

**PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE DE ACUERDO CON EL CAPÍTULO 10 DEL ACUERDO DE
PROMOCIÓN COMERCIAL PERÚ-ESTADOS UNIDOS Y
EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE CNUDMI (2010)**

En el procedimiento de arbitraje entre

THE RENCO GROUP INC
Demandante

-y-

LA REPÚBLICA DEL PERÚ
Demandada

UNCT/13/1

LAUDO PARCIAL SOBRE JURISDICCIÓN

Miembros del Tribunal

Dr. Michael J. Moser, Árbitro Presidente
El Honorable L. Yves Fortier, CC, QC, Árbitro
Sr. Toby T. Landau, QC, Árbitro

Asistente del Tribunal
Sra. Ruth Stackpool-Moore

Secretaria del Tribunal
Sra. Natalí Sequeira

Fecha

15 de julio de 2016

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de The Renco Group, Inc.:

Sr. Edward G. Kehoe
Sr. Guillermo Aguilar Alvarez
Sr. Henry G. Burnett
Sra. Caline Mouawad
King & Spalding LLP
1185 Avenue of the Americas
Nueva York, Nueva York 10036-4003
Estados Unidos de América

En representación de la
República del Perú:

Sr. Jonathan C. Hamilton
Sra. Andrea Menaker
White & Case LLP
701 Thirteenth Street N.W.
Washington, D.C. 20005
Estados Unidos de América

Dra. María del Carmen Tovar Gil
Estudio Eche copar
Av. La Floresta 497, Piso 5
San Borja, Lima 41 - Perú

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	ANTECEDENTES PROCESALES	1
III.	DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS HECHOS CONTROVERTIDOS Y LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES	11
IV.	EL ANÁLISIS Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL	14
	A. Introducción	14
	B. Disposiciones Relevantes del Tratado y su interpretación.....	15
	C. Antecedentes: Renuncia como Precondición a la Existencia de un Acuerdo de Arbitraje Válido y la Jurisdicción del Tribunal	17
	D. La Validez de la Renuncia y la Reserva de Derechos de Renco	20
	(1) Términos Explícitos del Artículo 10.18(2)(b)	20
	(2) Objeto y Propósito del Artículo 10.18(2)(b).....	21
	(3) Estructura “Sin Vuelta Atrás” del Artículo 10.18(2)(b)	23
	(4) Reserva de derechos con características “superfluas”	29
	(5) Conclusión	34
	E. La Consecuencia del Incumplimiento del Artículo 10.18(2)(b) por parte de Renco	35
	(1) Descripción General.....	35
	(2) Subsanción	37
	(3) Divisibilidad	47
	(4) Abuso de derecho	52
	(5) Conclusión	57
	F. Otras objeciones	57
V.	COSTAS	57
VI.	OBSERVACIONES FINALES	58
VII.	LAUDO FORMAL	59

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente arbitraje refiere a una controversia presentada conforme al Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Perú de fecha 12 de abril de 2006 ("**el Tratado**") y al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010). La Demandante es The Renco Group, Inc. ("**Renco**" o "**la Demandante**"). La Demandada es la República del Perú ("**Perú**" o "**la Demandada**"). En el presente Laudo Parcial, se hace referencia a la Demandante y a la Demandada de forma conjunta como "las Partes".
2. El presente Laudo Parcial contiene la decisión del Tribunal respecto de la excepción a la jurisdicción planteada por Perú como resultado del supuesto incumplimiento por parte de Renco en cuanto al requisito contemplado en el Artículo 10.18(2) del Tratado que dispone que un inversionista renuncia al derecho de iniciar o continuar, ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme a la legislación de cualquiera de las Partes (o todo otro procedimiento de arreglo de controversias), cualquier procedimiento en virtud de toda medida que supuestamente constituya un incumplimiento de conformidad con el Artículo 10.16 del Tratado.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

3. Los antecedentes procesales completos de este procedimiento registrados hasta el día 19 de diciembre de 2014 se encuentran reflejados en la Decisión sobre el Alcance del Tribunal a la que se hace referencia en el párrafo 14 *infra*. Ello no será reiterado en el presente documento, a excepción y en la medida en que resulte relevante respecto de la cuestión de la renuncia de la Demandada.
4. El día 29 de diciembre de 2010, Renco presentó su Notificación de Intención para Iniciar el Arbitraje.
5. El día 4 de abril de 2011, Renco presentó su Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda que ulteriormente modificara el día 9 de agosto de 2011. Tal como será analizado con mayor grado de detalle en la Sección III *infra*, ambas Notificaciones contenían renunciaciones expresas supuestamente presentadas conforme al Artículo 10.18(2) del Tratado.

6. El día 10 de mayo de 2013, Perú presentó su Respuesta a la Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda Modificada de Renco de fecha 9 de agosto de 2011.
7. El día 18 de julio de 2013, el Tribunal celebró la primera sesión procesal.
8. El día 22 de agosto de 2013, el Tribunal emitió su Resolución Procesal N.º 1 que establecía el calendario procesal del arbitraje. El calendario procesal fue objeto de extensas discusiones y consultas entre las Partes tanto con anterioridad como en el transcurso de la primera sesión procesal.
9. El día 20 de febrero de 2014, Renco presentó su Memorial sobre Responsabilidad, con inclusión de las Declaraciones Testimoniales y los Informes Periciales.
10. El día 21 de marzo de 2014, Perú presentó una notificación de intención con el propósito de plantear objeciones preliminares de conformidad con el Artículo 10.20(4) del Tratado. Perú notificó que tenía la intención de presentar tres objeciones preliminares, la primera de las cuales radicaba en que Renco había violado el requisito de renuncia del Artículo 10.18(2) del Tratado. La segunda y la tercera excepción se vinculan con la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal y con el cumplimiento por parte de Renco respecto de diversas disposiciones de los acuerdos de inversión objeto de debate en el arbitraje.
11. El día 3 de abril de 2014, Renco presentó un escrito en el que se impugnaba el alcance de las objeciones preliminares planteadas por Perú. Renco expresó que las objeciones planteadas por Perú incluían, en realidad, seis objeciones preliminares independientes, a saber:
 - (a) La presentación de una renuncia inválida;
 - (b) La violación de la renuncia;
 - (c) La falta de jurisdicción *ratione temporis*;
 - (d) La violación del período de prescripción de tres años en virtud del Tratado;

- (e) La imposibilidad de plantear una reclamación por incumplimiento del acuerdo de inversión; y
 - (f) La omisión de presentar dos cuestiones de hecho a efectos de su determinación por un perito técnico antes del inicio del procedimiento de arbitraje.
12. El día 23 de abril de 2014, Renco presentó un escrito relativo al alcance de las objeciones preliminares.
 13. Posteriormente, las Partes presentaron escritos adicionales relativos al alcance de las objeciones preliminares planteadas por Perú.
 14. El día 19 de diciembre de 2014, el Tribunal pronunció su Decisión en cuanto al Alcance de las Objeciones Preliminares presentadas por Perú conforme al Artículo 10.20(4) del Tratado ("**Decisión sobre el Alcance**"). La versión en idioma español de la Decisión sobre el Alcance fue informada a las Partes por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("**CIADI**" o "**el Centro**") el día 13 de febrero de 2015.
 15. En su Decisión sobre el Alcance, el Tribunal concluyó lo siguiente:
 - (a) Las objeciones referentes al Artículo 10.20(4) relativas a la competencia del Tribunal se encuentran fuera del alcance imperativo del Artículo 10.20.4.
 - (b) Salvo la objeción preliminar en virtud de la imposibilidad de la Demandante de plantear una reclamación por incumplimiento del acuerdo de inversión, las objeciones formuladas por la Demandada en cuanto a la competencia del Tribunal se encuentran fuera del alcance del Artículo 10.20.4. El Tribunal se rehúsa a conocer de las objeciones a la competencia formuladas por Perú en la Fase conforme al Artículo 10.20.4 del procedimiento que nos ocupa.
 - (c) En este sentido, el Tribunal resuelve que esta objeción deberá argumentarse y decidirse como una objeción preliminar en la Fase conforme al Artículo 10.20.4 del presente procedimiento con arreglo a un calendario que el Tribunal ha de fijar luego de las presentaciones adicionales de las Partes.

16. Una vez pronunciada la Decisión sobre el Alcance, por medio de las comunicaciones realizadas el día 2 de enero de 2015, las Partes informaron al Tribunal sus cronogramas de presentaciones acordados relativos a la objeción preliminar pendiente de Perú de conformidad con el Artículo 10.20(4).
17. El día 27 de enero de 2015, se determinó la realización de una audiencia de dos días de duración respecto de la objeción preliminar pendiente de Perú conforme al Artículo 10.20(4) para los días 1 y 2 de septiembre de 2015 en Washington, D.C.
18. El día 21 de febrero de 2015, Perú presentó su Objeción Preliminar conforme al Artículo 10.20(4) de fecha 20 de febrero de 2015 acompañada por los Dictámenes Jurídicos de John B. Bellinger, III y Carlos Cárdenas Quirós.
19. El día 23 de febrero de 2015, Renco notificó al Tribunal que consideraba que la presentación de Perú planteaba cuestiones jurisdiccionales y otras cuestiones que excedían el alcance de las objeciones permitidas en su Decisión sobre el Alcance respecto del Artículo 10.20(4) y que, en consecuencia, las presentaciones de Perú no deberían ser publicadas en el sitio web del CIADI. Renco se reservó el derecho de analizar lo que describió como la "extralimitación" de Perú.
20. El día 9 de marzo de 2015, Perú se dirigió por escrito al Tribunal indicando que su presentación de fecha 23 de febrero de 2015 debería ser publicada en el sitio web del CIADI de conformidad con las disposiciones de transparencia del Tratado y de la Resolución Procesal N.º 1.
21. El día 17 de abril de 2015, Renco presentó su Oposición a la Objeción de Perú respecto del Artículo 10.20(4), acompañada por el Informe Pericial del Dr. Fernando de Trazegnies.
22. El día 30 de abril de 2015, Perú se dirigió al Tribunal por medio de una carta de fecha 29 de abril de 2015 en la que solicitaba la obtención de una reparación en virtud del supuesto "perjuicio continuo" originado por la conducta de Renco tanto en el marco del arbitraje en trámite como fuera de su alcance ("**Solicitud de Reparación de la Demandada**"). En la Solicitud de

Reparación, Perú argumentó, aparte de otras cuestiones, que Renco se había involucrado en una constante violación del requisito de renuncia contemplado en el Artículo 10.18(2) del Tratado como resultado de la conducta que adoptara la compañía subsidiaria de Renco en virtud de procedimientos locales en materia de quiebras en Perú.

23. El día 4 de mayo de 2015, el Tribunal invitó a Renco a formular comentarios respecto de la carta de Perú de fecha 29 de abril de 2015, hecho que ocurrió el día 5 de mayo de 2015.
24. El día 7 de mayo de 2015, Perú se dirigió por escrito al Tribunal solicitando lo siguiente: (i) la oportunidad de ser oído en virtud de la respuesta de Renco del día 5 de mayo de 2015; y (ii) la inmediata (y al menos, provisional) suspensión del calendario de presentaciones de escritos hasta que las implicaciones procesales de las cuestiones pendientes estuvieran resueltas. El día 8 de mayo de 2015, tanto Renco como Perú formularon comentarios adicionales ante el Tribunal en virtud de la solicitud de suspender el calendario de presentaciones de escritos.
25. El día 11 de mayo de 2015, el Tribunal le informó a las Partes la suspensión provisional del plazo máximo para que Perú presentara su escrito en virtud el Artículo 10.20(4) y le ofreció a Perú presentar, a más tardar, el día 18 de mayo de 2015, una respuesta completa a la carta de Renco de fecha 5 de mayo de 2015.
26. El día 19 de mayo de 2015, Perú presentó la respuesta a la carta de Renco de fecha 5 de mayo de 2015, escrita con posterioridad a la carta de Perú de fecha 29 de abril de 2015, en la que se solicitaba una reparación a causa del "perjuicio continuo" originado por Renco.
27. El día 21 de mayo de 2015, el Tribunal le informó a Renco que, en caso de que deseara agregar algo a sus presentaciones respecto de las cuestiones esgrimidas por Perú con inclusión y subsiguientemente a su presentación de fecha 29 de abril de 2015, debía hacerlo con anterioridad al día 25 de mayo de 2015. Por medio de su respuesta, Renco indicó que no deseaba realizar ningún comentario adicional.

28. El día 2 de junio de 2015, el Tribunal pronunció su Decisión Relativa a la Solicitud de Reparación de la Demandada. La versión en idioma español de la Decisión fue comunicada a las Partes por el CIADI el día 24 de julio de 2015. El Tribunal arribó a la siguiente conclusión respecto de la argumentación de Perú de que Renco había violado el requisito de renuncia conforme al Artículo 10.18(2)(b) del Tratado:

Dado la importancia de esta cuestión, y la urgencia con la cual ha sido instada por el Perú, el Tribunal ha decidido con apego al Artículo 23(3) del Reglamento de la CNUDMI conceder la solicitud del Perú de tratar y decidir como una cuestión preliminar en el marco del arbitraje la cuestión de si Renco ha violado el requisito de renuncia comprendido en el Artículo 10.18 del Tratado.

29. En virtud de la Decisión del Tribunal de fecha 2 de junio de 2015, el día 10 de junio de 2015, las Partes propusieron un calendario procesal para que fuera considerado por el Tribunal.
30. Por medio de una carta de fecha 10 de junio de 2015, Renco solicitó lo siguiente:

... que se restablezca la Decisión sobre el Alcance pronunciada por el Tribunal de fecha 18 de diciembre de 2015 respecto de la objeción a la renuncia formulada por Perú, [y que el Tribunal]... reconsidere y revierta el fragmento de su Decisión de fecha 2 de junio de 2015 en la que se solicitaba un escrito completo relativo a la objeción planteada por Perú de que Renco había violado las disposiciones en materia de renuncia del Tratado, y que reafirme su decisión anterior respecto de que dicha objeción sea planteada por Perú junto con su Memorial de Contestación sobre Responsabilidad con apego al calendario establecido en el Anexo A de la Resolución Procesal N.º 1. [Traducción del Tribunal]

31. El día 17 de junio de 2015, Perú presentó su respuesta a la solicitud de Renco de fecha 10 de junio de 2015.
32. El día 20 de junio de 2015, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 3 en la que reiteraba su indicación a las Partes para que acordaran un cronograma de presentaciones de escritos incluyendo la presentación de la respuesta de Renco relativa a los argumentos esgrimidos por Perú en su Objeción Preliminar conforme al Artículo 10.20.4. El Tribunal declinó, asimismo, reconsiderar su Decisión de fecha 2 de junio de 2015. En consecuencia, el Tribunal reiteró su indicación a las Partes de que acordaran un "calendario simple e independiente" a fin de analizar los supuestos y constantes incumplimientos al requisito de la renuncia por parte de Renco. Se invitó a los

abogados a que le informaran al Tribunal (a más tardar, el día miércoles, 24 de junio de 2015) el nuevo cronograma de presentaciones acordado, las fechas de la audiencia y el calendario. La versión en idioma español de la Resolución Procesal N.º 3 fue comunicada a las Partes por el CIADI el día 24 de julio de 2015.

33. Con posterioridad a la emisión de la Resolución Procesal N.º 3, las Partes intercambiaron sus posiciones¹ respecto del calendario procesal y las fechas de la audiencia.
34. El día 6 de julio de 2015, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 4 en la que establecía un cronograma procesal para analizar las objeciones conforme al Artículo 10.20(4) y un cronograma "simple e independiente" para la objeción a la renuncia. La versión en idioma español de la Resolución Procesal N.º 4 fue comunicada a las Partes por el CIADI el día 24 de julio de 2015.
35. En virtud del cronograma establecido por el Tribunal en la Resolución Procesal N.º 4, Perú presentó su Memorial sobre la Renuncia el día 10 de julio de 2015 ("**Memorial sobre la Renuncia**" o "**Memorial**").
36. El día 30 de julio de 2015, Renco presentó su Oposición Complementaria a la Objeción Preliminar de Perú en virtud del Artículo 10.20(4).
37. El día 10 de agosto de 2015, Renco presentó su Memorial de Contestación Relativo a las Objeciones del Perú a la Renuncia ("**Memorial de Contestación sobre Renuncia**" o "**Memorial de Contestación**").
38. El día 17 de agosto de 2015, el gobierno de los Estados Unidos expresó que había monitoreado el desarrollo del caso y que "analizaba los escritos más recientes en cuanto al tema de la renuncia que había obtenido a través del sitio web del CIADI, al tiempo que consideraba realizar una presentación al Tribunal en materia de interpretación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos conforme al Artículo 10.20.2". [Traducción del Tribunal]. Asimismo, el gobierno de los Estados Unidos informó al Tribunal y a las partes

¹ Véase la correspondencia de Renco de fechas 22, 25, 27 y 29 de junio de 2015, y 3 de julio de 2015. Véase, asimismo, la correspondencia de Perú de fechas 22, 25, 26 (recibida el día 27 de junio), 27, 29 y 30 de junio de 2015, y 3 de julio de 2015.

contendientes su intención de asistir a la audiencia en cuanto al tema de la renuncia.

39. El día 17 de agosto de 2015, Perú presentó su Réplica sobre la Renuncia ("**Réplica sobre la Renuncia**" o "**Réplica**").
40. El día 21 de agosto de 2015, el Tribunal invitó a las Partes a que presentaran sus respectivas observaciones, si las hubiere, a la carta del gobierno de los Estados Unidos de fecha 17 de agosto de 2015. Las Partes no plantearon objeción alguna a la referida carta del gobierno de los Estados Unidos.
41. El día 24 de agosto de 2015, Renco presentó su Dúplica sobre la Renuncia ("**Dúplica sobre la Renuncia**" o "**Dúplica**").
42. El día 1 de septiembre de 2015, y de conformidad con la Resolución Procesal N.º 1 y el Artículo 10.20.2 del Tratado, el gobierno de los Estados Unidos presentó su segundo escrito correspondiente a una Parte no contendiente relativo a la interpretación del Tratado ("**Segunda Presentación de los Estados Unidos de América**").
43. El día 2 de septiembre de 2015, el Tribunal celebró una audiencia en Washington D.C. para escuchar los argumentos orales de las Partes relativas a la objeción a la renuncia. En la audiencia estaban presentes los miembros del Tribunal de Arbitraje, la Secretaria del Tribunal y los representantes de las Partes y demás asistentes que se indican a continuación:

En representación de Renco:

Sr. Edward G. Kehoe	King & Spalding, LLP
Sr. Henry G. Burnett (Harry)	King & Spalding, LLP
Sr. Guillermo Aguilar-Alvarez	King & Spalding, LLP
Sra. Margarete Stevens	King & Spalding, LLP
Sr. David H. Weiss	King & Spalding, LLP
Sra. Jessica Bees und Chrostin	King & Spalding, LLP
Sra. Ashley Grubor	King & Spalding, LLP
Sra. Veronica Garcia	King & Spalding, LLP
Sr. Dennis A. Sadlowski	The Renco Group, Inc.

En representación de Perú:

Sr. Jonathan C. Hamilton	White & Case LLP
Sra. Andrea Menaker	White & Case LLP

Sr. Francisco X. Jijón	White & Case LLP
Sra. Michelle Grando	White & Case LLP
Sra. Jacqueline Argueta	White & Case LLP
Sr. Guillermo Cuevas	White & Case LLP
Sr. Alejandro Martínez de Hoz	White & Case LLP
Sr. Carlos Natera	White & Case LLP
Sra. María del Carmen Tovar	Estudio Eche copar
Embajador Luis Miguel Castilla	Embajador de Perú en Washington D.C.
Sr. Carlos José Valderrama Bernal	República del Perú
Sr. Rafael Suarez	República del Perú

En representación del gobierno de los Estados Unidos (en calidad de Parte no contendiente):

Sra. Lisa Grosh	Asesor Legal Asistente
Sra. Alicia Cate	Abogada Asesora
Sr. John Blanck	Abogada Asesora
Sra. Anna Estrina	Economista en Finanzas
Sr. Brooks Allen	Asesor General Asistente
Sr. Juan Millan	Asistente en Calidad de Representante Comercial de los Estados Unidos para el Control y el Cumplimiento

Estenógrafos:

Sr. Dante Rinaldi	Estenógrafo – Idioma español
Sra. Gail Verbano	Estenógrafa – Idioma inglés

Intérpretes:

Sra. Judith Letendre	Español / Inglés
Sra. Stella Covre	Español / Inglés
Sra. Karin Ruckhaus	Español / Inglés

44. El día 3 de septiembre de 2015, y tal como fuera autorizado a la conclusión de la audiencia, Renco agregó dos autoridades legales adicionales al expediente.
45. El día 9 de septiembre de 2015, el Centro proporcionó a las Partes las copias de las grabaciones de audio de la audiencia.
46. Los días 13, 14, 15, 16 y 17 de septiembre de 2015, las Partes intercambiaron observaciones respecto de las autoridades legales adicionales discutidas por las partes al cierre de la Audiencia sobre la Renuncia.
47. El día 16 de septiembre de 2015, el Tribunal planteó cuatro preguntas específicas e instó a las Partes a presentar sus respectivas respuestas en un

plazo de siete (7) días, y las presentaciones correspondientes a las réplicas, si las hubiere, dentro de los siete (7) días posteriores a dichas presentaciones.

48. El día 22 de septiembre de 2015, las Partes presentaron las correcciones consolidadas a las transcripciones de la Audiencia sobre la Renuncia.
49. Las respuestas que Renco formulara a las preguntas del Tribunal de fecha 16 de septiembre de 2015 fueron recibidas el día 23 de septiembre de 2015 ("**Presentaciones de Renco Posteriores a la Audiencia**"). Las respuestas que Perú formulara fueron recibidas el día 24 de septiembre de 2015 ("**Presentaciones de Perú Posteriores a la Audiencia**").
50. El día 27 de septiembre de 2015, el Tribunal invitó a las Partes a que formularan comentarios respecto de la relevancia del principio de divisibilidad relativo a la cuestión del efecto legal de la reserva de derechos contemplada en la renuncia de Renco.
51. El día 30 de septiembre de 2015, las Partes presentaron sus respectivas réplicas a la referida invitación del Tribunal ("**Presentaciones de la Réplica de Renco Posteriores a la Audiencia**" y "**Presentaciones de la Réplica de Perú Posteriores a la Audiencia**").
52. El día 11 de octubre de 2015, el gobierno de los Estados Unidos presentó su tercer escrito correspondiente a una Parte no contendiente sobre la interpretación del Tratado respecto de la relevancia del principio de divisibilidad ("**Tercera Presentación de los Estados Unidos de América**").
53. El día 18 de octubre de 2015, Perú entregó una Presentación Complementaria Posterior a la Audiencia en respuesta a la presentación de Renco de fecha 30 de septiembre de 2015 ("**Presentación Complementaria de Perú Posterior a la Audiencia**").
54. El día 23 de octubre de 2015, Renco presentó sus comentarios a la Tercera Presentación de los Estados Unidos de América y a la Presentación Complementaria de Perú Posterior a la Audiencia ("**Presentaciones Complementarias de Renco Posteriores a la Audiencia**").

55. El día 23 de octubre de 2015, Perú se dirigió por escrito al Tribunal a fin de confirmar el acuerdo entre los Estados Unidos y Perú respecto de la interpretación del requisito de renuncia contemplado en el Artículo 10.18 del Tratado.

III. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS HECHOS CONTROVERTIDOS Y LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

56. En su Notificación de Arbitraje de fecha 4 de abril de 2011, Renco presentó en nombre propio una reclamación para ser sometida a arbitraje conforme al Artículo 10.16(1)(a) del Tratado, y una reclamación en representación de su empresa local, (de la cual es titular en su totalidad), Doe Run Peru S.R. LTDA (“DRP”), conforme al Artículo 10.16(1)(b).

57. En su Notificación de Arbitraje Modificada de fecha 9 de agosto de 2011, Renco retiró la reclamación de su empresa con arreglo al Artículo 10.16(1)(b). Sin embargo, Renco mantuvo la reclamación que había presentado en nombre propio para ser sometido a arbitraje conforme al Artículo 10.16(1)(a). Asimismo, DRP informó que tenía la intención de retirar su renuncia formulada por escrito.

58. La Notificación de Arbitraje y la Notificación de Arbitraje Modificada de Renco estaban acompañadas por renunciaciones formuladas por escrito en virtud de los siguientes términos²:

Renuncia que Acompaña la Notificación de Arbitraje de Renco	Renuncia que Acompaña la Notificación de Arbitraje Modificada de Renco
"Finalmente, conforme al Artículo 10.18(2) del Tratado, Renco y su afiliada DRP renuncia[n] a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 10.16, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo que no impliquen el	"Finalmente, conforme al Artículo 10.18(2) del Tratado, Renco renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 10.16, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo que no impliquen el pago de daños ante el tribunal

² El texto con control de cambios aparece en la versión original de la Notificación de Arbitraje Modificada de Renco. El Tribunal enfatizó el texto correspondiente a la última oración de la renuncia en negrita y letra cursiva.

<p>pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial de Perú. En la medida en que el Tribunal no admita la consideración de alguna reclamación formulada en la presente en base a la jurisdicción o admisibilidad, las Demandantes se reservan el derecho de interponer tales reclamaciones en otro foro para su solución en base al fondo del litigio".</p>	<p>administrativo o judicial de Perú. <i>En la medida en que el Tribunal no admita la consideración de alguna reclamación formulada en la presente en base a la jurisdicción o admisibilidad, la Demandante se reserva el derecho de interponer tales reclamaciones en otro foro para su solución en base al fondo del litigio</i>".</p>
---	---

59. En el presente Laudo Parcial, el Tribunal hará referencia al texto en letra cursiva de la renuncia que acompaña a la Notificación de Arbitraje Modificada de Renco como una "reserva de derechos".

60. No existe discusión respecto a que las disposiciones del Artículo 10.18(2)(b) en virtud de la renuncia incluyen dos requisitos diferentes: un requisito *formal* (la presentación de una renuncia formulada por escrito que cumpla con los términos del Artículo 10.18(2)(b)) y un requisito *sustancial* (que el inversionista se abstenga de iniciar o continuar procedimientos locales que violen dicha renuncia escrita)³. Tal como confirmara el tribunal de arbitraje en *Waste Management I*, al considerar la disposición en materia de renuncia del Artículo 1121 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("**TLCAN**")⁴:

Cualquier renuncia, y por lo tanto, también la que está siendo objeto de debate, implica un acto formal y sustancial por parte del que la presenta. A estos efectos, este Tribunal deberá comprobar que WASTE MANAGEMENT ha presentado la renuncia de acuerdo con las formalidades previstas en el TLCAN y que ha respetado los términos de la misma a través del acto sustancial de desistir o no iniciar procedimientos paralelos ante otros tribunales.

61. Perú argumenta que Renco no ha cumplido con los requisitos de formalidad y sustancialidad de la disposición en materia de renuncia en virtud del Artículo 10.18(2)(b) del Tratado. Perú cita los siguientes motivos:

(a) Respecto del cumplimiento de la formalidad:

(i) Por medio de su "reserva de derechos", Renco pretendía reservarse su derecho de incoar reclamaciones en otro foro para su resolución sobre el fondo en caso de que el Tribunal desestimara cualquier reclamación

³ Memorial sobre la Renuncia ¶ 15; Memorial de Contestación sobre la Renuncia ¶ 65.

⁴ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/2, Laudo de fecha 2 de junio de 2000, ¶ 20.

por causales jurisdiccionales o de admisibilidad. En consecuencia, y en palabras de Perú, la renuncia de Renco no cumple con los requisitos.

- (ii) DRP no ha presentado la renuncia en la Notificación de Arbitraje Modificada, a pesar del hecho de que Renco formula pretensiones en representación de DRP conforme al Tratado.
- (b) Respecto del cumplimiento sustancial, Perú argumenta que Renco ha iniciado y/o continuado procedimientos (por medio de DRP) ante los tribunales de Perú que involucran medidas que supuestamente constituyen un incumplimiento del Tratado en el marco del presente arbitraje.
62. Como resultado del supuesto incumplimiento de los requisitos en materia de renuncia del Tratado por parte de Renco, Perú sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción respecto de las reclamaciones de Renco. Perú le solicita al Tribunal el pronunciamiento de un laudo que desestime las pretensiones de Renco debido a la falta de jurisdicción, junto con un laudo que ordene costas en su favor.
63. Renco argumenta que ha cumplido tanto con el requisito formal como con el sustancial en virtud del Artículo 10.18(2)(b) del Tratado. Renco invoca las siguientes causales:
- (a) Respecto del cumplimiento de la formalidad:
 - (i) El Tratado no impide que un demandante entable reclamaciones sobre el fondo en otros foros si su caso, en virtud del Tratado, es desestimado por causales jurisdiccionales o de admisibilidad . En consecuencia, la renuncia de Renco da cumplimiento a los requisitos.
 - (ii) Renco confirma sus propios reclamaciones en virtud del Artículo 10.16(1)(a) por las pérdidas y el daño que ha sufrido como resultado, en parte, de las medidas que Perú ha impuesto sobre su empresa, DRP. Dichas reclamaciones, expresa Renco, pueden presentarse conforme al Artículo 10.16(1)(a) y no requieren la formulación de una renuncia por parte de DRP.

- (b) Respecto del cumplimiento sustancial:
 - (i) Los procedimientos de Perú que se relacionan con la oposición de excepciones adoptadas por DRP y con las adoptadas por un inversionista para defenderse de las reclamaciones planteadas en procedimientos locales no violan el requisito de renuncia contemplado en el Artículo 10.18(2)(b).
 - (ii) Los procedimientos locales no se relacionan con las mismas medidas que supuestamente constituyen un incumplimiento en virtud del Artículo 10.16(1)(a).
- 64. Por estos motivos, Renco arguye que el Tribunal debería desestimar las objeciones a la renuncia de Renco. Asimismo, Renco pretende que se le otorguen costas en su favor en el laudo.
- 65. Los conceptos precedentes constituyen sólo una breve descripción de los elementos esenciales de las posiciones de las Partes respecto del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de formalidad y sustancialidad del Artículo 10.18(2)(b) por parte de Renco. El Tribunal contó con el beneficio de disponer de las presentaciones orales y escritas exhaustivas de las Partes en cuanto a los hechos controvertidos aquí presentados. El Tribunal ha considerado minuciosamente todas estas presentaciones y, si bien no expone cada una de dichas presentaciones en el cuerpo del presente Laudo, hace referencia en la siguiente sección, y con mayor grado de detalle, a los puntos centrales esgrimidos por las Partes.

IV. EL ANÁLISIS Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL

A. Introducción

- 66. El Tribunal comenzará con la consideración del argumento de Perú en cuanto a que Renco no ha dado cumplimiento al requisito formal del Artículo 10.18(2)(b) al incluir la reserva de derechos en la renuncia que acompaña a su Notificación de Arbitraje Modificada.

B. Disposiciones Relevantes del Tratado y su interpretación

67. Las cuestiones planteadas por las Partes comprenden cuestiones complejas de interpretación de las disposiciones relevantes del Tratado. Las principales disposiciones involucradas son las contempladas en los Artículos 10.16, 10.17 y 10.18. Dichas disposiciones establecen los procedimientos por medio de los cuales un inversionista puede presentar una controversia relativa a inversiones para que sea sometida a arbitraje. Dada su importancia en virtud de las cuestiones que nos ocupan, resulta apropiado exponer a continuación el texto completo de dichas disposiciones:

Artículo 10.16: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje

1. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:

- (a) el demandante, por cuenta propia, puede someter a arbitraje, conforme a esta Sección, una reclamación en la que se alegue
 - (i) que el demandado ha violado
 - (A) una obligación de conformidad con la Sección A,
 - (B) una autorización de inversión, o
 - (C) un acuerdo de inversión; y
 - (ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta; y
- (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, puede, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue
 - (i) que el demandado ha violado
 - (A) una obligación de conformidad con la Sección A,
 - (B) una autorización de inversión, o
 - (C) un acuerdo de inversión; y
 - (ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta,

a condición de que el demandante pueda someter una reclamación bajo el subpárrafo (a)(i)(C) o (b)(i)(C) por la violación de un acuerdo de inversión solamente si la materia de la reclamación y los daños reclamados se relacionan directamente con la inversión cubierta que fue establecida o adquirida, o se pretendió establecer o adquirir, con base en el acuerdo de inversión relevante [...]

Artículo 10.17: Consentimiento de Cada Una de las Partes al Arbitraje

1. Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Acuerdo.

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección cumplirá con los requisitos señalados en:

- (a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia;
- (b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un “acuerdo por escrito”; y
- (c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un “acuerdo”.

Artículo 10.18: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes

1. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)) o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) sufrió pérdidas o daños.

2. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que:

- (a) el demandante consienta por escrito someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Acuerdo; y
- (b) la notificación de arbitraje esté acompañada,
 - (i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a); y
 - (ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b).

de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2(b), el demandante (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(a)) y el demandante o la empresa (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(b)) pueden iniciar o continuar una medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que tal medida se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje.

- 4. (a) Ninguna reclamación puede ser sometida a arbitraje:
 - (i) por una violación de una autorización de inversión, según el Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o el Artículo 10.16.1(b)(i)(B); o
 - (ii) por una violación de una autorización de inversión, según el Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o el Artículo 10.16.1(b)(i)(B); o
 si el demandante (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(a)) o el demandante o la empresa (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(b)) ha sometido previamente la misma violación alegada ante un tribunal administrativo o judicial del demandado, o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante.
- (b) Para mayor certeza, si el demandante elige someter una reclamación del tipo descrito en el subpárrafo (a), ante una corte judicial o tribunal administrativo del demandado o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, esa elección será definitiva y el

demandante no puede, a partir de ese momento, someter la reclamación a arbitraje conforme a la Sección B.

68. El Tribunal debe interpretar estas disposiciones de conformidad con la regla de interpretación de los tratados estipulada en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("CVDT"). Las disposiciones del Tratado "deberá[n] interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (CVDT, Artículo 31(1)).
69. "Para los efectos de la interpretación (...), el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexo", las cuestiones estipuladas en el Artículo 31(1)(a) y (b) de la CVDT. Asimismo, el Tribunal "juntamente con el contexto, habrá de tene[r] en cuenta: (a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones..." (CVDT, Artículo 31(3)).
70. La CVDT dispone que el Tribunal puede "acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 (a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o (b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable". Ninguna de las Partes ha hecho referencia a partes pertinentes de los *travaux préparatoires* respecto de las cuestiones que ameritan consideración.

C. Antecedentes: Renuncia como Precondición a la Existencia de un Acuerdo de Arbitraje Válido y la Jurisdicción del Tribunal

71. Resulta axiomático que la jurisdicción del Tribunal deba fundarse en la existencia de un acuerdo de arbitraje válido entre Renco y Perú. Con arreglo al Tratado, un acuerdo de arbitraje se conforma cuando un inversionista acepta una oferta de arbitraje vigente de Perú al someter una reclamación a arbitraje de conformidad con los requisitos establecidos en la Sección B del Capítulo 10 del Tratado. Se considera que el consentimiento de Perú para proceder con el arbitraje y "el sometimiento de la reclamación a arbitraje con

arreglo a esta Sección [B]" satisfacen los requisitos de un acuerdo de arbitraje formulado por escrito a los efectos, *inter alia*, del Artículo II de la Convención de Nueva York (véase Artículo 10.17(2)).

72. El Tratado establece diversas condiciones y limitaciones de importancia respecto del consentimiento de Perú para proceder con el sometimiento de reclamaciones a arbitraje conforme al Tratado. Esto se evidencia en el título del Artículo 10.18 ("Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes"). Conforme al Artículo 10.18(2), "ninguna reclamación puede ser sometida a arbitraje" en virtud de la Sección B a menos que:

- (a) el demandante consienta por escrito someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Acuerdo; y
- (b) la notificación de arbitraje esté acompañada,
 - (i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a); y
 - (ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b).

de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.

73. En consecuencia, el acuerdo de arbitraje quedará conformado en virtud del Tratado *sólo* si el inversionista satisface los requisitos de *formalidad* y *sustancialidad* de la renuncia contemplados en el Artículo 10.18(2)(b). Esto es así porque el cumplimiento del Artículo 10.18(2) constituye una condición y una limitación respecto del consentimiento de Perú para someterse a arbitraje. El Artículo 10.18(2) contiene los términos respecto de los cuales la oferta de arbitraje no negociable de Perú es pasible de ser aceptada por un inversionista. Por consiguiente, el cumplimiento del Artículo 10.18(2) constituye un prerrequisito fundamental para la existencia de un acuerdo de arbitraje y, en consecuencia, para la jurisdicción del Tribunal⁵.

⁵ Véase *Commerce Group Corp c. República de El Salvador* Caso CIADI N.º ARB/09/17, Laudo, 14 de marzo de 2011 ¶ 115 (interpretación del Artículo 10.18 del Tratado CAFTA-DR: "[s]i la renuncia es inválida, no hay consentimiento. El Tribunal, entonces, no tiene jurisdicción sobre la diferencia relativa al CAFTA entre las partes"). Véase asimismo *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Decisión sobre la Excepción a la Jurisdicción, Artículo 10.20.5 del CAFTA, 17 de noviembre de 2008 ¶ 56 ("‘Sólo si’ y ‘a menos que’ tienen el mismo significado e, independientemente de que se utilice el término ‘precedente’, las condiciones dispuestas en el Artículo 10.18 deben ser

74. En virtud del cumplimiento con el requisito de *formalidad*, la renuncia del inversionista debe ser formulada por escrito y debe ser "clara, explícita y terminante". Tal como enfatizara el tribunal en *Waste Management (N.º I)*⁶:

El acto de renuncia, de por sí, es un acto unilateral, ya que su efecto extintivo se ocasiona únicamente por su voluntad. La exigencia de una renuncia en cualquier contexto implica una dejación voluntaria de derechos en cuanto que, en términos generales, este acto produce una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho. Por lo tanto, renunciar supone el ejercicio de la facultad de disposición de su titular para dar lugar a ese efecto jurídico.

En todo caso, cualquier renuncia debe ser clara, explícita y terminante, sin que sea lícita deducirla de expresiones de dudoso significado.

En base a lo expuesto, la renuncia que se solicita a través del artículo 1121(2)(b) del TLCAN debe presentarse clara en todos sus términos a tenor de la petición que se realiza en cuanto a la dejación de determinados derechos de la parte que se propone renunciar.

75. Los tribunales de arbitraje que han sido llamados a interpretar la validez de las renunciaciones presentadas por los inversionistas han sostenido de forma consistente que una renuncia es inválida si el inversionista procura dar lugar dentro de su alcance a ciertos procedimientos judiciales nacionales que involucran los mismos fundamentos que las medidas que se impugnan en el presente arbitraje. A modo de ejemplo, en *Waste Management (N.º I)* la renuncia de la demandante rezaba lo siguiente:

Sin embargo, esta renuncia no aplica a cualquier procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que el demandado haya violado las obligaciones impuestas por otras fuentes de ley, incluyendo las leyes de México.

Sin derogar la renuncia requerida por el artículo 1121 de TLCAN, los Demandantes, por la presente, declaran su entendimiento que la renuncia anteriormente mencionada no aplica a ningún procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que el Demandado haya violado las obligaciones impuestas por cualquier fuente de ley, incluyendo las leyes de México, salvo del Capítulo 11 de TLCAN.

76. El tribunal de arbitraje concluyó que la demandante había "[emitido] una declaración de voluntad distinta de la solicitada en la renuncia exigida por el

satisfechas con anterioridad a que se perfeccione el consentimiento de la Demandada para proceder con el arbitraje"). [Traducción del Tribunal]

⁶ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (N.º I)*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000 ¶ 18.

Artículo 1121 del TLCAN". En consecuencia, el tribunal concluyó que la renuncia era inválida y, por lo tanto, que el tribunal carecía de jurisdicción⁷.

D. La Validez de la Renuncia y la Reserva de Derechos de Renco

77. En contraposición con los antecedentes mencionados *supra*, el Tribunal se aboca ahora a considerar si la renuncia de Renco cumple con los requisitos formales contemplados en el Artículo 10.18(2)(b).

(1) Términos Explícitos del Artículo 10.18(2)(b)

78. Con arreglo al Artículo 10.18(2)(b), y con el propósito de comprometer el consentimiento de Perú para proceder con el arbitraje conforme al Tratado, Renco debe presentar una renuncia por escrito:

de *cualquier* derecho a iniciar o continuar ante *cualquier* tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de *cualquier* Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, *cualquier* actuación respecto de *cualquier* medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16. (Énfasis agregado).

79. En opinión del Tribunal, las reiteradas referencias a la palabra "cualquier" en el Artículo 10.18 demuestra que la renuncia del inversionista debe ser abarcativa: no se permiten las renunciaciones calificadas de cualquier forma.

80. Renco tenía la intención de calificar su renuncia por escrito mediante la reserva de su derecho de incoar reclamaciones en otro foro para su resolución sobre el fondo del litigio en caso de que este Tribunal se rehusara a entender cualquier reclamación por causales jurisdiccionales o de admisibilidad.

81. En opinión del Tribunal, esta calificación no está permitida por los términos explícitos del Artículo 10.18(2)(b). La única excepción explícita al requisito de la renuncia establecida en el Artículo 10.18(2)(b) está prevista para los procedimientos que procuren una "medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado" (Artículo 10.18(3)). No existe discusión respecto a que esta excepción no resulta de aplicación en el caso que nos ocupa.

⁷ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (N.º I)*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000 ¶¶ 31-32.

82. A juicio entendido de este Tribunal, el término "cualquier actuación" del Artículo 10.18(2)(b) debe ser interpretado como que contempla procedimientos que se "inician o continúan", o que se puedan "iniciar o continuar", ya sea:
- (a) En el momento en que se presenta la notificación de arbitraje;
 - (b) Durante la tramitación del arbitraje; y/o
 - (c) Una vez concluido el arbitraje, independientemente de que las reclamaciones del inversionista sean desestimadas por causales jurisdiccionales o de admisibilidad, o sobre el fondo del litigio
83. El Tribunal considera que esta interpretación surge claramente del sentido corriente de los términos "cualquier actuación" del Artículo 10.18(2)(b). No hay fundamento alguno en el texto del Tratado para calificar el alcance provisional de la "actuación" respecto de la cual deba establecerse la renuncia por escrito, por ejemplo, mediante la exclusión de procedimientos futuros que puedan "iniciarse" por parte de un inversionista si el Tribunal decidiera que carece de jurisdicción o que las reclamaciones de Renco son inadmisibles.

(2) Objeto y Propósito del Artículo 10.18(2)(b)

84. La interpretación del Artículo 10.18(2)(b) por parte del Tribunal es consistente con el objeto y el propósito de la disposición de la renuncia. Renco, Perú y los Estados Unidos concuerdan que el objeto y el propósito del Artículo 10.18(2)(b) consiste en proteger al Estado demandado para que no deba litigar en múltiples procedimientos y en diversos foros sobre la misma medida, y minimizar el riesgo de doble recupero y determinaciones de hecho y de derecho inconsistentes pronunciadas por tribunales diferentes⁸.
85. Los tribunales constituidos en casos de inversión han concluido que la disposición comparable en materia de renuncia contemplada en el Artículo

⁸ Memorial sobre la Renuncia ¶ 2; Memorial de Contestación sobre la Renuncia ¶ 56; Segunda Presentación de los Estados Unidos de América ¶ 5.

1121 del TLCAN tiene un objeto y un propósito de similares características. A modo de ejemplo:

- (a) En *Waste Management Inc c. Estados Unidos Mexicanos (N.º I)*, el tribunal sostuvo que "cuando ambas acciones [reclamaciones locales y en virtud del TLCAN instaurados en paralelo] tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiere obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el artículo 1121 del TLCAN"⁹.
 - (b) En *Waste Management Inc c. Estados Unidos Mexicanos (N.º II)*, el tribunal sostuvo que "[n]o hay duda de que la preocupación de las Partes del TLCAN al insertar el Artículo 1121 era el lograr la finalidad de la decisión y evitar multiplicidad de procedimientos"¹⁰.
 - (c) En *International Thunderbird Gaming Corp c. Estados Unidos Mexicanos*, el tribunal observó que "[l]os requisitos sobre consentimiento y renuncia (..) estipulados [en el Artículo 1121] cumplen una finalidad específica, consistente en impedir que una parte promueva recursos internos e internacionales concurrentes que den lugar a resultados encontrados (y, por lo tanto, a incertidumbre jurídica) o a una doble reparación por idéntica conducta o medida "¹¹.
86. Renco sostiene que su reserva de derechos no socava el objeto y el propósito del Artículo 10.18(2)(b) debido a que, si el Tribunal desestimara todas las reclamaciones por causales jurisdiccionales o de admisibilidad, no habría

⁹ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (N.º I)*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000 ¶ 27.3.

¹⁰ *Waste Management Inc c. Estados Unidos Mexicanos (N.º II)* Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3, Decisión del Tribunal relativa a la Objeción Preliminar de México en virtud de Procedimientos Anteriores, 26 de junio de 2002 ¶ 27.

¹¹ *International Thunderbird Gaming Corp c. Estados Unidos Mexicanos* Ad-hoc CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006 ¶ 118. Véase, asimismo, *Detroit International Bridge Company c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA N.º 2012-25, Artículo 1128 Presentación de los Estados Unidos de América, 14 de febrero de 2014 ¶ 6 ("Esta interpretación de la frase resulta inconsistente con el propósito de la disposición de la renuncia: evitar que la Demandada se vea en la necesidad de litigar en procedimientos concurrentes y superpuestos en diversos foros, y minimizar no sólo el riesgo del doble recupero sino también el riesgo de 'resultados contrapuestos (y en consecuencia, una incertidumbre jurídica)')").

riesgo de procedimientos concurrentes, doble recupero o conclusiones de hecho o de derecho inconsistentes.

87. El Tribunal no puede aceptar el argumento de Renco. La carga y el riesgo de multiplicidad de procedimientos surgen independientemente de que los procedimientos sean incoados en paralelo o de forma secuencial. El hecho de que un conjunto de procedimientos concluya y otro comience a continuación puede ser justamente tan perjudicial para el Estado demandado como dos conjuntos de procedimientos que tramiten de forma paralela.
88. Asimismo, el argumento de Renco ignora la posibilidad de que sólo algunas de sus pretensiones puedan ser desestimadas por causales jurisdiccionales o de admisibilidad. En el supuesto de que Renco luego decida litigar las pretensiones desestimadas ante un tribunal o corte local, al tiempo que procure tramitar de forma simultánea las restantes pretensiones ante este Tribunal, Perú se vería obligada a litigar procedimientos concurrentes ante una corte local y ante este Tribunal. En este escenario, el Estado demandado enfrentaría una multiplicidad de procedimientos. De igual modo, existe el riesgo de que Renco pueda obtener un doble recupero por el mismo daño y/o que el tribunal o corte local pueda arribar a conclusiones de hecho o derecho contradictorias. En opinión del Tribunal, el Artículo 10.18(2)(b) fue concebido para evitar la ocurrencia de estos riesgos.

(3) Estructura "Sin Vuelta Atrás" del Artículo 10.18(2)(b)

89. Perú postula que la reserva de derechos de Renco es también incompatible, con la estructura "sin vuelta atrás" del Artículo 10.18(2)(b). Los Estados Unidos, en su Segunda Presentación en calidad de Parte no contendiente, concuerda con Perú en que el Artículo 10.18(2)(b) constituye una disposición de renuncia "sin vuelta atrás". Como tal, y como se argumenta, el Artículo 10.18(2)(b) está diseñado para fomentar a los inversionistas a que investiguen posibles recursos disponibles en la legislación municipal del estado receptor con anterioridad a internacionalizar sus respectivas controversias al presentar la notificación de arbitraje con apego al Tratado. Sin embargo, una vez que el inversionista ha elegido invocar la transacción de las disposiciones controvertidas del Tratado, el requisito de la renuncia impide que el

inversionista recurra ulteriormente a las cortes locales, independientemente del resultado del arbitraje.

90. Renco no concuerda con la interpretación de Perú y de los Estados Unidos. Renco argumenta que el inversionista no puede realizar una "vuelta atrás" una vez que recibe la determinación sobre el fondo por parte del tribunal de arbitraje pero, hasta que se arriba a dicha instancia, el inversionista puede procurar la interposición de reclamaciones que fueran desestimadas por causales jurisdiccionales o de admisibilidad ante las cortes locales. Asimismo, Renco señala que el objeto y el propósito del Artículo 10.18(2)(b) no puede radicar en el hecho de fomentar a los inversionistas a que investiguen posibles recursos en las cortes locales debido a que el Tratado incluye una disposición de "opción de vías" ("*fork in the road*").

91. Renco está en lo cierto al señalar que, conforme al Artículo 10.18(4) del Tratado, el inversionista no puede someter la reclamación de un acuerdo de inversión a arbitraje si la demandante o su empresa "ha sometido previamente la misma violación alegada ante un tribunal administrativo o corte del demandado, o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante". El Artículo 10.18(4)(b) dispone lo siguiente:

Para mayor certeza, si el demandante elige someter una reclamación del tipo descrito en el subpárrafo (a), ante una corte judicial o tribunal administrativo del demandado o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, esa elección será definitiva y el demandante no puede, a partir de ese momento, someter la reclamación a arbitraje conforme a la Sección B.

92. El Anexo 10-G del Tratado también contiene una disposición de "*elección de foro*" ("*fork in the road*") para las obligaciones contempladas en la Sección A (a modo de ejemplo, la prohibición contra la expropiación sin que medie compensación alguna conforme al Artículo 10.7 y la obligación de trato justo y equitativo conforme al Artículo 10.5). El párrafo (1) del Anexo 10-G dispone que "[u]n inversionista de los Estados Unidos no puede someter a arbitraje bajo la Sección B una reclamación de que una Parte ha violado una obligación de la Sección A (...) si el inversionista o la empresa, respectivamente, ha alegado, la violación de una obligación de la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de dicha Parte". El párrafo (2) del Anexo 10-G reza lo siguiente:

Para mayor certeza, si un inversionista de los Estados Unidos elige someter una reclamación del tipo descrito en el párrafo 1 ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte distinta a los Estados Unidos, dicha elección será definitiva y el inversionista no puede a partir de ese momento, someter la reclamación a un arbitraje bajo la Sección B.

93. El Tribunal observa que, de forma contraria a lo dispuesto en el Artículo 10.18(4)(b) y en el párrafo (2) del Anexo 10-G, el Artículo 10.18(2)(b) no dispone de forma expresa que la elección de un inversionista de someter la reclamación a arbitraje "será definitiva" y el que el inversionista "no puede, a partir de ese momento" someter su reclamación a una corte local o tribunal administrativo.
94. Sin embargo, en opinión del Tribunal, la ausencia de dicha redacción no asiste al argumento esgrimido por Renco. El Artículo 10.18(2) establece los requisitos que deben satisfacerse como parte del sometimiento de una reclamación a arbitraje: en particular, el requisito formal de presentación de una renuncia formulada por escrito. El Artículo 10.18(2) no analiza el efecto de incoar procedimientos ante otro foro y, por lo tanto, simplemente no hay lugar para la frase "será definitiva" receptada en el Artículo 10.18(4) y en el Anexo 10-G.
95. En cualquier caso, el Artículo 10.18(2) dispone, en efecto, que el inversionista "no puede, a partir de ese momento, someter la reclamación" a un tribunal local al insistir, en una renuncia por escrito, respecto de "*cualquier* derecho a iniciar o continuar ante *cualquier* [foro], cualquier actuación respecto de *cualquier* medida que se alegue haber constituido una violación..." (énfasis agregado). En opinión del Tribunal, esta redacción debe ser interpretada en el sentido de exigir que el inversionista renuncie, de forma definitiva e irrevocable, a todos los derechos de procurar la interposición de reclamaciones ante un tribunal o corte local.
96. El Tribunal acepta el argumento de Perú y de Estados Unidos respecto de que el Artículo 10.18(2)(b) constituye una disposición "sin vuelta atrás" cuya intención es proporcionar flexibilidad al permitir recurrir a otros foros hasta una cierta instancia y, seguramente, al prohibir todo otro ulterior recurso. En particular, impide que el inversionista recurra a los tribunales judiciales locales luego de haber sometido las reclamaciones a arbitraje. La reserva de

derechos de Renco es incompatible con esta estructura "sin vuelta atrás" debido a que procura reservar el derecho de Renco de iniciar procedimientos ulteriores en los tribunales judiciales locales y realizar precisamente la "vuelta atrás" que la propia concepción del Artículo 10.18(2)(b) prohíbe.

97. El fundamento de esta interpretación del Artículo 10.18(2)(b) puede inferirse de la decisión del tribunal de arbitraje en *Waste Management II*¹². Un tribunal de arbitraje anterior constituido conforme al TLCAN sostuvo que la renuncia original de la demandante era inválida ya que tenía la intención de excluir ciertos procedimientos de su alcance en virtud del cual la demandante había proseguido el litigio ante los tribunales judiciales locales. Luego, la demandante interpuso un nuevo procedimiento de conformidad con el TLCAN, acompañado por la inequívoca renuncia a los procedimientos locales. El Estado demandado argumentó que el primer procedimiento infructuoso en virtud del TLCAN impidió que la demandante incoara toda otra reclamación futura respecto de las medidas alegadas de que se había violado el TLCAN.

98. El tribunal de arbitraje resolvió que la demandante no estaba impedida de incoar una segunda reclamación ante el segundo tribunal constituido de conformidad con el TLCAN. En ocasión de su decisión, el tribunal pronunció una serie de decisiones importantes, la primera de las cuales aparece en el párrafo 31 de la decisión. El tribunal concluyó lo siguiente:

[A]l parecer la renuncia contemplada en el Artículo 1121 (1) (b) es definitiva en sus efectos, cualesquiera sean los resultados del arbitraje. La renuncia se vincula al derecho de "iniciar o continuar" con los procedimientos incoados a nivel nacional en procura de la reparación de daños u otro tipo de reparación. Una desestimación de la reclamación en el marco del TLCAN sería, al parecer, definitiva no sólo en relación con el TLCAN propiamente dicho, sino también en relación con los procesos sustanciados a nivel nacional en cuanto a la medida alegada por la parte contendiente como violatoria del TLCAN. Tales procedimientos no pueden ser iniciados o continuados (excepto que así lo permita el Artículo 1121) en ningún momento una vez que la reclamación ha sido sometida a arbitraje. (Énfasis agregado).

99. El Artículo 1121 del TLCAN está redactado en términos similares a los del Artículo 10.18(2)(b) del Tratado. El Tribunal se muestra satisfecho dado que el Artículo 10.18(2)(b) debería recibir la misma interpretación. Una vez que se

¹² *Waste Management Inc c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3), Decisión del Tribunal relativa a la Objeción Preliminar de México en virtud de Procedimientos Anteriores, 27 de junio de 2002 ("*Waste Management II*").

concedió la renuncia conforme al Artículo 10.18(2)(b), dicha renuncia es irrevocable. La demandante no puede, a partir de ese momento, "iniciar" ningún procedimiento ulterior en el foro local respecto de la misma medida. La renuncia que dispone el Artículo 10.18(2)(b) tiene la intención de operar como una renuncia "definitiva" de todos los derechos de incoar reclamaciones en el foro local independientemente del resultado del arbitraje (y de si la reclamación fue desestimada por causales jurisdiccionales o de admisibilidad o sobre el fondo del litigio).

100. Renco sostiene que sería contrario al objeto y al propósito de los procedimientos de resolución de controversias contemplados en el Capítulo 10 del Tratado requerirle que renuncie a su derecho de iniciar procedimientos ulteriores ante las cortes locales en caso de que su reclamación fuera desestimada por causales jurisdiccionales o de admisibilidad. En virtud de la presentación de Renco, el propósito del Capítulo 10 del Tratado radica en crear "procedimientos eficaces" para la resolución de controversias. Este propósito se vería frustrado si Renco no pudiera resolver su controversia en ningún foro. En este sentido, Renco se funda en el párrafo 35 de la decisión en *Waste Management II* en la cual el tribunal sostuvo lo siguiente:

Un inversionista en la posición de la demandante, que había finalmente renunciado a cualquier posibilidad de un recurso interno en relación con la medida en cuestión, pero encontró que no existía competencia para considerar su reclamación tampoco a nivel internacional, podría ser perdonado por dudar de la efectividad de los procedimientos internacionales. La demandante no pudo hacer oír el fondo de su reclamación del TLCAN ante ningún tribunal, ya sea nacional o internacional; y si la demandada tiene razón, esa situación ahora resulta irrevocable. Tal situación deberá evitarse en la medida de lo posible.

101. Las conclusiones del tribunal en *Waste Management II* deben ubicarse en contexto. El tribunal respondía a un argumento respecto del cual la demandante sólo había tenido una oportunidad de incoar su reclamación ante el primer tribunal constituido en virtud del TLCAN. En otras palabras, el Estado demandado sostuvo que debido a que la renuncia original de la demandante era inválida, dicha parte no podía comenzar un segundo arbitraje incluso si hubiera estado acompañado de una renuncia válida.
102. El tribunal sostuvo que el argumento del Estado demandado era contrario al propósito del proceso de resolución de controversias conforme al TLCAN que

fuera diseñado en aras de crear procedimientos efectivos para la resolución de controversias. Si el argumento del Estado demandado hubiera prevalecido, la demandante no habría dispuesto de foro alguno en el cual procurar la resolución de su controversia ya que había renunciado a su derecho de entablar una reclamación a nivel local.

103. Renco arguye que debería tener el derecho de litigar sus reclamaciones en un foro local si dichas reclamaciones fueran desestimadas por este Tribunal por causales jurisdiccionales o de admisibilidad. En *Waste Management II*, la demandante tenía la intención de litigar ante dos tribunales independientes constituidos en virtud del TLCAN. La demandante no procuraba recurrir al foro local con posterioridad a que el primer tribunal constituido en virtud del TLCAN desestimara la reclamación por falta de jurisdicción. En consecuencia, la decisión en *Waste Management II* no puede ser invocada en respaldo de la posición de Renco en cuanto a que no es necesario renunciar a los derechos de procurar una reclamación en un foro local.

104. El siguiente argumento de Renco radica en que si sus reclamaciones son desestimadas por ausencia de jurisdicción o por cuestiones de admisibilidad, dicha desestimación no afecta los derechos subyacentes de Renco. En tal caso, no hubo determinación de las reclamaciones de Renco "sobre el fondo" y, por consiguiente, el principio de cosa juzgada no resulta de aplicación. Renco se ampara en el párrafo 36 de la decisión en *Waste Management II* en la cual el tribunal sostuvo lo siguiente:

Tampoco una reclamación que fracasa por falta de competencia perjudica derechos subyacentes: si la deficiencia de competencia puede corregirse, no existe, en principio, objeción alguna a que el Estado contendiente reinicie su acción. Esto se aplica igualmente a reclamaciones que fracasan sobre fundamentos (remediables) de inadmisibilidad, por ejemplo por no haber agotado los recursos internos.

105. Asimismo, Renco argumenta que la desestimación fundada en la ausencia de jurisdicción o por cuestiones de admisibilidad no impide la interposición de una reclamación posterior ante un tribunal que goce de competencia. Como fundamento de esta presentación, Renco cita el párrafo 43 de *Waste Management II* en la cual el tribunal sostuvo lo siguiente:

Así, no cabe duda de que, en general, la desestimación de una reclamación por parte de un tribunal internacional con fundamento en una falta de competencia no

constituye una decisión sobre el fondo y no impide una posterior reclamación ante un tribunal competente. Lo mismo cabe para las decisiones relativas a cuestiones de inadmisibilidad (...) El punto es simplemente que una decisión que no trata la cuestión de fondo de la reclamación, aun cuando abordase cuestiones de sustancia, no constituye *res judicata* en relación con dicho fondo.

106. En opinión del Tribunal, el argumento de Renco no analiza la cuestión subyacente respecto de si el Artículo 10.18(2)(b) *requiere* que el inversionista renuncie a sus derechos de procurar la interposición de una reclamación ulterior en el foro local en caso de que se desestime la reclamación por causales jurisdiccionales o de admisibilidad. La determinación de si el principio de *res judicata* puede o no puede impedir la interposición de una reclamación ulterior constituye una cuestión totalmente independiente.
107. El Tribunal ya ha concluido que el Artículo 10.18(2)(b) es una disposición "sin vuelta atrás", hecho que resulta en que el inversionista no pueda iniciar, subsiguientemente, procedimientos en el foro local en caso de que se desestime la reclamación, ya sea por causales jurisdiccionales o de admisibilidad, o por cuestiones del fondo del litigio. En consecuencia, el hecho de que el principio de *res judicata* no podría impedir la interposición de una reclamación ulterior excede la cuestión que nos ocupa.

(4) *Reserva de derechos con características "superfluas"*

108. Renco ha postulado que su reserva de derechos no debería tener efecto alguno en la validez de su renuncia ya que el lenguaje es "superfluo". En virtud de la presentación de Renco, la reserva de derechos es básicamente una disposición "de seguridad" como las que se incluyen con frecuencia en los documentos jurídicos.
109. En respuesta a este argumento en ocasión de la audiencia oral, el representante legal de Perú hizo referencia a una diversidad de escenarios hipotéticos respecto de los cuales una reclamación podría ser desestimada por causales jurisdiccionales o de admisibilidad pero en los cuales una renuncia (sin la reserva de derechos) podría impedir aun la interposición de una reclamación ulterior ante un tribunal o corte local. Cada uno de estos escenarios se analiza por separado *infra*. A saber:

110. *Escenario 1: En el cual la reclamación se desestima por causales jurisdiccionales o de admisibilidad fundados en razones de ilegalidad.* Perú hace referencia a esta cuestión por medio del ejemplo de *Metal-Tech c. Uzbekistán* en el cual el tribunal sostuvo que carecía de jurisdicción debido a que la inversión de la demandante estaba teñida de ilegalidad¹³. Si la reserva de derechos de Renco fuera confirmada en un escenario hipotético de este tipo, Perú alega que no podría invocar una renuncia que contemplara la reserva de derechos de Renco respecto de la prohibición de toda reclamación ulterior incoada en el sistema jurídico local ya que la reclamación sólo fue desestimada por causales jurisdiccionales. Esto podría ser extremadamente significativo y también extremadamente engorroso para Perú ya que el resultado práctico podría contemplar una nueva audiencia de todas las cuestiones que fueron tramitadas y determinadas previamente en el arbitraje. Perú sostiene que debería tener el derecho de ampararse en una renuncia lisa y llana sin reserva de derechos, en lugar de tener que volver a litigar la cuestión de si hubo conducta o argumentos ilegales en cuanto a que el laudo anterior creara *res judicata* en la cuestión que nos ocupa.
111. Significativamente, Renco concede que "en caso de que la demandante dispusiera de un foro local en *Metal-Tech* para incoar aquellas reclamaciones desestimadas en virtud del tratado o de la legislación local respecto de las medidas subyacentes, el requisito de renuncia conforme al APC Perú – EE.UU. *per se* no impediría dichas reclamaciones"¹⁴ [Traducción del Tribunal]. En opinión del Tribunal, la concesión de Renco demuestra que su reserva de derechos no es, en realidad, superflua. El Tribunal recalca que no se esgrimió alegación o sugerencia alguna en contra de Renco en el presente arbitraje en cuanto a hechos de corrupción, fraude o ilegalidad. Sin embargo, el escenario hipotético al que Perú hace referencia demuestra con gran claridad que el Estado demandado puede verse perjudicado por una reserva de derechos del tipo que Renco incluyera en su renuncia ya que el Estado demandado puede quedar privado de una eventual excepción en materia de renuncia en cualquier procedimiento local subsiguiente.

¹³ *Metal-Tech Ltd c. Uzbekistán*, Caso CIADI N.º ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013 ¶¶ 372, 423.

¹⁴ Carta de Renco dirigida al Tribunal de fecha 23 de septiembre de 2015 en 2.

112. Renco continua argumentando que si "el cohecho o toda otra determinación de actos ilícitos [por parte del tribunal interviniente en un caso de inversión] no constituyen un impedimento para incoar dichos reclamos en el foro local, o si otro reclamo en virtud de las mismas medidas o de medidas relacionadas estuviera disponible para la demandante (por ejemplo, enriquecimiento ilícito respecto de los beneficios que un Estado obtendría conforme a un contrato que es subsecuentemente anulado), dicho foro local podría proceder a decidir sobre el fondo de los reclamos que fueran desestimados en el arbitraje de inversión"¹⁵. [Traducción del Tribunal]
113. En opinión del Tribunal, la presentación de Renco ilustra, una vez más, el motivo por el cual la reserva de derechos de Renco no es superfluo. En caso de que el inversionista presentara una reclamación ulterior en los tribunales locales fundado en los principios del enriquecimiento ilícito, el Estado demandado no podría fundarse en los principios de *res judicata* para impedir la interposición de dicho reclamo subsiguiente¹⁶. El Estado demandado puede, asimismo, verse privado de una defensa potencial en materia de renuncia en el marco de un procedimiento local posterior debido a que la reserva de derechos excluye reclamos que fueran desestimados por falta de jurisdicción o por motivos de admisibilidad.
114. *Escenario 2: En el cual la reclamación es desestimada por causales jurisdiccionales o de admisibilidad pero el tribunal, habiendo conocido todo el caso, sostiene que la reclamación habría sido infructuosa sobre el fondo.* Perú hace referencia a esta cuestión por medio del ejemplo de *Loewen c. Estados Unidos de América* en el cual un procedimiento de quiebra y reorganización derivó en el cambio de nacionalidad del inversionista hecho que impidió la jurisdicción del tribunal. Este hecho no fue conocido sino hasta la finalización de una audiencia completa y exhaustiva sobre el fondo. No obstante, al haber celebrado una audiencia completa y en vista de lo avanzado de las deliberaciones, el tribunal indicó (por medio de un *obiter dictum*) que la

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ A modo de ejemplo, puede haber ausencia de identidad entre las partes, de hechos que justifiquen la interposición de la acción, y/o de objeto en la reclamación local posterior y en la reclamación previa ante el tribunal en materia de inversión. En este escenario, sería potencialmente probable que la renuncia completa sin la reserva de derechos impidiera, aun así, la interposición de la reclamación local reformulada.

reclamación habría fracasado por cuestiones de fondo¹⁷. Existen muchos otros ejemplos similares, incluido de *Methanex c. EE.UU.*¹⁸. En cada caso, los reclamos fueron desestimados *por causales jurisdiccionales o de admisibilidad*, pero luego de haber celebrado una audiencia completa y todas las deliberaciones, el tribunal estaba en condiciones de determinar los motivos por los cuales los reclamos, en cualquier caso, habrían fracasado por cuestiones de fondo. Y, en cada caso, si la reserva de derechos de Renco fuera confirmada, Perú argumenta que el Estado demandado no podría fundarse en la renuncia a fin de impedir una acción posterior en virtud de las mismas reclamaciones, debido a que la reclamación solamente fue desestimada *por causales jurisdiccionales o de admisibilidad*. Perú sostiene que el Estado demandado debería tener derecho, en tal situación, a invocar la renuncia como una defensa respecto de una reclamación posterior, y evitar así una nueva tramitación completa del caso en su totalidad.

115. *Escenario 3: En el cual se decide que la reclamación por expropiación resulta inadmisibile debido a que es evidentemente refutable.* Perú hace referencia a esta cuestión por medio del ejemplo de *Occidental c. Ecuador* en el cual el tribunal determinó que era tan evidente que no había expropiación que decidió desestimar la reclamación fundada en su inadmisibilidad¹⁹. Asimismo, el

¹⁷ *The Loewen Group Inc y Raymond L Loewen c. Estados Unidos de América* Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003 ¶ 2 ("Como nuestra consideración sobre el fondo del caso estaba bien avanzada cuando la Demandada presentó su recurso de desestimación, y como habíamos arribado a la conclusión de que los reclamos de las Demandantes en virtud del TLCAN deberían desestimarse sobre el fondo, incluimos en el presente Laudo nuestras razones para la formulación de esta conclusión. Como se indicará, la conclusión se funda en la imposibilidad de las Demandantes de demostrar que Loewen carecía de una reparación razonablemente disponible y adecuada conforme a la legislación municipal de los Estados Unidos respecto de las cuestiones sobre las cuales argumenta, siendo cuestiones que supuestamente incumplen el TLCAN"). [Traducción del Tribunal]

¹⁸ *Methanex Corp c. EE.UU.*, Laudo Final sobre Jurisdicción y Fondo, 3 de agosto de 2005, Parte IV – Cap.F ¶¶5-6 ("En virtud de la decisión del Tribunal indicada *supra* respecto de los respectivos casos de las Partes Contendientes conforme al Artículo 1101 del TLCAN, se deduce que el Tribunal no tiene jurisdicción para resolver el fondo de las reclamaciones de Methanex (...) En virtud de las decisiones del tribunal indicadas *supra* respecto de los respectivos casos de las Partes Contendientes conforme al Artículo 1102, 1105 y 1110 del TLCAN, se deduce que las reclamaciones de Methanex son infructuosas sobre el fondo. En consecuencia, suponiendo que el Tribunal tenga jurisdicción para determinar las reclamaciones presentadas por Methanex en su Segunda Exposición de Demanda Modificada, el Tribunal decide, de conformidad con el Artículo 21(4) del Reglamento de la CNUDMI y los Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN, desestimar sobre el fondo todas las reclamaciones que fueran presentadas por Methanex"). [Traducción del Tribunal]

¹⁹ *Occidental Exploration & Production Co c. La República del Ecuador* (Caso LCIA N.º UN3467), Laudo Definitivo de fecha 1 de julio de 2004, ¶¶ 80, 89, 92 ("La reclamación por expropiación debería ser generalmente considerada en el contexto del fondo del caso. Sin embargo, resulta tan evidente que no hay expropiación en este caso que el Tribunal analizará esta reclamación como una cuestión de admisibilidad (...) El Tribunal sostiene en este caso que la Demandada no adoptó medidas que pudieran ser consideradas como que representan una expropiación directa o indirecta. De hecho, no hubo privación

tribunal decidió que existió una violación al trato justo y equitativo y a los estándares nacionales de trato. Perú solicitó al Tribunal suponer la desestimación de ambas reclamaciones. En este escenario hipotético, la demandante no podría volver a litigar las violaciones al trato justo y equitativo o a los estándares nacionales de trato debido a que fueron desestimadas por cuestiones de fondo. Sin embargo, Perú alega que, en caso de que se permitiera la inclusión de la reserva de derechos de Renco en su renuncia, la reclamación por expropiación - aún más carente de méritos - que no incoara sobre el fondo (debido a que resultaba evidentemente irrefutable) podría ser potencialmente litigada una vez más ya que la renuncia no aplicaría a las reclamaciones que fueran desestimadas en virtud de su inadmisibilidad.

116. *Escenario 4: En el cual el tribunal sostiene que carece de jurisdicción respecto de la reclamación relativa a la violación del Acuerdo de Inversión.* Perú observa que en el presente arbitraje Renco argumentó que varias de las objeciones planteadas por Perú respecto de las reclamaciones de Renco en virtud del acuerdo de inversión conforme al Artículo 10.20(4) constituyen objeciones jurisdiccionales, específicamente las objeciones planteadas por Perú respecto de que:

- (a) Perú no ha incumplido el Contrato de Transferencia de Acciones porque Perú no es parte de dicho Contrato;
- (b) Perú no ha incumplido el Contrato de Garantía porque es nulo conforme a la legislación de Perú; y
- (c) Renco no ha sometido cuestiones de hecho a un perito técnico.

117. En caso de que la reserva de derechos de Renco fuera confirmada, Perú sostiene que no podría fundarse en la renuncia de Renco a fin de impedir cualquier reclamación posterior en virtud del Contrato de Transferencia de Acciones o del Contrato de Garantía debido a que las reclamaciones podrían haber sido desestimadas por causales jurisdiccionales. Perú sostiene que no debería ser obligada a presentar los mismos argumentos por no ser parte del

del uso o del beneficio económico razonablemente esperado de la inversión, y menos medidas que afectarían una parte significativa de la inversión (...) En consecuencia, el Tribunal resuelve que la reclamación relativa a la expropiación resulta inadmisibles. [Traducción del Tribunal]

Contrato de Transferencia de Acciones, o en virtud del Contrato de Garantía que resulta nulo conforme a la legislación de Perú, o respecto de que Renco no haya sometido las cuestiones de hecho a un perito técnico. Perú argumenta que debería tener derecho de invocar una renuncia para impedir dichas reclamaciones, y de llevar a cabo una nueva audiencia ante cualquier otro foro.

118. Renco y Perú concuerdan en que el Tribunal debería abstenerse de pronunciarse respecto de si la renuncia de Renco realmente le impediría iniciar una reclamación en una corte o tribunal local ulterior²⁰. El Tribunal acepta que esta cuestión debe ser determinada por una corte o tribunal ulterior. A los efectos presentes, el Tribunal simplemente observa que los escenarios hipotéticos planteados *supra* demuestran que la reserva de derechos de Renco no es "superflua", como Renco argumenta. En caso de que se confirmara la validez y la aceptabilidad de la reserva de derechos de Renco conforme al Artículo 10.18(2)(b), Perú sería privada de una defensa potencial en materia de renuncia en cada uno de los escenarios anteriores.

(5) *Conclusión*

119. Por los motivos expresados *supra*, el Tribunal concluye que Renco no ha dado cumplimiento al requisito formal del Artículo 10.18(2)(b) al incluir la reserva de derechos en la renuncia que acompaña a su Notificación de Arbitraje Modificada ya que:
- (a) La reserva de derechos no está permitida por los términos explícitos del Artículo 10.18(2)(b);
 - (b) La reserva de derechos menoscaba el objeto y el propósito del Artículo 10.18(2)(b);

²⁰ Carta de Renco dirigida al Tribunal de fecha 23 de septiembre de 2015 en 8; Transcripción de la Audiencia en pág. 45 (Representante legal de Perú, Sra. Menaker): "Pero esa cuestión con respecto a si su renuncia precluye un reclamo futuro debe resolverse por ese Tribunal futuro que entienda en ese reclamo. No es una cuestión que deba negociarse con Perú ahora y ciertamente no es una cuestión que deba decidir este Tribunal", que cita a *Canfor Corp c. Estados Unidos de América, Terminal Forest Products Ltd c. Estados Unidos de América y Tembec y otros c. Estados Unidos de América*, Orden de Conclusión del Procedimiento de Arbitraje, 10 de enero de 2006 ¶ 1.3.

- (c) La reserva de derechos es incompatible con la estructura “sin vuelta atrás” del Artículo 10.18(2)(b); y
- (d) La reserva de derechos no es superflua.

E. La Consecuencia del Incumplimiento del Artículo 10.18(2)(b) por parte de Renco

(1) Descripción General

- 120. Habiendo decidido que la renuncia de Renco incumplió los requisitos de formalidad del Artículo 10.18(2)(b) del Tratado, el Tribunal procederá a abocarse a las consecuencias que se deberían desprender de esta determinación.
- 121. Por su parte, Perú argumenta que como consecuencia del incumplimiento del Artículo 10.18(2)(b) por parte de Renco, el Tribunal debe desestimar las reclamaciones de Renco por falta de jurisdicción. Renco argumenta lo contrario y sostiene que la objeción relativa a la renuncia planteada por Perú debería ser desestimada.
- 122. Para comenzar, el Tribunal desea hacer notar las siguientes observaciones que fundamentan el enfoque del Tribunal respecto de la última disposición de la cuestión que se plantea.
- 123. Al Tribunal le ha inquietado la forma en la cual la objeción a la renuncia planteada por Perú ha surgido en el contexto del presente arbitraje. Perú presentó su Memorial sobre la Renuncia en el mes de julio de 2015 una vez transcurrido un tiempo considerable desde el inicio del arbitraje. A esta altura de los acontecimientos, habían transcurrido más de cuatro años desde que Renco presentara su Notificación de Arbitraje; el Tribunal ya había emitido la Resolución Procesal N.º 1 la cual registraba el cronograma de presentaciones de escritos acordado a los efectos del arbitraje; Renco había presentado su Memorial sobre Responsabilidad; las Partes habían intercambiado presentaciones extensas relativas a la impugnación planteada por Renco al alcance de las Objeciones Preliminares de Perú; y el Tribunal había emitido la decisión sustantiva el día 18 de diciembre de 2014 relativa al Alcance de

las Objeciones Preliminares planteadas por Perú conforme al Artículo 10.20(4). Evidentemente, habría sido preferible, a efectos de todos los asuntos, que Perú hubiera alegado su objeción a la renuncia de forma clara y coherente y al inicio de este procedimiento. Por el contrario, surgieron de forma gradual en el transcurso de un período de tiempo relativamente extenso. Esta cuestión se analiza con mayor grado de detalle en los párrafos 180 - 183 *infra*.

124. En este contexto, el Tribunal determinó que la cuestión relativa al incumplimiento del Artículo 10.18(2)(b) por parte de Renco era extremadamente difícil de resolver, y requería deliberaciones exhaustivas e intensivas por parte del Tribunal a lo largo de varios meses. Esto no se debe solamente a que las cuestiones planteadas por las Partes son inherentemente complejas, sino también a las consecuencias serias que Renco debería afrontar si la petición de desestimación de Perú fuera aceptada por el Tribunal.
125. A pesar de los recelos del Tribunal respecto de la forma en la cual Perú presentó su objeción a la renuncia, el Tribunal concluyó que está obligado, en virtud de su mandato, a arribar a una decisión fundada en principios respecto de las consecuencias del incumplimiento del Artículo 10.18(2)(b) por parte de Renco.
126. Durante el proceso de deliberaciones en el presente caso, el Tribunal ha prestado especial consideración a una gama de argumentos que podrían sopesar en contra de la desestimación de las reclamaciones de Renco en este procedimiento. Ellos incluyen los siguientes:
 - (a) Si se le debería permitir a Renco que subsanara su renuncia viciada al retirar la reserva de derechos;
 - (b) Si el Tribunal puede separar la reserva de derechos con el propósito de decidir que la renuncia de Renco cumple con el Artículo 10.18(2)(b); y
 - (c) Si los argumentos y la conducta de Perú en virtud de su objeción a la renuncia constituye un abuso de derecho.

Cada uno de estos argumentos se analiza por separado *infra*.

(2) *Subsanación*

127. Renco argumenta que su renuncia sólo presenta un vicio en cuanto a la "forma" y que debería tener el derecho de subsanar dicho vicio al retirar la reserva de derechos o al presentar una nueva renuncia sin la referida reserva de derechos. Renco observa que este curso de acción no causaría perjuicio alguno a Perú ya que Renco no había cometido ningún incumplimiento sustancial del requisito de renuncia contemplado en el Artículo 10.18(2)(b).
128. Renco alega que los tribunales constituidos en casos de inversión han autorizado a las partes a subsanar los vicios "formales" (en contraposición a los "sustanciales") en sus respectivas renunciaciones formuladas por escrito. Renco hace referencia a *Ethyl Corporation c. el Gobierno de Canadá*, en el cual la renuncia de las demandantes fue presentada de forma conjunta con la exposición de la demanda en lugar de con la notificación de arbitraje. El tribunal sostuvo que Canadá no sufrió perjuicio alguno como consecuencia de la tardía presentación de la renuncia. La demora "no fue de significancia para la jurisdicción en el presente caso"²¹. [Traducción del Tribunal]
129. Renco se ampara, asimismo, en *International Thunderbird Gaming Corp c. Estados Unidos Mexicanos*, en el cual los hechos eran los mismos que en *Ethyl*. El Tribunal sostuvo que la demora en la presentación de la renuncia del inversionista constituyó sólo un vicio formal que no privó al Tribunal de la jurisdicción²²:

Thunderbird no presentó las renunciaciones pertinentes con la Notificación de Arbitraje, pero subsanó esa omisión adjuntándolas al [Escrito Particularizado de Demanda]. El Tribunal no desea pasar por alto la presentación posterior de esas renunciaciones, ya que de no hacerlo, estaría, a juicio del Tribunal, dando una lectura excesivamente formalista al Artículo 1121 del TLCAN. De hecho, el Tribunal considera que el requisito de incluir renunciaciones en la documentación presentada con la demanda es mera formalidad, y que la omisión de cumplir esos requisitos no puede bastar para declarar nula la presentación de una demanda si la supuesta omisión se corrige en una etapa posterior del procedimiento. El Tribunal comparte la opinión de otros tribunales del TLCAN de que las disposiciones del Capítulo XI no pueden interpretarse en forma excesivamente técnica.

²¹ *Ethyl Corporation c. Gobierno de Canadá*. Arbitraje TLCAN con arreglo al Reglamento de la CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998 ¶¶ 89, 91.

²² *International Thunderbird Gaming Corp c. Estados Unidos Mexicanos* Ad-hoc CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006 ¶ 116-118.

Al interpretar el Artículo 1121 del TLCAN es preciso tener en cuenta el fundamento y la finalidad de ese artículo. Los requisitos sobre consentimiento y renuncia en él estipulados cumplen una finalidad específica, consistente en impedir que una parte promueva recursos internos e internacionales concurrentes que den lugar a resultados encontrados (y, por lo tanto, a incertidumbre jurídica) o a una doble reparación por idéntica conducta o medida. En el presente procedimiento, el Tribunal hace notar que las Compañías de EDM no iniciaron ni continuaron ningún recurso en México mientras participaban en este procedimiento arbitral. Por lo cual, considera que Thunderbird ha cumplido efectivamente los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN.

130. Renco observa que estas decisiones son consistentes con diversos pronunciamientos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia, las cuales permiten, generalmente, que vicios "formales" en materia de jurisdicción sean subsanados en el transcurso del procedimiento. Renco argumenta que una desestimación contundente de las reclamaciones de Renco requerirían que el Tribunal interprete el requisito de renuncia contemplado en el Artículo 10.18(2)(b) de forma excesivamente técnica. Según argumenta Renco, esto sería fundamentalmente injusto y no promovería el objeto y el propósito del requisito de renuncia en sí mismo.
131. Renco argumenta que si tuviera que presentar una nueva demanda para proceder con el arbitraje (acompañada de una nueva renuncia sin la reserva de derechos), Perú puede argumentar que las reclamaciones de Renco podrían verse impedidas por el período de prescripción de tres años receptado en el Artículo 10.18(1) del Tratado. Sin embargo, si el Tribunal le permitiera a Renco subsanar el vicio al retirar la reserva de derechos, el Tribunal debería considerar que Renco cumplió con el requisito de renuncia en virtud del Artículo 10.18(2) desde el inicio del presente arbitraje.
132. En respuesta a ello, Perú sostiene que el Tribunal no está facultado para concederle a Renco la oportunidad de subsanar su renuncia. Como fundamento de esta alegación, Perú se basa en *Railroad Development Corp c. República de Guatemala*. En este caso, el tribunal determinó que la demandante no cumplió con el requisito sustancial de la obligatoriedad de la renuncia debido a que continuó con el litigio de procedimientos superpuestos en el ámbito local con posterioridad al inicio del arbitraje. El tribunal se negó a permitirle a la demandante subsanar este vicio por medio de la

desestimación de los procedimientos locales. El Tribunal concluyó lo siguiente²³:

Siendo esta una cuestión que atañe al consentimiento de la Demandada en el presente arbitraje, el Tribunal no tiene jurisdicción sin el acuerdo de las partes de conceder a la Demandante una oportunidad de reparar su renuncia viciada. Le corresponde a la Demandada y no al Tribunal renunciar a la deficiencia conforme al Artículo 10.18 o permitir la subsanación de la renuncia viciada, tal como hizo Estados Unidos en *Methanex*. [Traducción del Tribunal]

133. Perú invoca, asimismo, la siguiente presentación del gobierno de los Estados Unidos en virtud del presente arbitraje²⁴:

La discrecionalidad relativa al permiso de la demandante de proceder con la renuncia inválida o subsanar dicha renuncia depende de la demandada como una función de la discreción general de la demandada respecto del consentimiento al arbitraje²⁵. Así, mientras el tribunal puede determinar si una renuncia cumple con los requisitos del Artículo 10.18, el tribunal por sí mismo no puede subsanar una renuncia inválida. En consecuencia, se puede presentar la demanda y el arbitraje puede comenzar debidamente sólo si la demandante presenta una renuncia efectiva. La fecha en la que debe presentarse una renuncia efectiva se corresponde con la fecha en la cual comienza el arbitraje a los efectos del Artículo 10.18.1. [Traducción del Tribunal]

134. Perú concuerda con las presentaciones del gobierno de los Estados Unidos que se citan *supra*. En consecuencia, Perú argumenta que hay un "acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones" a los efectos del Artículo 31(3)(a) de la CVDT. Perú sostiene que sólo él mismo podrá renunciar al incumplimiento de Renco con el requisito formal del Artículo 10.18. En este caso, Perú no ha acordado ignorar la violación a la renuncia por parte de Renco.

135. Al evaluar estos argumentos, el Tribunal recuerda su observación previa respecto de que el Artículo 10.18(2)(b) comprende dos elementos distintos, a saber: el requisito *formal* y el requisito *sustancial*. El cumplimiento de *ambos* elementos constituye una precondition para que Perú preste su consentimiento al arbitraje y para la existencia de un acuerdo de arbitraje válido. Renco no cumplió con el requisito formal en virtud del Artículo 10.18(2)(b) al incluir la reserva de derechos en su renuncia. El hecho de que

²³ *Railroad Development Corp c. República de Guatemala* CAFTA-DR / Caso CIADI N.º ARB/07/23, Decisión sobre Excepción a la Jurisdicción Artículo CAFTA 10.20.5, 17 de noviembre de 2008 ¶ 61.

²⁴ Segunda Presentación de los Estados Unidos ¶ 16.

²⁵ Como fundamento de esta alegación, Estados Unidos cita a *Railroad Development Corp c. República de Guatemala*.

haya cumplido con el requisito *sustancial* (diferente) excede la cuestión que nos ocupa.

136. De igual modo, dada la clara y específica naturaleza de las condiciones previas al consentimiento establecidas en el Artículo 10.18(2), la invalidez *formal* es tan relevante como la invalidez *sustancial*. Ciertamente, no existen fundamentos claros para restarle importancia al cumplimiento *formal*, o para descartarlo como condición previa para el consentimiento.
137. De hecho, tal como fuera mencionado por Perú en el curso de sus presentaciones²⁶, en todo caso, la redacción del Art. 10.18(2) otorga mayor relevancia al cumplimiento *formal*, que al cumplimiento de los requisitos *sustanciales*:

En cualquier caso, la existencia de una violación sustancial del requisito de la renuncia es independiente de la violación formal por parte de Renco, y cualquiera de ellas resulta por sí letal para los reclamos de Renco. Contrariamente a lo indicado por Renco, el requisito formal es tan importante como su contraparte sustancial, sino lo es más. De hecho, es el requisito formal el que consta expresado en el texto mismo del Tratado: mientras que el Tratado dispone expresamente de qué forma ha de presentarse la renuncia y contempla específicamente la única reserva que la demandante tiene permitido formular, dicho instrumento no señala expresamente que el consentimiento del Estado esté condicionado al cumplimiento de los términos de la renuncia por parte de la demandante. Más bien, se trata de una condición que es posible discernir a partir de una lectura del texto del requisito de la renuncia en su contexto y a la luz del objeto y fin del Tratado y, así lo han interpretado consistentemente los tribunales, tal como queda reflejado en la jurisprudencia. En consecuencia, no hay fundamentos para interpretar el llamado requisito “formal” de la renuncia de manera menos estricta que el requisito “sustancial”; si la violación de este último exige la desestimación, como lo han entendido los tribunales de manera uniforme, entonces la violación del primero también, como lo dispone expresamente el Tratado y lo han confirmado sus dos partes.

138. La conclusión inevitable, por ende, es que nunca existió ningún acuerdo de arbitraje. En opinión del Tribunal, dado la inequívoca redacción del Art. 10.18(2), este no es un vicio trivial que pueda ser fácilmente descartado: la renuncia viciada afecta la esencia de la jurisdicción del Tribunal.
139. Los casos *Ethyl y Thunderbird* versaban sobre la interpretación adecuada del Artículo 1121 del TLCAN. La cuestión en cada caso era determinar si el requisito de que las renunciaciones “se incluirán en el sometimiento de la

²⁶ Presentación de Perú del día 30 de septiembre de 2015.

reclamación a arbitraje” significaba que la renuncia debía presentarse con la notificación de arbitraje o con el escrito de demanda. En *Ethyl*, el tribunal concluyó que el cumplimiento del inversionista con el Artículo 1121 era un prerrequisito a la admisibilidad de sus reclamaciones y no una condición previa a la jurisdicción. El tribunal sostuvo lo siguiente²⁷:

La afirmación de Canadá de que [la presentación de una renuncia con la Notificación de Arbitraje es] una condición previa a la jurisdicción, a diferencia de un prerrequisito para la admisibilidad, no se corroborada con el texto del Artículo 1121, el cual debe regir. El Artículo 1121(3), en lugar de establecer que “se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje”, un concepto ampliamente inclusivo en sí mismo, podría disponer que “se incluirán con la Notificación de Arbitraje” en el caso de que realmente se pretendiera el efecto radicalmente excluyente aducido por Canadá. Por consiguiente, el Tribunal concluye que no carece de jurisdicción en este caso debido a que la Demandante otorgó el consentimiento y las renunciaciones necesarias en virtud del Artículo 1121 junto con su Escrito de Demanda, en lugar de haberlo hecho con su Notificación de Arbitraje. [Traducción del Tribunal]

140. En el presente caso, el Artículo 10.18(2) del Tratado establece que “[n]inguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que ... la notificación de arbitraje esté acompañada ... de la renuncia por escrito del demandante”. Por consiguiente, pareciera que la redacción del Artículo 10.18(2) es mucho más explícita que la del Artículo 1121 del TLCAN.
141. De hecho, Perú destaca que, desde la publicación del TBI Modelo de los Estados Unidos de 2004, los Estados Unidos han modificado el texto relativo a la renuncia en sus tratados, incluido el Artículo 10.18(2) del Tratado y en el DR-CAFTA, de modo tal que establezca expresamente que la renuncia debe acompañar “la notificación de arbitraje”. Asimismo, el título de la disposición sobre renuncia también fue modificado al incluir en el título del Artículo 10.18 del Tratado (como así también en las disposiciones equivalentes del DR-CAFTA y del TBI Modelo de EE.UU.) el término “el consentimiento”.
142. Consecuentemente, el Tribunal está obligado a concluir que la presentación de una renuncia que cumple con los requisitos formales (y la obligación sustancial de abstenerse de iniciar o continuar procedimientos ante un tribunal nacional) es una condición previa al “consentimiento” del Estado a un arbitraje y a la jurisdicción del Tribunal. Por consiguiente, el Tribunal concluye que las

²⁷ *Ethyl Corporation c. Gobierno de Canadá*. Arbitraje del TLCAN con arreglo al Reglamento de la CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998 ¶ 91.

decisiones de los casos *Ethyl y Thunderbird* no pueden asistir a Renco en el presente caso dadas las diferencias entre la redacción del Artículo 10.18 del Tratado y la del Artículo 1121 del TLCAN.

143. En este caso, puede resultar adecuado realizar un comentario adicional en relación con la preocupación expresada en *Thunderbird* respecto a que deberían evitarse los enfoques “excesivamente formalistas” o “excesivamente técnicos”. [Traducción del Tribunal]. Obviamente, esto no es de ningún tipo de asistencia al presente caso, debido a (a) la naturaleza no superflua de la reserva de Renco, y (b) los requisitos específicos establecidos en el Artículo 10.18(2) del Tratado. Además, no puede interpretarse que el tribunal en el caso *Thunderbird* ha determinado una proposición general de que los vicios *formales* de una renuncia no pueden nunca invalidar una presentación al arbitraje, o que pueden siempre subsanarse en una etapa subsiguiente. En tal caso, la decisión pareciera oponerse a la naturaleza altamente técnica e insignificante del vicio en cuestión (la presentación extemporánea de determinadas renunciaciones en nombre de las sociedades de las demandantes “cuya falta pasó inadvertida en presentaciones anteriores”, y fueron incluidas con su Escrito Particularizado de Demanda, mucho antes de que México planteara alguna excepción a la jurisdicción y años antes de la audiencia), lo cual lo tornaba más insignificante al compararlo contra la redacción diferente del TLCAN. A diferencia de la postura adoptada en ese caso, no existe ningún indicio aquí de que la reserva de Renco presente en su renuncia pasara inadvertida y, como fuera explicado *supra*, ciertamente no es insignificante.
144. El Tribunal procederá ahora a analizar las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia citadas por Renco. El Artículo 10.22(1) del Tratado dispone que “el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Acuerdo y con las normas aplicables del Derecho Internacional”. Asimismo, al interpretar el Tratado, el Tribunal debe considerar “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” conforme al Artículo 31(3)(c) de la CVDT. Las normas relevantes del derecho internacional incluyen los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Además, las decisiones de la Corte Internacional y de la Corte

Permanente importan un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho” (véanse Artículos 38(1)(c) y (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

145. Renco se basa en la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina*. En dicho caso, Grecia había iniciado un procedimiento contra el Reino Unido en virtud del Tratado de Lausana con anticipación a la ratificación del Tratado por los Estados parte. Luego, el Tratado fue ratificado brevemente luego del inicio del procedimiento. No obstante, el Reino Unido afirmó que la Corte Permanente carecía de jurisdicción al momento en el que se inició el procedimiento.

146. La Corte rechazó la presentación del Reino Unido y sostuvo lo siguiente²⁸:

Aún al suponer que con anticipación a ese momento la Corte carecía de jurisdicción debido a que la obligación internacional a la que se refiere el Artículo II no había entrado en vigor, habría sido posible para el solicitante volver a presentar su solicitud en los mismos términos luego de la entrada en vigor del Tratado de Lausana, y en tal caso, el argumento en cuestión no podría haber prosperado. Incluso si los fundamentos en los que se basa la iniciación del proceso fueran defectuosos por el motivo establecido, ello no constituiría una casual adecuada para la desestimación de la demanda del solicitante. La Corte, cuya jurisdicción es de carácter internacional, no está obligada a otorgar a las cuestiones de forma la misma relevancia que podrían poseer en el derecho local. Por consiguiente, aún en el caso de que la aplicación fuera prematura dado que el Tratado de Lausana todavía no había sido ratificado, dicha circunstancia ahora estaría cubierta por el depósito subsiguiente de las ratificaciones necesarias. [Traducción del Tribunal]

147. La doctrina consagrada en el caso *Mavrommatis* ha sido aplicada en numerosas ocasiones por la Corte Internacional de Justicia, en especial, en el *Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*²⁹. La primera objeción preliminar planteada por Serbia en este caso se basó en el Artículo 35(1) del Estatuto de la Corte, el cual establece que: “La Corte estará abierta a los Estados partes en este Estatuto”.

148. Serbia afirmó que no era Miembro de las Naciones Unidas (y, por ende, no era parte del Estatuto de la Corte) en el momento en que Croacia inició su

²⁸ *Caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*, Fallo, 30 de agosto de 1924 CPJI Serie A, N.º 2 en 34.

²⁹ *Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, Objeciones Preliminares, Fallo, 18 de noviembre de 2008 [2008] Informes de la CIJ 412.

procedimiento el día 2 de julio de 1999. Por lo tanto, la Corte no estaba “abierta” a Serbia en los términos del Artículo 35(1). El hecho de que Serbia luego se convirtiera en parte del Estatuto de la Corte el día 1 de noviembre de 2000, como resultado de su admisión a las Naciones Unidas, fue considerado irrelevante por parte de Serbia.

149. La Corte Internacional rechazó la afirmación de Serbia. La Corte aceptó que, en general, debía evaluarse el cumplimiento con las condiciones del Artículo 35(1) al momento en que se presentó la solicitud. Sin embargo, la Corte explicó que había “demostrado realismo y flexibilidad en determinadas situaciones en las que las condiciones que regulaban la jurisdicción de la Corte no estaban plenamente satisfechas, en los casos en que los procedimientos se iniciaban pero luego dichas condiciones se satisfacían, antes de que la Corte adoptara una decisión sobre su jurisdicción”. [Traducción del Tribunal]. La Corte se refirió al caso *Mavrommatis* y sostuvo que la cuestión decisiva era la siguiente³⁰:

Lo que importa es que, a más tardar en la fecha en que la Corte se pronuncie sobre su jurisdicción, el solicitante esté habilitado por derecho, si así lo deseara, a iniciar un nuevo procedimiento en el que pudiera satisfacerse la condición inicialmente no satisfecha. En tal situación, no resulta beneficioso para una buena administración de la justicia obligar al solicitante a iniciar el procedimiento de nuevo, o a iniciar un nuevo procedimiento, y es preferible, excepto en circunstancias especiales, concluir que la condición, a partir de ese momento, ha sido satisfecha. [Traducción del Tribunal]

150. En dicho caso, la Corte determinó que no existían razones por las cuales el vicio inicial presente en la solicitud de Croacia no pudiera “subsanzarse mediante un hecho subsiguiente durante la tramitación del procedimiento, por ejemplo en el caso de que dicha parte adquiriera la condición de parte del Estatuto de la Corte que inicialmente carecía”. [Traducción del Tribunal]. La Corte decidió que no era beneficioso para la buena administración de justicia exigirle a Croacia que inicie un nuevo procedimiento³¹. De manera acorde, la Corte desestimó la excepción planteada por Serbia a la jurisdicción.

³⁰ *Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, Objeciones Preliminares, Fallo, 18 de noviembre de 2008 [2008] Informes de la CIJ 412 en 441. Asimismo, la Corte observó que “la preocupación por la economía procesal, como elemento de los requisitos de la administración sensata de la justicia, es lo que justifica la aplicación de la jurisprudencia resultante del fallo *Mavrommatis* en los casos apropiados. El propósito de esta jurisprudencia es evitar la proliferación innecesaria de procedimientos” (en 443).

³¹ *Ibíd.* en 442.

151. La cuestión que surge pasible de un pronunciamiento consiste en determinar si puede aplicarse la doctrina consagrada en el caso *Mavrommatis* a los hechos de este caso. El Tribunal observa que en los casos *Mavrommatis* y *Genocidio*, el vicio relativo a la jurisdicción fue subsanado como resultado de un hecho ulterior acaecido durante el curso del procedimiento, a saber, la ratificación del Tratado de Lausana sobre el cual se basaba la jurisdicción de la Corte (en el caso *Mavrommatis*) y la admisión de Serbia en las Naciones Unidas, lo cual derivó en su adhesión al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en el caso *Genocidio*).
152. En el caso que nos ocupa, sin embargo, el vicio relativo a la jurisdicción (incumplimiento de Renco respecto del Artículo 10.18(2)(b)) no ha sido subsanado. Dicho vicio jurisdiccional sólo podría subsanarse (a) si Renco adoptara la medida positiva de retirar la reserva de derechos, o de presentar una nueva renuncia sin la reserva de derechos, y Perú prestara su consentimiento a ello en concepto de una variación del Artículo 10.18(2)(b) del Tratado, o (b) si Renco iniciara un nuevo arbitraje junto con la renuncia sin reserva de derechos alguna.
153. La opción (a) no surge en este caso, dada la ausencia de consentimiento por parte de Perú.
154. La opción (b) es aún una vía posible (si se descarta cualquier limitación en virtud del Artículo 10.18(1) del Tratado). Sobre esta base, si se tiene en cuenta que Renco podría subsanar el vicio por sí mismo, y de manera unilateral, a través del inicio de un nuevo arbitraje, surge la cuestión de si, al aplicar la doctrina *Mavrommatis*, puede decirse que no sería beneficioso para la buena administración de justicia obligar a Renco a iniciar un nuevo procedimiento.
155. Los Estados Unidos y Perú afirman que existe un “acuerdo ulterior” respecto de la interpretación del Artículo 10.18 en el sentido de que Renco y el Tribunal no pueden subsanar la renuncia viciada y que la fecha para la presentación de una renuncia efectiva es aquella en la cual comienza el arbitraje. En virtud de ello, Perú pareciera afirmar que la doctrina *Mavrommatis* no resulta de aplicación a los hechos del presente caso.

156. En su Decisión sobre el Alcance, el Tribunal da crédito a las visiones de ambos Estados Partes Contratantes con el mayor de los respetos. Sin embargo, el Tribunal no está obligado a adoptar las opiniones de ninguna de las partes. Si bien el Tribunal debe “tener [...] en cuenta” todo acuerdo ulterior entre los Estados parte conforme al Artículo 31(3)(a) de la CVDT, la interpretación correcta del Artículo 10.18 y de cómo debería aplicarse a los hechos del caso que nos ocupa son tareas que radican exclusivamente en este Tribunal³².
157. El Tribunal se enfrenta a un conflicto evidente entre la interpretación del Artículo 10.18 adoptada por los Estados Unidos y Perú y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, tal como lo evidencia la doctrina del caso *Mavrommatis*. Luego de analizar cuidadosamente la cuestión, el Tribunal se ve limitado a concluir que la redacción clara y expresa del Artículo 10.18 del Tratado, así como su objeto y su fin, establece una *lex specialis* que debe prevalecer sobre la doctrina *Mavrommatis* o, en cualquier caso, impide su aplicación. (Esta conclusión es alcanzada por la mayoría del Tribunal, dado que uno de sus miembros no está convencido de que Renco no podría subsanar unilateralmente los vicios de su renuncia).
158. En virtud del Artículo 10.18, la presentación de una renuncia válida constituye una condición y limitación del consentimiento de Perú al arbitraje. Ello representa una condición previa a la existencia inicial de un acuerdo de arbitraje válido y, en tal carácter, conlleva a una clara cuestión temporal: si no se presenta una renuncia válida junto con la notificación de arbitraje, la oferta de arbitraje de Perú no ha sido aceptada; no existe un acuerdo de arbitraje; y el Tribunal carece de toda autoridad. En el caso de que el Tribunal aplicase la doctrina *Mavrommatis*, el Tribunal estaría ejerciendo una facultad de la cual simplemente carece (debido a que no existe un acuerdo de arbitraje y, por ende, el Tribunal no es un tribunal). De hecho, ello implicaría crear, retrospectivamente, un acuerdo de arbitraje para las Partes cuando nunca existió un acuerdo. Para expresarlo coloquialmente, el Tribunal “se constituiría por sus propios medios” en aras de crear una jurisdicción donde no existió

³² Decisión en cuanto al Alcance de la Objeciones Preliminares ¶¶ 172-174.

ninguna. Según la opinión ponderada del Tribunal, ello carecería de principios y, obviamente, no sería permisible.

159. El Tribunal observa que la conclusión que ha alcanzado es consistente con la decisión del caso *Detroit International Bridge Company c. Canadá*. En dicho caso, la renuncia de la demandante excluyó expresamente las reclamaciones pendientes entre las partes en el llamado “Litigio de Washington”. El tribunal determinó que las reclamaciones del Litigio de Washington abarcaban las mismas causales que las medidas impugnadas en el arbitraje en virtud de las reglas del TLCAN. Por consiguiente, se consideró que la renuncia era viciada. La demandante luego retiró su pretensión de que se le otorgar una indemnización por daños y perjuicios en el Litigio de Washington y presentó una segunda renuncia; sin embargo, aún intentó excluir el Litigio de Washington del alcance de su renuncia. El tribunal concluyó que la presentación de la nueva renuncia no podía³³:

... validar retroactivamente los numerosos meses de procedimiento durante los cuales el Tribunal careció completamente de jurisdicción pero ostentaba algún tipo de existencia potencial que podría haberse realizado si hubiera adquirido jurisdicción en una fecha subsiguiente. La ausencia de una renuncia excluyó la existencia de un acuerdo válido entre las partes contendientes al arbitraje; y la ausencia de dicho acuerdo privó al Tribunal del fundamento mismo de su existencia. [Traducción del Tribunal]

160. Por lo tanto en virtud de todas las razones expuestas *supra*, el Tribunal ha concluido que Renco no puede subsanar unilateralmente su renuncia viciada al retirar la reserva de derechos. (Esta conclusión es alcanzada por la mayoría del Tribunal, dado que uno de sus miembros no está convencido de que Renco no podría subsanar unilateralmente los vicios de su renuncia).

(3) *Divisibilidad*

161. El día 27 de septiembre de 2015, luego de que el Tribunal iniciara su deliberación, el Tribunal se dirigió a las Partes por escrito para observar que ninguna de las Partes se había referido a la relevancia, en su caso, del principio de divisibilidad en relación con la cuestión del efecto jurídico de la reserva presente en la renuncia de Renco. El Tribunal invitó a las Partes a

³³ *Detroit International Bridge Company c. Canadá* Caso TLCAN/CPA N.º 2012-25, Laudo sobre Jurisdicción, 2 de abril de 2015 ¶ 321.

presentar sus comentarios sobre la cuestión de la aplicabilidad de tal principio de manera tal que permita la separación de la reserva de derechos respecto de la renuncia de Renco.

162. El Tribunal recibió escritos extensos de las Partes, como así también de los Estados Unidos, en relación con el principio de divisibilidad. El Tribunal destaca que el principio de que las condiciones inválidas no esenciales pueden separarse de los instrumentos que las contienen fue respaldado por el Juez Lauterpacht en su Opinión Separada en el caso *Préstamos Noruegos* [*Norwegian Loans*]. El Juez Lauterpacht sostuvo que³⁴:

... es legítimo, y quizás obligatorio, separar una condición inválida del resto del instrumento y tratar a dicho remanente como válido, siempre que al considerar la intención de las partes y la naturaleza del instrumento, la condición en cuestión no constituya parte esencial del instrumento. *Utile non debet per inutile vitiari*. Ello también es aplicable a las disposiciones y las reservas relacionadas con la jurisdicción de la Corte. Sería coherente con la práctica previa de la Corte, de ser posible, que ella confirme su jurisdicción cuando tal vía sea compatible con la intención de las partes y que no permita que su jurisdicción se invalide como resultado de vicios subsanables de expresión que no son de una naturaleza esencial. [Traducción del Tribunal]

163. Tal como señalara Renco, numerosos tribunales de inversión han citado el principio de divisibilidad de un acuerdo de arbitraje al analizar la separabilidad de un acuerdo de arbitraje respecto del contrato que lo contiene de manera tal que la determinación de que el contrato principal es inválido no implique necesariamente la invalidez del acuerdo de arbitraje³⁵. Este es un concepto con gran arraigo en las leyes de arbitraje nacional de una gran cantidad de Estados que han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional³⁶.

164. El principio de divisibilidad también ha sido aplicado por numerosos tribunales y cortes internacionales en el contexto de las reservas del Estado respecto de

³⁴ *Caso Relativo a los Préstamos Noruegos (Francia c. Noruega)* [1957] Informes de la CIJ 9 en 56–57. Véase, asimismo, *Interhandel (Suiza c. Estados Unidos de América)* [1959] Informes de la CIJ 6 en 116–117 (Opinión Separada del Juez Lauterpacht).

³⁵ *Daimler Financial Services AG c. Argentina* Caso CIADI N.º ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012 ¶ 221; *Impregilo S.p.A. c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/17, Opinión Concurrente y Disidente de la Prof. Brigitte Stern, 21 de junio de 2011 ¶ 31; *ICS Inspection and Control Services Ltd c. Argentina*, Caso CPA N.º 2010-09, Laudo sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012 ¶ 290; *CCL c. Kazajistán*, Caso CCE N.º 122/2001, Laudo de Jurisdicción, 1 de enero de 2003 ¶ 29. Véase, asimismo, *Gobierno de Sudán c. El Movimiento/Ejército Popular de Liberación de Sudán (Arbitraje de Abyei)*, Laudo Definitivo, 22 de julio de 2009 ¶¶ 416-424.

³⁶ Véase, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), Artículo 16(1).

la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁷. Aún más, la Comisión de Derecho Internacional, en su estudio de 2011 sobre las reservas de tratados, examinó una amplia gama de prácticas de los Estados y respaldó una “presunción refutable, según la cual, a falta de intención contraria de su autor, el tratado se aplica al Estado o a la organización internacional autor de una reserva inválida, no obstante dicha reserva”³⁸. No obstante, la Comisión destacó que tal recomendación “correspond[ía] a un desarrollo prudentemente progresivo del derecho internacional”.

165. Perú afirma que el principio de divisibilidad no es aplicable en el contexto inversionista-estado. Perú sostiene que, a diferencia de los demandantes que pretenden aceptar la oferta de arbitraje de un Estado en virtud de un tratado de inversión, los Estados que celebran los tratados tienen derecho a efectuar reservas, siempre que cumplan con el Artículo 19 de la CVDT. Perú sostiene también que el principio de divisibilidad no es universalmente aceptado. Perú señala que un enfoque alternativo consiste en determinar que una reserva contraria al objeto y fin del tratado debe generar la “invalidez total” de dicho tratado en lo que respecta al Estado autor de la reserva. Perú arguye que este enfoque es más parecido a la práctica de los tribunales que intervienen en arbitrajes de inversiones, que han determinado que el incumplimiento, por parte de la demandante, de los términos de la oferta de arbitraje genera la invalidez del compromiso arbitral.
166. Perú señala que, aún si se asumiera que la reserva de derechos de Renco no es parte esencial de su renuncia, separar la reserva de derechos violaría la soberanía de Perú, porque Perú no estaba obligada a extenderle a la demandante una oferta de arbitraje y lo hizo únicamente con la condición de que su oferta se aceptara, sin reservas, al momento de presentar la Notificación de Arbitraje. Asimismo, Perú argumenta que, a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que puede tener el objetivo de ejercer competencia sobre la mayor cantidad posible de Estados, para lograr

³⁷ *Loizidou c. Turquía* Solicitud N.º 15318/89, Fallo del 23 de marzo del 1995, Serie A, N.º 310; *Belilos c. Suiza* Solicitud N.º 10323/83, Fallo del 29 de abril de 1988. Véase, asimismo, *Hilaire c. Trinidad y Tobago*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 1 de septiembre de 2001, Serie C, N.º 80 ¶ 98.

³⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones *Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados*, Doc ONU A/66/10/Add.1 en 541–560 (directriz 4.5.3).

el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, los tribunales que intervienen en casos sobre inversiones no tienen el mandato de ampliar el alcance de la oferta de arbitraje de un Estado.

167. Por último, Perú afirma que la aplicación del principio de divisibilidad en este contexto generaría consecuencias radicalmente distintas. Dentro del contexto de las reservas de los Estados a los tratados, el principio de divisibilidad opera contra los intereses del Estado que efectúa la reserva, al impedir que dicho Estado eluda la jurisdicción como resultado de su reserva de derechos. En este contexto, la aplicación del principio de divisibilidad beneficiaría al inversionista y contravendría los intereses del Estado demandado cuyo consentimiento está condicionado a la presentación de una renuncia válida al momento de presentación de la Notificación de Arbitraje.

168. Por su parte, los Estados Unidos señalan que el principio de divisibilidad no es una norma generalmente aceptada del derecho o la costumbre internacional. Los Estados Unidos mencionan que ha aseverado consistentemente que un Estado que efectúa una reserva no puede estar vinculado sin que medie su consentimiento por un tratado sin el beneficio de la reserva. Los Estados Unidos sostienen lo siguiente:

La aplicación del “principio de divisibilidad” con el fin de separar una reserva de derechos inválida incluida en la renuncia de una demandante sería contraria al propósito de las disposiciones de arbitraje del Acuerdo. Alteraría las condiciones de la oferta de arbitraje de la demandada y privaría a la disposición sobre la renuncia de su finalidad prevista, exponiendo así a la demandada al riesgo de litigio, aunque sea temporalmente, en múltiples foros de manera simultánea. [Traducción del Tribunal]

169. Renco afirma que el principio de divisibilidad es un principio general del derecho internacional, tal como fuera demostrado por las autoridades que se enumeran *supra*. Renco sostiene que no considera que su reserva sea tan esencial o relevante para su consentimiento. Renco señala que, por ende, el Tribunal debería separar dicha reserva de derechos no esencial de su renuncia. Sobre esta base, Renco arguye que debería considerarse como si hubiera cumplido con los requisitos de renuncia del Tratado desde el inicio de este arbitraje a pesar de que cualquier vicio hubiera sido subsanado en algún momento luego de la recepción por parte de Perú de la Notificación de Arbitraje Modificada de Renco.

170. El Tribunal observa que el principio de divisibilidad ha sido aplicado por los tribunales internacionales en el contexto de las reservas de Estados a los tratados o reservas contenidas en las declaraciones de los Estados que aceptan la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional. El principio también ha sido citado por los tribunales que conocen de casos de inversión en el contexto de la separabilidad de un acuerdo de arbitraje respecto del contrato principal que contiene a dicho acuerdo. Sin embargo, el principio no ha sido aplicado por un tribunal en un caso inversionista-estado en aras de separar una redacción inválida de la renuncia por escrito de una demandante.
171. El Tribunal también observa que los Estados tienen el derecho, en virtud de su soberanía, de aplicar las reservas a tratados permitidas por el Artículo 19 de la CVDT. Los inversionistas no cuentan con una potestad equivalente para incluir reservas en su aceptación de la oferta permanente de un Estado para el arbitraje en virtud de un tratado de inversión. En un sistema de arbitraje sin relatividad, un Estado puede “dar forma a su consentimiento en la manera que considere adecuada al plantear las condiciones bajo las cuales lo otorga; en otras palabras, las condiciones en virtud de las cuales se extiende una 'oferta de arbitraje' a los inversionistas extranjeros”³⁹. [Traducción del Tribunal]
172. Incluso si el Tribunal llegara a la conclusión de que la divisibilidad es un principio general del derecho internacional y que la reserva de derechos de Renco constituyera un elemento no esencial de la renuncia, el Tribunal no ha sido persuadido de que el principio de divisibilidad podría aplicarse en el contexto particular de este caso. Esto se debe a la misma cuestión temporal mencionada *supra*. El Tribunal ha concluido que nunca existió un acuerdo de arbitraje como resultado del incumplimiento de Renco del Artículo 10.18(2)(b). En el caso de que se aplicara el principio de divisibilidad para separar la reserva de derechos de la renuncia de Renco, el Tribunal asumiría (incorrectamente) que es un tribunal válido con facultades y, estaría creando de hecho un acuerdo de arbitraje por las Partes. El Tribunal se enfrentaría al

³⁹ *ST-AD GmbH c. Bulgaria* Caso CPA N.º 2011-06 (ST-BG), Laudo sobre Jurisdicción, 18 de julio de 2013 ¶ 337.

mismo obstáculo mencionado de “una constitución por sus propios medios” que encontró en relación con la aplicación de la doctrina de *Mavrommatis*.

173. En consecuencia, el Tribunal determina que no se encuentra facultado para separar la reserva de derechos de la renuncia de Renco ni para subsanar el incumplimiento de Renco del requisito formal establecido en el Artículo 10.18(2)(b).

(4) *Abuso de derecho*

174. El argumento final de Renco, planteado brevemente en su escrito final al Tribunal, es que los argumentos de Perú y su conducta en relación con la objeción planteada a la renuncia constituyen un abuso de derecho. Renco afirma que la doctrina del abuso de derecho prohíbe el ejercicio de un derecho jurídico legítimo para fines indebidos o abusivos o para evadir una obligación. Tal como fuera señalado por Bin Cheng⁴⁰:

El ejercicio razonable y de buena fe de un derecho implica un ejercicio que genuinamente persiga los intereses que tal derecho está destinado a proteger y que no esté calculado para causar un perjuicio injusto a los intereses legítimos de otro Estado, ya sea que tales intereses estén garantizados por un tratado o por el derecho internacional general. [Traducción del Tribunal]

175. La doctrina del abuso de derecho es un aspecto del principio de buena fe y es un principio general con gran arraigo en el derecho internacional. La doctrina ha sido citada y aplicada en numerosas ocasiones por cortes y tribunales internacionales⁴¹. El desarrollo de la doctrina del abuso de derecho en el derecho internacional se analiza en detalle en el caso *Venezuela Holdings BV c. la República Bolivariana de Venezuela*⁴². El tribunal observó que numerosos tribunales CIADI han evaluado si la conducta de un inversor que se involucra en una reestructuración corporativa para beneficiarse de la

⁴⁰ Bin Cheng *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* (CUP, 1987) en 131-132.

⁴¹ Por ejemplo, Perú invocó la doctrina del abuso de derecho en el caso de arbitraje *Tacna-Arica: Cuestión de Tacna y Arica (Chile c. Perú)* (1925) II RIAA 921. El árbitro, el Presidente Calvin Coolidge, determinó que Chile había cometido un abuso de autoridad en las provincias en disputa de Tacna y Arica, que estaban sujetas a la autoridad chilena en virtud del Tratado de Ancón. El Presidente Coolidge sostuvo que “en una cantidad considerable de casos, sobre todo durante el año 1923, las leyes de conscripción chilenas no han sido utilizadas principalmente para la obtención de reclutas ... sino con el resultado, si no el fin, de retirar a los jóvenes peruanos de las provincias. En la medida en que esto ha ocurrido, el Árbitro considera que constituye un abuso de la autoridad chilena” (en 941). [Traducción del Tribunal]

⁴² *Venezuela Holdings BV c. la República Bolivariana de Venezuela* Caso CIADI N.º ARB/07/27, Decisión sobre Jurisdicción, 10 de junio de 2010 ¶¶ 169-185.

protección de un tratado de inversión comete un "abuso de los propósitos de la convención", un "abuso de la personalidad jurídica", un "abuso de la forma societaria" o un "abuso del sistema de protección de la inversión internacional"⁴³. [Traducción del Tribunal]

176. La doctrina del abuso de derecho no se limita al ejercicio de los derechos de tratados por parte de los inversionistas. En el caso *Saipem SpA c. la República Popular de Bangladesh*, el tribunal observó que “[g]eneralmente se reconoce en el derecho internacional que un Estado que ejerce un derecho con un fin diferente de aquel para el que tal derecho fuera creado, comete un abuso de derecho”⁴⁴ [Traducción del Tribunal]. El tribunal concluyó que los tribunales de Bangladesh habían abusado de su competencia de supervisión sobre el proceso de arbitraje al revocar la autoridad de un tribunal de la Corte Penal Internacional a pesar de cualquier demostración de mala conducta.

177. Es claro que el umbral para establecer un abuso de derecho es alto. Tal como lo estableciera el tribunal de arbitraje en *Chevron Corp c. República de Ecuador*⁴⁵:

[E]n todos los sistemas jurídicos, las doctrinas de abuso de derecho, de los actos propios (*estoppel*) y de renuncia están sujetas a un umbral alto. Cualquier derecho conduce normalmente y de forma automática a una reclamación a favor de su titular. No obstante, sólo en circunstancias muy excepcionales el titular de un derecho no puede elevar ni exigir la pretensión resultante. El umbral alto también deriva de la gravedad de una acusación de mala fe que representa un abuso del proceso. Tal como fuera establecido por la Jueza Higgins en su Opinión Separada del año 2003 respecto del caso *Plataformas Petroleras*, existe “un consenso general de que cuanto más grave sea la acusación, más confianza debe haber sobre las pruebas en las que se funda”. [Traducción del Tribunal]

178. Renco sostiene que el abuso de derecho cometido por Perú en este caso es evidente: Perú no sufre ningún perjuicio como consecuencia de la reserva de derechos presente en la renuncia de Renco. Durante la audiencia, el Tribunal le preguntó a Perú si iba a sufrir algún perjuicio en este caso si el Tribunal fuera a “hacer[...] caso omiso [de la redacción superflua]”⁴⁶. Perú respondió

⁴³ *Ibid.* ¶ 176.

⁴⁴ *Saipem SpA c. República Popular de Bangladesh* Caso CIADI N.º ARB/05/07, Laudo, 30 de junio de 2009 ¶ 160.

⁴⁵ *Chevron Corp c. República de Ecuador* Caso CPA N.º AA 277, Laudo Provisional, 1 de diciembre de 2008 ¶ 143, con cita al *Caso Relativo a las Plataformas Petroleras (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)* Fallo, 6 de noviembre de 2006 [2006] Informes de la CIJ 225, Opinión Separada del Juez Higgins ¶ 33.

⁴⁶ Transcripción de la Audiencia, pág. 64.

que el Tribunal no tenía la autoridad para hacerlo, pero no mencionó ninguno de los perjuicios que sufriría⁴⁷.

179. Renco afirma que no existe ningún escenario en el cual dicho texto superfluo pudiera privar a la disposición de renuncia presente en el Tratado de su pleno vigor y efecto. En tales circunstancias, Renco sostiene que la motivación de Perú no es asegurar que se respeten sus derechos de renuncia ni que se satisfagan los objetivos de la disposición de renuncia. Por el contrario, Renco arguye que la verdadera motivación de Perú radica en eludir su deber de someter a arbitraje las reclamaciones de Renco en virtud del Tratado. Debido a que se trata de una motivación inadecuada, Renco sostiene que las objeciones planteadas por Perú constituyen un abuso de derecho.
180. El Tribunal ya se ha referido al hecho de que le ha inquietado la manera en la que se planteó la objeción de Perú a la renuncia en este arbitraje. La Notificación de Arbitraje de Renco fue presentada el día 4 de abril de 2011 y su Notificación de Arbitraje Modificada se presentó el día 9 de agosto de 2011. Ambos documentos incluían la renuncia de Renco, con inclusión de la reserva de derechos. Sin embargo, el cumplimiento de Renco con los requisitos formales y sustanciales del Artículo 10.18(2)(b) no fue cuestionado hasta el momento en el que Perú presentó su Notificación de Objeciones Preliminares el día 21 de marzo de 2014, aproximadamente tres años luego de que Renco sometiera sus reclamaciones al arbitraje. Bajo el título “violación por parte de Renco de la disposición de renuncia del Tratado”, Perú afirmó lo siguiente:

Como será analizado y amplificado por Perú en sus escritos, Renco ha presentado una renuncia inválida en este procedimiento debido a que no cumple con la redacción requerida por el Tratado, y a que Doe Run Peru S.R.Ltda. (“Doe Run Peru”) debía presentar una renuncia y pretendió de manera inadecuada retirar la renuncia presentada junto con la Notificación de Arbitraje de las Demandantes y el Escrito de Demanda del 4 de abril de 2011. Asimismo, si bien la iniciación y la continuación de determinados procedimientos relacionados con las medidas que supuestamente constituyen un incumplimiento por parte de Renco, tanto Renco como Doe Run Peru también han violado el requisito de renuncia.

En virtud del Tratado, el consentimiento de Perú y, por consiguiente, la jurisdicción del Tribunal, están sujetos a la presentación de renunciaciones válidas por parte de Renco

⁴⁷ Transcripción de la Audiencia, págs. 64-67.

y Doe Run Peru, las cuales no han sido presentadas. Por lo tanto, esta objeción está claramente incluida dentro del alcance del Artículo 10.20.4. [Traducción del Tribunal]

181. Si bien Perú afirmó en este documento que la renuncia de Renco “no cumple con la redacción requerida por el Tratado”, las objeciones a la renuncia parecieran enfocarse en la ausencia de una renuncia escrita por parte de DRP y la realización de los procedimientos de quiebra de Perú, en lugar de enfocarse en la reserva de derechos presente en la renuncia de Renco.
182. De hecho, si bien Perú presentó su reclamo a Renco hace varios años respecto de que consideraba que los procedimientos de quiebra de Perú que involucraban a DRP violaban el Artículo 10.18(2), Perú no planteó una objeción clara y específica en relación con la reserva de derechos de Renco hasta que Perú presentó sus Comentarios a la presentación de los Estados Unidos de América el día 10 de septiembre de 2014. En el párrafo 30 Perú sostuvo que Renco había violado los requisitos de renuncia del Tratado debido a que:
- (i) Renco y su afiliada, Doe Run Perú, presentaron renunciaciones que contienen una reserva inadmisibles del derecho de iniciar acciones legales en otros foros; (ii) Renco posteriormente presentó una renuncia independiente que contiene la misma reserva ...
183. Dicha afirmación no fue desarrollada en profundidad hasta que Perú presentó su Memorial sobre la Renuncia en el mes de julio de 2015, en el cual se cuestionó claramente el cumplimiento por parte de Renco con el requisito formal del Artículo 10.18(2)(b), en razón de la reserva de derechos.
184. El Tribunal ha concluido que Renco no cumplió con el requisito formal del Artículo 10.18(2) y que no está facultado para permitir a Renco que subsane tal vicio (tal como se observara *supra*, uno de los miembros del Tribunal no adhirió a tal conclusión) ni para separar la reserva de derechos. No obstante, las consecuencias para Renco pueden ser extremas en el siguiente escenario. Si Renco decidiera presentar una nueva Notificación de Arbitraje junto con una renuncia "limpia", Perú podría estar dispuesto a argumentar que las reclamaciones de Renco han prescrito debido a que han transcurrido más de tres años desde que Renco tomó conocimiento de los incumplimientos alegados en virtud del Artículo 10.16(1) del Tratado.

185. En tales circunstancias, si bien la posible operación de una prescripción de 3 años sobre los hechos de este caso no puede modificar el análisis del Artículo 10.18(2)(b) (es decir, el análisis debe ser el mismo, aún si la objeción hubiera sido planteada al inicio del arbitraje), la pregunta que surge es si la conducta de Perú respecto al planteamiento tardío de su objeción a la renuncia alcanza el grado de un abuso de derecho. Lo que debe evaluarse es si Perú ha pretendido plantear esta objeción por motivos inadecuados o, tal como sugiere Renco, si Perú pretende evadir su deber de resolver mediante un arbitraje las reclamaciones de Renco en virtud del Tratado en lugar de asegurar que sus derechos de renuncia sean respetados o que se satisfagan los objetivos de la disposición de la renuncia.
186. Luego de analizar la cuestión cautelosamente, el Tribunal concluye que, al plantear su objeción a la renuncia, Perú ha pretendido reivindicar su derecho a recibir una renuncia que cumpla con el requisito formal del Artículo 10.18(2)(b) y una renuncia que no menoscabe el objeto y el fin de tal Artículo. Al así determinarlo, el Tribunal rechaza la afirmación de que la objeción de Perú está viciada por la motivación ulterior de evadir su deber de arbitraje respecto de las reclamaciones de Renco. De hecho, Perú no tiene el deber de someter a arbitraje las reclamaciones de Renco en virtud del Tratado, salvo que Renco presente una renuncia en cumplimiento con el Artículo 10.18(2)(b).
187. Al arribar a esta conclusión, el Tribunal no desea descartar la posibilidad de determinar la existencia de un abuso de derecho si Perú argumentara en un futuro procedimiento que las reclamaciones de Renco han prescrito en virtud del Artículo 10.18(1). A la fecha, Perú no ha sufrido ningún perjuicio sustancial como resultado de la reserva de derechos de la renuncia de Renco. Sin embargo, Renco sufriría un perjuicio sustancial si Perú afirmara en un proceso de arbitraje que las reclamaciones de Renco han prescrito en virtud del Artículo 10.18(1).
188. Si bien este Tribunal no puede evitar que Perú ejerza en el futuro lo que entonces considere sus derechos legítimos, el Tribunal puede advertir a Perú, y así lo hace, para que tenga en cuenta, en caso de que se planteara ese escenario, la afirmación de Renco de que la conducta de Perú respecto del planteo tardío de la objeción a la renuncia constituye un abuso de derecho.

En la opinión unánime del Tribunal, la justicia se vería satisfecha si Perú aceptara que el plazo de prescripción dejó de correr, a los efectos del Artículo 10.18 (1), en el momento en que Renco presentó su Notificación de Arbitraje Modificada el día 9 de agosto de 2011.

(5) Conclusión

189. Se desprende de las determinaciones del Tribunal en esta sección del Laudo Parcial que Renco no ha logrado satisfacer los requisitos para que Perú preste su consentimiento al arbitraje en virtud del Tratado. Por ende, las reclamaciones de Renco deben ser desestimadas por falta de jurisdicción.

F. Otras objeciones

190. A la luz de la conclusión del Tribunal de que Renco no ha cumplido con el requisito formal del Artículo 10.18(2)(b) del Tratado, el Tribunal concluye que resulta innecesario analizar la segunda afirmación de Perú, a saber, que Renco no ha cumplido con el requisito formal del Artículo 10.18(2) debido a que DRP no ha presentado una renuncia en la Notificación de Arbitraje Modificada de Renco. También resulta innecesario analizar las restantes afirmaciones de Perú respecto de la conducta de DRP durante los procedimientos peruanos de quiebra. Por consiguiente, el Tribunal no expresa una opinión sobre tales cuestiones.

V. COSTAS

191. El Tribunal difiere la cuestión de las costas e invita a las Partes a que presenten escritos sobre costas dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de este Laudo Parcial.

VI. OBSERVACIONES FINALES

192. El Tribunal reconoce que este proceso ha estado en desarrollo durante algunos años. El Tribunal no ha tomado a la ligera la decisión de desestimar las reclamaciones de Renco. Se han analizado cautelosamente todas y cada una de las numerosas presentaciones útiles y desafiantes de los abogados de ambas partes durante varios meses. El Tribunal desea expresar su sincero agradecimiento a los abogados por el alto nivel de profesionalismo demostrado a lo largo de dicho período.

VII. LAUDO FORMAL

193. Por todos los motivos que anteceden, y en rechazo de todas las afirmaciones, reclamaciones y reconvenciones en sentido contrario, el Tribunal **DECIDE, DECLARA Y CONCEDE** lo siguiente. A exclusión de la opinión de uno de los Miembros del Tribunal de que Renco debería contar con la posibilidad de subsanar su renuncia viciada al retirar la reserva de derechos (párrafo (b) *infra*), todas las restantes conclusiones del Tribunal son unánimes.

(a) Renco no ha cumplido con el requisito formal del Artículo 10.18(2)(b) al incluir la reserva de derechos en la renuncia que acompaña su Notificación de Arbitraje Modificada debido a que:

- (i) La reserva de derechos no está permitida en los términos explícitos del Artículo 10.18(2)(b);
- (ii) La reserva de derechos menoscaba el objeto y el fin del Artículo 10.18(2)(b);
- (iii) La reserva de derechos es incompatible con la estructura “sin vuelta atrás” del Artículo 10.18(2)(b); y
- (iv) La reserva de derechos no es superflua.

(b) Renco no puede subsanar unilateralmente la renuncia viciada al retirar la reserva de derechos.

(c) El Tribunal no se encuentra facultado para separar la reserva de derechos de la renuncia de Renco ni para subsanar el incumplimiento de Renco con el Artículo 10.18(2)(b).

(d) La objeción de Perú no está viciada por una motivación ulterior de evadir su deber de someter a arbitraje las reclamaciones de Renco.

(e) Se desprende que Renco no ha logrado satisfacer los requisitos para que Perú preste su consentimiento al arbitraje en virtud del Tratado.

(f) Por ende, las reclamaciones de Renco deben ser desestimadas por falta de jurisdicción.

194. Por este medio, el Tribunal se reserva la cuestión de costas hasta la recepción de los escritos de las Partes, luego de lo cual el Tribunal emitirá un Laudo Definitivo.

Dictado en París, Francia

Lugar del arbitraje: París, Francia

Fecha: 15 de julio de 2016

[Firma]

Honorable L. Yves Fortier, CC, QC
Árbitro

[Firma]

Sr. Toby T. Landau, QC
Árbitro

[Firma]

Dr. Michael J. Moser
Presidente del Tribunal