecopar)
- Sr. Carlos José Valderrama Bernal (República del Perú)
- Sr. Harold Forsyth (República del Perú)
- Sr. Fernando Quirós (República del Perú)
- Sr. Juan Montoya (República del Perú)
- Sra. Yesenia Cabezas (República del Perú)
- Sra. Isabel Kunsman
- Sr. Andrew Prest

Testigos

- Sr. Julio Félix Echazú Peralta
- Sr. Wilhelm Funcke
- Sr. Carlos Solís Pino

Expertos

- Sr. Brent Kaczmarek
- Sr. Rex Pingle
- Sr. Richard F. Klenk
- Sr. Alfredo Bullard Gonzalez

60. El 11 de mayo de 2012, las Partes presentaron sus montos en honorarios y costos en el arbitraje.
61. El 1 de febrero de 2013, el Tribunal declaró el cierre del procedimiento de conformidad con la Regla 38 de las Reglas de Arbitraje CIADI.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

62. Antes de proceder al análisis de los puntos en litigio, el Tribunal resume la posición de las Demandantes (A) seguida de la posición de la Demandada (B).

A. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

63. El Tribunal expone primero los antecedentes fácticos presentados por las Demandantes (1), seguido por sus argumentos sobre la jurisdicción del Tribunal (2). El Tribunal expone luego la posición de las Demandantes sobre las supuestas violaciones del Tratado y del derecho internacional (3), y finaliza con la posición de las Demandantes sobre la compensación solicitada (4).

1. Los hechos según las Demandantes

64. Las Demandantes alegan que el inicio del presente arbitraje es el resultado de la expropiación de su inversión en el Perú, que se dio mediante la declaración de caducidad del Contrato de Concesión (el “Contrato”) para el diseño, construcción, administración, explotación y mantenimiento de la Vía Expresa del Callao (el “Proyecto”), en violación del Tratado.

65. Las Demandantes sostienen que el Contrato surgió a raíz del nivel, cada vez más importante, de tráfico de pasajeros desde y hacia el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (el “Aeropuerto”), el cual alcanzó niveles de saturación que llevaron a crear graves congestionamientos.⁹ Lo anterior llevó a la Presidencia del Perú a decretar de necesidad pública nacional la ampliación del eje vial Elmer Faucett - Acceso al Aeropuerto, señalando como obligación de la administración pública tanto la realización y aprobación de estudios pertinentes para la ejecución del proyecto, como la obtención de *“la libre disponibilidad de los terrenos del derecho de vía y su respectiva zona de influencia”*.¹⁰

⁹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 24-30.

¹⁰ Documento D-11, Decreto Supremo No. 16-95-PRES, Diario Oficial El Peruano, publicado el 4 de octubre de 1995.

66. Las Demandantes señalan que el 27 de mayo de 1997, la Municipalidad Provincial del Callao (la “MPC”) adoptó el Reglamento que Regula la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructuras y de Servicios Públicos Locales para la Provincia Constitucional del Callao (el “Reglamento de 1997”).¹¹ Con base en el Reglamento de 1997, la MPC convocó el 22 de junio de 1999 al Concurso Internacional de Proyectos Integrales para la ejecución de la Vía Expresa del Callao (el “Concurso”).¹² Las Bases Generales del Concurso (las “Bases Generales”) establecían que el proyecto sería financiado por la empresa concesionaria con fondos propios o de terceros.¹³ Las Demandantes alegan que a pesar de que 17 compañías adquirieron las Bases, sólo ellas presentaron una oferta técnica y económica firme.¹⁴ Explican que, desde su creación en Argentina en 1928, el grupo CCI se especializa en concesiones viales y construcción de autopistas.¹⁵
67. El 28 de febrero de 2000, el Comité de Concesiones de la MPC aceptó la oferta del Consorcio CCI para una concesión de 30 años.¹⁶ El Proyecto original tenía cerca de 5.5 km de longitud y una inversión total presupuestada de más de US\$ 45 millones. La longitud del Proyecto fue luego extendida a 9 km, con el correspondiente aumento de la inversión.¹⁷
68. El 17 de marzo de 2000, el grupo CCI en el Perú (CCI Construcciones S.A. – Sucursal del Perú) y Concesiones Perú S.A.C. (socio local de CCI) constituyeron la sociedad Convia, cuyo único objetivo era servir de sociedad concesionaria.¹⁸

¹¹ Documento C-50, Ordenanza Municipal No. 006-97-MPC, Reglamento que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales para la Provincia Constitucional del Callao.

¹² Documento C-51, Concurso de Proyectos Integrales No. 003-99-MPC, Proyecto Integral Vía Expresa del Callao, varias publicaciones del 22 de junio de 1999.

¹³ Documento C-52, Bases Generales del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de la “Vía Expresa” del Callao, Municipalidad de la Provincia Constitucional del Callao; Documento D- 3, Contrato de Concesión suscrito entre la Municipalidad Provincial del Callao y Convia Callao S.A., 9 de febrero de 2001.

¹⁴ Memorial de las Demandantes, ¶ 40.

¹⁵ Memorial de las Demandantes, ¶ 9.

¹⁶ Documento P-2, Resolución del Comité de Concesiones de la Vía Expresa del Callao, 28 de febrero de 2000.

¹⁷ Memorial de las Demandantes, ¶ 41.

¹⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 42.

69. El 30 de marzo de 2000, la MPC y Conviaal suscribieron un contrato preparatorio donde plasmaron los acuerdos alcanzados hasta la fecha y se obligaron a firmar un contrato definitivo en un plazo de tres meses (el “Contrato Preparatorio”).¹⁹ Según las Demandantes, el Contrato Preparatorio ya reflejaba la obligación de la MPC de liberar el Derecho de Vía sobre el área de terreno necesario para construir la Vía Expresa (el “Derecho de Vía”), de cuyo cumplimiento dependía el equilibrio económico-financiero del Contrato.²⁰
70. Después de varios cambios con respecto a la fecha para la firma del contrato definitivo, la cual se había retrasado debido a la gran inestabilidad política del país en aquellos momentos, el 9 de febrero de 2001, la MPC y Conviaal celebraron el Contrato.²¹ De una parte, Conviaal se comprometía a construir y financiar íntegramente la obra, y de la otra parte, la MPC garantizaba que se liberaría el Derecho de Vía para permitir el avance de la construcción, lo que a su vez permitiría que Conviaal cobrara directamente a los usuarios de la Vía expresa un peaje durante el período de la concesión. Al término de su explotación durante al menos 30 años, Conviaal entregaría a la MPC la Vía Expresa y sus accesorios sin derecho a ningún pago adicional.²²
71. Las Demandantes sostienen que la liberación del Derecho de Vía tenía una importancia particular en el Proyecto, ya que *“sin los terrenos sería imposible concluir la obra e iniciar el cobro del peaje, ingreso principal para el reembolso de la deuda y pago de dividendos a los inversionistas”*.²³ Por lo tanto, era fundamental que *“una vez iniciadas las obras, éstas pudieran concluirse”*.²⁴ Según las Demandantes, *“cualquier interrupción en las obras, sin los necesarios ajustes*

¹⁹ Documento C-54, cláusula 2(01).

²⁰ Memorial de las Demandantes, ¶ 44.

²¹ Documento D-3, Contrato de Concesión suscrito entre la Municipalidad Provincial del Callao y Conviaal S.A., 9 de febrero de 2001.

²² Memorial de las Demandantes, ¶ 47.

²³ Memorial de las Demandantes, ¶ 49.

²⁴ *Ibidem*.

*contractuales, alteraría el equilibrio económico financiero” del Proyecto.*²⁵ Fue precisamente por esto que la MPC se comprometió a “[p]restar a EL CONCESIONARIO el apoyo que fuere necesario para asegurar la debida protección de la VIA EXPRESA y los Bienes de la Concesión, con el fin de garantizar la prestación ininterrumpida del Servicio”.²⁶

72. Las Demandantes argumentan que con base en lo estipulado en el Contrato, contaban con garantías suficientes para realizar su inversión en el Perú. El Contrato preveía: “la garantía del mantenimiento del equilibrio económico-financiero”, el compromiso de la MPC de “compensar a Convia! si [se presentaba una] falta de ingresos deriva[da] de... incumplimientos de la MPC, medidas adoptadas por la administración pública peruana o actos de terceros privados” y aseguraba a Convia! una compensación económica en caso de que la MPC decidiera unilateralmente poner fin al Contrato por causas no imputables a Convia!”.²⁷
73. Las Demandantes alegan que las dificultades para conseguir la liberación del Derecho de Vía surgieron desde el principio, imposibilitando llevar a cabo las obras en los plazos y modos previstos. Estas circunstancias perjudicaron a las Demandantes, que financiaban el Proyecto e incurrirían en costos a la espera de poder iniciar las obras. A pesar de esto, las Demandantes sostienen que hicieron todo lo posible para sacar adelante el Proyecto, el cual tenía una importancia estratégica para la expansión del grupo CCI en el Perú. Convia! y la MPC fueron modificando el Proyecto inicial según el avance de la liberación de los terrenos, a través de cinco adendas al Contrato entre 2002 y 2006 (las “Adendas”). Las Demandantes alegan que las Adendas fueron económicamente perjudiciales para ellas.²⁸

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 53.

²⁷ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 51-54.

²⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 60.

74. La primera modificación al Contrato (la “Primera Adenda”) se hizo el 15 febrero de 2002,²⁹ cuyo objeto era “*preservar los principios fundamentales del Contrato de Concesión, mantener el equilibrio económico financiero y las posibilidades de financiación [...] del proyecto de la vía expresa y mejorar su integración vial y social*”.³⁰ Esta Adenda permitía a Conviaal cobrar los peajes al finalizar las obras factibles de ser ejecutadas, en vez de esperar a la liberación del Derecho de Vía de todos los terrenos. Además Conviaal se comprometía a pagar un canon, cuyos fondos servirían para diversos programas sociales en beneficio de la población del Callao. Por último, la Primera Adenda permitía la integración regional de la Vía Expresa con la comunidad e incluía cambios al diseño de la vía.³¹
75. El 22 de mayo de 2002, se firmó otra adenda (la “Segunda Adenda”) ³² que, según las Demandantes, se celebró ante la imposibilidad de ejecutar las obras en terrenos de la Municipalidad de Lima y del Distrito de San Miguel (debido al enfrentamiento político entre estas Municipalidades). La Segunda Adenda establecía un nuevo cronograma que preveía la iniciación de las obras en junio del 2002.³³
76. El 20 de marzo de 2003, más de dos años después de la firma del Contrato y pese a que, según las Demandantes, los terrenos todavía no estaban liberados, se firmó el Acta de Toma de Posesión y Entrega de Bienes (el “Acta de Toma de Posesión”) que daba inicio formalmente al plazo del Contrato. En ella, se permitía a Conviaal comenzar la explotación de la Vía Expresa mientras que la MPC conseguía la liberación de los terrenos faltantes.³⁴
77. Las Demandantes señalan que el 7 de agosto de 2003 se suscribió una aclaración a la Primera Adenda (la “Segunda Aclaración”) donde, con el objetivo de “*hacer viable el financiamiento del Endeudamiento Permitido en el marco de un clásico ‘Project*

²⁹ Documento C-28, Adenda No. 1 al Contrato de Concesión, 15 de febrero de 2002.

³⁰ Memorial de las Demandantes, ¶ 71.

³¹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 72-75.

³² Documento C-29, Adenda No. 2 al Contrato de Concesión, 22 de mayo de 2002.

³³ Memorial de las Demandantes, ¶ 82.

³⁴ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 83-84.

Finance”, se confirmó la aplicación de la compensación económica prevista en el Contrato en caso de que se declarara su caducidad.³⁵

78. Las Demandantes sostienen que dicha Aclaración y las promesas de la MPC sobre la liberación del Derecho de Vía “*no fueron suficientes para remediar la falta de financiamiento causada por los incumplimientos de la MPC y la incertidumbre que esto ocasionaba respecto del futuro del proyecto*”,³⁶ por lo que el 21 de mayo de 2004, se firmó una tercera adenda (la “Tercera Adenda”).³⁷ En esta Adenda, la MPC reconoció sus incumplimientos. Igualmente, buscó dar “*una garantía más amplia a las Demandantes y a sus financistas*” y definir de manera precisa el tramo de obra que podía ser construido para dar inicio al cobro del peaje.
79. Así, por un lado, atendiendo a las exigencias de los financistas, la MPC otorgó una garantía complementaria ejecutable “*ante cualquier incumplimiento de obligaciones por parte de la [MPC]*”, dando lugar al pago por parte de la MPC de “*un monto igual al que resulte mayor entre la inversión constante en certificados de inversión y el valor presente neto del flujo de fondos del periodo faltante de concesión y sus ampliaciones descontado a una tasa del 8%*” (la “Garantía Complementaria”).³⁸ Por otro lado, se dividieron las obras en dos tramos, el primero del Aeropuerto hasta el río Rímac (“Tramo A”) y el segundo desde el río Rímac hasta antes del cruce con la Avenida Venezuela (“Tramo B”). Convia se comprometió a iniciar las obras del Tramo A el 1 de junio de 2004 y completarlas en 12 meses, después de lo cual podría comenzar a cobrar una tarifa parcial del peaje.³⁹
80. El 10 de enero de 2005, la MPC y Convia firmaron una cuarta adenda (la “Cuarta Adenda”) que, a decir de las Demandantes, fue producto de la falta de liberación del Derecho de Vía por la MPC del Tramo A y de la necesidad de dar seguridad a los financistas. Así, con el objetivo de garantizar definitivamente la construcción del

³⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 85-86.

³⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 87.

³⁷ Documento C-30, Adenda No. 3 al Contrato de Concesión, 21 de mayo de 2004.

³⁸ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 93-94.

³⁹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 95-96.

Tramo A y el cobro del peaje, se acordó modificar el Tramo A (alargando su extensión y suspendiendo la construcción de una parte del trazado) y se estableció un nuevo cronograma para la construcción de los tramos restantes. Las Demandantes sostienen que en esta Adenda la MPC admitió una vez más que la responsabilidad de la liberación del Derecho de Vía era suya. Por último, Convia! manifiesta que gracias a las garantías adicionales de las Tercera y Cuarta Adendas, lograron obtener préstamos destinados a financiar la construcción del Proyecto.⁴⁰

81. Las Demandantes alegan que entregaron el Tramo A, dentro del plazo contractual, el 16 de agosto de 2005.⁴¹ Sin embargo, a pesar de ello y de las garantías en las Adendas, Convia! no pudo comenzar a cobrar el peaje debido a una disputa entre la MPC y una empresa peruana, que reivindicaba la propiedad de ciertos terrenos sobre los que ya se había construido la Vía Expresa. Debido a la medida cautelar otorgada por el juzgado que conocía de aquella disputa, Convia! suspendió el cobro del peaje durante meses. Fue hasta el 5 de noviembre de 2005 que Convia! pudo iniciar el cobro del peaje en sentido Lima–Aeropuerto (norte a sur), y el 5 de enero de 2006, en ambos sentidos.⁴² Las Demandantes aseguran que ello les provocó un grave perjuicio consistente en una reducción en sus ingresos de más de USD 4.1 millones, lo que ponía de nuevo en riesgo al Proyecto.⁴³
82. Las Demandantes alegan que para esa época, el Tramo B aún no estaba libre de interferencias y su construcción no se había iniciado.⁴⁴ A pesar de estas faltas, la MPC mantenía su voluntad de encontrar soluciones. Prueba de ello es la carta del 21 de diciembre de 2006, donde en respuesta a las solicitudes de Convia!, la MPC admitió una vez más su responsabilidad por la no liberación del Derecho de Vía, e

⁴⁰ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 98-105.

⁴¹ Memorial de las Demandantes, ¶ 106.

⁴² Memorial de las Demandantes, ¶ 108.

⁴³ Memorial de las Demandantes, ¶ 109; Documento C-64, Carta de Convia! al Alcalde de la MPC, 21 de septiembre de 2006.

⁴⁴ Memorial de las Demandantes, ¶ 110.

incluso admitió la necesidad de concluir una nueva adenda para paliar las consecuencias.⁴⁵

83. Sin embargo, a decir de Conviaal, todo esto cambió radicalmente a partir de enero de 2007, con la toma de posesión del nuevo alcalde de la MPC, el señor Félix Moreno. Debido a cambios en el clima político peruano, particularmente en la provincia del Callao, se desencadenaron una serie de eventos que finalmente condujeron a la declaración de caducidad de la Concesión sin compensación por parte de la MPC, oficializada el 21 de noviembre de 2007 y efectiva el 22 de mayo de 2008.⁴⁶
84. Las Demandantes alegan que desde que la nueva administración tomó posesión de su cargo en la MPC, en enero del 2007, ésta comenzó a hacer solicitudes abusivas de documentación con plazos extremadamente cortos e ignoró sus invitaciones para reunirse y discutir el progreso del Proyecto.⁴⁷
85. Conviaal argumenta que la hostilidad de la MPC era consecuencia de los ataques iniciados en el Congreso peruano contra el Sr. Alexander Kouri (“Kouri”), anterior alcalde de la MPC entre 1996 y 2006 (años en los que se celebró el Contrato), los cuales llevaron a la creación de una Comisión del Congreso para investigar supuestas irregularidades en la suscripción del Contrato,⁴⁸ y a la apertura de una investigación por la Contraloría General de la República (la “Contraloría”) para determinar la viabilidad técnica y legal del Contrato.⁴⁹
86. Las Demandantes también resaltan que la Comisión del Congreso presentó un informe preliminar el 19 de julio de 2007 (el “Informe Preliminar”), en el cual se expusieron las supuestas deficiencias legales del Contrato y se recomendó que la

⁴⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 111-114; Documento D-12, Carta de la Gerencia General de Desarrollo Urbano de la MPC a Conviaal, 21 de diciembre de 2006.

⁴⁶ Escrito de Solicitud, ¶¶ 40-49.

⁴⁷ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 117-121.

⁴⁸ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 127-130.

⁴⁹ Escrito de Solicitud, ¶ 38.

MPC tomara las medidas pertinentes para rescindirlo y así suspender el cobro de peaje.⁵⁰

87. Durante todo este tiempo, la hostilidad de la MPC contra Convial aumentaba, culminando con la carta del 5 de noviembre de 2007, donde la MPC ordenaba a Convial retomar las obras en 15 días so pena de decretar la caducidad del Contrato.⁵¹
88. Convial sostiene que con base en el Informe Preliminar, y no obstante su disponibilidad para colaborar en la eliminación de los obstáculos que impedían la continuación de la obra, el 21 de noviembre de 2007, la MPC decidió, por oportunismo político y de manera ilegal, declarar la caducidad del Contrato basándose en supuestas razones de utilidad pública.⁵² Las Demandantes alegan que la mala fe de la MPC es evidente dado que la declaración de caducidad fue anunciada a la prensa el mismo día que ciertos ejecutivos de Convial habían sido recibidos por el Alcalde Félix Moreno, y mientras aquellos se encontraban reunidos con el citado funcionario tratando de discutir uno de los puntos en debate. Mencionan además que esta reunión fue precedida dos días antes por otra, positiva para el proyecto según la Demandante, entre el máximo representante de CCI, el Ing. Néstor Alesso y el Alcalde.⁵³
89. Luego de la declaración de caducidad, la Comisión del Congreso presentó su informe final el 11 de marzo de 2008 (el “Informe Final de la CC”), reiterando las supuestas irregularidades ya señaladas en el Informe Preliminar, analizando la “*conveniencia*” de decretar la caducidad del Contrato, delineando varias estrategias para poner fin al Contrato y además haciendo ciertas acusaciones de índole penal sobre la participación de los señores Lowry y Guasco en la suscripción del Contrato y sus Adendas.⁵⁴

⁵⁰ Escrito de Solicitud, ¶ 41.

⁵¹ Memorial de las Demandantes, ¶ 133; Documento D-13, Carta de la Gerencia Municipal de la MPC a Convial, 5 de noviembre de 2007.

⁵² Memorial de las Demandantes, ¶ 137.

⁵³ Memorial de las Demandantes, ¶ 140.

⁵⁴ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 304-307.

90. Las Demandantes resaltan que a estas actuaciones del Congreso y de otros órganos estatales, se sumaron declaraciones públicas negativas sobre el Contrato ante la prensa por parte de políticos peruanos.⁵⁵
91. Debido a estas medidas, las Demandantes alegan que fueron víctimas de múltiples acosos:⁵⁶
- La exigencia por parte de la MPC a Convia! de renunciar al cobro del peaje aunque tenía derecho al mismo hasta que la caducidad fuera efectiva;
 - Las fugas en el peaje promovidas por las declaraciones negativas de las autoridades peruanas;
 - Los movimientos violentos contra las instalaciones de Convia! e incluso el retiro de la protección policial peruana;
 - La rebaja de la clasificación crediticia de Convia! por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros (“Superintendencia”), debido a presiones políticas y sin sustento legal alguno;
 - El sometimiento de Convia! a una avalancha de solicitudes e inspecciones por parte de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (“SUNAT”);
 - La fiscalización intensa por parte de la Contraloría a lo largo del 2007;
 - El inicio por parte del Ministerio Público (el “Ministerio”) de investigaciones penales contra de dos Gerentes Generales de Convia!, Lowry y Guasco, por supuesta complicidad en la suscripción del Contrato y sus Adendas, que culminó con la apertura de un proceso penal que cuestiona la validez del Concurso y de los acuerdos entre Convia! y la MPC.

⁵⁵ Escrito de Solicitud, ¶ 47.

⁵⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 144.

92. Las Demandantes consideran que la declaración de caducidad del Contrato sin compensación y los ataques posteriores contra ellas son violaciones del Tratado y del derecho internacional.⁵⁷

2. El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción

93. Las Demandantes argumentan que la jurisdicción del Tribunal resulta del artículo 25(1) del Convenio CIADI en aplicación conjunta con el Tratado.⁵⁸

94. Convial afirma que la presente disputa es de aquellas sobre las cuales el Centro tiene jurisdicción, por ser de naturaleza jurídica y surgir directamente de una inversión (a), entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante (b), y por haber las partes consentido por escrito en someterla al Centro (c). Aseguran que los reclamos se presentan bajo el Tratado y el derecho internacional (d) y que la objeción con respecto a la jurisdicción del Tribunal formulada por el Perú, de ser aceptada, conduciría inevitablemente a una denegación de justicia (e).

a) La presente es una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión

95. Las Demandantes sostienen que el Tribunal Arbitral tiene competencia *ratione materiae* para resolver la presente diferencia, ya que ésta surge directamente de una inversión y es de naturaleza jurídica de conformidad con el Convenio CIADI.⁵⁹

96. Las Demandantes argumentan que la definición de “*inversión*” del artículo 1(1) del Tratado es amplia y no exhaustiva. Señalan que su inversión se enmarca claramente dentro de los literales b), c) y e) de dicho artículo porque: primero, la participación accionaria de CCI en Convial se enmarca en el literal b); segundo, el Contrato que confiere a las Demandantes “*derechos a prestaciones que tienen un valor económico*” se enmarca en el literal c); tercero, el financiamiento para la construcción del proyecto también se encuadra en el literal c) y ; cuarto, la inversión

⁵⁷ Memorial de las Demandantes, ¶ 146.

⁵⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 147.

⁵⁹ Memorial de las Demandantes, ¶ 150.

de las Demandantes en la construcción y operación de la Vía Expresa se enmarca en el literal e).⁶⁰

i. *La inversión fue válidamente realizada de conformidad con el Tratado y el derecho peruano*

97. Contrariamente a lo argumentado por el Perú, las Demandantes argumentan que su inversión fue realizada en estricto cumplimiento de las normas de Derecho peruano. En todo caso, de haber irregularidades, éstas habrían sido causadas por funcionarios del Perú. Los supuestos incumplimientos contractuales posteriores a la firma del Contrato invocados por el Perú, además de ser inexistentes, son irrelevantes para determinar la jurisdicción del Tribunal Arbitral.⁶¹
98. Las Demandantes reconocen que el artículo 1(1) del Tratado utiliza el estándar “*de conformidad con las leyes y reglamentación de la Parte Contratante*”. Sin embargo, discrepan sobre el alcance que bajo el Tratado y el derecho internacional tiene la expresión “*de conformidad*”. Consideran que la interpretación hecha por la Demandada según la cual el incumplimiento de dicho estándar conlleva la inexistencia de la inversión es errónea. De acuerdo con las Demandantes, varios tribunales CIADI han identificado las siguientes condiciones que limitan el alcance del estándar en cuestión: 1) únicamente se permite excluir la protección del Tratado cuando el autor de la inconformidad es el inversor y no, cuando son las propias acciones del Estado las causantes de la inconformidad; 2) se examina la legalidad de la inversión al momento de su admisión en el territorio del Estado anfitrión; y 3) el estándar se refiere sólo a violaciones de normas *fundamentales* del Estado receptor de la inversión.⁶²
99. Además, señalan que el estándar en cuestión impone una carga de la prueba muy exigente a la parte que invoca la ilegalidad. El Estado que alega el fraude debe

⁶⁰ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 151-156.

⁶¹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 27-28.

⁶² Réplica de las Demandantes, ¶¶ 37-44.

probar: 1) la existencia de *dolo* y 2) que el presunto fraude fue decisivo para que el Estado admitiera la inversión en su territorio.⁶³

100. ConviaI subraya que nada de esto ha sido probado por el Perú mediante pruebas documentales conclusivas, tratándose de simples inferencias. Adicionalmente, asegura que los casos *Plama c. Bulgaria* e *Inceysa c. El Salvador* citados por el Perú en su Contra-Memorial para sustentar su posición se basan en hechos muy distintos a los que nos ocupan, pues en aquellos el inversionista mintió y se presentaron estados financieros falsos, lo cual no acontece en este caso.⁶⁴ Sostiene que en virtud de la presunción de inocencia, el hecho de que existan procedimientos penales pendientes en relación a la adjudicación de la concesión, no refuerza los argumentos de ilegalidad sostenidos por el Perú.⁶⁵

101. Así, ConviaI rechaza los siguientes argumentos presentados por el Perú:

- ConviaI niega haber ocultado a la MPC que su Propuesta pasaría por la provincia de Lima, por lo que rechaza que su Propuesta técnica sea inválida. A este respecto, ConviaI argumenta que este hecho se manifestó en la oferta presentada y aprobada por las autoridades peruanas, además, señala que incluso éstas eran conscientes del carácter interprovincial del Proyecto.⁶⁶
- En cuanto a la supuesta incompetencia de la MPC para adjudicar la concesión, ConviaI señala que la MPC reafirmó su competencia sobre el Proyecto en diferentes ocasiones. Señala que incluso en el caso hipotético de que no tuviera competencia bajo el derecho peruano, el Contrato prevé mecanismos correctivos menos radicales que la nulidad del Contrato.⁶⁷

⁶³ Réplica de las Demandantes, ¶ 46.

⁶⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 46-50.

⁶⁵ Audiencia 23/03/2012, Audio hr. 00. 27.42.

⁶⁶ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 57-72.

⁶⁷ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 73-78.

- Convia nega haber ocultado información a la MPC para esconder una supuesta dificultad financiera. Añade que se presentaron todos los documentos requeridos para la validez de la Propuesta económica, lo que queda evidenciado en los documentos de las autoridades peruanas obtenidos mediante *disclosure*, así como, en la información contable y financiera remitida con su oferta, la cual fue revisada y aprobada por el Perú antes de adjudicar la concesión. Así mismo rechaza haber ocultado información alguna sobre la organización del Consorcio. Convia sostiene que las autoridades peruanas estaban al tanto sobre la estructura societaria del Grupo CCI.⁶⁸

En todo caso, las Demandadas hacen hincapié en que el cabal cumplimiento de los requisitos de las Bases Generales queda evidenciado por los hechos mismos, e incluso es aceptado implícitamente por la Demandada, al enunciar una lista de supuestos documentos faltantes, que sí fueron presentados.⁶⁹

102. Asimismo, las Demandantes alegan que la postergación de la firma del Contrato, que la Demandada pretende hacer valer como causa de nulidad, fue aceptada por la misma MPC por lo que ahora no puede utilizarlo como argumento en su contra, ya que ello implicaría ir en contra de sus propios actos. Además sostiene que el derecho peruano no prevé este hecho como causal de nulidad automática.⁷⁰
103. Igualmente, las Demandantes aclaran que los verdaderos motivos en la demora de la firma del Contrato fueron 1) la inestabilidad política, 2) la inexperiencia de la MPC para redactar el Contrato y 3) la necesidad de adaptar el diseño a ciertas exigencias técnicas de la MPC.⁷¹

⁶⁸ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 103-120.

⁶⁹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 55, 91-102; Documento C-100, Absolución de consultas al Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de la “Vía Expresa” del Callao, 15 de septiembre de 1999 y Documento C-156, Expediente de la Resolución de Otorgamiento de la Concesión, 28 de febrero de 2000.

⁷⁰ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 121-127.

⁷¹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 128-133.

104. Del mismo modo, las Demandantes aclaran que los supuestos incumplimientos posteriores a la inversión son inexistentes, y que, en todo caso de haber existido, no habrían sido fundamentales como para afectar la jurisdicción del Tribunal. Subrayan, citando los casos *Fraport c. Filipinas* y *Gustav Hamester c. Ghana*, que las únicas violaciones relevantes a efecto de determinar la jurisdicción del Tribunal son aquellas cometidas para la adquisición de la inversión.⁷²
105. Así, señalan que las supuestas violaciones enunciadas por el Perú, son falsas ya que: 1) Conviaal actuó en completa *due diligence* (necesaria para obtener la aceptación del Proyecto)⁷³; 2) las Bases Generales de la licitación fueron respetadas⁷⁴ y, según el Prof. Richard Martin Tirado (el “Prof. Martin”) -reconocido académico y profesional del derecho administrativo peruano presentado por las Demandantes - a lo sumo la sanción ameritada hubiese sido la nulidad parcial del Proyecto⁷⁵. A este respecto, las Demandantes dijeron además que: i) se presentaron todos los documentos tal y como quedó especificado en el expediente de la Resolución de otorgamiento de la concesión,⁷⁶ ii) se presentó el compromiso de financiamiento requerido,⁷⁷ iii) se presentaron los índices financieros para cada participante del Consorcio,⁷⁸ iv) CCI contaba con la capacidad financiera para llevar a cabo el Proyecto⁷⁹; 3) la MPC era competente para otorgar la autorización⁸⁰ y 4) la prórroga del plazo de 15 días para firmar el contrato no acarrea su nulidad⁸¹.
106. Además, contrariamente a lo argumentado por el Perú, las Demandantes sostienen que la Tercera Adenda es válida ya que ninguna exigencia de un informe previo de la

⁷² Réplica de las Demandantes, ¶¶ 142-144.

⁷³ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.29.34.

⁷⁴ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.30.38.

⁷⁵ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.32.40.

⁷⁶ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.33.47.

⁷⁷ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.34.20.

⁷⁸ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.34.50.

⁷⁹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.37.50.

⁸⁰ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.38.28.

⁸¹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.38.38.

Contraloría existe en el derecho peruano⁸² y aclaran que los fondos administrados con base en la Quinta Adenda, no eran fondos públicos y sí se presentó una contabilidad detallada de ellos, misma que fue enviada a Finver Callao, supervisor del Contrato.⁸³

107. En todo caso, las Demandantes argumentan que el Tribunal Arbitral no puede considerar las alegaciones del Perú en cuanto a la supuesta ilegalidad de la inversión, por ser contrarias a sus propios actos durante la licitación, ejecución e incluso caducidad del Contrato, los cuales reconocieron la validez de la inversión. Argumentan que su confianza legítima en cuanto a la legalidad de las acciones de las autoridades peruanas se encuentra protegida tanto por el derecho internacional como por el derecho peruano. Señalan que el principio de buena fe es un principio supremo del derecho internacional que prohíbe al Estado *venire contra factum proprium* o lo obliga a ser “*estopped*” en circunstancias similares al presente caso. Así, las Demandantes argumentan que el Perú no puede ahora objetar la competencia del Tribunal Arbitral y la admisibilidad de sus reclamos.⁸⁴

ii. La presente es una disputa de naturaleza jurídica de conformidad con el Convenio CIADI

108. Las Demandantes argumentan que la presente disputa es una diferencia de naturaleza jurídica de conformidad con el artículo 25(1) del Convenio CIADI, ya que en el presente caso el Tribunal Arbitral deberá constatar que el Perú violó sus obligaciones internacionales bajo el Tratado y el derecho internacional, es decir, que se trata de un conflicto sobre el alcance de derechos y obligaciones, así como la reparación correspondiente.⁸⁵

⁸² Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.38.57.

⁸³ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 145-151; Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.39.26.

⁸⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 155-182.

⁸⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 157-161.

b) La diferencia es entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante

109. Las Demandantes sostienen que el Tribunal Arbitral tiene competencia *ratione personae*, ya que se encuentran reunidos los requisitos tanto del artículo 25(1) del Convenio CIADI como del artículo 10 del Tratado.⁸⁶
110. En primer lugar, las Demandantes señalan que tanto el Perú como la República Argentina son Estados Contratantes del Convenio, que se encuentra en vigor desde el 8 de septiembre de 1993 y el 18 de noviembre de 1994, respectivamente.⁸⁷
111. En segundo lugar, las Demandantes sostienen que tanto la sociedad CCI como la sociedad Conviaal son nacionales de otro Estado Contratante distinto del Perú a los efectos del artículo 25(1) del Convenio CIADI.
112. Las Demandantes afirman que la sociedad CCI es un “inversor” de la Parte Contratante Argentina, según lo establecido en el artículo 1(2) del Tratado. Conviaal puede ser considerada como nacional “*de un Estado Contratante distinto [Argentina] del Estado parte en la diferencia [Perú]*”⁸⁸ de conformidad con lo establecido por el literal c) del artículo 1(2) del Tratado, que a su vez constituye el acuerdo de las partes previsto por el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI. Señalan que al momento de presentar su consentimiento para este arbitraje, la sociedad CCI poseía (y sigue poseyendo) una participación indirecta en el capital social de Conviaal “*superior a la mitad*” lo que evidencia un control efectivo argentino de conformidad a lo establecido por el literal c) del artículo Ad. 1(2) del Protocolo al Tratado que define dicho criterio.⁸⁹

⁸⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 162.

⁸⁷ Memorial de las Demandantes, ¶ 163.

⁸⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 167.

⁸⁹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 164-173.

c) Las Partes han consentido por escrito someter esta diferencia a la resolución del CIADI

113. Las Demandantes argumentan que el consentimiento para resolver la disputa mediante arbitraje ante el CIADI ha sido otorgado por escrito. En lo que respecta al consentimiento del Perú, las Demandantes manifiestan que éste se encuentra plasmado en los artículos 10(2) y 10(3) del Tratado. El consentimiento de las Demandantes fue otorgado por medio de la presentación de su Solicitud de Arbitraje, el 19 de enero de 2010, de conformidad con lo dispuesto en la Regla 2(3) de las Reglas de Iniciación CIADI. Además, añaden que cumplieron con los requisitos estipulados en el artículo 10(2) del Tratado, al no haber interpuesto la presente disputa ante ningún otro foro judicial del Perú, al haber respetado el periodo de negociación, puesto que la solicitud de arbitraje fue presentada dos años después de haberse planteado la existencia de la controversia, y al haber intentado una solución amistosa.⁹⁰

d) El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción por cuanto las Demandantes presentan reclamos bajo el Tratado y el derecho internacional

114. Citando el caso *RFCC c. Marruecos*, las Demandantes argumentan que “*para efectos de determinar su jurisdicción, los tribunales CIADI deben examinar únicamente si los demandantes invocan violaciones de los tratados aplicables*” y Convial así lo ha hecho.⁹¹ Ahora, si los hechos alegados por las Demandantes constituyen violaciones del Tratado o no, es algo que el Tribunal deberá analizar al examinar el fondo de la disputa.⁹²

115. Por otra parte, Convial argumenta que “*el hecho de que las mismas medidas estatales puedan, teóricamente, dar lugar a una demanda contractual, no implica que dicha demanda no pueda constituir, de forma independiente, un reclamo bajo el tratado aplicable*”.⁹³ Citando la decisión de anulación en el caso *Vivendi I* (et al.),

⁹⁰ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 174-179.

⁹¹ Réplica de las Demandantes, ¶ 194.

⁹² Réplica de las Demandantes, ¶ 195.

⁹³ Réplica de las Demandantes, ¶ 188.

señala que el Tribunal tiene jurisdicción bajo el Tratado y que así deba tomar en cuenta el Contrato, sus Adendas y la ejecución contractual, lo hará en calidad de hechos relevantes para determinar si existen o no violaciones al Tratado.⁹⁴

116. Las Demandantes sostienen que la distinción establecida por los tribunales arbitrales entre *treaty claims* y *contract claims*, es una distinción puramente pragmática cuyo fin es resolver una posible colisión jurisdiccional y permitir al inversor acceder a una jurisdicción más neutra y escapar de alguna manera a la jurisdicción acordada en el contrato. Sin embargo, señalan que dicha colisión jurisdiccional no acontece en el presente caso, puesto que el arbitraje CIADI está previsto también en el Contrato (cláusula 20.12, b.1), por lo que además no podría afirmarse que se está tratando de evadir un foro alternativo.⁹⁵
117. ConviaI señala que en caso de que el Tribunal Arbitral se declare incompetente por considerar que el litigio es contractual, la economía procesal y la buena administración de la justicia se verían afectadas, ya que ConviaI tendría que iniciar un arbitraje ante el CIADI sobre la base del contrato, donde el Tribunal tendría que aplicar el Contrato, el derecho peruano y el Tratado.⁹⁶
118. ConviaI insiste en que sus reclamos se basan únicamente en el Tratado, lo que dejaría sin fundamentos los argumentos del Perú. Además, argumenta que el hecho de que el Estado alegue haber ejercido un derecho contractual no excluye que ese ejercicio pueda ser constitutivo de una violación de sus obligaciones internacionales, tal y como se ha señalado en el caso *Bayindir c. Pakistán*. También señala que contrariamente a lo sustentado por el Perú, las expectativas a las que hace referencia en su memorial, no son meras obligaciones contractuales de la MPC, sino obligaciones internacionales del Estado de conformidad con el Tratado. Señala que es falso que todas las expectativas se refieran a obligaciones contractuales.⁹⁷
- Asimismo resalta que, como se ha señalado en el precitado caso, cuando el

⁹⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 189-190.

⁹⁵ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.12.49.

⁹⁶ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.13.47.

⁹⁷ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 192-217.

inversionista tiene derechos bajo ambos, el contrato y el tratado, tiene un *self-standing right* de acudir al Tratado y los recursos allí establecidos.⁹⁸

119. Conviaf afirma que sus alegaciones son *treaty claims* desde dos ópticas: *ratione personae* y *ratione materiae*. En cuanto a la primera óptica, se trata de *treaty claims* porque: a) CCI no es parte del Contrato y sin embargo sus pretensiones tienen como base el Tratado; b) aunque Conviaf es parte del Contrato, obligarla a comenzar un nuevo arbitraje, a pesar de encontrarse en proceso de liquidación, sería contrario a principios elementales de justicia y conduciría a una denegación de justicia; c) las violaciones del Tratado no sólo fueron cometidas por la MPC, sino también por otras entidades del poder público del Perú que participaron por medio de actos concretos en la violación del Tratado, en consecuencia, el Perú es responsable internacionalmente por los actos de sus órganos y subdivisiones políticas y administrativas.⁹⁹

120. En cuanto a la segunda óptica (*ratione materiae*) se trata de *treaty claims* porque:

a) La declaración de caducidad no es asimilable a la resolución contractual: i) Como lo ha señalado el informe legal del Prof. Martín, la declaración de caducidad *por interés público* es una potestad exorbitante de la administración en el ejercicio del *ius imperium* del Estado, que debe obedecer necesariamente a los requisitos de los actos administrativos en el derecho peruano;¹⁰⁰ ii) en este caso, la caducidad constituye una expropiación ilícita de la inversión, pues equivale a una confiscación injustificada y arbitraria del Contrato por el Perú;¹⁰¹ iii) la referencia a la “caducidad” en el Contrato, es algo que se hace en este tipo de contratos administrativos, para claridad del concesionario sobre cuál es el régimen

⁹⁸ Réplica de las Demandantes, ¶ 215.

⁹⁹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.15.03. Réplica de las Demandantes, ¶ 14.

¹⁰⁰ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 250, 260-261.

¹⁰¹ Réplica de las Demandantes, ¶ 199.

aplicable, pero sigue tratándose de una potestad exorbitante de la Administración;¹⁰²

b) En todo caso, aunque se admitiera que la caducidad se equipara a una resolución contractual, la terminación de un contrato puede constituir -y en este caso constituye- una expropiación contraria al derecho internacional en cuanto:¹⁰³ i) terminar el Contrato invocando el interés público es una prerrogativa soberana;¹⁰⁴ (ii) la actuación del Perú no obedece a un incumplimiento contractual de Convial y no se da en aplicación de la cláusula 15.4 del Contrato, cuyos mandatos se ignoraron;¹⁰⁵ y (iii) la actuación del Perú va más allá de las acciones que podría haber adoptado cualquier administrado “*en su carácter de parte del Contrato de Concesión*”.¹⁰⁶ c) la liberación del Derecho de Vía, no era un tema meramente contractual puesto que concernía tanto a la MPC como a otras entidades a nivel local y nacional que no eran parte del Contrato.

Por último, Convial señala que los demás reclamos calificados por el Perú como contractuales, son expectativas que se derivaban de los puntos anteriormente señalados.¹⁰⁷

e) La objeción del Perú de ser aceptada conduciría inevitablemente a una denegación de justicia

121. Las Demandantes señalan que el Perú busca excluir a la sociedad CCI del arbitraje, quien no es titular de derechos bajo el Contrato, y por ende no puede presentar reclamos contractuales, con el objetivo de dejar la carga económica del arbitraje a Convial, misma que se encuentra en liquidación y sin medios económicos para iniciar dicho procedimiento. Por lo tanto, la aceptación de la objeción de

¹⁰² Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.21.07.

¹⁰³ Réplica de las Demandantes, ¶ 242.

¹⁰⁴ Réplica de las Demandantes, ¶ 243.

¹⁰⁵ Réplica de las Demandantes, ¶ 269.

¹⁰⁶ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 239, 263-271.

¹⁰⁷ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.26.03.

jurisdicción conllevaría a una situación de denegación de justicia. Además, ConviaI sostiene que este riesgo es aún más preocupante ya que ConviaI no estaría en posibilidad de utilizar la cláusula prevista en el Contrato, debido a que la MPC no está acreditada para ser parte en arbitrajes CIADI.¹⁰⁸ Así, el inversor extranjero (CCI) y su vehículo (ConviaI) no tendrían acceso a un foro neutro para obtener una compensación justa por el comportamiento ilícito del Perú.¹⁰⁹

122. En suma, ConviaI concluye que no se trata de un mero litigio contractual, sino de la violación del Tratado por medio de la declaración de caducidad del Contrato que obedeció a intereses políticos.¹¹⁰ ConviaI señala que incluso el Perú en sus escritos reconoce que algunos de los reclamos son *treaty claims*.¹¹¹

3. Las violaciones del Tratado y del derecho internacional

123. De manera preliminar, las Demandantes argumentan que los actos de la MPC son directamente imputables al Perú, según lo previsto en los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos, los cuales son considerados por la jurisprudencia internacional como la expresión de la costumbre internacional.¹¹²
124. Las Demandantes sostienen que el Perú violó sus obligaciones internacionales mediante el trato dispensado tanto a las Demandantes como a su inversión: a) al expropiar su inversión sin razón de utilidad pública, ni respeto del debido proceso, ni otorgando compensación económica alguna; b) dispensado un trato injusto e inequitativo a su inversión; c) perjudicando su inversión mediante la imposición de medidas injustificadas e incluso discriminatorias; d) no garantizando un nivel adecuado de protección y seguridad física y jurídica a su inversión; y e) acordando a

¹⁰⁸ Audiencia 23/03/2012, Audio hr. 00.51.26.

¹⁰⁹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 220-226.

¹¹⁰ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.26.03.

¹¹¹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.26.52.

¹¹² Memorial de las Demandantes, ¶¶ 181-183.

su inversión un trato menos favorable de aquel acordado a inversiones de inversionistas de terceros Estados.¹¹³

a) El Estado ha expropiado ilícitamente la inversión de las Demandantes

125. Las Demandantes argumentan que el derecho internacional reconoce sin ambages que los derechos contractuales también pueden ser objeto de expropiación. En sustento a su argumento, referencias son hechas al caso *Amoco c. República Islámica de Irán* del Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos, así como a los casos CIADI: *SPP c. Egipto* y *Consortium R.F.C.C. c. Marruecos*. Así mismo, señalan que el mismo Tratado considera los derechos de un concesionario como integrantes de la noción de inversión.¹¹⁴
126. Las Demandantes sostienen que, “*la referencia en el contrato de concesión al poder exorbitante de la administración pública peruana de declarar la caducidad por interés público, no excluye -al contrario de lo que dice el Perú- la calificación de expropiación en derecho internacional*”.¹¹⁵ La “*jurisprudencia internacional [reconoce que] una resolución contractual puede, dependiendo de las circunstancias del caso... [constituir] una expropiación contraria al Tratado y al Derecho internacional aunque la caducidad se mencione en el contrato*”.¹¹⁶
127. Además, Convia! señala que el mismo Perú en su Contra-Memorial admitió esta posibilidad. Así, para concluir si el Perú cometió una expropiación ilícita, el Tribunal deberá considerar todas las circunstancias de los hechos que rodean la declaración de caducidad.¹¹⁷
128. Con base en lo establecido por los tribunales arbitrales, las Demandantes sostienen que dos elementos son necesarios para que una resolución de un contrato pueda ser calificada de expropiación contraria al derecho internacional: (i) que el inversor sea

¹¹³ Memorial de las Demandantes, ¶ 184.

¹¹⁴ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 185-191.

¹¹⁵ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.04.18.

¹¹⁶ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.04.57; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 240-249.

¹¹⁷ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 238-242.

“desposeído” de su inversión y (ii) que dicha desposesión constituya un repudio injustificado o confiscatorio del contrato por el Estado.¹¹⁸

129. La desposesión implica “*la pérdida del derecho o su ejercicio*”. Por ejemplo, en casos como *ADC c. Hungría* y *Suez c. Argentina* se declaró que existiría una expropiación cuando “*las medidas estatales tuvier[an] por efecto que los derechos del inversionista ‘desaparecier[an] o perdier[an] todo valor’*” o cuando tuvo lugar “*una apropiación manifiesta de los derechos de la Concesión*”¹¹⁹. Señalan las Demandantes que “[*l]a desposesión [...] caracteriza además una expropiación prohibida por el Derecho internacional cuando equivale a un repudio injustificado del contrato por el Estado*”¹²⁰. De lo anterior concluye Convia! que “[*l]a declaración de caducidad y consiguiente reversión del Contrato de Concesión, decretada arbitrariamente por motivos políticos, constituye una expropiación ilícita de la inversión de las Demandantes*”.¹²¹

130. Afirman las Demandantes que “[*e]l criterio principal que sigue la jurisprudencia para calificar un repudio confiscatorio de derechos contractuales como expropiación, es el del ejercicio, por parte del Estado, de facultades que van más allá de su actuación como una mera parte contractual*”.¹²² Convia! señala que, esta regla ha sido aplicada en tres escenarios fácticos distintos: “*Primero, en aquellos casos en los que el Estado pone fin de forma unilateral a un contrato invocando el interés público, sin culpa del inversor... Segundo,... casos en los que sin poner fin al contrato o antes de poner fin a un contrato,... el Estado incumple una obligación contractual... y Tercero... casos en los que el Estado pone fin a un contrato, esta vez no invocando un interés público, sino invocando un incumplimiento contractual*”.¹²³ Convia! considera que la simple “*invocación del interés público por el Perú como*

¹¹⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 192.

¹¹⁹ Memorial de las Demandantes, ¶ 193.

¹²⁰ Memorial de las Demandantes, ¶ 194.

¹²¹ Memorial de las Demandantes, subtítulo 4.1.2.

¹²² Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.05.31.

¹²³ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.05.55.

causa de caducidad, es suficiente por lo tanto para concluir que no actuó como mera parte contractual”, lo que debería poner fin al debate.¹²⁴

131. Además, haciendo alusión a los casos *ADC c. Hungría*, *Suez c. Argentina* y *BP c. Libia*, y al propio Tratado, las Demandantes argumentan que, independientemente de la mención al interés público, *“la terminación unilateral de un contrato por el Estado llevada a cabo de manera injusta, arbitraria, discriminatoria o confiscatoria es considerada como una expropiación contraria al Derecho internacional”*.¹²⁵
132. Las Demandantes manifiestan que el repudio confiscatorio de derechos contractuales por el Estado en ejercicio de sus facultades soberanas es considerado expropiatorio. Así en el presente caso, lo importante es determinar si la actuación del Estado, siendo un incumplimiento contractual, responde al ejercicio de un poder soberano con efecto devastador en la inversión.¹²⁶
133. Las Demandantes argumentan que la declaración de caducidad del Contrato invocando el interés público, anunciada el 21 de noviembre 2007, y su consecuente reversión producida el 22 de mayo de 2008, son un repudio frontal del Contrato; consideran que la caducidad es una *“medida de nacionalización o expropiación [u] otra medida que [tiene] el mismo efecto”* y no el ejercicio de un derecho contractual.¹²⁷
134. Convia asegura que la referencia a la caducidad en el Contrato no hace más que reafirmar una facultad ya existente en la ley peruana. Señala que es común en contratos de inversión aludir a las facultades de los organismos públicos, sin que ello signifique que dejen de ser funciones específicas de un soberano.¹²⁸
135. Las Demandantes hacen énfasis en el cambio de posición que ha tenido el Perú con respecto a la expropiación en cuestión, así como en la contradicción de sus

¹²⁴ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.07.23.

¹²⁵ Memorial de las Demandantes, ¶ 196.

¹²⁶ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.08.35.

¹²⁷ Réplica de las Demandantes, ¶ 230.

¹²⁸ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.10.02.

argumentos en su esfuerzo por deslindarse de su responsabilidad. Por un lado, califica la declaración de caducidad como el ejercicio de un derecho contractual y, por el otro, como un “*police power of the State*”. Primero la calificó como caducidad con base en un interés público y, luego, como una medida por incumplimiento contractual.¹²⁹

136. Las Demandantes rechazan que la caducidad del Contrato sea un comportamiento contractual normal y no un ejercicio del *ius imperium*. Convial sostiene que la posibilidad de terminar unilateralmente un contrato invocando un interés público surge exclusivamente de la naturaleza del Estado como ente soberano. Sostiene que en derecho internacional la terminación de un contrato por interés público es un acto que caracteriza el ejercicio del *ius imperium* del Estado. Así, Convial señala que en el presente caso la MPC no buscó tutelar un derecho contractual sino un bien público, por lo que la caducidad no puede ser otra cosa que el ejercicio del *ius imperium*.¹³⁰
137. Convial señala además que de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia peruana, la facultad resolutive unilateral, lo que aconteció en este caso, es una expresión del *ius imperium*, que en derecho administrativo peruano corresponde al *rescate de la concesión*, tal como fue explicado por el Prof. Martin.¹³¹
138. Las Demandantes señalan que el argumento del Perú conduce a lo absurdo, ya que siguiendo su propuesta, bastaría con que todas las prerrogativas exorbitantes del Estado sean estipuladas en el Contrato, para desproveer al inversor de la posibilidad de tener acceso a la protección otorgada por el Tratado.¹³²
139. Las Demandantes señalan que el artículo 4(2) del Tratado establece las condiciones bajo las cuales se debe efectuar toda medida de nacionalización o expropiación, las

¹²⁹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.02.44.

¹³⁰ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 251-272.

¹³¹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.11.43.

¹³² Audiencia 23/03/2012, Audio hr. 00.58.00; Audio hr. 01.34.10.

cuales son *cumulativas*, por lo que basta que el Estado incumpla con una sola de ellas para que la expropiación de la inversión sea considerada ilícita.¹³³

140. Convia! objetiva todas las razones esgrimidas por el Perú para sustentar que la caducidad del Contrato por interés público responde a un “*comportamiento contractual normal*” y no al ejercicio del *ius imperium*. Por la negativa, Convia! afirma entonces que: i) la caducidad no fue independiente de presiones políticas; ii) la caducidad no fue “aceptada” por Convia!; iii) “*el mero hecho que la MPC haya invocado la cláusula 15.4 del Contrato para declarar la caducidad no significa que las Demandantes hayan aceptado que la MPC aplicó “el método establecido en el Contrato”*”. Las Demandantes no responden por los actos de la MPC y la MPC no aplicó el método establecido en el Contrato”; iv) es falso que las Demandantes no habrían alegado que la caducidad “*resultó del uso de legislación o reglamentaciones impuestas por la potestad gubernamental del Estado*”; v) es falso que la caducidad “*no fue repentina sino que fue presagiada por la falta de progreso por Convia! para cumplir sus obligaciones contractuales*”; y vi) su argumento no es de naturaleza contractual y no se basa en el alegato (incorrecto) de que la Municipalidad incumplió el Contrato de Concesión.¹³⁴

141. Las Demandantes sostienen que el Perú ha violado las cuatro condiciones enunciadas en el artículo 4(2) del Tratado, ya que la expropiación de su inversión fue decretada: i) sin motivos legítimos de utilidad pública, ii) sobre una base discriminatoria, iii) sin respeto por el debido proceso legal, y iv) sin el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.¹³⁵

i. La expropiación respondió a motivaciones políticas oportunistas y, por tanto, carece de fundamento legítimo

142. Las Demandantes sostienen que si bien la resolución del Contrato se hizo con base en supuestas razones de interés público, y no por incumplimiento contractual, dicho interés público sólo fue invocado como pretexto para desposeerlas de su inversión y

¹³³ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 199-203.

¹³⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 252-264.

¹³⁵ Memorial de las Demandantes, ¶ 203.

así, ocultar la motivación política y arbitraria de la declaración de caducidad.¹³⁶ Las Demandantes afirman que “*la carga de la prueba en cuanto a la existencia de un verdadero interés público reca[e] sobre el Estado*”.¹³⁷

143. Las Demandantes señalan que la MPC invocó la necesidad de retomar las obras de la Vía Expresa a sabiendas de que Conviaal necesitaba la liberación del Derecho de Vía para hacerlo, y que la falta de dicha liberación era culpa de la propia MPC. Con base en ello, las Demandantes sostienen que la razón de utilidad pública invocada por la MPC en sus escritos del 5 de noviembre de 2007 y del 21 de noviembre de 2007 no es verídica, ya que si realmente hubiese querido retomar las obras, habría procedido a “*liberar el Derecho de Vía, como le obligaba el Contrato y sus Adendas*”, lo que no ocurrió.¹³⁸
144. Conviaal explica que la declaración de caducidad de la Concesión obedeció al contexto político peruano y no al interés público invocado. Como evidencia de ello, las Demandantes hacen referencia a: 1) el comportamiento renuente de la MPC frente a sus diferentes intentos para encontrar soluciones que permitieran el avance del proyecto; 2) el resultante efecto contrario al interés público que tuvo el rescate de la concesión, traducido en el definitivo estancamiento del Proyecto; así como a 3) la fuerte presión política ejercida sobre la MPC por parte de miembros del Congreso peruano. Por lo anterior, concluyen que la decisión de decretar la caducidad del Contrato constituye una maniobra política, en la que la MPC se condujo por puro oportunismo.¹³⁹
145. Las Demandantes sostienen que “[l]a medida idónea para alcanzar el interés público invocado como causal de caducidad era la liberación efectiva del Derecho

¹³⁶ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 204-206.

¹³⁷ Réplica de las Demandantes, ¶ 280.

¹³⁸ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 207-209.

¹³⁹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 210-219.

*de Vía, lo que el Perú podía hacer pero no hizo porque su intención era terminar el Contrato, no la Vía Expresa”.*¹⁴⁰

ii. La expropiación de la inversión ha sido decretada sobre una base discriminatoria

146. Las Demandantes argumentan que su inversión fue expropiada sobre una base discriminatoria, toda vez que otro concesionario responsable de la construcción del Aeropuerto Internacional que enfrentaba los mismos problemas que Convial de no liberación de los terrenos necesarios, no fue sometido al mismo hostigamiento de las instituciones públicas peruanas, ni vio resuelta su concesión por supuestas razones de utilidad pública; simplemente se le otorgó una extensión de plazos para la ejecución.¹⁴¹
147. Convial señala que el mismo Sr. Kouri en su testimonio ante la Comisión del Congreso (sesión 21 de mayo de 2007) reconoció el trato discriminatorio otorgado a Convial.¹⁴²

iii. La expropiación de la inversión violó el debido proceso legal

148. Las Demandantes sostienen que los tribunales internacionales en casos como *ADC c. Hungría*, *Middle Est c. Egipto* y *Waste Management c. México*, han considerado que el estándar del debido proceso como una condición de legalidad de la expropiación, puede ser violado a través de una variedad de actos. En el presente caso, a decir de Convial, el procedimiento mediante el cual la MPC decretó la caducidad del Contrato violó tanto el artículo 4(2) del Tratado, al no acordarle el debido proceso legal; así como la Ley peruana de Procedimiento Administrativo General, particularmente el artículo IV(1) literal 1.1 y el artículo 21(3).¹⁴³

¹⁴⁰ Réplica de las Demandantes, ¶ 299.

¹⁴¹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 220-221.

¹⁴² Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.43.07.

¹⁴³ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 223-226.

149. Convial argumenta que el procedimiento que condujo a la declaratoria de caducidad fue una farsa. A su decir, la MPC ya había tomado la decisión de decretar la caducidad del Contrato cuando envió su comunicación del 5 de noviembre de 2007, por lo que Convial no tuvo en realidad la oportunidad de defenderse en un procedimiento transparente y público. Los informes de consultoras calificadas con respecto a los aspectos técnicos, legales y económico-financieros del Contrato, sobre los cuales supuestamente se sustentó el informe recomendando la caducidad del Contrato, no existen.¹⁴⁴
150. Asimismo, Convial argumenta que no se le permitió: “a) *participar en el procedimiento que llevó a la caducidad; b) presentar alegaciones en defensa, o incluso; c) acceder a la decisión que decretó la caducidad o el informe en el que supuestamente se basó dicha decisión*”.¹⁴⁵ Además, sostiene que incluso la decisión de decretar la caducidad del Contrato, supuestamente adoptada por el Consejo Municipal de la MPC mediante Acuerdo No. 000208 del 5 de noviembre de 2007, nunca le fue notificada pese a haberla solicitado insistentemente.¹⁴⁶
151. Del mismo modo, las Demandantes sostienen que la MPC también violó a) el artículo 2(5) de la Constitución del Perú (al ubicarla en clara indefensión); b) la Ley Orgánica de Municipalidades, ya que la caducidad fue decretada por la Gerencia Municipal de Desarrollo Urbano y no por el Consejo Municipal, órgano competente para hacerlo.¹⁴⁷
152. Con base en todo lo anterior, Convial argumenta que puede concluirse que la declaración de caducidad del Contrato fue tomada por un órgano sin competencia, mediante un proceso politizado que violó las garantías procesales previstas en el

¹⁴⁴ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.33.25.

¹⁴⁵ Memorial de las Demandantes, ¶ 231.

¹⁴⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 235.

¹⁴⁷ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 232, 237.

derecho peruano y en el derecho internacional. Por tanto, la expropiación de la inversión de las Demandantes fue decretada en violación del debido proceso legal.¹⁴⁸

153. En todo caso, las Demandantes sostienen que el mismo Perú en su Contra-Memorial admitió implícitamente que el Estado no respetó el debido proceso, al afirmar que “no estaba obligada a respetar el debido proceso al declarar la caducidad por interés público porque eso equivaldría a imponer ‘formalidades no pactadas a la caducidad’”.¹⁴⁹ En opinión de Convial, excusar la violación del debido proceso en razón de la naturaleza contractual de la declaración de caducidad, es revelador de las intenciones del Perú de utilizar “su derecho interno para evadir su responsabilidad internacional, lo que no es conforme a Derecho”.¹⁵⁰

iv. El Perú no compensó de manera pronta, adecuada y efectiva a las Demandadas

154. Las Demandantes argumentan que el Perú al no haber pagado la compensación prevista tanto por el artículo 4(2) del Tratado, como por el mismo Contrato, pone de manifiesto la violación al Tratado de conformidad con la jurisprudencia arbitral, confirmando así la ilegalidad de la expropiación.¹⁵¹

155. Además, subraya que aunque el Perú ha reconocido que la caducidad conlleva a una compensación, “ha demostrado a lo largo de estos años y en este arbitraje que... no tiene intención de compensar a las Demandantes por la expropiación de su inversión”.¹⁵² Así, el Perú habría aceptado que, si el Tribunal Arbitral considera que la declaración de caducidad constituye una expropiación, ésta sería ilegal.¹⁵³

156. Convial señala que la obligación de compensación prevista por el Tratado no tiene ninguna “condicional”, no depende de la disponibilidad de información como lo pretende el Perú.

¹⁴⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 238.

¹⁴⁹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 310-311.

¹⁵⁰ Réplica de las Demandantes, ¶ 313.

¹⁵¹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 239-241.

¹⁵² Réplica de las Demandantes, ¶ 336.

¹⁵³ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 231, 321-326.

157. Las Demandadas alegan que es “*absurdo de alegar que ‘fue Conviaf quien impidió que la Municipalidad reali[zara] la liquidación al no acreditar [en virtud de lo dispuesto en la cláusula 15.4 del Contrato] la información necesaria’*”, debido a que: 1) el Perú no demuestra que la información solicitada después de la caducidad fuera necesaria para el cálculo de la compensación; 2) en todo caso, la MPC disponía de los medios para hacer el cálculo; y 3) afirman que sí se remitió la información que requería el Contrato, la cual a pesar de ser calificada por el Perú como carente de sustento, irónicamente es usada en este arbitraje.¹⁵⁴ En resumen, el Perú contaba con todos los medios e información necesarios (y los tenían en su momento) para hacer dicho cálculo e “*invoc[ar] una mera disposición contractual, no le exime de responsabilidad por la falta de pago de una compensación adecuada y efectiva bajo el Tratado y el Derecho internacional*”.¹⁵⁵
158. En suma, las Demandantes concluyen que el Perú al haber repudiado sus derechos contractuales por medio de la declaración ilegítima de la caducidad del Contrato, expropió ilícitamente su inversión en violación de su obligación bajo el artículo 4(2) del Tratado.¹⁵⁶
159. Las Demandantes también concluyen que la caducidad del Contrato no constituye el ejercicio de un “*regulatory power*”, como lo sostiene el Perú. Argumentan que la caducidad del Contrato, mediante un acto administrativo de alcance individual, no puede ser asimilada al ejercicio de un “*mandatory power*” que involucra la adopción de medidas de carácter general. Así mismo, argumentan que las condiciones para el ejercicio de un “*mandatory power*” no se cumplen en el presente caso.¹⁵⁷
160. En todo caso, Conviaf sostiene que el Perú no puede argumentar que la expropiación fue “*consecuencia de distorsiones del demandante*”, ya que para ello el derecho internacional requiere que el Estado pruebe que 1) el inversor realmente se comportó

¹⁵⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 327-335.

¹⁵⁵ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 01.56.52; Réplica de las Demandantes, ¶ 328.

¹⁵⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 242.

¹⁵⁷ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 338-349.

indebidamente y que, 2) la medida sancionadora es legítima, justificada, no arbitraria y proporcional, elementos que no son probados por el Perú.¹⁵⁸

b) El Estado ha violado su obligación de dar un trato justo y equitativo (“TJE”) a la inversión de las Demandantes

161. Las Demandantes argumentan que el Perú, al haber decretado la caducidad del Contrato, violó la obligación de asegurar un trato justo y equitativo (TJE) a su inversión tal y como se prevé en el artículo 2(3) del Tratado, el cual obliga al Estado anfitrión a respetar tanto las expectativas legítimas formadas en los inversionistas extranjeros, como los estándares de conducta exigibles de los Estados en todos los casos. Además, la conducta del Perú también fue arbitraria, no transparente, incoherente y desincentivadora de la inversión de las Demandantes.¹⁵⁹

i. *El Estado está obligado a respetar tanto las expectativas legítimas de cada inversor como los estándares absolutos de tratamiento de las inversiones extranjeras*

162. Convia argumenta que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo tiene dos facetas:

- La primera faceta (A), de acuerdo con la jurisprudencia arbitral unánime, exige del Estado receptor el respeto de las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros, y su no frustración mediante actos soberanos. Asimismo, con base en lo decidido en el caso *Mondev c. Estados Unidos de América*, consideran que dentro de la regla del trato justo y equitativo, también queda comprendida la imposibilidad del Estado receptor de desvincularse de acuerdos suscritos con inversionistas.¹⁶⁰

Convia subraya que el mismo Perú aceptó en su Dúplica, que las expectativas legítimas están protegidas por el estándar de trato justo y equitativo.¹⁶¹

¹⁵⁸ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 350-358.

¹⁵⁹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 243-245.

¹⁶⁰ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 247, 250.

¹⁶¹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 02.01.03.

Haciendo referencia a los casos *CME c. República Checa* y *Tecmed c. México*, las Demandantes señalan que la expectativa que debe ser protegida es aquella que sirve de base a la decisión de invertir en el país. Así mismo, con base en lo decidido en el caso *Parkerings c. Lituania*, argumentan que la expectativa es legítima cuando ha sido concedida o garantizada, explícita o implícitamente, por el Estado receptor de la inversión.¹⁶² Lo importante es que dichas expectativas puedan ser identificadas objetivamente.¹⁶³

Así, las Demandantes concluyen que la obligación del Perú de asegurar un trato justo y equitativo a su inversión, le obligaba a respetar las garantías y promesas de las autoridades peruanas que las incitaron a invertir.¹⁶⁴

- La segunda faceta (B) impone al Estado una conducta conforme a los estándares absolutos de trato a las inversiones extranjeras, aplicables en todos los casos, sean cuales sean las expectativas legítimas de los inversores. Así, argumentan que, de acuerdo con la jurisprudencia arbitral, la obligación exige que el Estado actúe en modo no arbitrario, coherente y transparente y que proteja proactivamente las inversiones extranjeras. En sustento de su argumento, las Demandantes hacen referencia a lo resuelto en los casos *Bayindir c. República Islámica de Pakistán*, *Lesi Astaldi c. República Argentina Democrática y Popular*, *Tecmed c. México*, *Saluka c. República Checa*.

Además, agregan que, de acuerdo con lo decidido en el caso *Azurix c. Argentina*, contrariamente a lo sostenido por el Perú,¹⁶⁵ no es necesario que el Estado actúe de mala fe para que el trato otorgado a la inversión sea considerado injusto e inequitativo.¹⁶⁶

¹⁶² Memorial de las Demandantes, ¶¶ 248-249, 251.

¹⁶³ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 02.02.16.

¹⁶⁴ Memorial de las Demandantes, ¶ 253.

¹⁶⁵ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 02.02.49.

¹⁶⁶ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 254-260.

163. Así, Conviaal concluye que tenía derecho a que el Perú no actuara en forma arbitraria, incoherente, no transparente y contraria al fomento e incentivo de su inversión en el territorio peruano.¹⁶⁷

164. Las Demandantes sostienen que, contrariamente a lo argumentado por el Perú, la jurisprudencia arbitral reciente ha establecido que un inversor está protegido contra conductas del Estado contrarias a la justicia y equidad sin que éstas deban ser necesariamente sorpresivas y anormales (*Mondev c. Estados Unidos de América*).¹⁶⁸

ii. El Perú frustró las expectativas legítimas de las Demandantes

165. Las Demandantes argumentan que su decisión de invertir en el Proyecto se basó en las expectativas legítimas creadas por el Perú, por medio de declaraciones y compromisos contractuales contraídos por la MPC, así como, en el marco regulatorio peruano.¹⁶⁹

166. Así, “[a]ctuando más allá de su función como mera parte contratante y ejerciendo las funciones de un soberano, Perú violó, entre otras, cada una de las siguientes expectativas legítimas de las Demandantes”:¹⁷⁰ a) la garantía de que liberaría el Derecho de Vía (sin el cual era imposible la construcción de la Vía Expresa); b) la garantía de que se extenderían los plazos para ejecutar la obra, en caso de que no se liberara el Derecho de Vía; c) la garantía de que se mantendría el equilibrio económico-financiero del Contrato; d) la garantía de que la resolución del Contrato por cualquier causa no imputable a Conviaal daría lugar al pago de compensación económica de conformidad con la garantía complementaria; y e) la garantía de que se mantendría el cobro del peaje hasta la completa devolución de las deudas contraídas por Conviaal para financiar el Proyecto.¹⁷¹

¹⁶⁷ Memorial de las Demandantes, ¶ 261.

¹⁶⁸ Réplica de las Demandantes, ¶ 364.

¹⁶⁹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 02.03.33.

¹⁷⁰ Memorial de las Demandantes, ¶ 263.

¹⁷¹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 262-263.

167. Convial niega que sus argumentos busquen equipararse a una “cláusula paraguas”, primero, porque CCI no es parte del Contrato y por tanto no necesita esta cláusula;¹⁷² segundo, porque no todas sus expectativas legítimas surgen directamente del Contrato; y tercero, porque que existen actos de autoridades distintas a la MPC.¹⁷³

(a) El Estado frustró la expectativa legítima de las Demandantes de que liberaría el Derecho de Vía y que la falta de liberación no perjudicaría al Concesionario

168. Convial señala que desde el inicio del Proyecto se dejaron claros varios aspectos con respecto a la liberación del Derecho de Vía: 1) su carácter fundamental; 2) la responsabilidad de las autoridades públicas, en particular, la responsabilidad exclusiva de la MPC de liberarlo que quedó estipulada tanto en el Contrato Preparatorio como en el Contrato y sus sucesivas Adendas;¹⁷⁴ 3) la existencia de garantías en favor del Concesionario ante la falta de liberación de tal Derecho.

169. Las Demandantes argumentan que, contrariamente a lo sostenido por el Perú, la obligación de “poner a disposición” el área de terreno que corresponde al Derecho de Vía requería que sobre esos terrenos se pudiera construir, lo que no sucede si esos terrenos tienen interferencias. Así, la obligación de remover las interferencias recaía sobre el Perú, no sobre Convial.¹⁷⁵ La obligación de las Demandantes se limitaba a aquellas que habían sido identificadas en la Propuesta Técnica (obligación que no puede ser extendida de manera genérica a todas las interferencias que pudieran existir después, como pretende el Perú).¹⁷⁶

170. Contrariamente a lo sostenido por el Perú, Convial argumenta que la cuestión de las interferencias “no es simplemente poner una suma de dinero. Eliminar interferencias es, antes que nada, una actividad conjunta entre el concesionario y el Estado que tiene los poderes suficientes para obtener las autorizaciones necesarias y eliminar

¹⁷² Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 02.04.25.

¹⁷³ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 376-379.

¹⁷⁴ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 264-267.

¹⁷⁵ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 395-402.

¹⁷⁶ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 410-425.

las interferencias”.¹⁷⁷ Refiriendo al contenido de las Adendas, Convial sostiene que ante los primeros incumplimientos, la MPC siempre reconoció el atraso de Proyecto debido a la no liberación de los terrenos y prometió constantemente obtener la liberación de la traza, así como, asumir las consecuencias que se derivasen de su incumplimiento. Las promesas de la MPC hasta el cambio de administración fueron constantes. Sin embargo, a la fecha de la declaración de caducidad, el Derecho de Vía, seguía sin estar liberado y la MPC trató de responsabilizar a Convial por la demora en la construcción; *“esta fue la primera vez que la MPC negó haber incumplido su obligación de liberar el Derecho de Vía, sin explicación ni fundamento alguno*”.¹⁷⁸

171. Bajo tales circunstancias, las Demandantes argumentan que el Perú violó la garantía dada a las Demandantes de liberar el Derecho de Vía y que la falta de ello no perjudicaría al Concesionario. Aseguran que el Perú ha utilizado sus potestades de soberano para resolver el Contrato por supuestas razones de interés público en lugar de actuar de conformidad con las garantías dadas a las Demandantes.¹⁷⁹

(b) El Estado frustró la expectativa de las Demandantes de que la no liberación del Derecho de Vía conllevaría una extensión de los plazos para completar la obra

172. Las Demandantes sostienen que en todo momento el Estado dejó en claro que, en caso de que no fuese posible liberar la traza, se dispondría de plazos extendidos para completar las obras. A este respecto, argumentan que:

1) el Reglamento de 1997, preveía la facultad del organismo municipal de “[m]odificar el contrato de concesión cuando ello resulte necesario [...]”;

2) bajo el Contrato Preparatorio, Convial tenía derecho a “[s]olicitar la ampliación del plazo pactado en el futuro contrato por atrasos paralizaciones y/o suspensiones (sic) ajenas a su voluntad, incluidos los

¹⁷⁷ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 00.23.41.

¹⁷⁸ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 268-272.

¹⁷⁹ Memorial de las Demandantes, ¶ 273.

atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones imputables a EL CONCEDENTE [...]”; y

3) el Contrato garantizó que “[s]i por cualquier causa propia o ajena a EL CONCEDENTE, al momento de la Toma de Posesión no se encontrara libre el Derecho de Vía, el plazo para la iniciación de las Obras será ampliado por el tiempo que demande su solución”, así como, el derecho de Conviaal a obtener una ampliación de plazo en caso de atrasos, paralizaciones y/o suspensiones ajenas a su voluntad, incluidos atrasos por incumplimientos imputables a EL CONCEDENTE y por casos fortuitos o de fuerza mayor.¹⁸⁰

173. Conviaal señala que en diferentes ocasiones la MPC manifestó o dió a entender la posibilidad de obtener una prórroga. Al respecto hace referencia a la cláusula 2 de la Segunda Adenda, así como a la carta de la MPC dirigida a Conviaal de fecha 21 de diciembre de 2006. *“En lugar de acordar una nueva adenda con un nuevo cronograma de obras condicionado a la efectiva liberación del Derecho de Vía en los tramos faltantes, [la nueva administración de la MPC] optó por declarar la caducidad del Contrato”*, violando así la garantía de alargar los plazos en caso de que el Derecho de Vía no se liberase.¹⁸¹

(c) El Estado frustró la expectativa legítima de las Demandantes de que se mantendría el equilibrio económico-financiero del Contrato

174. Las Demandantes argumentan que el Estado también garantizó que se mantendría el equilibrio económico-financiero del Contrato. Así, toda variación en el Proyecto (los plazos, condiciones macroeconómicas, etc.) con un impacto en dicho equilibrio deberían dar lugar a un ajuste en los términos contractuales. A decir de las Demandantes, esta obligación, prevista en el Reglamento de 1997, se encontraba plasmada tanto en el Contrato Preparatorio (cláusula 4.04), como en diferentes cláusulas del Contrato (cláusulas 14.1, 9.9, 12.5 y 14.2). Lo que se exigía de la MPC era tomar las medidas necesarias para preservar dicho equilibrio ante cambios en los

¹⁸⁰ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 274-277.

¹⁸¹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 278-280.

principales supuestos del modelo económico del *project finance* no imputables al Concesionario.¹⁸²

175. Lo anterior fue aplicado tanto en la Tercera como en la Cuarta Adenda. Expectativas de este mismo tipo fueron generadas por la carta de la MPC de fecha 21 de diciembre de 2006, donde a efecto de preservar el equilibrio económico-financiero se entendía que se llevaría a cabo una nueva adenda. Sin embargo, las Demandantes concluyen que, a pesar de todo ello, la nueva administración de la MPC nunca restableció dicho equilibrio y en su lugar, simplemente resolvió el Contrato de forma unilateral invocando un supuesto interés público y sin compensación económica alguna.¹⁸³

(d) El Perú frustró la expectativa de las Demandantes de que la caducidad del Contrato daría lugar al pago de la Garantía Complementaria

176. Las Demandantes argumentan que la obligación del Perú de compensarlas en caso de expropiación directa de su inversión está reconocida tanto por el Tratado, el derecho internacional, como por el mismo Contrato, donde el Estado se comprometió, tal y como él mismo lo ha reconocido en el presente arbitraje, a compensarlas económicamente en caso de que la MPC decretara la caducidad por razones de utilidad pública.¹⁸⁴
177. Del mismo modo, añaden que en la Tercera Adenda se otorgó la Garantía Complementaria que se ejecutaría ante cualquier incumplimiento de las obligaciones del Concedente y, que a su vez precisaba el cálculo de la compensación económica prevista en la cláusula 15.12 del Contrato en casos de caducidad.¹⁸⁵ Según Convial, aunque llamada Garantía Complementaria, en realidad se trata de una Garantía de cumplimiento del Contrato.¹⁸⁶

¹⁸² Memorial de las Demandantes, ¶¶ 281-285.

¹⁸³ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 286-289.

¹⁸⁴ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 290-292.

¹⁸⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 294-298.

¹⁸⁶ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 02.22.48.

178. Además, las Demandantes argumentan que el Perú prometió en diferentes ocasiones que les compensaría por la caducidad del Contrato: 1) en la notificación de caducidad; 2) en el Informe Final de CC y; 3) en la Contestación del Perú a la Solicitud de Medidas Provisionales del 2 de diciembre de 2010. Las Demandantes manifiestan que a pesar de todo ello, a la fecha todavía no han recibido compensación alguna, lo cual constituye tanto una expropiación¹⁸⁷ sin compensación como una violación a su expectativa legítima de ser compensadas de conformidad con la Garantía Complementaria.¹⁸⁸
179. Las Demandantes aseguran que la MPC nunca tuvo la intención de cumplir con la Garantía Complementaria; señalan que el Perú no ha demostrado pago alguno a este respecto, lo que es suficiente para concluir que el Perú ha frustrado esta expectativa.¹⁸⁹
180. Así mismo, Convial argumenta que el Perú también frustra sus expectativas legítimas con respecto a la correspondiente compensación, al tratar de anular el Contrato de acuerdo a lo recomendado por la Comisión del Congreso. Si bien la MPC no declaró la nulidad sino la caducidad del Contrato, lo cierto es que ésta aún sigue buscando la nulidad del Contrato conforme a la estrategia marcada por la Comisión del Congreso.¹⁹⁰ Todo ello con el objetivo de evitar el pago de la compensación, frustrando una vez más sus expectativas legítimas.¹⁹¹

(e) El Perú frustró la expectativa legítima de las Demandantes de que el cobro del peaje se mantendría hasta la devolución íntegra del Endeudamiento Garantizado Permitido

181. Las Demandantes señalan que el Contrato preveía la facultad de Convial de constituir las garantías requeridas por los financistas, por lo que contrajeron

¹⁸⁷ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 299-300.

¹⁸⁸ Réplica de las Demandantes, ¶ 447.

¹⁸⁹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 448-449.

¹⁹⁰ Memorial de las Demandantes, ¶ 307.

¹⁹¹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 301-310.

préstamos por un total de USD\$5.000.000,00 y suscribieron un fideicomiso de administración de flujos sobre los derechos de cobro dinerarios de la concesión.

182. Así, de acuerdo con lo establecido en la Segunda Aclaración a la Primera Adenda al Contrato de fecha 7 de agosto de 2003 (la “Segunda Aclaracion”): “[la MPC] ratific[ó] la autorización dada a [Convial] para ceder el flujo de fondos que los ingresos por cobro de peaje generen como mecanismo de repago del financiamiento, en el marco de un clásico ‘Project Finance’, lo que implica mantener vigentes los activos cedidos en pago a favor del financista hasta concluir el reembolso total del endeudamiento permitido [a Convial] incluso ante una eventual caducidad anticipada de la concesión, independientemente de la causa de la misma y del momento en que se produzca”.¹⁹²

183. Sin embargo, al momento de la reversión de la concesión, fecha a la cual la deuda de Convial aún no había sido completamente reembolsada, la MPC decidió poner fin al cobro del peaje ignorando su compromiso, dejando a Convial con una deuda bancaria de cerca de USD\$ 1,4 millones.¹⁹³

iii. El Perú actuó de modo arbitrario, incoherente y no transparente y no protegió proactivamente la inversión de las Demandantes

184. Con fundamento en el derecho internacional, en lo decidido por la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales CIADI (*Lauder c. República Checa* y *Eureka c. Polonia*), las Demandantes sostienen que las acciones de las autoridades peruanas presentan las características de un trato arbitrario.¹⁹⁴

185. Convial sostiene que la MPC se comportó de manera caprichosa, irracional y arbitraria, al haberle exigido retomar inmediatamente las obras pese a saber que ello era materialmente imposible; y al haber invocado el interés público para justificar la declaratoria de caducidad, cuando en realidad ésta obedecía a motivos políticos.

¹⁹² Memorial de las Demandantes, ¶ 312.

¹⁹³ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 311-316.

¹⁹⁴ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 317-321.

Asimismo, sostiene que la MPC actuó de manera arbitraria al negarle el acceso a los documentos del expediente de la declaración de caducidad, particularmente al Acuerdo No. 000208 del Consejo Municipal y al informe de la comisión municipal encargada de evaluar el Contrato (ambos mencionados en la notificación de caducidad).¹⁹⁵

186. Las autoridades peruanas fueron incoherentes en su comportamiento con respecto a la ejecución del Contrato, lo cual quedó claramente de manifiesto con el cambio de postura frente al Contrato entre la antigua y nueva administración de la MPC. Además, la MPC se condujo de forma incoherente con respecto al cobro del peaje, puesto que una vez declarada la caducidad, la MPC declaró públicamente que Convia! no tenía derecho al cobro del peaje, alentando así varios ataques a las instalaciones y contradiciendo su compromiso de garantizar dicho cobro hasta la terminación del periodo de preaviso de 6 meses.¹⁹⁶
187. Las Demandantes también señalan que las autoridades estatales no han actuado con transparencia y han actuado de manera contraria al principio del debido proceso: 1) las autoridades se han negado a darles acceso al informe y resolución del Consejo Municipal (en el que supuestamente se basó la caducidad del Contrato); 2) el Estado se ha negado a otorgarles compensación sin justificación alguna; 3) las instituciones peruanas han utilizado estratégicamente al marco regulatorio peruano con el fin de justificar la nulidad del Contrato.¹⁹⁷
188. Finalmente, Convia! sostiene que las autoridades peruanas faltaron a su obligación de fomentar o incentivar su inversión en territorio peruano, al adoptar una actitud hostil. Asimismo, señala que el desprestigio contra Convia! ha sido tal que ha perdido toda posibilidad de volver a invertir en el Perú en un futuro próximo.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 322-323.

¹⁹⁶ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 324-329.

¹⁹⁷ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 330-333.

¹⁹⁸ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 334-336.

189. Con base en todo lo anterior, las Demandantes concluyen que el Perú no otorgó un trato justo y equitativo a la inversión como lo establece el artículo 2(3) del Tratado, provocándoles como daño la pérdida de su inversión. Convial señala que la existencia del daño no es una condición necesaria para reclamar la responsabilidad internacional del Perú por haber cometido un hecho que, en sí mismo, es internacionalmente ilícito.¹⁹⁹

c) El Perú ha violado su obligación de no perjudicar la inversión de las Demandantes mediante medidas injustificadas o discriminatorias

190. Las Demandantes argumentan que el Perú violó su obligación debida a las inversiones de la otra Parte Contratante, prevista en el artículo 2(3) del Tratado y consistente en no perjudicar su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias. A este respecto, argumentan que con base en lo establecido por la jurisprudencia arbitral, no es necesario que la medida sea a la vez injustificada y discriminatoria; basta con que se verifique alguna de estas dos características para que exista violación de este estándar. Asimismo, aclaran que este estándar no se distingue sustancialmente del estándar de trato justo y equitativo, de tal manera que un inversor protegido por un tratado tiene también una expectativa de que la conducta del Estado hacia él “[n]o viole manifiestamente los requerimientos de consistencia, transparencia y no-discriminación”.²⁰⁰

191. Según Convial, siendo la conducta del Perú arbitraria, *a fortiori* será también injustificada. Manifiestan que, mientras que por su parte siempre hubo plena disposición para negociar con el Estado y tratar de encontrar soluciones a las problemáticas del Proyecto, el Perú, bajo la nueva administración, declaró de manera injustificada la caducidad del Contrato, motivada solamente por oportunismo político.²⁰¹

¹⁹⁹ Réplica de las Demandantes, ¶ 474.

²⁰⁰ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 337-340.

²⁰¹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 342-344.

192. Del mismo modo, ConviaI sostiene que el Perú aplicó medidas manifiestamente discriminatorias con respecto a su inversión. Como sustento a su argumento, ConviaI hace alusión una vez más al trato que le fue otorgado a otro inversor (con una concesión para la construcción y operación del Aeropuerto Internacional) quien recibió un trato distinto al acordado a ConviaI, pese a que se encontraba bajo circunstancias similares a las de la presente controversia.²⁰²
193. Por todo lo anterior, las Demandantes argumentan que debe concluirse que el Perú también violó su obligación de no perjudicarlas mediante medidas injustificadas o discriminatorias, prevista en el artículo 2(3) del Tratado.²⁰³
194. ConviaI sostiene que el Perú se equivoca al argumentar que el estándar para identificar una medida injustificada o discriminatoria “es alto”; señala que el hecho de que este estándar no sea sustancialmente diferente del estándar de trato justo y equitativo, no implica que la conducta del Estado no deba ser examinada bajo los dos criterios; argumenta que se trata de dos obligaciones separadas (según el texto del artículo 2(3) del Tratado). ConviaI señala que tribunales internacionales, en casos como *Paushok c. Mongolia* y *CMS c. Argentina*, han aceptado esta posición. Así mismo, señala que este estándar no se restringe sólo a un estándar de razonabilidad, pues puede extenderse a otros tipos de conductas (*Rumeli c. República de Kazajstán*); señala que algunos tribunales incluso han considerado como medidas discriminatorias o arbitrarias, aquellas adoptadas por “*strong and rising political oppositions*” (*Lauder c. República Checa*).²⁰⁴

d) El Perú violó su obligación de brindar plena protección y seguridad a las inversiones de las Demandantes

195. Las Demandantes argumentan que el Perú tenía la obligación de brindar plena protección y seguridad tanto física como jurídica a su inversión, de acuerdo a lo establecido tanto por el derecho internacional, como por el Tratado y el propio Contrato.

²⁰² Memorial de las Demandantes, ¶ 345.

²⁰³ Memorial de las Demandantes, ¶ 346.

²⁰⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 494-501.

196. Sin embargo, las Demandantes argumentan que el Perú no ofreció las condiciones mínimas de protección tanto jurídica como física, y si bien es cierto que no es posible cuantificar la totalidad de los daños causados por ello, como mínimo se causó la pérdida de ingresos por la falta de seguridad en las instalaciones del peaje.²⁰⁵

i. El Perú no brindó plena protección y seguridad física a los empleados de las instalaciones de Conviaf

197. Con respecto a la obligación del Estado de brindar protección y seguridad física a las inversiones en su territorio, las Demandantes argumentan que esta obligación ha sido reconocida por la jurisprudencia internacional, estableciendo sobre el Estado una obligación de “*diligencia*”. Así, el Estado es responsable en el plano internacional por su mera “*carencia o falta de diligencia*”, sin necesidad de establecer *dolo o negligencia* (*Asian Agricultural Products c. República de Sri Lanka*).

198. Con base en lo anterior y citando el caso *American Manufacturing & Trading c. Zaire*, Conviaf sostiene que la carga de la prueba recae en el Estado, quien debe probar que tomó las medidas posibles para ofrecer dicha protección. Conviaf asevera que, si bien no se trata de una obligación de resultado, la UNCTAD reconoce que “*el estándar de actuación exigido ha sido establecido en un nivel bastante alto*”.²⁰⁶

199. Adicionalmente las Demandantes argumentan que el Estado incumple con su deber de diligencia cuando se mantiene pasivo ante actos de violencia contra el inversor o su inversión, de tal manera que su responsabilidad internacional se ve involucrada independientemente de si los actos violentos son causados por funcionarios públicos o por terceros.²⁰⁷

200. Así, Conviaf sostiene que el Perú incumplió con su obligación de diligencia establecida en el artículo 4(2) del Tratado: a) cuando atacó públicamente el cobro del

²⁰⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 347-351.

²⁰⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 355; Réplica de las Demandantes, ¶ 513.

²⁰⁷ Memorial de las Demandantes, ¶ 356;

peaje, alentando así a movimientos, en algunos casos violentos, contra su cobro y cuando, b) una vez decretada la caducidad, no prestó la protección policial frente a los actos violentos que él mismo instigó, hasta el punto de retirar la protección policial existente en el peaje y negar solicitudes de protección urgente a la Policía Nacional.²⁰⁸

(a) El Perú atacó públicamente el pago del peaje alentando movimientos violentos en contra de su pago

201. Convia! sostiene que la protección de la inversión además de ser una obligación internacional, también era una obligación contractual. La cláusula 9.6 del Contrato preveía la obligación de la MPC de brindar el apoyo necesario para garantizar la prestación del servicio. Convia! subraya que estaba en su derecho de continuar el cobro del peaje mientras estuviera vigente el Contrato y durante el periodo de preaviso contractual, con base en lo establecido en el artículo 40 del Reglamento de 1997 y en la cláusula 15.4 del Contrato.
202. A pesar de ello, las Demandantes argumentan que las autoridades peruanas iniciaron, sin fundamento jurídico alguno, un ataque público en contra del peaje incluso antes de que se declarara la caducidad, lo que generó un sentimiento popular hostil en contra de su cobro y de Convia!. Como prueba de la hostilidad en contra del peaje, Convia! hace alusión al intento de toma de instalaciones registrado el 6 de diciembre de 2007.²⁰⁹

(b) El Perú retiró el resguardo policial que protegía la Vía Expresa y se abstuvo de brindar la protección solicitada por las Demandantes

203. Del mismo modo, las Demandantes argumentan que el Perú no sólo alentó la oposición violenta contra Convia! y el cobro del peaje, sino que llegó hasta retirar la protección policial asignada habitualmente a la estación del peaje, y se negó a

²⁰⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 357.

²⁰⁹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 358-365.

atender las repetidas solicitudes de protección que Convial hizo llegar a la Policía Nacional del Perú (“PNP”).²¹⁰

204. En todo caso, Convial argumenta que si bien en una carta del 10 de diciembre de 2007 la PNP había afirmado que enviaría una dotación policial, ésta no se tradujo en una protección real a la inversión. Del mismo modo, sostiene que la situación de inseguridad y falta de protección fue notificada a la Comisión Nacional de Ley por medio de la notificación No. 28933, e informada al Presidente de la República, al Ministro de Relaciones Exteriores y al Presidente del Consejo de Ministros del Perú el 4 de marzo de 2008.²¹¹
205. Como consecuencia de todo ello, las Demandantes argumentan que el Perú incumplió con su obligación de diligencia para asegurar plena protección y seguridad a su inversión (incluidos los empleados y bienes del inversor).²¹²

ii. *El Perú no brindó plena protección y seguridad jurídica a la inversión*

206. Convial sostiene que en el artículo 4(1) del Tratado, los Estados acordaron que el estándar de plena protección y seguridad se extendería al marco jurídico de las inversiones.
207. Así, haciendo alusión a los casos *Siemens c. Argentina*, *Azurix c. Argentina* y *Biwater Gauff c. Tanzania*, las Demandantes señalan que la aplicación de este estándar implica la garantía de la estabilidad en el marco jurídico aplicable a la inversión y su aplicación previsible, de tal suerte que “*El Estado huésped tiene la obligación de asegurar que, ya sea por la modificación de sus leyes o mediante acciones de sus organismos administrativos, no se retirara o disminuirá la seguridad y protección de las inversiones de inversores extranjeros.*” (*CME c. República Checa*).²¹³

²¹⁰ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 366-375.

²¹¹ Memorial de las Demandantes, ¶ 376.

²¹² Memorial de las Demandantes, ¶¶ 366-378.

²¹³ Memorial de las Demandantes, ¶ 382; Réplica de las Demandantes, ¶ 540.

208. Del mismo modo, con base en lo decidido en el caso *Vivendi II*, las Demandantes argumentan que la plena protección y seguridad jurídica está estrechamente ligada al estándar de TJE. Por lo tanto, la violación del estándar de TJE implica la violación del estándar de protección y seguridad jurídica. Así las cosas, las Demandantes sostienen que puesto que el Perú violó su obligación de asegurar un trato justo y equitativo a su inversión, también violó su obligación del artículo 4(2) del Tratado.²¹⁴

209. Conviaal aclara que, contrariamente a lo señalado por el Perú, el hecho de que este estándar pueda llegar a confundirse con el estándar de TJE no es una razón para no admitir los reclamos de plena protección y seguridad jurídica. Conviaal afirma que la posición del Perú a este respecto, contradice la jurisprudencia internacional (*Azurix c. Argentina*).²¹⁵

iii. El Perú deberá compensar a las Demandantes, como mínimo, la pérdida de ingresos restantes de la falta de condiciones mínimas de seguridad física y jurídica

210. Conviaal sostiene que la violación por parte del Perú de su obligación de asegurar la plena protección y seguridad de su inversión, resultó en los daños causados por las manifestaciones, bloqueos, suspensión del cobro de peaje, destrucción de bienes y agresiones a empleados de Conviaal. Manifiesta que si bien no es posible cuantificar la totalidad de los daños que se les causaron, el Perú al menos deberá compensar las pérdidas que sufrió por la falta de cobro del peaje durante el periodo que siguió al anuncio de la caducidad a finales de noviembre de 2007 hasta la reversión de la concesión en mayo de 2008.²¹⁶

²¹⁴ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 379-385.

²¹⁵ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 540-546.

²¹⁶ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 387-391.

- e) El Estado ha acordado un trato menos favorable a la inversión de las Demandantes que el otorgado a las inversiones de inversionistas de terceros Estados

211. Las Demandantes sostienen que con base en el artículo 3(1) del Tratado, el Perú tenía la obligación de otorgar a su inversión un trato no menos favorable a aquel acordado a las inversiones provenientes de terceros Estados, lo contrario se caracterizaría en un comportamiento discriminatorio también prohibido por el artículo 2(3) del Tratado.
212. Con fundamento en lo decidido en el caso *Parkerings c. Lituania*, las Demandantes argumentan que existe discriminación cuando un Estado “[u]nduly treats differently investors who are in similar circumstances [...]”²¹⁷
213. Las Demandantes sostienen que la existencia de situaciones similares entre inversionistas debe ser considerada en forma amplia (*Parkerings c. Lituania*, *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*)²¹⁸ y examinadas en cada caso concreto (*Pope & Talbot c. Canadá*).²¹⁹ Además, citando los casos *S.D. Myers Inc. c. Canadá* y *Marvin Feldman c. México*, Convial resalta “que la carga de la prueba no recae, como pretende el Perú, completamente sobre las Demandantes. En efecto, la jurisprudencia internacional ha previsto que en presencia de alegaciones de trato nacional, el demandante deberá probar (i) que existen circunstancias similares y (ii) que la medida en cuestión beneficiaría, prima facie, al otro inversionista”.²²⁰
214. Convial argumenta que el Perú violó esta obligación al haberle otorgado un trato menos favorable a aquel que se otorgó a otra concesión de infraestructura civil: la inversión de Lima Airport Partners SRL (“LAP”) para la construcción del Aeropuerto Internacional.

²¹⁷ Memorial de las Demandantes, ¶ 394.

²¹⁸ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 392-395.

²¹⁹ Réplica de las Demandantes, ¶ 552.

²²⁰ Réplica de las Demandantes, ¶ 562.

215. De acuerdo a las Demandantes, ambas concesiones presentaban circunstancias similares: a) ambas eran relativas a proyectos de construcción, mantenimiento y explotación de infraestructuras de transporte; b) ambos proyectos fueron declarados de necesidad pública nacional, fueron ofrecidos por concursos públicos y fueron adjudicados de forma prácticamente simultánea; c) ambos fueron objeto de modificaciones mediante adendas y renegociaciones de plazos debido a la falta de liberación de los terrenos por parte de las autoridades peruanas y, d) ambos seguían el esquema clásico de un *project finance*.²²¹
216. No obstante las similitudes anteriores, Conviaal sostiene que su inversión recibió un trato menos favorable al acordado a la concesión de LAP, sobre la cual el Perú (i) nunca decretó la caducidad pese a los retrasos en la construcción por la falta de liberación del Derecho de Vía; (ii) no incitó un sentimiento social hostil en contra del Concesionario o el pago de la tarifa; (iii) no calificó la tarifa aeroportuaria como “inmoral o ilegal”; y (iv) tampoco cuestionó la validez del Contrato.²²²
217. Con base en todo lo anterior, las Demandantes concluyen que el Perú violó sus obligaciones bajo los artículos 2(3) y 3(1) del Tratado.²²³

4. La posición de las Demandantes sobre la compensación

- a) Las Demandantes tienen derecho a la compensación integral de todos los daños causados por los actos ilícitos del Perú

218. Las Demandantes argumentan que de acuerdo al derecho internacional y al Tratado, el Perú está obligado a reparar integralmente los daños que sus actos ilícitos causaron a Conviaal. Con base en las decisiones de varios tribunales arbitrales y la doctrina, las Demandantes argumentan que el estándar aplicable para su compensación es la “reparación plena e integral”, ya que el Tratado no prevé estándar alguno de compensación en caso de expropiación ilícita y la regla de

²²¹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 398-403.

²²² Memorial de las Demandantes, ¶ 405.

²²³ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 396-406.

indemnización del artículo 4 del Tratado sólo es aplicable para expropiaciones lícitas.²²⁴

219. Con base en ello, las Demandantes sostienen que la compensación integral deberá: (i) tender a restablecer la situación que habría existido si el Perú hubiese respetado todas sus obligaciones (para lo cual se deberá tomar en cuenta la Garantía Complementaria); (ii) incluir los daños indirectos causados; (iii) incluir los intereses correspondientes a los montos debidos por el Perú; y (iv) reembolsar los costos y honorarios incurridos en la interposición de sus reclamos.²²⁵
220. Las Demandantes argumentan que el principio de reparación plena consistente en restablecer en términos económicos *la situación que hubiera existido si el hecho ilícito no se hubiera producido*. Se trata de una regla de derecho internacional consuetudinario, cuya formulación clásica consta en la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Fábrica de Chorzow*. Esta regla ha sido recogida en los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (artículos 31(1) y (36) y ha sido aplicada de manera unánime por los tribunales internacionales.²²⁶
221. Convia sostiene que en el cálculo de la reparación integral que le corresponde, se deben eliminar totalmente las consecuencias de la expropiación ilícita de su inversión. Según Convia, la indemnización debe determinarse ya sea a la fecha de expropiación o a la fecha del laudo final (la que genere el valor más alto).²²⁷ Así, en la evaluación hecha por el experto de la firma LECG, se tomó como fecha de valuación la de la expropiación, es decir el 22 de mayo de 2008.²²⁸
222. Las Demandantes rechazan que su estándar de daños se base en el Contrato. Las demandantes aclaran que “*si bien el criterio del valor justo de mercado, desde la*

²²⁴ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 411-416.

²²⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 407-410.

²²⁶ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 417-419.

²²⁷ Memorial de las Demandantes, ¶ 422.

²²⁸ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 593-594.

*óptica del '[hypothetical] willing buyer', es usualmente aplicado para determinar los daños resultantes de una expropiación ilícita, esto no necesariamente es el criterio que permite una reparación integral de otras violaciones del tratado. La reparación integral del daño causado por la violación del [TJE] requiere que se tomen en cuenta para la reparación integral las expectativas legítimas".*²²⁹ Resalta Convia! que "esto no es solo un caso de expropiación, [sino] también un caso de violación de [TJE]... en el que la violación del [TJE] da lugar a una compensación superior a la... que podría resultar de una expropiación ilícita".²³⁰

223. Las Demandantes sostienen que de acuerdo con el derecho internacional, las expectativas legítimas de las Partes en cuanto al monto de la compensación y/o método de cálculo, son un estándar adecuado para determinar la compensación debida, coherente con el principio de buena fe del derecho internacional y el principio de reparación integral. Así, los documentos contractuales son la mejor prueba de las expectativas contemporáneas de las Partes en cuanto al valor del Proyecto. Por tanto, la compensación calculada que considera la Garantía Complementaria es conforme al estándar internacional de compensación y no es la ejecución de un derecho contractual. La Garantía Complementaria es una expectativa protegida por el derecho internacional, que debe ser tomada en cuenta por el Tribunal Arbitral.²³¹
224. Las Demandantes señalan que el Tribunal debe desestimar el argumento del Perú, en cuanto a la imposibilidad de calcular el valor justo de mercado de la inversión debido a la existencia de supuestas "incertidumbres" en cuanto a la viabilidad del proyecto de la Vía Expresa. Este argumento no puede ser aceptado debido a que: 1) las "incertidumbres" fueron producidas por el mismo Perú, 2) son anteriores a la fecha de expropiación y 3) ninguna de ellas impide dicho cálculo. La aceptación de este argumento iría en contra del principio esencial de buena fe del derecho

²²⁹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 02.35.42; En la misma línea: Réplica de las Demandantes, ¶ 567.

²³⁰ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 02.37.00.

²³¹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 622-635.

internacional aplicable a la cuantificación de daños, el cual prohíbe al Estado ir en contra de sus propios actos y sacar ventaja de sus propios actos ilícitos.²³²

225. Según las Demandantes, “*el Perú pretende que la compensación sea calculada como si la Concesión nunca hubiese existido [ignorando] todos los actos de sus autoridades, los documentos suscritos, las expectativas creadas, el tiempo, trabajo y dinero invertido y todas las violaciones del Tratado perpetradas por el Perú. En definitiva, la cuantificación que propone el Perú equivale a declarar la nulidad del Contrato que, como ya hemos indicado, no es admisible*”.²³³ A decir de Conviaf, esta posición desconoce el derecho internacional y pretende ignorar que hubo caducidad. En todo caso, el monto propuesto como compensación, ni siquiera corresponde a lo invertido tan sólo en el tramo A US\$ 8.182.398,74 (monto reconocido por la Contraloría General de la República del Perú).²³⁴

b) Las Demandantes tienen derecho a compensación en un monto suficiente para restablecer la situación que habría existido si el Perú hubiera respetado todas sus obligaciones

226. Las Demandantes señalan que, con base en el principio de reparación plena los daños sufridos comprenden: (i) el valor neto presente del flujo de fondos que habría sido obtenido durante el periodo faltante de la concesión (método del flujo de fondos descontados o “FFD”), (ii) el valor neto de las inversiones que habrían sido necesarias para completar la construcción de la Vía Expresa y; (iii) otros daños directos causados por el Perú a las Demandantes.²³⁵

227. Conviaf justifica la aplicación del método FFD, con base en su fiabilidad para evaluar proyectos de auto-financiamiento y a su amplio uso por parte de los tribunales internacionales en casos donde la inversión ha sido privada de cualquier valor por la conducta del Estado, y se trata de estimar el valor presente de los beneficios que debe generar un proyecto a largo plazo. Además, el método FFD

²³² Réplica de las Demandantes, ¶¶ 587-593, 597-606.

²³³ Réplica de las Demandantes, ¶ 612.

²³⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 612-621, 644-645.

²³⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 426-427.

había sido previsto por las partes tanto en el Contrato como en la cláusula 6 de la Tercera Adenda, para calcular la compensación económica que el Perú tendría que pagar tras la caducidad, tal y como lo ha reconocido el Perú en este arbitraje.²³⁶

228. Convial señala que la validez de la Garantía Complementaria no dependía de su ejecución, como si se tratara de una garantía documental que debía ser ejecutada de algún modo. Convial aclara que se trataba de una garantía de cumplimiento del Contrato. En cualquier caso, Convial manifiesta que sí anunció la cláusula 6.3 de la Tercera Adenda (Carta de Convial a la Comisión de Transferencia de 14 de febrero de 2008).²³⁷
229. Convial reafirma la conveniencia del método FFD y rechaza los argumentos del Perú en contra de su aplicación. Sostiene que el factor determinante para decidir la utilización del método FFD es el carácter especulativo o probable de la rentabilidad futura del emprendimiento. Así, Convial sostiene que en el presente caso, existen suficientes elementos e informaciones históricas que permiten tener un grado de certeza suficiente sobre la generación de ingresos futuros por la Vía Expresa que justifican la aplicación del método FFD.²³⁸
230. Las Demandantes señalan que el cálculo de daños hecho por su experto es conservador, ya que no consideró elementos que incrementarían los ingresos en el modelo de daños.
231. Así, en aplicación del método FFD, las Demandantes señalan que el cálculo de daños ascendía a US\$ 106.942.973 el 19 de marzo de 2012.²³⁹ Respecto a este monto, las Demandantes subrayan el margen de diferencia existente entre el monto al que hubiesen tenido derecho si las Adendas no hubiesen tenido lugar. Así, señalan que las Adendas lejos de beneficiarlas económicamente representaron el sacrificio a un

²³⁶ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 428-432.

²³⁷ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 02.53.06.

²³⁸ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 660-683.

²³⁹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.07.05.

porcentaje significativo de la rentabilidad prevista en el Contrato original.²⁴⁰ Las Demandantes niegan que, como argumenta el Perú, su cálculo de compensación sea incorrecto pues: 1) las tasas de descuento e intereses de la Garantía Complementaria deben ser aplicadas puesto que la Garantía es válida; 2) las estimaciones de tráfico utilizadas por su experto en daños son correctas y comprobadas y; 3) las tarifas de peaje aplicadas están previstas en el Contrato y sus Adendas.²⁴¹

232. Conviaal señala que la diferencia entre su valuación y la del Perú se debe a que el experto de éste último tomó en consideración datos que sólo pudieron haber existido en la hipótesis de haberse renegociado el Contrato (una inexistente Sexta Adenda).²⁴²

c) Otros daños directos

233. Bajo la categoría de “otros daños directos” ocasionados por la conducta del Perú, las Demandantes señalan (i) la pérdida de ingresos del peaje antes de la reversión y (ii) el daño causado a su imagen.

234. Conviaal argumenta que el Perú debe indemnizarla por la pérdida de ingresos que sufrió como resultado de la incitación del Perú a los usuarios, tras la declaración de Caducidad a finales de noviembre de 2007, a no pagar el peaje de la Vía Expresa. A este respecto, Conviaal hace referencia al informe del Supervisor de Cumplimiento del Contrato, donde se muestra que entre los meses de enero y mayo de 2008 se registraron 1.847.955 “fugas” (esto es, vehículos que transitan por el peaje sin pagar la tarifa), estimadas en US\$ 1,4 millones al 7 de noviembre de 2011.

235. Asimismo, Conviaal considera que el Perú debe indemnizarla por el daño que le causó a su imagen y reputación. Conviaal considera que ha perdido significativa reputación empresarial debido a la campaña de desprestigio y acoso político que el Perú emprendió en su contra. Del mismo modo, añade que a todo ello se debe sumar los actos violentos y el estrés que vivieron los empleados y directivos de Conviaal.

²⁴⁰ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 433-437.

²⁴¹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 688-732.

²⁴² Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 02.31.46.

236. Las Demandantes reconocen que estos daños no son fácilmente cuantificables, sin embargo, manifiestan que ello no es óbice para que las Demandantes no sean compensadas por todos los daños causados por el Perú (incluidos daños morales). Así, haciendo referencia al caso *Desert Line Projects LLC c. Yemen*, las Demandantes solicitan a éste Tribunal ordenar una indemnización apropiada para resarcir sus daños morales que no deberán ser menor a US\$1 millón.²⁴³

d) Las Demandantes tienen derecho a ser indemnizadas por sus daños indirectos

237. Convial argumenta que el derecho internacional establece el derecho que tiene el inversor para obtener el resarcimiento de las pérdidas *indirectas sufridas como resultado del acto ilícito de un Estado*. Convial sostiene que, la caducidad del Contrato y otras violaciones del Perú frustraron su proyecto empresarial de posicionarse en el mercado peruano y le generaron daños económicos considerables. Por lo tanto, si bien no ha sido posible cuantificar el daño indirecto sufrido, Convial se reserva el derecho de cuantificarlo en el momento procesal oportuno.²⁴⁴

e) Las Demandantes tienen derecho a percibir los intereses correspondientes

238. Las Demandantes argumentan que el derecho internacional consuetudinario prevé que la indemnización total requiere el pago de intereses sobre los importes otorgados. Numerosos tribunales han sostenido que el interés aplicable para garantizar una indemnización total es el “interés compuesto”. Así, Convial se reserva el derecho de actualizar el cálculo de sus daños y considera que el Tribunal deberá ordenar el pago de intereses compuestos sobre el monto del laudo hasta el pago efectivo, aplicando una tasa que estime suficiente para compensar la pérdida de valor del monto concedido en el laudo por el paso del tiempo. Además, se reserva el derecho de proponer al Tribunal la tasa de interés que deberá aplicarse a partir de la fecha del laudo.²⁴⁵

²⁴³ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 439-450; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 759-761.

²⁴⁴ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 451-456.

²⁴⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 457-458.

239. Convial señala que el Perú no presenta argumento alguno que justifique su negativa en aplicar la tasa de interés acordada en la Tercera Adenda, ni tampoco que demuestre cómo la tasa propuesta por el Perú compensa integralmente el daño sufrido por Convial.

240. Así, Convial mantiene su posición en cuanto a la aplicación de la tasa acordada en la Tercera Adenda, la cual comprende la expectativa de las Partes en cuanto a la reparación integral. En su defecto, Convial propone la aplicación de las tasas practicadas en el mercado argentino (país de origen de las Demandantes).²⁴⁶

f) Las Demandantes tienen derecho a recuperar todos los costos y los honorarios incurridos en la interposición de sus reclamos

241. Con base en lo establecido en el artículo 6(2) del Convenio CIADI y en la jurisprudencia arbitral, Convial sostiene que tiene derecho al pago de los costos y honorarios incurridos para la presentación de sus reclamos, solicitando al Tribunal Arbitral tener en cuenta en su decisión sobre costas la conducta dolosa e ilícita del Perú.²⁴⁷

242. Con base en todo lo anterior, las Demandantes solicitan al Tribunal Arbitral que:

“a) Declare que el Perú violó sus obligaciones bajo los artículos 2, 3 y 4 del Tratado y el Derecho Internacional;

b) Ordene al Perú pagar a las Demandantes, sin demora tras el laudo, la suma de, por lo menos, US\$104,438,504 como reparación por todos los daños causados;

c) Ordene al Perú reembolsar a las Demandantes todos los costos y honorarios incurridos para la presentación de sus reclamos;

d) Ordene al Perú pagar intereses compuestos sobre los importes mencionados en los literales anteriores a una tasa que debería determinar

²⁴⁶ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 762-772.

²⁴⁷ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 460-462.

el Tribunal Arbitral, [...] hasta la fecha del pago completo y efectivo de tales montos; y

e) Ordene cualquier otra medida de satisfacción a las Demandantes que el Tribunal Arbitral estime oportuna”²⁴⁸.

f) Ordenar el pago de una indemnización por daños morales, en el monto que entienda apropiado que, en todo caso, no deberá ser inferior a US\$1 millón”.²⁴⁹

B. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

243. El Tribunal ahora procede a exponer los antecedentes fácticos presentados por la Demandada (1), así como sus argumentos sobre la jurisdicción de éste Tribunal (2); seguidos de su posición sobre las supuestas violaciones del Tratado y del derecho internacional evocadas por las Demandantes (3) y su posición sobre la compensación solicitada por las Demandantes (4).

1. Los hechos según la Demandada

a) Orígenes del Proyecto

244. La Demandada argumenta que Conviaal pretende iniciar un arbitraje de inversión sin tener una inversión válida; sostiene que Conviaal no cumplió con las normas peruanas para obtener el Contrato. Además, Conviaal no hizo efectiva su inversión, al no haber logrado las dos cosas para las que fue contratada, obtener financiamiento y llevar adelante un proyecto viable. Lo que Conviaal pretende hacer es culpar al Perú de su propio fracaso, argumentando que el Perú violó el Tratado y reclamando daños y perjuicios exorbitantes calculados sobre la base de que la obra fue terminada e iba a operar sin problemas por 30 años.²⁵⁰

²⁴⁸ Réplica de las Demandantes, ¶ 784.

²⁴⁹ Réplica de las Demandantes, ¶ 761; Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 03.43.54.

²⁵⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 2-3.

245. La Demandada señala que el Proyecto tuvo su origen en la necesidad de mejorar las rutas de acceso del área metropolitana Lima-Callao al Aeropuerto Internacional, situación que fue declarada de necesidad pública mediante Decreto²⁵¹ y fue incluida como objetivo del Plan Urbano Director de la Provincia Constitucional del Callao. Así, el 26 de diciembre de 1996, se expidió el Texto Único Ordenado (“TUO”) de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. El TUO, entre otras cosas, estableció que *“para obras urbanas de infraestructura vial de carácter interdistrital o interprovincial, el organismo a cargo de conducir el proceso e[ra] PROINVERSIÓN (una entidad del gobierno nacional) y no las municipalidades”*.²⁵²
246. Así, de acuerdo con la Demandada, el 21 de junio de 1999, la MPC convocó al Concurso Público de Proyectos Integrales para la ejecución del Proyecto. El 12 de julio de 1999, se pusieron a la venta las Bases Generales para el Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de la “Vía Expresa del Callao”, las cuales fueron adquiridas por 18 empresas.²⁵³
247. La Demandada argumenta que las Bases Generales eran para un proyecto de carácter integral, donde el Concesionario sería responsable de *“[r]ealizar el diseño, la construcción, mantenimiento y explotación del Eje Vial Faucet”*, el cual comprende una longitud aproximada de 5.5 km entre el Aeropuerto y la Avenida Venezuela, así como de financiar el Proyecto. Señala que en las Bases Generales se establecían los requisitos de cada propuesta, al igual que los factores a considerar en la adjudicación de la concesión donde se establecían como factores importantes la capacidad financiera de los postores y su conocimiento sobre las características del sitio.²⁵⁴
248. La Demandada señala que el 10 de febrero de 2000, el Consorcio CCI-Concesiones Perú, compuesto por dos empresas, CCI Construcciones S.A. y CCI-Concesiones, presentó su Propuesta (la “Propuesta”). Haciendo referencia a lo señalado por el

²⁵¹ Documento P-26, Decreto Supremo No. 16-95-PRES, 4 de octubre de 1995.

²⁵² Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 29-33.

²⁵³ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 34.

²⁵⁴ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 35-38.

experto en derecho peruano, Dr. Alfredo Bullard (el Dr. “Bullard”), la Demandada argumenta que la Propuesta de Convial debía ser veraz técnica, económica y legalmente, es decir, sin presentar información falsa o engañosa. De no ser así, Convial sería responsable de los daños ocasionados por la falta de ejecución del Proyecto, o ejecución defectuosa; y tendría como consecuencia que el procedimiento estuviese viciado de nulidad.²⁵⁵

249. Con base en ello, la Demandada argumenta que la Propuesta de las Demandantes no cumplió con los siguientes requisitos:

- En cuanto a la información financiera, Convial no presentó, o presentó de manera incompleta, la información financiera solicitada por las Bases Generales. La información presentada ocultó la incapacidad de las Demandantes para financiar el Proyecto. El Perú subraya que aunque las Demandantes aleguen que contaban con la capacidad para ejecutar el Proyecto, éstas no han presentado información que sustente su dicho²⁵⁶ o han presentado información poco fiable.²⁵⁷ Por su parte, el Perú subraya haber presentado evidencia suficiente que comprueba la situación financiera problemática del Grupo CCI.²⁵⁸
- En cuanto a la propuesta técnica, contrariamente a lo que las Demandantes dejaron entender en su Propuesta, no existe duda alguna de que las obras previstas se encontraban fuera de la Provincia del Callao, en el Distrito de San Miguel Provincia,²⁵⁹ donde la Municipalidad del Callao no tiene jurisdicción y no podía garantizar el Derecho de Vía. Así, la Propuesta de las Demandantes no respetaba los límites establecidos en las Bases Generales, generando problemas inherentes a proyectos inter-jurisdiccionales, mismos que según el Dr. Bullard, se

²⁵⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 39-40; Dúplica de la Demandada, ¶ 49.

²⁵⁶ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 41-44.

²⁵⁷ Dúplica de la Demandada, ¶ 42.

²⁵⁸ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 38-41.

²⁵⁹ Dúplica de la Demandada, ¶ 108. Documento P-36, Propuesta Económica del Consorcio CCI-Concesiones Perú, 25 de enero de 2000.

trataban de evitar en el Decreto Supremo No. 16-95-PRES, estableciendo la falta de competencia de las Municipalidades para otorgar concesiones de vías inter-jurisdiccionales.²⁶⁰

- En cuanto a la propuesta económica, las Demandantes en ningún momento manifestaron en su Propuesta que las sumas previstas para el pago de las interferencias serían atribuidas a la MPC. Por el contrario, el Perú sostiene lo mismo que el Ing. Klenk: “*Las Demandantes debieron razonablemente haber esperado que [...] ellas serían las responsables de manejarlas y solucionarlas. La cantidad, el tamaño, la ubicación y los costos [...] tenían que ser asumidas por las Demandantes*”;²⁶¹

Tampoco hay prueba de que la MPC se haya comprometido a ello. La cláusula 8.4 de la Tercera Adenda, citada por las Demandantes como supuesta evidencia del compromiso de la MPC para remover las interferencias, ha sido citada de manera incompleta, en realidad la responsabilidad recaía sobre Conviaal de acuerdo con el Contrato.²⁶² En todo caso, el Perú manifiesta que los argumentos de las Demandantes sobre las interferencias han sido contradictorios. En el Proyecto Conviaal sostuvo que la MPC era responsable, mientras que en su propuesta técnica había previsto un presupuesto destinado a la remoción de las interferencias; luego cambió su argumento manifestando que su responsabilidad sólo era con respecto *algunas* interferencias (aquellas identificadas en su propuesta).²⁶³

Además, el Perú sostiene que no parece haber disputa sobre el hecho de que las interferencias que supuestamente frenaron el Proyecto tenían solución. El Tramo B hubiese podido ser completado si se hubiera efectuado la inversión necesaria.²⁶⁴

²⁶⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 49.

²⁶¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 54-55.

²⁶² Dúplica de la Demandada, ¶¶ 122-123.

²⁶³ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 125-130.

²⁶⁴ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 121, 131.

Con base en el elemento de viabilidad señalado por el Dr. Bullard, y al elemento de “*due diligence*” señalado por el Ing. Klenk, el Perú sostiene que las Demandantes debieron haber proyectado invertir el costo necesario para solucionar las interferencias.²⁶⁵

El Perú subraya que las Demandantes en su último escrito cambiaron su posición, argumentando ahora que Convial se haría cargo de las interferencias y lo que necesitaban sólo eran los *permisos* que debía obtener la MPC. Sin embargo, aún con este nuevo argumento, Convial no prueba haber actuado de manera diligente. En todo caso la obligación de tramitar los permisos recaía sobre Convial según la cláusula 7.1 del Contrato.²⁶⁶

250. El Perú rechaza la posibilidad de que los incumplimientos citados puedan ser convalidados por el actuar de la MPC, como lo proponen las Demandantes. Con base en lo explicado por el Dr. Bullard, el Perú sostiene que las Demandantes no podían haber tenido “confianza legítima” sobre la legalidad de sus actos sólo con base en las acciones de la MPC. A este respecto, el Dr. Bullard señala: “[...] *el hecho de que no se haya declarado la nulidad no subsana el vicio [...] el inversionista es responsable de conocer las normas pertinentes [...] El deber de diligencia le impide obviar o prescindir de solicitar y revisar [...] el marco legal en el que se desarrolla la inversión [...] Ningún acto que sea abiertamente ilegal puede generar una expectativa de legalidad en dicho acto. El principio de buena fe no permite sustentar tal conclusión*”.²⁶⁷

251. La Demandada sostiene que a pesar de que el 28 de febrero de 2000 se otorgó la concesión al Consorcio CCI-Concesiones Perú, no fue sino hasta el 9 de febrero de 2001, que el Contrato de Concesión fue suscrito.²⁶⁸ Según el Dr. Bullard, este plazo habría excedido ampliamente los quince (15) días acordados para la conclusión del contrato, lo que hubiera podido haber acarreado la nulidad del procedimiento de

²⁶⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 56-59.

²⁶⁶ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 132-134.

²⁶⁷ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 79-80.

²⁶⁸ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 60.

selección.²⁶⁹ Sin embargo, el 30 de marzo de 2000 se suscribió el Contrato Preparatorio por medio del cual Convial se comprometió a celebrar el Contrato definitivo en un plazo no máximo de noventa (90) días. Varias Cláusulas Adicionales al Contrato Preparatorio fueron suscritas en aras de acordar más prórrogas para la conclusión del Contrato de Concesión.²⁷⁰

252. El Perú niega que el retraso para la firma del Contrato se debiera a la inestabilidad política del país. Tal argumento contradice la cronología de las propias Demandantes. La verdadera razón de dicho retraso fue la situación financiera que Convial vivía en ese momento: ej. Convial no logró contar con el capital requerido para la suscripción del Contrato sino hasta el 5 de enero de 2001 (fecha en la que la empresa ICCSGA intervino como socio independiente).²⁷¹
253. En cuanto a los términos del Contrato, el Perú señala que la interpretación hecha por las Demandantes es errada por dos razones:

1) De acuerdo con la cláusula 9.7 del Contrato, la MPC sólo estaba obligada a colaborar con el Concesionario en la obtención de las licencias correspondientes, no a obtener terrenos fuera de su jurisdicción;

2) El Contrato tampoco obligaba a la MPC a cubrir costos resultantes de interferencias. La obligación de la MPC era sólo de poner “*a disposición*” el Derecho de Vía, es decir, entregar los terrenos donde se pudieran ejecutar las obras, no de remover las interferencias (cláusulas 9.4 y 10.3 del Contrato). Esta distribución de responsabilidades era consistente con la Propuesta de Convial, quien presentó estudios de interferencias e incluyó una previsión financiera

²⁶⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 61.

²⁷⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 62.

²⁷¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 63-65.

para cubrir dichos costos, por lo que el Contrato no alteró la expectativa expresada en la Propuesta de Convial.²⁷²

Según el Perú, lo importante es saber si se puso a disposición el terreno; la cuestión de remoción de interferencias está dentro de las responsabilidades de construcción.²⁷³

Del mismo modo, el Perú desmiente que por medio de “*manifestaciones de otras Municipalidades que no eran parte del Contrato*” se hayan generado expectativas de que el Derecho de Vía sería liberado.²⁷⁴

b) La MPC ayudó durante años a Convial con la firma de las Adendas y buenos oficios

254. La Demandada sostiene que, contrariamente a lo argumentado por las Demandantes, la MPC realizó esfuerzos para ayudar al desarrollo del Proyecto, prueba de ello son los esfuerzos de coordinación que se hicieron con las entidades relevantes y las Adendas. La Demandada sostiene que lejos de reconocer algún tipo de responsabilidad en las Adendas, como tratan de hacerlo parecer las Demandantes, lo que se hizo fue otorgarles facilidades para el cumplimiento de sus compromisos contractuales, sin embargo, a pesar de ello éstas últimas no pudieron ejecutar el Proyecto.²⁷⁵

255. La Demandada niega que la falta de obtención de acceso a los terrenos en la provincia de Lima se debiera a cuestiones políticas. Las Demandantes omiten hacer mención de los esfuerzos realizados por la MPC para hacer viable el Proyecto, así como de la verdadera razón por la que no se otorgó la autorización para realizar las obras en la Municipalidad de San Miguel. El 23 de febrero de 2001, gracias a la intervención de la MPC, se celebró en las oficinas de las Demandantes una reunión

²⁷² Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 66-78.

²⁷³ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 04.37.38.

²⁷⁴ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 111-112.

²⁷⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 86-88.

con la Alcaldesa de la Municipalidad de San Miguel para discutir el acceso a la porción de traza del Proyecto que debía pasar por esa Municipalidad. Sin embargo, la autorización necesaria no se otorgó debido a la negativa de las Demandantes de hacer las modificaciones solicitadas.²⁷⁶

256. La MPC también prestó sus buenos oficios para tratar de conciliar adecuadamente los problemas que existían con la concesión del Aeropuerto Internacional. El 8 de julio de 2001 se celebró una reunión con el concesionario del Aeropuerto pero las Demandantes nunca proporcionaron una solución adecuada a la interconexión entre las dos concesiones. El resultado final fue la suspensión de esa parte de las obras por medio de la Cuarta Adenda, lo que generó un gran perjuicio a la MPC.²⁷⁷
257. El Perú sostiene que las Demandantes no contaban con la capacidad financiera necesaria ni siquiera al inicio del Proyecto y que fue esta la razón que demoró la firma del Contrato.²⁷⁸ El 3 de septiembre de 2001 la Municipalidad “*puso a disposición de las Demandantes ‘los terrenos y bienes donde se desarrollar[ía] la obra ‘Vía Expresa del Callao’ y solicit[ó] [a Convia] que ‘en un plazo perentorio de Noventa (90) días, tomar[a] posesión de ellos e inici[ara] la construcción de las obras... bajo sanción de resolución del Contrato...’.*”²⁷⁹ Las Demandantes no tomaron posesión del sitio de las Obras ni iniciaron los trabajos y sólo escribieron a la MPC el 3 de diciembre de 2001 justificando su retraso con la preparación de un Master Plan (el “Master Plan”) que proporcionaría mejoras al Proyecto. Las Demandantes no hacían mención de supuestos obstáculos en el Derecho de Vía.
258. La Demandada argumenta que en el mismo Master Plan se evidencia la insuficiencia financiera de las Demandantes, ya que lejos de explicar los retrasos en el Proyecto,

²⁷⁶ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 91-95.

²⁷⁷ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 96-99.

²⁷⁸ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 76-78.

²⁷⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 101.

sólo sirvió para habilitar a Conviaal a utilizar *todas las herramientas financieras existentes en el mercado mundial* a fin de permitir el financiamiento del Proyecto.²⁸⁰

259. A pesar de esta situación, la MPC demostró voluntad de cooperar para sacar adelante el Proyecto, prueba de ello es la firma de la Primera Adenda²⁸¹ donde la MPC aceptó los términos y especificaciones presentadas en el Master Plan (incluida la libertad de las Demandantes en cuanto a los métodos de financiamiento que fueron incorporados casi textualmente en la cláusula sexta de la Adenda). Además, se acordaron 5 beneficios adicionales no previstos en el Master Plan: 1) aceptación del nuevo cronograma de las Demandantes; 2) previsión ante potencial impedimento de fuerza mayor; 3) facultad de cobrar peaje antes de terminar las obras; 4) facultad de adoptar una composición accionaria diferente; 5) percepción de ingresos por explotaciones comerciales marginales.²⁸²
260. Con base en ello, la Demandada niega que la falta de liberación del Derecho de Vía haya afectado el equilibrio económico del Contrato y haya dificultado el financiamiento del Proyecto. Por el contrario, señala que a pesar de todos estos beneficios Conviaal tardó dos años para empezar las obras y tres años para concluir el primer tramo.²⁸³
261. La Aclaración a la Primera Adenda²⁸⁴ es una prueba más de la cooperación por parte de la MPC, ya que en ella se daba garantía a los promovedores potenciales de la Vía Expresa de que sus contratos no se terminarían en caso de caducidad, facilitándose así la contratación con los mismos.²⁸⁵
262. La MPC volvió a mostrar voluntad de cooperación con la firma de la Segunda Adenda al Contrato, donde se acordó suspender el tramo de la Municipalidad de Lima y exonerar de toda responsabilidad a ambas partes. Además, una vez más se

²⁸⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 100-108.

²⁸¹ Documento P-71, Addendum No. 1 al Contrato de Concesión, 15 de febrero de 2002.

²⁸² Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 109-110.

²⁸³ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 111-113.

²⁸⁴ Documento P-72, Aclaración al Addendum No. 1, 20 de febrero de 2002.

²⁸⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 114.

autorizó a las Demandantes a construir la parte donde no había impedimentos y cobrar el peaje, acordándose un nuevo cronograma con una nueva fecha de inicio de obras. Sin embargo, tuvieron que pasar dos años antes de que se empezaran las obras.²⁸⁶

263. El 7 de agosto de 2003, nuevamente con el afán de ayudar a Conviaal a financiar el Proyecto se firmó una Segunda Aclaración a la Primera Adenda,²⁸⁷ donde se establecieron facilidades adicionales para el financiamiento.²⁸⁸
264. Sin embargo, pese a todas las facilidades otorgadas, para marzo del 2004, los retrasos en las obras continuaban. Así, el 19 de marzo de 2004 la MPC dirigió una carta a Conviaal para que se cumpliera con el plazo previsto en el Contrato, so pena de aplicar las penalidades correspondientes. El retraso de las obras también fue verificado por el supervisor de obra designado según la cláusula 8.1 del Contrato, Alpha Consult S.A. (“Alpha Consult”), que señaló un Avance Físico Mensual de 0.00% desde el 20 de octubre de 2003 y señaló la falta de capacidad financiera de las Demandadas para llevar a cabo los trabajos.²⁸⁹
265. Ante tal situación, el 21 de mayo de 2004, se firmó la Tercera Adenda,²⁹⁰ donde la MPC otorgó garantías adicionales a Conviaal: 1) la cláusula sexta consistente en una Garantía Complementaria, la cual alega el Perú es inconsistente con el derecho peruano; 2) la cláusula octava que dividía a la Vía Expresa en dos tramos y permitía el cobro anticipado del peaje a la conclusión de cada tramo. La Demandada desmiente que en esta Tercera Adenda se haya reconocido responsabilidad alguna por incumplimiento del Contrato. La responsabilidad de obtener el financiamiento era de las Demandadas, por lo que el otorgamiento de facilidades en ningún momento puede ser interpretado como reconocimiento de incumplimiento, sino sólo como un intento por salvar el Proyecto. En síntesis, el Perú alega que las

²⁸⁶ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 115-119.

²⁸⁷ Documento P-81, Segunda Aclaración al Addendum No. 1, 7 de agosto de 2003.

²⁸⁸ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 122.

²⁸⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 125-127.

²⁹⁰ Documento P-87, Addendum No. 3 al Contrato de Concesión con anexo, 21 de mayo de 2004.

Demandantes tuvieron todas las herramientas para llevar a buen término el Proyecto pero nunca hicieron nada.²⁹¹

266. El Perú señala que para diciembre de 2004, Conviaal había construido apenas 1.1 kilómetros de la carretera y había invertido sólo US\$7.5 millones, mientras que con base en el Contrato debía invertir US\$12 millones sin considerar el financiamiento externo. Lo más notable aún es que en el mismo periodo, Conviaal parece haber prestado los pocos fondos con los que contaba a sus empresas matrices.²⁹²
267. La buena fe de la MPC se demostró nuevamente con la suscripción de la Cuarta Adenda²⁹³ donde una vez más se otorgaron facilidades a Conviaal y sus financistas: 1) se estableció la extensión del Tramo A del Proyecto y, 2) se prolongó el plazo para la ejecución del Tramo B. Así mismo, se dejó constancia de la intervención de la MPC con el fin de llegar a un acuerdo con la LAP.²⁹⁴
268. Finalmente, el 13 de abril de 2005 las Demandantes obtuvieron un préstamo y coincidentemente pudieron avanzar en el Tramo A (al término del cual Conviaal comenzó a cobrar el peaje correspondiente).²⁹⁵
269. La Demandada señala que, aunque no fue manifestado por las Demandantes, el 3 de marzo de 2006, se suscribió una Quinta Adenda²⁹⁶ que modificaba las disposiciones de la Primera Adenda (ej. el fideicomiso que se había previsto en la Primera Adenda pasaba a ser administrado por las Demandantes). A este respecto, la Demandada subraya que Conviaal no presenta una contabilidad que explique el destino que tuvieron esos fondos que quedaron “*a su decisión, cuenta y riesgo*”. En todo caso, el

²⁹¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 130-139.

²⁹² Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 151-153.

²⁹³ Documento P-104, Addendum No. 4 al Contrato de Concesión, 10 de enero de 2005.

²⁹⁴ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 154-161.

²⁹⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 162-167.

²⁹⁶ Documento P-104, Addendum No. 4 al Contrato de Concesión, 10 de enero de 2005.

Perú sostiene que la Quinta Adenda era inconsistente con la legislación peruana al haber dejado bajo la administración de Conviaal recursos públicos.²⁹⁷

270. Las Adendas fueron favorables a las Demandantes y perjudiciales al Estado, toda vez que han generado investigaciones penales en contra de los funcionarios que las firmaron y los representantes de Conviaal.²⁹⁸
271. La Demandada sostiene que a pesar de todo ello, la MPC continuó con sus esfuerzos de ayudar a Conviaal y mantener el Proyecto a flote. Así, el 21 de diciembre de 2006 dirigió una carta a Conviaal donde, lejos de admitir responsabilidad alguna, como lo pretenden las Demandantes, se estableció de manera clara la esperanza de solucionar cuanto antes las problemáticas y se dejó abierta la posibilidad de celebrar una nueva Adenda.²⁹⁹
272. La Demandada sostiene que todo el apoyo que se dio al Proyecto estuvo basado en la importancia que éste tenía para la MPC. Sin embargo, Conviaal sólo registró una conducta de falta de recursos, retrasos y negativas para continuar con las obras bajo el pretexto de la existencia de interferencias. La falta de financiamiento era responsabilidad sólo de Conviaal, el Derecho de Vía estaba liberado, la carretera hubiera podido construirse si tan sólo Conviaal hubiese invertido los recursos necesarios para superar las interferencias.³⁰⁰
273. Conviaal manifiesta que el cambio de administración de la MPC le causó un perjuicio. Sin embargo, las Demandantes omiten mencionar que para enero de 2007 las obras tenían ya 14 meses de estar paralizadas y pese a ello seguía cobrando millones de dólares en peajes. Así, el Perú subraya que ante obras que habían estado paralizadas por más de dos años y no terminadas a casi siete años de la firma del Contrato, la terminación del Contrato era inevitable.³⁰¹

²⁹⁷ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 168-170.

²⁹⁸ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 86, 106.

²⁹⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 177-179.

³⁰⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 188.

³⁰¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 186-190.

c) La resolución del Contrato de Concesión

274. El 30 de mayo de 2007, ante la falta de avance en las obras de la Vía Expresa, la MPC creó una Comisión encargada de evaluar el Contrato, la cual se reunió en tres ocasiones con Convia, ³⁰² pero debido a la intransigencia de ésta última no se pudieron encontrar soluciones a las problemáticas.
275. El 10 de octubre de 2007, la Comisión de Evaluación presentó su informe final (el “Informe Final de CE”) donde se juzgó inviable la continuación de las obras y por tanto se consideraron tres opciones: 1) la nulidad del Contrato, 2) la resolución por incumplimiento o 3) la caducidad (siendo esta última la alternativa propuesta por la Comisión por ser de pronta ejecución). El Perú sostiene que, contrariamente a lo manifestado por las Demandantes, la declaración de caducidad obedeció a las labores de la Comisión de Evaluación y no a presiones políticas del Congreso. ³⁰³
276. El 5 de noviembre de 2007, el Consejo Municipal recomendó requerir a Convia reiniciar las obras en un plazo de 15 días, so pena de declarar la caducidad inmediata. La Demandada sostiene que pese a que la decisión fue notificada el mismo día, en vez de retomar las obras, Convia siguió tratando de adjudicar la responsabilidad a la MPC. Así, el 21 de noviembre de 2007, ³⁰⁴ se declaró la caducidad del Contrato. ³⁰⁵
277. Con base en ello, el Perú rechaza los argumentos de Convia que atacan tanto los motivos como el procedimiento utilizado para la declaración de la caducidad. En cuanto al interés público, el Perú sostiene que existen elementos suficientes para justificar la existencia del mismo; y en cuanto al incumplimiento de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el Perú sostiene que esta Ley no es apropiada en la resolución de un contrato de concesión. Asimismo, el Perú subraya que tales argumentos contradicen la reacción contemporánea de Convia, reflejada en la carta del 26 de noviembre de 2007, en la cual Convia manifestaba que “*aunque*

³⁰² Declaración I del Sr. Julio Echazu, ¶ 23; Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 05.07.03.

³⁰³ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 196-198.

³⁰⁴ Documento P-10, Carta Notarial No. 16443 de la Gerencia Municipal a Convia Callao, 21 de noviembre de 2007.

³⁰⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 201-205.

*discrepa[ban] con los motivos que sustenta[ban] la decisión municipal, reitera[ban] la buena fe mantenida a lo largo de [su] participación en el Contrato y [se] allana[ban] a la decisión adoptada... en el término estipulado en la cláusula 15.4. Asimismo, [se] pon[ían] a disposición de [la MPC] para efectuar la liquidación correspondiente, con arreglo a lo dispuesto contractualmente”.*³⁰⁶

278. El Perú señala que contrariamente a lo argumentado por las Demandantes, la MPC no pudo llevar a cabo la liquidación del Contrato debido a que Convial se rehusó a cooperar en el proceso de liquidación. Convial no cumplió con la obligación prevista en la cláusula 15.4 del Contrato; ésta no presentó el monto desagregado de las inversiones realizadas en bienes, obras e instalaciones e incluso negó tener dicha obligación. El cuadro presentado por Convial el 21 de mayo de 2004, pretendiendo el cumplimiento de la cláusula 15.4, fue presentado fuera de plazo y “*en vez de demostrar y sustentar el monto de la inversión realizada, incluye únicamente precios unitarios*”. Así, dado que no se contaba con la información necesaria para hacer la liquidación, mediante carta del 28 de febrero de 2008, la MPC informó a Convial que no sería responsable ante terceros por los eventuales efectos de sus “*constantemente maniobras dilatorias para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales*”.³⁰⁷
279. El Perú señala que, contrariamente a lo sustentado por las Demandantes, no hubo acoso alguno por parte de la MPC tras la declaración de caducidad. Convial no presenta evidencia alguna respecto a las alegadas agresiones sufridas por sus empleados e instalaciones, ni tampoco sobre la supuesta incitación de las autoridades a la desobediencia pública.³⁰⁸
280. En cuanto al retiro de la protección policiaca alegada por Convial, la Demandada señala que Convial omitió señalar que la dotación policial individualizada estaba contratada hasta noviembre de 2007 y que Convial contaba con personal de vigilancia. Además, contrariamente a lo manifestado por Convial sobre este punto,

³⁰⁶ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 206-207.

³⁰⁷ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 208-217; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 171-173.

³⁰⁸ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 218-221.

la PNP tomó diversas acciones para proteger el peaje, tal y como quedó constatado en los diversos informes del supervisor.³⁰⁹

281. Del mismo modo, la Demandada niega que la Superintendencia haya actuado sólo por razones políticas y sin sustento legal. Las Demandantes no presentan pruebas suficientes para adjudicar responsabilidad de la Superintendencia por las acciones tomadas por el Banco Financiero.³¹⁰
282. Con respecto al actuar de la Contraloría y del Ministerio, el Perú aclara que las Demandantes estaban sujetas al marco jurídico peruano, el cual prevé un sistema de control y posible sanción con respecto a la contratación estatal (dentro del cual se encuentran la Contraloría y el Ministerio). Las Demandantes no presentan evidencia alguna de que las acciones de control tanto de la Contraloría como del Ministerio no se hayan realizado de acuerdo al marco legal peruano. La investigación realizada por la Contraloría fue iniciada en el 2006 (antes de la creación de la Comisión del Congreso), y el proceso penal que se encuentra en instrucción investiga a 20 personas, no exclusivamente a los ex funcionarios de Conviaf.³¹¹
283. Lo mismo aplica para el actuar de la Comisión del Congreso, el cual es conforme a lo establecido tanto en la Constitución como en el Reglamento del Congreso.³¹²

2. El Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción y las demandas no son admisibles

284. El Perú objeta la jurisdicción del CIADI y del Tribunal para conocer y dirimir los reclamos de las Demandantes por dos motivos: la falta de inversión a) y la índole contractual de sus reclamos b).

³⁰⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 222-225.

³¹⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 226-230.

³¹¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 231-238; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 183-184.

³¹² Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 243-248.

a) Las Demandantes no tienen una inversión

285. El Perú sostiene que el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción sobre el presente caso toda vez que las Demandantes no tienen una inversión protegida por el Tratado. La Demandada señala que la alegada inversión de Conviaf no fue hecha de conformidad con las leyes y reglamentaciones del Perú, por lo que está viciada de nulidad.
286. El Perú alega que la Propuesta de Conviaf “*no acreditó acertadamente la capacidad del inversionista de ejecutar el Proyecto*”. Haciendo alusión a lo señalado por el Dr. Bullard y lo establecido por la Ley peruana del Procedimiento Administrativo, la Demandada señala que “[l]as falsedades de las Demandantes incumplieron el principio de la buena fe, transparencia y veracidad, por lo que el otorgamiento del Proyecto fue nulo”.³¹³
287. Así, puesto que la concesión es nula, la Demandada argumenta que el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción *ratione materiae* en el presente caso. De acuerdo con el artículo 25 del Convenio CIADI y la definición prevista en el artículo 1(1) del Tratado, la falta de conformidad con las leyes y reglamentación del Perú equivale a la inexistencia de una inversión protegida. El respeto de las leyes y reglamentaciones es un requerimiento para que las inversiones sean admitidas y gocen de protección bajo el Tratado.³¹⁴
288. Del mismo modo, el derecho internacional también requiere que una inversión sea hecha conforme a las leyes del Estado anfitrión. En sustento de su argumento, la Demandada hace alusión a los casos *Saluka c. República Checa*, *Phoenix c. República Checa* y *Plama c. Bulgaria*.³¹⁵
289. El Perú señala que en varios casos, los incumplimientos consistentes en manifestaciones falsas o la falta de corrección de un malentendido para lograr una inversión (*Inceysa c. El Salvador* y *Plama c. Bulgaria*) han sido considerados como

³¹³ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 250-256.

³¹⁴ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 257-260.

³¹⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 261-264.

elementos para negar la competencia del Tribunal Arbitral.³¹⁶ “*El tema relevante en la jurisprudencia no es la existencia de dolo, sino de qué manera el incumplimiento legal habría afectado las expectativas del Estado al momento de adjudicar la concesión*” (Azinian c. México).³¹⁷

290. El Perú sostiene que en el presente caso Conviaal incurrió en incumplimientos que no son convalidados por el actuar del Estado. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral, al momento de decidir sobre su jurisdicción, debe aplicar un estándar objetivo para analizar “*la conformidad de la inversión con las leyes y reglamentaciones*”.³¹⁸
291. En suma, el Perú considera que el incumplimiento del derecho peruano por parte de Conviaal conlleva a la nulidad del Contrato y por tanto a la falta de jurisdicción de este Tribunal.³¹⁹
292. Además, el Perú también argumenta que si el Tribunal decidiera que tiene jurisdicción, los reclamos de las Demandantes serían inadmisibles, ya que es un principio fundamental de derecho que para presentar un reclamo ante un tribunal, “*el demandante debe tener las manos limpias*”.³²⁰

b) Las reclamaciones de las Demandantes son esencialmente contractuales

293. El Perú manifiesta que el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción porque las reclamaciones de las Demandantes son esencialmente contractuales. El Perú señala lo siguiente:

a) En cuanto a la expropiación, la Demandada señala que las alegaciones de incumplimiento contractual no son equivalentes a una expropiación. Además, según consta en la cláusula 15.8 del Contrato, la caducidad únicamente afectó el “derecho de Explotación” de Conviaal por lo que

³¹⁶ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 210-211.

³¹⁷ Dúplica de la Demandada, ¶ 212.

³¹⁸ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 213-217.

³¹⁹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 06.35.20.

³²⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 266.

todavía puede reclamar supuestos incumplimientos contractuales en el foro apropiado;

b) En cuanto al trato justo y equitativo, el Perú señala que Convial está tratando de convertir el estándar de TJE en una “cláusula paraguas”. Todas las expectativas evocadas por Convial se refieren a supuestas obligaciones de la MPC bajo el Contrato;

c) En cuanto a las medidas injustificadas o discriminatorias, la Demandada señala que nuevamente los argumentos presentados se refieren a la manera en que la MPC cumplió el Contrato y la caducidad del mismo.

d) En cuanto al reclamo de plena protección y seguridad, el Perú señala que ambos reclamos de seguridad jurídica y física se basan en incumplimientos contractuales.³²¹

e) Las Demandadas pretenden que los supuestos daños sean calculados con base en una cláusula contractual sobre terminación, sin atender a los estándares internacionales.³²²

294. El Perú subraya que en el Tratado no existe ninguna “cláusula paraguas” que permita extender su consentimiento a la jurisdicción del Centro CIADI sobre reclamaciones esencialmente contractuales. Los reclamos presentados con base en incumplimientos contractuales, generalmente, no son suficientes para crear jurisdicción CIADI, para ello es necesario el consentimiento del Estado ya sea mediante un contrato de inversión o una “cláusula paraguas”. En sustento de su argumento, el Perú hace alusión a lo decidido en el caso *Joy Machinery c. Egipto*.³²³

³²¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 265-268.

³²² Dúplica de la Demandada, ¶ 16.

³²³ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 269-274.

295. Las Demandantes al hacer repetidas alusiones al Contrato delatan la realidad de sus reclamos. *“En su esencia, las Demandantes están descontentas porque la Municipalidad Provincial del Callao dio por terminado el Contrato”*.³²⁴
296. El Perú subraya que el simple hecho de que las Demandantes invoquen la violación de obligaciones contenidas en el Tratado no constituye un fundamento suficiente para que el Tribunal Arbitral declare su competencia para dirimir las pretensiones que le han sido sometidas. Si los tribunales se declararan competentes sobre cualquier tipo de disputa, no sólo los Estados se desanimarían a suscribir contratos, sino que también *“ha[bría] el riesgo de que los demandantes cambien en la etapa de fondo los reclamos que utilizaron para obtener jurisdicción”*.³²⁵ Además, la Demandada insiste en que las Demandantes, tergiversando *“la posición del tribunal RFCC”*, pretenden que el Tribunal se declare competente sobre reclamos contractuales u otros que no constituyen, en realidad, violaciones del tratado aplicable.³²⁶
297. El Perú señala que *“[e]s incorrecto sugerir que porque ha[y] (sic) algunos de los reclamos de las Demandantes son bajo el Convenio, el Tribunal tendría jurisdicción sobre todos los reclamos, [pues éste] no tiene jurisdicción sobre los reclamos que sean esencialmente contractuales”*. En consecuencia, si el Tribunal considera que tiene jurisdicción, en la etapa de fondo deberá considerar solamente los argumentos respecto al Tratado y descartar los reclamos contractuales.³²⁷

3. El Perú no violó ni el Tratado ni el derecho internacional

298. La Demandada señala que, contrariamente a lo pretendido por las Demandantes, la carga de la prueba de sus reclamos recae sobre Convial y no sobre el Perú. El derecho internacional establece claramente que la carga de la prueba recae sobre *“the*

³²⁴ Dúplica de la Demandada, ¶ 17.

³²⁵ Dúplica de la Demandada, ¶ 222.

³²⁶ Dúplica de la Demandada, ¶ 223.

³²⁷ Dúplica de la Demandada, ¶ 227.

claimant”, por lo tanto las Demandantes tienen que probar tanto sus reclamos como sus daños.³²⁸

- a) No son expropiatorias las medidas contractuales tomadas con fin público ni las que den respuesta a la mala conducta del demandante

299. El Perú sostiene que de acuerdo con la jurisprudencia CIADI, el derecho internacional no considera como expropiación ni la resolución de un contrato ni las medidas tomadas con un fin público, ni tampoco las medidas que responden a la mala conducta del demandante.

- i. *La resolución de un contrato mediante el comportamiento ordinario de una parte contractual no es una expropiación*

300. El Perú sostiene que, contrariamente a lo sustentado por las Demandantes, el presente caso no se trata de una expropiación. Bajo el derecho internacional y de acuerdo a lo reflejado en diversos casos CIADI, *“la resolución de un contrato mediante el comportamiento ordinario de una parte contractual no es una expropiación”*.³²⁹ La Demandada señala que *“numerosos tribunales han afirmado que simples terminaciones contractuales, incluso en violación del contrato, no equivalen a una expropiación. Los tribunales han determinado que ‘the determining factor is whether the state has operated in an official, governmental capacity’ o si un acto de autoridad pública ha sido empleado”*.³³⁰ La Demandada señala que *“los tribunales han afirmado que una parte estatal de un contrato violaría el tratado aplicable sólo si su comportamiento fuese ‘beyond that which an ordinary party could adopt’”*.³³¹

³²⁸ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 229-230.

³²⁹ Dúplica de la Demandada, ¶ 232.

³³⁰ Dúplica de la Demandada, ¶ 235.

³³¹ Dúplica de la Demandada, ¶ 237.

301. En sustento de su dicho, la Demandada cita los casos *Biwater c. Tanzania*, *Azurix c. Argentina*, *Impregilo c. Pakistán*, *Bayindir c. Pakistán*, *Waste Management c. México* y *RFCC c. Maruecos*.³³²
302. El Perú señala que los casos citados por Conviaf en la audiencia, no son aplicables, ya que los hechos son claramente distintos a los del presente caso. En *SPP c. Egipto*, la expropiación resultó de medidas que son claramente soberanas, incluyendo varios decretos. En el caso de *Siemens c. Argentina* fue la Ley de Emergencia, seguida de un decreto, los instrumentos jurídicos que sirvieron de base a la terminación del contrato.³³³
303. La Demandada señala que incluso tribunales han decidido que no hay expropiación cuando el inversor mantiene derechos contractuales suficientes para reclamar la resolución en el foro apropiado. Así, el Perú señala que en este caso no hay expropiación porque la cláusula de resolución de controversias prevista en el Contrato estuvo y está disponible, y no se ha alegado que Conviaf haya sido impedida de ejercer tal cláusula.³³⁴ Incluso la terminación del Contrato en violación del mismo, no equivale a una expropiación si no se prueba que el Estado actuó en su capacidad de poder público.³³⁵
304. Así, la Demandada sostiene que las Demandantes no han podido probar que la declaración de caducidad no fue un acto contractual. El Perú señala que la causal de caducidad por interés público fue acordada por las partes y, está prevista por la ley aplicable a las concesiones (“TUO”) como un acto contractual. Señala que el marco jurídico se ha mantenido sin cambio alguno desde que Conviaf firmó el Contrato, por lo que de haber hecho su “*due diligence*” legal de manera adecuada hubiese conocido las implicaciones de tal cláusula.³³⁶ Subraya que incluso si la caducidad se hubiera declarado en incumplimiento del Contrato, ésta tampoco equivaldría a una

³³² Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 278-285; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 236-237.

³³³ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 06.41.30.

³³⁴ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 06.42.29.

³³⁵ Dúplica de la Demandada, ¶ 235.

³³⁶ Audiencia 23/03/2012, Audio hr. 03.33.27.

expropiación a no ser que fuera una operación del poder público de la Municipalidad.³³⁷

ii. *Una medida tomada con fin público no constituye una expropiación*

305. El Perú sostiene que el Tratado permite tomar medidas equivalentes a la expropiación si existen razones de utilidad pública. De acuerdo a lo explicado por el Dr. Bullard, en este caso existió interés general así como las razones para justificar el interés público bajo el derecho peruano (idoneidad, necesidad y proporcionalidad).³³⁸ Así, el Perú rechaza que el hecho de no haber retomado las obras después de la caducidad no es prueba de la inexistencia de interés público, tal y como lo manifiestan las Demandantes, pues considera evidente que *“las acciones posteriores a la caducidad no tienen relevancia a la invocación del interés público”*.³³⁹

306. Haciendo referencia a lo decidido en el caso *Methanex c. Estados Unidos de América*, la Demandada argumenta que desde el punto de vista del derecho internacional, *“cuando una acción pública fue hecha para ‘a public purpose, was non-discriminatory and was accomplished with due process’ es ‘a lawful regulation and not an expropriation’”*.³⁴⁰ El Perú citando el caso *LG&E c. Argentina* señala que los tribunales deben *“balance competing interests: the degree of the measure’s interference with the right of ownership of the State to regulate its policies”*.³⁴¹

307. En todo caso, la Demandada señala que una acción expropiatoria no constituye una violación del Convenio si ella *“results from the exercise of regulatory actions aimed at the maintenance of public order”*.³⁴²

³³⁷ Dúplica de la Demandada, ¶ 243.

³³⁸ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 245-249.

³³⁹ Dúplica de la Demandada, ¶ 249.

³⁴⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 288.

³⁴¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 289.

³⁴² Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 286.

iii. *Las medidas que den respuesta a la conducta indebida del demandante no constituyen una expropiación*

308. El Perú sostiene que “*las acciones estatales son justificadas si son consecuencia del comportamiento del demandante, cuando los demandantes violan su contrato, distorsionan su capacidad de cumplir con el contrato o administran mal la inversión*”.³⁴³ Así, el Perú sostiene que las acciones tomadas bajo dichas circunstancias no infringen los derechos de propiedad del demandante, y por tanto no son equivalentes a una expropiación. Tales acciones pueden ir hasta privar al inversor de casi el valor total de la inversión o de la inversión en su totalidad. La Demandada hace referencia a los casos *Azinian c. México* y *Noble Ventures c. Rumania*, que justifican ciertas acciones del Estado debido a comportamientos imputables a las Demandantes.³⁴⁴

b) El Perú no expropió una inversión de las Demandantes

309. Así, la Demandada sostiene que no hubo expropiación de la inversión de las Demandantes. Lo que las Demandantes califican de expropiación (la declaración de caducidad del Contrato) fue resultado de las acciones de la MPC tomadas en su carácter de parte contractual, en respuesta a un interés público y en respuesta al incumplimiento de las Demandantes.³⁴⁵

310. El Perú señala que la declaración de caducidad del Contrato no obedeció a presiones políticas, sino a la falta de progreso por Conviaf en sus obligaciones contractuales. El Perú señala una vez más que lo alegado por las Demandantes es de carácter contractual.³⁴⁶

311. En todo caso, la Demandada sostiene que incluso si la terminación del Contrato en relación a los términos del mismo pudiese considerarse como expropiación, las Demandantes no logran probar que ésta no se haya hecho por motivos de utilidad pública, declarada sobre una base no discriminatoria y con respeto al debido proceso.

³⁴³ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 290.

³⁴⁴ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 290-293; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 262-263.

³⁴⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 294.

³⁴⁶ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 295-297.

La Demandada subraya una vez más que, en cualquier caso, fue Convia la que impidió el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.³⁴⁷.

c) El Perú no violó su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a las Demandantes

312. La Demandada sostiene que no violó el estándar de TJE previsto por el artículo 2(3) del Tratado. El Perú señala que el estándar de TJE debe analizarse según los hechos específicos de cada caso, de buena fe, según el sentido ordinario de sus términos en su contexto, a la luz de su objeto y fin, y de acuerdo a los artículos 31-32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
313. El Perú señala que el estándar de TJE generalmente se refiere a las expectativas legítimas, a la buena fe, al debido proceso, a la no discriminación y a la estabilidad jurídica; conceptos que deben ser interpretados de una manera objetiva. En sustento de su argumento, la Demandada hace referencia a lo decidido en el caso *Saluka c. República Checa*. Asimismo, refiriéndose al caso *Gustav Hamester c. Ghana*, el Perú sostiene que la existencia de un contrato no crea *per se* expectativas legítimas protegidas bajo el Tratado y que “*contractual rights are not to be equated with legitimate expectations*”. En el caso *Hamester* el tribunal rechazó el reclamo de incumplimiento de TJE: “*it is not sufficient for a claimant to invoke contractual rights that have allegedly been infringed to sustain a claim for a violation of the FET standard.*” En estos casos la conducta del inversor también debe ser tomada en cuenta.³⁴⁸
314. La Demandada manifiesta que para que la expectativa sea legítima debe haber *due diligence*.³⁴⁹ Diferentes tribunales han confirmado la necesidad de una debida diligencia por parte del inversor, ya que si bien es cierto que el inversor tiene derecho a una cierta estabilidad y previsibilidad del ámbito legal en el que opera, también tiene que mostrar que “*it exercised due diligence and that its legitimate*

³⁴⁷ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 298; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 244, 250-257.

³⁴⁸ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 313-319.

³⁴⁹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 06.53.39.

*expectations were reasonable in light of the circumstances.” (Parkerings c. Lituania y CMS c. Argentina).*³⁵⁰

315. El Perú señala que “*el convenio y el Contrato no [son] (sic) una póliza de seguro para el inversionista contra todo peligro.*” Si las Demandantes no pudieron obtener financiamiento, si no actuaron con *due diligence* y si no pudieron concluir el proyecto, el Perú no puede hacerse responsable por esos riesgos así asumidos por el inversor. Fue la propia incapacidad de las Demandantes, la que llevó al resultado obtenido, que no puede serle atribuido al Perú, toda vez que éste último no puede convertirse en la aseguradora de Conviaf.³⁵¹ La Demandada afirma que las “*expectativas son ilegítimas en la medida en que las demandantes no sean capaces de probar que estén sostenidas razonablemente en su propia conducta, es decir, en su propio due diligence*”.³⁵²
316. La Demandada sostiene que los reclamos de Conviaf sobre el TJE son sólo un intento de dar un ropaje internacional a un reclamo contractual. La MPC actuó dentro de los canales establecidos en el Contrato y los órganos del Estado peruano actuaron dentro del régimen legal autorizado por la legislación peruana.³⁵³
317. Así, las expectativas legítimas argumentadas por Conviaf, que supuestamente fueron quebrantadas, son sólo cláusulas contractuales que se quieren equiparar a expectativas legítimas³⁵⁴ protegidas bajo el derecho internacional.
318. La comparación hecha por Conviaf es inapropiada, incluso si tales disposiciones hubiesen sido quebrantadas ello sería materia contractual y no del Tratado.³⁵⁵ La Demandada señala que “[s]ea cual fuere el nombre que les den a sus reclamos, las Demandantes en realidad sólo están objetando un supuesto incumplimiento del Contrato de Concesión por su contraparte contractual. Tan es así, que todas las

³⁵⁰ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 276-278.

³⁵¹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 06.54.19.

³⁵² Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 06.55.39.

³⁵³ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 320-321.

³⁵⁴ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 06.57.37.

³⁵⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 322-326.

‘garantías’ invocadas por las Demandantes se refieren a supuestas obligaciones de la Municipalidad, y no del Estado peruano (es decir, liberar el Derecho de Vía, alargar plazos, mantener el equilibrio económico-financiero, pagar una liquidación y cobrar el peaje)”.³⁵⁶ En todo caso, la MPC cumplió con las cláusulas señaladas como supuestas expectativas legítimas.³⁵⁷

319. La Demandada también hace énfasis en el último intento de las Demandantes por dar un carácter extra-contractual a sus expectativas, que no se manejó desde el principio en el Memorial; el Perú subraya que las Demandantes hacen referencia en su último escrito a supuestas expectativas derivadas de las actuaciones de órganos estatales diferentes a la MPC, argumentos que califica de falsos.³⁵⁸
320. El Perú también hace énfasis en la ausencia de una “cláusula paraguas” en el Tratado, señalando al mismo tiempo que, los estándares de TJE y de la “cláusula paraguas” son reconocidamente diferentes y jamás podrán ser equiparados (*Eureka c. Polonia*). A decir del Perú, lo que Convial pretende hacer es transformar el estándar TJE en una “cláusula paraguas” por medio de la cual se le otorgue lo reclamado bajo el Contrato.³⁵⁹ Lo planteado por Convial es una distorsión inadmisibles, que de ser admitida equivaldría a aceptar que cualquier incumplimiento contractual, por más mínimo, fuese considerado una violación al estándar de TJE.³⁶⁰

d) El Perú no adoptó medidas injustificadas o discriminatorias

321. La Demandada también niega haber tomado medidas discriminatorias. Señala que el artículo 2(3) del Tratado debe ser interpretado de acuerdo a lo establecido por los artículos 31-32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Haciendo referencia a lo decidido en el caso *Genin c. Estonia*, la Demandada sostiene que la decisión debe ser analizada en su contexto. Así mismo afirma que con base en lo decidido en el caso *Saluka c. República Checa*, es suficiente con que

³⁵⁶ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 327.

³⁵⁷ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 06.58.13.

³⁵⁸ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 287, 290-291.

³⁵⁹ Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 06.51.20.

³⁶⁰ Dúplica de la Demandada, ¶ 265.

el Estado demuestre que su conducta “*bears a reasonable relationship to some rational policy*” para que la medida no sea considerada injustificada o discriminatoria.³⁶¹

322. De acuerdo a la Demandada, yerra Convial, al decir que “*la conducta de la Demandada fue “injustificada” conforme al Art. 2(3) del Tratado en base a los mismos fundamentos que invocan para su reclamo de trato injusto e inequitativo*”.³⁶² Afirma que, por el contrario, “*el estándar... no es el mismo [pues] una medida injustificada debe carecer de justificativo*”. El Perú explica que “*la terminación del Contrato en el año 2007 estuvo justificada en base a los enormes retrasos en la obra y el fracaso de las Demandantes en el desarrollo y financiamiento del Proyecto*”.³⁶³
323. Del mismo modo, el Perú señala que una medida discriminatoria es aquella que tiene un efecto discriminatorio o “*si el objeto de la medida es discriminar*” (*LG&E c. Argentina*);³⁶⁴ así el Perú niega que sus acciones fuesen discriminatorias. Aclara que la comparación hecha entre la concesión de las Demandantes y la concesión de la LAP es incorrecta puesto que existen entre ellas diferencias significativas y su ejecución no fue la misma.³⁶⁵

e) El Perú brindó plena protección y seguridad

324. En lo que se refiere al estándar de plena protección y seguridad jurídica previsto en el artículo 4 del Tratado, la Demandada sostiene que tradicionalmente este estándar consiste en proveer protección física al inversor contra interferencias físicas, sin que ello signifique “*to cover just any kind of impairment of an investor’s investment, but to protect more specifically the physical integrity of an investment against interference by use of force*” (*Saluka c. República Checa*). Es decir, no se trata de una garantía absoluta contra una violación física o jurídica.

³⁶¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 336-341; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 316-317.

³⁶² Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 342.

³⁶³ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 342-344; Dúplica de la Demandada, ¶ 320.

³⁶⁴ Dúplica de la Demandada, ¶ 319.

³⁶⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 345-346.

325. El Perú argumenta que la aplicación del estándar responde a un criterio de razonabilidad tomando en consideración las circunstancias del caso (*ELSI –CIJ-, Lauder c. República Checa (CNUDMI)* y *Noble Venture c. Rumania*)³⁶⁶, y depende hasta cierto punto de los recursos disponibles del Estado (*Pantechniki c. Albania*).³⁶⁷
326. En cuanto a la protección jurídica establecida por el Tratado, la Demandada argumenta que dicho estándar tampoco debe ser aplicado como una protección absoluta. Citando el caso *Frontier Petroleum Service c. República Checa*, afirma la Demandada que “*el Estado garantiza la disponibilidad de un mecanismo judicial. Es suficiente que las decisiones tomadas por el Estado receptor sean razonablemente defendibles, incluso si un tercero – incluyendo un tribunal internacional – pueda no acordar con ellas*”.³⁶⁸
327. El Perú argumenta que brindó la protección y seguridad jurídica prevista por el Tratado. Las Demandantes sólo se limitan a ligar sus argumentos al estándar del TJE y no demuestran cómo el Perú dejó de brindar dicha protección. La Demandada señala que si bien es cierto que existe un vínculo con el estándar del TJE, diferentes tribunales en casos como *PSEG Global c. República de Turquía*, también han considerado dicho vínculo como una razón para no admitir reclamos de plena protección y seguridad jurídica.³⁶⁹
328. En todo caso, el Perú sostiene que como no hubo violación del estándar del TJE, tampoco hubo falta de plena protección y seguridad jurídica.³⁷⁰

e) El Perú no otorgó un trato menos favorable a las Demandantes

329. En lo que se refiere al trato menos favorable alegado por Convial, la Demandada señala que la interpretación que hace Convial del artículo 3(1) del Tratado combina el trato de la nación más favorecida (NMF) con el trato nacional.

³⁶⁶ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 324-325.

³⁶⁷ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 347-352.

³⁶⁸ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 353.

³⁶⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 357-359.

³⁷⁰ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 329-330.

330. Según el Perú, el reclamo de Convial es muy general y está basado en diferencias fácticas sin invocar norma específica alguna. El Perú señala que se trata básicamente de un reclamo basado en supuesta discriminación.³⁷¹
331. El Perú señala que la aplicación del estándar de “*no less favorable treatment*” requiere la identificación de un debido punto de comparación, ya que el resultado del análisis depende del trato más favorable otorgado a una entidad en circunstancias similares.³⁷²
332. A este respecto, la Demandada califica de insostenible la objeción de las Demandantes a la afirmación de la Demandada “*de que las violaciones de los estándares de la Nación más Favorecida o de Trato Nacional deben basarse en la nacionalidad*”. Haciendo referencia al caso *Pope & Talbot c. Canadá*, el Perú reafirma que un reclamo bajo estos estándares implica una distinción con base en la nacionalidad.³⁷³
333. Así, la Demandada señala que en el caso *Parkerings c. Lituania* se adoptó un test de tres pasos para determinar la violación del estándar de trato nacional: 1) los inversionistas deben ser extranjeros, 2) deben estar en el mismo negocio o sector y 3) deben ser tratados de forma distinta.³⁷⁴
334. El Perú señala que los argumentos de Convial con respecto a la violación de la cláusula de la NMF o de trato nacional no tiene como base la nacionalidad, por lo que dichos reclamos deben fracasar.³⁷⁵
335. En todo caso, señala que la comparación que pretende hacer Convial es inapropiada, ya que la concesión de la LAP no es comparable con la concesión de Convial por tener características diametralmente diferentes. Además, el Perú señala que Convial sólo se limita a argumentar que las concesiones son “similares” sin explicar su

³⁷¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 360-362.

³⁷² Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 365-368.

³⁷³ Dúplica de la Demandada, ¶ 332.

³⁷⁴ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 369.

³⁷⁵ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 335-336.

similitud con base en sus regímenes legales, sus contratos respectivos o a los hechos que se suscitaron durante el desarrollo de las respectivas concesiones.³⁷⁶

336. A este respecto, el Perú sostiene que las dos concesiones son diferentes tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico. La Demandada señala las siguientes diferencias jurídicas: 1) los órganos que las otorgaron son diferentes y por tanto cuentan con diferentes competencias; 2) existen diferencias contractuales en relación al Derecho de Vía; 3) la validez de los contratos no es la misma, por un lado la validez del contrato de Convia! está viciada por la falsedad de su propuesta, mientras que en el caso de la LAP la validez del contrato no es cuestionada. Además, la Demandada invoca las siguientes diferencias fácticas: 1) la LAP cumplió con sus obligaciones financieras; 2) la LAP continuó con las obras y 3) la LAP fue objeto de sanciones, que no son mencionadas por Convia!, las cuales no fueron aplicadas a Convia! a pesar de sus retrasos.³⁷⁷

4. La posición del Perú sobre la compensación

337. El Perú afirma que las Demandantes pretenden construir un reclamo al que no tienen derecho, ya que en lugar de plantear un caso bajo el Contrato, como pudieron haberlo hecho, plantean un caso bajo el Tratado. La supuesta inversión de Convia! no fue hecha conforme al derecho peruano, y en todo caso, las Demandantes no logran probar que sus aludidas expectativas sean legítimas, ni que hayan sido expropiadas.³⁷⁸

338. La Demandada señala que existen elementos suficientes para rechazar cualquier alegación de daños por parte de las Demandantes puesto que: 1) no han podido demostrar que cualquier daño o pérdida que hayan sufrido sea atribuible a la conducta del Estado peruano; 2) el cálculo de daños está basado en una cláusula contractual y no en un estándar internacional, 3) la metodología FFD no es apropiada

³⁷⁶ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 370-372.

³⁷⁷ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 373-385.

³⁷⁸ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 343-346.

para el presente caso, además el cálculo está plagado de defectos³⁷⁹ y, 4) falta documentación que justifique la cuantificación³⁸⁰ (las Demandantes ni siquiera han aportado pruebas correspondientes al monto efectivamente invertido).³⁸¹

a) La aplicación de la Tercera Adenda es inapropiada

339. El Perú señala que las Demandantes calculan sus daños con base en el método previsto en la Garantía Complementaria prevista en la Tercera Adenda, sin explicar de qué manera esta cláusula debe regir cualquier cálculo de daños a ser efectuado por el Tribunal. La Demandada subraya que en el cálculo de daños el Tribunal debe atender a los principios del Tratado y del derecho internacional, de acuerdo a lo establecido por el artículo 10(4) del Tratado.³⁸²
340. El Perú sostiene que la referencia a un mecanismo contractual para el cálculo de los daños, resalta nuevamente el hecho de que la esencia de los reclamos es meramente contractual.³⁸³
341. Con base en lo decidido en varios casos CIADI, la Demandada sostiene que el estándar razonable para el cálculo de daños es “el valor justo de mercado”, el cual es objetivo y considera el precio que una persona razonable pagaría por una inversión, y ha sido aplicado incluso en otro tipo de reclamos tales como los basados sobre la violación del TJE. El método FFD utilizado por Convial no es ni el único método para el cálculo de daños, ni el más apropiado en casos como éste, que involucra un proyecto sin una trayectoria significativa de desempeño y con una gran cantidad de suposiciones fácticas insostenibles.³⁸⁴
342. El Perú señala que no es suficiente tratar de vincular el Contrato con el Tratado para justificar la aplicación del método FFD. La Demandada sostiene que ni los

³⁷⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 386-387; Audiencia 19/03/2012, Audio hr. 07.09.21.

³⁸⁰ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 347-349.

³⁸¹ Dúplica de la Demandada, ¶ 355.

³⁸² Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 395-396.

³⁸³ Dúplica de la Demandada, ¶ 373.

³⁸⁴ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 398-401.

documentos contractuales ni la naturaleza del Proyecto son elementos suficientes para determinar la rentabilidad futura de la inversión.³⁸⁵

343. La Demandada señala que solicitó a su experto en daños aplicar el estándar del valor justo del mercado, sin embargo, debido a las incertidumbres y a la falta de pruebas por parte de Conviaf no se pudo llegar a un cálculo con base en dicho estándar. Así, la Demandada sostiene que su experto concluyó que el método más razonable para calcular los daños en el presente caso es el valor de la inversión efectuada por las Demandantes. A este respecto, el Perú subraya que el cálculo rendido no es confiable ya que Conviaf no ha proporcionado pruebas suficientes.³⁸⁶
344. El Perú sostiene que la cláusula sexta de la Tercera Adenda, que estableció la Garantía Complementaria, no es aplicable para el cálculo de los daños debido a las siguientes razones: 1) es aplicable solamente si se produce la ejecución de la Garantía Complementaria; 2) el cálculo está basado en la sumatoria de los Certificados de Inversión, mismos que debían ser aprobados por la MPC y no existe prueba de ello; 3) la ejecución de la cláusula estaba sujeta al incumplimiento de las obligaciones del Contrato (no del Tratado) y; 4) la cláusula es inválida, ya que la MPC no tenía la autoridad para otorgarla sin aprobación de la Contraloría General de la República.
345. En todo caso, la Demandada argumenta que si se debe aplicar una cláusula contractual para el cálculo de daños, se deberían aplicar las cláusulas 15.12 y 15.13 del Contrato que requieren el cálculo del monto invertido por las Demandantes.³⁸⁷
346. Con base en las razones anteriores, el Perú sostiene que, contrariamente a lo manifestado por las Demandantes, éstas no podían tener una expectativa legítima de que serían compensadas de acuerdo a la Garantía Complementaria. La cláusula 6.3 de la Tercera Adenda era inaplicable por lo que no podía generar ninguna expectativa. Además, Conviaf no presentó prueba alguna de que tenía la insólita

³⁸⁵ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 374, 377, 379.

³⁸⁶ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 402-405.

³⁸⁷ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 406-411; Dúplica de la Demandada, ¶ 383.

expectativa de que el Contrato les iba a compensar por una expropiación, que es un reclamo bajo el Tratado.³⁸⁸

347. En cuanto a los argumentos esgrimidos por Convial para justificar la aplicación de la Garantía Complementaria, la Demandada reafirma que ésta última es inaplicable debido a que: 1) del texto de la cláusula sexta de la Tercera Adenda se desprende la necesidad de “ejecutarle” (lo que Convial nunca hizo); 2) Convial no ha negado que los Certificados carecen de la aprobación necesaria, y por tanto no reúnen los requisitos de validez previstos en la Adenda; 3) en todo caso, la Tercera Adenda, y sus referencias al Contrato, dejan ver que ni siquiera es aplicable a casos de caducidad contractual y; 4) contrariamente a lo dicho por el Prof. Martin, el Dr. Bullard afirma que la falta de informe previo de la Contraloría genera la nulidad de la Garantía.³⁸⁹

b) El método FFD no es el método apropiado para valorar los daños

348. La Demandada sostiene que el Tribunal Arbitral no debe aceptar la valuación presentada por las Demandantes debido a que el cálculo está basado en proyecciones de ganancias futuras que no van acorde con lo sustentado por la jurisprudencia arbitral: no otorgar compensación por daños que son especulativos o inciertos.

349. El Perú afirma que el método FFD no es apropiado para este caso ya que el Proyecto no tuvo una historia relevante de rentabilidad. Los tribunales no adjudican a una demandante las ganancias futuras por una inversión que no tiene al menos varios años de rentabilidad comprobada y un grado de certeza de que la inversión continuaría siendo rentable. Así, el Banco Mundial recomienda como método de valuación el valor de la liquidación, para empresas sin un registro considerable de rentabilidad (este mismo método ha sido previsto en el Contrato y considerado por el experto en daños de la Demandada).³⁹⁰

³⁸⁸ Dúplica de la Demandada, ¶ 384.

³⁸⁹ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 385-389.

³⁹⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 412-415.

350. La Demandada señala que las Demandantes, al citar los casos CIADI en apoyo a la aplicación del método FFD, omitieron señalar que dicho método fue rechazado o aplicado tomando en consideración si el objeto de la valuación estuviera plenamente en operación durante varios años o no. Asimismo, la Demandada señala que la jurisprudencia también ha confirmado: 1) que no es suficiente que haya existido una expectativa de que eventualmente se den flujos positivos para aplicar el método FFD y; 2) que en caso de no completarse la inversión, el tribunal debe descontar la suma que podía haber sido invertida en otros proyectos.³⁹¹
351. Contrariamente a lo sostenido por Convial, la Demandada señala que la aplicación del método FFD no requiere solamente que la rentabilidad futura de la inversión sea “probable”, su aplicación requiere pruebas ciertas acerca de la rentabilidad del Proyecto, incluyendo el modelo económico con el que se continuaría, así como la capacidad del mismo de ser financiado, lo cual no ha sido demostrado por Convial.³⁹²
352. Con base en lo anterior, el Perú sostiene que las Demandantes no demostraron que el Proyecto de la Vía Expresa haya tenido una historia confiable o relevante de ganancias, ni tampoco que el Proyecto haya sido susceptible de ser completado. Además, aclara que la aplicación del método FFD prevista en el Contrato estaba condicionada a un plazo de al menos cinco años de operación o la finalización de la obra.³⁹³
353. Las Demandantes pretenden una cuantificación especulativa a tres décadas de plazo sin presentar pruebas de su inversión, de sus costos, de su financiamiento, o de la manera en que se renegociaría el Contrato.³⁹⁴
354. El Perú señala que si en todo caso el Tribunal decidiera adoptar la metodología FFD, no debería de basarse en la valuación presentada por las Demandantes ya que está

³⁹¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 417, 419-420.

³⁹² Dúplica de la Demandada, ¶¶ 402-403.

³⁹³ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 421-424.

³⁹⁴ Dúplica de la Demandada, ¶ 404.

plagada de deficiencias por cuanto: 1) no se presenta documentación completa para avalar los cálculos presentados; 2) se calculan ganancias sobre obras que todavía no habían sido realizadas en el período que se toma de base para su valuación; 3) se subestiman los gastos de capital requeridos para la construcción de la carretera al omitir el aumento de las inversiones de capital esperadas con la inflación entre 2000 y 2005; 4) las proyecciones de crecimiento del tráfico son demasiado agresivas, pues se tomó en consideración un estudio que ni siquiera se consideró en el modelo económico sobre el cual las Demandantes basaron su oferta.³⁹⁵

c) Los otros supuestos daños reclamados por las Demandantes son infundados

355. En cuanto al cálculo de daños por falta de “plena protección y seguridad”, la Demandada sostiene que el método FFD tampoco es fiable, toda vez que se basa en un informe que ni contiene la metodología utilizada para el conteo de fugas, ni presenta la forma de verificarlo y carece de explicaciones por parte de las Demandantes. En opinión de la Demandada, en la tabla presentada no existe sugerencia alguna de que el supuesto incremento en fugas se haya debido a la falta de plena protección.³⁹⁶
356. El Perú manifiesta que la ausencia de explicación y justificación del informe en el que se basa el cálculo de las fugas no se convalida con el hecho de que el Supervisor de Cumplimiento haya sido elegido por la MPC. En todo caso, la Demandada subraya que el pago de honorarios del Supervisor corría por cuenta de Convia. En realidad, no queda claro cómo se hicieron esos cálculos y si las Demandantes no tuvieron influencia sobre los mismos.³⁹⁷
357. En cuanto a los daños morales reclamados por Convia, la Demandada manifiesta que no se ha demostrado tener derecho a ellos. Las Demandantes no señalan fundamentos legales y sólo se limitan a la referencia del caso *Desert c. Yemen*, el cual presenta circunstancias diferentes al presente caso. La asignación de daños

³⁹⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 426-430.

³⁹⁶ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 433-434.

³⁹⁷ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 412-415.

morales sólo se aplica en “*extreme cases of egregious behaviour*” (*Siag c. Egipto*). En todo caso, la Demandada señala que Convia, no logra alcanzar el estándar para percibir una compensación por daños morales tal que fue establecido en el caso *Lemire c. Ucrania*.³⁹⁸

d) La compensación apropiada es el monto invertido por las Demandantes

358. La Demandada sostiene que la aplicación del estándar adecuado, requiere la cuantificación del monto efectivamente invertido por las Demandantes (US\$6.720.766 según el experto en daños de la Demandada). El Perú sostiene que de esta suma se deberá descontar el monto correspondiente a los beneficios perdidos por la Municipalidad por la falta de la carretera.³⁹⁹

359. El Perú argumenta que las críticas de Convia con respecto al monto de compensación propuesto “*no representa más que un intento de reconstruir el Contrato al gusto de las Demandantes. No hay disputa de que las Cláusulas 15.12 y 15.13 se aplican a la liquidación por caducidad, ya sea por ‘rescate, revocación o por culpa’ de la Municipalidad, o ‘sin culpa de las Partes o por caso fortuito o fuerza mayor’.* Tampoco hay disputa de que estas son las únicas cláusulas de liquidación en el Contrato de Concesión [ya que] no es aplicable a este caso la cláusula de la Garantía Complementaria en el Addendum No. 3”.⁴⁰⁰ Así mismo, el Perú rechaza que la cuantificación propuesta equivalga a la declaración de nulidad del Contrato y subraya que las cláusulas en cuestión prevén la compensación para la liquidación por caducidad no por nulidad.⁴⁰¹

³⁹⁸ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 417-422.

³⁹⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 435-436, 439.

⁴⁰⁰ Dúplica de la Demandada, ¶ 429.

⁴⁰¹ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 428-432.

- e) Cualquier compensación a las Demandantes debe limitarse a la proporción de sus intereses protegidos en la fecha anterior a los actos objetados

360. La Demandada manifiesta que bajo un tratado de inversiones, un inversor puede reclamar compensación sólo en proporción a la participación protegida de su inversión (principio de “proporcionalidad”). Así, un inversor no puede beneficiarse más allá de su participación. En este caso, las Demandantes no pueden recibir una compensación mayor a la protección del interés de la inversión extranjera en la compañía local (la participación de CCI en Convial) en la fecha anterior a los actos contra los que reclaman.⁴⁰²
361. Con base en lo anterior y de acuerdo con lo establecido por el artículo 25(2) (b) del Convenio CIADI y el artículo 1(2) (b) y (c) del Tratado, las Demandantes deben probar dos cosas: 1) que Convial estaba controlada por un nacional de otro Estado Contratante del Tratado (CCI de Argentina) y 2) que el control era “efectivo”.
362. Así, el Perú sostiene que con base en lo señalado en el Tratado, “[l]a utilización del calificador ‘efectivo’ en el contexto del requisito de que la parte que controla a Convial, en este caso, sea un nacional de Argentina significa que el control argentino sobre Convial debe ejercerse directamente, en el sentido de que no debe estar estructurado a través de terceros países”.⁴⁰³
363. En aplicación de lo anterior, el Perú señala que las Demandantes no demuestran que CCI haya controlado a Convial a la fecha en que se produjeron los actos que objeta. El Perú señala que para abril del 2008, se identifican dos empresas argentinas en la participación accionaria de Convial (CCI Concesiones S.A. y CCI Internacional S.A.) de las cuales ninguna es parte en este arbitraje. En todo caso, aunque se acepte que de alguna manera CCI controlaba a las dos entidades argentinas mencionadas, éstas sólo controlaban de manera directa el 32.44% de las acciones de Convial.⁴⁰⁴ El Perú

⁴⁰² Dúplica de la Demandada, ¶¶ 438-440.

⁴⁰³ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 441-444.

⁴⁰⁴ Dúplica de la Demandada, ¶ 64.

alega que la compensación que pudieran recibir las Demandantes se debe limitar a esa hipotética participación indirecta de CCI sobre Conviaal.⁴⁰⁵

364. El Perú señala que una alternativa más remota sería aceptar que las Demandantes tienen derecho al 62.46% de la compensación, si se suma la porción del paquete accionario de Conviaal en manos de entidades brasileñas. El Perú señala que, en el mejor de los casos, las Demandantes tendrían derecho a un máximo de 93% de cualquier compensación señalada por el Tribunal pero no a un 100% como lo pretenden las Demandantes.⁴⁰⁶
365. Así, la aparente entrega de la participación sobre Conviaal de las entidades no argentinas a CCI, con posterioridad a los actos objetados por las Demandantes, no puede servir de base para incrementar la compensación a las Demandantes. Primero, porque esta restructuración accionaria indica un intento deliberado por mejorar la posición de las Demandantes en este arbitraje, el cual constituye una “*abusive manipulation of the system of international investment protection under the ICSID Convention and BIT’s*” (*Phoenix Action c. República Checa*), que merece la desestimación del reclamo y un laudo adverso en costas. Y segundo, porque la transferencia de los intereses brasileños y peruanos en Conviaal a las entidades argentinas no puede crear o ampliar los reclamos CIADI, cuando dichas entidades no tenían derecho a plantear esos reclamos.⁴⁰⁷
366. Durante la audiencia en el presente arbitraje, se hizo referencia a este punto, lo que provocó la objeción de las Demandantes, ya que parecía que el Perú pretendía introducir una nueva objeción a la jurisdicción del Tribunal: carencia de nacionalidad argentina de las Demandantes. Así, el Tribunal, quién consideró que esto parecía un nuevo argumento, solicitó al Perú que aclarara su posición al

⁴⁰⁵ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 445-446.

⁴⁰⁶ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 447-448.

⁴⁰⁷ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 450-452.

respecto. El Perú finalmente manifestó no tener intención de introducir un nuevo argumento con base en este hecho.⁴⁰⁸

f) Intereses y costas de arbitraje

367. El Perú también califica de injustificada la solicitud de las Demandantes de otorgar intereses compuestos sobre el monto total del laudo final. La Demandada señala que la tasa de interés que debería ser aplicada está subordinada al principio de “reparación plena” previsto en el artículo 38 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Con base en dicho principio, el Perú señala que los tribunales arbitrales tienen completa discreción en la tasa y modalidades de pago de intereses. El Perú señala que numerosos tribunales han aplicado la tasa de interés aplicable bajo las leyes domésticas del Estado receptor de la inversión, de hecho, subraya que el cálculo de su experto en daños se basa en este principio.⁴⁰⁹
368. La Demandada argumenta que además de que la aplicación de los intereses compuestos no es una regla general internacional aplicable en todos los casos, las Demandantes no demuestran la razón por la cual tales intereses deberían ser aplicados. Asimismo subraya que la tasa propuesta por Conviaf no es aplicable puesto que la cláusula sexta de la Tercera Adenda no es aplicable.
369. El Perú también señala que las Demandantes proponen la aplicación de la tasa de interés argentina sin que se otorgue una justificación suficiente. El Perú subraya una vez más que la tasa legal del Perú sería la apropiada toda vez que está vinculada al lugar donde debía realizarse el Proyecto.⁴¹⁰
370. En cuanto a las costas procesales, la Demandada sostiene que el artículo 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje CIADI confieren al Tribunal Arbitral amplia discrecionalidad a este respecto. La Demandada subraya que en su decisión el Tribunal Arbitral deberá considerar la conducta abusiva de las partes en el proceso, así como el

⁴⁰⁸ Audiencia 20/03/2012, Audio hr. 00.03.51.

⁴⁰⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 440-444.

⁴¹⁰ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 454-460.

rechazo de la solicitud de medidas provisionales formulada por las Demandantes y la solicitud de las Demandantes de una declaración de incumplimiento de la Decisión sobre medidas provisionales.⁴¹¹

371. Con base en todo lo anteriormente expuesto, la Demandada solicita al Tribunal Arbitral que rechace los reclamos de las Demandantes en su totalidad y que ordene a las Demandantes al pago de todas las costas incurridas por la Demandada.

III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LA JURISDICCIÓN

372. De acuerdo al artículo 41 del Convenio CIADI, el Tribunal Arbitral está facultado tanto para decidir sobre su propia competencia, como para resolver cualquier objeción hecha a la jurisdicción del CIADI. Para ello, el Tribunal Arbitral necesita verificar el cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales establecidos tanto en el Convenio CIADI como en el instrumento que prevé la jurisdicción del CIADI para la resolución de controversias, sea éste un Tratado sobre promoción y protección recíproca de inversiones, un Tratado multilateral, un Contrato, un Código o una Ley nacional de inversión.
373. En el presente caso, los requisitos jurisdiccionales necesarios para que el Tribunal Arbitral tenga competencia sobre la disputa presentada se encuentran establecidos tanto en el artículo 25 del Convenio, como en el Tratado.
374. El artículo 25(1) del Convenio CIADI establece:

“(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 [...]” (Énfasis añadido)

375. Así, del texto del artículo 25(1) del Convenio CIADI se desprende que la jurisdicción del CIADI depende del cumplimiento de 3 requisitos: *ratione materiae*,

⁴¹¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 445-446.

ratione personae y *ratione voluntatis*. Por otra parte, la no retroactividad es un principio general del derecho que conlleva la aplicación de un requisito *ratione temporis*.

376. El análisis de estos requisitos jurisdiccionales bajo el Convenio debe realizarse en conjunto con los requisitos jurisdiccionales del Tratado.
377. El Tratado entre el Perú y la Argentina precisa este cuarto requisito: “*ratione temporis*”, el cual se desprende de los artículos 10 y 12 del Tratado mismo. El artículo 10 prevé “[...] *la controversia podrá ser llevada* [...] Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) 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 aquél [...]” (Énfasis añadido). El artículo 12 limita la protección prevista en el Tratado al período de su vigencia.
378. Así, el requisito “*ratione temporis*” supone la vigencia para los dos Estados (el Perú y la Argentina) tanto del Tratado de promoción y protección de inversiones como del Convenio CIADI para que una “*controversia*” pueda “*ser llevada*” ante el CIADI.
379. Con base en lo anterior y para determinar su competencia, el Tribunal pasará a verificar la existencia de los requisitos mencionados, a saber: “*ratione materiae*” (A), “*ratione personae*” (B), “*ratione voluntatis*” (C), y “*ratione temporis*” (D), aunque estos dos últimos no son impugnados por el Perú.

A. JURISDICCIÓN “*RATIONE MATERIAE*”

380. Como se mencionó anteriormente, el artículo 25(1) del Convenio CIADI requiere que las disputas sometidas al Centro sean “*diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión*”. Para cumplir con este requisito, primero se deberá establecer la existencia de una “*inversión*”, para después determinar si la disputa surge “*directamente*” de ésta misma. Según la Demandada, el Tribunal no tiene jurisdicción “*ratione materiae*” debido a la ausencia de una inversión ya que la

misma no fue hecha de conformidad con las leyes y reglamentaciones del Perú (1) y que los reclamos de las Demandantes serían esencialmente contractuales (2).

1. La excepción de jurisdicción basada en la inexistencia o la nulidad de la inversión

381. El estándar generalmente aplicado para determinar la existencia de una inversión, para fines de la competencia de los tribunales CIADI, es el conocido bajo la denominación “*double barreled test*”,⁴¹² donde la existencia de una inversión para fines jurisdiccionales requiere el cumplimiento tanto de lo dispuesto por el artículo 25(1) del Convenio CIADI, como por el Tratado de promoción y protección de inversiones invocado. Así, en el presente caso la existencia de la inversión de las Demandantes dependerá del cumplimiento tanto de lo establecido por el Tratado a), como del artículo 25(1) del Convenio CIADI b).

a) Existencia de una inversión en virtud del Tratado

382. En el caso que nos ocupa, la Demandada no ha objetado que la participación accionaria de la sociedad CCI en Conviaf o el Contrato en cuestión no encaje claramente dentro de las previsiones del artículo 1(1) del Tratado que dispone:

“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 están directamente vinculados a una inversión específica;*

⁴¹²

Phoenix Action Ltd c. República Checa, caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, ¶ 74.

- 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. [...]* (Énfasis añadido)

383. De hecho, el artículo 1(1) del Tratado establece una definición amplia de lo que puede ser considerado como inversión: “[t]odo tipo de activo invertido por inversores de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante [...]” (Énfasis añadido). Además, la participación accionaria de la sociedad CCI en la sociedad peruana Convial se enmarca claramente en los literales b) y c) del artículo 1(1) del Tratado. Del mismo modo, la Concesión encuadra dentro el literal e) y las prestaciones otorgadas al concesionario (la sociedad Convial) mediante el Contrato (apartado VI del Contrato) también encajan en el literal c) del artículo 1(1) del Tratado. Por último, dentro de este mismo literal se enmarcan los préstamos adquiridos por las Demandantes, vinculados al Proyecto de la Vía Expresa.
384. Lo que la Demandada sostiene es que la alegada inversión o no existe o es nula al no haber cumplido con las leyes y reglamentaciones del Perú, requisito indispensable para la existencia de la inversión según la Demandada, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1(1) del Tratado⁴¹³ que reza:

“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.” (Énfasis añadido)

385. La Demandada interpreta el elemento “de conformidad con las leyes y reglamentaciones” como un requisito indispensable para la existencia de la

⁴¹³

Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 250-256.

inversión.⁴¹⁴ A su decir, si la alegada inversión no cumple con los requisitos legales y reglamentarios peruanos, ésta es inexistente.

386. El Tribunal Arbitral no concuerda con esta posición. El requisito de “legalidad” o “validez” en cuestión, aunque incluido en el texto del artículo 1(1) del Tratado que define el término “inversión”, no determina la existencia de la misma.

387. Diferentes tribunales han decidido en este mismo sentido. El tribunal en *Salini c. Marruecos* decidió en los siguientes términos:

*“[...] Tribunal cannot follow the Kingdom of Morocco in its view that paragraph 1 of Article 1 refers to the law of the host State for the definition of “investment”. In focusing on “the categories of invested assets [...] in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party,” this provision refers to the validity of the investment and not to its definition. More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal”.*⁴¹⁵ (Énfasis añadido)

388. El tribunal en el caso *Bayindir c. Pakistán* decidió:

*“[...] In any event, the Tribunal cannot see any reason to depart from the decision of the tribunal in Salini v. Morocco holding that “this provision [i.e., the requirement of conformity with local laws] refers to the validity of the investment and not to its definition [...]”*⁴¹⁶

389. El tribunal en el caso *Saba Fakes c. Turquía* incluso encontró que aún cuando una inversión es “ilegal” no deja de ser una inversión:

*“112. Likewise, the principles of good faith and legality cannot be incorporated into the definition of Article 25(1) of the ICSID Convention without doing violence to the language of the ICSID Convention: an investment might be “legal” or “illegal”, made in “good faith or not, it nonetheless remains an investment. [...]”*⁴¹⁷ (Énfasis añadido)

⁴¹⁴ *Contra-Memorial de la Demandada*, ¶ 260.

⁴¹⁵ *Salini Costruttori S.P.A y Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos*, caso CIADI No. ARB/00/4, Laudo sobre la Jurisdicción, 16 de julio de 2001, ¶ 46.

⁴¹⁶ *Bayindir c. Pakistán*, caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo sobre la Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶109.

⁴¹⁷ *Mr. Saba Fakes c. República de Turquía*, caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010, ¶ 112.

390. El requisito de conformidad de la inversión con el derecho interno, concierne la “validez” de la inversión y no su existencia. Así, sólo si la inversión es “válida”, será considerada como una “inversión protegida” y por tanto tendrá acceso a la protección contenida en el Tratado de promoción y protección de inversiones en cuestión.

391. El tribunal en el caso *Phoenix c. República Checa* así lo decidió:

“[...] There is no doubt that the requirement of the conformity with law is important in respect of the access to the substantive provisions on the protection of the investor under the BIT. [...]”⁴¹⁸ (Énfasis añadido)

392. El tribunal del caso *Saba Fakes c. Turquía* lo precisó claramente:

“As far as the legality of investments is concerned, this question does not relate to the definition of “investment” provided in Article 25(1) the ICSID Convention and in Article 1(b) of the BIT. In the Tribunal’s opinion, while the ICSID Convention remains neutral on this issue, bilateral investment treaties are at liberty to condition their application and the whole protection they afford, including consent to arbitration, to a legality requirement of one form or another. [...]”⁴¹⁹ (Énfasis añadido)

393. En el presente caso, el requerimiento de conformidad de la inversión al derecho interno del Estado anfitrión como un elemento de validez y no de existencia de la inversión, también es confirmado en el artículo 2 del Tratado, que en su párrafo 2 prevé:

“[...] 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 este Convenio [...]” (Énfasis añadido)

394. Queda claro entonces, que el requisito de conformidad con las leyes y reglamentaciones de cada Parte Contratante funciona como una condicionante para el goce de la protección prevista por el Tratado, no así para determinar la existencia de la inversión.

⁴¹⁸ *Phoenix Action c. República Checa*, caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, ¶ 104.

⁴¹⁹ *Mr. Saba Fakes c. República de Turquía*, caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010, ¶ 114.

395. Una vez determinada la existencia de la inversión en los términos del Tratado, y siguiendo lo previsto por el artículo 1(1), corresponde al Tribunal abordar el requisito de “legalidad”. El Tribunal recuerda que este requisito, como se dijo anteriormente, se limita a la validez de la inversión condicionando su acceso a la protección prevista en el Tratado (Párrafo 390 *supra*). Así, corresponde al Tribunal, y puesto que ha sido invocado por la Demandada, determinar si la inversión de las Demandantes entra dentro del campo de protección del Tratado. Dicho en otras palabras, el Tribunal deberá hacer un análisis de la validez de la inversión a la luz del derecho internacional, el cual rige esta etapa de la determinación de la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal Arbitral.
396. En el caso que nos ocupa, las violaciones alegadas por el Perú consisten en supuestos incumplimientos en el proceso de licitación y en la ejecución de la concesión.⁴²⁰ El Perú alega la violación del marco legal peruano consistente en: 1) el incumplimiento de las Bases Generales (presentación de información incompleta o errónea que permitió a las Demandantes obtener la concesión); 2) el incumplimiento de los plazos establecidos para iniciar la ejecución de la concesión;⁴²¹ 3) la celebración de Adendas que contravenían las leyes y; 4) la falta de presentación de información requerida.⁴²² Todas estas supuestas violaciones han sido negadas por las Demandantes.⁴²³
397. Con base en lo argumentado por la Demandada, el Tribunal nota que en su análisis del requisito de la condición de conformidad de la inversión con el derecho interno del Estado anfitrión, primero tiene que determinar el momento en el que se debe verificar la existencia de una supuesta ilegalidad que pueda afectar su competencia, y luego, determinar si las violaciones invocadas son suficientes para considerar la inversión como “ilegal” para los fines del Tratado, afectando así la jurisdicción del Tribunal.

⁴²⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 253.

⁴²¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 254.

⁴²² Dúplica de la Demandada, ¶¶ 4-5.

⁴²³ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 13, 28.

398. En cuanto al primer punto, el Tribunal nota que las Partes sostienen argumentos diferentes. Mientras que para las Demandantes el requisito de legalidad para efectos de jurisdicción se debe verificar al momento de la admisión de la inversión en el territorio del Estado anfitrión,⁴²⁴ la Demandada considera que la validez es importante tanto al momento de realizar la inversión como a lo largo de su vigencia.
399. El Tribunal no está de acuerdo con la posición de la Demandada. El Tribunal nota que del texto del artículo 1(1) del Tratado se desprende que el requisito de validez que da acceso a la protección del Tratado aplica *ab initio* de la inversión. El artículo 1(1) dispone: “*El término inversión designa, de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversores [...]*” (Énfasis añadido). Al utilizarse las expresiones en pasado “*se realizó*” e “*invertido*” se muestra que el elemento de la validez es requerido al momento en que la inversión fue hecha.
400. El mismo análisis ha sido efectuado por el tribunal en el caso *Hamester c. República de Ghana*, aplicando una disposición del tratado aplicable en dicho caso similar al artículo 1(1) del Tratado en el presente arbitraje:

*“The Tribunal considers that a distinction has to be drawn between (1) legality as at the initiation of the investment (“made”) and (2) legality during the performance of the investment. Article 10 legislates for the scope of application of the BIT, but conditions this only by reference to legality at the initiation of the investment. Hence, only this issue bears upon this Tribunal’s jurisdiction. Legality in the subsequent life or performance of the investment is not addressed in Article 10. It follows that this does not bear upon the scope of application of the BIT (and hence this Tribunal’s jurisdiction) – albeit that it may well be relevant in the context of the substantive merits of a claim brought under the BIT. Thus, on the wording of this BIT, the legality of the creation of the investment is a jurisdictional issue; the legality of the investor’s conduct during the life of the investment is a merits issue”.*⁴²⁵

401. Así, el Tribunal analiza la validez de la inversión tomando en cuenta los incumplimientos que según la Demandada se verificaron al inicio de la inversión:

⁴²⁴ Réplica de las Demandantes, ¶ 43.

⁴²⁵ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, ¶ 127.

incumplimientos de las Bases Generales que permitieron a las Demandantes adquirir la concesión.

402. Las violaciones invocadas por el Perú consisten en supuestas omisiones o informaciones erróneas presentadas por las Demandantes para la obtención de la concesión durante el proceso de licitación, es decir, el incumplimiento de formalidades establecidas en las Bases Generales. Por tanto, es menester determinar si las alegadas violaciones son de tal envergadura que excluyen a la inversión de la protección ofrecida por el Tratado.
403. Como lo estableció el tribunal del caso *LESI-DIPENTA*: “[...] *the Bilateral Agreement is an international treaty, its meaning should be the one given it by both parties, as opposed to a meaning based on one party’s domestic legislation [...]*”⁴²⁶
404. No todas las violaciones del sistema legal del Estado anfitrión conllevan la ilegalidad de la inversión, afectando la jurisdicción del tribunal que conoce del caso.
405. Es un principio bien establecido del derecho internacional, que se trate de la responsabilidad internacional del Estado o de la validez de normas o de figuras jurídicas de derecho interno en derecho internacional, que este último es independiente del primero cuando se trata de analizar la validez y el alcance internacionales del derecho interno o de los comportamientos estatales de carácter interno. Así, en el terreno de la responsabilidad, la violación de derecho interno no significa necesariamente que el derecho internacional resulte violado,⁴²⁷ y en el

⁴²⁶ *LESI-DIPENTA c. Argelia*, caso CIADI No. ARB/03/08, Laudo, 10 de enero de 2005, ¶ II. 24(iii).

⁴²⁷ "La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno", Artículo 3, Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Comisión de Derecho Internacional, Naciones Unidas, 2001. CRAWFORD (J.), *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaire*, Pedone, Paris, 2003, pp. 103-104. "Yet it must be borne in mind that the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise", *Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI)* (Estados Unidos de América c. Italia), Decisión, 20 de julio de 1989, *CIJ Rep.* 1989, ¶ 124; "The Tribunal does not exclude that the *SEGOB* proceedings may have been affected by certain irregularities. Rather, the Tribunal cannot find on the record any administrative irregularities that were grave enough to shock a sense of judicial propriety and thus give rise to a breach of the minimum standard of treatment", *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006, ¶ 200.

terreno de la validez de normas y figuras jurídicas internas en el derecho internacional, tampoco significa que aquellas gocen de plena validez en el derecho internacional y sean oponibles a terceros Estados.⁴²⁸

406. Aplicando lo anterior al derecho internacional de inversiones, y particularmente a la determinación de la competencia del Tribunal en el presente caso, no todos los requisitos y condiciones exigidos por las normas locales para un proceso de licitación específico tienen la misma entidad o relevancia cuando se analizan sus efectos frente a un precepto estipulado en un instrumento de carácter internacional. A este respecto, varios criterios han sido identificados por diferentes tribunales a fin de determinar esta cuestión.
407. Por un lado, varios tribunales han considerado que sólo la violación de principios legales fundamentales del Estado Contratante anfitrión puede conllevar a la invalidez de la inversión para fines jurisdiccionales. Así, el tribunal arbitral en el caso *Rumeli c. Kazajstán* decidió en los siguientes términos:

*“To defeat the Tribunal’s jurisdiction based on a BIT’s requirement that the disputed investments be in conformity with the host State’s laws and regulations, a certain level of violation is required. As determined by the Arbitral Tribunal in the LESI I case, such a provision will exclude the protection of investments only if they have been made in breach of fundamental legal principles of the host country (“en violation des principes fondamentaux en vigueur”)[...]”*⁴²⁹ (Énfasis añadido).

408. Asimismo, el tribunal arbitral en el caso *Desert Line Projects c. Yemen* decidió:

“[...] In State practice in the BIT area, the phrase “according to its laws and regulations” is quite familiar. [...] such references are intended to ensure the legality of the investment by excluding investments made in

⁴²⁸ *“The character thus recognized on the international level as pertaining to nationality is in no way inconsistent with the fact that international law leaves it to each State to lay down the rules governing the grant of its own nationality [...] On the other hand, a State cannot claim that the rules it has thus laid down are entitled to recognition by another State unless it has acted in conformity with this general aim of making the legal bond of nationality accord with the individual’s genuine connection with the State which assumes the defence of its citizens by means of protection as against other States”, caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), segunda fase, Laudo, 6 de abril de 1955, CIJ Rep. 1955, p. 23.*

⁴²⁹ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, ¶ 168.

breach of fundamental principles of the host State's law [...]”⁴³⁰ (Énfasis añadido).

409. Por otro lado, otros tribunales han sido más exigentes en cuanto a la identificación de los vicios de derecho interno que podrían afectar la inversión según los parámetros del derecho internacional. Así, en el caso *Quiborax c. Bolivia* el tribunal, aplicando un enfoque que él mismo llama balanceado, decidió como sigue:

“264. [...] una interpretación más equilibrada que toma en consideración la necesidad de proteger las inversiones extranjeras, por un lado, y las responsabilidades del Estado, por el otro.[...]”

265. [...] el Tribunal debe determinar qué violaciones se encuentran cubiertas por el requisito de legalidad. O dicho de otra forma, qué violaciones del requisito de legalidad excluyen la inversión del alcance del Tratado y de la jurisdicción del Tribunal.[...]”

266. [...] El alcance del requisito de legalidad en razón de la materia se limita a (i) violaciones no triviales del orden jurídico del Estado receptor [...], (ii) violaciones del régimen de inversiones del Estado receptor [...], y (iii) fraude – por ejemplo, para obtener la inversión. [...]”⁴³¹

410. En el caso que nos ocupa, la Demandada alega la violación de ciertos requisitos que condicionaban la obtención del Contrato. La supuesta violación de estos requisitos no corresponde a ninguno de los supuestos citados en los párrafos anteriores (Párrafos 407-409 *supra*). Las Bases Generales a las que hace alusión el Perú, que supuestamente no fueron cumplidas, son requisitos propios de un proceso de licitación pública para la obtención de una concesión, particulares al régimen peruano. El Tribunal no está convencido de que, aun asumiendo que los requisitos de la licitación pública no se hayan cumplido, dicho incumplimiento resulte en una violación de principios fundamentales del Estado Peruano, o en violaciones fundamentales de su régimen legal general y de inversiones. No hay evidencia en el proceso de que tales requisitos tengan una entidad tal que su incumplimiento pueda afectar la validez de la inversión para efectos jurisdiccionales de este Tribunal.

⁴³⁰ *Desert Line Projects L.L.C. c. República de Yemen*, caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008, ¶ 104.

⁴³¹ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo sobre la Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, ¶¶ 264-266.

Tampoco hay evidencia que los alegados requisitos de la licitación que no fueron cumplidos conduzcan o sean el producto de un fraude, lo cual llevaría sin duda a viciar internacionalmente la inversión para efectos de su protección (*Inceysa c. El Salvador y Fraport c. Filipinas*).

411. En todo caso, la fuerza del argumento de la Demandada también se ve afectada por el comportamiento del propio Perú tanto al momento de otorgar la Concesión, como durante el período transcurrido hasta la declaración de caducidad. En su momento, las autoridades peruanas consideraron que los requisitos de las Bases Generales se habían cumplido. De lo contrario, la propuesta de las Demandantes no hubiese pasado la primera etapa de selección de la licitación. Las Bases Generales eran claras en sus “criterios de evaluación” en el sentido que si los Documentos Generales de la Propuesta de las Demandantes no se consideraban ajustadas al “[c]umplimiento de todos los documentos requeridos, así como el cumplimiento suficiente de las exigencias y la veracidad de las informaciones contenidas, [...] el Participante que incumpl[iera] alguno de los requisitos mínimos [sería] descalificado automáticamente y no se evaluar[ían] por tanto sus otros sobres [...]”⁴³² (Énfasis añadido)
412. La propuesta de las Demandantes pasó la primera etapa y las posteriores evaluaciones establecidas en las Bases Generales y sus Anexos. Es decir, la propuesta fue considerada conforme a las Bases Generales; de lo contrario no se habría otorgado la buena pro para acordar la Concesión. El Anexo 1 sección 2.0 de las Bases Generales⁴³³ era categórico en cuanto a los factores de “no aprobación”, los cuales no se verificaron (evidencia de ello fue el otorgamiento de la concesión). Además, la Resolución del Comité de Concesiones estableció: “[...] *el Participante ha presentado la documentación requerida por las bases en su Artículo 1.10.2 [...]*”⁴³⁴

⁴³² Documento P-33, Bases Generales, p. 18.

⁴³³ Documento P-33, Bases Generales, Anexo 1, p. 23.

⁴³⁴ Documento P-2, Resolución del Comité de Concesiones de la Vía Expresa del Callao, 28 de febrero de 2000.

413. Más aún, el Perú no ha señalado comunicaciones o documentos emitidos durante la ejecución del Proyecto que hagan alusión a la pretendida violación de las Bases Generales.
414. La MPC, al momento de declarar la caducidad, tampoco hizo alusión a la supuesta irregularidad de la concesión por las razones de incumplimiento de las Bases Generales. La carta del 5 de noviembre de 2007, dirigida a Convial, no hace alusión a la irregularidad de la concesión, sólo hace referencia a la existencia de “razones de interés público” que justificarían la declaración de “la caducidad de la concesión y de esta manera recuperar el control de la infraestructura vial que fue dada en concesión.”⁴³⁵
415. Del mismo modo, en la carta del 21 de noviembre de 2007, no se hizo alusión alguna a la supuesta irregularidad de la concesión, únicamente se invocó la “caducidad” con base en la existencia de un “interés público dado el carácter de uso público del bien en cuestión”.⁴³⁶
416. El Tribunal también considera que la Demandada, al haber declarado la caducidad de la Concesión, la consideraba como válida. Los expertos presentados por las Partes coinciden en este punto aunque de manera distinta. El Dr. Martin, experto presentado por las Demandantes, reconoce de manera explícita que la declaración de caducidad presupone en sí misma la validez del Contrato,⁴³⁷ y el Dr. Bullard, experto presentado por la Demandada, lo reconoce de manera implícita al argumentar que la caducidad es una institución que extingue los efectos de un contrato válidamente celebrado como consecuencia de sucesos ocurridos posteriormente a su celebración.⁴³⁸ Así, si el Contrato se hubiese considerado inválido, se hubiese actuado por la vía de la nulidad y no por la vía de la caducidad.

⁴³⁵ Documento D-13, Carta de la Gerencia Municipal de la MPC a Convial, 5 de noviembre de 2007; Documento P-160, Carta Notarial de la Gerencia Municipal a Convial, 5 de noviembre de 2007.

⁴³⁶ Documento D-15, Carta Notarial de Resolución de Contrato por caducidad, 21 de noviembre de 2007.

⁴³⁷ Informe Legal del Prof. Richard James Martin Tirado, 4 de noviembre de 2011, ¶ 39.

⁴³⁸ Informe Legal Sr. Alfredo Bullard Gonzalez, 22 de julio de 2011, ¶ 88.

417. La Demandada argumenta que el incumplimiento de estos requisitos también equivale a la violación del principio de buena fe, transparencia y veracidad, lo cual constituye igualmente una contravención de la ley peruana. Según la Demandada, las Demandantes presentaron informaciones falsas e indujeron el Perú a errar con el objetivo de obtener la concesión.
418. A decir del Perú, las Demandantes informaron incorrectamente que la vía se localizaría sólo en la jurisdicción de la Municipalidad, no presentaron información financiera completa y no revelaron su verdadera situación financiera.⁴³⁹
419. El Perú argumenta que esto puede equipararse a lo acontecido en el caso *Inceysa c. El Salvador*, donde el tribunal se declaró incompetente por una serie de actos fraudulentos en el proceso de licitación. En el caso aludido por la Demandada, el tribunal declaró no tener jurisdicción luego de haberse probado los actos fraudulentos que permitieron a la sociedad *Inceysa* obtener la concesión en cuestión.
420. A este respecto, el tribunal concuerda con las Demandantes en el sentido de que la carga de la prueba de tal alegación recae sobre el Perú. La parte que invoca fraude debe demostrarlo con hechos y no puede basarse sólo en inferencias. A este respecto, el tribunal en el caso *Gustav Hamester c. Ghana* decidió:

“[...] The Tribunal can only decide on substantiated facts, and cannot base itself on inferences”.⁴⁴⁰ (Énfasis añadido)

421. En el caso *Inceysa c. El Salvador*, este último probó como *Inceysa* presentó información falsa y documentación falsificada en la licitación. Así, en el caso que nos ocupa, el Perú para demostrar la existencia de fraude debe presentar evidencia suficiente que lo pruebe, lo cual no ha ocurrido en este caso.
422. El Perú hace alusión a una supuesta ocultación de información respecto a la situación financiera de las Demandantes y la localización del proyecto mismo.

⁴³⁹ Dúplica de la Demandada, ¶ 213.

⁴⁴⁰ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, ¶134.

423. En lo que respecta a la localización del Proyecto de la Vía Expresa, resulta difícil creer que la MPC no haya estado al tanto que el Proyecto pasaría por la Municipalidad de Lima. En primer lugar, las Demandantes dieron a conocer este hecho en su Propuesta Técnica, en la parte de Impacto ambiental (a la que hizo referencia la propia Demandada). En ella se informó:

*“[...] El emplazamiento del proyecto se localiza dentro de la jurisdicción política del gobierno de la provincia del Callao. La amplitud de los alcances del proyecto, produce una intervención en un ámbito mayor, el que involucra a la provincia de Lima [...]”.*⁴⁴¹

424. En segundo lugar, los documentos oficiales que preveían la necesidad de realizar este Proyecto, también dejaban ver que la naturaleza del mismo era tal que afectaría otras provincias.⁴⁴² Así, no se ha probado acto fraudulento alguno que haya impedido a la MPC saber que el proyecto afectaría terrenos localizados en otra Municipalidad.

425. En lo que se refiere a la información financiera, no se ha probado la manera en que las Demandantes “*distorsiona[ron] su información financiera*” para ocultar su verdadera situación económica (como lo afirma la Demandada). La Demandada señala que las Demandantes realizaron un “*complejo juego financiero*”⁴⁴³ para mejorar los índices financieros presentados en la licitación.

426. El Perú hace alusión a la falta de transparencia de movimientos en los estados contables de CCI-Concesiones, lo cual habría permitido mejorar la apariencia de los índices financieros presentados en la licitación.⁴⁴⁴ Sin embargo, lo argumentado por la Demandada no es sustentado con hechos o pruebas concretos. Por el contrario, las Demandantes han demostrado que presentaron la información exigida.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ Documento P-36, Propuesta Técnica, Estudio Impacto Ambiental, 10 de febrero de 2000, p. 6.

⁴⁴² Plan de Desarrollo Metropolitano de Lima-Callao, 1990-2010, Tomo VII; Documento P-28, Plan Urbano Director de la Provincia Constitucional del Callao 1995-2010, Vol. B.

⁴⁴³ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 8.

⁴⁴⁴ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 42.

⁴⁴⁵ Documento P-38, Documentos Generales de la Oferta del Consorcio, parte 1.

427. En todo caso, resulta difícil creer que la Comisión no haya recibido esta información. Las Bases Generales eran categóricas con respecto a la documentación a presentar. Sólo si se consideraba que el contenido del primer sobre de la Propuesta estaba completo (que incluía los “estados financieros” presuntamente omitidos), “*se proceder[ía] a la apertura del 2do y 3er sobre [...]*”. Los otros dos sobres de la propuesta de las Demandantes fueron considerados y evaluados, lo que deja ver que el Comité de concesiones consideró que toda la documentación del primer sobre estaba completa (incluidos “los estados financieros” señalados).
428. Con base en lo anterior, el Perú no ha probado sus alegaciones de fraude, ni la violación de un principio fundamental del régimen jurídico peruano (ej. principio de buena fe) ni de alguna regulación del régimen de inversión.
429. Con fundamento en lo anterior, el Tribunal considera que la existencia de la inversión en términos del artículo 1(1) del Tratado ha sido probada, y que ésta es legal para fines jurisdiccionales.
430. Así, siguiendo con la aplicación del “*double barreled test*”, el Tribunal a continuación analiza la existencia de la inversión para fines del artículo 25(1) del Convenio CIADI.

b) Existencia de la inversión para fines del artículo 25(1) del Convenio CIADI

431. El Tribunal nota que aunque no existe una definición específica del término “inversión” en el artículo 25(1) del Convenio CIADI, ha sido generalmente aceptado que la definición de inversión para fines de este artículo es una definición objetiva.
432. Sin embargo, los tribunales CIADI han adoptado diferentes posiciones con respecto a los elementos que permiten determinar objetivamente la existencia de una inversión. Por ejemplo, el tribunal en el caso *Salini c. Marruecos* estableció la necesidad de verificar la existencia de 4 elementos (*test Salini*): (i) contribución de

capital u otros aportes, (ii) una cierta duración; (iii) la existencia de riesgo y (iv) contribución al desarrollo del Estado.⁴⁴⁶

433. Otros tribunales, como el tribunal en el caso *Phoenix Action c. República Checa*⁴⁴⁷, han añadido otros elementos, en particular: 1) la conformidad de la inversión con las leyes del Estado anfitrión y 2) el elemento *bona fide* de la operación de inversión. El tribunal arbitral en el citado caso delimitó igualmente uno de los elementos del *test Salini*, a saber, la contribución al desarrollo del Estado, en el sentido de que la inversión extranjera permita el “*desarrollo de una actividad económica en el Estado anfitrión.*”
434. De lo anterior, puede ser constatado que las decisiones de los tribunales CIADI han adoptado posiciones diferentes en cuanto a los elementos básicos para definir una inversión para fines del artículo 25(1) del Convenio CIADI.
435. En la opinión del Tribunal, la participación accionaria de la sociedad CCI en Conviaf y el Contrato cumplen con los requisitos necesarios para calificar como inversión para fines del artículo 25(1) del Convenio CIADI. Tal es el caso si se analizan tanto los cuatro elementos del *test Salini*, como los dos adicionales del caso *Phoenix Action c. República Checa*.
436. En efecto, resulta claro que el grupo CCI hizo un aporte en capital para la constitución de la sociedad Conviaf, única concesionaria. Además, cabe recordar que las Bases Generales establecían claramente que el financiamiento del proyecto estaría a cargo de la empresa concesionaria, ya fuera con recursos propios o con financiamiento de terceros,⁴⁴⁸ lo que implica obligatoriamente una contribución de aportes económicos importante en el Proyecto, y en consecuencia, en el Estado anfitrión. Finalmente, el aporte de las Demandantes no es medible solamente en

⁴⁴⁶ *Salini Costruttori S.P.A y Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos*, caso CIADI No. ARB/00/4, Laudo sobre la Jurisdicción, 16 de julio de 2001, ¶¶ 52-58.

⁴⁴⁷ *Phoenix Action c. República Checa*, caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, ¶ 114.

⁴⁴⁸ Documento C-52, Bases Generales del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de la “Vía Expresa” del Callao, Municipalidad de la Provincia Constitucional del Callao; Documento D- 3, Contrato de Concesión suscrito entre la Municipalidad Provincial del Callao y Conviaf Callao S.A., 9 de febrero de 2001.

términos económicos, sino también en términos de *know-how*, pues queda claro que para haber ganado la Concesión, su propuesta, desde un punto de vista técnico y de experiencia en el campo de la construcción vial, no ha tenido que ser insignificante.

437. Además, no puede ponerse en duda que el término de 30 años, pactado como duración de la concesión, satisface ampliamente el criterio temporal de la inversión en términos del artículo 25(1) del Convenio CIADI.⁴⁴⁹ Es igualmente lógico asumir que en un proyecto de tal envergadura, no sólo por sus aspectos técnicos, sino también por su larga duración sumada a los vaivenes de la vida política, económica y social de cualquier Estado, las Demandantes asumieron un riesgo que merita calificar su operación de inversión.
438. En este mismo orden de ideas, y para completar el *test Salini*, es evidente que el Proyecto vial entre el Aeropuerto internacional y la ciudad de Lima es una de esas operaciones de infraestructura que definitivamente contribuyen al desarrollo económico del Estado anfitrión de la inversión. Prueba de ello es que el mismo gobierno peruano declaró, por medio de Decreto, la necesidad de mejorar la ruta uniendo el Aeropuerto internacional a la capital por razones tanto económicas como sociales, particularmente relacionadas con el turismo.⁴⁵⁰
439. Finalmente, y en aras de satisfacer los elementos adicionales del test *Phoenix Action c. República Checa*, queda claro, tal y como ya había sido enunciado anteriormente (Párrafos 417-428 *supra*), que la inversión llevada a cabo por las Demandantes en el presente caso fue hecha de buena fe, especialmente porque el Perú no pudo probar ningún fraude de parte de los inversores y la inversión fue hecha en cumplimiento de la normativa peruana general y específica en materia de inversiones.
440. Con base en todo lo anterior, y puesto que se ha probado que la inversión en cuestión cumple con los requisitos tanto del artículo 1(1) del Tratado como del artículo 25(1)

⁴⁴⁹ Documento P-2, Resolución del Comité de Concesiones de la Vía Expresa del Callao, 28 de febrero de 2000.

⁴⁵⁰ Documento D-11, Decreto Supremo No. 16-95-PRES, Diario Oficial El Peruano, publicado el 4 de octubre de 1995.

del Convenio CIADI, el Tribunal concluye que se ha cumplido con el requisito “*ratione materiae*”.

441. En consecuencia, la excepción de jurisdicción del Perú basada en la alegada irregularidad de la inversión de las Demandantes debe ser rechazada por el Tribunal.
442. Por todo lo anterior, el Tribunal considera que queda verificada la existencia de la inversión de las Demandantes según el artículo 1(1) del Tratado y el Convenio CIADI.

2. La excepción de jurisdicción basada en la índole contractual de los reclamos

443. La Demandada también objeta la jurisdicción del Tribunal alegando que los reclamos de las Demandantes son de naturaleza puramente contractual y que, en consecuencia, su intención es simplemente ‘internacionalizar’ dichas demandas contractuales invocando supuestas violaciones del Tratado.
444. A este respecto, el primer punto que el Tribunal remarca es que el Tratado entre el Perú y la Argentina no contiene una cláusula paraguas que hubiera permitido más fácilmente examinar la posibilidad de proteger derechos contractuales presuntamente violados por el Estado anfitrión, (en la medida en que podría entenderse que la cláusula paraguas amplía el alcance de la obligación del Estado anfitrión de respetar los compromisos adquiridos por el mismo *vis-à-vis* inversionistas extranjeros protegidos por el Tratado en cuestión). En efecto, tal ausencia complica la suerte de los reclamos contractuales ventilados ante un tribunal arbitral cuya competencia deriva de un Tratado de inversión, pues así se haya probado la violación contractual, ello no supone necesariamente que se haya dado una violación del Tratado y del derecho internacional. Sin embargo, es importante notar que una violación contractual puede igualmente conllevar a la violación de otras obligaciones del Tratado, como las de acordar un tratamiento justo y equitativo, una protección y seguridad plenas, un tratamiento no discriminatorio y no injustificado, así como

aquella de expropiar de conformidad con el derecho internacional (Párrafos 483 y Sig. *infra*). El Tribunal deberá entonces analizar este punto desde otra perspectiva.

445. Puesto que las Demandantes fundamentan sus reclamos en supuestas violaciones del Tratado y la Demandada considera que la mera invocación del Tratado no es suficiente para establecer la competencia del Tribunal⁴⁵¹, la disputa siendo en su opinión de naturaleza contractual, el Tribunal deberá decidir esta cuestión dentro de los límites necesarios a fin de determinar su competencia para decidir los reclamos que le han sido sometidos.
446. El Tribunal recuerda que los pronunciamientos que serán hechos en este aparte del laudo no pretenden determinar si la Demandada violó o no las supuestas obligaciones alegadas por las Demandantes, ya que ésta es una cuestión de fondo que deberá ser resuelta en la etapa siguiente a la declaración de su competencia. Dicho de otra manera, las afirmaciones del Tribunal se limitan a determinar su competencia, como constatado en su momento por el tribunal arbitral en el caso *Parkerings c. Lituania*:

*“[...] Put differently, the Claimant is alleging treaty violation and there is nothing convincing in the record that may lead to the suspicion of the Claimant having disguised contract claims with Treaty claims for the benefit of jurisdiction. Whether the Respondent did in fact violate the Treaty (or the international law) is a matter of substance and merit rather than of jurisdiction”.*⁴⁵²

447. Habiendo dicho esto, el Tribunal concuerda con la Demandada, y con el tribunal en el caso *Iberdrola c. Guatemala*, en el sentido que un tribunal arbitral CIADI no tiene competencia para dirimir una disputa por el mero hecho que una de las partes invoque una supuesta violación del Tratado de inversión en cuestión. En efecto, es necesario además que la parte que invoca tal violación internacional, fundamente

⁴⁵¹ Dúplica de la Demandada, ¶ 222.

⁴⁵² *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶ 259 .

suficientemente que los hechos alegados, “*de ser probados, podrían constituir una violación del Tratado*”.⁴⁵³

448. Por otra parte, el Tribunal, convencido de que en la determinación de su competencia debe hacer un análisis de las pretensiones sin decidir las en el fondo, no abordará en este momento la cuestión relativa a determinar si la terminación del Contrato por la parte pública contractual, elemento central de la disputa, constituye o no un acto de Estado de los llamados *iure imperi*, cuestión ampliamente debatida más adelante (Párrafos 504 y sig.). Basta en este momento determinar si los actos de la MPC, de imperio o no, cuestión que será resuelta después, así como los demás hechos y supuestas violaciones del Tratado, tal como fueron presentados por las Demandantes, podrían constituir una violación del Tratado o no.
449. Siguiendo este razonamiento y guiado por lo enunciado por los tribunales arbitrales en los casos *Parkerings c. Lituania* e *Iberdrola c. Guatemala*, el Tribunal nota que las Demandantes no se limitaron a una mera invocación del Tratado para dar un ropaje internacional a reclamos puramente contractuales. Como base fáctica de sus pretensiones, las Demandantes invocan varios hechos que atribuyen al Perú y que, si bien en su mayoría se relacionan con el Contrato, podrían constituir al mismo tiempo violaciones del Tratado.⁴⁵⁴ Las Demandantes sostienen en particular, entre otras, que la terminación del Contrato es un acto de estado que conlleva responsabilidad internacional de la Demandada. Esto es confirmado, *inter alia*, por el hecho de que en sus pretensiones, las Demandantes piden la indemnización de daños sufridos por supuestas violaciones del Tratado y no por alegados incumplimientos del Contrato.⁴⁵⁵
450. En efecto, sin pretender en este momento resolver el fondo de las pretensiones de las Demandantes, el Tribunal considera que las alegadas violaciones del Tratado no se limitan a ser artificialmente enunciadas, sino que las Demandantes pretenden

⁴⁵³ *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012, ¶ 350.

⁴⁵⁴ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 180 y Sig.

⁴⁵⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 159-160.

fundamentarlas con pruebas fácticas y argumentos jurídicos de derecho internacional. Para constatarlo, *inter alia*, es suficiente referirse a los argumentos, las pruebas y los soportes jurídicos presentados por las Demandantes en cuanto al carácter de acto de Estado de la caducidad del contrato decretada por la Municipalidad, que se alega fue oportunista -políticamente hablando-, arbitrario, discriminatorio, injusto y expropiatorio y no un simple acto contractual.⁴⁵⁶ La apreciación jurídica que el Tribunal dará a tales pretensiones, pruebas y argumentos jurídicos, es una cuestión que debe ser determinada al momento de decidir si el Perú ha incurrido o no en las alegadas violaciones del Tratado.

451. La competencia de un tribunal es su aptitud para conocer de una pretensión⁴⁵⁷ y este Tribunal considera que está habilitado para conocer de las pretensiones consistentes en violaciones del Tratado tal como fueron presentadas por las Demandantes, a fin de determinar si efectivamente tales violaciones ocurrieron y, en caso que así hubiera sido, si ellas causaron los perjuicios que las Demandantes pretenden hacerse reparar a través de este procedimiento arbitral.
452. En consecuencia, la excepción de jurisdicción del Perú basada en la índole contractual de los reclamos debe ser rechazada por el Tribunal. Como ha sido dicho, en el evento de que el Tribunal concluya que los hechos alegados por las Demandantes para fundamentar sus reclamos, incluso los incumplimientos del Contrato, no resulten en violaciones del Tratado, en dicho caso, el Tribunal no constataría su falta de competencia, sino que actuando con base en ella, rechazaría el reclamo.

⁴⁵⁶ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 204 y Sig.; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 228 y Sig.

⁴⁵⁷ *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶ 259.

B. JURISDICCIÓN “*RATIONE PERSONAE*”

453. El artículo 25(1) del Convenio CIADI, requiere que la disputa sometida al Centro CIADI involucre a un “*Estado Contratante*” y a un “*nacional de otro Estado Contratante*”, éste último definido en el párrafo segundo de este mismo artículo.
454. Tratándose de una persona jurídica, el artículo 25(2)(b) dispone:

“(2) *Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:*

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.(Énfasis añadido)

455. De esta definición, se desprende la existencia de dos hipótesis en cuanto a la nacionalidad de las personas jurídicas al momento de iniciar un arbitraje ante el CIADI: 1) que tengan una nacionalidad distinta a la del Estado parte en la diferencia (Estado anfitrión) al momento de manifestar su consentimiento al arbitraje, o 2) que teniendo la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, éstas puedan ser tratadas como nacionales de otro Estado distinto al Estado anfitrión por “*estar sometida a control extranjero*” al momento de manifestar su consentimiento al arbitraje, ello gracias a la existencia de un acuerdo entre los Estados Contratantes.
456. El artículo 1(2) del Tratado proporciona una definición más detallada del término “inversor”, entendiendo por éste lo siguiente:

“a. toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes, de conformidad con su legislación;

b. toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha Parte Contratante;

c. toda persona jurídica establecida de conformidad con la legislación de cualquier país que esté efectivamente controlada por personas físicas o jurídicas de la otra Parte Contratante”.

457. En el caso que nos ocupa, las Demandantes por tratarse de personas jurídicas deberán calificar como inversores para poder cumplir con el requisito “*ratione personae*” necesario para la jurisdicción de este Tribunal. Las Demandantes sostienen que el requisito “*ratione personae*” se ha cumplido para ambas sociedades: CCI y Convial.
458. En el caso de la sociedad CCI, las Demandantes sostienen que el requisito jurisdiccional “*ratione personae*” ha sido cumplido ya que se trata de una sociedad conformada de acuerdo con la legislación argentina por lo que puede ser considerada como nacional “*de un Estado Contratante distinto [Argentina] del Estado parte en la diferencia [Perú]*”⁴⁵⁸, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25(2)(b), y como “inversor” de acuerdo con el artículo 1(2)(c) del Tratado.
459. El Tribunal está de acuerdo con lo argumentado por las Demandantes en cuanto a la sociedad CCI, la cual por tratarse de una sociedad argentina constituida de conformidad con las leyes argentinas y por tener su sede en el territorio argentino de acuerdo a la documentación presentada por las Demandantes⁴⁵⁹ (que no ha sido objetada por el Perú), cae dentro de la hipótesis tanto del artículo 25(2)(b) como del artículo 1(2)(b) del Tratado que define al “*inversor*” en los siguientes términos:

“[...]

b. *toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha Parte Contratante [...]*”.

460. En cuanto a la sociedad Convial, las Demandantes manifiestan que el requisito “*ratione personae*” también se encuentra satisfecho, toda vez que, a pesar de tratarse de una sociedad de derecho peruano, ésta se encuentra bajo control argentino verificándose así la hipótesis prevista por el artículo 1(2)(c) del Tratado. Las

⁴⁵⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 167.

⁴⁵⁹ Documento D-8, Certificado de la inspección General de Justicia del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la República Argentina, 17 de marzo de 2009.

Demandantes manifiestan que el contenido de este artículo constituye el acuerdo previsto por el artículo 25(2)(b).⁴⁶⁰

461. El Tribunal nota que independientemente de los comentarios realizados durante la audiencia respecto de la estructura societaria de las Demandantes, (los cuales no fueron presentados por el Perú como posibles objeciones a la nacionalidad de las Demandantes),⁴⁶¹ no existe objeción alguna en cuanto al estatus de “inversor” de la sociedad Convial.
462. En razón de lo anterior y siendo que la sociedad Convial es una sociedad constituida bajo las leyes del Perú, ésta no podría tener *a priori* legitimación para participar en este arbitraje por ser nacional del Estado parte en la diferencia. Sin embargo, el Tratado en cuestión prevé otras hipótesis para indicar cuándo se está ante un inversor nacional de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia aplicables a Convial.
463. En efecto, el artículo 1(2)(c) del Tratado dispone que también será considerado como “inversor”:

“[...]

c. toda persona jurídica establecida de conformidad con la legislación de cualquier país que esté efectivamente controlada por personas físicas o jurídicas de la otra Parte Contratante [...]. (Énfasis añadido)

464. Esta disposición puede interpretarse como el acuerdo entre “*las partes*” requerido por el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, el cual permite atribuir a las empresas nacionales del Estado parte en la disputa “*el carácter*” de nacional de un “*Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia*” (Párrafo 454 *supra*).
465. La aplicación de esta posibilidad está condicionada a la existencia de “control extranjero” sobre la sociedad en cuestión. Esto lo prevé tanto el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, como el Tratado.

⁴⁶⁰ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 164-173.

⁴⁶¹ Audiencia 20/03/2012, Audio hr. 00.03.51.

466. El Tratado define lo que debe entenderse por “control efectivo”. El Ad. artículo 1(2)(c) del Protocolo al Tratado dispone:

“La Parte Contratante en cuyo territorio las inversiones tienen lugar puede solicitar la prueba del control invocado por los inversores de la otra Parte Contratante. Cualquiera de los siguientes hechos, entre otros, pueden ser considerados como evidencia del control:

- i. un porcentaje de participación directa o indirecta en el capital de una persona jurídica que permita un control efectivo tal como, en particular, una participación en el capital superior a la mitad;*
- ii. la posesión directa o indirecta de la cantidad de votos que permita tener una posición determinante en los órganos societarios o influir de manera decisiva en el funcionamiento de la persona jurídica”. (Énfasis añadido)*

467. De lo anterior se desprende que la aplicación de lo dispuesto por el artículo 1(2)(c) del Tratado dependerá de la existencia del “control efectivo” según los términos establecidos en el Protocolo. En consecuencia, Convial podrá tener estatus de “inversor” sólo si, al momento de manifestar su consentimiento al arbitraje, se encontraba bajo control efectivo (directo o indirecto) de personas físicas o jurídicas nacionales del Estado Contratante que no es parte en la diferencia.

468. A este respecto, las Demandantes sostienen que la sociedad Convial se encontraba bajo control efectivo extranjero al momento de manifestar su consentimiento. Argumentan que en ese momento la sociedad CCI poseía (y sigue poseyendo) una participación indirecta en el capital social de Convial.⁴⁶²

469. El Tribunal considera que con base en la documentación presentada por las Demandantes, el requisito de control efectivo que condiciona la aplicación del artículo 1(2)(c) del Tratado ha sido satisfecho.⁴⁶³ A la fecha en que se presentó la Solicitud de Arbitraje, la sociedad Convial estaba controlada por una sociedad (Convial Internacional S.A.), en la cual la sociedad Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. (CCI) detenta el 86% de las acciones. Esta sociedad, (Convial

⁴⁶² Memorial de las Demandantes, ¶¶ 170-172.

⁴⁶³ Documento D-5, Copia legalizada del Libro de Matricula de Acciones de Convial Callao S.A.; Documento D-8, Certificado de la Inspección General de Justicia del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la República Argentina, 17 de marzo de 2009 y Documento D-7, Saldo de cuenta de Acciones Escriturales de CCI-Concesiones S.A.

Internacional S.A.), detentaba el 94.56% de las acciones de Convia. Es decir, existía una participación indirecta de “*más de la mitad*” en el capital de Convia que prueba la existencia de “control efectivo” en términos del Ad. artículo 1(2)(c) del Protocolo al Tratado y del artículo 1(2)(c) del Tratado.

470. Bajo tales circunstancias, CCI debe ser considerada como “inversor” en términos del Tratado y del artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, por lo que es posible concluir que el requisito “*ratione personae*” también ha sido satisfecho en lo que se refiere a la sociedad Convia, en los términos del mismo Tratado y del citado artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.
471. Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que el requisito jurisdiccional “*ratione personae*” ha sido satisfecho en el presente caso.

C. JURISDICCIÓN “*RATIONE TEMPORIS*”

472. El Tribunal nota que no existe controversia entre las Partes en cuanto a la vigencia del Tratado de promoción y protección recíproca de inversiones en cuestión, ni tampoco en cuanto a la vigencia del Convenio CIADI para los dos Estados Contratantes (el Perú y la Argentina).
473. Las Demandantes señalan que el Convenio CIADI se encuentra en vigor tanto para el Perú como para la Argentina, y que el Tratado de promoción y protección recíproca de inversiones entre estos dos Estados se encuentra vigente desde el 24 de octubre de 1996,⁴⁶⁴ lo cual no es refutado por la Demandada.
474. Estando vigente el Tratado, el artículo 10, que prevé la posibilidad de someter al CIADI “*toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio*”, es aplicable a condición de que cada Parte Contratante al Tratado se haya adherido al

⁴⁶⁴

Memorial de las Demandantes, ¶175 Ver también: unctad.org/Sections/dite_pcbb/docs/bits_argentina.pdf

Convenio CIADI. Esto se verificó el 18 de noviembre de 1994⁴⁶⁵ para la Argentina, y el 8 de septiembre de 1993⁴⁶⁶ para el Perú.

475. Así pues, siendo que el Tratado en cuestión y el Convenio CIADI se encontraban vigentes al momento en que la controversia fue sometida a arbitraje, a saber el día 2 de febrero de 2010, el Tribunal considera que se da por satisfecho el requisito jurisdiccional “*ratione temporis*”.

D. JURISDICCIÓN “*RATIONE VOLUNTATIS*”

476. Tal como se dijo anteriormente, el artículo 25(1) del Convenio CIADI establece como requisito para la jurisdicción del CIADI “*que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro*” las diferencias entre ellas (Énfasis añadido). El Tribunal hace notar que este punto tampoco es controvertido entre las Partes.

477. En materia de inversiones es sabido que el consentimiento de las Partes al arbitraje se puede verificar en momentos diferentes. Por un lado, el consentimiento del Estado se encuentra en la “oferta” de arbitraje incluida en el texto del Tratado, en este caso el artículo 10. El consentimiento de la otra parte, “*el nacional de otro Estado Contratante*”, se manifiesta de manera posterior cuando éste decide utilizar o “aceptar” la “oferta” de arbitraje internacional por medio de su solicitud de arbitraje, en este caso el 19 de enero de 2010, cuando los inversores presentaron su Solicitud de Arbitraje.

478. Así, bajo las circunstancias descritas arriba, el Tribunal concluye que el requisito jurisdiccional “*ratione voluntatis*” también se encuentra satisfecho.

479. Con base en todo lo anterior, el Tribunal decide que tiene competencia sobre la disputa entre las Partes.

480. El Tribunal nota que la Demandada objeta la admisibilidad de las demandas de Convial, basándose en la teoría de las manos limpias, en caso que el Tribunal acepte

⁴⁶⁵ Información disponible en el sitio web del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Lista de Estados contratantes y signatarios del Convenio (al 25 de julio de 2012).

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

jurisdicción. Sin embargo, de conformidad con lo descrito anteriormente, la objeción de inadmisibilidad también debe ser rechazada. El Perú no ha demostrado la violación de las instituciones fundamentales del sistema legal peruano en la manera en que Convia obtuvo la concesión como para declarar inadmisibles sus demandas (Párrafos 384 – 428 *supra*).

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LAS VIOLACIONES ALEGADAS

481. Habiendo decidido tener competencia sobre la disputa, el Tribunal analiza a continuación las diferentes violaciones alegadas por las Demandantes, a saber: que su inversión fue expropiada (**A**); que recibieron un trato injusto y no-equitativo (**B**); que fueron sometidas a tratamientos injustificados o discriminatorios (**C**); que no recibieron plena protección y seguridad (**D**) y, que recibieron un trato menos favorable que otros inversionistas (**E**).

A. EXPROPIACIÓN

482. El Tribunal examinará primero la obligación del Perú de no expropiar, bajo el derecho internacional y, concretamente, bajo el Tratado (1), seguido del examen de los hechos que según las Demandantes dieron lugar a una expropiación (2).

1. Expropiación bajo el derecho internacional y, concretamente, bajo el Tratado

483. En derecho internacional, es ampliamente reconocida la potestad que tienen los Estados de expropiar la propiedad de los particulares que se encuentran dentro de su territorio, siempre y cuando existan circunstancias que lo justifiquen y se cumplan ciertas condiciones, a saber: (i) la existencia de un interés público, (ii) una base no discriminatoria, (iii) el respeto al debido proceso y (iv) el pago de una compensación pronta, justa y adecuada.⁴⁶⁷ De ello se deduce que una expropiación no es ilícita “*per se*”; sólo lo es cuando no se cumple con los requisitos mencionados anteriormente.

⁴⁶⁷

R. Dolzer and C. Schreuer, “Principles of International Investment Law”, Oxford, 2008, pp. 89-90.

484. Los mismos tratados de promoción y protección de inversiones prevén la posibilidad de expropiar las inversiones por ellos protegidas, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones.⁴⁶⁸ Ese es también el caso del Tratado, cuyo artículo 4 establece:

“[...] 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 [...]”(Énfasis añadido).

485. Diferentes tribunales han reconocido que la expropiación no sólo se puede llevar a cabo de manera directa, sino que también puede llevarse a cabo de manera indirecta, a través de medidas que, sin afectar la propiedad de la inversión, afectan los derechos vinculados a la misma y provocan efectos similares a los de una expropiación, tales como: la pérdida de control de la inversión o la pérdida del valor económico de la misma.

486. En ese sentido, el Tribunal Irano-Americano en el caso *Starrett Housing c. Irán* expresó que:

“ [...] is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the state does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner”.⁴⁶⁹ (Énfasis añadido).

487. El tribunal en el caso *Metalclad c. México* afirmó lo siguiente:

“[...] Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa,

⁴⁶⁸ R. Dolzer and C. Schreuer, “Principles of International Investment Law”, Oxford, 2008, p. 89.

⁴⁶⁹ *Starrett Housing Corp. c. Irán*, Laudo, 19 de diciembre de 1983, Iran-US CTR 122., pp. 22-23.

*al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”.*⁴⁷⁰ (Énfasis añadido).

488. El tribunal en el caso *Tokios Tokeles c. Ucrania* indicó que:

*“[...] State's obligations with respect to the “property” and “the use of property” are well established in international law. For example, the Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, defines a “taking of property” to include “not only an outright taking of property but also such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an interference that the owner thereof will not be able to use, enjoy or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference [...]”.*⁴⁷¹ (Énfasis añadido).

489. De igual manera, los tribunales de inversión han reconocido que la expropiación también puede recaer sobre derechos contractuales.

490. Por ejemplo, el tribunal en el caso *Amoco c. Irán* afirmó:

*“[...] Expropriation, which can be defined as a compulsory transfer of property rights, may extend to any right which can be the object of a commercial transaction [...]”*⁴⁷² (Énfasis añadido).

491. Del mismo modo, el tribunal en el caso *SPP c. Egipto* expresó:

“[...] Nor can the Tribunal accept the argument that the term “expropriation” applies only to jus in rem [...] there is considerable authority for the proposition that contract rights are entitled to the protection of international law and that the taking of such rights involves an obligation to make compensation therefore. [...]

*Moreover, it has long been recognized that contractual rights may be indirectly expropriated. In the judgment of the Permanent Court of International Justice concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia, the Court ruled that, by taking possession of a factory, Poland had also “expropriated the contractual rights” of the operating company. (PCIJ, Series A. No. 7, 1926, at p. 44)[...]”*⁴⁷³ (Énfasis añadido)

⁴⁷⁰ *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, ¶ 103.

⁴⁷¹ *Tokios Tokeles c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/02/18, Laudo sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004, ¶ 92.

⁴⁷² *Amoco International Finance Corp. c. Irán*, Laudo, 14 de julio de 1987, ¶ 189.

⁴⁷³ *SPP c. Egipto*, caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo, 20 de mayo de 1992, ¶¶ 164-165.

492. El tribunal en el caso *Wena Hotels c. Egipto*, siguiendo lo decidido en el caso *SPP c. Egipto*, resolvió como sigue:

*“It is also well established that an expropriation is not limited to tangible property rights. As the panel in *SPP v. Egypt* explained, “there is considerable authority for the proposition that contract rights are entitled to the protection of international law and that the taking of such rights involves an obligation to make compensation therefore”[...]”⁴⁷⁴ (Énfasis añadido).*

493. En el presente caso, como ya se dijo, el Tratado en su artículo 1(1)(e) incluye dentro de la definición de inversión las “*concesiones económicas*” que hayan sido conferidas, sea por “*ley o por contrato*” (Énfasis añadido). Así, siguiendo las decisiones arriba citadas, el Tribunal está de acuerdo con el argumento de las Demandantes,⁴⁷⁵ según el cual los derechos contractuales derivados de la concesión pueden ser susceptibles de expropiación, por lo que merecen la protección que brinda el Tratado frente a expropiaciones que pueden considerarse ilícitas.

494. Esta misma línea ha sido seguida por otros tribunales. Así, por ejemplo, en el caso *Consortium RFCC c. Marruecos*, el Tribunal afirmó:

*“Le Tribunal reprend la définition d’investissement donnée par le Traité et considère que des droits issus d’un contrat peuvent être l’objet de mesure d’expropriation, à partir du moment où ledit contrat a été qualifié d’investissement par le Traité lui-même. [...]”*⁴⁷⁶

“El Tribunal retoma la definición de inversión dada por el Tratado y considera que los derechos derivados de un contrato pueden ser objeto de medidas de expropiación, a partir del momento en que el contrato haya sido calificado como inversión por el Tratado mismo [...]” (Traducción libre al español).

495. Esta aproximación ha sido seguida por otros tribunales arbitrales.⁴⁷⁷ Este Tribunal comparte dicho razonamiento.

⁴⁷⁴ *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, ¶ 98.

⁴⁷⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 189-191.

⁴⁷⁶ *Consortium RFCC c. Marruecos*, caso CIADI No. ARB/00/6, Laudo, 22 de diciembre de 2003, ¶ 60.

⁴⁷⁷ “*Whether contract rights may be expropriated is widely accepted by the case law and the doctrine*”; “*Es de amplia aceptación en la jurisprudencia y la doctrina que los derechos contractuales puedan ser expropiados*”.

2. La expropiación alegada

496. En el presente caso, las Demandantes consideran que la terminación unilateral de un contrato realizada por un Estado de manera injusta, arbitraria, discriminatoria o confiscatoria, puede constituir una expropiación contraria al derecho internacional.⁴⁷⁸
497. En ese orden de ideas, indican que la apropiación o destrucción de los derechos contractuales de un inversor hecha por un Estado bajo tales circunstancias o sin compensación apropiada puede equivaler a una expropiación prohibida por el derecho internacional y, particularmente, por el Tratado.⁴⁷⁹
498. Las Demandantes, en primer lugar, alegan la existencia de una expropiación al considerar que la MPC, mediante la declaración ilegítima de la caducidad del Contrato, les desposeyó de todo derecho sobre la concesión así como de sus bienes.⁴⁸⁰
499. Segundo, califican de ilícita la alegada expropiación al no haberse cumplido con todas y cada una de las 4 condiciones previstas por el artículo 4(2) del Tratado, a saber: “(i) tomada por razones de seguridad nacional o utilidad pública; (ii) sobre una base no discriminatoria; (iii) bajo el debido proceso legal y (iv) acompañada de disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva”.⁴⁸¹

Azurix Corp. c. Argentina, caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, ¶ 314; “Luego de haber determinado en la sección anterior del presente Laudo que el Decreto de Caducidad fue sancionado en violación del derecho ecuatoriano, del derecho internacional consuetudinario y de la obligación de la Demandada establecida en el Artículo II.3(a) de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes, el Tribunal no duda en concluir que, en las circunstancias particulares del presente caso que ha analizado precedentemente, la privación por parte de la Demandada de la inversión de las Demandantes mediante dicha sanción administrativa constituyó una medida “equivalente a la expropiación” y, por lo tanto, una violación del Artículo III.1 del Tratado”, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012, ¶ 455.

⁴⁷⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 196.

⁴⁷⁹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 196, 198.

⁴⁸⁰ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 199, 202.

⁴⁸¹ Memorial de las Demandantes, ¶ 203.

500. Así, lo alegado por las Demandantes en este procedimiento es la existencia de una expropiación ilícita, contraria al Tratado, el cual protege a las inversiones extranjeras de expropiaciones que no estén conformes con su artículo 4.
501. El Tribunal estima que, antes de analizar la supuesta violación del artículo 4 del Tratado, es conveniente determinar primero si realmente se está en presencia de una expropiación. Si bien es cierto que una expropiación puede realizarse sobre derechos contractuales y de manera indirecta (Párrafo 493 *supra*), en el presente caso corresponde al Tribunal determinar si la declaración de caducidad hecha por la MPC es una medida o acto que puede ser equiparado a una expropiación.
502. Es admitido que los contratos celebrados con un Estado, por regla general, no se encuentran bajo la protección del derecho internacional.⁴⁸² También ha sido generalmente aceptado que éstos pueden ser objeto de protección bajo el derecho internacional en los siguientes casos: 1) si se prevé la aplicación del derecho internacional en el contrato mismo, o 2) si un tratado internacional es aplicable y contiene una disposición que protege los compromisos contractuales, como sería el caso, por ejemplo, de una “cláusula paraguas”. Ante la ausencia de tales disposiciones resulta difícil otorgar protección a derechos contractuales bajo el derecho internacional.
503. Sin embargo, como se dijo anteriormente (Párrafos 485-495 *supra*), el Tribunal nota que diferentes tribunales de inversión han reconocido implícitamente la posibilidad de amparar derechos contractuales bajo un tratado internacional, cuando la violación contractual conlleva el incumplimiento de una obligación bajo el tratado, inclusive en ausencia de una “cláusula paraguas”.⁴⁸³

⁴⁸² Esta regla ha sido establecida desde antaño en el Derecho internacional. En efecto, en el caso sobre los Préstamos Serbios, la CPJI había sostenido que: "*Any contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country*", Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (Francia c. Reino Serbio, Croata y Eslovaco), Serie A, No. 20/21, Decisión, 12 de julio de 1929, *CPJI Rep.* n°14, p. 41.

⁴⁸³ *Consortium RFCC c. Reino de Marruecos*, caso CIADI No. ARB/00/6, Laudo, 22 de diciembre de 2003, ¶¶46-48; *Tokios Tokeles c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/02/18, Laudo sobre la Jurisdicción, 29 de abril de 2004, ¶ 93, *Impregilo c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011,

504. Esto no significa que cualquier incumplimiento contractual atribuible a un Estado pueda ser equiparado a una expropiación susceptible de comprometer su responsabilidad internacional. El Tribunal observa que varios tribunales han condicionado esta equiparación al ejercicio de un “poder soberano” en el incumplimiento contractual. El Tribunal comparte este razonamiento y considera que la posible equiparación de una violación contractual a una expropiación dependería entonces de la actuación del Estado con respecto al contrato, es decir, si éste actuó como “mera parte contractual” (comercial) o como un “ente soberano”.

505. Así, por ejemplo, el tribunal en el caso *Impregilo c. Pakistán* afirmó lo siguiente:

*“Following the analysis above, it is the Tribunal’s view that only measures taken by Pakistan in the exercise of its sovereign power (“puissance publique”), and not decisions taken in the implementation or performance of the Contracts, may be considered as measures having an effect equivalent to expropriation.”*⁴⁸⁴ (Énfasis añadido)

506. Del mismo modo, el tribunal en el caso *Bayindir c. Pakistán*, retomando lo decidido por el tribunal en el caso de *Impregilo c. Pakistán*, expresó:

*“It is common ground, as the tribunal in Impregilo explicitly held, “that only measures taken by Pakistan in the exercise of its sovereign power (“puissance publique”), and not decisions taken in the implementation or performance of the Contracts, may be considered as measures having an effect equivalent to expropriation [...]”*⁴⁸⁵ (Énfasis añadido)

507. Un razonamiento similar fue expuesto por el tribunal arbitral en el caso de *Parkerings c. Lituania*, en los siguientes términos:

“[...] a breach of an agreement will amount to an expropriation only if the State acted not only in its capacity of party to the agreement, but also in its capacity of sovereign authority, that is to say using its sovereign power. The breach should be the result of this action”.⁴⁸⁶

¶¶258-259; *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, caso CIADI No. ARB/02/13, Laudo, 31 de enero de 2006, ¶ 154.

⁴⁸⁴ *Impregilo c. Pakistán*, caso CIADI No. ARB/03/3, Laudo sobre la Jurisdicción, 22 de abril de 2005, ¶ 281.

⁴⁸⁵ *Bayindir c. Pakistán*, caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo sobre la Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶257.

⁴⁸⁶ *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶ 443.

508. El tribunal arbitral en el caso *Suez c. Argentina* siguió la misma tendencia, al decir:

*“In the present cases, did Argentina act in the exercise of its sovereign powers (acta iure imperii) or as an ordinary contracting party (acta iure gestionis) when it terminated the Concession Contract with AASA? If the former, then Argentina may have expropriated the contractual rights of AASA and the Claimants. If the latter, then no expropriation has taken place and the Claimants have only contractual claims under the legal framework described above”.*⁴⁸⁷

509. En el presente caso, ante la ausencia de una “cláusula paraguas” (lo cual no es controvertido entre las Partes), para poder examinar la existencia misma de una expropiación que recaiga sobre derechos contractuales, supuestamente realizada mediante la declaración de caducidad del Contrato, el Tribunal deberá analizar si el Estado peruano actuó como mera parte contractual o como un ente soberano. El Tribunal nota que las Partes estuvieron de acuerdo con este análisis del estándar.⁴⁸⁸

510. Sin embargo, las Partes mantienen posiciones diferentes respecto de la actuación del Estado peruano frente a la declaración de caducidad del Contrato. De hecho, mientras que las Demandantes argumentan que Perú ejerció una potestad soberana al declarar la caducidad del Contrato invocando el interés público,⁴⁸⁹ la Demandada alega que la MPC sólo ejerció una prerrogativa contractual.⁴⁹⁰

511. El Tribunal reitera que en los casos donde se ha confirmado la posibilidad de equiparar una violación contractual a una expropiación, el análisis aplicado se ha basado en el ejercicio de un “poder soberano” (*sovereign power*). Tal circunstancia permite trazar una distinción entre un mero incumplimiento contractual (que, incluso habiendo sido cometido por un Estado, normalmente no compromete su responsabilidad internacional), por una parte, y por otra parte, actos que a primera

⁴⁸⁷ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, casos CIADI No. ARB/03/17 y ARB/03/19, Laudo, 30 de julio de 2010, ¶¶ 143 y 154.

⁴⁸⁸ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 263, 273; Réplica de las Demandantes ¶¶ 238, 241; Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 279, 282.

⁴⁸⁹ Réplica de las Demandantes, ¶ 245.

⁴⁹⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 294.

vista parecen incumplimientos contractuales, pero que en realidad son actos soberanos, que podrían comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

512. Así, tribunales que han analizado casos similares al presente, han declarado la inexistencia de la expropiación alegada ante la ausencia del ejercicio de un poder soberano por parte del Estado.⁴⁹¹
513. En el caso que nos ocupa, para justificar la existencia de la expropiación alegada, las Demandantes sostienen que el Perú ejerció una facultad soberana, al invocar el interés público como causa de caducidad del Contrato.⁴⁹² Las Demandantes argumentan que la invocación del interés público sólo puede ser realizada por el Estado en el ejercicio de su *ius imperium*.⁴⁹³ En efecto, las Demandantes alegan que “*en Derecho internacional la terminación de un contrato por interés público es un acto que caracteriza el ejercicio del ius imperium del Estado, por oposición a ius gestionis de cualquier contratista privado*”.⁴⁹⁴ En este sentido, a juicio de las Demandantes, no hay duda de que la posibilidad de terminar un contrato unilateralmente invocando el interés público surge exclusivamente de la naturaleza del Estado como ente soberano que debe velar por los intereses colectivos.⁴⁹⁵ En este orden de ideas, las Demandantes argumentan que la declaración de caducidad del Contrato no fue un “*comportamiento contractual normal*”, y que tal declaración fue más allá de las acciones que podía haber adoptado cualquier administrado en su carácter de parte en el Contrato.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ Esta misma posición fue mantenida, entre otros, por los tribunales de los siguientes casos: *Bayindir c. Pakistán*, caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009, ¶ 461; *Ulysseas c. República del Ecuador*, caso CNUDMI, Laudo, 12 de junio de 2012, ¶ 178; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, ¶ 354; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania*, caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, ¶¶ 491-493.

⁴⁹² Réplica de las Demandantes, ¶ 234.

⁴⁹³ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 258, 261.

⁴⁹⁴ Réplica de las Demandantes, ¶ 243.

⁴⁹⁵ *Ibidem*.

⁴⁹⁶ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 239, 258.

514. Asimismo, las Demandantes sostienen que bajo el derecho peruano, la facultad resolutive unilateral por razón del interés público es una de las expresiones más clásicas de las potestades exorbitantes de la Administración.⁴⁹⁷ Agregan las Demandantes que “[l]a jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha confirmado que esta potestad exorbitante está en manos de la Administración incluso en ausencia de una cláusula contractual que la prevea”.⁴⁹⁸
515. Por su parte, el Perú considera que no hubo expropiación alguna, puesto que la declaración de la caducidad del Contrato constituyó un acto dictado en el ejercicio de una prerrogativa contractual.⁴⁹⁹ En efecto, la Demandada mantiene que bajo el derecho peruano, “... no hay un marco legal que obligue o que permita la caducidad por una declaración de interés público si ésta no se incluye en el contrato...”⁵⁰⁰ y que “[l]a caducidad declarada por la Municipalidad estuvo prevista en la cláusula 15.4 del Contrato de Concesión. Por ende, el interés público fue una causal de terminación contractualmente pactada [...]”⁵⁰¹
516. El Tribunal comparte la posición de la Demandada, según se explica a continuación.
517. Ante todo, las Partes están vinculadas por el Contrato, cuyo contenido fue establecido de común acuerdo entre ellas. Así, las Partes acordaron libremente en el Contrato cuáles serían las causales para declarar la caducidad del mismo, causales que fueron listadas en el apartado XV (titulado “Caducidad de la concesión”). Este hecho no fue controvertido por ninguna de las Partes.
518. El Tribunal observa que, en dicho apartado, las Partes establecieron como causal de caducidad “la conveniencia al interés público”. El artículo 15.4 prevé lo siguiente:

⁴⁹⁷ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 250, 260.

⁴⁹⁸ Réplica de las Demandantes, ¶ 262.

⁴⁹⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 294.

⁵⁰⁰ Audiencia 23/03/2012, Audio hr. 03:35:40.

⁵⁰¹ Dúplica de la Demandada, ¶ 241.

“En cualquier momento y por razones de oportunidad, mérito o conveniencia al interés público, EL CONCEDENTE podrá resolver la Concesión y recuperar el control de la VIA EXPRESA, mediante notificación previa y por escrito a EL CONCESIONARIO con por lo menos seis (6) meses de anticipación. [...]” (Énfasis añadido).

519. Así, las Demandantes sabían que la caducidad del Contrato podía ser invocada por “razones de oportunidad, mérito o conveniencia al interés público”, “en cualquier momento” y sólo por “EL CONCEDENTE [la MPC]”. (Énfasis añadido).

520. Inclusive, las Partes también acordaron el procedimiento aplicable tanto para invocar dicha causal: “[...] *mediante notificación previa y por escrito a EL CONCESIONARIO con por lo menos seis (6) meses de anticipación [...]*, como para finiquitar completamente la relación contractual. El párrafo segundo del artículo 15.4 dispone:

“[...] Dentro de los treinta (30) días siguientes de notificado EL CONCESIONARIO de la revocación o del rescate, éste deberá acreditar ante EL CONCEDENTE el monto desagregado de las inversiones realizadas en Bienes, Obras e instalaciones y presupuestara el monto de los gastos que deba realizar con motivo de la Caducidad de la Concesión. La liquidación del Contrato, es este caso, se regirá por lo dispuesto en la Cláusula 15.12.”

521. Lo anterior demuestra que la MPC estaba contractualmente facultada para invocar el interés público “*en cualquier momento*”, sin necesidad de seguir un procedimiento diferente al previsto en la cláusula 15.4 en combinación con la cláusula 15.12 del Contrato. La invocación de la caducidad del Contrato bajo la causal de interés público era entonces una prerrogativa contractual que la MPC podía ejercer bajo el Contrato.

522. Estando fuera de toda duda que bajo el Contrato la MPC tenía la facultad de declarar la caducidad del mismo por ser conveniente al interés público, la pregunta que debe resolver el Tribunal ahora es: ¿la declaratoria de caducidad del Contrato por motivos de interés público constituyó una expresión de la voluntad soberana del Estado peruano, o resultó exclusivamente del ejercicio de una facultad otorgada a la MPC en virtud del concurso de voluntades de los contratantes?

523. En este orden de ideas, el Tribunal, en primer lugar, analizará las alegaciones de las Partes relativas a la naturaleza jurídica de la caducidad en el ordenamiento peruano, y en particular, las alegaciones relativas a la consideración de la caducidad como una potestad exorbitante del Estado. Posteriormente, el Tribunal estudiará las consecuencias de que la caducidad se haya declarado “por motivos de interés público”.
524. Ambas Partes coinciden en que en el derecho peruano no existe una norma que establezca expresamente que la administración ostenta la facultad exorbitante de declarar la caducidad de un contrato.⁵⁰² En efecto, las Demandantes señalaron que “[...] *la doctrina ha justificado la inclusión de estas cláusulas [exorbitantes] en los contratos al haber un vacío legislativo sobre esta potestad*”.⁵⁰³ En el mismo sentido, el Prof. Martin manifestó que “[...] *en términos absolutamente prácticos, no hay legislación que regule sustantivamente el contrato administrativo [...]*”⁵⁰⁴ Por su parte, el Dr. Bullard afirmó que “[...] *la facultad de revocatoria en el derecho peruano para una concesión como norma general no existe. La única forma de incorporar un derecho de revocación a un Contrato de Concesión es pactándolo en base al marco de concesiones*”.⁵⁰⁵
525. Las Partes, en cambio, sí discrepan en cuanto a la existencia de otras fuentes jurídicas en el ordenamiento peruano que consagran la caducidad como una facultad exorbitante del Estado. Las Demandantes alegan que la doctrina y la jurisprudencia establecen que “[...] *la facultad resolutoria unilateral por razón del interés público es una de las expresiones más clásicas de las potestades exorbitantes de la Administración*”.⁵⁰⁶ En particular, las Demandantes citan doctrina y una sentencia

⁵⁰² Frente a este punto, el Tribunal nota que el Derecho peruano dista de otros sistemas en los que la caducidad se encuentra expresamente contemplada en una norma positiva como una prerrogativa de la administración. Véase, por ejemplo, legislación colombiana, artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública). Véase también, legislación argentina, artículo 21 de la Ley 19549 de 1972 (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) o la legislación española, artículo 210 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011 (Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

⁵⁰³ Réplica de las Demandantes, ¶ 250, pie de página no. 258.

⁵⁰⁴ Audiencia 22/03/2012, Audio hr. 01:34:16.

⁵⁰⁵ Audiencia 22/03/2012, Audio hr. 03:29:22.

⁵⁰⁶ Réplica de las Demandantes, ¶ 260.

del Tribunal Constitucional (referente al caso de la Ruta del Sol) en la que se estableció que “[...] *la concesión implica una transferencia limitada de facultades de administración de un servicio público, respecto de las cuales el Estado mantiene facultades de imperio [...] manteniendo la Administración sus poderes de control y supervisión así como una serie de potestades y derechos entre los que se encuentra la posibilidad de modificar el contenido del contrato e inclusive el poder de resolverlo antes de la fecha pactada. No obstante, tales potestades se encuentran subordinadas a la noción del interés público*”.⁵⁰⁷ La Demandada manifestó su desacuerdo con el argumento esgrimido por las Demandantes, señalando que la sentencia del Tribunal Constitucional: (i) no es un precedente de observancia obligatoria en el derecho peruano; (ii) no identifica ni una sola norma del ordenamiento jurídico peruano con base a la cual se pueda afirmar que la caducidad es una facultad exorbitante del Estado; y (iii) es la única sentencia a la fecha que ha sostenido la tesis en cuestión.⁵⁰⁸

526. El Tribunal considera que le asiste la razón a la Demandada. En efecto, el Tribunal no está convencido de que la doctrina invocada y una sola sentencia del Tribunal Constitucional constituyan, bajo el derecho peruano, un mandato o precedente de obligatorio cumplimiento conforme al cual la caducidad deba ser considerada como una facultad exorbitante que el Estado pueda ejercer, aun si no la ha pactado contractualmente. La sentencia invocada por las Demandantes se refiere a un caso particular: el caso de la Ruta del Sol.⁵⁰⁹ Además, en la sentencia, el Tribunal Constitucional no invoca normas del ordenamiento jurídico peruano u otras decisiones que sirvan de fundamento a la afirmación de las Demandantes de que la declaratoria de caducidad en el derecho peruano es una facultad exorbitante del Estado. Adicionalmente, no parece tener dicha decisión judicial fuerza vinculante o de precedente obligatorio en el ordenamiento peruano. En cuanto a la doctrina nacional invocada por las Demandantes, el Tribunal señala que se trata de la opinión

⁵⁰⁷ Réplica de las Demandantes, ¶ 262.

⁵⁰⁸ Audiencia 22/03/2012, Audio hr. 02:34:20.

⁵⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 2488-2004-AA/TC, *Pasco Empresa de Transportes Sol del Perú*, Anexo Martin-40.

de un solo doctrinante que de ninguna manera tiene fuerza obligatoria.⁵¹⁰ Dicho en otras palabras, ni la normatividad peruana ni la doctrina y sentencias citadas permiten concluir que la caducidad sea una facultad exorbitante en el ordenamiento jurídico peruano. De hecho, se reitera, las Partes admiten que no hay en el derecho peruano una norma que consagre la caducidad como facultad exorbitante de la administración. Además, los dictámenes del Prof. Martin⁵¹¹ y del experto Bullard⁵¹² coinciden en que no existe en el derecho peruano tal norma (Párrafo 524 *supra*).

527. En este orden de ideas, el Tribunal considera que a la luz del orden jurídico peruano, y en este caso específico, la facultad de declarar la caducidad del Contrato provino del Contrato mismo. En efecto, el Tribunal encuentra que la prerrogativa de declarar la caducidad nació de la voluntad de las partes contratantes quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, negociaron y acordaron cuáles serían las causales para declarar la caducidad del Contrato. De lo anterior se deriva que la MPC contaba con la prerrogativa de declarar la caducidad por la única razón de que las partes así lo habían acordado. En consecuencia, la facultad de la MPC de declarar la caducidad provino del concurso de voluntades de los contratantes, esto es, del Contrato, y no de la voluntad soberana del Estado.
528. En línea con lo anterior, el Tribunal estima conveniente referirse a algunos de los casos citados por las mismas Demandantes, que hacen referencia a la necesidad de que se compruebe el ejercicio de un poder soberano para poder determinar la existencia de una expropiación.
529. En primer lugar, las Demandantes hicieron referencia al caso *SSP c. Egipto*⁵¹³, en el que el interés público se declaró por medio de un Decreto Presidencial, es decir, mediante una manifestación del poder soberano del Estado. Por tal motivo, no se

⁵¹⁰ Las Demandantes también invocan doctrina de derecho comparado. Ver Informe Legal del Prof. Richard James Martin Tirado, 4 de noviembre de 2011, ¶ 154. El Tribunal considera que dicha doctrina de derecho comparado tampoco tiene fuerza obligatoria ni sirve de fundamento a la afirmación de las Demandantes de que la declaratoria de caducidad en el derecho peruano es una facultad exorbitante del Estado.

⁵¹¹ Audiencia 22/03/2012, Audio hr. 01:33:22.

⁵¹² Audiencia 22/03/2012, Audio hr. 02:03:00; Audio hr. 02:07:12.

⁵¹³ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 244 y 245.

puede aceptar que la MPC, al declarar la caducidad por interés público, haya actuado de forma comparable al Estado egipcio en el caso *SPP*.

530. Algunos tribunales han considerado como actos soberanos decretos, leyes o ciertos actos administrativos que emanen del Estado. En este sentido, el tribunal en el caso *Waste Management c. México*⁵¹⁴ señaló lo siguiente:

“[...] First and perhaps best known are the cases where a whole enterprise is terminated or frustrated because its functioning is simply halted by decree or executive act, usually accompanied by other conduct [...] (Énfasis añadido)

531. En el caso *BP c. República Árabe de Libia* (también citado por las Demandantes⁵¹⁵) se verificó una manifestación de poder soberano: “*The BP Nationalization Law*”. De igual manera, en el caso *Bayindir c. Pakistán* el tribunal afirmó:

*“[...] In addition, even if the expulsion violated the Contract and deprived Bayindir of the economic substance of its contract rights, a finding of expropriation would only be founded if the acts at issue were sovereign acts. The evidence does not point in this direction. To the contrary, it shows that Pakistan can reasonably justify the expulsion by Bayindir’s poor performance [...] with the consequence that the expulsion must be seen in the framework of the contractual relationship, not as an exercise of sovereign power”.*⁵¹⁶ (Énfasis añadido)

532. Tal como ocurrió en el presente caso, otras decisiones muestran que en diferentes ordenamientos las partes pueden acordar contractualmente el ejercicio de ciertas potestades por la parte contractual pública, sin que ello signifique que se trate de facultades de imperio o soberanas. En este sentido, el tribunal arbitral en el caso *Duke c. Ecuador* estableció lo siguiente:

“Las partes contractuales privadas pueden convenir en conceder a una de ellas la facultad de imponer sanciones a la otra si ésta incurre en actos ilícitos durante la ejecución del contrato. Esa delegación de potestades establecida de común acuerdo emana de la autonomía que el derecho de los

⁵¹⁴ *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF) /00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 172.

⁵¹⁵ Memorial de las Demandantes, ¶ 196.

⁵¹⁶ *Bayindir c. Pakistán*, caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009, ¶ 461.

*contratos concede a las partes y debe distinguirse de la potestad del Estado de imponer sanciones en ejercicio de sus atribuciones soberanas”.*⁵¹⁷

533. En el caso *Ulysseas c. Ecuador*, donde el tribunal se refirió al caso *Duke c. Ecuador* con aprobación, se adoptó una tesis similar:

*“La Administración Temporal de PBII fue un acto realizado por CONELEC en ejercicio de un derecho otorgado en virtud del Contrato de Permiso ante el incumplimiento por parte de la Demandante de su obligación contractual de generar electricidad durante 15 años. Se trataba “[d]el comportamiento habitual de una contraparte contractual”, [Traducción libre]. por lo tanto, no suponía el ejercicio de una autoridad gubernamental como “puissance publique” atribuible al Estado ecuatoriano”.*⁵¹⁸

534. Siguiendo el razonamiento expuesto en los párrafos *supra*, para el Tribunal es claro que, en este procedimiento la Demandada demostró haber invocado la caducidad bajo el Contrato, es decir, como una prerrogativa contractual, y no como una manifestación del poder soberano del Estado peruano. En este sentido se expresó la MPC mediante la carta notarial del 5 de noviembre de 2007 al establecer:

“[...] por razones de interés público, al amparo del numeral 15.4 del Contrato de Concesión [...]” (Énfasis añadido).⁵¹⁹

535. Así lo indica también el texto de la notificación de caducidad, que disponía:

*“[...] conforme la facultad concedida por el numeral 15.4 del Contrato de Concesión, la municipalidad Provincial del Callao comunica formalmente la decisión de operar la resolución del contrato de concesión por la vía de la CADUCIDAD, para lo cual deberán acreditarnos dentro del plazo de 30 días previstos, el monto desagregado de las inversiones realizadas, en bienes e instalaciones, así como la liquidación del contrato conforme a lo dispuesto por el numeral 15.12 del mismo”.*⁵²⁰ (Énfasis añadido)

⁵¹⁷ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, ¶ 354.

⁵¹⁸ *Ulysseas c. República del Ecuador*, caso CNUDMI, Laudo, 12 de junio de 2012, ¶ 178.

⁵¹⁹ Documento P-160, Carta de la MPC dirigida a Convia, 5 de noviembre de 2007.

⁵²⁰ Documento D-15, Carta Notarial de Resolución de Contrato por Caducidad, Carta n° 16443, 21 de noviembre de 2007.

536. Contrariamente a lo argumentado por las Demandantes,⁵²¹ la evidencia muestra que la MPC ejerció un derecho contractual y que en el ordenamiento jurídico peruano la declaratoria caducidad no constituye *per se* una potestad exorbitante del Estado. En este sentido, el derecho de la MPC a declarar la caducidad se encontraba condicionado a lo acordado por las partes. Ahora bien, uno de los puntos centrales de la argumentación de las Demandantes es que la declaratoria de caducidad “por motivos de interés público” constituye el ejercicio de una potestad exorbitante y un acto de *puissance publique*. El Tribunal debe entonces analizar si no obstante provenir la caducidad de una facultad contractual, el hecho de que se declare la caducidad “por motivos de interés público” hace que dicha declaratoria constituya un acto de Estado.
537. A juicio del Tribunal, el hecho de que la declaración de la caducidad, como prerrogativa contractual, haya estado dirigida a la protección de un bien público (relacionado con la existencia del interés público), no altera la conclusión de que esa declaratoria constituyó el ejercicio de un derecho contractual y no una acción soberana de un Estado. En efecto, que la MPC haya declarado la caducidad por motivos de interés público no implica que no estuviera ejerciendo una potestad cuya única fuente es el Contrato, máxime cuando el interés público fue una de las causales de caducidad contractualmente pactadas. El Tribunal recuerda que ninguna de las Partes cuestiona que lo que haría de una declaratoria de caducidad una posible expropiación es el ejercicio de un poder soberano. En la medida que la facultad de la MPC de declarar la caducidad provino del concurso de voluntades de los contratantes y no de la voluntad soberana del Estado, el Tribunal concluye que el acto es contractual y no de imperio, a pesar de que la caducidad se haya declarado invocando “motivos de interés público”, causal ésta que se encontraba además prevista contractualmente en el artículo 15.4 del Contrato.
538. Esta conclusión es consistente con la posición adoptada por otros tribunales de inversión. Por ejemplo, en el caso *Jan de Nul c. Egipto*, el tribunal distinguió claramente entre el servicio público y el interés público que éste conlleva, por una

⁵²¹

Réplica de las Demandantes, ¶ 265.

parte, y el ejercicio de facultades soberanas o de imperio, por otra parte. En ese sentido, afirmó:

*“It is true though that the Contract was awarded through a bidding process governed by the laws on public procurement. This is not a sufficient element, however, to establish that governmental authority was exercised in the SCA's relation to the Claimants and more particularly in relation to the acts and omissions complained of. What matters is not the “service public” element, but the use of “prérogatives de puissance publique” or governmental authority. In this sense, the refusal to grant an extension of time at the time of the tender does not show either that governmental authority was used, irrespective of the reasons for such refusal. Any private contract partner could have acted in a similar manner”.*⁵²² (Énfasis añadido).

539. De manera similar, el tribunal en el caso *Hamester c. Ghana* señaló que:

*“In considering the application of Article 5 of the ILC Articles, the Tribunal has carefully assessed whether, in its dealings with Hamester in relation to the JVA, Cocobod acted like any contractor/shareholder, or rather as a State entity enforcing regulatory powers. It must be observed that this analysis has necessarily concentrated on the utilisation of governmental power. It is not enough for an act of a public entity to have been performed in the general fulfilment of some general interest, mission or purpose to qualify as an attributable act. In this regard, the Tribunal shares the view expressed by the tribunal in Jan de Nul, when it stated that: “(w)hat matters is not the “service public” element, but the use of “prérogatives de puissance publique” or governmental authority””.*⁵²³

540. Así, ante la ausencia de un acto soberano por parte del Estado peruano, el Tribunal concluye que al declarar la caducidad por motivos de interés público, tal que previsto en el artículo 15.4 del Contrato, la MPC actuó en su calidad de simple parte contratante, por lo que su actuación no puede ser considerada como una expropiación de los derechos contractuales de las Demandantes. Si bien las irregularidades alegadas en el procedimiento aplicado para la declaración de la caducidad del Contrato, de ser probadas, podrían resultar en incumplimientos contractuales, o en violaciones del derecho peruano, lo cierto es que no constituyen violaciones de obligaciones internacionales del Perú bajo el Tratado.

⁵²² *Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 noviembre de 2008, ¶ 170.

⁵²³ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, ¶ 202

541. En este sentido, la falta de pago de una compensación alegada por las Demandantes⁵²⁴, y no desconocida por la Demandada,⁵²⁵ es en realidad la falta de pago de la liquidación prevista en el Contrato (artículo 15.4), que debía ejecutarse de conformidad con el artículo 15.12. Se trata entonces de un posible incumplimiento contractual de la MPC, pero no del incumplimiento de una obligación internacional del Perú.
542. De igual manera, la alegada violación del procedimiento para la declaración de caducidad del Contrato,⁵²⁶ así como la imposibilidad de seguir cobrando el peaje (a pesar de que la Cuarta Adenda y la cláusula 15.4 del Contrato le daban este derecho a Convia), son también posibles incumplimientos contractuales, que deben ser resueltos ante el foro elegido por las Partes en el Contrato como reclamaciones contractuales. No se trata de violaciones del Tratado por motivos expropiatorios.
543. Además, puesto que no hubo expropiación alguna, no puede haber existido confiscación ilícita que contravenga el artículo 4(2) del Tratado.
544. Por otro lado, el Tribunal estima que las Demandantes no lograron probar que la decisión de la MPC fue motivada por presiones políticas e incluso arbitrarias, como fue alegado. En efecto, no hay nada de arbitrario en ejercer las facultades acordadas contractualmente por las partes, como lo hizo la Municipalidad al decretar la caducidad contractual.
545. Las Demandantes alegan que el interés público invocado para declarar la caducidad no existió, lo que se comprobaría con la paralización de las obras de la Vía Expresa.⁵²⁷ Sin embargo, las Demandantes olvidan que la invocación del interés público era una prerrogativa contractual. Las Partes, al momento de prever dicha causal de caducidad, sólo estipularon que la “*conveniencia al interés público*” debía ser “*notificada*” previamente por escrito, sin establecer ningún otro requisito en

⁵²⁴ Réplica de las Demandantes, ¶ 231.

⁵²⁵ Contra-memorial de la Demandada, ¶ 308.

⁵²⁶ Réplica de las Demandantes, ¶ 254.

⁵²⁷ Réplica de las Demandantes, ¶ 276.

cuanto a su comprobación. Las Partes, en pleno uso de su libertad contractual, habrían podido establecer tal requisito.

546. No corresponde a este Tribunal determinar si el “*interés público*” invocado existió o no. Al tratarse de una cuestión contractual (Párrafos 536-545 *supra*), corresponde al foro competente analizar la materia.
547. Además, las declaraciones del alcalde de la MPC, a las que hacen alusión las Demandantes,⁵²⁸ no son suficientes para probar la alegada presión política que supuestamente provocó la declaración de caducidad del Contrato.
548. Las respuestas del alcalde Félix Moreno a las preguntas de los senadores Venegas Mello y García Balaude, leídas en su contexto real, no demuestran una presión política. El Tribunal encuentra incluso que estas respuestas eran apenas naturales, toda vez que se le pedía al alcalde pronunciarse sobre un asunto que no conocía a fondo, debido al poco tiempo que llevaba en el cargo.
549. Así, cuando los senadores le solicitaron dar “*su análisis*” de la obra y explicar qué medidas pensaba aplicar, el Sr. Moreno contestó lo que era de esperar: “*no podría [...] emitir un antejuicio*” [...] “*prefiero tener unas conclusiones que la (sic) van a dar los auditores de la Contraloría de la República*”.⁵²⁹
550. Asimismo, ante la pregunta del senador García Belaunde: “[...] *Por qué, por ejemplo, no se atreve a suspender el peaje hasta que resuelva el Congreso, esa Comisión de Fiscalización, que resuelva el caso o la Contraloría. ¿Por qué no se atreve a suspenderlo por el tiempo que duren las investigaciones?, si a todas luces, y él mismo lo reconoce, hay protestas, quejas e irregularidades, ¿por qué no lo suspende?, o sea ésta es la autoridad moral que le pedimos, que lo suspenda el peaje hasta que se resuelva el tema. ¿Por qué no lo hace?*”,⁵³⁰ el Sr. Félix Moreno, como era apenas natural en las circunstancias del debate, contestó: “*Señor Presidente, yo,*

⁵²⁸ Réplica de las Demandantes, ¶ 282.

⁵²⁹ Documento C-163, Acta de transcripción, sesión del 27 de abril de 2007, Comisión de Fiscalización y Contraloría, Congreso de la República, p. 4.

⁵³⁰ Documento C-163, Acta de transcripción, sesión del 27 de abril de 2007, Comisión de Fiscalización y Contraloría, Congreso de la República, p. 11.

*y lo repito soy médico, no soy abogado. Tengo entendido que cuando hay contratos firmados, inclusive, dentro del marco legal como éste, guste o no guste a personas; uno no puede suspender o no puede cortar unilateralmente. Eso de alguna manera nos causaría problemas legales. [...] Por lo tanto, Presidente, yo creo que aquí lo más ecuánime, lo más concreto y lo más rápido es que la Contraloría se pronuncie, y apenas tengamos el fallo de los auditores, nosotros podemos proceder de inmediato. Lo he dicho y lo recalco, señor Presidente, señores congresistas, yo no tengo ningún inconveniente. Si se ven observaciones, si se ve que en realidad ha habido irregularidades en el atraso de la obra en resolver este contrato, no le debo a una persona ni a dos, yo me debo a la ciudad del Callao. Por lo tanto, tenga la seguridad, Presidente, que yo voy a actuar conforme a ley, como debe de ser”.*⁵³¹

551. Estas declaraciones, que según las Demandantes demuestran una subordinación a presiones políticas del Congreso, a juicio de este Tribunal no demuestran ese hecho. Con sus declaraciones, el Sr. Félix Moreno parece estar manifestando su interés por esperar el resultado de la Contraloría, sólo para asegurar que sus actuaciones serían ejecutadas “*conforme a ley, como debe de ser*”, no para seguir lineamientos de presiones políticas.
552. El hecho de que el alcalde de la MPC conformara la Comisión de Evaluación para la “*evaluación del Contrato de Concesión*” tampoco demuestra una subordinación a presiones políticas. En la decisión de la MPC de conformar dicha Comisión no se hace alusión alguna a lo manifestado por el Congreso; su constitución se hizo sólo “*en ejercicio de las atribuciones que le confiere al Señor Alcalde el artículo 200 numeral 6) de la Ley Orgánica de Municipalidades No. 27972*”.⁵³²
553. Además, al declarar la caducidad del Contrato, la MPC demostró no haber seguido los lineamientos de las “*presiones políticas de la Contraloría y Comisión del Congreso*”. De hecho, en su informe, la Comisión recomendó que se declarara la “*nulidad*” del Contrato, no su “*caducidad*”:

⁵³¹ *Ibidem.*

⁵³² Documento P-149, Resolución de la Alcaldía No. 000351, 30 de mayo de 2007.

“RECOMENDACIONES:

9.1 Remitir el presente Informe Preliminar a la Municipalidad Provincial del Callao afín de que adopte las medidas pertinentes para rescindir el contrato de concesión de la “Vía Expresa del Callao”, habida cuenta de los vicios insubsanables que acarrearán la nulidad de la convocatoria del concurso de proyectos integrales correspondientes, sus bases generales, la calificación del postor y consecuentemente la suscripción del contrato de concesión y sus adendas.

9.2 Exhortar a la Municipalidad Provincial del Callao para que, en mérito a los vicios insubsanables expuestos, la consecuente nulidad de la concesión y en base al principio precautelatorio, suspenda el cobro del peaje en la “Vía Expresa del Callao” por ser nulo el contrato en que se sustenta, por violar el principio constitucional de reserva legal en materia tributaria y, por tanto, menoscabar los derechos de la comuna del Callao y de los usuarios de dicha vía”.⁵³³ (Énfasis añadido)

554. La opinión donde el Dr. Luis Ponce⁵³⁴ se pronuncia sobre el tema del Contrato (manifestada en un correo electrónico) e indica que a su parecer “*el tema se ha politizado*”, tampoco es suficiente para demostrar la existencia de presiones políticas.⁵³⁵ Lo mismo aplica a las declaraciones realizadas en la prensa; el Tribunal considera que las opiniones manifestadas en ellas no son elementos jurídicos o fácticos suficientes para establecer la existencia de presiones políticas.
555. Así, puesto que se ha establecido que la declaración de caducidad por interés público era una prerrogativa contractual a favor de la MPC, que ésta ejerció en su calidad de parte contratante y no de Estado soberano, y asimismo que la MPC no actuó de manera arbitraria (Párrafos 601-618 *infra*), este Tribunal considera que la expropiación alegada por las Demandantes es infundada y, por tanto, concluye que nunca se produjo una violación del artículo 4 del Tratado.

⁵³³ Documento P-152, Informe Preliminar de la Comisión de Fiscalización y Contraloría, sobre la investigación de presuntas irregularidades en la concesión y ejecución de la Vía Expresa del Callao, 19 de julio de 2007, p. 62.

⁵³⁴ El Sr. Luis Ponce era asesor legal del Municipio del Callao (ver Memorial de las Demandantes, nota al pie de página n° 378).

⁵³⁵ Documento C-147, Correo electrónico del 29 de octubre de 2007 del Dr. Luis Ponce Mendoza al Dr. Adrian Simons Pino.

B. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO (“TJE”)

556. Las Demandantes también alegan la violación del artículo 2(3) del Tratado, que establece la obligación de TJE y protección contra medidas injustificadas o discriminatorias.

557. El artículo 2(3) del Tratado prevé:

“Artículo 2

[...] (3) *Cada Parte Contratante asegurara en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, y no perjudicara su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias.*” (Énfasis añadido)

558. El artículo 2(3) del Tratado contiene dos obligaciones distintas. En la primera parte se prevé la obligación de otorgar un “trato justo y equitativo” y en la segunda parte se acuerda no perjudicar a la inversión por medio de “medidas injustificadas o discriminatorias”. Las Partes coinciden en este aspecto.⁵³⁶

559. Las Demandantes alegan la violación de ambos estándares de protección,⁵³⁷ por lo que el Tribunal les analizará separadamente.

560. En cuanto al TJE, el Tribunal primero examinará esta obligación bajo el Tratado y el derecho internacional 1), seguido del examen de los hechos sobre los cuales la violación es alegada 2).

1. Trato justo y equitativo bajo el Tratado y el derecho internacional

561. Las Demandantes argumentan que el estándar del TJE obliga al Estado anfitrión a respetar tanto las expectativas legítimas formadas de inversionistas extranjeros en el caso concreto, como los estándares de conducta exigibles a todos los Estados en

⁵³⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 340; Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 338.

⁵³⁷ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 243, 337.

todos los casos: mantener una conducta no arbitraria, transparente, coherente e incentivadora de inversiones.⁵³⁸

562. La Demandada no cuestiona esto y reconoce que las interpretaciones de este estándar usualmente se refieren a “*expectativas legítimas, buena fe, debido proceso, no discriminación y estabilidad*”⁵³⁹ y que el umbral de tal estándar requiere que el “*Estado no sea manifiestamente inconsistente e irrazonable*”.⁵⁴⁰
563. Las Partes también concuerdan que la interpretación del estándar del TJE debe hacerse de buena fe, según el sentido ordinario dado a sus términos y conforme al derecho internacional.⁵⁴¹
564. Estas posiciones van de acuerdo a lo decidido por varios tribunales en materia de inversión respecto al estándar de TJE.
565. El tribunal en el caso *Saluka c. República Checa* consideró que bajo el estándar de TJE:

“ [...] *A foreign investor whose interests are protected under the Treaty is entitled to expect that the Czech Republic will not act in a way that is manifestly inconsistent, non-transparent, unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy), or discriminatory (i.e. based on unjustifiable distinctions) [...]*”⁵⁴² (Énfasis añadido)

566. También, el tribunal en el caso *Waste Management c. México* estableció que:

“ [...] *Taken together, the S.D Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an*

⁵³⁸ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 244-245.

⁵³⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 315.

⁵⁴⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 314.

⁵⁴¹ Memorial de las Demandantes, ¶ 255; Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 311.

⁵⁴² *Saluka c. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo parcial, 17 de marzo de 2006, ¶ 309.

*administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant”.*⁵⁴³ (Énfasis añadido)

567. Del mismo modo, varios tribunales arbitrales en materia de inversión han considerado que las “*expectativas legítimas*” de los inversores se encuentran protegidas bajo el estándar de TJE.⁵⁴⁴

568. El tribunal en el caso *Tecmed c. México* decidió lo siguiente:

*“El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe (sic) requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión [...]”*⁵⁴⁵ (Énfasis añadido)

569. El tribunal en el caso *Saluka c. República Checa*, haciendo alusión a lo decidido en el caso citado, estableció lo siguiente:

“The standard of “fair and equitable treatment” is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations which is the dominant element of that standard. By virtue of the “fair and equitable treatment” standard included in Article 3.1 the Czech Republic must therefore be regarded as having

⁵⁴³ *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 98.

⁵⁴⁴ A título puramente ilustrativo, pueden ser citados los siguientes casos: *Ronald S. Lauder c. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo, 3 de septiembre de 2001, ¶¶ 297 y sig.; *Técnicas Medioambientales c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, ¶ 154; *Occidental Exploration and Production Company (OPEC) c. República del Ecuador*, Laudo, 1 de julio de 2004, caso CNUDMI, caso LCIA No. UN 3467, ¶¶ 183–185; *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, ¶¶ 274–279; *Eureko B.V. c. Polonia*, Laudo, 19 de agosto de 2005, ¶¶ 231–235; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 26 de enero de 2006, ¶¶ 147 y sig.; *Saluka Investments BV c. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo, 17 de marzo de 2006, ¶¶ 301 y sig.; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/1, Laudo, 3 de octubre 2006, ¶¶ 124 y 127–131; *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía*, caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007, ¶¶ 240–241 y 250; *MCI Power Group LC, New Turbin Inc c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31 de julio de 2007, ¶ 278; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*, CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶¶ 329 y sig., ¶¶ 341 y sig.; *BG Group Plc c. República Argentina*, caso CNUDMI, Laudo, 24 de diciembre de 2007, ¶ 310; *Metalpar SA y Buen Aire SA c. República Argentina*, CIADI No. ARB/03/5, Laudo, 6 de junio de 2008, ¶¶ 182–188; *Werner Schneider, acting in his capacity as insolvency administrator of Walter Bau AG (in liquidation) c. Reino de Tailandia*, caso CNUDMI, Laudo, 1 de julio de 2009, ¶12.1.

⁵⁴⁵ *Técnicas Medioambientales c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, ¶ 154.

assumed an obligation to treat foreign investors so as to avoid the frustration of investors' legitimate and reasonable expectations [...]⁵⁴⁶
(Énfasis añadido)

570. En el caso *Impregilo c. Argentina*, el tribunal estableció lo siguiente:

“ [...] El Tribunal considera que el propósito de la frase “trato justo y equitativo”, tal y como aparece en el TBI en cuestión y en otros TBIs similares, consiste en brindar una protección adecuada a las expectativas legítimas del inversor”.⁵⁴⁷ (Énfasis añadido)

2. El alegado trato injusto y no equitativo

571. Las Demandantes en este procedimiento alegan que la Demandada violó la obligación de TJE establecida en el artículo 2(3) del Tratado y según la cual “*Cada Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentaciones de esta última gozarán de la plena protección de ese Convenio*”.⁵⁴⁸ A decir de las Demandantes, el Perú al “*decretar la caducidad del Contrato*” frustró sus expectativas legítimas sobre las que habían basado su decisión de invertir en el Perú, y otorgó un trato arbitrario, incoherente, no transparente y no proactivo a su inversión.⁵⁴⁹

572. Por su parte, la Demandada niega haber violado este estándar. La Demandada sostiene que lo realmente objetado en este procedimiento es un supuesto incumplimiento del Contrato, ya que todas las garantías invocadas se refieren a obligaciones de la MPC no del Perú⁵⁵⁰, y lo que las Demandantes buscan es “*dar un ropaje internacional a un reclamo contractual*”.⁵⁵¹

a) La alegada frustración de las expectativas legítimas de las Demandantes

573. En cuanto a las alegadas expectativas legítimas, corresponde entonces a este Tribunal determinar si en realidad éstas existieron y si efectivamente fueron

⁵⁴⁶ *Saluka c. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo parcial, 17 de marzo de 2006, ¶ 302.

⁵⁴⁷ *Impregilo c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011, ¶ 285.

⁵⁴⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 245.

⁵⁴⁹ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 245, 317.

⁵⁵⁰ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 325.

⁵⁵¹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 321.

frustradas. En este examen, será menester determinar si sólo se trataba de alegaciones respecto a incumplimientos contractuales que, ante la falta de “cláusula paraguas” contenida en el Tratado que da base a este tribunal, las Demandantes pretenden proteger por vía del TJE.

574. Las Demandantes argumentan la frustración de las siguientes “expectativas legítimas” (que las llevaron a invertir en el proyecto de la Vía Expresa):

“ [...]

- *la garantía de que liberaría el Derecho de Vía, sin el cual no era posible completar la construcción de la Vía Expresa,*
- *la garantía de que en caso de que la MPC no liberara el Derecho de Vía; se alargarían los plazos para ejecutar las obras,*
- *la garantía de que se mantendría el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión,*
- *la garantía, [...] de que la resolución del Contrato por cualquier causa no imputable a Convia (incluida la caducidad basada en razones de utilidad pública) daría lugar al pago de compensación económica de conformidad con la Garantía Complementaria,*
- *la garantía de que se mantendría el cobro del peaje hasta la completa devolución de las deudas contraídas por el Convia para financiar el proyecto”.*⁵⁵²

575. Según las Demandantes, estas expectativas legítimas fueron creadas por el Perú tanto por medio de una serie de declaraciones, compromisos contractuales contraídos por la MPC, así como por el marco regulatorio peruano,⁵⁵³ y fueron supuestamente frustradas por el Perú al haber actuado más allá de su función de mera parte contratante, ejerciendo las funciones de un soberano.⁵⁵⁴

⁵⁵² Memorial de las Demandantes, ¶ 263.

⁵⁵³ Memorial de las Demandantes, ¶ 262.

⁵⁵⁴ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 262-263.

576. Por su parte, la Demandada sostiene que lo alegado por las Demandantes en realidad se trata de “*actos de la Municipalidad en ejecución del Contrato de concesión*”, subrayando que las Demandantes buscan una vez más “*caracterizar reclamos contractuales como reclamos de derecho internacional*”.⁵⁵⁵
577. El Tribunal resalta que la equivalencia entre las “expectativas legítimas” y las cláusulas contractuales acapara una gran parte de los argumentos presentados sobre la violación del estándar de TJE.⁵⁵⁶
578. El Perú, con base en lo decidido en el caso *Gustav Hamester c. Ghana*, argumenta que la existencia de un contrato no crea *per se* expectativas legítimas protegidas bajo un tratado.⁵⁵⁷
579. El Tribunal concuerda con la Demandada. Un contrato puede ser elemento generador de expectativas en el inversor, pero no siempre protegidas por el derecho internacional. Sin embargo, el Tribunal reconoce igualmente, como varios tribunales han considerado, que la frustración de expectativas legítimas de un inversor basadas en acuerdos contractuales con el Estado anfitrión de la inversión,⁵⁵⁸ *podría* resultar igualmente en una violación del estándar de TJE.
580. Así el tribunal en el caso *Mondev c. Estados Unidos de América* decidió lo siguiente:

“[...] a governmental prerogative to violate investment contracts would appear to be inconsistent with the principles embodied in Article 1105 and with contemporary standards of national and international law concerning governmental liability for contractual performance”.⁵⁵⁹ (Énfasis añadido)

⁵⁵⁵ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 329.

⁵⁵⁶ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 323-327; Réplica de las Demandantes ¶¶ 368, 372-373, 376-379; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 265, 269, 285-292.

⁵⁵⁷ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 317.

⁵⁵⁸ *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo, 13 de septiembre de 2001, ¶ 520; *Noble Ventures c. Rumania*, caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, ¶ 182; *Eureko B.V. c. Polonia*, Laudo, 19 de agosto de 2005, ¶¶ 231-233; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, casos CIADI No. ARB/03/17 y ARB/03/19, Laudo, 30 de julio de 2010, ¶ 212.

⁵⁵⁹ *Mondev c. Estados Unidos de América*, caso CIADI No. ARB (AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶134.

581. El tribunal en el caso *SGS c. Filipinas* consideró que:

*“Turning to Article IV (fair and equitable treatment), the position is less clear-cut. Whatever the scope of the Article IV standard may turn out to be—and that is a matter for the merits—an unjustified refusal to pay sums admittedly payable under an award or a contract at least raises arguable issues under Article IV [...]”*⁵⁶⁰ (Énfasis añadido)

582. Sin embargo, ello no significa que la violación de tales expectativas contractuales pueda *per se* ser equiparada a la violación del estándar de TJE, que es un estándar de protección internacional. Varios tribunales se han pronunciado a éste respecto estableciendo una diferencia entre ambas expectativas: *expectativas legítimas* y *expectativas contractuales*.

583. Así, el tribunal en el caso *Parkerings c. Lituania* declaró lo siguiente:

*“It is evident that not every hope amounts to an expectation under international law. The expectation a party to an agreement may have of the regular fulfillment of the obligation by the other party is not necessarily an expectation protected by international law. In other words, contracts involve intrinsic expectations from each party that do not amount to expectations as understood in international law. [...]”*⁵⁶¹ (Énfasis añadido)

584. El tribunal en el caso *Gustav Hamester c. Ghana* citando el caso *Parkerings c. Lituania* decidió:

*“It is important to emphasise that the existence of legitimate expectations and the existence of contractual rights are two separate issues. This has been highlighted by the Parkerings v. Lithuania tribunal, which made a clear distinction between contractual obligations under national law and legitimate expectations under international law [...]”*⁵⁶² (Énfasis añadido)

585. Como lo sostiene el Profesor Christoph Schreuer, negar la existencia de tal diferencia equivaldría a establecer una equivalencia entre el estándar de TJE y una “cláusula paraguas”:

⁵⁶⁰ *SGS c. Filipinas*, caso CIADI No. ARB/02/6, Laudo sobre la Jurisdicción, 29 de enero de 2004, ¶ 162.

⁵⁶¹ *Parkering Compagniet c. República de Lituania*, caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶ 344.

⁵⁶² *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, ¶ 335.

*“[...] put all agreements between the investor and the host State under the protection of the FET standard. If this position were to be accepted, the FET standard would be nothing less than a broadly interpreted umbrella clause”.*⁵⁶³ (Énfasis añadido)

586. Esta diferencia no sería necesaria si se estuviera en presencia de una llamada “cláusula paraguas”, como lo sostiene el Profesor Christoph Schreuer:

*“[...] Therefore, pacta sunt servanda would seem to be an obvious application of the stability requirement that is so prominent in the FET standard. The connection between this aspect of the FET standard and the umbrella clause is evident .”*⁵⁶⁴

587. Así, ante la ausencia de “cláusula paraguas” como en el presente caso, la protección de los derechos contractuales involucrados en este procedimiento es una cuestión a resolver ante el foro elegido por las Partes en el Contrato. La protección de meras expectativas contractuales no puede, entonces, ser garantizada por este estándar internacional.

588. En los casos que implican relaciones contractuales con el Estado, la protección prevista por un estándar internacional sólo debe ser acordada si se comprueba que el Estado actuó más allá de su rol de mera parte contractual, con el objetivo de desconocer no sólo obligaciones de carácter contractual, sino también obligaciones de carácter internacional por medio del ejercicio de sus facultades soberanas. Por tanto, para establecer la responsabilidad internacional del Estado es menester establecer la existencia de un “elemento soberano” que haya frustrado las expectativas legítimas del inversor.

589. Así, en el presente caso para que la alegada violación del estándar del TJE pueda ser aceptada, se debe establecer la existencia de tal elemento soberano por medio del cual se hayan frustrado las expectativas contractuales alegadas.

590. Tal y como se dijo en la sección de expropiación (Párrafos 496-546 *supra*), la evidencia presentada en este procedimiento no comprueba que la MPC haya actuado

⁵⁶³ C. Schreuer, “Fair and Equitable Treatment: Interactions with other Standards,” *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, (Septiembre 2007).

⁵⁶⁴ R. Dolzer & C. Schreuer, “Principles of International Investment Law”, Oxford, 2008, p. 140.

más allá del ámbito de acción de una simple parte contractual, ni en la supuesta generación de expectativas legítimas ni en su supuesta frustración.

591. Las Demandantes argumentan que sus expectativas legítimas además de haberse basado en el Contrato (donde ya se dijo que las supuestas expectativas equivalen a obligaciones contractuales), también se basaron en “*una serie de declaraciones*” y en el “*marco jurídico peruano*”.⁵⁶⁵
592. Las Demandantes hacen alusión a comunicaciones enviadas por la MPC, así como a las Adendas firmadas a lo largo de la relación contractual e incluso a Decretos y Reglamentos peruanos.⁵⁶⁶
593. Sin embargo, el Tribunal encuentra que las Adendas⁵⁶⁷ y declaraciones⁵⁶⁸ referidas por las Demandantes no son más que acuerdos pactados entre partes contratantes o comunicaciones entre ellas con el fin de superar los obstáculos que se presentaban durante su relación contractual.
594. La Primera Adenda lo dejaba claro: “*El presente Addendum tiene por objeto modificar determinados alcances del CONTRATO, sin desnaturalizar el mismo [...]*”⁵⁶⁹ (Énfasis añadido). Es decir, su objeto era modificar las obligaciones contractuales.
595. Las Demandantes ven en esta Adenda la creación de una “*expectativa legítima de liberación de derecho de vía*”⁵⁷⁰ (cláusula 5), pero el Tribunal considera que sólo se trataba de la estipulación de una obligación contractual consistente en “*construir sólo la parte de la obra que no tiene impedimentos*”.⁵⁷¹

⁵⁶⁵ Memorial de las Demandantes, ¶ 262.

⁵⁶⁶ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 265, 267, 270, 275-279,

⁵⁶⁷ Documento C-27, Adenda No. 4; Documento C-28, Adenda No. 1; Documento C-29, Adenda No. 2; Documento C-30, Adenda No. 3.

⁵⁶⁸ Declaración testimonial del Ing. Lowry, 17 de febrero de 2011, ¶¶ 20, 30; Documento D-12, Carta de la Gerencia General de Desarrollo Urbano de la MPC a Convial, 21 de diciembre de 2006.

⁵⁶⁹ Documento C-28, Adenda No. 1, cláusula 2., 15 de febrero de 2002.

⁵⁷⁰ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 263, 269.

⁵⁷¹ Documento C-28, Adenda No. 1, 15 de febrero de 2002.

596. Del mismo modo, el Tribunal considera que estas declaraciones a las que hacen referencia las Demandantes son comunicaciones normales que cualquier parte contractual puede dirigir a su contraparte con el fin de informarle sobre los esfuerzos llevados a cabo para solucionar los problemas que sufre un proyecto.
597. Las Demandantes también argumentan que sus expectativas se basaron en el “régimen jurídico peruano”, y hacen alusión tanto al Decreto supremo No. 16-95⁵⁷² como al Reglamento de 1997⁵⁷³ que regula la entrega de concesiones. Sin embargo, no demuestran como disposiciones tan generales pueden generar expectativas tan específicas como las evocadas en este procedimiento. El Tribunal Arbitral recuerda la jurisprudencia según la cual, reglas de derecho interno generales no pueden, *a priori*, crear expectativas específicas, especialmente las relativas a la no modificación de tales reglas durante la duración de la inversión.⁵⁷⁴ Además, las Demandantes tampoco demuestran la existencia de algún acto soberano ejercido por la MPC que haya revertido el efecto de lo previsto en tales disposiciones.
598. Tal y como se estableció anteriormente en la sección sobre expropiación (Párrafos 496-555 *Supra*), el Tribunal no encuentra evidencia del ejercicio de poder soberano alguno en la declaración de caducidad por parte de la MPC. Como también se examinó anteriormente, la facultad de declarar la caducidad por interés público fue acordada libremente por las partes en el Contrato y su ejercicio, por parte de la MPC, obedeció a esta facultad contractual y no a una supuesta facultad soberana.
599. Las Demandantes no pueden alegar haber tenido expectativas legítimas de que todas estas garantías contractuales que ahora reclaman serían cumplidas o respetadas. Los términos de la cláusula 15.4 del Contrato no permiten generar dicha legitimidad. La cláusula preveía la posibilidad de que:

⁵⁷² Memorial de las Demandantes, ¶ 265; Documento D-11, Decreto supremo No. 16-95-PRES, Diario Oficial El Peruano, publicado el 4 de octubre de 1995.

⁵⁷³ Memorial de las Demandantes, ¶ 275; Documento C-50, Ordenanza Municipal No. 006-97-MPC, Reglamento de las Inversiones Privadas, en Obras de Infraestructura y de Servicios Locales para la Provincia Constitucional del Callao.

⁵⁷⁴ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo sobre la Competencia, 17 de julio de 2003, ¶¶ 25-35; *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, ¶¶ 375-379.

“[e]n cualquier momento y por razones de oportunidad o conveniencia al interés público, EL CONCEDENTE podr[ía] resolver la Concesión y recuperar el control de la VIA EXPRESA.”

Es decir, las Demandantes al acordar libremente esta amplia facultad a la MPC (su contraparte contractual) para terminar la concesión “en cualquier momento” si se consideraba que existían razones de “conveniencia al interés público”, asumía la posibilidad de que las “garantías” (que ahora reclama como expectativas frustradas) no serían cumplidas si se aplicaba el contenido del artículo 15.4.

600. Así, el Tribunal considera que las expectativas invocadas por las Demandantes no son legítimas, a la luz del derecho internacional. En efecto, las garantías frustradas obedecen a posibles incumplimientos contractuales que no pueden ser protegidos bajo el estándar de TJE por los motivos que acaban de ser invocados y, en consecuencia, deben ser debatidos ante el foro acordado por los co-contractantes.

b) El alegado comportamiento arbitrario, incoherente y no transparente del Perú

601. Las Demandantes alegan igualmente que la Demandada habría violado su obligación de acordarles un TJE ya que la declaración de caducidad habría sido tomada de manera arbitraria, desproporcional, no transparente e incoherente.⁵⁷⁵ Todos estos elementos serán analizados bajo la óptica del término general de la arbitrariedad, tal como fue planteado por las propias Demandantes en sus alegatos.⁵⁷⁶ Básicamente, las Demandantes consideran que la caducidad del Contrato fue arbitraria porque fue tomada por motivos políticos y no de interés público, en razón al plazo imposible de quince días que fue acordado a las Demandantes para reanudar las labores, so pena de declarar la caducidad y por la actitud reacia del Perú al no aceptar que las Demandantes tengan acceso a los documentos relativos a la caducidad.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 245, 317.

⁵⁷⁶ Alegatos de Apertura de las Demandantes, 19 de marzo de 2012, pp. 174-182; Alegato de Clausura de las Demandantes, 23 de marzo de 2012, pp 145-156.

⁵⁷⁷ Memorial de las Demandantes, ¶¶ 133, 322-323.

602. El Tribunal nota que algunos tribunales arbitrales han distinguido entre la obligación de acordar un tratamiento no arbitrario y aquella de acordar un tratamiento justo y equitativo a los inversores extranjeros protegidos por un tratado. La decisión tomada en el caso *LG&E c. Argentina* es representativa de esta posición. Así, ese tribunal refiriéndose a las medidas tomadas por Argentina durante el período de crisis económica sostuvo que:

“[...] calificar que las medidas no fueron arbitrarias, no significa establecer que fueran justas y equitativas [...] El Tribunal concluye que las cargas impuestas por Argentina a la inversión de las Demandantes, aunque injustas e inequitativas, fueron el resultado de juicios razonados y no de simples desacatos al Derecho”.⁵⁷⁸

603. Sin embargo, el Tribunal remarca que las condiciones en que el tribunal arbitral en el caso *LG&E c. Argentina* llegó a tales conclusiones son diferentes de las que circunscriben el presente caso. En efecto, la inexistencia de relación contractual entre la Argentina y el inversor estadounidense fue básica en el análisis del tribunal. Además, mientras que las medidas tachadas de injustas, no equitativas y arbitrarias por *LG&E* eran decretos, leyes y normas argentinas de orden general, la medida atacada en el presente caso es una declaración de caducidad tomada por la MPC en el cuadro de sus prerrogativas contractuales.

604. El Tribunal está entonces de acuerdo con lo que ha sido afirmado por otros tribunales arbitrales⁵⁷⁹ en que el TJE sirve de fundamento jurídico para la protección de inversores extranjeros contra comportamientos arbitrarios, incoherentes, no transparentes y caprichosos imputables a los Estados anfitriones.

605. En el caso *Thunderbird c. México*, por ejemplo, el tribunal se refirió indistintamente al tratamiento arbitrario y al justo y equitativo, así:

⁵⁷⁸ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre la responsabilidad, 3 de octubre de 2006, ¶ 162.

⁵⁷⁹ *Saluka c. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo parcial, 17 de marzo de 2006, ¶ 309; *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 98.

“[...] proceedings were arbitrary or unfair, let alone so manifestly arbitrary or unfair as to violate the minimum standard of treatment [...]”⁵⁸⁰

606. Si se pide al Tribunal definir si la caducidad decretada por la MPC fue arbitraria o no, es menester identificar en un primer momento que puede entenderse por tratamiento arbitrario según el derecho internacional.

607. En este sentido, en el Black’s Law Dictionary, lo arbitrario ha sido definido como: “an unreasonable manner, as fixed or done capriciously or at pleasure. Without adequate determining principle; not founded in the nature of things; nonrational; not done or acting according to reason or judgment; depending on the will alone; absolutely in power; capriciously, tyrannical; despotic”.⁵⁸¹ En un sentido similar, en el Diccionario de Derecho Internacional del profesor Salmon, el término arbitrario es entendido como el carácter “d’une décision qui heurte les principes d’égalité et de justice, car elle ne peut être fondée sur aucun critère légal ou raisonnable et défie toute prévisibilité”.⁵⁸²

608. Haciendo un uso más estricto de lo arbitrario, la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre el derecho de asilo asimila lo arbitrario a lo que es contrario al reino del derecho. En términos de la Corte:

“[...] In principle, therefore, asylum cannot be opposed to the operation of justice. An exception to this rule can occur only if, in the guise of justice, arbitrary action is substituted for the rule of law. Such would be the case if the administration of justice were corrupted by measures clearly prompted by political aims. Asylum protects the political offender against any measures of a manifestly extra-legal character which a government might take or attempt to take against its political opponents. [...]”⁵⁸³

609. La misma Corte en el caso *ELSI* enunció que lo arbitrario:

⁵⁸⁰ *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006, ¶ 197.

⁵⁸¹ *Black’s Law Dictionary*, Centennial Edition (1891-1991), Sixth Edition, p. 104.

⁵⁸² J. Salmon (Editor.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, 2001, p. 182.

⁵⁸³ *Caso sobre el Derecho de asilo* (Colombia c. Perú), CIJ, Sentencia, 20 de noviembre de 1950, *Rec. CIJ* 1950, p. 284.

“[...] *It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety* [...]”⁵⁸⁴

En este sentido, la Corte afirma que no podía ser considerado como arbitrario un instrumento que:

“[...] *in its terms recites not only the reasons for its being made but also the provisions of the law on which it is based* [...]”⁵⁸⁵

Estas consideraciones permiten a la Corte concluir que:

“[...] *Thus, the Mayor’s order was consciously made in the context of an operating system of law and of appropriate remedies of appeal, and treated as such by the superior administrative authority and the local courts. These are not at all the marks of an “arbitrary” act* [...]”⁵⁸⁶

610. El tribunal arbitral en el caso *Lauder c. República Checa* calificó una medida como arbitraria porque:

“[...] *it was not founded on reason or fact, nor on the law which expressly accepted “applications from companies with foreign equity participation”, but on mere fear reflecting national preference* [...]”⁵⁸⁷

611. En el caso *Noble c. Rumania*, el tribunal arbitral debía determinar si tanto los procedimientos de quiebra a los que fue sometido el inversor extranjero, así como la manera en que éstos fueron llevados a cabo por los órganos judiciales del Estado podían ser calificados de arbitrarios e incluso de abusivos. El tribunal concluye que los procedimientos atacados no podían ser considerados como arbitrarios toda vez que eran:

“[...] *at that time the only short term solution of the “social crisis” that had engulfed Resita as a result of the Claimant’s inability to pay CSR’s workforce and therefore equally reasonable as well-founded* [...]”⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ *Caso Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)* (Estados Unidos de América c. Italia), CIJ, Sentencia, 20 de julio de 1989, *CIJ Rep.* 1989, ¶ 128, p. 76.

⁵⁸⁵ *Caso Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)* (Estados Unidos de América c. Italia), CIJ, Sentencia, 20 de julio de 1989, *CIJ Rep.* 1989, ¶ 129, p. 76.

⁵⁸⁶ *Caso Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)* (Estados Unidos de América c. Italia), CIJ, Sentencia, 20 de julio de 1989, *CIJ Rep.* 1989, ¶ 129, p. 77.

⁵⁸⁷ *Ronald S. Lauder c. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo, 3 de septiembre de 2001, ¶ 232.

⁵⁸⁸ *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, ¶ 177.

Siguiendo este razonamiento, el tribunal concluye que:

*“[...] One therefore cannot say that they were “opposed to the rule of law.” Moreover, they were initiated and conducted according to the law and not against it. CSR was in a situation that would have justified the initiation of comparable proceedings in most other countries. Arbitrariness is therefore excluded [...]”*⁵⁸⁹

612. De estos extractos jurisprudenciales, este Tribunal concluirá que lo arbitrario cubre dos tipos de situaciones. Primero, es arbitrario todo aquello que se opone a la razón, al sentido común, es caprichoso y chocante. En segundo lugar, y cumulativamente, es arbitrario aquello que se opone al reino del derecho. Es sobre esta doble óptica que el Tribunal procederá a analizar si la declaración de caducidad, que es en sí contractual, pudo haber sido arbitraria a la luz del derecho internacional.
613. El Tribunal no encuentra nada de chocante, de incoherente, de desproporcional o de caprichoso en el hecho que la Municipalidad se haya servido de la facultad de terminar el Contrato por caducidad, ya que este mismo instrumento, el cual plasma la mutua voluntad de las partes, en su cláusula 15.4 así lo estipulaba.
614. En otras palabras, la declaración de caducidad no fue un acto imprevisible, pues las mismas Demandantes así lo habían estipulado en el Contrato. Igualmente, en razón de la situación fáctica que reinaba en ese momento, era de esperarse que un tal resultado se produjera, por lo que la falta de coherencia en el comportamiento del Perú, como lo sostiene Convial, no tiene fundamento. La Carta de la Municipalidad del 5 de noviembre de 2007⁵⁹⁰ dirigida a Convial plasmaba todas las dificultades que impedían la normal ejecución de las obras y además acordaba un plazo de 15 días a las Demandantes para que las obras comenzaran. Que este plazo fuese más largo o más corto, no es un motivo suficiente para considerar la caducidad contractual como arbitraria, ya que ésta debería operar de pleno derecho según lo convenido por las partes en la cláusula 15.9 del Contrato.

⁵⁸⁹ *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, ¶ 178.

⁵⁹⁰ Documento D-13, Carta de la Gerencia Municipal de la MPC a Convial, 5 de noviembre de 2007.

615. Tampoco puede ser la declaración de caducidad considerada como caprichosa, tiránica, desproporcional, delirante o basada en hechos y fundamentos otros que el derecho reinante, ya que ella fue tomada dentro del cuadro contractual, que era la ley de las partes y se encontraba en total respeto del derecho peruano. Las Demandantes no prueban que la MPC se haya separado o haya contrariado el régimen jurídico peruano, sobre todo el Contrato que era la ley de las partes, al decretar la caducidad. Los supuestos motivos políticos que habrían motivado la declaración de caducidad así como la pretendida ausencia de criterios de interés público, ni tienen suficiente peso ni fueron satisfactoriamente probados por las Demandantes, como fue señalado por este Tribunal en el acápite dedicado a la expropiación (Párrafos 544-555 *supra*).
616. La alegada denegación de acceso a los documentos que sirvieron de base a la declaración de caducidad del Contrato no puede, en sí misma, ser una prueba de un comportamiento arbitrario del Perú a la luz del derecho internacional. Podría ser la base de inferencias adversas si no existieran otros elementos para que el Tribunal formara su opinión. No es el caso, en particular cuando gran parte de los documentos en cuestión fueron sometidos en este procedimiento arbitral. Sea lo que sea, la denegación en cuestión tampoco es un elemento suficiente para tachar la caducidad y el comportamiento de la Municipalidad a éste propósito de arbitrarios o de no transparentes a la luz del derecho internacional, toda vez que el inversor no fue tratado “[...] *in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective.* [...]”⁵⁹¹
617. Además, este Tribunal remarca que la arbitrariedad de un acto de derecho interno, para que alcance el nivel de violación internacional, debe afectar tanto las razones que motivaron el acto, como los procedimientos que fueron llevados a cabo para tomarlo, y en el presente caso queda probado que la declaración de caducidad no fue tomada arbitrariamente. En efecto, tanto en lo que precedió a la declaración de caducidad, es decir sus motivaciones, como la manera como fue tomada, no hay rastros de incoherencia, de falta de transparencia, de caprichos o de contrariedades al

⁵⁹¹ *S.D. Myers Inc c. Canadá*, caso CNUDMI, Laudo, 13 de noviembre de 2000, ¶ 263.

reino del derecho, y particularmente no hay contradicciones con lo estipulado por las partes en el Contrato.

618. Para ello, basta dar una ojeada a la Carta de la Municipalidad dirigida a Convia el 5 de noviembre de 2007⁵⁹², la Carta Notarial de resolución de contrato por caducidad del 21 de noviembre de 2007⁵⁹³ y la Resolución de la Alcaldía No. 000729 del 21 de noviembre de 2007.⁵⁹⁴ La lectura general de estos documentos permite ver que las decisiones con relación a la alegada caducidad siempre fueron motivadas y que los procedimientos adoptados fueron los estipulados para ello tanto en las normas jurídicas citadas en dichos documentos como en el contrato. Estos documentos no dan lugar a una arbitrariedad a la luz del derecho internacional. Lo único que el Tribunal ve, es una parte contractual actuando según lo estipulado en el Contrato.
619. Por lo dicho anteriormente, el Tribunal tampoco considera que el Perú haya acordado a la inversión de las Demandantes un trato contrario a lo establecido por el estándar del TJE, ni por la supuesta frustración de expectativas legítimas ni por el pretendido tratamiento arbitrario, incoherente o no transparente de la declaración de caducidad contractual.

C. MEDIDAS INJUSTIFICADAS O DISCRIMINATORIAS

620. En cuanto al estándar de protección previsto en la segunda parte del artículo 2(3) del Tratado, el Tribunal nota la existencia de restricciones específicas con relación a las inversiones protegidas, de suerte que cada Parte Contratante:

“no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias.” (Énfasis añadido)

621. Como lo indican las Demandantes,⁵⁹⁵ el estándar en cuestión cuenta con dos componentes independientes, donde la conjunción disyuntiva “o” indica que basta

⁵⁹² Documento D-13, Carta de la Gerencia Municipal de la MPC a Convia, 5 de noviembre de 2007.

⁵⁹³ Documento P-10, Carta Notarial No. 16443 de la Gerencia Municipal a Convia Callao, 21 de noviembre de 2007.

⁵⁹⁴ Documento P-164, Resolución de Alcaldía No. 000729 del 21 de noviembre de 2007.

⁵⁹⁵ Memorial de las Demandantes, ¶ 338.

con que una de las dos restricciones se verifique para que la violación del estándar tenga lugar. Las Demandantes alegan la existencia tanto de medidas injustificadas como discriminatorias.

622. En lo que se refiere a las medidas injustificadas, el Tribunal considera que en la sección anterior relativa a la alegada violación del TJE se ha dejado establecida la ausencia de elementos que permitan calificar de injustificada la declaración de caducidad hecha por la MPC, toda vez que tal medida fue tomada dentro del marco de facultades contractuales de las que gozaba la MPC.
623. Además, la MPC no siguió los lineamientos de la Comisión del Congreso, por lo que el Tribunal no puede aceptar los argumentos de las Demandantes de que la declaración de caducidad fue injustificada por basarse en “*oportunisto político*”⁵⁹⁶ y no en “*motivos legítimos*”⁵⁹⁷ (Párrafos 544-555 *supra*).
624. En lo que se refiere a las supuestas medidas discriminatorias, las Demandantes alegan que el Perú actuó en forma discriminatoria con respecto a su inversión.
625. El Tribunal nota que las Demandantes se refieren a los argumentos de trato menos favorable para justificar la existencia de discriminación en contra de su inversión.⁵⁹⁸ Las Demandantes basan su argumento en el trato otorgado al inversor extranjero LAP, empresa formada por un consorcio que obtuvo la concesión para la construcción y operación del Aeropuerto Internacional cuyos accionistas son de nacionalidad alemana, estadounidense y peruana, y que supuestamente recibió mejor trato a pesar de encontrarse en circunstancias similares a las de Convia.
626. Por su parte, la Demandada niega tal similitud y alega que existen diferencias significativas entre ambas concesiones que hacen imposible la comparación propuesta por las Demandantes.⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 344.

⁵⁹⁷ Réplica de las Demandantes, ¶ 504.

⁵⁹⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 345.

⁵⁹⁹ Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 373-385.

627. El Tribunal nota que ambas Partes coinciden en que el análisis de una situación de discriminación requiere hacer una comparación entre entes que se encuentren en circunstancias similares.⁶⁰⁰

628. Tal y como lo decidió el tribunal en el caso *Parkerings c. Lituania*:

“[...] *Discrimination involves either issues of law, such as legislation affording different treatment in function of citizenship, or issues of fact where a State unduly treats differently investors who are in similar circumstances [...]*”⁶⁰¹ (Énfasis añadido)

629. Bajo tales circunstancias, corresponde a este Tribunal determinar primero si ambas inversiones se encontraban en circunstancias similares, como lo argumentan las Demandantes, para después, sólo si se determina la existencia de tal similitud, decidir si se otorgó un trato distinto injustificado.

630. Las Demandantes argumentan que las dos concesiones se encontraban en circunstancias similares toda vez que ambas eran relativas a proyectos de construcción, mantenimiento y explotación de infraestructura de transporte en la Provincia del Callao. Asimismo, las Demandantes alegan que ambos proyectos: (i) fueron declarados de necesidad pública; (ii) fueron ofrecidos a la iniciativa privada por medio de concursos públicos; (iii) fueron sujetos a modificaciones mediante adendas por las “*mismas razones*” (particularmente la falta de liberación por las autoridades peruanas de los terrenos necesarios para la construcción); y (iv) seguían un esquema clásico de *project finance*.⁶⁰²

631. El Tribunal considera que las anteriores circunstancias, presentadas por las Demandantes a efectos de establecer una similitud entre la concesión de la Vía Expresa y la del Aeropuerto Internacional, no son suficientes para establecer la existencia de “circunstancias similares” entre ambas concesiones.

⁶⁰⁰ Memorial de las Demandantes, ¶ 345; Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 365.

⁶⁰¹ *Parkerings-Compagniet c. República de Lituania*, caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶ 368.

⁶⁰² Memorial de la Demandada, ¶¶ 399-403.

632. Ahora, si bien es cierto que ambos contratos estuvieron sujetos a modificaciones, la causa de éstas no fue la misma en cada contrato. En efecto, las modificaciones al contrato de la LAP no parecen haber sido consecuencia de diferencias en cuanto al tema de la liberación del *Derecho de Vía*, como alegan las Demandantes lo fueron las Adendas al Contrato de Convial.
633. Así por ejemplo, en el caso que nos ocupa, la Segunda Adenda al Contrato de Convial muestra que la liberación del Derecho de Vía constituía una fuente de diferencias y dificultades entre las partes contratantes, lo que les significó la conclusión de acuerdos posteriores. En efecto, los términos de la mencionada Adenda preveían que:

“[...] Que el proyecto de la Vía Expresa materia de la Concesión, comprende un tramo que se encuentra ubicado entre las intersecciones de la Av Elmer Faucett y Av. Venezuela, el mismo que para su construcción implica la ejecución de obras en trinchera en la jurisdicción del Distrito de San Miguel, Provincia de Lima y que para cuyo efecto se requiere contar con la autorización respectiva expedida por la Municipalidad de Lima Metropolitana;

Que precisamente dicha autorización no ha sido posible obtenerla a la fecha, pese a diversas coordinaciones y gestiones realizadas con dicho objeto [...]”⁶⁰³(Énfasis añadido)

634. Al analizar el texto de dichas Adendas del Contrato de Convial, lo que se deja ver es que solamente se trataban de modificaciones acordadas entre las partes con el objetivo de perfeccionar los términos del Contrato.
635. De igual manera, el hecho de que ambas concesiones hayan sido declaradas de utilidad pública, que sigan un esquema similar, o que se traten de proyectos para construcción, mantenimiento y explotación de infraestructura de transporte en la Provincia del Callao tampoco son elementos suficientes para concluir que las dos concesiones en cuestión se encontraban en circunstancias similares, especialmente para efectos de determinar una supuesta discriminación. Concluir lo contrario,

⁶⁰³ Documento C-29, Segunda Adenda, 21 de mayo de 2002.

equivaldría a interpretar de manera demasiado amplia el criterio de “circunstancias similares”.

636. El Tribunal concuerda con la Demandada, y considera que la comparación pretendida por las Demandantes es inapropiada.⁶⁰⁴ Las dos concesiones, si bien fueron otorgadas para construir infraestructuras de transporte, tenían objetos distintos. La concesión de Conviaal se otorgó para la construcción, el mantenimiento y la explotación de un “eje vial”, mientras que la concesión de la LAP se otorgó para “*la construcción, mejora, conservación y explotación de un aeropuerto internacional*”.⁶⁰⁵
637. Además, las concesiones fueron otorgadas por diferentes entidades; mientras que la concesión de Conviaal fue otorgada por una Municipalidad, la concesión de la LAP fue otorgada por un Ministerio del Estado, lo que significa que ambas concesiones estaban sujetas a regímenes distintos. Posiblemente se podía tratar del mismo esquema de *project finance*, como alegado por las Demandantes, pero las condiciones no eran las mismas.
638. En el tema central de la caducidad, las diferencias entre las dos inversiones saltan a la vista. En efecto, la propia cláusula que preveía la caducidad de cada concesión fue formulada con diferencias importantes entre las mismas. Así, la cláusula 15.4 del Contrato de Conviaal preveía como causal de caducidad: “*el interés público*”, mientras que el contrato de la LAP no preveía tal causal. La cláusula 15 del contrato de la LAP sólo preveía:

“*CLAUSULA 15*

CADUCIDAD DE LA CONCESION POR OTRAS CAUSALES

15.1 Causales de Caducidad de la Concesión. Son causales de caducidad de la Concesión las siguientes:

⁶⁰⁴ Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 372.

⁶⁰⁵ Documento C-48, Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, antecedentes.

15.1.1 Incumplimiento por el Concesionario y resolución del presente Contrato por parte del Concedente de acuerdo con la Cláusula 15.2;

15.1.2 Incumplimiento del Concedente y resolución del presente Contrato por parte del Concesionario de acuerdo con la Cláusula 15.5;

15.1.3 Resolución opcional por el Concedente de acuerdo con la Cláusula 15.6;

15.1.4 Si un Evento de Fuerza Mayor no es superado transcurrido el plazo a que hace referencia la Cláusula 13.4;

*15.1.5. Destrucción total del Aeropuerto o de una parte sustancial del mismo; 15.1.6. Por acuerdo entre las Partes [...]*⁶⁰⁶

639. Así, el Tribunal considera que no existen elementos suficientes para establecer la similitud entre las inversiones referidas, y por tanto no puede alegarse que las medidas aplicadas a la inversión de Conviaal sean discriminatorias. Tampoco fueron injustificadas, pues el contrato mismo autorizaba MPC a ejercer la facultad contractual de declarar la caducidad del Contrato por diversos motivos, incluyendo el interés público.

640. En consecuencia de lo anterior, el Perú no ha violado la obligación de no afectar las inversiones de las Demandantes a través de medidas injustificadas o discriminatorias.

D. PLENA PROTECCIÓN Y SEGURIDAD

641. Las Demandantes también alegan la violación del artículo 4(1) del Tratado que establece:

⁶⁰⁶

Ibidem.

“Artículo 4

Expropiaciones

1) Las inversiones de inversores de una de las Partes Contratantes gozaran de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la Otra Parte Contratante [...]” (Énfasis añadido)

642. El Tribunal nota que no existe controversia entre las Partes en cuanto al contenido de este estándar.⁶⁰⁷ El texto del artículo deja ver claramente que la protección garantizada incluye tanto la protección física de la inversión como su protección jurídica.
643. El Tribunal también nota que las Partes coinciden en considerar que este estándar no se equipara a una “garantía absoluta” de que la inversión nunca sufrirá un daño,⁶⁰⁸ sino a una obligación de “diligencia” que recae sobre el Estado anfitrión.⁶⁰⁹
644. Estas posiciones coinciden con lo sustentado por diferentes tribunales en materia de inversiones.
645. Así, el tribunal en el caso *Ronald S. Lauder c. República Checa* decidió:

“Article II (2)(a) of the Treaty provides that “[i]nvestment [...] shall enjoy full protection and security”. There is no further definition of this obligation in the Treaty. The Arbitral Tribunal is of the opinion that the Treaty obliges the Parties to exercise such due diligence in the protection of foreign investment as reasonable under the circumstances. However, the Treaty does not oblige the Parties to protect foreign investment against any possible loss of value caused by persons whose acts could not be attributed to the State. Such protection would indeed amount to strict liability, which cannot be imposed to a State absent any specific provision in the Treaty [...]”⁶¹⁰ (Énfasis añadido).

⁶⁰⁷ Memorial de las Demandantes, ¶ 380; Contra-Memorial de la Demandada, ¶¶ 347, 353.

⁶⁰⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 355, Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 348.

⁶⁰⁹ Memorial de las Demandantes, ¶ 353; Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 351; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 324, 325.

⁶¹⁰ *Ronald S. Lauder c. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo, 3 de septiembre de 2001, ¶ 308.

646. El tribunal en el caso *Frontier Petroleum c. República Checa* decidió:

*“There is broad agreement that the obligation to provide protection and security does not create an obligation of result or absolute liability, as noted in the ELSI case [...] Rather, [...] the standard is one of “due diligence”[...]”*⁶¹¹

647. Lo controvertido en el presente caso es el cumplimiento de la obligación. Mientras que las Demandantes argumentan la falta de protección en ambos sentidos, la Demandada alega haber cumplido con su obligación prevista en el artículo 4(1) del Tratado.

648. Las Demandantes alegan que el Perú no cumplió con su obligación de acordarles plena protección y seguridad jurídica, al haber atacado públicamente el cobro de peaje, al haber incitado movimientos en su contra y al no haber prestado protección policiaca a su inversión luego de haber sido declarada la caducidad del Contrato y a pesar de haberla solicitado a la Policía Nacional.⁶¹²

649. Sin embargo, el Tribunal no está convencido por los argumentos de las Demandantes. En primer lugar, el Tribunal considera que no existe evidencia suficiente para concluir que el Estado haya instigado y facilitado los movimientos violentos contra el pago del peaje,⁶¹³ como lo manifiestan las Demandantes.

650. El Tribunal coincide con la Demandada, y considera que las declaraciones públicas de ciertos funcionarios públicos,⁶¹⁴ a las que hacen referencia las Demandantes, no son prueba suficiente para concluir que el Estado haya incitado los movimientos que se registraron en diciembre de 2007. En dichas declaraciones, el Tribunal no considera que el Estado haya lanzado un llamado popular para que se llevaran a cabo las manifestaciones. No existe evidencia suficiente para establecer algún tipo de

⁶¹¹ *Frontier Petroleum c. República Checa*, caso CNUDMI, Laudo, 12 de noviembre de 2010, ¶ 269.

⁶¹² Memorial de las Demandantes, ¶ 357.

⁶¹³ Réplica de las Demandantes, ¶ 515.

⁶¹⁴ Documentos C-105, Diario El Comercio, 7 de noviembre de 2007, Documento C-84, Diario Metro Lima, 07 de noviembre de 2007, Documento C-109, Diario El Trome, 7 de diciembre de 2007, Documento C-110, Diario La Primera, 7 de diciembre de 2007, Documento C-87, Diario El Expreso, 7 de diciembre de 2007 y Documento C-104, Diario El País, 27 de julio de 2007.

incitación explícita o implícita del Estado hacia la población para atentar contra la inversión de las Demandantes.

651. La obligación de diligencia asignada al Estado anfitrión bajo el estándar del artículo 4(1) del Tratado requiere que éste reaccione de manera razonable ante las circunstancias que pudieran afectar a la inversión de las Demandantes.
652. Así, sólo si se determina que el Estado se mantuvo pasivo ante las circunstancias que pudieran afectar la inversión, se podría establecer la responsabilidad del Estado. Los casos citados por las Demandantes así lo sostienen (*AMT c. Zaire y Wena c. Egipto*).
653. En la segunda parte de su argumento, las Demandantes sostienen que el Perú no tomó las medidas necesarias para impedir las agresiones, y por ende no les brindó la seguridad física a la que estaba obligado. En sus escritos, las Demandantes manifiestan que la protección policiaca les fue “retirada”⁶¹⁵ y “negada”.⁶¹⁶ Sin embargo, el Tribunal no coincide con estas alegaciones.
654. Las circunstancias a las que debía reaccionar el Perú, eran las manifestaciones que se registraron en diciembre de 2007. Ante tales circunstancias, el artículo 4(1) del Tratado imponía al Perú la obligación de reaccionar con el objetivo de proteger la inversión.
655. La evidencia presentada en este procedimiento demuestra que el Estado reaccionó de acuerdo a las circunstancias que se presentaban en ese momento y no adoptó una actitud pasiva frente a ellas.
656. La PNP reaccionó ante tales circunstancias. La evidencia presentada, incluso por las Demandantes, demuestra que la Policía estuvo presente cuando tuvieron lugar las manifestaciones de diciembre de 2007. Los mismos artículos periodísticos sobre los

⁶¹⁵ Memorial de las Demandantes, ¶ 366.

⁶¹⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 378.

cuales las Demandantes⁶¹⁷ formulan sus argumentos dejan ver que hubo una movilización policiaca durante las manifestaciones.

657. Las Demandantes aseguran que no se dio respuesta a sus solicitudes de protección policiaca. Sin embargo, el Informe de la Policía Regional del Perú de fecha 8 de diciembre de 2007 deja en evidencia la respuesta que se dio a la solicitud de Conviaal formulada el 6 de diciembre de 2007.⁶¹⁸ El Comisario reportó lo siguiente:

“[...] De conformidad al documento indicado en la referencia mediante el cual la Superioridad dispone se designe el servicio policial correspondiente en el peaje [...] con la finalidad de brindar seguridad al patrimonio privado y evitar cualquier tipo de alteración del orden Publico, de conformidad a la Carta S/N de fecha 06DIC2007, presentada por el Ing. Javier Roberto LOWRY Gerente General de la Empresa CONVIAL Callao S.A. [...]

“Al respecto el Suscrito, en consideración a la magnitud de los hechos y a la orden impartida por el Comando instalo el servicio policial con las fuerzas propias de la Sub. Unidad a mi Mando, designando un patrullero con su tripulación completa, y dos (02) efectivos policiales del patrullaje a pie las 24.00 horas, en turnos de (08) horas, [...]”⁶¹⁹

658. La evidencia también demuestra que se dio respuesta a la solicitud de Conviaal del 10 de diciembre de 2007. La carta de la Policía Nacional del Perú (Región del Callao) dirigida al Gerente General de Conviaal así lo evidencia:

“[...] Es grato dirigirme a Ud. en atención a los documentos de referencia [Cartas del 6 y 10 de Diciembre de 2007 enviadas por Conviaal] con los cuales solicita servicio policial para garantizar el orden y seguridad en las garitas de peaje de la vía expresa del Callao, ante los hechos que se vienen suscitando en dicho lugar a mérito de la controversia que existe por el cobro del peaje [...] Sobre el particular signifíco, a Ud. que se ha dispuesto el Coronel PNP Jefe Distrital Integrado Callao-La Punta y el Mayor Comisario PNP de Playa Rimac, establezcan el servicio policial correspondiente, a fin de evitar la comisión de actos ilícitos en la zona en cuestión [...]”⁶²⁰

⁶¹⁷ Documento C-110, Diario La Primera, 7 de diciembre de 2007; Documento C-107, Diario El Men, 7 de diciembre de 2007.

⁶¹⁸ Documento C-111, Carta de Conviaal al jefe de la Región PNP del Callao, 6 de diciembre de 2007.

⁶¹⁹ Documento P-169, Informe No. 206-007-VII-DIRTEPOL-L/RPC-JD1-LPC-CPR, 8 de diciembre de 2007.

⁶²⁰ Documento C-116, Carta de la Policía Nacional del Perú, Región Policial Callao, 10 de diciembre de 2007.

659. Lo que las Demandantes parecen reclamar en realidad era una protección policiaca permanente que les permitiera seguir cobrando el peaje hasta la declaración de caducidad, por lo que la protección policial acordada no era suficiente. Esta protección continua, sobrepasa los límites razonables de “*due diligence*” del estándar de protección plena y seguridad jurídica del Tratado. La protección continua de las garitas de peaje correspondía a una obligación contractual, establecida en los artículos 7(10) y 7(11) del Contrato de Concesión que se adjudicaba al Concedente, esto es a Convial.
660. Ante tales circunstancias, el Tribunal considera que la Demandada cumplió con su obligación de plena protección a la inversión de las Demandantes, tal que lo exige el derecho internacional.
661. En lo que respecta a la protección jurídica, puesto que las Demandantes la vinculan a la violación del estándar de TJE,⁶²¹ subrayando que: “*por los motivos que constituyen la violación de la obligación de asegurar un trato justo y equitativo, el Perú ha violado su obligación de asegurar la plena protección y seguridad jurídica de la inversión de las Demandantes*”⁶²², y habida cuenta que la violación de la obligación de TJE ha sido rechazada por el Tribunal (Párrafos 565-635), la alegada violación de la seguridad jurídica también debe ser rechazada.
662. Así el Tribunal concluye que no hubo violación del estándar de plena protección y seguridad física y jurídica previsto en el artículo 4(1) del Tratado.

E. TRATO MENOS FAVORABLE (“TMF”)

663. Las Demandantes argumentan que el Perú también violó el artículo 3(1) del Tratado que obligaba a este último a otorgar un trato no menos favorable a la inversión de las Demandantes, con respecto al otorgado a los inversores de terceros Estados.

⁶²¹ Memorial de las Demandantes, ¶ 383.

⁶²² Memorial de las Demandantes, ¶ 385.

664. El artículo 3(1) del Tratado establece lo siguiente:

“Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, les acordara 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 la otra Parte Contratante.” (Énfasis añadido).

665. El objetivo de la cláusula del TMF es asegurar que *“the relevant parties treat each other in a manner at least as favorable as they treat third parties”*.⁶²³ El texto del artículo 3(1) del Tratado deja en evidencia que las Partes Contratantes trataron de asegurar que las inversiones protegidas, recibirían un trato no menos favorable al otorgado a *“inversores de terceros Estados”*. Es decir, las Partes Contratantes buscaron *“to ensure overall equality of treatment in the sense of creating a level playing field between foreign investors from different countries”*.⁶²⁴

666. Así, el Tribunal concuerda con lo decidido en el caso *Parkerings c. Lituania*, en que la violación de la cláusula TMF sólo tendrá lugar si se verifica *“the existence of a different treatment accorded to another foreign investor in a similar situation”*.⁶²⁵

667. El Tribunal recuerda dos cosas: primero que las Demandantes basan otra vez su argumento de discriminación en el trato otorgado a la inversión de LAP, y segundo que el elemento de similitud necesario para establecer dicha discriminación no fue probado (Párrafos 627-639 *supra*). En consecuencia, la discriminación necesaria para probar la violación de la cláusula TMF tampoco existe, por lo que la violación de tal estándar no puede ser considerada.

668. Así, el Tribunal rechaza el reclamo de las Demandantes con respecto a la violación del artículo 3(1) del Tratado.

⁶²³ R. Dolzer & C. Schreuer, “Principles of International Investment Law”, Oxford, 2008, p. 186.

⁶²⁴ *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012, ¶ 242.

⁶²⁵ *Parkerings-Compagniet c. República de Lituania*, caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶ 369.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LAS COSTAS DE ARBITRAJE

669. El Tribunal nota que no existe controversia entre las Partes con respecto a la facultad discrecional del Tribunal para pronunciarse respecto al monto de las costas de arbitraje.⁶²⁶

670. Esta facultad esta prevista por el artículo 61(2) del Convenio CIADI:

“En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo.”

671. La facultad discrecional del Tribunal a este respecto, también está reconocida en la regla 47 de las Reglas de Arbitraje CIADI:

“El laudo será escrito y contendrá: [...]

(j) la decisión del Tribunal sobre las costas procesales.”

672. Así, puesto que en el presente caso no existe acuerdo previo entre las Partes con respecto a la asignación de costas del arbitraje, este Tribunal goza de la facultad discrecional de pronunciarse respecto a: 1) las costas en las que hayan incurrido las Partes en relación al procedimiento arbitral; 2) los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal arbitral y de los miembros del CIADI; 3) los cargos por el uso de las facilidades proporcionadas por el CIADI.

673. El Tribunal también nota que las Partes concuerdan en que el Tribunal al asignar las costas debe tomar en consideración el comportamiento de las Partes durante el procedimiento arbitral.⁶²⁷

⁶²⁶ Memorial de las Demandantes, ¶ 460; Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 445.

⁶²⁷ Memorial de las Demandantes, ¶ 462; Contra-Memorial de la Demandada, ¶ 446.

674. Lo controvertido entre las Partes es sobre quién debería recaer el pago de las costas incurridas a lo largo de este procedimiento. Por un lado, las Demandantes consideran que el Perú debe reembolsar todas las costas en las que incurrieron en este procedimiento.⁶²⁸ Por otro lado, la Demandada solicita al Tribunal condenar a las Demandantes al pago de las costas en que incurrió en el presente procedimiento arbitral, solicitando que se tome en cuenta un supuesto comportamiento “abusivo” de las Demandantes.⁶²⁹
675. El Tribunal considera que en general ambas Partes participaron coherentemente en el desarrollo del procedimiento arbitral. El Tribunal no está de acuerdo con la Demandada, y no considera que la solicitud de medidas provisionales haya sido una medida abusiva de las Demandantes. El Tribunal coincide con Convial, y considera que la solicitud de medidas provisionales era un derecho que podía ser legítimamente ejercido si se consideraba que existían las circunstancias necesarias para ejercerlo. En todo caso, cabe señalar que la solicitud de medidas provisionales fue aceptada parcialmente.
676. Del mismo modo, el Tribunal no considera que las comunicaciones a las que hace referencia la Demandada⁶³⁰ fuesen abusivas. Tal y como lo decidió el Tribunal en la comunicación del 13 de abril de 2011:

“[...] las Partes [tenían] derecho de acercarse al Tribunal para hacer de su conocimiento circunstancias que crean puedan afectar el procedimiento y/o sus derechos [...]”

677. Las Demandantes solicitan el reembolso total de sus costas, cuyo monto asciende a dos millones ochocientos veintinueve mil novecientos treinta y siete dólares (USD\$2.829.937,00). De los cuales, dos millones veintinueve mil novecientos veinte dólares (USD\$2.029.920,00) más el 6%, corresponden a honorarios de abogados, expertos y testigos; trescientos veinticinco mil dólares (USD\$325.000,00)

⁶²⁸ Memorial de las Demandantes, ¶ 462.

⁶²⁹ Dúplica de la Demandada, ¶ 462.

⁶³⁰ Dúplica de la Demandada, ¶ 462.

corresponden a costas administrativas y, cuatrocientos setenta y cinco mil diecisiete dólares (USD\$475.017,00) a gastos administrativos.⁶³¹.

678. El Perú, por su parte, solicita el pago de un monto de cuatro millones ciento nueve mil novecientos setenta y ocho dólares con cincuenta y tres centavos (USD\$4.109.978,53) por costas. De los cuales, seiscientos setenta mil diez dólares con cuarenta y ocho centavos (USD\$670.010,48) corresponden a medidas provisionales; trescientos sesenta y tres mil novecientos seis dólares con cincuenta y cinco centavos (USD\$363.906,55) corresponden a asuntos documentales; dos millones trescientos cincuenta y siete mil novecientos cincuenta y nueve dólares con catorce centavos (USD\$2.357.959,14) corresponden a actuaciones escritas, cuatrocientos dieciocho mil ciento dos dólares con treinta y seis centavos (USD\$418.102,36) a actuaciones orales y, trescientos mil dólares (USD\$300.000,00) a costos del CIADI.⁶³²
679. El 19 de diciembre de 2012, el CIADI solicitó a las partes un tercer anticipo por valor de doscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD\$250.000,00) para cubrir los honorarios y gastos incurridos durante los siguientes tres a seis meses. El pago de la mitad de tal monto, es decir ciento veinticinco mil dólares (USD\$125.000,00), fue requerido a cada una de las partes y debidamente recibido por el Centro. En razón de dicha solicitud de fondos adicionales, el monto total de las costas de Convial ascendería a la suma de dos millones novecientos cincuenta y cuatro mil novecientos treinta y siete dólares (USD\$2.954.937), mientras que el monto total de las costas del Perú ascendería a la suma de cuatro millones doscientos treinta y cuatro mil novecientos setenta y ocho dólares con cincuenta y tres centavos (USD\$4.234.978,53).
680. Con base en las consideraciones mencionadas anteriormente, el Tribunal recuerda que las presuntas violaciones del Tratado alegadas por las Demandantes fueron rechazadas en su totalidad. En consecuencia, las Demandantes no tienen derecho a

⁶³¹ Carta de Convial de fecha 11 de mayo de 2012.

⁶³² Carta de la Demandada de fecha 11 de mayo de 2012.

que sus costas sean reembolsadas por la Demandada. Sin embargo, las excepciones de jurisdicción y de inadmisibilidad de la Demanda formuladas por la Demandada fueron igualmente rechazadas. Estas excepciones contribuyeron a complicar el procedimiento arbitral y a aumentar el costo del mismo. Considerando lo anterior, el Tribunal decide que aunque las Demandantes no tuvieron éxito en lo que se refiere al fondo del litigio, sólo deben rembolsar al Perú la mitad de las costas en que incurrió en este procedimiento, las cuales ascienden en su totalidad a la suma de cuatro millones doscientos treinta y cuatro mil novecientos setenta y ocho dólares con cincuenta y tres centavos (USD\$4.234.978,53).

VI. DECISIÓN FINAL

681. Por las razones ya expuestas, el Tribunal resuelve:

1. Declararse competente para tramitar y resolver el fondo de las pretensiones que le han sido sometidas en este arbitraje por las Demandantes bajo el fundamento del Tratado de inversiones concluido entre la República del Perú y la República Argentina.
2. Rechazar las excepciones de jurisdicción y la solicitud de inadmisibilidad de la Demanda presentadas por la República de Perú.
3. Declarar sin fundamento todas y cada una de las alegadas violaciones al Tratado presentadas por las Demandantes contra la República del Perú y rechazar todas sus Demandas basadas en tales violaciones.
4. Condenar las Demandantes a pagar a la Demandada, la suma de dos millones ciento diecisiete mil cuatrocientos ochenta y nueve dólares de los Estados Unidos de América con veintisiete centavos (USD\$2.117.489,27) por concepto de las costas en que incurrió en este proceso.

Brigitte Stern.

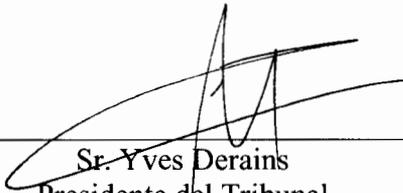
Profesora Brigitte Stern
Árbitro

Fecha: 9 de mayo de 2013



Dr. Eduardo Zuleta
Árbitro

Fecha: 1 de mayo de 2013



Sr. Yves Derains
Presidente del Tribunal

Fecha: 13 de mayo de 2013