

ACADEMIA DIPLOMÁTICA DEL PERÚ
“JAVIER PÉREZ DE CUÉLLAR”



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DIPLOMACIA Y RELACIONES
INTERNACIONALES**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DIPLOMACIA Y RELACIONES INTERNACIONALES**

TEMA DE INVESTIGACIÓN:

**EL USO DE DECLARACIONES INTERPRETATIVAS EN LA
MITIGACIÓN DE RIESGOS DERIVADOS DE LOS ACUERDOS DE
PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES**

PRESENTADO POR:

DAPHNE YOSHABEL JERÍ AMAYA

ASESOR TEMÁTICO: **MINISTRO SDR JAVIER AUGUSTO PRADO
MIRANDA**

ASESORA METODOLÓGICA: **DOCTORA MILAGROS AURORA
REVILLA IZQUIERDO**

Lima, 02 de noviembre de 2017

A mis padres, hermana y sobrinas,
por su apoyo y cariño incondicional

A la memoria de
Adrián Román Fernández y
Freddy Salas Laqui

AGRADECIMIENTOS

La presente investigación no hubiese sido posible sin el apoyo de Dios y mi familia. La formación brindada por mis padres a través de valores, sabios consejos y amor son constantes en la búsqueda de este sueño.

Agradezco a aquellos funcionarios del servicio diplomático y especialistas quienes estuvieron siempre prestos a absolver mis consultas.

En primer lugar, agradezco a la Embajadora Silvia Alfaro Espinosa por recibirme en la Dirección General de Promoción Económica, en la que tomé conocimiento del novedoso tema sobre el cual versa la presente investigación.

Un especial agradecimiento a mi asesor temático, el Ministro Javier Prado Miranda, por su buena disposición y retroalimentación a lo largo de este año. Así también, mi agradecimiento al Tercer Secretario Mateo Cegarra Basile por compartir sus conocimientos sobre las inversiones y ser mi guía desde el primer día en el que decidí realizar la presente tesis. También, al Tercer Secretario Arnold Farro Fernández y al doctor Ricardo de Urioste Samanamud por su valioso apoyo.

Por último, a quienes me acompañaron a lo largo de estos dos años. En principio a la Tercera Secretaria Lourdes Mochizuki Tamayo y al Tercer Secretario Antonio Chang Huayanca por brindarme siempre sinceros ánimos y soporte académico. A mis compañeros de la Academia Diplomática del Perú, por haber compartido conmigo nuevas experiencias que siempre atesoraré, en especial a nuestro querido amigo Freddy Salas Laqui, de quien siempre imitaré su perseverancia y optimismo.

RESUMEN

La presente investigación toma como base los Acuerdos Internacionales de Inversión, específicamente los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, que fueron suscritos en su mayoría en la década de los noventa. Estos instrumentos, se perfilaron durante muchos años como instrumentos idóneos para la atracción de inversión extranjera al garantizar determinados estándares de trato y protección así como acceso directo a los inversionistas a los Tribunales Arbitrales Internacionales. Ahora bien, la puesta en ejecución de estos acuerdos y su aplicación a las controversias que fueron surgiendo, permitieron constatar que determinadas cláusulas habían sido redactadas de manera ambigua. Ello genera perjuicios y riesgos latentes para los Estados suscriptores dado que los Tribunales Arbitrales en diversos casos han adoptado criterios dispares respecto a los alcances de dichas cláusulas. Tanto más, esta situación tiene plena vigencia ya que los instrumentos indicados siguen vigentes, encontrándose los Estados expuestos a demandas que encuentran fundamento en las referidas cláusulas. En ese orden de ideas, la presente tesis analiza la figura de las Declaraciones Interpretativas como herramienta que permite esclarecer las cláusulas ambiguas, consideradas controversiales, y de esta manera prevenir los riesgos derivados de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Palabras clave: Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, estándar de trato, estándar de protección, declaraciones interpretativas, Convención de Viena.

ABSTRACT

This research takes as a starting point International Investment Agreements, specifically Bilateral Investment Agreements signed during the nineties. These were widely accepted during several years as suitable instruments for the attraction of foreign investors through certain clauses like treatment and protection standards and investors direct access to Arbitral Tribunals. However, the execution of these agreements and controversies that were emerging, allowed to verify that some clauses had been drafted ambiguously. This generates damages and latent risks for State Parties, given that Arbitral Courts in different cases have adopted disparate criteria regarding the scope of the clauses. All the more, this situation is fully valid since these instruments are still in force, which is the reason why States are exposed to lawsuits based on the aforementioned clauses. In this order of ideas, this thesis analyzes Interpretative Declarations as a potential tool to clarify the ambiguous clauses, considered controversial, and in this way, prevent risks derived from Bilateral Investment Agreements.

Key Words: Bilateral Investment Agreements, treatment standard, protection standard, interpretative declarations, Vienna Convention.

LISTA DE SIGLAS

AII	Acuerdos Internacionales de Inversión
APPRI/BIT	Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones / Bilateral Investment Treaty
BIRF	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
CAN	Comunidad Andina
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNUCYD/UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo / United Nations Conference on Trade and Development
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DPE	Dirección General de Promoción Económica
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade / Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
MRE	Ministerio de Relaciones Exteriores
NMT	Nivel Mínimo de Trato
NOEI	Nuevo Orden Económico Internacional
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos
OMC	Organización Mundial del Comercio
SICRECI	Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión
TJE	Trato Justo y Equitativo
TLC	Tratado de Libre Comercio
TN	Trato Nacional
TNMF	Trato de Nación más Favorecida

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I - ANTECEDENTES DE LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES	5
1. Antecedentes	6
2. Década de los 60 y 70	7
2.1. Escenario mundial.....	7
2.2. Escenario regional.....	11
3. Década de los 80 y 90	13
4. Década del 2000.....	16
5. Situación del Perú	17
CAPÍTULO II - ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES Y LA EXPERIENCIA PERUANA	20
1. Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	21
2. Identificación de cláusulas controvertidas	23
2.1. Nivel Mínimo de Trato: Trato Justo y Equitativo y protección y seguridad plenas.....	24
2.2. Trato de Nación más Favorecida	28
2.3. Derechos de los accionistas	32
3. La experiencia peruana en la solución de controversias Inversionista-Estado.....	35
3.1. Pre controversia	36
3.2. Trato Directo.....	36
3.3. Arbitraje	37
3.4. Análisis de los casos e identificación de riesgos	51
CAPÍTULO III - EL USO DE DECLARACIONES INTERPRETATIVAS.....	54
1. La Interpretación de los tratados.....	56
1.1. Métodos de interpretación.....	58
2. Artículo 31, párrafo 3, incisos a y b.....	60
2.1. Artículo 31, párrafo 3, inciso a - Acuerdo ulterior	61
2.2. Artículo 31, párrafo 3, inciso b - Práctica ulterior	63
3. Efecto jurídico del acuerdo ulterior y práctica ulterior	66
4. Viabilidad y beneficios en el uso de Declaraciones Interpretativas en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones	66

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	68
BIBLIOGRAFÍA	70
ANEXOS.....	73 !

INTRODUCCIÓN

Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) surgieron luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial con la intención de construir un régimen global para las inversiones. Es así que nacen como una respuesta frente al proceso de descolonización con la finalidad de reducir los riesgos “no comerciales” que enfrentaban los inversionistas y las inversiones provenientes de Estados desarrollados en el territorio de Estados en vías de desarrollo, países que a partir de ese momento habían adquirido autonomía en el control de sus medios de producción y sobre las políticas de inversión en su territorio.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCYD o UNCTAD por sus siglas en inglés) define estos instrumentos jurídicos internacionales como “Acuerdos entre dos Estados para el recíproco estímulo, promoción y protección de inversiones en el territorio de cada uno de los Estados parte, frente a las empresas radicadas en el otro Estado parte”.¹ Ciertamente, la proliferación de las ideas de libre mercado en la comunidad internacional en la década de los noventa, generó un incremento sustancial en su suscripción, siendo percibidos por los Estados en vías de desarrollo como una herramienta idónea para fortalecer su competitividad en la captación de inversión extranjera.

El Perú no fue ajeno a esta situación y volcado hacia una visión económica liberal, adoptó los APPRI como parte de la política nacional para atraer inversiones, suscribiendo veinticuatro de estos Acuerdos en la década del noventa. Es importante indicar que actualmente, el Perú mantiene en total veintinueve APPRI vigentes; no obstante, en los últimos años ha optado por suscribir acuerdos de inversión como parte de Acuerdos Comerciales.

Ahora bien, los APPRI han evolucionado a lo largo del tiempo, existiendo diferencias fundamentales entre aquellos que se firmaron en la década de los 90 y

¹ UNCTAD, Página Web: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Visto el 16 de setiembre de 2017.

que continúan vigentes, y aquellos acuerdos de inversión modernos desarrollados en su mayoría en capítulos de inversión dentro de Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos en este nuevo siglo.

La puesta en ejecución de los APPRI suscritos en los noventa y su aplicación en las controversias que fueron surgiendo, permitieron constatar que determinadas cláusulas habían sido redactadas de manera ambigua, lo cual generaba perjuicios y riesgos latentes para los Estados firmantes de estos instrumentos, dado que los Tribunales Arbitrales en diversos casos adoptaban criterios dispares respecto a los alcances de estas disposiciones. Esta situación tiene plena vigencia en la actualidad, porque los APPRI que contienen tales ambigüedades siguen aún vigentes, siendo que la exposición de los Estados receptores de inversiones, como el nuestro, a demandas que conlleven a interpretaciones dispares de los Tribunales es un peligro latente. Con ello, se genera la necesidad de conocer y aprender de experiencias asociadas, con la finalidad de identificar estrategias prácticas como herramienta de prevención para el Estado peruano.

En esa misma línea de ideas, se ha pronunciado Lise Johnson del Centro para Inversiones Sostenibles de Columbia, quien refiere que en los últimos años, diversos países latinoamericanos han modernizado sus tratados de inversión, para precisar entre otros puntos, los estándares de trato y protección que fueron vagamente redactados en su momento, con la finalidad de reducir la exposición de los Estados a demandas bajo tales cláusulas. A pesar que estas reformas se han incluido en acuerdos de inversión modernos, existe un riesgo latente para los Estados que suscribieron APPRI con disposiciones ambiguas en la década anterior ya que dichos tratados continúan en vigor.²

Ante lo expuesto, el objetivo de la presente tesis es investigar respecto de la viabilidad en el uso de Declaraciones Interpretativas a efectos de reducir los riesgos para los Estados derivados de la suscripción de los APPRI indicados, así también

² Lise Johnson es la Jefa principal en Derecho de las Inversiones y Política del Centro de inversión sostenible de Columbia. !

como mecanismo que proteja y prevenga al Estado peruano frente a determinadas cláusulas que fueron redactadas en su momento de manera ambigua y que pueden conllevar más adelante a posibles demandas ante Tribunales Arbitrales.

Debe señalarse que conforme al artículo 31, párrafo 3, incisos a y b³ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados tienen la libertad de interpretar los tratados mediante acuerdos o prácticas ulteriores, señalando qué es lo que entienden del contenido de los instrumentos de los que forman parte, al momento de ser emplazados por un inversionista ante un Tribunal Arbitral internacional.

En ese sentido, la factibilidad de actuar proactivamente y contar con un instrumento, que podrían ser las Declaraciones Interpretativas, que tome como base legal el citado artículo de la Convención de Viena, se analizará como propuesta de posible solución.

En ese orden de ideas, el primer capítulo versará sobre los antecedentes que originaron la creación de los APPRI. El segundo capítulo analizará los APPRI suscritos en la década de los noventa e identificará las cláusulas que han sido particularmente controversiales debido a su ambigüedad y que por ello, fueron utilizadas como fundamento de demandas interpuestas por los inversionistas ante los Tribunales Arbitrales; así mismo se realizará una comparación con las cláusulas modernas que se han adoptado actualmente en los Acuerdos Internacionales de Inversión. El tercer capítulo se enfocará en las Declaraciones Interpretativas, particularmente lo estipulado en el artículo 31, párrafo 3, incisos a y b, como herramienta propuesta para el esclarecimiento de las cláusulas ambiguas de manera

³ “Art. 31.- Regla general de interpretación. (...)

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;...”

de proteger al Estado peruano ante posibles demandas de inversionistas basadas en dichas disposiciones.

El presente trabajo espera ser una contribución al Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, en la medida en que este Sector forma parte de la Comisión Negociadora de Convenios de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. El propósito de esta investigación es evaluar la viabilidad de un instrumento que proteja al Estado peruano frente a la ambigüedad redactada en determinadas cláusulas de los APPRI.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) se crearon a partir del término de la Segunda Guerra Mundial como instrumentos para la atracción de inversión extranjera. Su finalidad era lograr el desarrollo de países recientemente independizados, servir como herramienta de promoción para aquellos Estados afectados por la guerra, así como proteger las inversiones de los nacionales de países desarrollados establecidas en países que adquirieron su autonomía producto de la descolonización.

En ese sentido, en tanto Acuerdos Internacionales de Inversión⁴ (AII), han evolucionado hasta tomar finalmente la forma de APPRI a finales de los años cincuenta. En ese orden de ideas, con el objetivo de contar con una visión detallada respecto de su creación, el primer capítulo estudiará los antecedentes de estos instrumentos y su evolución, al igual que los nuevos Acuerdos que los Estados actualmente optan por suscribir en materia de inversiones, mediante los cuales se han perfeccionado diversas disposiciones como las referidas a los estándares de trato y protección a efectos de prevenir riesgos derivados de la interpretación de su texto.

⁴ Según Jeswald Salacuse los Acuerdos Internacionales de Inversión pueden ser: a. Acuerdos bilaterales de inversión, comúnmente llamados APPRI; b. Acuerdos económicos bilaterales con disposiciones de inversiones; c. Otros acuerdos de inversión que involucren más de dos Estados. SALACUSE, Jeswald, "The Law of Investment Treaties". Nueva York: Oxford University Press. 2010:1.

1.1 Antecedentes

A inicios del siglo XVIII, los países de occidente empezaron a suscribir tratados comerciales. Países como los Estados Unidos de América se percataron en la necesidad de desarrollar un instrumento legal internacional que cumpliera con un doble propósito; por un lado, que estableciera un marco legal comprehensivo que contribuyera al desarrollo de las buenas relaciones con países de gran poder, preservando así la seguridad nacional y el comercio; y por otro lado, que creara nuevas relaciones comerciales con otras naciones emergentes.

Con ello, surgieron los "Tratados de Amistad, Comercio y Navegación"⁵, los cuales otorgaban determinadas garantías a favor de los inversionistas, pero que se encontraban principalmente orientadas al comercio, contemplando la obligación de proteger la propiedad de los nacionales de una parte en el territorio de otra parte; la protección de las inversiones no tenía un rol preponderante.

De igual manera, países de Europa suscribieron tratados similares, originándose a lo largo de los años una evolución y desarrollo en los conceptos empleados, sobre todo en lo relativo a los estándares de trato y protección de las inversiones extranjeras, los cuales fueron incorporados progresivamente durante los siglos XX y XXI.

Luego de la Primera Guerra Mundial, los "Tratados de Amistad, Comercio y Navegación" empezaron a tratar gradualmente con las inversiones en el extranjero, enfocándose en el trato a los nacionales estadounidenses, la protección de la propiedad de dichos nacionales frente a acciones arbitrarias y discriminatorias, la expropiación, los procesos de arreglo de controversia, entre otros. No obstante los avances realizados, la inversión extranjera de los Estados Unidos no era

⁵ El primer "Tratado de Amistad, Comercio y Navegación" se llevó a cabo entre los Estados Unidos y Francia en 1778.

significativa, al mismo tiempo que las inversiones europeas seguían favoreciendo a sus colonias.

2.1 Década de los 60 y 70

2.1.1 Escenario mundial

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, las naciones del mundo se comprometieron en la construcción de nuevas instituciones que lideraran la expansión económica global y generaran prosperidad, teniendo como objetivo la facilitación del flujo de bienes, capital e inversiones.

Algunas de dichas instituciones incluyeron al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF, y actualmente denominado Banco Mundial), al Fondo Monetario Internacional (FMI) y al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (conocido como GATT por sus siglas en inglés, más adelante Organización Mundial de Comercio).

Con ello, los años de la post-guerra conllevaron a una gran expansión en las inversiones extranjeras, así como cruciales modificaciones en los "Tratados de Amistad, Comercio y Navegación" explicados anteriormente. Tal es así que se contempló una cláusula destinada a la solución de controversias a través del sometimiento de la jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Adicionalmente, se incluyó la "Fórmula Hull"⁶ que hacía mención a una pronta, adecuada y efectiva compensación en caso se expropiara la propiedad de nacionales y empresas de la contraparte. A pesar de los avances en estos Acuerdos, los países en desarrollo pronto empezaron a cuestionarse respecto de los verdaderos

⁶ Denominada así porque esta fue expresada por Cordell Hull, Secretario de Estado de los Estados Unidos, al señalar que ningún gobierno tiene derecho a expropiar la propiedad privada por cualquier propósito, sin una compensación de pago pronta, adecuada y efectiva.

beneficios de la inversión extranjera, iniciando así un declive en la suscripción de aquellos instrumentos.

Este escenario dio inicio a una nueva fase en el desarrollo de los AII a finales de la década del cincuenta. Países europeos empezaron la negociación de acuerdos bilaterales los cuales versaban exclusivamente sobre inversión extranjera, buscando crear un marco legal internacional que gobernara las inversiones de sus nacionales en el territorio de otro estado. De esta manera nacen los APPRI.

Al respecto, Alemania⁷ lideró la nueva fase de construcción de los Acuerdos de Inversión, impulsado por las cuantiosas pérdidas originadas como consecuencia de su derrota al término de la Segunda Guerra Mundial. Al mismo tiempo, al vivirse el proceso de descolonización de la época, diversos países europeos requerían proteger y facilitar las inversiones de sus nacionales en países recientemente independizados, siendo que las antiguas potencias coloniales se vieron también en la necesidad de desarrollar programas bilaterales con sus antiguas colonias y países en desarrollo a través de los APPRI. El objetivo era reducir los riesgos “no comerciales” que enfrentaban los inversionistas e inversiones de Estados desarrollados en el territorio de Estados en desarrollo, al haber adquirido estos últimos la autonomía de sus medios de producción y políticas de inversión del territorio.

Aunado a ello, una de las mayores innovaciones de estos instrumentos correspondía a la cláusula de arbitraje internacional que brindaba al inversionista la facultad de reclamar directamente ante tribunales arbitrales independientes en contra de los Estados por incumplimiento del APPRI; es decir, se consignaba el denominado Arbitraje Inversionista-Estado, el cual devino en una importante herramienta para asegurar el cumplimiento de las disposiciones del Tratado. Vale indicar que la trascendencia de esta cláusula para los inversionistas y los Estados al someter las

⁷ La República Federal de Alemania fue el primer país en suscribir un APPRI, lo cual realizó con Pakistán en 1959.

controversias a Tribunales Arbitrales independientes es: a. Despolitiza las controversias, b. Ubica a ambas partes en un mismo nivel al evitarse el uso de foros internos que pudieran fallar a favor de los Estados receptores, c. Implica un reclamo directo por parte del inversionista, evitando recurrir a la figura de la protección diplomática, la cual podía no ser otorgada por el Estado.

Bajo ese contexto, en la década del 60, el Banco Mundial se percató que las disputas entre los inversionistas y los Estados impedían el flujo de capital para el desarrollo de los países menos desarrollados. Los inversionistas mostraban preocupación respecto del cumplimiento de los compromisos adoptados por los Estados, deviniendo en un riesgo político y generando un clima adverso a las inversiones. Al respecto, se requería de un mecanismo internacional disponible para la conciliación y el arbitraje en disputas relativas a las inversiones, a efectos de mejorar el clima para la inversión y fomentar el flujo del capital extranjero hacia los países en desarrollo.

Conforme a lo expuesto, mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados suscrito en 1965 (conocido también como el Convenio de Washington), se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI) como una nueva institución internacional destinada a otorgar facilidades para la conciliación y arbitraje ante controversias en materia de inversiones. Este organismo buscaba fomentar un clima de confianza mutua entre Estados importadores y exportadores de capital, proporcionando reglas básicas para proteger los intereses legítimos de los gobiernos e inversionistas extranjeros en la solución de disputas Inversionista-Estado.

Con ello, diversos países incluyeron dentro de sus APPRI su sometimiento a la jurisdicción del CIADI, siendo el Acuerdo entre los Países Bajos e Indonesia el primero en incorporar una cláusula al respecto en el año de 1968.

Por otra parte, es necesario indicar que en la década del 70, países en desarrollo, así como países socialistas iniciaron un esfuerzo conjunto desde la Asamblea General de las Naciones Unidas - en la que conformaban mayoría. Es así que en 1974, en el seno de dicha Asamblea se adoptó la Declaración del Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI)⁸, proclamando un Nuevo Orden Económico basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación de todos los Estados, que permitiera corregir las desigualdades.

Esta Declaración señaló, entre otras cosas, que la dominación extranjera y colonial y el neocolonialismo seguían siendo obstáculos para el progreso de los países en desarrollo, teniendo estos últimos soberanía permanente sobre sus recursos naturales y otras actividades económicas, lo cual incluía el derecho de nacionalización o transferencia de propiedad a sus nacionales, siendo que no se especificaba ninguna obligación de pago de compensación.

Ese mismo año, la Asamblea General adoptó la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados la cual en su artículo 2, numeral 2, inciso c, indicó que todo Estado tiene el derecho de: "c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados, y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios."⁹

⁸ Naciones Unidas, Resolución 3201, 1974.

⁹ Naciones Unidas, Resolución 3281 - Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, 1974.

Este escenario generó un doble panorama, en el que por un lado se tenía a los países socialistas y países en desarrollo afines a la ideología del NOEI, y por otro lado, Estados desarrollados que ante la amenaza de una expropiación sin compensación y la necesidad de proteger sus inversiones extranjeras en otros países, promovieron el desarrollo de los APPRI.

2.2.! Escenario regional

Mientras tanto, paralelamente a la tendencia internacional del NOEI, la región latinoamericana tenía su propia dinámica e ideologías que imposibilitaban la suscripción de los APPRI.

Dentro de aquellas, se tuvo el modelo adoptado por la Comunidad Andina (CAN, conocida hasta 1996 como Grupo Andino) que nació en 1969. Como indica Canale, este proceso de integración se da en un contexto en el que los países de América Latina tenían como objetivo el desarrollo de su propia industrialización, teniendo como base, en gran medida, el modelo de sustitución de importaciones que era promovido por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).¹⁰

Tudela haciendo referencia a la Teoría de Prebisch señala que la estructura de dicho modelo, tuvo como concepto esencial que el crecimiento económico se obtendría a través de un aumento de la producción y un desarrollo de la demanda. De esta manera, el mercantilismo monopólico mejoraría los términos del comercio exterior, encontrándose el régimen político económico dentro del Estado Nacional. Prebisch, quien inspira a la CEPAL, afirmaba que la única manera en la que América Latina

¹⁰ CANALE, Liliana, "El Grupo Andino en el actual Contexto Regional" en RAMACCIOTTI, Beatriz. "Derecho Internacional Económico". Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993: 181.

pudiera acelerar su tasa de crecimiento económico era mediante la industrialización.¹¹

Ahora bien, estos conceptos se expresaron en la Decisión 24 de la CAN del año 1970 sobre el "Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías". Esta decisión conforme a lo expresado por Tudela sostenía que "... en primer lugar, que las empresas que están bajo propiedad o control extranjero, deben, en un plazo gradual de 10 o 15 años, traspasar la propiedad o el control a las economías nacionales; en segundo lugar, establece restricciones al capital extranjero; en tercer lugar limita la exportación de utilidades; en cuarto lugar, niega a las empresas extranjeras el crédito de corto plazo nacional; en quinto lugar, prohíbe a cualquier corporación extranjera prestar fondos a sus subsidiarias con una tasa superior a tres puntos sobre el prime rate del país de origen."¹²

Más aún, la región había adoptado dos doctrinas que se basaban en la defensa de las ventajas del territorio nacional en materia de inversiones: la Doctrina Drago¹³ y la Doctrina Calvo¹⁴.

La primera, referida a la prohibición del uso de la fuerza para exigir el cobro de las deudas de los países de América Latina; y, la segunda, vinculada al Estado independiente el cual no puede ser sometido a la injerencia de otros Estados, en virtud del principio de igualdad de estos. De la misma manera, esta última hacía referencia a que los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios

¹¹ TUDELA, Francisco, "Cambios económicos y Democracia en América Latina" en RAMACCIOTTI, Beatriz. "Derecho Internacional Económico". Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993: 254.

¹² TUDELA, "Cambios económicos y Democracia en América Latina" en RAMACCIOTTI, Beatriz. "Derecho Internacional Económico", 255.

¹³ Formulada por el Canciller de Argentina Luis María Drago luego de los bombardeos en las costas venezolanas por parte de Inglaterra, Alemania e Italia con el objetivo de exigir el pago de las deudas que tenía dicho Estado.

¹⁴ Formulada por el jurista argentino Carlos Calvo ante su preocupación por las constantes intervenciones de los países desarrollados en Latinoamérica a propósito de ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales.

que los nacionales, siendo que la solución de las controversias debía llevarse a cabo ante los Tribunales Internos del Estado Territorial.

Ante ello, se aplicaba la cláusula Calvo a los acuerdos con los inversionistas extranjeros, quienes debían renunciar a la protección diplomática¹⁵ y acudir únicamente a los tribunales locales del Estado receptor.¹⁶

Con lo expuesto, América Latina en la década del 60 y 70, en tanto había adoptado teorías que se ajustaban al pensamiento político y económico de la época, se mostraba reacia a la suscripción de Acuerdos Internacionales de Inversión.

3.1 Década de los 80 y 90

Finalizando la década del 80 empieza una era global de los AII, reflejándose cambios en el contexto en el que los Acuerdos de Inversión eran negociados.

Diversos factores económicos y políticos se asocian a la adopción de una nueva perspectiva a finales de la década del 80 e inicios de la década del 90, generando que una mayor cantidad de países suscribiesen APPRI.

Por un lado se tiene que el fin de la era comunista y las economías dirigidas en la década de los 80 generó un cambio en las inversiones. Economías emergentes de Oriente y Europa central, así como algunos países de América Latina, África y Asia

¹⁵ Según Gonzalo Bonifaz, la tesis de Calvo más que prohibir al inversionista de acudir a mecanismos internacionales de solución mediante la protección diplomática, buscaba el agotamiento de los recursos internos de los Estados como condición previa a su ejercicio. BONIFAZ Tweddle, Gonzalo, Tesis: "La solución de controversias Inversionista-Estado en el marco de los Acuerdos de Protección y Promoción de la Inversión Extranjera". Lima: Academia Diplomática del Perú. 2004:16. En lo concerniente a Perú, la Constitución Política del país del año 1933 señalaba: "Artículo 31.- La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan. Artículo 32.- Los extranjeros están, en cuanto a la propiedad, en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas."

¹⁶ DORIN, Noelia. "Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de Promoción y protección de inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional". Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados, Buenos Aires: 6.

que habían sido en su momento contrarios a las inversiones extranjeras, empezaron a buscar activamente capital extranjero a efectos de financiar su desarrollo, lo que generó cambios en sus políticas y normas.

Como señala Daniels, la caída del muro de Berlín y el derrocamiento de las dictaduras comunistas de Europa Oriental en el año de 1989 renovaron el interés occidental en hacer negocios dentro de los países de Europa Oriental, así como en la antigua Unión Soviética, los cuales se encontraban en transición hacia una economía de mercado. Esta transición implicaba entonces liberalizar la actividad económica, reformar la actividad de negocios y establecer estructuras legales e institucionales.¹⁷

Por otro lado, un cambio de gran importancia fue la convivencia de disposiciones de comercio e inversiones en los Acuerdos internacionales, lo cual se reflejó en la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en 1995, la cual además de heredar los temas del GATT¹⁸, incluía expresamente asuntos relativos a servicios e inversiones.

En ese orden de ideas, la década del 90 fue testigo de la proliferación de los APPRI, la cual dentro del panorama ya mencionado, respondía también a la adopción de la ideología de mercado por un mayor número de países en desarrollo. Ciertamente, la prosperidad de diversas economías asiáticas que poseían altos niveles de inversión privada y que promovían la producción de bienes para la exportación demostraba el rol constructivo de la inversión extranjera y la integración global, en comparación a los países en desarrollo que tenían una política de sustitución de importaciones. Asimismo, no se contaba con alternativas adicionales frente a la

¹⁷ DANIELS, John y otros, "Negocios Internacionales. Ambientes y Operaciones". México: Pearson Educación, 2004: 125.

¹⁸ "Diversos Estados en vías de desarrollo han decidido adherir al GATT, en la creencia que su participación en este foro les va a permitir acceder a mejores condiciones de mercado y, por lo tanto, a lograr un mayor desarrollo de sus economías." en DIAZ, Rodrigo, "El Derecho Internacional Económico en el mundo contemporáneo" en RAMACCIOTTI, Beatriz. "Derecho Internacional Económico". Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993: 34.

inversión extranjera como generadora de fuente de capital. La crisis de deuda de 1980 redujo la disponibilidad de préstamos privados, por lo que los países en desarrollo que buscaban capital para financiar su desarrollo no tenían mayor alternativa que la de la inversión extranjera.¹⁹

En consecuencia, al término de la década de los 80 los países en desarrollo empezaron a abandonar la hostilidad²⁰ respecto de la inversión extranjera²¹ y buscaron abiertamente atraerla mediante la creación de un clima favorable para las inversiones. Se fueron disipando las discusiones sobre el NOEI y el derecho de expropiar sin una compensación de por medio. En esa misma línea, los países latinoamericanos abandonaron progresivamente la Doctrina Calvo y accedieron a la aplicación de estándares internacionales para la protección de la inversión foránea. Además, la Decisión 24 de la CAN fue reemplazada por la Decisión 220²² y más adelante por la 291 que garantiza un tratamiento igualitario y no discriminatorio a los inversionistas extranjeros y otorga a los Países Miembros la libertad de definir sus políticas de inversión a través de sus respectivas legislaciones nacionales.²³ Todo ello se materializó en la suscripción de los APPRI que precisamente garantizaban su protección proporcionando un ambiente más seguro, buscando de esa manera atraer la inversión extranjera.

Ante lo expuesto, si al terminar el año 1988 habían 309 APPRI suscritos a nivel mundial, diez años más tarde, en 1998, se tenían 1726 de estos instrumentos.²⁴

¹⁹ VANDEVELDE, Kenneth, "A brief history of International Investment Agreements" en SAUVANT, Karl y SACHS, Lisa, "The effect of treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows". 2009: 21.

²⁰ Al respecto también se pronuncia Díaz al indicar "Es sintomático el ingreso de estos Estados, muchos de los cuales eran sobradamente conocidos por su posición beligerante respecto de este Organismo y a la reglas que lo regían". DIAZ, Rodrigo, "El Derecho Internacional Económico en el mundo contemporáneo" en RAMACCIOTTI, Beatriz. "Derecho Internacional Económico", 35.

²¹ Entiéndase: sustitución de importaciones, mercados cerrados a bienes, servicios y capital.

²² Decisión 220 de la CAN adoptada el 11 de marzo de 1987.

²³ Decisión 291 de la CAN adoptada el 21 de marzo de 1991.

²⁴ UNCTAD 1999, "World Investment Report 1999".

Para concluir, citando a Elkin en Gonzalo Bonifaz, existen tres posibilidades por las cuales los Estados comenzaron a celebrar gran cantidad de APPRI en la década de los 90. En principio, que algunos de estos instrumentos se encuentran mejor adaptados a la competencia racional. Como segunda opción, que las partes poseen su propia agenda por promover, siendo que estos tratados pueden ser un ejercicio racional en el fortalecimiento de las capacidades y competencias internacionales de sus aliados culturales y políticos. Por último, la respuesta podría encontrarse en teorías de isomorfismo institucional, planteando que aquellas situaciones donde resulte difícil justificar racionalmente los acuerdos podrían atribuirse a la influencia de la cultura occidental dominante.²⁵

4.1 Década del 2000

La proliferación de los APPRI ha disminuido a lo largo de los últimos años, los Estados han comenzado a tener una mayor conciencia respecto de los riesgos que pueden generarse, sobre todo cuando el inversionista se encuentra facultado a través de estos instrumentos a acceder directamente a Tribunales Arbitrales al ocasionarse desacuerdos ante el incumplimiento del Tratado.

En ese sentido, la UNCTAD ha señalado en su último Informe sobre la Inversión Mundial que la cantidad de nuevas controversias Inversionista-Estado ha continuado elevándose.²⁶ En el 2016, se iniciaron 62 nuevos casos, incrementándose el número total de procesos conocidos a 767.²⁷ De los indicados, los inversionistas obtuvieron una decisión favorable sobre el fondo del 60 por ciento. (Ver anexo N.º1)

²⁵ BONIFAZ Tweddle, Gonzalo, Tesis: "La solución de controversias Inversionista-Estado en el marco de los Acuerdos de Protección y Promoción de la Inversión Extranjera", 23.

²⁶ UNCTAD, "World Investment Report 2017". 2017:114.

²⁷ El número total de casos podría ser aún mayor ya que existen determinados casos que son confidenciales.

Asimismo, la UNCTAD indicó que cerca de dos tercios de los arbitrajes sobre inversiones en el 2016 tomaron como base para su demanda los APPRI suscritos en su mayoría en la década del 80 y 90.

Debe notarse que si bien la firma de APPRI ya ha dejado de ser una tendencia, desde inicios del presente siglo hay una creciente orientación a celebrar Tratados de Libre Comercio bilaterales y multilaterales, instrumentos de naturaleza más compleja y comprehensiva, que abarcan diversas materias, incluyendo capítulos sobre inversión.

En lo concerniente a las inversiones, en estos nuevos Tratados se especifican y precisan en mayor medida las disposiciones contenidas en dichos capítulos, dado que los Estados se percataron - debido al incremento de demandas arbitrales-, que determinadas cláusulas en los APPRI habían sido redactadas de manera ambigua o amplia lo cual los perjudicaba al verse inmersos en procesos arbitrales.

5.1 Situación del Perú

El primer APPRI que suscribió el Perú fue con Tailandia en 1991. De acuerdo a la Dirección General de Promoción Económica (DPE) del Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE), actualmente el Estado peruano mantiene veintinueve²⁸ APPRI vigentes con países de la Cuenca del Pacífico, Europa y América Latina, priorizando un mayor acercamiento a economías que constituyen los principales mercados actuales o potencias de nuestras exportaciones, así como aquellas que constituyen las principales fuentes de inversión extranjera directa en el Perú.

De igual manera, el Perú cuenta con quince capítulos de inversión en TLC vigentes, suscribiéndose el primero en el año 2006 con Estados Unidos de América.

²⁸ Veinticuatro de ellos suscritos en la década del noventa.

Asimismo, el Estado peruano suscribió el Convenio del CIADI en 1991, el cual entró en vigor en el año de 1993.

Como señala Caballero "A través de los AII, el Perú se ha comprometido a un estándar mínimo de trato no discriminatorio, de manera que el inversionista extranjero reciba el mismo tratamiento que el inversionista nacional, así como al acceso sin restricción a la mayoría de sectores económicos, libre transferencia de capitales, libre competencia, garantía a la propiedad privada, libertad para adquirir acciones a nacionales, para acceder al crédito interno y externo, para remesar regalías, y también se ha comprometido a acceder a mecanismos internacionales de solución de controversias."²⁹

Sobre la normativa que regula los AII se tiene: a. La Constitución Política del Perú, la cual en su artículo 55 estipula que los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De igual manera, su artículo 63 que señala que tanto la inversión nacional como la extranjera se encuentran sujetas a las mismas condiciones; b. El Decreto Legislativo N° 662 sobre Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras; c. El Decreto Legislativo N° 757 sobre Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; d. Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada aprobado por el Decreto Supremo 162-92-EF.

Ahora bien, además de las normas indicadas, en el año 2003 se constituyó la Comisión Negociadora de Convenios de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones aprobada mediante Resolución Suprema N° 007-2003-EF, conformada por:

- ! Un representante de PROINVERSIÓN, quien lo presidirá;
- ! Un representante del Ministerio de Economía y Finanzas;
- ! Un representante del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; y,

²⁹ CABALLERO, Luz. "El Arbitraje CIADI y los Mecanismos Preventivos de Solución de Controversias Inversionista-Estado: el Caso Peruano". Lima, Alas Peruanas, 2016: 243.

-! Un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La Comisión Negociadora quedó facultada para negociar Convenios de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en sus distintas modalidades, en concordancia con los planes económicos nacionales y la política de integración comercial y en coordinación con los titulares de los sectores que integran la Comisión Negociadora.

Finalmente, en el año 2006 mediante la Ley N° 28933 se creó el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI), el cual tiene diversos fines, entre ellos, el de optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a las Controversias Internacionales de Inversión, permitiendo una oportuna y apropiada atención, así como centralizar la información de los acuerdos y tratados en materia de inversión suscritos por el Estado peruano que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias.³⁰

³⁰ El SICRECI está integrado por el Ministerio de Economía y Finanzas como Coordinador, la Comisión Especial y todas aquellas entidades públicas que suscriban tratados, convenios y contratos en materia de inversión que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias. SICRECI, Página web: <https://www.mef.gob.pe/es/acerca-de-las-asociaciones-publico-privadas-apps/sicreci>. Visto el 17 de setiembre de 2017.

CAPÍTULO II

ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES Y LA EXPERIENCIA PERUANA

Conforme a lo expuesto en el capítulo antecedente, los APPRI tuvieron gran acogida en la década de los noventa, perfilándose como instrumentos idóneos para atraer inversionistas extranjeros a través de determinadas cláusulas como las referidas a los estándares de trato y protección y al acceso directo de los inversionistas a Tribunales Arbitrales, disposiciones que finalmente se encontraban destinadas a favorecer el clima de inversión.

En ese sentido, la UNCTAD ha señalado que más de 2500 AII vigentes al día de hoy se concluyeron antes del año 2010. La mayoría de ellos negociados en la década de los noventa bajo la modalidad de APPRI, los cuales se suscribieron copiosamente (aproximadamente tres por semana), pese al poco desarrollo jurisprudencial de dichos instrumentos.³¹ (Ver anexo N.º2)

Al respecto, el mismo organismo indicó que prácticamente la totalidad de demandas interpuestas por los inversionistas ante el CIADI tuvieron como base los mencionados tratados, los cuales contenían usualmente cláusulas imprecisas, definiciones redactadas de manera muy general y pocas salvaguardas.

Con ello, el presente capítulo analizará los APPRI suscritos en la década de los noventa e identificará las cláusulas que han sido particularmente controversiales debido a su ambigüedad y que por esta razón han sido utilizadas como fundamento de diversas demandas ante Tribunales Arbitrales. Asimismo, se realizará una comparación entre las cláusulas identificadas redactadas en dicha época, y las cláusulas modernas que se encuentran en Acuerdos más complejos con capítulos de

³¹ UNCTAD. "IIA Issues Note. Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the existing stock of Old-Generation Treaties". 2017: 3-4.

inversión, las cuales fueron perfeccionadas precisamente para prevenir riesgos derivados de su interpretación.

1.1 Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

Se puede definir los APPRI como "...tratados bilaterales de naturaleza recíproca que contienen medidas y cláusulas destinadas a proteger, en el plano del derecho internacional, a las inversiones realizadas por los inversionistas de cada Estado parte en el territorio del otro Estado Parte."³²

Desde el punto de vista de un país importador de capital, el propósito de dicho instrumento sería el de atraer la inversión extranjera. En el otro extremo, para un país exportador de capital, el propósito del mismo sería el de proteger a los inversionistas de riesgos políticos e inestabilidad y salvaguardar las inversiones de sus nacionales en el territorio de otro estado.

En la misma línea, conforme lo indica Cegarra "Los APPRI contienen una serie de disposiciones a favor de los inversionistas extranjeros que protegen a estos de las medidas que el país anfitrión pudiera adoptar y que pudiese perjudicar a sus inversiones. De esta manera se reduce la incertidumbre política y jurídica a la que pudieran estar afectos los inversionistas extranjeros y se mejora el clima de inversión entre los Estados Parte."³³

³² GOBIERNO DE ESPAÑA, Secretaría de Estado de Comercio, "Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI): Contenidos y objetivos. Acuerdos Internacionales. Web Oficial. Recuperado a partir de <http://www.comercio.es/es-es/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/paginas/contenidos-y-objetivos.aspx>. Visto el 28 de agosto de 2017.

³³ CEGARRA, Mateo. Caso práctico "El Rol del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú en la negociación de un Acuerdo Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con Catar". Lima, Perú: Academia Diplomática del Perú: 2014:13.

Una gran ventaja de los APPRI, y que explica, dentro de otras razones su gran aceptación a partir de los noventa, se encuentra referido al *ius standi*³⁴ que se le reconoce al inversionista para reclamar en contra del Estado receptor de la inversión a través del arbitraje internacional, gestionando así sus propios intereses a través de una protección autónoma. Del mismo modo, tanto el contenido como el alcance de sus reglas básicas se encuentran regulados por las normas del derecho internacional.

Ahora bien, conforme se ha mencionado con anterioridad, los APPRI han evolucionado y se han modernizado a lo largo de los años con el objetivo de otorgar una mejor protección a los inversionistas y también evitar riesgos ante posibles demandas. Asimismo, más recientemente, se ha observado una creciente preferencia en la negociación de Acuerdos bilaterales de mayor alcance que contengan capítulos referidos a inversiones, tendencia respecto de la cual el Perú no ha sido ajeno. En ese mismo orden de ideas, Sornarajah señala *There are also differences that reflect the period in which the treaties were made. The provisions in the early treaties are often less stringent and formulated in nebulous terms. The Treaties show increasing sophistication as the practice develops.*³⁵

Con lo expuesto, se puede distinguir entre aquellos APPRI suscritos en la década de los noventa que adolecen de ambigüedades, las cuales son precisamente aprovechadas por los inversionistas como sustento de sus demandas ante los Tribunales Arbitrales; y, aquellos acuerdos modernos o de "última generación"³⁶ que adoptan, entre otros cambios, disposiciones más elaboradas para evitar controversias ocasionadas de su interpretación.

Con lo expuesto, la cantidad de APPRI vigentes en los países de la región son los siguientes:

³⁴ *Ius standi*: Derecho de acceso a un tribunal. Según el Oxford Reference "Right of standing: The customary international law establishing who has rights to appear before a tribunal."

³⁵ SORNARAJAH, M. "The International Law on Foreign Investment". Tercera Edición. Londres: Cambridge University Press. 2010: 186-187.

³⁶ Acuerdos de "última generación" entendidos como APPRI más modernos o Acuerdos en materia económica con disposiciones relativas a inversiones.

Países de América del Sur – APPRI vigentes³⁷

País	APPRI vigentes
Argentina	52
Bolivia	11
Brasil	0
Chile	38
Colombia	7
Ecuador	16
Guyana	4
Guyana Francesa	0
Paraguay	22
Perú	29
Surinam	1
Uruguay	29
Venezuela	26

Cuadro: Elaboración propia con información obtenida de UNCTAD
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

2.1 Identificación de cláusulas controvertidas

A través de los arbitrajes Inversionista-Estado³⁸ se ha advertido sobre la existencia de cláusulas particularmente controvertidas en los APPRI suscritos en la década de los noventa debido a la ambigüedad que presentan, las cuales revisten especial

³⁷ Totalidad de APPRI suscritos en los noventa y de "última generación".

³⁸ Los mecanismos de solución de controversias que suelen fijarse en los referidos instrumentos ante los arbitrajes Inversionista-Estado son: a. Arbitraje y/o conciliación bajo el Convenio CIADI, b. Arbitraje y/o conciliación bajo el Mecanismo complementario del Convenio CIADI, c. Arbitraje Ad Hoc conforme las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), d. Arbitraje Ad Hoc conforme a lo pactado por las partes.

importancia por el alcance de las demandas y su probabilidad de éxito.

Estas son: el uso de la cláusula de Trato Justo y Equitativo (TJE) como fundamento de las demandas interpuestas por los inversionistas; el Trato de Nación más Favorecida (TNMF) que usualmente es utilizado para expandir el alcance de la jurisdicción, importar normas sustantivas de protección y alterar cláusulas de solución de controversias; y, la capacidad de los accionistas para demandar.

En ese sentido, las referidas disposiciones han dado lugar a responsabilidades reales y potenciales de los Estados; sin embargo, ese lenguaje ambiguo debería ser esclarecido, de manera que los tratados suscritos en la década de los noventa estén en sintonía con la práctica de los tratados más modernos y expresen de manera clara los compromisos adoptados por los Estados respecto de dichos tratados.

2.1.! Nivel Mínimo de Trato: Trato Justo y Equitativo y protección y seguridad plenas

Tovar afirma que el Nivel Mínimo de Trato (NMT) supone garantizar que el país receptor otorgará a las inversiones del otro Estado un trato acorde con el derecho internacional, incluido el TJE, así como protección y seguridad plenas.³⁹

El TJE es una de las disposiciones que ha generado mayor dificultad debido a la generalidad del término. Se trata de un estándar flexible, cuya normativa se expande constantemente a nuevos elementos, siendo el más invocado ante los arbitrajes Inversionista-Estado. Más aún, la vaguedad del término ha suscitado cierta preocupación en los Gobiernos, ya que mientras menos guía se otorgue a los árbitros, implicará su mayor discreción en base a las nociones de "justicia" y

³⁹ TOVAR GIL, Javier. "Régimen aplicable a las inversiones", en TLC Estados Unidos: contenido y aplicación. Lima: Universidad de Ciencias Aplicadas (UPC). 2008: 254-255.

“equidad.”⁴⁰ En el mismo orden de ideas, Johnson afirma que ... *In less than fifteen years, the standard has morphed from one that had been largely ignored in investment treaties, to one that now serves as a type of “catch-all” cause of action for investors claiming to be aggrieved.*⁴¹

Ante ello, los tribunales han identificado determinados elementos recurrentes que constituirían el contenido normativo del estándar de TJE, de acuerdo a los hechos de cada caso. Estos elementos pueden ser analizados bajo cuatro categorías: a. Vigilancia y protección, b. Debido proceso, incluyendo la no denegación de justicia, c. Falta de arbitrariedad y no discriminación, y d. Transparencia y estabilidad del marco legal, incluyendo el respeto de las expectativas razonables de los inversionistas.⁴²

Concluir la potencial responsabilidad de los Estados bajo el TJE es particularmente complicado para los Tribunales Arbitrales pudiendo existir criterios más estrictos o benevolentes con los Estados, lo cual dependerá en muchas ocasiones de la aplicación de los elementos señalados para que se configure el incumplimiento.

Asimismo, la vinculación entre el TJE y el NMT es un factor que ha influenciado en la interpretación y posterior decisión de los Tribunales. El NMT es la línea base mínima fijada, justificada y aceptada como norma en la práctica general de los Estados. Ante ello, el establecimiento del NMT requiere de dos elementos: a. Que exista una práctica uniforme, extendida y representativa y b. Que los Estados sigan la práctica por un sentido de deber legal.⁴³

⁴⁰ SCHREUER, Christoph. “Standards of Investment Protection”. Nueva York: Oxford University Press. 2008: 2.

⁴¹ JOHNSON, Lise. “Background paper fo the Second Annual Workshop on reshaping investment treaties: Lessons from Latin America”. Santiago. 2015: 9.

⁴² YANNACA-SMALL, Katia, “Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments” en “Standards of Investment Protection”, Oxford University, 2008: 118.

⁴³ JOHNSON, Lise. “Background paper fo the Second Annual Workshop on reshaping investment treaties: Lessons from Latin America”. Santiago. 2015: 9.

Respecto de este último punto, existen cuatro enfoques que han sido adoptados por los tribunales arbitrales:

- a.! Que, el TJE es un estándar autónomo y va más allá del NMT.
- b.! Que, el TJE es igual al NMT.
- c.! Que, la diferencia entre el TJE y el NMT no es significativa en la práctica.
- d.! Los Tribunales optan por no pronunciarse sobre la relación entre el TJE y el NMT.

Los APPRI anteriores a la década del 2000 no relacionaban expresamente ambos conceptos, siendo que en los AII modernos, el enlace es más explícito. Una diferencia sustancial entre vincular el TJE al NMT se traduce en los efectos del resultado. Es decir, cuando se vinculan se genera una gama más estrecha de obligaciones, lo cual finalmente implica una mejora en la defensa de los Estados ante los reclamos; mientras que al no vincularse, se produce un estándar autónomo más amplio.

A efectos de visualizar el trato que el Perú ha proporcionado al referido estándar, se presenta un cuadro comparativo entre lo que se definía en los noventa como TJE y el concepto actual:

APPRI Perú – Bolivia (1993)	TLC Perú – EE.UU. (2006)
<p>Artículo 3. Tratamiento Nacional y Cláusula de la Nación más Favorecida (...)</p> <p>(1)! Cada Parte Contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante y no impedirá, con medidas arbitrarias o discriminatorias la libre administración, utilización, uso, goce o disposición de las inversiones por los nacionales de esa Parte Contratante. !</p> <p>(...) !</p>	<p>Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato</p> <p>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.</p> <p>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</p>

	<p>“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 derecho adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer: !</p> <p>(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</p> <p>(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.</p>
--	--

Como puede observarse, antes del nuevo milenio, el Perú no enlazaba el TJE al NMT. Es después del 2000, que los AII del Estado peruano empezaron a vincular ambas figuras.

Asimismo, de acuerdo al análisis de los arbitrajes Inversionista-Estado efectuado por el Columbia Center on Sustainable Investment, en el año 2015, el Perú se encontraba inmerso en diversas controversias bajo APPRI suscritos en la década de los noventa que no vinculaban el TJE al NMT. Ante ello, de la investigación realizada se concluyó que durante los casos arbitrales analizados no se argumentó el enlace entre ambos conceptos, por lo que el Estado peruano pareciera aceptar el TJE como un estándar autónomo.⁴⁴

⁴⁴ ARB/10/2, *Convial Callao S. A. y Compañía de Concesiones de Infraestructura S. A. c. República del Perú*: “La Demandada no cuestiona esto y reconoce que las interpretaciones de este estándar usualmente se refieren a “expectativas legítimas, buena fe, debido proceso, no discriminación y estabilidad” y que el umbral de tal estándar requiere que el “Estado no sea manifiestamente inconsistente e irrazonable”. Las Partes también concuerdan que la interpretación del estándar del TJE debe hacerse de buena fe, según el sentido ordinario dado a sus términos y conforme al derecho internacional.” ARB/10/17, *Renée Rose Levy de Levi c. República del Perú: The Respondent maintains, on the basis of several awards, that a violation of the standard of fair and equitable*

Ahora bien, a pesar que los nuevos AII suscritos con otros países sí hacen mención expresa del enlace entre los dos conceptos, se tiene que el Estado peruano posee APPRI de “antigua generación” vigentes que mantienen cláusulas de TJE ambiguas, lo cual genera un riesgo potencial en contra del Perú.

Treaty Practice – Select Countries*

X = all treaties tie FET to MST
 ~ = some treaties tie FET to MST
 0 = no treaties tie FET to MST

Country	IIAs through 2000**	Post-2000 IIAs
Canada	0	~
Chile	0	~
Colombia	0	~
Costa Rica	0	~
Mexico	0	~
Peru	0	X
United States	0	X

* based on review of UNCTAD database
 **based on date of signature

4



Fuente: Columbia Center on Sustainable Investment

2.2.! Trato de Nación más Favorecida

Mediante el TNMF los Estados se comprometen a hacer extensivo cualquier beneficio que puedan otorgar a inversionistas pertenecientes a un tercer Estado.⁴⁵ De igual manera Muchlinski indica que *The inclusion of an MFN clause in a BIT, or other type of IIA, has the effect of extending, to the home contracting country, more favorable terms of investment granted to a third state by the host contracting country.*⁴⁶ Asimismo Cegarra, señala que el TNMF busca que los países anfitriones

treatment occurs when treatment rises to a level that is unacceptable from the international perspective. (...) The Respondent maintains, on the basis of several awards, that a violation of the standard of fair and equitable treatment occurs when treatment rises to a level that is unacceptable from the international perspective.

⁴⁵ TOVAR GIL, Javier. “Régimen aplicable a las inversiones”, en TLC Estados Unidos: contenido y aplicación. Lima: Universidad de Ciencias Aplicadas (UPC). 2008: 254.

⁴⁶ MUCHLINSKI, Peter, “The Framework of Investment Protection: The content of BITs”, 2009: 52, en SAUVANT, Karl y SACHS, Lisa, “The effect of treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows”

traten a las inversiones y a los inversionistas extranjeros de forma no menos favorable que otros inversionistas e inversiones extranjeras.⁴⁷

A través de este estándar de trato se asegura la igualdad de condiciones de competencia en el mercado del país receptor entre inversionistas extranjeros de diferentes nacionalidades, complementando así el Trato Nacional (TN), el cual actúa de manera similar al equiparar las condiciones de competencia entre los inversionistas nacionales y extranjeros. Sin embargo, se hace la salvedad que el TNMF no se extiende a privilegios que se hayan concedido a inversionistas de terceros Estados por formar parte de una unión aduanera o económica, un mercado común o zona de libre comercio o acuerdos internacionales similares con terceros Estados para la asistencia económica mutua u otras formas de cooperación regional.⁴⁸

Esta ha sido una de las disposiciones más problemáticas con respecto a los inversionistas, Estados y Tribunales Arbitrales. En principio, podría suponerse que la demanda principal de esta cláusula debería surgir por un trato diferente a un inversionista extranjero frente a otro inversionista extranjero, dentro de un Estado receptor; no obstante, en la práctica, la controversia ante los Tribunales surge al intentar expandir las disposiciones del propio tratado de inversión.

Johnson especifica los usos que los inversionistas han intentado obtener de esta cláusula:

- a.! Importar una mayor cobertura sobre activos que bajo el tratado "básico"⁴⁹ no calificarían como inversiones.

⁴⁷ CEGARRA, Mateo. Caso práctico "El Rol del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú en la negociación de un Acuerdo Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con Catar". Lima, Perú: Academia Diplomática del Perú: 2014:20.

⁴⁸ Sobre este mismo punto, Ziegler señala que *The exclusion of specific treaties is particularly common in relation to so-called economic integration agreements in relation to mere investment protection agreement chapters. Often the respective exception is referred to as the REIO (Regional Economic Integration Organisation) exception.* Ziegler, Andreas, "Most-Favoured Nation (MFN) Treatment" en "Standards of Investment Protection", Oxford University, 2008: 80.

⁴⁹ Sobre el tratado básico, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) indica *When two treaties exist, one between the granting State and the beneficiary State containing the MFN clause, and the other between the granting State and a third State, the treaty that contains*

- b.! Importar (y usar el Arbitraje Inversionista-Estado para hacer cumplir) estándares sustantivos de protección que son más amplios que aquellos estipulados en el tratado "básico".
- c.! Importar reglas de procedimiento "más favorables" respecto de la conducta en los arbitraje Inversionista-Estado de cara a las reglas provistas en el tratado "básico".
- d.! Importar un acceso más amplio al arbitraje Inversionista-Estado conforme a las disposiciones de solución de controversias.

Al respecto, los Tribunales han sido relativamente abiertos sobre determinado grado de importación; no obstante, difieren sobre qué tipo de disposiciones y derechos pueden ser precisamente importados.

En algunos casos, el Tribunal ha determinado que el TNMF puede ser usado para importar (y usar el arbitraje Inversionista-Estado para hacer cumplir) obligaciones sustantivas y estándares de compensación contenidos en otros tratados. Algunos puntos referidos son:

- a.! El TNMF puede usarse para importar la cláusula paraguas⁵⁰ de otro tratado.
- b.! El TNMF puede ser usado para importar una disposición sobre TJE más favorable proveniente de otro tratado.
- c.! El TNMF puede usarse para acceder a disposiciones sobre solución de controversias "más favorables".

the MFN treatment clause is considered to be the "basic" treaty. This is the treaty which establishes the juridical link between the beneficiary State and a third party treaty and confers upon that State the rights enjoyed by the third party. en OECD, "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing. 2004: 9.

⁵⁰ De acuerdo a Sornarajah "These are provisions found towards the end of some investment treaties containing a catch-all statement that conditions and privileges that are negotiated by the parties to an investment agreement will be protected by the treaty". SORNARAJAH, M. "The International Law on Foreign Investment". Tercera Edición. Londres: Cambridge University Press. 2010: 304. En otras palabras, obligaciones contractuales pueden protegerse bajo la protección (paraguas) del APPRI. En el caso peruano, algunos APPRI de antigua generación contienen dicha cláusula de manera amplia, de manera que incluyen todo tipo de acuerdos o compromisos suscritos por una Parte con un inversionista de la otra Parte bajo el ámbito de protección del acuerdo.

Si bien los Tribunales se han mostrado más reticentes sobre permitir el uso del TNMF para a) ampliar la definición de "inversión", b) expandir el marco temporal del alcance del APPRI, c) ampliar el alcance del arbitraje Inversionista-Estado cuando el tratado señala explícitamente qué casos se permitirán por dicha vía y d) ampliar la disposición de solución de controversias más allá de la disputa refiriéndose al monto de la compensación por expropiación, se ha podido observar que árbitros y Tribunales Arbitrales han expresado opiniones diferentes sobre estos puntos.

Ahora bien, en el caso peruano el siguiente ejemplo grafica cómo ha evolucionado la citada cláusula:

APPRI Perú – Bolivia (1993)	TLC Perú – EE.UU. (2006)
<p>Artículo 3. Tratamiento Nacional y Cláusula de la Nación Más Favorecida (...)</p> <p>(2)!Cada parte Contratante específicamente, concederá a tales inversiones un trato no menos favorable que el acordado para las inversiones de sus propios nacionales o a las inversiones de nacionales de un tercer Estado, considerándose el que sea más favorable a las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante.</p> <p>(...)!</p>	<p>Artículo 10.4: Trato de Nación Más Favorecida</p> <p>1.! Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.</p> <p>2.! Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.*!</p> <p>!</p>

	<p>*Para mayor certeza, el trato “con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones”, a que hacen referencia los párrafos 1 y 2 del Artículo 10.4, no incluye mecanismos de solución de controversias...</p> <p>!</p>
--	--

Conforme al cuadro antecedente, es recién a partir de los tratados de nueva generación que se excluye expresamente la importación de derechos procedimentales (específicamente mecanismos de solución de controversias) a través del TNMF. Esto es, el Perú cuenta con acuerdos vigentes de la década de los noventa que generan un riesgo latente debido a la generalidad que presentan las cláusulas de TNMF en su redacción.

Cabe mencionar que el Estado peruano se opuso al uso del TNMF para ampliar el alcance de la cláusula de arbitraje en el caso Tza Yap Shum⁵¹, afirmando que esta se encontraba limitada al “trato” y no a las disposiciones de solución de controversias.⁵²

2.3.! Derechos de los accionistas

En la definición de inversiones, muchos tratados incluyen a las acciones y la participación en acciones. Tomando como base dicho concepto, los Tribunales Arbitrales han determinado que los accionistas no solo pueden reclamar por daños directos a sus derechos como accionistas sino que también pueden presentar reclamos por actos de los gobiernos que impacten negativamente la compañía en la cual posean acciones (conocido también como “reflective loss”). Sobre este punto

⁵¹ Tza Yap Shum c. República del Perú. ARB/07/6 bajo las Reglas de Arbitraje del CIADI. 2007. Instrumento recurrido: APPRI suscrito entre Perú y China en 1994.

⁵² El Tribunal Arbitral desestimó el fundamento del demandante dado que existía una cláusula más específica (Artículo 8(3) sobre expropiación) que debía prevalecer sobre el lenguaje general del TNMF consignada en el artículo 3 del APPRI suscrito entre el Perú y China.

Gaukrodger señala que la controversia generada sobre el derecho de los accionistas constituye una parte sustancial en los arbitrajes Inversionista-Estado.⁵³

Permitir a los accionistas asegurar la recuperación por daños a la empresa contrasta con el derecho interno de los países en los que los accionistas no se encuentran facultados para realizar tales reclamos. Al respecto, lo común en el derecho interno es que la demanda sea efectuada por la propia empresa, tanto más porque en principio el cobro por daños y perjuicios, es realizado en primer lugar por los trabajadores, los acreedores y otros sujetos con reclamos superiores para finalmente brindarse a los accionistas.

En ese sentido, el hecho que Tribunales hayan permitido que los accionistas hagan uso del arbitraje Inversionista-Estado para interponer demandas por daños ocasionados a la empresa en la cual poseen acciones, genera ciertos riesgos:

- a.! Puede ocasionar demandas paralelas por diversos accionistas de la misma empresa.
- b.! Puede ocasionar que accionistas extranjeros de una empresa demanden, incluso si la persona jurídica y el gobierno acordaron resolver la controversia.
- c.! Puede ocasionar que accionistas protegidos por el acuerdo de inversión obtengan preferencia respecto de los acreedores y otros con prioridad de cobro.

Estas decisiones amenazan con expandir la exposición de los Estados, dificultando que los Acuerdos de solución de controversias realmente solucionen los reclamos. Asimismo, puede perjudicar los derechos de los acreedores y de otras personas y entidades que no son parte del arbitraje Inversionista-Estado.

⁵³ GAUKRODGER, David. "Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency", OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, 2013: 3.

De acuerdo a Gaukrodger, los tribunales han declarado expresamente en un número significativo de casos que los accionistas pueden demandar por daños a la compañía, ocasionando incluso que el cobro por daños y perjuicios sea otorgado al demandante accionista, en lugar de ser entregado a la persona jurídica. En ese sentido, han aceptado reclamaciones frente a una amplia variedad de intereses de los accionistas como accionistas mayoritarios, accionistas minoritarios y accionistas indirectos.⁵⁴

Respecto de este punto, los AII suscritos por el Perú han evolucionado de la siguiente manera:

APPRI Perú – Bolivia (1993)	TLC Perú – EE.UU. (2006)
<p>Artículo 1. Definiciones (1)! “Inversión” designa todo tipo de activo definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión de conformidad con este Convenio; esto incluye en particular, pero no exclusivamente:</p> <p>(a)! La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas, gravámenes y derechos de prenda;</p> <p>(b)! Acciones o derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades o joint ventures; (...)</p>	<p>Artículo 10.28: Definiciones inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:</p> <p>(a)! una empresa;</p> <p>(b)! acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (...)</p>

⁵⁴ GAUKRODGER, David. “Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency”, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, 2013: 25-26.

Los AII modernos suscritos por el Perú indican que el demandante debe probar que la persona jurídica es de su propiedad o se encuentra bajo su control para tener interés legítimo.

Cabe mencionar que, en el caso Renée Rose Levy, el Estado peruano intentó impugnar la jurisdicción del Tribunal Arbitral sobre un accionista minoritario y en el caso Tza Yap Shum al tratarse de un inversionista indirecto; ambos intentos no tuvieron éxito.

3.1 La experiencia peruana en la solución de controversias Inversionista-Estado

De acuerdo a información otorgada por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y aquella consignada en los portales web del CIADI⁵⁵, UNCTAD⁵⁶, y SICRECI⁵⁷, se explicará en líneas muy generales las controversias en las cuales el Estado peruano se encuentra inmerso. Se enfatizará aquellos casos en etapa de arbitraje, ya sea que se encuentren en trámite o concluidos.

Las controversias surgidas en contra del Estado peruano pueden dividirse en tres etapas: a. Pre controversia, en la cual existen cuatro casos; b. Trato directo, con ocho casos actualmente; c. Arbitraje, encontrándose seis casos en trámite y catorce casos concluidos, de los cuales dos se resolvieron a favor del inversionista.

⁵⁵ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx#>. Vista el 30 de setiembre de 2017.

⁵⁶ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/165?partyRole=2>. Vista el 30 de setiembre de 2017.

⁵⁷ <https://www.mef.gob.pe/es/acerca-de-las-asociaciones-publico-privadas-apps/sicreci>. Vista el 30 de setiembre de 2017.

3.1.! Pre controversia

El SICRECI se encarga de aquellos casos en etapa de pre controversia, dado que se trataría de un sistema de prevención en el cual aún no se activa la cláusula de solución de controversias. En esta etapa se identifica la posible polémica y se asesora en su prevención.

Los cuatro casos peruanos identificados en esta etapa son:

- a.! Línea Yurimaguas – Iquitos (2016)
- b.! Perupetro Lote 56 (2016)
- c.! Perupetro Lote 24 (2017)
- d.! Discover Petroleum (2017)

3.2.! Trato Directo

La Comisión Especial de Solución de Controversias adscrita al MEF se encuentra a cargo de esta etapa, en la cual se busca una transacción consensuada entre las partes.⁵⁸

Actualmente, los casos en fase de Trato Directo son ocho:

- a.! LAP (2015)
- b.! Chinalco (2016)
- c.! AUNOR (2016)
- d.! Kaloti (2016)
- e.! Kallpa (2016)
- f.! D&E Investment (2016)
- g.! Chavimochic (2016)
- h.! Renco-CMLO (2016)

⁵⁸ Composición Ad Hoc por cada controversia:

- ! Miembros permanentes: MEF (Preside), RREE, MINJUS, PROINVERSION
- ! Miembros no permanentes: MINCETUR, entidades estatales involucradas en la controversia

3.3.1 Arbitraje

La etapa de Arbitraje se encuentra igualmente a cargo de la Comisión Especial de Solución de Controversias adscrita al MEF. En ella, el Tribunal Arbitral define la disputa a través de una solución final vía laudo.

3.3.1.1 Casos en trámite⁵⁹

a. Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú

Número de caso	: ARB/14/21
Materia en disputa	: Concesión minera
Instrumento recurrido	: TLC entre Perú y Canadá de 2009
Incumplimiento alegado	: Expropiación directa
Reglas aplicables	: CIADI – Reglas de Arbitraje
Nacionalidad del demandante	: Beer Creek Mining Corporation (Canadá)
Demandado	: República del Perú
Fecha de registro	: 18 de agosto de 2014
Monto indemnización solicitado:	1200.00 mln USD
Detalles de la inversión	: Derechos otorgados al demandante para la explotación de la mina de plata de Santa Ana ubicada en el Perú, en virtud de un acuerdo de concesión.
Sobre la disputa	: Reclamaciones derivadas de la promulgación del Decreto Supremo N° 032 que revocó la concesión del demandante para operar el proyecto minero de Santa Ana en el Perú, dado que el indicado proyecto ya no sería de interés nacional. Esto generó el completo cese de actividades en Santa Ana y

⁵⁹ Información obtenida de la base datos del MEF (<https://www.mef.gob.pe/es/acerca-de-las-asociaciones-publico-privadas-apps/sicreci>), CIADI (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx#>) y UNCTAD (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/165?partyRole=2>).

supuestos daños al demandante.

b. DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited y The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company c. República del Perú

Número de caso	: ARB/11/21
Materia en disputa	: Acuerdo de concesión de muelle
Instrumento recurrido	: APPRI entre Perú y Reino Unido de 1993
Incumplimiento alegado	: Nación más favorecida
Reglas aplicables	: CIADI – Reglas de Arbitraje
Nacionalidad del demandante	: DP World Callao S.R.L. (Perú), P&O Dover (Holding) Limited (Reino Unido), The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company (Reino Unido)
Demandado	: República del Perú
Fecha de registro	: 22 de julio de 2011
Monto indemnización solicitado:	200.00 mln USD
Detalles de la inversión	: Derechos bajo un acuerdo de concesión otorgado por el Gobierno Peruano para construir y operar un muelle en el puerto de Callao en Lima.
Sobre la disputa	: Reclamaciones derivadas de un supuesto trato discriminatorio por parte del Gobierno peruano al no permitir a los demandantes participar en la licitación del Muelle Norte del Puerto de Callao, así como la supuesta falta de compensación al inversor al haber otorgado mejores condiciones al actual operador del Muelle Norte, lo que supuestamente afectó el equilibrio económico del contrato de concesión del Muelle Sur y las condiciones competitivas garantizadas por el Estado.

c. !Exeteco Internacional Company S. L c. República del Perú

Número de caso : ----
Materia en disputa : Penitenciario
Instrumento recurrido : **APPRI entre Perú y España de 1994**
Incumplimiento alegado : **Trato justo y equitativo**
Reglas aplicables : UNCITRAL

Nacionalidad del demandante : Exeteco International Company S.L.
(España)
Demandado : República del Perú
Fecha de notificación : 18 de setiembre de 2013
Monto indemnización solicitado: €1'221,344.82
Detalles de la inversión : Concesión para la construcción y
administración de un centro penitenciario.
Sobre la disputa : Reclamación derivada de la cancelación para
la construcción y administración de un centro
penitenciario que había sido otorgado a una
grupo de empresas, entre las cuales se
encontraba el demandante.

d. !Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. La República del Perú

Número de caso : ----
Materia en disputa : Bonos
Instrumento recurrido : TLC entre Perú y Estados Unidos de
América de 2006
Incumplimiento alegado : Expropiación indirecta
Trato justo y equitativo/ Estándar mínimo de
trato incluyendo reclamación por denegación
de justicia
Trato Nacional
Nación más favorecida
Reglas aplicables : UNCITRAL

Nacionalidad del demandante : Gramercy Funds Management LLC (Estados

Unidos) y Gramercy Peru Holdings (Estados Unidos)

Demandado : República del Perú

Fecha de notificación : 05 de agosto de 2016 (2º versión enmendada)

Monto indemnización solicitado: US\$ 1,600'000,000.00

Detalles de la inversión : Propiedad de 9.700 Bonos de la Reforma Agraria del Perú (los bonos habían sido emitidos a ciudadanos peruanos en compensación por la expropiación de tierras agrarias a finales de los años 1960 y adquirida por los demandantes entre 2006 y 2008).

Sobre la disputa : El reclamo surge de una decisión del Tribunal Constitucional del Perú en el 2013 y de Decretos Supremos posteriores aprobados en el 2014, relacionados al esquema de amortización de los Bonos de Reforma Agraria emitidos por el Gobierno. Dichas decisiones establecían que el valor de los bonos se determinaría utilizando un método específico, el cual supuestamente disminuyó el valor total de los bonos de propiedad de los demandantes, de US\$ 1.600 millones a US\$ 1.1 millones.

e.! Metro de Lima Línea 2 S.A. c. República del Perú

Número de caso : ARB/17/3

Materia en disputa : Acuerdo de Concesión de Metro

Instrumento recurrido : Contrato

Reglas aplicables : CIADI – Reglas de Arbitraje

f.! Lidercón S.L. c. República del Perú

Número de caso : ARB/17/9

Materia en disputa : Servicio de transporte

Instrumento recurrido : APPRI entre Perú y España de 1994

Incumplimiento alegado : Expropiación indirecta

Reglas aplicables	: CIADI – Reglas de Arbitraje
Nacionalidad del demandante	: Lidercón S.L. (España)
Demandado	: República del Perú
Fecha de registro	: 05 de abril de 2017
Monto indemnización solicitado:	300.00 mln USD
Detalles de la inversión	: Contrato de concesión con la Municipalidad de Lima para la operación de centros de inspección vehicular.
Sobre la disputa	: Reclamaciones derivadas del supuesto incumplimiento de la Municipalidad respecto de un contrato de concesión que otorgaba al demandante el derecho exclusivo de operar centros de inspección de vehículos en Lima.

3.3.2. Casos concluidos

a. Compagnie Minière Internationale Or S.A. c. República del Perú. Conforme la Regla de Arbitraje CIADI 43(1), las partes acordaron poner término al procedimiento.

Número de caso	: ARB/98/6
Materia en disputa	: Proyecto de mina de oro
Instrumento recurrido	: APPRI entre Perú y Francia de 1993
Incumplimiento alegado	: ----
Reglas aplicables	: CIADI – Reglas de Arbitraje
Nacionalidad del demandante	: Compagnie Minière Internationale Or S.A. (Francia)
Demandado	: República del Perú
Fecha de registro	: 28 de octubre de 1998
Detalles de la inversión	: Participación en un proyecto para la construcción y operación de una mina de oro en Perú.
Sobre la disputa	: Reclamación originada por desacuerdos respecto de un proyecto de explotación de oro para la construcción y operación

de una mina de oro en la sierra norte del Perú.

Riesgo : ---
Resultado : Acuerdo de las partes y discontinuación del procedimiento de acuerdo a la Regla 43 (1) de las Reglas de Arbitraje.

*b. Lucchetti, S. A. and Lucchetti Perú, S.A. c. República del Perú
Procedimiento de anulación Lucchetti, S. A. and Lucchetti Perú, S.A. c.
República del Perú*

Número de caso : ARB/03/4
Materia en disputa : Fábrica de pasta
Instrumento recurrido : **APPRI entre Perú y Chile de 2000**
Incumplimiento alegado : Expropiación directa
Trato Justo y Equitativo/ Nivel mínimo de trato, incluyendo reclamación por denegación de justicia
Trato Nacional
Nación más favorecida
Medidas arbitrarias, irrazonables y/o discriminatorias
Reglas aplicables : CIADI – Reglas de Arbitraje
Nacionalidad del demandante : Empresas Lucchetti (Chile), Indalsa Perú S.A. (Perú), Industria Nacional de Alimentos S.A. (Chile), Lucchetti Perú S.A. (Perú)
Demandado : República del Perú
Fecha de registro : 26 de marzo de 2003
Detalles de la inversión : Permisos para la construcción de una fábrica de pasta ubicada en la Municipalidad de Lima.
Sobre la disputa : Reclamación surgida por la revocación de permisos de construcción previamente otorgados por la Municipalidad de Lima al inversionista, así como decretos locales que

pretenden expropiar la tierra del inversionista por razones ambientales.

Riesgo : US\$150.00 mln
Resultado : Laudo emitido el 07 de febrero de 2005 por desestimación de jurisdicción.

Solicitud de Anulación : Demandante
Resultado : Confirmación del laudo.

*c. !Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd. c. República del Perú
Procedimiento de Anulación – Duke Energy International Peru Investments
N° 1, Limited and Republic of Perú – Decisión del Comité Ad Hoc*

Número de caso : ARB/03/28
Materia en disputa : Proyecto de generación de energía
Instrumento recurrido : Contrato
Reglas aplicables : CIADI – Reglas de Arbitraje

Riesgo : US\$ 37.00 mln
Resultado : Laudo de fecha 18 de agosto de 2008 a favor del inversionista
Indemnización : US\$ 18.5 mln

d. !Aguaytia Energy, LLC c. República del Perú

Número de caso : ARB/06/13
Materia en disputa : Generación y transmisión de electricidad
Instrumento recurrido : Contrato
Reglas aplicables : CIADI – Reglas de Arbitraje

Riesgo : US\$150.00 mln
Resultado : Laudo de fecha 11 de diciembre de 2008 a favor del estado peruano.

e. !Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S. A. C. c. República del Perú

Número de caso : ARB/11/9
Materia en disputa : Acuerdos de transmisión de electricidad
Instrumento recurrido : Contrato
Reglas aplicables : CIADI – Reglas de Arbitraje

Riesgo : US\$26.4 mln
Resultado : Laudo de fecha 15 de abril de 2013 a favor del estado peruano.

f. ! Convia! Callao S. A. y Compañía de Concesiones de Infraestructura S. A. c. República del Perú

Número de caso : ARB/10/2
Materia en disputa : Proyecto de construcción de carretera
Instrumento recurrido : **APPRI entre Perú y Argentina de 1994**
Incumplimiento alegado : Expropiación indirecta
Trato justo y equitativo
Nivel mínimo de trato, incluyendo reclamación por denegación de justicia y Protección y seguridad plenas
Nación más favorecida
Medidas arbitrarias, irrazonables y/o discriminatorias
Reglas aplicables : CIADI – Reglas de Arbitraje

Nacionalidad del demandante : CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. (Argentina), Convia! Callao S.A. (Perú)
Demandado : República del Perú
Fecha de registro : 02 de febrero de 2010
Detalles de la inversión : Derechos bajo un acuerdo de concesión para construir y operar una autopista de peaje en Perú; financiamiento para la construcción del

Proyecto.

Sobre la disputa : Reclamaciones derivadas de una terminación anticipada por parte del gobierno municipal del Callao, respecto de una concesión para construir una autopista de peaje cercana a Lima, la cual fue otorgada previamente a los demandantes.

Riesgo : US\$84.00 mln

Resultado : Laudo emitido el 21 de mayo de 2013 a favor del estado peruano.

g. Isolux Corsán Concesiones S. A. c. República del Perú

Número de caso : ARB/12/5

Materia en disputa : Concesión de transmisión eléctrica

Instrumento recurrido : **APPRI entre Perú y España de 1994**

Incumplimiento alegado : Expropiación indirecta

Reglas aplicables : CIADI – Reglas de Arbitraje

Nacionalidad del demandante : Elecnor S.A. (España), Isolux Corsán Concesiones S.A. (España)

Demandado : República del Perú

Fecha de registro : 15 de febrero de 2012

Detalles de la inversión : Derechos bajo dos contratos de concesión para construir una línea de transmisión eléctrica en Perú.

Sobre la disputa : Reclamaciones resultantes de la modificación - por parte del Perú - de las bases de licitación sobre la construcción de una línea de transmisión eléctrica. Dicha modificación fue supuestamente diseñada para impedir una mayor participación del demandante después de haber calificado en dicha licitación, exigiendo a Isolux una

garantía bancaria superior a la exigida por otros oferentes.

Riesgo : US\$11.1 mln
Resultado : Avenencia de las partes e incorporada en forma de laudo el 25 de marzo de 2014 de conformidad a la regla 43 (2)⁶⁰ de las Reglas de Arbitraje.

h. !República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.

Número de caso : ARB/13/24
Materia en disputa : Acuerdos de transmisión de electricidad
Instrumento recurrido : Contrato
Reglas aplicables : CIADI – Reglas de Arbitraje

Riesgo : US\$36.00 mln
Resultado : Discontinuación del procedimiento con fecha 26 de diciembre de 2013 de conformidad con la regla 43 (1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

i. ! Renée Rose Levy de Levi c. República del Perú

Número de caso : ARB/10/17
Materia en disputa : Empresa bancaria
Instrumento recurrido : **APPRI entre Perú y Francia de 1993**
Incumplimiento alegado : Expropiación indirecta
**Nivel mínimo trato, incluyendo reclamación por denegación de justicia
Protección y seguridad plenas**

⁶⁰ “Regla 43 Avenencia y terminación.-

(2) Si las partes le presentan al Secretario General el texto completo y firmado de su avenimiento y solicitan por escrito al Tribunal que incorpore dicho avenimiento en un laudo, el Tribunal podrá hacerlo.”

	Trato nacional
Reglas aplicables	: CIADI – Reglas de Arbitraje
Nacionalidad del demandante	: Renée Rose Levy (Francia)
Demandado	: República del Perú
Fecha de registro	: 20 de julio de 2010
Detalles de la inversión	: Participación en la entidad bancaria francesa Banco Nuevo Mundo (BNM).
Sobre la disputa	: Reclamaciones derivadas de un régimen de emergencia para las instituciones financieras establecido por el Perú en el año 2000 para facilitar la reestructuración del sector bancario, y presuntas medidas de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) que condujeron a la bancarrota del banco en el cual el demandante había invertido luego de considerar que la institución no había cumplido con sus obligaciones de pago.
Riesgo	: US\$6,989 mln
Resultado	: Laudo emitido el 26 de febrero de 2014 a favor del Estado peruano (con opinión discordante del árbitro Joaquín Morales Godoy). Solicitud de anulación de fecha 20 de mayo de 2014, la cual fue discontinuada de conformidad con la regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

j.! Renée Rose Levy and Gremcitel S. A. c. República del Perú

Número de caso	: ARB/11/17
Materia en disputa	: Proyecto inmobiliario
Instrumento recurrido	: APPRI entre Perú y Francia de 1993
Incumplimiento alegado	: Trato Justo y Equitativo
	Nivel mínimo trato, incluyendo

reclamación por denegación de justicia

Reglas aplicables	: CIADI – Reglas de Arbitraje
Nacionalidad del demandante (Francia)	: Gremcitel S.A. (Perú), Renée Rose Levy
Demandado	: República del Perú
Fecha de registro	: 24 de junio de 2011
Detalles de la inversión	: Participación directa e indirecta de control en una empresa peruana que poseía el título de tres parcelas de terreno ubicadas en el Municipio de Chorrillos, Perú.
Sobre la disputa	: Reclamaciones derivadas de los desacuerdos entre las partes respecto de los efectos jurídicos de tres contratos de compraventa de terrenos para el desarrollo de un proyecto inmobiliario, así como la emisión de una resolución por el Instituto Nacional de Cultura del Perú (INC) que estableció una delimitación que presuntamente otorgó a la tierra un status de intangibilidad, el cual no existía hasta ese momento y que por lo tanto hizo que el proyecto inmobiliario de los demandantes careciera de sentido.
Riesgo	: US\$42,000 mln
Resultado	: Laudo emitido el 09 de enero de 2015 a favor del Estado peruano.

k. Tza Yap Shum c. República del Perú

Procedimiento de anulación de Laudo de Tza Yap Shum c. República del Perú

Número de caso	: ARB/07/6
Materia en disputa	: Producción de harina de pescado
Instrumento recurrido	: APPRI entre Perú y China de 1994

Incumplimiento alegado	: Expropiación indirecta
Reglas aplicables	: CIADI – Reglas de Arbitraje
Nacionalidad del demandante	: Tza Yap Shum (China)
Demandado	: República del Perú
Fecha de registro	: 12 de febrero de 2007
Detalles de la inversión	: Participación mayoritaria en una empresa peruana dedicada a la compra y exportación de harina de pescado hacia mercados asiáticos.
Sobre la disputa	: Reclamaciones derivadas del embargo de la cuenta bancaria perteneciente a la empresa del demandante por motivo de deuda tributaria y otras supuestas acciones realizadas por las autoridades fiscales peruanas, lo cual resultó en la privación sustancial de la inversión del reclamante.
Riesgo	: US\$26.00 mln
Resultado	: Laudo emitido el 07 de julio de 2011 a favor del inversionista.
Indemnización	: US\$ 0.8 mln
Solicitud de Anulación	: Demandado
Resultado	: Confirmación del laudo.

1.1 Pluspetrol Perú Corporation y otros c. Perupetro S. A.

Número de caso	: ARB/12/28
Materia en disputa	: Concesión de hidrocarburo
Instrumento recurrido	: Contrato
Reglas aplicables	: CIADI – Reglas de Arbitraje
Resultado	: Laudo emitido el 21 de mayo de 2015 a favor del estado peruano.

m. The Renco Group, Inc. c. República del Perú

Número de caso	: UNC/13/1
Materia en disputa	: Minería
Instrumento recurrido	: TLC entre Perú y Estados Unidos de América de 2006
Incumplimiento alegado	: Expropiación indirecta Trato justo y equitativo/ Nivel mínimo trato, incluyendo reclamación por denegación de justicia Trato nacional Cláusula paraguas
Reglas aplicables	: Reglas UNCITRAL (bajo la administración del CIADI)
Nacionalidad del demandante	: The Renco Group, Inc. (Estados Unidos)
Demandado	: República del Perú
Fecha de notificación	: 04 de febrero de 2011
Detalles de la inversión	: Los intereses en el proyecto minero de La Oroya se mantienen a través de una filial de propiedad total; derechos bajo acuerdo de transferencia de acciones y acuerdo de garantía.
Sobre la disputa	: Reclamaciones derivadas de la supuesta aplicación arbitraria e injusta de medidas gubernamentales y contratos relacionados con intereses en las operaciones mineras en La Oroya, de propiedad de Renco a través de su filial Doe Run Perú S.R. LTDA.
Riesgo	: US\$800.00 mln
Resultado	: Laudo emitido el 09 de noviembre de 2016. El caso no pasó a la etapa de jurisdicción. El Tribunal declaró que no era competente dado que no se habían configurado los requisitos

para el consentimiento de arbitraje.

n.º *APM Terminals Callao S.A. c. República del Perú*

Número de caso	: ARB/16/33
Materia en disputa	: Acuerdo de concesión de muelle
Instrumento recurrido	: Contrato
Reglas aplicables	: CIADI – Reglas de Arbitraje
Riesgo	: ---
Resultado	: Discontinuación del procedimiento con fecha 22 de febrero de 2017 de conformidad con la regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI

3.4.º Análisis de los casos e identificación de riesgos

Habiendo identificado los casos que se encuentran inmersos en la etapa de Pre Controversia, Trato Directo y Arbitraje, se puede concluir que la mayoría de demandas ante Tribunales Arbitrales tienen como origen el supuesto incumplimiento de disposiciones adoptadas en los APPRI suscritos en la década de los noventa⁶¹. Más aún, las cláusulas que han sido objeto de demanda son en lo particular las del Trato Justo y Equitativo y Nación más favorecida.

⁶¹ Casos: 1. DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited y The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company c. República del Perú (APPRI entre Perú y Reino Unido de 1993); 2. Exeteco Internacional Company S. L c. República del Perú (APPRI entre Perú y España de 1994); 3. Lidercón S.L. c. República del Perú (APPRI entre Perú y España de 1994); 4. Compagnie Minière Internationale Or S.A. c. República del Perú (APPRI entre Perú y Francia de 1993); 5. Convia Callao S. A. y Compañía de Concesiones de Infraestructura S. A. c. República del Perú (APPRI entre Perú y Argentina de 1994); 6. Isolux Corsán Concesiones S. A. c. República del Perú (APPRI entre Perú y España de 1994); 7. Renée Rose Levy de Levi c. República del Perú (APPRI entre Perú y Francia de 1993); 8. Renée Rose Levy and Gremcitel S. A. c. República del Perú (APPRI entre Perú y Francia de 1993); 9. Tza Yap Shum c. República del Perú (APPRI entre Perú y China de 1994).

En ese sentido, gran parte de las controversias referidas al alcance y estándares de trato y protección comparten un origen en común: disposiciones vagamente redactadas. Esta situación genera problemas no solo para el Estado sino también para los inversionistas generando incertidumbre y costos procesales. Asimismo, plantean problemas únicos para el Estado debido al riesgo potencial y latente en el que se encuentran inmersos.

Estos tratados de antigua generación, que forman parte de la base jurídica de las demandas, permiten una discrecionalidad sustancial a los Tribunales Arbitrales que finalmente decidirán los casos sobre inversiones.

Ahora bien, esto significa que las decisiones arbitrales pueden ser impredecibles, ya que diferentes grupos de árbitros pueden obtener conclusiones diferentes. Tanto más, según Gertz y St. John, cuando los árbitros hacen uso de su discrecionalidad para interpretar de manera amplia las obligaciones estatales, los Estados podrían percibirlo como si los inversionistas estuvieran usando los Tratados de Inversión en formas que los gobiernos no pretendían ni preveían.⁶²

Con ello, respecto del caso peruano, el riesgo podría vislumbrarse de dos maneras: 1. Un riesgo económico y 2. Un riesgo político.

Riesgo económico en el sentido que al día de hoy, las demandas que han sido interpuestas en contra del Estado peruano implican solicitudes exorbitantes de indemnización. Únicamente en aquellos casos en trámite, esta sobrepasa el billón de dólares. Además no solo implica el riesgo frente a la indemnización sino también generan costas procesales. Asimismo, riesgo económico desde una perspectiva de las inversiones que recibe el Perú, dado que un país que se encuentra inmerso en diversas demandas no es necesariamente atractivo para las inversiones extranjeras.

⁶² GERTZ, Geoffrey y St. John, Taylor. "State Interpretation of investment treaties: Feasible strategies for developing countries". The Global Economic Governance Programme. Reino Unido: Oxford. 2015:2.

Riesgo político, ya que el Estado se encontrará innecesariamente en permanente alerta respecto de demandas que podrían generarse de estos Acuerdos de antigua generación.

Para concluir, el Estado peruano en calidad de demandado se ha visto inmerso en diversas controversias por tratados con cláusulas ambiguas. Si bien hasta el momento la defensa ha sido exitosa⁶³, el riesgo de ser demandado nuevamente conforme al texto de dichas cláusulas es latente dado que los acuerdos continúan teniendo el mismo tenor. No obstante, el hecho que los problemas surjan de la redacción de estas disposiciones, puede finalmente significar una suerte de ventaja para los Estados que han firmado estos acuerdos, dado que con ello se da la oportunidad que las cláusulas controvertidas se aborden mediante la interpretación.⁶⁴

⁶³ Solo dos laudos han sido desfavorables para el Perú conforme se observa del listado precedente: Caso Tza Yap Shum c. República del Perú (APPRI entre Perú y China de 1994) y Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd. c. República del Perú (Contrato).

⁶⁴ JOHNSON, Lise. "Background paper fo the Second Annual Workshop on reshaping investment treaties: Lessons from Latin America". Santiago. 2015:4.

CAPÍTULO III

EL USO DE DECLARACIONES INTERPRETATIVAS

Durante la última década, los Estados han adoptado diversas medidas para perfeccionar y modernizar sus AII. Entre ellas, el esclarecimiento de los estándares de trato y protección que en su momento fueron vagamente redactados en diferentes Acuerdos de Inversión, con la finalidad de reducir su exposición ante Tribunales Arbitrales.⁶⁵

A pesar que la referida modernización se ha venido plasmando en la suscripción de nuevos tratados, los Estados mantienen vigentes AII de "antigua generación" que poseen cláusulas ambiguas, encontrándose los países expuestos a demandas, litigios y daños potenciales.

Como hemos visto, la UNCTAD ha señalado que más de los 2500 AII vigentes al día de hoy se concluyeron antes del año 2010 y que la mayoría de ellos siguieron siendo copiosamente negociados en la década de los noventa bajo la modalidad de APPRI, pese al poco desarrollo jurisprudencial de dichos instrumentos.

Asimismo, dicho organismo indicó que a finales del año 2016, prácticamente la totalidad de litigios llevados ante el CIADI tuvieron como base los mencionados tratados que usualmente contenían disposiciones imprecisas, definiciones redactadas de manera muy general y pocas salvaguardas.⁶⁶

En esa misma línea de ideas, Gertz y St. John haciendo referencia a los procesos arbitrales, afirman que gran cantidad de los tratados de inversión vigentes, contienen disposiciones vagas que no otorgan orientación suficiente a los Tribunales Arbitrales y dejan a los Estados vulnerables frente a interpretaciones

⁶⁵ JOHNSON, Lise. "Background paper fo the Second Annual Workshop on reshaping investment treaties: Lessons from Latin America". Santiago, 2015: 2.

⁶⁶ UNCTAD. "IIA Issues Note. Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the existing stock of Old-Generation Treaties". 2017: 3-4.

disparos.⁶⁷ De la misma manera, la UNCTAD ha advertido que si bien en algunos casos, los Tribunales han seguido laudos anteriores, en otros adoptaron enfoques que se apartaban de las posiciones previas. La inconsistencia en las interpretaciones realizadas por los Tribunales Arbitrales en estos casos ha aumentado la preocupación en la legitimidad del sistema Arbitraje Inversionista-Estado, existiendo actualmente un consenso sobre la necesidad de reformar dicho sistema con la finalidad de afrontar los retos generados por las disposiciones controvertidas en los AII.⁶⁸

En ese sentido, se puede indicar que los tratados de inversión de "antigua generación", en su mayoría APPRI firmados en los años noventa y que continúan vigentes, tienen cláusulas imprecisas que facilitan a los inversionistas la posibilidad de demandar a los Estados firmantes ante Tribunales Arbitrales debido a la ambigüedad que presentan diversas disposiciones, sobre todo aquellas referidas a los estándares que se han precisado en el capítulo precedente. En ese sentido, mientras subsistan cláusulas con dichas características, se continuará generando incertidumbre, costos de litigio y riesgos latentes para Estados, como el Perú, receptores de inversiones.

Más aún, los inversionistas y Tribunales han hecho uso de dicho lenguaje vagamente redactado con el propósito de extender disposiciones del tratado en determinadas formas que los gobiernos no anticiparon o desearon en su momento. Con ello, la interrogante radica sobre qué medida adoptar de cara a los Tratados de "antigua generación" vigentes. Según la UNCTAD, algunas de las opciones para enfrentar los desafíos derivados de sus textos son: 1. Terminación, 2. Renegociación, 3. Interpretación.⁶⁹

⁶⁷ GERTZ, Geoffrey y St. John, Taylor. "State Interpretation of investment treaties: Feasible strategies for developing countries". The Global Economic Governance Programme. Reino Unido, 2015: 1.

⁶⁸ UNCTAD. 2016. "IIA Issues Note. Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015". N°2, Junio 2016.

⁶⁹ UNCTAD. "IIA Issues Note. Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the existing stock of Old-Generation Treaties". 2017: 8.

El presente capítulo se enfocará en la interpretación como mecanismo para la mitigación de riesgos derivados de los APPRI de antigua generación, específicamente en el artículo 31, párrafo 3, incisos a y b de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) que establecen los acuerdos y prácticas ulteriores.

Con ello, es importante indicar que los Estados tienen un poder significativo y relativamente no explorado sobre la interpretación y aplicación de los acuerdos de inversión. Ya sea emitiendo interpretaciones conjuntas con la otra Parte del tratado, intercambiando notas diplomáticas y/o haciendo declaraciones unilaterales, los Estados pueden esclarecer ciertas ambigüedades e incertidumbres en los textos como aquellas referidas a temas procesales y sustantivos como el TJE, TNMF, derechos de los accionistas, que son algunas de las cláusulas controvertidas. Tanto más, cuando dichos actos evidencien acuerdo subsecuente y práctica subsecuente, deben ser tomados en consideración por los tribunales en las disputas que surjan bajo los acuerdos.

1.1 La Interpretación de los tratados

Citando a George Nolte *Treaties are not just dry parchments. They are instruments for providing stability to their parties and to fulfill the purposes which they embody. They can therefore change over time, must adapt to new situations, evolve according to the social needs of the international community and can, sometimes, fall into obsolescence.*⁷⁰

Al respecto, haciendo referencia a la interpretación de los tratados, Hernández indica que "... es un proceso que tiene por finalidad determinar el sentido o el

⁷⁰ UNITED NATIONS. "Report of the International Law Commission. Sixtieth session". A/63/10. 2008: 365.!

alcance de las disposiciones de un tratado.”⁷¹ En esa misma línea, citando a Rousseau, en Samuel Lozada, la interpretación de tratados puede ser definida como la “operación intelectual que tiene por objeto determinar el sentido de un acto jurídico; precisar sus alcances y esclarecer los puntos oscuros y ambiguos que puede presentar.”⁷²

Ahora bien, el artículo 31 de la CVDT establece la Regla General de Interpretación el cual señala ad literam:

“Artículo 31. Regla general de interpretación.-

- 1.! Un tratado deberá 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.
- 2.! Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a.! Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b.! Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
- 3.! Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a.! Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b.! Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c.! Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
- 4.! Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

Como puede observarse, este artículo sienta la regla general de interpretación mediante la adopción del método textual y objetivo. Hace uso de la expresión

⁷¹ HERNANDEZ, Augusto. “Derecho de los Tratados: la regla general de interpretación de Tratados”. Revista Política Internacional N° 110, octubre-diciembre. Lima, Academia Diplomática del Perú. 2013: 95.

⁷² LOZADA, Samuel. “Lecciones de Derecho Internacional Público”. Arequipa: Universidad Católica San Pablo. 2017: 76.

“Regla” en singular, con la finalidad de indicar que la aplicación de los medios de interpretación estipulados en el artículo constituirán una sola operación combinada; es decir, el proceso de interpretación constituye una unidad y las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí.⁷³

A menos que se estipule de otra manera, el artículo 31 es el primer dispositivo al que deberán recurrir los tribunales para interpretar el lenguaje plasmado en los tratados. Es así, que el artículo en mención específica que conjuntamente con el texto, objeto y propósito los tribunales deben tomar en consideración los acuerdos ulteriores y prácticas ulteriores para su interpretación.

Haciendo referencia a los AII, Salacuse afirma que la interpretación de los tratados es particularmente difícil por dos factores: en primer lugar, la generalidad y vaguedad de diversos términos redactados en los acuerdos, como el TJE, expropiación y TNMF, los cuales son escasamente definidos en los tratados implicando que las personas los interpreten de diferentes formas; y, en segundo lugar, la complejidad jurídica y fáctica de las transacciones y relaciones de inversión sobre las que se aplican los mencionados acuerdos.⁷⁴

1.1.! Métodos de interpretación

1.1.1.Método de interpretación textual

También denominado método de interpretación objetivo o del sentido corriente de las palabras. Consiste en establecer el significado del texto según el sentido corriente de sus términos, mediante su estudio y análisis.

⁷³ NOVAK, Fabián y García – Corrochano, Luis. “Derecho Internacional Público”, Tomo I, Introducción y Fuentes. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003: 207.

⁷⁴ SALACUSE, Jeswald. “The Law of Investment Treaties”. Nueva York: Oxford University Press. 2010: 139.

Así, el texto del tratado aparece como expresión auténtica de la voluntad de las partes, pues indica su intención.

1.1.2. Método de interpretación teleológico

Mediante este método se enfatiza el propósito general del tratado al cual pretendieron alcanzar los Estados Parte al momento de celebrar el acuerdo, aplicándose conforme al objeto⁷⁵ y fin⁷⁶ del tratado. Novak afirma que son dos términos, que si bien aluden al "espíritu" del tratado, son sinónimos; no obstante, será de relevancia analizar el preámbulo de dicho instrumento, dado que es en dicha parte en la que suele indicarse el objeto que el tratado pretende alcanzar.⁷⁷

1.1.3. Método de interpretación histórico

Llamado también método de los trabajos preparatorios, el cual se encuentra plasmado en el artículo 32 de la CVDT.

De acuerdo a Hernández "Este método recurre a los trabajos preparatorios. Aquí se toma en cuenta el momento histórico cuando el tratado fue hecho y el significado que los términos tenían en ese momento...".⁷⁸

De esta manera, cuando el sentido corriente de las palabras no se manifieste de una forma clara, entonces se recurre a dichos trabajos, entendidos como los proyectos que condujeron a la adopción del texto, a las intervenciones orales o escritas de los representantes de las partes y/o a la adopción o rechazo de ciertas enmiendas.

[#] Según el Diccionario de la Real Academia Española, una de sus acepciones hace referencia al "Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación."

⁷⁶ Según el Diccionario de la Real Academia Española, una de sus acepciones hace referencia al Objeto o motivo con que se ejecuta algo.

⁷⁷ NOVAK, Fabián. "Los criterios para la interpretación de los tratados". Revista de Derecho Themis 63. Lima. 2013: 71.

⁷⁸ HERNANDEZ, Augusto. "Derecho de los Tratados: la regla general de interpretación de Tratados". Revista Política Internacional N° 110, octubre-diciembre. Lima, Academia Diplomática del Perú. 2013: 104.

2.1 Artículo 31, párrafo 3, incisos a y b

Los tratados evolucionan a lo largo del tiempo dado que no son instrumentos estáticos. Bajo la CVDT y el derecho consuetudinario, los Estados son fuerzas importantes en dicha evolución a través de su acuerdo expreso e incluso conducta unilateral.

El Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) del 65º periodo de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas del año 2013 indica que "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior mencionados en el artículo 31 3) a) y b), que constituyen una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado, son medios auténticos de interpretación en aplicación de la regla general de interpretación de los tratados enunciada en el artículo 31."⁷⁹

Ahora bien, continúa explicando que, al describirlos como medios "auténticos" de interpretación, la Comisión reconoció que la voluntad común de las partes, de la que surge cualquier tratado, posee una autoridad específica en relación con la determinación del sentido del tratado, incluso después de la celebración de este.

Asimismo, es importante resaltar el término "ulterior", toda vez que se refiere a acciones y declaraciones realizadas después que el tratado hubiere concluido y que son de importancia para su interpretación.

En ese orden de ideas, con el aumento de los Arbitrajes Inversionista-Estado, los Estados han optado por esclarecer las obligaciones estipuladas en sus tratados⁸⁰, mediante Declaraciones Interpretativas; perfeccionando el lenguaje usado en nuevos modelos y acuerdos que brinden mayor certeza respecto del entendimiento de las partes sobre las disposiciones de los tratados; intercambiando notas

⁷⁹ NACIONES UNIDAS. "Capítulo IV - Los Acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados" en "Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 65.º periodo de sesiones: llevada a cabo en las Naciones Unidas, Ginebra, del 6 de mayo al 7 de junio de 2013 y del 8 de julio al 9 de agosto de 2013", A/68/10. 2013: 20.

⁸⁰ Como ejemplo, el intercambio de notas con declaración interpretativa entre Panamá y Argentina de 2004, lo cual se explicará más adelante.

diplomáticas; y efectuando presentaciones a los Tribunales como Estados declarantes y Partes no contendientes del tratado, todo lo cual puede evidenciar y constituir acuerdos posteriores y prácticas posteriores sobre la interpretación de tratados.

2.1.1. Artículo 31, párrafo 3, inciso a - Acuerdo ulterior

Según la CDI, el acuerdo ulterior es un acuerdo sobre la interpretación del tratado o aplicación de sus disposiciones al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado. Asimismo, indica de manera expresa que "...un "acuerdo ulterior" no es necesariamente menos formal que un "tratado"(...). El Término "acuerdo" en la Convención de Viena y en el derecho consuetudinario no implica un grado de formalidad determinado", ello aunado a que "presupone un acto común único de las partes por el cual estas manifiestan su acuerdo común acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones."⁸¹

Dentro de los acuerdos ulteriores se puede encontrar:

2.1.1.1. Interpretaciones conjuntas a través de un mecanismo establecido en el tratado

En los últimos años, se ha optado por incluir en algunos tratados cláusulas que establecen que las Partes pueden emitir interpretaciones que serán vinculantes ante los Tribunales Arbitrales.⁸² En virtud de ello, al afirmar en el tratado que los acuerdos posteriores de las Partes son concluyentes, se elimina cualquier duda sobre su valor jurídico e incluso se podría obviar los requisitos de procedimiento impuestos por la normativa interna que, de otro modo, deberían cumplirse antes de que los Estados puedan celebrar otros acuerdos internacionales vinculantes como

⁸¹ NACIONES UNIDAS. "Capítulo IV - Los Acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados" en "Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 65.º periodo de sesiones: llevada a cabo en las Naciones Unidas, Ginebra, del 6 de mayo al 7 de junio de 2013 y del 8 de julio al 9 de agosto de 2013", A/68/10. 2013: 35.

⁸² Ejemplo TCLAN: "Art. 1131 sobre Derecho aplicable.- 2. La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección."

enmiendas o nuevos tratados. Es así que con este tipo de disposiciones se crean reglas especiales que otorgan al acuerdo ulterior mayor fuerza.

2.1.2. Intercambio de notas con declaración interpretativa

El intercambio de notas es una de las formas con la que los Estados pueden establecer su acuerdo respecto de la interpretación de determinados cláusulas estipuladas en un tratado. Un ejemplo de ello es la República de Argentina y la República de Panamá, los cuales establecieron su entendimiento mutuo sobre el TNMF, a través del intercambio de notas diplomáticas con una declaración interpretativa manifestando que dicho estándar en ningún momento pretendió o pretende extenderse al mecanismo de solución de controversias.⁸³

En ese sentido, con fecha 15 de setiembre de 2004, ambos Estados decidieron celebrar un Acuerdo Interpretativo del APPRI suscrito en 1996, considerando como interpretación auténtica de dicho Convenio determinados estándares, entre ellos el TJE y el TNMF:

“Las Partes Contratantes han entendido las previsiones del artículo 2 (2) sobre trato justo y equitativo en el sentido que establecen para las inversiones protegidas por el Convenio el estándar mínimo de tratamiento de los extranjeros reconocido por el derecho internacional consuetudinario.”

“Las Partes Contratantes han entendido, así mismo, que las previsiones del artículo 2 (3) han sido convenidas en el sentido de asegurar que se otorgue a las inversiones protegidas por el Convenio un tratamiento no menos favorable que el otorgado a

⁸³ Sobre este punto la decisión del Tribunal sobre Excepciones a la jurisdicción en el caso CIADI Maffezini c. El Reino de España indica en su punto 54 que “No obstante el hecho de que el tratado básico que contiene la cláusula no se refiere expresamente a la solución de controversias como una materia cubierta por la cláusula de la nación más favorecida, el Tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros...” en MAFFEZINI c. El Reino de España. “Caso No. ARB/97/7 Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la jurisdicción”. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. 2000: 21. Al respecto, Figueroa señala “En el año 2000 se publica la decisión seminal sobre jurisdicción en el caso CIADI Maffezini c. El Reino de España. (...) Esta decisión fue la primera que permitió la invocación de la cláusula NMF para aplicar cláusulas arbitrales más amplias contenidas en otros tratados.” en FIGUEROA, Kenneth. “La jurisprudencia sobre las cláusulas de Nación Más Favorecida, un intento de llegar a un marco analítico consistente”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México. 2013: 300.!

inversiones de sus propios inversores o de inversores de terceros Estados, sin ,que de ello pueda interpretarse que dicho tratamiento puede considerarse extendido a las cuestiones previstas por el artículo 9 en materia de solución de controversias entre un inversor y la Parte Contratante receptora de la inversión.”⁸⁴

Es decir, mediante dicha herramienta ambos países llegaron a un acuerdo conjunto respecto de la interpretación de determinadas cláusulas, de manera de precisarlas para evitar contingencias futuras. Aunado a ello, optaron por un mecanismo que para dichos países constituía en un mecanismo idóneo, eficaz y relativamente más rápido que el de la enmienda de dichas cláusulas.

2.2.! Artículo 31, párrafo 3, inciso b - Práctica ulterior

La práctica ulterior se entiende como el comportamiento en la aplicación de un tratado después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del mismo. Si bien tiene la misma fuerza que un acuerdo ulterior, esta puede implicar cierta dificultad para ser determinada ya que generalmente está compuesta de conductas que pueden contribuir a un acuerdo, pero que no está expresado en un único acto común y claro. Es importante destacar que la conducta a la que se hace referencia puede consistir en acciones y omisiones (incluido el silencio, lo cual es siempre discutible) atribuibles a una Parte; pudiendo incluir la conducta de entidades del Estado, funcionarios e incluso actores no estatales. Finalmente, al igual que los acuerdos ulteriores, se busca esclarecer la aplicación del tratado.

2.2.1. Conducta unilateral

La conducta unilateral puede contribuir a la formación de la práctica ulterior cuando esta haya sido explícita o tácitamente aceptada por la otra Parte del tratado.

En el caso *National Grid c. Argentina* se discutió la conducta unilateral para el establecimiento de práctica subsecuente para los efectos de la interpretación del

⁸⁴ Intercambio de notas con declaración interpretativa entre la República de Panamá y la República de Argentina de fecha 15 de setiembre de 2004.

tratado. Básicamente, la disyuntiva se estableció en torno a la expansión del TNMF en el APPRI entre la República de Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1990) hacia los mecanismos de solución de controversias.

Por un lado, Argentina afirmaba que el TNMF no permitía al inversionista importar disposiciones de solución de conflictos más favorables de otros tratados. Como fundamento señaló que el Acuerdo Interpretativo entre su país y Panamá del año 2004 (mencionado en el punto 2.1.2) evidenciaba su práctica estatal. Por otro lado, el Reino Unido argumentó que desde 1991, había desarrollado un modelo de tratado de inversiones que indicaba que la cláusula en cuestión sí se extendía a la solución de controversias.

Frente al Acuerdo Interpretativo de Argentina y el acto unilateral del Reino Unido el tribunal concluyó lo siguiente:

“85. A partir de 1991, la cláusula NMF, en el tratado modelo de inversiones del Reino Unido, incluye un tercer párrafo en el que se establece que, “[p]ara evitar cualquier duda”, dicha cláusula se aplica a los Artículos 1 a 11 del tratado y, por lo tanto, a cuestiones referentes a la solución de controversias. La consecuencia de la redacción dada a ese párrafo adicional consiste en que, en todos los casos, esa fue la interpretación constante dada por el Reino Unido a la cláusula NMF en tratados de inversiones anteriormente celebrados. Por otra parte, tras la decisión sobre competencia recaída en el caso Siemens, Argentina y Panamá intercambiaron notas diplomáticas con una “declaración interpretativa” de la cláusula NMF en su tratado de inversiones de 1996 excluyendo su aplicación a las cláusulas sobre solución de controversias, y manifestando que esa había sido siempre su intención. No se ha proporcionado al Tribunal prueba alguna de que en algún momento cualquiera de las dos partes del Tratado hayan considerado una interpretación similar. Tampoco se ha presentado al Tribunal prueba alguna de que la República Argentina haya adoptado interpretaciones similares de la cláusula NMF incorporada en los más de 50 tratados bilaterales de inversiones celebrados con otros Estados partes. Si bien es posible concluir, conforme a la práctica de los tratados de inversiones del Reino Unido contemporáneos con la conclusión del Tratado, que el Reino Unido ha interpretado la cláusula NMF en el sentido de que se aplica a la solución de controversias, no puede llegarse a una conclusión firme con respecto a la posición de la República Argentina en ese período. Por lo tanto, el examen de la práctica seguida por los Estados parte del Tratado con respecto a su intención común no es concluyente.”⁸⁵

⁸⁵ NATIONAL GRID c. República de Argentina. Decisión sobre competencia. 2006: 28-29.

Del análisis respectivo, se puede observar que el Tribunal no se pronunció favorablemente sobre el argumento expresado por Argentina, dado que la Declaración Interpretativa se realizó exclusivamente entre su país y Panamá. Con ello, se puede desprender que si el Estado desea esclarecer determinadas cláusulas que son comunes en más de un tratado respecto del cual es parte, lo ideal sería intentar establecer un acuerdo claro sobre la interpretación con el otro Estado parte. Según Johnson, también podrían aplicarse declaraciones unilaterales que reflejen de forma similar su entendimiento.⁸⁶

Con esto, al dar a conocer su posición a sus contrapartes a través de actos unilaterales y declaraciones manifiestas, el Estado tendrá un argumento más fuerte al afirmar que los otros Estados estuvieron de acuerdo con su entendimiento – incluso al optar por el silencio. Evidentemente, intentar establecer una práctica subsecuente a través de la acción de una Parte y la inacción de otra es más difícil si la parte que presuntamente la aceptó desconoce la conducta y puntos de vista de la contraparte de su tratado.

Cabe mencionar, que el razonamiento del Tribunal resalta también otra forma de conducta unilateral que puede apoyar a la práctica ulterior según el artículo 31, párrafo 3, inciso b de la CVDT, esto es, el desarrollo de los modelos de tratados de inversión. Como se observa, dicha entidad señaló que la inclusión en esos modelos de la frase “para evitar cualquier duda” fue de utilidad para evidenciar el entendimiento del Reino Unido sobre el alcance del TNMF en los tratados que ya había concluido. Esto es, el modelo de tratado de inversión que fue un acto unilateral del Reino Unido, devino para el Tribunal en una práctica ulterior que daba a conocer el entendimiento del citado país respecto del alcance del TNMF.

⁸⁶ JOHNSON, Lise. Working paper “Ripe for Refinement: The State’s Role in Interpretation of FET, MFN, and Shareholder Rights”. The Global Economic Governance Programme, University of Oxford. 2015: 10.

3.1 Efecto jurídico del acuerdo ulterior y práctica ulterior

El artículo 31, párrafo 3 de la CVDT estipula que tanto el acuerdo como la práctica ulterior deben tenerse en cuenta al interpretar un tratado, conjuntamente con el sentido corriente de su texto, así como su objeto y fin.

Ahora bien, el hecho de ser una interpretación auténtica por las partes que debe ser tomada en consideración, no implica que estos medios surtan necesariamente efectos concluyentes o jurídicamente vinculantes. Tanto más, el propio artículo lo indica expresamente al señalar que "habrá de tenerse en cuenta".

Esta situación no obsta para que las partes en un tratado, si así lo consideren, puedan llegar a un acuerdo vinculante respecto de la interpretación de un tratado. Ante ello la CDI señala que "Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado deben ser concluyentes con respecto a dicha interpretación cuando las partes consideran que están obligadas por la interpretación."

4.1 Viabilidad y beneficios en el uso de Declaraciones Interpretativas en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

Conforme a un estudio realizado por la UNCTAD, los esfuerzos actuales de los países para enfrentar los retos revelan cuatro distintos caminos: a. Mantener el statu quo absteniéndose de realizar cambios en la suscripción de nuevos compromisos de AII; b. Desvincularse del régimen de AII, terminar unilateralmente los tratados existentes o denunciar los convenios de arbitraje multilateral; c. Implementar ajustes selectivos, modificar modelos para futuros tratados pero dejando intacto el núcleo del tratado y el conjunto de tratados existentes; y, d. Existe un camino de reforma sistemática que busca abordar de manera integral los desafíos del régimen

de los AII de una manera holística.⁸⁷

En lo particular, el Estado peruano tiene diversas posibilidades, dentro de ellas el uso de las Declaraciones Interpretativas para esclarecer aquellas cláusulas que resultan controvertidas y más lesivas al Estado peruano.

Si bien la experiencia peruana ante los arbitrajes Inversionista-Estado ha sido exitosa ya que de la totalidad de casos, solo dos han resultado desfavorables al Perú, no impide que exista un riesgo perenne, en la medida que se opte por celebrar únicamente nuevos AII.

Los tratados son finalmente instrumentos que evolucionan con el tiempo, se adaptan a nuevas situaciones y necesidades sociales de la comunidad interna e internacional. Es ante los cambios y perfeccionamientos que pueden realizarse a los APPRI suscritos en los noventa que puede usarse una herramienta que esclarecerá las disposiciones ambiguas y reducirá los potenciales daños. Es decir, al esclarecer las disposiciones, se generará un desincentivo en los inversionistas para demandar, así como se reducirá el alcance de las responsabilidades del Estado.

Finalmente, esta opción no precluye ninguna otra vía de negociación, pudiendo más adelante optar por otra herramienta (Ver anexo N.º3); además, podría implicar menos costos y tiempo, no requiriendo de ratificación, lo que en definitiva es una ventaja frente a otras opciones como la renegociación o terminación del mismo; terminación que implicaría desproteger a los inversionistas peruanos en el exterior luego del periodo de ultractividad, además de la posibilidad de percibirse como un empeoramiento del clima de inversión al no generar un marco legal que los reemplace (Ver anexo N.º4); y renegociación que puede ser costosa y tomar más tiempo, dado que implica la negociación del tratado desde sus bases, además de requerir de una transición efectiva entre el antiguo y nuevo acuerdo.

⁸⁷ UNCTAD. "Reform of the AII regime: Four paths of action and a way forward". N° 3, Junio 2014. 2014: 1.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 1.! Los APPRI en la década de los noventa se vislumbraron como herramientas idóneas para la atracción de la inversión extranjera, dado que otorgaban una serie de estándares de protección y trato a favor de los inversionistas, así como el acceso al Arbitraje Inversionista-Estado, mediante el cual al verse afectados por el incumplimiento del tratado pudieran demandar directamente al Estado. El Perú logró la suscripción de veinticuatro de estos instrumentos en dichos años; no obstante, el poco desarrollo jurisprudencial no permitió prever que determinadas cláusulas fueran redactadas de manera ambigua o imprecisa.
- 2.! Esta situación ha implicado que el Estado peruano haya sido demandado en diversas ocasiones al amparo de estos acuerdos, siendo que los inversionistas supuestamente afectados han tomado ventaja de la forma muy general en que fueron plasmadas determinadas cláusulas (como el TJE, TNMF, derecho de los accionistas, entre otros) para ampliar el alcance de las mismas.
- 3.! Es preciso mencionar que la actuación del Estado peruano ante los Arbitrajes Inversionista-Estados ha sido exitosa, siendo que de la totalidad de arbitrajes, solo en dos de ellos se han emitido laudos desfavorables, lo cual implicó indemnizar un total de US\$19.3 millones. Asimismo, el pago relativo a los servicios legales en la totalidad de casos ascendió a US\$22.6 millones.
- 4.! Si bien, la experiencia peruana ha sido en principio exitosa, los APPRI suscritos en la década de los noventa continúan vigentes y con ello las cláusulas vagas, ambiguas o imprecisas. Esta situación genera un riesgo latente en contra del Estado peruano ya que se ve expuesto a potenciales demandas interpuestas por los inversionistas, ello aunado a que los laudos de los Tribunales Arbitrales difieren en muchos casos, lo cual no otorga predictibilidad en el resultado.
- 5.! Ante la situación indicada, el Estado peruano tiene diferentes opciones para hacerle frente, incluidas la terminación, la renegociación y también la

interpretación, entre otras.

- 6.! El objetivo es demostrar que el Perú puede esclarecer las disposiciones que fueron redactadas de manera ambigua en los tratados de "antigua generación" y de esta manera controlar el alcance de potenciales responsabilidades y costos procesales.
- 7.! En ese sentido, se propone el uso de las declaraciones interpretativas como mecanismo que podría usarse a efectos de esclarecer las disposiciones más controvertidas, pudiendo realizarse a través de los acuerdos ulteriores o prácticas ulteriores de los Estados, de conformidad con el artículo 31, párrafo 3, incisos a y b de la CVDT; cerrando de esta manera la contingencia y constituyéndose como una factor de desincentivo ante demandas frívolas.
- 8.! Finalmente, el hacer uso de esta herramienta no precluye ninguna otra vía para negociar, lo cual es importante dado que no cierra las puertas ante otros mecanismos por los que pudiera optar el Perú.

BIBLIOGRAFÍA

BONIFAZ, Gonzalo. 2004. Tesis "La solución de controversias Inversionista-Estado en el marco de los Acuerdos de Protección y Promoción de la Inversión Extranjera". Lima: Academia Diplomática del Perú.

CEGARRA, Mateo. 2014. Tesis "El Perú y la negociación de un Acuerdo Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con Catar". Lima: Academia Diplomática del Perú.

CEGARRA, Mateo. 2014. Caso práctico "El Rol del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú en la negociación de un Acuerdo Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con Catar". Lima: Academia Diplomática del Perú.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 1969.

DANIELS, John y otros. 2004. "Negocios Internacionales. Ambientes y Operaciones". México: Pearson Educación.

DECRETO LEGISLATIVO 662 – Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras.

FIGUEROA, Kenneth. 2013. "La jurisprudencia sobre las cláusulas de Nación Más Favorecida, un intento de llegar a un marco analítico consistente". Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/11.pdf>. Visto el 30 de octubre de 2017.

GAUKRODGER, David. 2013. "Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency", OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing.

GERTZ, Geoffrey y St. John, Taylor. 2015. "State Interpretation of investment treaties: Feasible strategies for developing countries". The Global Economic Governance Programme. Reino Unido: Oxford.

GOBIERNO DE ESPAÑA, Secretaría de Estado de Comercio, "Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIS): Contenidos y objetivos. Acuerdos Internacionales. Web Oficial. Recuperado a partir de <http://www.comercio.es/es-es/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/paginas/contenidos-y-objetivos.aspx>. Visto el 28 de agosto de 2017.

HERNANDEZ, Augusto. 2013. "Derecho de los Tratados: la regla general de interpretación de Tratados". Revista Política Internacional N° 110, octubre-diciembre. Lima, Academia Diplomática del Perú.

JOHNSON, Lise. 2015. "Background paper for the Second Annual Workshop on reshaping investment treaties: Lessons from Latin America". Santiago.

JOHNSON, Lise. 2015. Working paper "Ripe for Refinement: The State's Role in Interpretation of FET, MFN, and Shareholder Rights". The Global Economic Governance Programme, University of Oxford.

LOZADA, Samuel. 2017. "Lecciones de Derecho Internacional Público". Arequipa: Universidad Católica San Pablo.

MAFFEZINI c. El Reino de España. 2000. "Caso No. ARB/97/7 Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la jurisdicción". Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

NACIONES UNIDAS. 2013. "Capítulo IV - Los Acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados" en "Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 65.º periodo de sesiones: llevada a cabo en las Naciones Unidas, Ginebra, del 6 de mayo al 7 de junio de 2013 y del 8 de julio al 9

de agosto de 2013”, A/68/10 (2013).

NACIONES UNIDAS. 2014. “Capítulo VII - Los Acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados” en “Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 66.º periodo de sesiones: llevada a cabo en las Naciones Unidas, Ginebra, del 5 de mayo al 6 de junio de 2014 y del 7 de julio al 8 de agosto de 2014”, A/69/10 (2014).

NATIONAL GRID c. República de Argentina. 2006. Decisión sobre competencia. Reglas CNUDMI.

NOVAK, Fabián y García – Corrochano, Luis. 2003. “Derecho Internacional Público”, Tomo I, Introducción y Fuentes. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

NOVAK, Fabián. 2013. “Los criterios para la interpretación de los tratados”. Revista de Derecho Themis 63. Lima.

OCDE. 2004. “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing.

RAMACCIOTTI, Beatriz. 1993. “Derecho Internacional Económico”. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

REINISCH, August. 2008. “Standards of Investment Protection”. Nueva York: Oxford University Press.

RESOLUCION SUPREMA N.º 007-2003-EF.

SALACUSE, Jeswald. 2010. “The Law of Investment Treaties”. Nueva York: Oxford University Press.

SAUVANT, Karl y SACHS, Lisa. 2009. “The effect of treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and

Investment Flows". Nueva York: Oxford University Press,.

SORNARAJAH, M. 2010. "The International Law on Foreign Investment". Tercera Edición. Londres: Cambridge University Press.

TOVAR GIL, Javier. 2008. "Régimen aplicable a las inversiones", en TLC Estados Unidos: contenido y aplicación. Lima: Universidad de Ciencias Aplicadas (UPC).

UNCTAD. 1999. "World Investment Report"

UNCTAD. 2014. "Reform of the AII regime: Four paths of action and a way forward". N° 3, Junio 2014.

UNCTAD. 2016. "IIA Issues Note. Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015". N°2, Junio 2016.

UNCTAD, Página Web: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Visto el 16 de setiembre de 2017.

UNCTAD. 2017. "IIA Issues Note. Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the existing stock of Old-Generation Treaties".

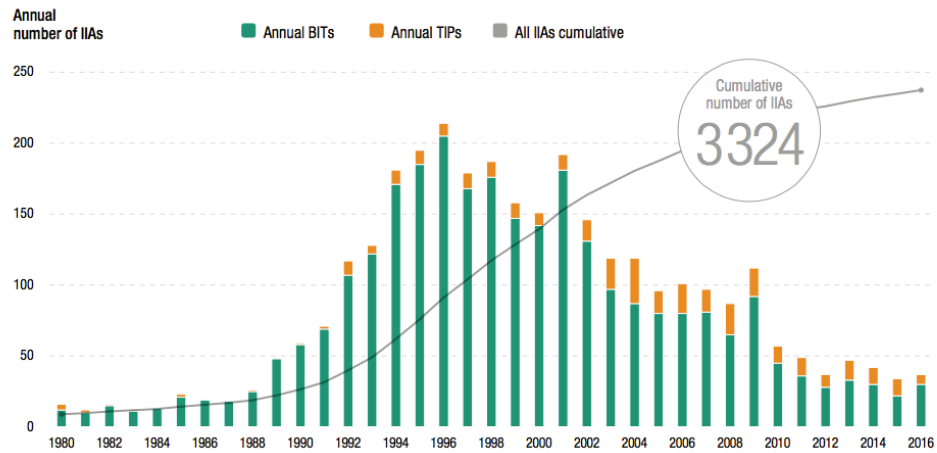
UNITED NATIONS. 2008. "Report of the International Law Commission. Sixtieth session." A/63/10 (2008).

ANEXOS

Anexo 1

Evolución en la suscripción de AII desde 1980 hasta 2016

Fuente: UNCTAD

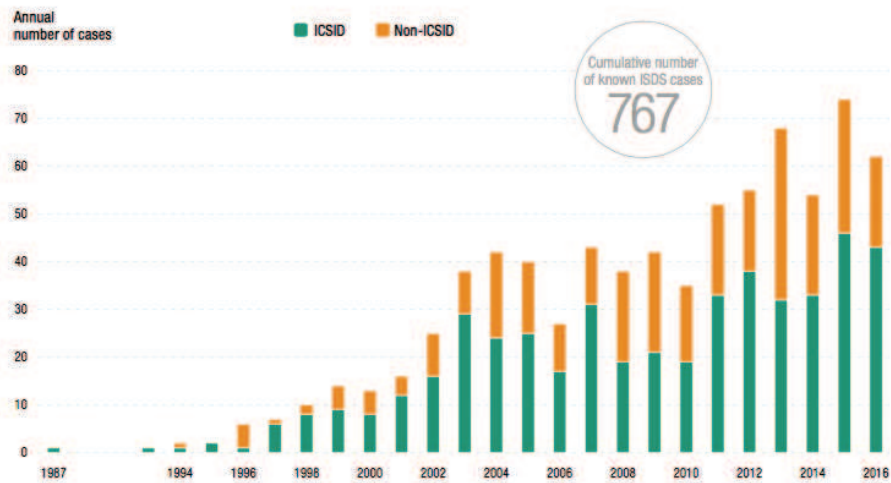


Source: ©UNCTAD, IIA Navigator.

Anexo 2

Estadística de casos arbitrales Inversionista-Estado

Fuente: UNCTAD



Source: ©UNCTAD, ISDS Navigator.

Note: Information has been compiled on the basis of public sources, including specialized reporting services. UNCTAD's statistics do not cover investor-State cases that are based exclusively on investment contracts (State contracts) or national investment laws, or cases in which a party has signalled its intention to submit a claim to ISDS but has not commenced the arbitration. Annual and cumulative case numbers are continuously adjusted as a result of verification and may not match case numbers reported in previous years.

ANEXO 3

Entrevista a **ROBERTO RICARDO DE URIOSTE SAMANAMUD**, Consultor de la Dirección de Economía Internacional del Ministerio de Economía y Finanzas. (27 de octubre de 2017)

**El presente documento contiene opiniones personales del entrevistado que no representan la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas del Perú.*

1.! Durante la última década, el Perú ha disminuido la frecuencia en la suscripción de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). En su opinión, ¿A qué se debería dicha inclinación?

En realidad no se trata propiamente de una disminución en suscripción. Lo que existe actualmente es una inclinación a la negociación de capítulos de inversión en Tratados de Libre Comercio. Tanto más, los últimos cinco años el esfuerzo estuvo enfocado en el TPP el cual supuso un trabajo inmenso entre doce países. Algunos podrían indicar incluso que se trató de un esfuerzo muerto; sin embargo, eso no es cierto porque los textos trabajados se pueden usar para acuerdos bilaterales con los mismos países que forman parte de dicha iniciativa. Ahora bien, se ha tenido dicha inclinación ya que es una negociación más comprehensiva y que también incluye un Arbitraje Inversionista – Estado, con la diferencia que esta es de utilidad en intercambios más grandes que exceden al propio capítulo de inversiones.

2.! Diversos estudios como los realizados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (conocido como UNCTAD por sus siglas en inglés) y Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) señalan que gran cantidad de APPRI suscritos en la década de los noventa contenían ciertas cláusulas ambiguas. En su experiencia, ¿Considera que el Perú, en efecto, tiene APPRI con dicho tipo de disposiciones?

Sí. Lo importante es lo que se ha hecho frente a esa situación de ambigüedad, lo cual empezó con el TLC entre el Perú y los Estados Unidos de América, acuerdo que estableció una serie de salvaguardas al respecto. Además se están realizando investigaciones como la presente. Asimismo, el Perú se ha abierto últimamente a Acuerdos Estado-Estado, ya no uno Inversionista-Estado, lo cual otorga un margen de negociación actual.

3.! En su opinión, ¿Considera que tener APPRI con cláusulas muy generales o vagas pueden generar algún tipo de efecto negativo o positivo para el Perú?

Genera un efecto negativo. En principio hay que tomar en consideración que hay niveles de vaguedad en los APPRI antiguos. El hecho de intentar generar una especificidad alta puede resultar imposible en un tratado internacional dado que siempre existirá la amenaza de que las dos partes quieran algo de generalidad en el texto. Se debe intentar cerrar esa brecha, pero al mismo tiempo ser conscientes que muchas veces la solución pueda ser insuficiente.

4.! En su experiencia, ¿Qué acciones se han realizado desde el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) ante esta situación?

Hasta el momento se ha tomado a bien cambiar del modelo de los Acuerdos Internacionales de Inversión de manera de cerrar las brechas que se redactaron en los APPRI antiguos. Eventualmente se analizará en qué casos es posible renegociar, así como institucionalizar y reforzar lo relativo a las entidades que velan por los casos llevados a Arbitraje como el SICRECI.

5.! En su opinión, ¿Sería conveniente hacer uso de Declaraciones Interpretativas para mitigar el riesgo generado por los APPRI firmados en la década de los noventa?

Sí. Cualquier medida que pueda ayudar a mitigar los riesgos generados por los tratados indicados. Ahora bien, es necesario tomar en cuenta que la vía de la Declaraciones Interpretativas puede contener cierta dificultad porque no necesariamente el otro Estado va a querer acordar una declaración de este tipo. No obstante, la práctica unilateral también podría ser de ayuda en estos casos.

6.! En su opinión, ¿Qué otro tipo de acciones cabrían ante los APPRI que adolecen de dicha condición? ¿Se debería priorizar la aplicación de las Declaraciones Interpretativas en determinados países?

Lo interesante de las Declaraciones interpretativas es que no precluyen ninguna otra vía para negociar. Respecto de la priorización, lo primero que se debería hacer es identificar en dónde tengo los inversionistas más fuertes, de manera de tomar conocimiento sobre cuáles son las posibilidades de línea de acción.

7.! ¿El uso de Declaraciones Interpretativas podría afectar el clima o nivel de las inversiones extranjeras en el Perú?

Es un escenario poco probable. Es decir, sin duda sería mal visto si el Estado decidiera tomar medidas unilaterales que por ende elevarían el riesgo político. Por otro lado, no existe evidencia sobre el grado de importancia de los acuerdos en las decisiones de inversión de los inversionistas.

8.! En su experiencia, ¿Existen otros países u organismos internacionales que estén impulsando esta iniciativa?

En el seno del Comité de Inversiones de la OCDE se están llevando conversaciones desde hace un par de años a efectos de arribar a un acuerdo multilateral respecto de las cláusulas que son ambiguas y que representan un riesgo latente.

9.1 Finalmente, ¿Qué beneficios conllevaría la aplicación de Declaraciones Interpretativas en los APPRI indicados?

Básicamente se cerrarían las contingencias, además de constituir en un factor de desincentivo a las demandas frívolas interpuestas por los inversionistas, así como un desincentivo a la disparidad de criterios en la interpretación realizada por los árbitros.

ANEXO 4

Entrevista al Tercer Secretario **MATEO CEGARRA BASILE**, Encargado de Asuntos Económicos de Embajada del Perú en Singapur y hasta el mes de abril de 2017, funcionario de la Dirección de Promoción de Inversiones del Ministerio de Relaciones Exteriores y Representante Alterno de la Cancillería ante la Comisión Negociadora de Acuerdos de Inversión. (29 de octubre de 2017)

**El presente documento contiene opiniones personales del entrevistado que no representan la opinión del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.*

1.1 Durante la última década, el Perú ha disminuido la frecuencia en la suscripción de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). En su opinión, ¿A qué se debería dicha inclinación?

Considero que esa afirmación no es muy exacta. En los últimos años ha habido una preferencia por negociar los Acuerdos de Inversión como parte de Acuerdos Comerciales antes que acuerdos meramente de inversiones, lo cual es una tendencia a nivel internacional. La razón de ello es, a mi parecer, el interés de los países por tener mayores elementos de negociación a la luz de acuerdos más complejos y comprehensivos. El juego de otorgar y recibir concesiones se puede generar sobre un tablero más amplio.

El otro aspecto a tener en cuenta es que negociar TLC con capítulos de inversión de última generación es un proceso más complejo y lento que la negociación de los APPRI de antigua generación, tanto desde el punto de vista logístico (organización de rondas de negociación) como desde los aspectos sustantivos en la negociación de los tratados. El desarrollo del derecho internacional de las inversiones ha llevado a los países a ser más cuidados del contenido de los Acuerdos de Inversión, lo cual prolonga los procesos de negociación.

- 2.! Diversos estudios como los realizados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (conocido como UNCTAD por sus siglas en inglés) y Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) señalan que gran cantidad de APPRI suscritos en la década de los noventa contenían ciertas cláusulas ambiguas. En su experiencia, ¿Considera que el Perú, en efecto, tiene APPRI con dicho tipo de disposiciones?

Considero que sí. Durante la década de los 90 los países no prestaban mayor atención a las contingencias que se podían producir de la negociación de cláusulas ambiguas en Acuerdos de Inversión. La estadística respecto a la proliferación de demandas arbitrales Inversionista-Estado a fines de los 90 y comienzos de la década del 2000, así lo refleja. Este hecho generó un proceso de reflexión sobre los alcances de trato y protección que estos acuerdos incorporaban.

En el caso del Perú, fue la negociación del Capítulo de Inversión del TLC con Estados Unidos la que nos llevó a un proceso de aprendizaje que ha marcado las futuras negociaciones de Acuerdos de Inversión. No obstante, los Acuerdos de Inversión anteriores a este siguen vigentes y constituyen el marco jurídico bilateral para la protección de inversiones de nuestros nacionales en otros países y viceversa.

- 3.! En su opinión, ¿Considera que tener APPRI con cláusulas muy generales o vagas pueden generar algún tipo de efecto negativo o positivo para el Perú?

Ciertamente. La ambigüedad en la redacción de estándares genera un espacio amplio para la interpretación de los beneficios que estos Acuerdos otorgan a los inversionistas. Estos Acuerdos, por su naturaleza, generan compromisos de los Estados frente a los inversionistas. Por ello, son los Estados en general los que podrían enfrentar problemas al tener este tipo de compromisos.

4.! En su opinión, ¿Sería conveniente hacer uso de Declaraciones Interpretativas para mitigar el riesgo generado por los APPRI firmados en la década de los noventa?

Considero que es necesario explorar mecanismos para mitigar estos riesgos. Creo que es de interés de los Estados, más aún de los importadores de capitales, el reducir las contingencias que podrían generar estos tratados. La solución más idónea sería modificar los tratados o negociar nuevos acuerdos con estándares de última generación como los que actualmente incorpora el Perú en sus negociaciones, sin embargo, es una tarea que tomaría tiempo y requeriría voluntad política de las partes.

Considero que el uso de Declaraciones Interpretativas en esta materia podría dar nociones a los operadores legales sobre la manera en que los Estados entienden los estándares negociados en los Acuerdos de antigua generación. Claro está que la fuerza que podrían alcanzar estas declaraciones será mayor en la medida en que varios países compartan la misma línea de interpretación.

5.! Ante ello, ¿Cuál considera usted que podría ser el rol del MRE respecto a la aplicación de Declaraciones Interpretativas en los Acuerdos señalados?

Si el Estado peruano considera que el uso de estos instrumentos puede darle resultados favorables y efectivos en la mitigación de los riesgos ya mencionados, considero que la labor de la Cancillería es clave para tender puentes de diálogo con otros países que vayan en la misma sintonía y lograr una aceptación generalizada sobre el contenido de la o las declaraciones.

6.! En su opinión, ¿Qué otro tipo de acciones cabrían ante los APPRI que adolecen de dicha condición? ¿Terminación, renegociación, mantener el texto?

Como ya mencioné, toda acción que conduzca a mitigar los riesgos derivados de los Acuerdos de Inversión de antigua generación es válida. No obstante, creo que promover la terminación de estos tratados sin generar un marco legal que lo reemplace impactaría de manera negativa en nuestro clima de inversión.

7.! En su opinión, ¿Se debería impulsar el uso de las Declaraciones Interpretativas en los APPRI? De ser afirmativa su respuesta, ¿Existen APPRI suscritos con determinados países en los que se podría priorizar la aplicación de las Declaraciones Interpretativas?

Mi opinión es que el uso de la Declaraciones Interpretativas es una opción válida para mitigar los referidos riesgos y por tanto su utilización debería ser por lo menos evaluada por las autoridades nacionales competentes.

Respecto al segundo punto creo que, de ser el caso, habría que evaluar la pertinencia de emitir declaraciones interpretativas no de manera individual sino en el marco de foros multilaterales.

8.! ¿El uso de Declaraciones Interpretativas podría afectar el clima o nivel de las inversiones extranjeras en el Perú?

Considero que depende del alcance de estas y de su aceptación a nivel de la comunidad internacional. Las Declaraciones interpretativas deberían reflejar los estándares de trato y protección que actualmente negocia el Perú y que son los mismos que adoptan los países exportadores de capitales en sus modelos de negociación. De ser así, creo que no afectaría el clima de inversión. La ambigüedad de los tratados no es un elemento que consideren los inversionistas para establecer sus capitales en un país determinado.

9.! Finalmente, ¿Qué beneficios conllevaría la aplicación de Declaraciones Interpretativas en los APPRI indicados?

Permitiría a los operadores jurídicos y a los inversionistas tener una referencia más clara de los alcances de los estándares de trato y protección que garantizan estos Acuerdos. Asimismo, permitiría a los Estados conocer los límites en el trato que le puede aplicar a los inversionistas que se encuentran bajo el amparo de estos instrumentos. En definitiva, sería beneficioso para los Estados todas vez que habría menos ambigüedad en los compromisos asumidos.