



¿LOS CONVENIOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA CONGELAN INDEFINIDAMENTE LA POTESTAD REGULADORA DEL ESTADO?

Autora:
Ludovina Villanueva Núñez

¿LOS CONVENIOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA CONGELAN INDEFINIDAMENTE LA POTESTAD REGULADORA DEL ESTADO?

¿Do Legal Stability Agreements Indefinitely Freeze the State's Regulatory Authority?

Ludovina Villanueva Núñez¹

SUMARIO

- I. Preliminar / Previos.
- II. La estabilidad tributaria como mecanismo de reducción de incertidumbre.
- III. El arbitraje de inversión y el espacio regulatorio de los Estados.
- IV. El caso SMCV versus República del Perú.
- V. Cuestiones de la estabilidad

Resumen

La pregunta que da título a este trabajo surge a propósito del laudo arbitral emitido el 17 de mayo de 2024 en el caso ARB/21/29 seguido entre Freeport-McMoran Inc. en nombre propio y en representación de Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. (demandante - SMCV) c. República del Perú (demandada). El foro del arbitraje fue CIADI. El caso ha despertado especial interés en la región no sólo por la magnitud económica, sino porque ofrece una discusión detallada sobre el alcance de los contratos de estabilidad tributaria en el sector minero.

La decisión resulta particularmente relevante para América Latina. Durante las últimas décadas, buena parte de la inversión extranjera en minería, hidrocarburos y energía se ha apoyado en mecanismos de estabilidad jurídica destinados a reducir la incertidumbre regulatoria. El laudo examina hasta dónde alcanzan esas garantías y cuáles son sus límites frente a las potestades regulatorias y tributarias del Estado, cuestión que trasciende el caso concreto y proyecta efectos sobre futuras controversias de inversión.

Palabras clave

Convenios de estabilidad / Potestad reguladora del Estado / Arbitraje de Inversión.

Abstract

The question that gives this paper its title arises from the arbitral award rendered on May 17, 2024, in ICSID Case No. ARB/21/29, brought by Freeport-McMoRan Inc., acting on its own behalf and on behalf of Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. (claimant – SMCV), against the Republic of Peru (respondent). The arbitration was conducted under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). The case has attracted considerable attention in the region not only because of its

¹ Abogada por la Universidad Católica Santa María. Máster en Investigación en Ciencias Jurídicas - Universidad Abat Oliva CEU - España. Expositora y panelista en diversos eventos nacionales e internacionales sobre Arbitraje y Junta de Resolución de Disputas. Docente en pregrado y post grado de la Universidad Católica San Pablo-Arequipa, en temas relativos a Arbitraje y Contrataciones con el Estado. Secretaria General Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa. Miembro de la Comisión Regional de INDECOPI – Arequipa. Correo de contacto: lvillanueva@arbitrajeccia.com.pe

economic significance, but also because it provides a detailed discussion of the scope of tax stabilization agreements in the mining sector.

The decision is particularly relevant for Latin America. Over the past decades, a substantial portion of foreign investment in mining, hydrocarbons, and energy has relied on legal stability mechanisms designed to reduce regulatory uncertainty. The award examines the extent of the protections afforded by such guarantees and the limits they encounter when confronted with the State's regulatory and taxing powers. This issue extends beyond the specific facts of the dispute and is likely to influence future investment controversies.

Keywords

Legal Stability Agreements / State's Regulatory Authority / Investment Arbitration

I. PRELIMINAR / PREVIOS

El artículo 62 de la Constitución Política del Perú² consagra la libertad de contratar de acuerdo con las normas vigentes al momento de la celebración del contrato, sus términos no pueden ser modificados o alterados por leyes u otras disposiciones normativas. Igualmente, reconoce la facultad del Estado de otorgar garantías y seguridades mediante contratos-ley, cuyo contenido se encuentra protegido frente a modificaciones legislativas posteriores.

A partir de dicha disposición surge una cuestión de particular relevancia en materia de contratación estatal e inversión privada, esto es, hasta qué punto el Estado puede ejercer sus potestades regulatorias cuando previamente ha asumido obligaciones contractuales destinadas a garantizar estabilidad jurídica a favor de un inversionista.

La interrogante adquiere especial importancia en aquellos sectores en los que las decisiones de inversión se proyectan a largo plazo y requieren condiciones mínimas de previsibilidad. En tales supuestos, el Estado se compromete a mantener determinadas reglas de juego durante un período definido, aun cuando posteriormente puedan surgir razones económicas, fiscales o de política pública que aconsejen su modificación.

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si el Estado puede, en ejercicio de su potestad soberana, derogar o modificar normas que sirvieron de sustento a garantías previamente incorporadas en un contrato de estabilidad.

A comienzos de este siglo, Luis Alberto Araoz Villena³ (VILLENNA, 2002) siguiendo las reflexiones de Manuel De la Puente y Lavalle, respondió de esta manera la interrogante:

*“(...) si la personalidad jurídica del Estado es una sola, no es posible que actúe de una manera como contratante y de otra distinta como autoridad. Agrega dicho autor que, el sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual determina que haya renunciado implícitamente a ocupar su rol de autoridad y, por consiguiente, a ejercitar irrestrictamente su *jus imperium* en lo que es materia del contrato. Este tratadista concluye que pensar distinto sería sostener que el Estado podría celebrar un contrato sin quedar sometido al mismo, lo*

² <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Constitucion-Politica-del-Peru-1993.pdf>

³ https://ipdt.org/uploads/docs/01_Rev40_LAAV.pdf

que implica afirmar que el contrato no es obligatorio, lo cual constituiría un absurdo jurídico"

Bajo esa premisa, las garantías y seguridades incorporadas válidamente a una relación contractual no pueden quedar sin efecto por la sola expedición de normas posteriores. La cuestión, sin embargo, adquiere matices más complejos cuando se analiza a la luz del arbitraje internacional de inversiones y de la necesidad de compatibilizar la protección de las expectativas legítimas de los inversionistas con la preservación del espacio regulatorio del Estado.

II. LA ESTABILIDAD TRIBUTARIA COMO MECANISMO DE REDUCCIÓN DE INCERTIDUMBRE

En la evaluación de inversiones internacionales, pocas variables reciben tanta atención como la estabilidad del régimen tributario del Estado receptor. Esto, porque proyectos cuya ejecución puede extenderse durante décadas requieren un mínimo de previsibilidad respecto de las reglas fiscales que determinarán su rentabilidad futura.

Los inversionistas no solo evalúan recursos, mercados, costos de operación y rentabilidad. También procuran anticipar los riesgos derivados de cambios normativos que puedan alterar las condiciones bajo las cuales decidieron invertir. De allí la importancia de los mecanismos de estabilidad jurídica y tributaria en proyectos de gran envergadura, particularmente en sectores como minería, hidrocarburos e infraestructura, donde los montos comprometidos suelen ser elevados y los períodos de retorno del capital especialmente extensos.

Sobre este punto, Marcial García Schrech⁴ afirma lo siguiente:

"Mediante esos convenios, los países que los suscriben renuncian de manera temporal a ejercer su poder soberano de aplicar nuevos tributos a determinadas empresas o proyectos, así como a modificar o suprimir los que existen al momento de su suscripción. A cambio, reciben las inversiones que necesitan para asegurar su desarrollo."

En la misma línea, la Superintendencia Nacional de Administración tributaria – SUNAT, en el documento que denominó "Estimación del efecto de los convenios de estabilidad jurídica sobre la recaudación"⁵ (SUNAT, 2002), precisó lo siguiente:

"Considerando que las decisiones de inversión se toman en entornos de incertidumbre, y que los niveles de riesgo suelen ser más elevados en países en desarrollo, el uso de los convenios de estabilidad tiene por objeto eliminar, durante un período determinado, el riesgo inherente a la evolución futura de la política tributaria, variable que afecta directamente los rendimientos esperados de cualquier inversión".

El régimen de estabilidad tributaria en el Perú no registra antecedentes anteriores a 1993. Desde su implementación y hasta el cierre de 2023, conforme a información de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, se han celebrado más de mil convenios de estabilidad jurídica. De este total, aproximadamente setecientos fueron

⁴ <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11806>

⁵ <https://www.sunat.gob.pe/institucional/publicaciones/informeConvenios.pdf>

suscritos con inversionistas procedentes de cincuenta países, entre ellos, Chile, España, Estados Unidos⁶.

Si bien los inversionistas requieren garantías que aseguren la estabilidad de las condiciones fiscales y regulatorias durante la ejecución de sus proyectos, tales mecanismos pueden limitar la capacidad de los Estados para modificar o adaptar sus políticas tributarias frente a cambios económicos o transformaciones de los mercados internacionales. Esta antípoda se hace presente con mucha frecuencia, en los casos de fluctuaciones en los precios de los recursos naturales y la necesidad de mayor financiamiento público.

La estabilidad fiscal puede adoptar diversas modalidades y ofrecer distintos niveles de protección frente a cambios regulatorios. Entre las principales se encuentran las siguientes:

- **Cláusulas de congelamiento normativo**

Se configuran cuando un incremento tributario o ante la creación de una nueva carga regulatoria no resulta aplicable al proyecto o contrato beneficiado por la garantía, manteniéndose el régimen vigente al momento de su suscripción.

- **Cláusulas de equilibrio financiero**

Tienen por finalidad preservar la equivalencia entre las obligaciones asumidas por el contratista y los beneficios esperados de la inversión. Cuando ese equilibrio se afecta, las partes deben adoptar medidas para restablecerlo. Ello puede implicar ajustes tarifarios, ampliaciones de plazo u otros mecanismos.

- **Cláusulas de compensación**

A través de esta cláusula se prevé que, ante la ocurrencia de determinados eventos, una de las partes deba indemnizar económicamente a la otra para neutralizar los efectos de la modificación normativa o regulatoria.

En el siguiente cuadro, el resumen:

GRADOS DE PROTECCIÓN		
Tipo de cláusula		¿Qué hace ante el cambio?
i)	Cláusulas de congelamiento	Evitan que los cambios afecten el contrato
ii)	Cláusulas de equilibrio financiero	Acepta el cambio, pero corrige sus efectos
iii)	Cláusulas de compensación	Paga el daño generado por el cambio

⁶ <https://www.gob.pe/institucion/proinversion/noticias/892756-1071-convenios-de-estabilidad-juridica-por-us-16-000-mls-se-han-suscrito-desde-su-implementacion>
(Privada, 2024)

En dichos acuerdos se pueden establecer convenios de estabilidad tributaria y regulatoria, a través de los cuales el Estado se compromete a mantener un régimen fiscal por un periodo determinado, garantizando al inversionista certeza regulatoria, relacionada fundamentalmente con impuestos, regalías o contribuciones aplicables a un proyecto.

III. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y EL ESPACIO REGULATORIO DE LOS ESTADOS

Cuando un inversionista extranjero considera que el Estado receptor de su inversión ha vulnerado garantías otorgadas en tratados bilaterales de inversiones, tratados de libre comercio, contratos de estabilidad u otros instrumentos internacionales, puede someter la controversia a arbitraje de inversión, siempre que dicho Estado haya otorgado previamente su consentimiento a través de alguno de esos mecanismos.

En este tipo de arbitrajes confluyen intereses que con frecuencia son difíciles de conciliar. Mientras el inversionista busca preservar la estabilidad jurídica bajo la cual decidió invertir, el Estado procura mantener su capacidad de regulación en función del interés público. Esta problemática se viene dando fundamentalmente en el sector extractivo.

En ese escenario, los tribunales arbitrales, han debido pronunciarse sobre si determinadas medidas estatales constituyen un ejercicio legítimo de las facultades regulatorias del Estado o si, por el contrario, generan afectaciones equivalentes a expropiaciones indirectas.

En los arbitrajes de inversión, se suele reclamar con mayor frecuencia lo siguiente:

- Trato justo y equitativo
- Trato nacional
- No discriminación
- Protección contra la expropiación directa e indirecta
- Libertad para transferir fondos

La práctica arbitral de los últimos años evidencia, además, una tendencia cada vez más marcada hacia el reconocimiento del “espacio regulatorio de los Estados”. Bajo esta concepción, se admite que los Estados conserven su margen de discrecionalidad para diseñar e implementar políticas públicas vinculadas al interés general, tales como tributación, protección ambiental, salud u otros asuntos de orden público, aun cuando estas medidas puedan generar impactos económicos a los inversionistas.

Esta orientación puede observarse, entre otros, en los casos Corporación Methanex contra Estados Unidos de América (CNUDMI) y Philip Morris contra la República Oriental del Uruguay (CIADI). Si bien ninguno de estos precedentes se encuentra directamente vinculado con la controversia objeto de análisis, ambos ilustran la disposición de los tribunales arbitrales a reconocer que los Estados receptores conservan facultades regulatorias destinadas a proteger intereses públicos esenciales.

IV. EL CASO SMCV VERSUS REPÚBLICA DEL PERÚ

Como punto de partida, reseñamos los antecedentes más relevantes del caso:

- El arbitraje es iniciado por Freeport – McMoRan Inc. en nombre propio y en representación de Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. contra la República del Perú.
- La controversia fue sometida a CIADI conforme el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006 y vigente el

1 de febrero de 2009, así como con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, vinculante para el Perú desde el 8 de septiembre de 1993.

- El yacimiento de Cerro Verde, ubicado aproximadamente a 30 Kilómetros de la ciudad de Arequipa, constituye uno de los depósitos de cobre más importantes del Perú. Su potencial minero había sido identificado desde finales del siglo XIX.
- Durante la década de 1960, el Estado peruano impulsó la explotación de recursos mineros en diversas zonas del país mediante la participación de empresas privadas y entidades estatales.
- En las décadas de 1970 y 1980 se efectuaron trabajos de exploración que confirmaron la existencia de grandes reservas de cobre, pero, debido a limitaciones tecnológicas y económicas de la época, no se pudo aprovechar de manera integral los minerales sulfurados, concentrándose la explotación en minerales oxidados susceptibles de ser procesados mediante técnicas de lixiviación.
- Minero Perú, empresa estatal, fue propietaria de la mina Cerro Verde y, con la finalidad de su privatización, constituyó el 1 de junio de 1993 la Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. (SMCV).
- El 20 de agosto de 1993, Minero Perú incorporó a SMCV a un proceso de privatización. Se estableció la capitalización de la sociedad y la transferencia de las concesiones mineras, beneficios y demás bienes que integraban la unidad minera Cerro Verde.
- El 17 de marzo de 1994, Minero Perú transfirió el 91,65 % de las acciones de SMCV a una filial de Cyprus, asumiendo la obligación de celebrar contratos de estabilidad minera y jurídica con SMCV y Cyprus. Asimismo, vinculó a Cyprus a ciertas inversiones, entre ellos, la construcción de un circuito convencional de molienda y flotación de cobre/molibdeno" con capacidad de 28.000 TM/D.

En ese contexto, se suscribió un Contrato de Garantía mediante el cual el Gobierno garantizó la celebración de "cualquier" contrato de estabilidad minera en relación con los "negocios y operaciones" a los que SMCV tenía derecho dentro de los 90 días de haber cumplido con todos los requisitos de la Ley de Minería.

- El 26 de mayo de 1994, el Estado y SMCV celebraron un contrato de estabilidad minera por diez años vinculado a un proyecto de inversión para instalar una nueva planta clasificadora, implementar vertederos y ejecutar mejoras en la planta de lixiviación existente.
- El 26 de febrero de 1998, el Estado peruano celebró con SMCV un Contrato de Estabilidad, mediante el cual se otorgó estabilidad administrativa y tributaria por un período de quince años, respecto a los regímenes vigentes al 6 de mayo de 1996.

El Contrato se vinculó a un proyecto de inversión de USD 237 millones destinado a expandir la capacidad de producción de la planta de lixiviación. Asimismo, estableció que las modificaciones normativas dictadas durante el período de estabilización no afectarían a SMCV,

incluyendo cambios en materia de impuesto a la renta, aranceles aduaneros o tributos municipales. Del mismo modo, excluyó la aplicación de normas posteriores que directa o indirectamente desnaturalizaran las garantías reconocidas en dicho convenio.

- En diciembre de 2004, luego de diversas consultas y autorizaciones administrativas, SMCV inició la construcción de una Planta Concentradora de Sulfuros Primarios, la cual entró en operaciones en 2006 y generó una producción distinta de aquella proveniente del proyecto original de lixiviación.
- En diciembre de 2004, el Ministerio de Energía y Minas aprobó una solicitud de SMCV para aplicar el beneficio de reinversión de utilidades a la construcción de la Concentradora, por lo que, las utilidades que se beneficiarían del programa debían ser exclusivamente generados por el Proyecto de Lixiviación.
- En el mismo año, el Estado peruano promulgó la Ley de Regalía Minera; como consecuencia de ello, la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT) emitió diversas determinaciones tributarias vinculadas con la concentradora durante el período 2006-2013, las cuales fueron impugnadas por SMCV en sedes administrativas y judiciales peruanas.

Ahora bien, en el año 2020, Freeport-McMoRan Inc., en nombre propio y en representación de SMCV, presentó una reclamación ante el CIADI al amparo del Acuerdo de Promoción Comercial celebrado entre el Perú y los Estados Unidos.

La controversia se originó en la imposición de impuestos y regalías a SMCV, quien sostuvo que el Estado peruano incumplió el Contrato de Estabilidad suscrito en febrero de 1998 al negarle los beneficios y garantías allí reconocidos. Asimismo, se alegó la vulneración del estándar mínimo de trato previsto en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos.

Sobre esa base, SMCV reclamó una indemnización superior a novecientos cuarenta millones de dólares estadounidenses. En particular, sostuvo que tenía derecho, como mínimo, a USD 942,2 millones por concepto de daños más intereses o, subsidiariamente, a USD 719,9 millones más intereses.

Respecto al estándar mínimo de trato previsto en el Artículo 10.5 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos⁷, SMCV sostuvo que el Estado Peruano incurrió en incumplimiento en las siguientes oportunidades:

- cada vez que las determinaciones de regalías controvertidas se tornaron exigibles en su contra;

⁷ Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer:

(a) "trato justo y equitativo" incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

(b) "protección y seguridad plenas" exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario. 3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.

https://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/en_vigencia/eeuu/Documentos/espanol/Inversion_limpio.pdf

- cada vez que el Estado no dejó sin efecto las sanciones e intereses derivados de dichas determinaciones; y
- cada vez que el Estado no reembolsó determinados pagos en exceso por concepto de aportes mineros.

Por su parte, el Estado peruano sostuvo que no había incumplido ni el Contrato de Estabilidad de 1998 ni las obligaciones previstas en el Artículo 10.5 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos. Asimismo, alegó que, aun en el supuesto de que el Tribunal concluyera lo contrario, la cuantificación de los daños reclamados estaba significativamente sobreestimada.

El Estado sostuvo además que la estabilidad jurídica reconocida en el contrato de 1998 se encontraba vinculada a un proyecto específico y no a cualquier proyecto desarrollado con posterioridad. En consecuencia, los inversores asumieron el riesgo de invertir sin contar con la confirmación escrita de que el contrato de estabilidad celebrado inicialmente cubría el nuevo proyecto, habiéndose basado únicamente en supuestas garantías verbales de algunos funcionarios.

La jurisdicción del Tribunal fue cuestionada por el Estado peruano respecto de determinadas reclamaciones. No obstante, el Tribunal confirmó su jurisdicción, con excepción de aquellas vinculadas a sanciones e intereses relacionados con las evaluaciones tributarias, pues consideró que constituían medidas fiscales excluidas de su ámbito de competencia.

Así, la discusión central de la controversia consistió en determinar si el Convenio de Estabilidad de 1998 protegía también a la Planta Concentradora de Sulfuros Primarios construida con posterioridad o si, por el contrario, sus efectos se encontraban limitados al proyecto de inversión expresamente comprendido en dicho convenio.

Al analizar el fondo de la controversia, el Tribunal destacó que, desde antes de la privatización, existían estudios preliminares que identificaban el potencial de desarrollar grandes operaciones de concentración de sulfuros, pero estos eran solo proyectos y no formaban parte de los compromisos de inversión que dieron origen al Convenio de Estabilidad de 1998. Sobre esa base distinguió los siguientes proyectos:

- Proyecto de lixiviación, comprendido dentro del Convenio de Estabilidad de 1998
- Planta Concentradora de Sulfuros Primarios, desarrollada con posterioridad y origen de la controversia sometida a arbitraje.

Desde la perspectiva del Tribunal, lo anterior demostraba que los recursos sulfurados eran conocidos desde mucho antes de la celebración del Convenio de Estabilidad, sin embargo, ello no implicaba que cualquier inversión futura destinada a su explotación quedara automáticamente dentro de las garantías otorgadas por dicho Convenio. Precisamente, uno de los aspectos centrales de la controversia, consistía en determinar si la construcción de la Concentradora se encontraba protegida con la estabilidad obtenida en 1998 o si se trataba de un proyecto diferente.

El laudo no fue unánime. Por mayoría, el Tribunal Arbitral declaró que tenía jurisdicción para conocer las reclamaciones planteadas y rechazó la totalidad de las reclamaciones de la demandante. Consideró que el Estado peruano no había incumplido el Contrato de Estabilidad de 1998 y que su interpretación había sido consistente con sus términos. Asimismo, concluyó que la propia SMCV tenía dudas

respecto de si la concentradora se encontraba efectivamente comprendida dentro del régimen de estabilidad.

Para el Tribunal, tanto antes como después de ejecutarse la inversión, existían elementos que permitían concluir que la concentradora no estaba cubierta por el Contrato de Estabilidad. Entre dichos elementos figuraban informes de SUNAT. Por consiguiente, SMCV pudo haber solicitado aclaraciones al Ministerio de Energía o a SUNAT, respecto del Contrato de Estabilidad de 1998, pero no lo hizo.

Con relación al estándar previsto en el Artículo 10.5 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, el Tribunal concluyó que la demandante no había acreditado la existencia de expectativas legítimas creadas por el Estado y posteriormente frustradas. Por tal razón, el Tribunal descartó la existencia de algún incumplimiento de dicho estándar.

El árbitro Guido Santiago Tawil, designado por SMCV, discrepó respecto de la exclusión de jurisdicción sobre las reclamaciones vinculadas a sanciones e intereses derivados de las determinaciones tributarias, las cuales fueron consideradas por la mayoría como medidas tributarias excluidas del ámbito de aplicación del artículo 10.5 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos.

En cuanto al fondo de la controversia, sostuvo que todas las inversiones realizadas dentro de la Unidad Minera de Cerro Verde durante la vigencia del contrato de estabilidad debían considerarse estabilizadas. Asimismo, consideró que SMCV no tenía la obligación de llevar cuentas separadas para las actividades de lixiviación y de la concentradora, pues ambas actividades se realizaron en la misma unidad minera.

V. CUESTIONES DE LA ESTABILIDAD

La importancia del caso trasciende al conflicto concreto entre SMCV y el Estado peruano.

La controversia puso en relieve un problema que suele surgir con alguna frecuencia en proyectos extractivos de larga duración. Se trata de determinar hasta dónde se extienden las garantías de estabilidad otorgadas por el Estado cuando la inversión primigenia tiene modificaciones sustanciales, diversas ampliaciones o incorpora nuevas unidades productivas a lo largo de su desarrollo, las cuales no fueron previstas al momento de celebrarse el contrato de estabilidad.

Este tema es especialmente significativo en el sector minero, por tratarse de proyectos que, por su magnitud, suelen desarrollarse de manera progresiva mediante ampliaciones, modernizaciones o nuevas etapas de inversión que pueden ejecutarse años después de la celebración del contrato primigenio. Dar por cierto que toda inversión posterior realizada dentro de una misma unidad minera queda automáticamente amparada por un convenio de estabilidad previamente suscrito supondría ampliar el alcance de las obligaciones asumidas por el Estado más allá de lo expresamente pactado por las partes.

Por ello, uno de los principales aportes del laudo consistió en distinguir con claridad la existencia de dos proyectos y los alcances de las garantías otorgadas mediante un contrato de estabilidad. El Tribunal consideró que ambos conceptos responden a presupuestos propios, por lo que no pueden ser equiparados de manera automática. Por lo tanto, el hecho de que una inversión posterior se ejecute dentro de la misma unidad minera forme parte del mismo proyecto o tenga por finalidad incrementar la capacidad productiva de una operación ya existente no implica necesariamente que dicha inversión quede comprendida dentro del ámbito de protección de un contrato de estabilidad celebrado con anterioridad.

Así pues, el Tribunal optó por interpretar que el contrato de estabilidad vinculaba al proyecto específico que motivó su celebración y no a inversiones posteriores. Una interpretación extensiva habría significado que cualquier ampliación futura podría ser incorporada dentro de un proyecto originalmente concebido con características diferentes. De esta manera, los mecanismos diseñados para promover proyectos específicos se transformarían en instrumentos con capacidad de limitar indefinidamente la capacidad regulatoria de los Estados respecto de inversiones que nunca fueron analizadas ni negociadas al momento de celebrar el contrato.

Creemos que el caso Cerro Verde constituye un precedente importante en el arbitraje internacional de inversiones relacionado con el sector minero. El laudo contribuye a precisar el alcance de los contratos de estabilidad jurídica y reafirma que las garantías otorgadas deben interpretarse de manera estricta. Del mismo modo, reafirma la capacidad del Estado de asegurar una distribución equitativa de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, equilibrando la protección de los inversionistas y el espacio regulatorio de los Estados.

Respecto del estándar de trato justo y equitativo también puede advertirse una evolución considerable. Las recientes decisiones arbitrales han limitado el alcance de este estándar, exigiendo que las expectativas de los inversionistas deben basarse en compromisos puntuales de los Estados y no en una presunta estabilidad general del marco regulatorio.

En ese escenario, los Estados deben diseñar con especial diligencia los contratos de estabilidad, delimitando con precisión aspectos tales como los siguientes:

- el alcance de las garantías otorgadas a los inversionistas;
- la incorporación de cláusulas que preserven la capacidad regulatoria del Estado, tanto en los tratados de inversión como en los contratos celebrados con los inversionistas;
- la definición puntual de los alcances de las inversiones comprendidas en el régimen de estabilidad, así se precisará si la estabilidad aplica únicamente al proyecto inicial o a sus posteriores ampliaciones o expansiones.
- el diseño de normativa fiscal que permita al Estado participar de manera razonable en los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, sin que esto genere incertidumbre excesiva para los inversionistas. Se debe ser transparente y previsible.

En sectores como el minero, en donde convergen intereses económicos, sociales y ambientales de relevancia pública, el reto está en conseguir un equilibrio entre la promoción de la inversión y la preservación de la capacidad regulatoria estatal.

Los Estados deben diseñar mecanismos que armonicen ambos objetivos. Por su parte, los tribunales arbitrales deben tener el conocimiento, pericia y habilidad suficiente para resolver adecuadamente las controversias que se deriven.

A la luz del análisis del caso efectuado, es posible responder la interrogante que da título a este trabajo: la tendencia en la jurisprudencia arbitral es reconocer que los convenios de estabilidad jurídica no tienen por efecto congelar de manera indefinida la potestad reguladora del Estado. Este caso pone de manifiesto que la búsqueda de un equilibrio entre la protección de las inversiones y el ejercicio de la soberanía regulatoria estatal constituye uno de los ejes centrales del derecho internacional económico actual.

Hechos no controvertidos

N.º	Sub	Período / Años	Descripción del Hecho No Controvertido
A	—	1880 - 1970	Exploración inicial de la mina Cerro Verde (de 1880 a 1970)
B	—	1971-1985	El desarrollo de la mina Cerro Verde y estudios de factibilidad para construir una concentradora
C	—	1981-1994	Adopción de marco regulatorio minero en Perú. Se privatiza Cerro Verde, y se crea SMCV
D	—	1994-1998	SMCV celebra dos contratos de estabilidad y continúa explorando la factibilidad de una concentradora en Cerro Verde
E	—	1998-2001	Contrato de Estabilidad de 1998 entra en vigor y SMCV continúa invirtiendo en Cerro Verde
F	—	2002-2004	SMCV evalúa la construcción de una concentradora en Cerro Verde. Perú aprueba una Ley de Regalía Minera
G	—	2004	SMCV invierte USD 850 millones en Concentradora. MINEM aprueba solicitudes de SMCV para reinversión de utilidades y ampliación de la Concesión de Beneficio
H	—	2004-2008	Se apela Ley de Regalía y beneficio de reinversión de utilidades de SMCV, Phelps Dodge. MINEM y SUNAT expresan posiciones sobre garantías de estabilidad, y se producen cambios en la estructura corporativa de SMCV
I	—	2008-2014	SUNAT inicia fiscalización a SMCV. Se imponen varias determinaciones a SMCV. SMCV sigue invirtiendo. Perú modifica Ley de Minería
J	—	2009-2020	SMCV involucrada en determinaciones de la SUNAT sobre regalías, IGV, Renta, Adicional a la renta, Impuesto Especial a la Minería y las Determinaciones de Fondo Complementario de Jubilación Minera, Solicitudes de devolución de pagos del GEM presentadas.
J	9	2009-2020	Inicio del arbitraje.

Marco normativo que permitió al Estado Peruano celebrar los convenios de estabilidad con SMCV

MARCO NORMATIVO - CONVENIOS DE ESTABILIDAD CON SMCV		
Instrumento Legal		¿Qué establece?
i)	Ley General de Minería (D. L. 109) , del 12 de junio de 1981	Establecía que el Estado podía firmar contratos de estabilidad con empresas mineras.
ii)	Decreto Legislativo No. 662 , agosto de 1991	Aprobó un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras: estabilidad fiscal, cambiaria y protección de la propiedad privada.
iii)	Decreto Legislativo No. 708 – Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, del 6 de noviembre de 1991	Reforzó los incentivos de inversión para empresas mineras con garantías de estabilidad fiscal y administrativa; dispuso términos específicos para los contratos de estabilidad en el sector minero.
iv)	Decreto Legislativo No. 757 – Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, del 13 de noviembre de 1991	Dispuso protecciones a los inversionistas de forma más detallada.
v)	TUO de la Ley General de Minería , del 3 de junio de 1992	Ofreció incentivos para promover la inversión privada; estableció un régimen de estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa. Los contratos de estabilidad tenían una duración de 10 y 15 años y eran contratos de adhesión.
vi)	Principios Básicos del Contrato – Minero Perú, enero de 1993	Estableció que el comprador tendría derecho a suscribir un contrato de Garantía a la Inversión Privada y un contrato de Garantía y Medidas de Promoción a la Inversión en la Actividad Minera.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Perú, artículo 62.
- ARAOZ VILLENA, Luis Alberto. Los contratos-ley y la seguridad jurídica de las inversiones. Lima, 2002.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Citado por ARAOZ VILLENA, Luis Alberto, Los contratos-ley y la seguridad jurídica de las inversiones. Lima, 2002.
- GARCÍA SCHRECH, Marcial. "Convenios de estabilidad tributaria y consideraciones sobre el riesgo país: el caso peruano". *Ius et Veritas*, N.º 30.
- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (SUNAT). Estimación del efecto de los convenios de estabilidad jurídica sobre la recaudación. Lima, 2002.
- Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN). Información estadística sobre convenios de estabilidad jurídica vigentes al cierre de 2023.
- Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006 y vigente desde el 1 de febrero de 2009.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), vigente para el Perú desde el 8 de septiembre de 1993.
- *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 3 de agosto de 2005.
- *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI ARB/10/7, Laudo de 8 de julio de 2016.
- *Freeport-McMoRan Inc., en nombre propio y en representación de Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. c. República del Perú*, Caso CIADI ARB/21/29, Laudo de 17 de mayo de 2024.
- Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos, artículo 10.5.