

# UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**“LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS PARAGUAS EN LOS  
TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN SUSCRITOS POR  
EL PERÚ”**

**Tesis para optar el título profesional de abogado**

**Autor (a):**

Bach. Ramiro Rivera Sánchez

**Asesor (a):**

Mg. Liliana Carolina Cabrera Moncada



**Trujillo - Perú  
2017**

## **Dedicatoria**

A mi madre, la persona que ha incentivado mi aprendizaje desde que tengo uso de razón. Ella es la mujer que con mucho esfuerzo me ha educado, me ha llenado de valores, virtudes, fuerza y comprensión. Ella será siempre la razón de mis logros.

A mi padre, el hombre que me ha enseñado lo que significa la paciencia. El que siempre escucha mis problemas e inquietudes. Ese hombre que ha sabido sacar a su familia adelante y que me enseña constantemente lo que significa vivir una vida plena y sencilla.

A mi tío Ramiro, el hombre que ha apoyado mi carrera profesional y ha sido el modelo a seguir de un Abogado exitoso.

## **Agradecimiento**

A las personas que forman parte muy importante en mi vida, parte de mi familia. Alonso y Arlin. Gracias a cada uno de ustedes por el apoyo en la realización de esta tesis. Gracias por tanto afecto, cariño y comprensión. Sin ustedes nada sería posible.

## Resumen

A través del presente trabajo de investigación se plantea que la incorporación de cláusulas paraguas resulta conveniente para los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú debido a que representan un espacio neutral para la solución de disputas relativas a inversiones, conllevando a fomentar la imparcialidad y consiguiendo ciertas garantías para los inversionistas que determinen la seguridad jurídica de las inversiones. Se mantiene como base de análisis los diversos Tratados Bilaterales de Inversión, los cuales constituyen un instrumento fundamental del Derecho de las Inversiones. Es así que resulta controversial la relación de dichas cláusulas paraguas, constituidas como disposiciones, en relación a su alcance e igualmente respecto a su aplicación. Actualmente, la determinación de las cláusulas paraguas ha generado ciertas dudas respecto a la posibilidad de surgir conflictos con el derecho local.

Se realizará como diseño y contrastación de hipótesis el No experimental, y como métodos de aplicación para la investigación, el deductivo, método que se empleará para poder revisar las cláusulas expresas de protección contenidas en los Tratados Bilaterales de Inversión y, el inductivo; método que servirá para poder analizar algunos casos de arbitrajes de inversiones donde se han mencionado las cláusulas paraguas a fin de poder determinar si el incumplimiento contractual genera una violación a un Tratado Internacional. Se considera igualmente al método jurídico exegético, método a través del cual se estudiará la normatividad jurídica aplicada, tratados internacionales. Se ha empleado para dicha investigación materiales como libros, artículos web, jurisprudencia arbitral, análisis sobre casos precedentes ante al CIADI.

Finalmente, a través de la indagación se demostrará que la cláusula paraguas representa un instrumento de integración entre el derecho local e internacional, debido a que garantiza los derechos contractuales bajo un tratado internacional.

## Abstract

Through this research, it is argued that the incorporation of umbrella clauses is convenient for the Bilateral Investment Treaties, signed by Peru because they represent a neutral space for the resolution of disputes related to investments, leading to promote fairness and achieving certain Guarantees for investors that determine the legal security of investments. The Bilateral Investment Treaties, which constitute a fundamental instrument of Investment Law, are maintained as a basis for analysis. It is thus controversial the relationship of these umbrella clauses, constituted as dispositions, in relation to its scope and also with respect to its application. At present, the determination of the umbrella clauses has raised some doubts regarding the possibility of conflicts with local law.

The non-experimental hypothesis will be designed and contrasted, and as methods of application for the investigation, the deductive method will be used to be able to review the express protection clauses contained in the Bilateral Investment Treaties and the inductive; A method that will be used to analyze some cases of investment arbitrations where the umbrella clauses have been mentioned in order to be able to determine whether the breach of contract generates a violation of an International Treaty. It is also considered the exegetical legal method, method through which will be studied the applied legal regulations, international treaties. Materials such as books, web articles, arbitration jurisprudence, analysis of previous cases before the ICSID have been used for this investigation.

Finally, through inquiry, it will be shown that the umbrella clause represents an instrument of integration between local and international law, because it guarantees contractual rights under an international treaty.

## Tabla de Contenido

Dedicatoria .....	i
Agradecimiento .....	ii
Resumen .....	iii
Abstract .....	iv
<b>CAPÍTULO 1. Introducción.....</b>	<b>1</b>
1.1. Problema.....	1
1.1.1. Planteamiento del problema .....	1
1.1.2. Enunciado del problema .....	14
1.2. Hipótesis.....	14
1.2.1. Variable .....	14
1.3. Objetivos .....	15
1.3.1. Objetivo General .....	15
1.3.2. Objetivos Específicos .....	15
1.4. Justificación.....	15
<b>CAPÍTULO 2. Marco teórico.....</b>	<b>18</b>
2.1. Antecedentes .....	18
2.2. Bases Teóricas .....	25
2.2.1. Capítulo I: Los Acuerdos internacionales de inversión.....	25
2.2.1.1. Consideraciones preliminares.....	25
2.2.1.2. Instrumentos internacionales que regulan las inversiones.....	28
2.2.1.2.1. Instrumentos multilaterales .....	28
2.2.1.2.2. Tratados Bilaterales de Inversiones (TBIs) .....	30
2.2.1.2.3. Origen de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) .....	31
2.2.1.2.4. ¿Benefician los TBIs a países en desarrollo? .....	33
2.2.1.2.4.1. Tratados Bilaterales de Inversión e Inversión Extranjera Directa .....	33
2.2.1.2.4.2. El futuro de los TBIs y las legítimas expectativas en el Derecho Internacional .....	34
2.2.1.3. Solución internacional de controversias. Evolución.....	44
2.2.1.3.1. Aparición del arbitraje de inversiones. Garantía para el inversionista en la violación de tratados.....	50
2.2.1.3.2. Arbitraje Internacional en virtud de Tratados Bilaterales de Inversión.....	55
2.2.1.3.2.1. Requisitos del arbitraje relativo a inversiones .....	56
2.2.1.3.2.2. El procedimiento arbitral.....	59

2.2.1.3.3. Elementos del arbitraje de inversión .....	62
2.2.2. Capítulo II: Cláusulas Paraguas: evolución e historia .....	73
2.2.2.1. Historia y orígenes de la cláusula paraguas.....	73
2.2.2.2. Internacionalización de contratos .....	79
2.2.2.3. Concepto de cláusulas paraguas .....	82
2.2.2.4. Disputas internacionales relativas a inversiones: múltiple jurisdicción .....	85
2.2.2.4.1. Acciones basadas en TBIs y acciones basadas en contratos de inversión .....	85
2.2.2.4.2. Determinación de responsabilidad en las cláusulas paraguas mediante contratos	87
2.2.3. Capítulo III: Cláusulas Paraguas: conceptos en perspectiva comparativa.....	91
2.2.3.1. La función jurisdiccional de las cláusulas paraguas .....	95
2.2.3.1.1. Dos enfoques competitivos: conducta soberana versus conducta comercial.....	97
2.2.3.1.2. El reclamo del contrato: distinción de la reclamación del tratado.....	99
2.2.3.1.3. La indistinguibilidad de la conducta comercial y conducta soberana .....	100
2.2.3.1.4. Reclamaciones contractuales en la solución de controversias internacionales....	102
2.2.3.1.5. Cláusulas paraguas como disposiciones autónomas del tratado.....	103
2.2.3.1.6. ¿Una avalancha de reclamaciones contractuales? .....	106
2.2.3.2. El efecto sustantivo de las cláusulas paraguas.....	107
2.2.3.2.1. Cláusulas paraguas y Derecho aplicable .....	108
2.2.3.2.2. Contingencias y conducta oportunista.....	110
2.2.3.2.3. Regulación y conclusión del contrato Estado-Inversionista.....	115
2.2.3.2.4. Regulación del contrato, terminación del contrato y comportamiento oportunista	121
2.2.3.3. Alcances de las cláusulas paraguas: tendencias en la jurisprudencia internacional de	
inversiones.....	123
2.2.3.3.1. Niegan efecto.....	124
2.2.3.3.2. Otorgan Efecto .....	125
2.2.3.3.3. Otorgan efecto limitado.....	126
2.2.3.3.4 Cláusula Calvo y la repercusión en la protección de inversiones.....	130
CAPÍTULO 3. Metodológico.....	135
3.1. Tipo de investigación .....	135
3.1.1. Por su finalidad.....	135
3.1.1.1. Investigación Descriptiva .....	135
3.1.2. Por su profundidad .....	137
3.1.2.1. Investigación Básica.....	137
3.1.3. Por su naturaleza.....	139

3.1.3.1. Investigación Documental .....	139
3.2. Material de estudio .....	140
3.3. Recolección de datos .....	143
3.4. Análisis de datos.....	143
CAPÍTULO 4. Resultados y Discusión.....	145
4.1. Resultados .....	145
4.2. Discusión .....	148
CAPÍTULO 5. Conclusiones.....	154
5.1. Conclusiones .....	154
Referencias bibliográficas .....	158
Bibliografía.....	163
Anexos.....	169
Anexo N° 01 .....	169
Anexo N° 02 .....	170
Anexo N° 03 .....	172



## **CAPÍTULO 1. Introducción**

### **1.1. Problema**

La incorporación de Cláusulas Paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú.

#### **1.1.1. Planteamiento del problema**

Una inversión extranjera representa una relación jurídica compleja que en muchas oportunidades se organiza mediante una figura jurídica contractual propia de un determinado derecho nacional, el cual, de la misma forma, se beneficia a través de la protección de normas plasmadas en el derecho internacional público. Es así que, la separación conceptual entre ambos ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho internacional, se traduce en la coexistencia de diversas fuentes normativas susceptibles de ser aplicadas a un proyecto de inversión. En consecuencia, resulta idóneo admitir la existencia de la duplicidad, siendo que, en el plano jurisdiccional, se admita que tanto Tribunales Nacionales como Internacionales se encuentren potencialmente aptos y competentes para resolver los conflictos generados en función a una inversión.

No obstante, resulta ser cuestionable la determinación del foro jurisdiccional que deba adoptarse para la solución de una disputa generada entre un Estado receptor y el inversionista extranjero, debido a que precisa realizarse una distinción entre demandas contractuales y aquellas basadas en un tratado internacional, por tanto, se encuentra una latente necesidad de comprender si la relación entre esos sistemas jurídicos son de autarquía o de confluencia, es decir, si estos sistemas jurídicos permiten la admisión de demandas presentadas por Inversionistas fuera del plano del Derecho Nacional Interno, haciendo uso de instrumentos internacionales para proteger sus intereses y no solo

asumiendo la imposición de legislación interna para la solución de controversias existentes entre las partes.

Una de las razones por la cual un inversionista extranjero trata de defender sus intereses ante un foro internacional es el reconocimiento de un espacio neutral para la solución de disputas relativas a inversiones, ya que a través de dicho arbitraje se busca de manera eficiente la imparcialidad que se considera ausente en los tribunales domésticos de países receptores de la inversión.

Es así como surge la idea de la protección al inversionista a través de los Tratados Bilaterales de Inversión, dichos tratados contienen cláusulas específicas y ratificadas por los Estados suscriptores para garantizar las condiciones o las reglas de juego para las inversiones, en consecuencia, al ser estas vulneradas, muchos inversionistas mantienen el convencimiento de exigir reparaciones por violaciones a los derechos consagrados en los TBIs (Tratados Bilaterales de Inversión), incluso cuando dichas violaciones se originan en base a acciones que constituyen incumplimientos del contrato de inversión.

Es de esa manera como se originan las llamadas cláusulas paraguas, disposición internacional que permite la defensa de derechos de los inversionistas, pero fuera de la jurisdicción interna, fuera del Poder Judicial de cada Estado receptor donde se han visto vulnerados los derechos de inversores.

Pero ¿qué entendemos por cláusulas paraguas?

“Una cláusula paraguas es una provisión contenida en los tratados de protección a las inversiones que garantizan la observancia de las obligaciones asumidas por el Estado anfitrión frente al inversionista. Estas cláusulas son denominadas como “cláusulas

paraguas” porque colocan obligaciones contractuales y otros compromisos bajo el paraguas protector del tratado” (DOLZER & SCHREUER, 2012)

Se les denomina “Cláusula Paraguas” a aquellas cláusulas que tienen por finalidad transformar reclamos contractuales (obligaciones comerciales) en reclamos bajo tratado (obligaciones internacionales).

Dicho así, “las cláusulas paraguas surgen después de la Segunda Guerra Mundial, donde hubo una tendencia hacia izquierda en los países en desarrollo que propició expropiaciones, tanto de nacionales como de inversionistas extranjeros, esto consiguió el desconocimiento de los contratos celebrados por estos países con inversionistas extranjeros, especialmente en materia de concesiones”. (DE TRANZEGNIES GRANDA, 2009)

Para poder determinar el ámbito de protección del derecho internacional sobre los inversionistas es necesario poder constatar la existencia de un Tratado Bilateral de Inversión, un tratado donde se encuentre expresamente la cláusula paraguas que garantiza el respeto a los derechos del inversionista. No obstante, uno de los criterios más relevantes para la protección a través de dicha cláusula es la existencia de la inversión, la cual se constituye como la transferencia de bienes tangibles o intangibles de un país a otro con el objetivo principal de usarlos en el país receptor para producir riqueza bajo control total o parcial del propietario de los activos. (Morales Vela)

Para mayor entendimiento, debe hacerse mención respecto a las dos categorías de inversión extranjera: oficial y no oficial. La primera se refiere a las transacciones de capital realizadas por instituciones públicas y la segunda a aquellas transacciones de capital realizadas por empresas privadas. Las inversiones no oficiales, donde intervienen

estrictamente privados, se subdivide en inversión extranjera directa e inversión de cartera. (Morales Vela)

La inversión extranjera directa puede describirse como la inversión de capital por parte de una persona no residente en el territorio del estado receptor, en relación con una empresa o un activo tangible o intangible, donde el inversionista mantiene control potencial o real sobre las políticas y el destino de la empresa o el activo. Es así como el derecho internacional en materia de inversión extranjera se concentra en este último tipo de inversión y es en este ámbito donde se encuentra el tema central de investigación, ya que como puede constatarse, el inversionista busca de manera continua la defensa de sus intereses, los cuales al no querer ser cuestionados en la vía interna que constituyen las normas del Estado receptor es que recurre a un arbitraje de inversiones a través de las cláusulas paraguas, cláusulas que se encuentran expresadas en los Tratados Bilaterales de Inversión que suscriben los Estados en el mundo. Dichas cláusulas representan redacciones amplias y usadas para conseguir una protección general.

No obstante, el cuestionamiento surge al momento de determinar el alcance de dicha protección, es decir, el alcance de las cláusulas paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión, ya que como es de conocimiento, la relación entre el inversionista y el Estado receptor surge a través de un contrato de Inversión, contrato que mantiene una serie de cláusulas y especificaciones que son de obligatoriedad entre las partes, y estas al no ser observadas por alguna de ellas genera un incumplimiento contractual.

Cuando se verifica un incumplimiento contractual ya sea por parte del Estado receptor o el inversionista extranjero es que surge la incógnita respecto a si mediante las cláusulas paraguas se cubren acciones por incumplimiento de contrato de inversión incluso en ausencia de una remisión expresa del tratado, es decir, si bien es cierto, un inversionista

acude a través de un arbitraje internacional de inversiones debido a que ha existido una vulneración al tratado, dicha vulneración solo implicaría valorar una violación estricta del tratado y no cuestiones de fondo expresamente vinculadas con el incumplimiento por parte del Estado, es así como surge el cuestionamiento sobre el ámbito de aplicación que desempeñan las cláusulas paraguas, ya que si un tribunal arbitral internacional no es competente para discutir cuestiones de incumplimiento contractual respecto a una inversión, el inversionista se vería imposibilitado de demandar a un Estado receptor fuera de la vía interna o planteada mediante contrato, existiendo cuestiones de competencia que no podrían subsanarse.

Han existido una serie de argumentos por distintos autores respecto a la aplicación de las cláusulas paraguas, algunos a favor, otros en contra. Primero, encontramos la aprobación del efecto de las cláusulas paraguas, donde se mantiene la idea de que un tribunal internacional mantiene competencia para debatir cuestiones de incumplimiento contractual, pudiendo transformarse reclamos contractuales en reclamos internacionales debido a que los Estados intentan hacer uso de una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado. Luego, Thomas Walde (WALDE, 2009), plantea que las cláusulas paraguas presentan una redacción muy amplia y de protección general, la cual no puede interpretarse de forma que abarque las obligaciones contractuales, y que solo podrán ser aplicadas por interferencias en base a la soberanía del Estado, es decir, en virtud a un ejercicio abusivo de sus potestades. Dicho autor propone que tales cláusulas solo operen cuando pueda identificarse acciones realizadas por el Estado fuera de las permitidas según el contrato de inversión, siendo que solo se procederá siempre y cuando los Estados intervengan de forma significativa con los derechos del inversionista. Por último, existen argumentos que mencionan que cada reclamo al poseer

una naturaleza distinta debe ser evaluado para saber si este puede transformarse de un reclamo contractual a uno internacional, es decir, analizar el fondo de la controversia.

Los Tratados Bilaterales de Inversión constituyen junto con los contratos de inversión, los instrumentos más comunes de regulación de la inversión extranjera, estos, fueron concebidos para lograr tres objetivos principales: proporcionar protección adecuada a los inversionistas en países en los cuales sus derechos aun no estaban cubiertos por acuerdos existentes, persuadir a otros estados a implementar y ejecutar políticas de mercado que otorguen un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros y contribuir al incremento de normas de derecho internacional consistentes con los dos propósitos anteriores. (Morales Vela)

El consentimiento del Estado receptor para acudir a un arbitraje de inversiones se verifica mediante los tratados Internacionales de inversión celebrados entre Estados. Dichos tratados pueden mantener la calidad de bilaterales, celebrados entre dos países (denominados TBIs), o multilaterales (celebrados entre más de dos países).

La finalidad de la firma de los Tratados Bilaterales de Inversión constituye asegurar la inversión extranjera otorgándole al Inversionista ciertas garantías y condiciones que supongan el aseguramiento en la economía del país receptor, donde el inversionista podría encontrar ciertas dificultades impuestas por el propio Estado. Se observa que el Perú ha firmado 32 TBIs (Tratados Bilaterales de Inversión), pero sus cláusulas (cláusulas paraguas), varían dentro de un amplio y sutil espectro. No obstante, de una forma u otra, todas se refieren a la plena protección y seguridad jurídica para las inversiones recíprocas, a la no intervención del Estado en las inversiones con medidas injustificadas y a la aplicabilidad del Derecho Internacional Consuetudinario. (DE TRANZEGNIES GRANDA, 2009)

Es así como puede constatararse que mediante los Tratados suscritos por un Estado receptor y mediante la aplicación de las cláusulas paraguas se busca la seguridad jurídica y el trato del inversionista, seguridad que es percibida gracias a la aplicación del Derecho Internacional Consuetudinario y el consentimiento del Estado para avalar el interés de un inversionista en recurrir a una vía alterna al Derecho Interno, es decir, a través del CIADI o cualquier otra institución internacional, es así como un estado promueve la ratificación y el respeto a los tratados Internacionales como fuentes de Derecho, admitiendo que al ser identificado como suscriptor de un tratado, y al contener éste una cláusula paraguas, precisa su consentimiento para acceder a un fuero Internacional en fin de dilucidar un conflicto que se origina en base a una inversión, no obstante, resulta cuestionable entender si este consentimiento resulta ser obligatorio para el Estado receptor aun a sabiendas de existir un cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato, al haber pactado especificaciones totalmente distintas, se pretende descubrir si el tratado prima sobre la voluntad de las partes.

Es de conocimiento que, en algunos Estados, predominó la idea de asignarles el mismo tratamiento a los inversionistas extranjeros en cuestiones de solución de controversias, es decir, que estos se encontraban sometidos a la legislación local en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado receptor, siendo la única vía para proteger sus intereses frente al poder que ostentaba el Estado.

Y es que dicho sometimiento nace a raíz de la doctrina Calvo, doctrina que nace gracias al aporte del Internacionalista Uruguayo Calvo, principios basados expresamente en que era fundamental establecer una igualdad de tratamiento a todos los inversionistas privados. Es así que, “las controversias entre nacionales y extranjeros en materia de inversión o entre inversionistas extranjeros y Estados receptores debían ser resueltas por el Poder Judicial del país donde tenía lugar la inversión, al igual que el caso de las

controversias entre empresas nacionales o entre estas y el Estado”. (Jurídica, el Arbitraje: Desarrollo y Perspectivas, 2014)

De cierto modo, a raíz del conocimiento de la Cláusula Calvo dentro de la jurisprudencia internacional es que algunos Estados optan por asumir dicha cláusula, es decir, asumir la exclusividad de la vía interna para solucionar conflictos, siendo obviamente beneficiados bajo el foro local y bajo la legislación impuesta mediante el Poder Judicial, no obstante, si bien es cierto, no existe ningún tipo de impedimento de la solución de conflictos mediante el Derecho Interno, existe una probabilidad de imparcialidad que puede verificarse desde el momento en que tales controversias han sido asumidas por el propio Estado donde ha surgido el conflicto, en el Estado donde el inversionista ha visto sus derechos resquebrajados, en consecuencia, resultaría probable que dicha controversia al ser examinada bajo el mismo Estado que forma parte y ostenta el poder, mantenga un ánimo de favorecimiento, el cual se encuentra tentado a ganar una demanda impuesta por el inversionista a favor del Estado receptor, y no solo por el hecho de ser un proceso tramitado ante el propio Estado, sino además por la presión política y mediática de declarar un proceso en contra de los intereses de su propio país.

La contradicción a la imposición de la jurisdicción nacional mencionada por Carlos Calvo fue la creación de un organismo imparcial y eficiente de solución de conflictos a cargo del Banco Mundial, que se conoce como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI, o según sus siglas en inglés, ICSID), “un organismo autónomo que pudiera atender aquellos de naturaleza económica pero que involucran al menos a un Estado como parte, siendo éste el receptor de la inversión y que pudiera proteger al inversionista frente a las medidas o las presiones políticas.” (De Trazegnies Granda, Cláusula Calvo: ¿Una perturbadora Ave Fenix?, 2009)



En efecto, además de la protección sustantiva de los inversionistas, la mayor innovación que se reconoce en los TBIs es la cláusula procesal que permite a los inversionistas hacer valer sus derechos sin la intervención de su estado de origen. En consecuencia, a los inversionistas no solamente se les ha concedido derechos sustantivos, sino también acceso a una jurisdicción neutral a la cual recurrir en búsqueda de reparación en caso de que su inversión haya sido afectada por hechos ilícitos. (Morales Vela)

Dentro de dicho contexto es que nace la cláusula sombrilla, en virtud a una reacción por dichas acciones surge la idea de un Derecho Internacional Económico que resguarda las inversiones y una cláusula paraguas que somete a arbitraje internacional las diferencias derivadas de actividades de inversión protegidas por el tratado y efectuadas dentro de su jurisdicción por nacionales de otro estado parte.

Por regla general, una violación a los términos contractuales que una parte celebra con un Estado, no puede entenderse, por si misma, como generadora de responsabilidad internacional.

Por lo tanto, en caso un inversionista quisiese llevar al Estado anfitrión de su inversión a cortes internacionales como la del CIADI, deberá probar la existencia de una violación a alguno de los términos establecidos ya sea en un TBI o en el capítulo de inversiones de algún TLC (en otras palabras, que el Estado ha incurrido en algún supuesto de responsabilidad internacional).

La discusión que surge respecto a este tipo de cláusulas está relacionada a si los inversionistas pueden sostener que, al incumplir alguna obligación del contrato, el Estado anfitrión está, en realidad, incumpliendo el tratado en sí (MCLACHLAN, SHORE, & WEINIGER, 2007)

Dicho en otras palabras, la discusión está relacionada a si al incumplir los términos de su contrato, el Estado anfitrión de la inversión está incurriendo en responsabilidad internacional y no sólo en responsabilidad comercial.

La jurisprudencia internacional de inversiones no es pacífica respecto a cuáles son los verdaderos alcances de las denominadas cláusulas paraguas, de esta forma, existen hasta tres interpretaciones mayoritariamente reconocidas por los tribunales arbitrales:

Por un lado, tenemos a aquellos que establecen que las cláusulas paraguas no asimilan violaciones contractuales a violaciones bajo tratado, negando así el efecto protector de las mismas.

Esta interpretación ha sido desarrollada por primera vez en el caso *SGS v. Pakistán*. En dicho caso, el Tribunal Arbitral determinó que:

“Teniendo en consideración el principio ampliamente aceptado en el cual nos basamos, el cual establece que, bajo la derecho internacional general, una violación a un contrato celebrado entre un Estado y un inversionistas de otro Estado, no es, por si misma, una violación al derecho internacional, y teniendo en cuenta además que las consecuencias jurídicas (...) son de muy largo alcance en su ámbito de aplicación (...) somos de la opinión que evidencia clara y convincente debe ser presentada por el Demandante. ¿Evidencia clara y convincente de qué? Evidencia clara y convincente de que fue voluntad compartida de las partes firmantes del tratado Suiza-Pakistán de Protección a las Inversiones de incorporar en el TBI el artículo 11 [cláusula paraguas]. No encontramos dicha intención (...)” (Caso *SGS v. Pakistan*, s.f.)

Los principales argumentos de los defensores de esta postura establecen que, de otorgarse el efecto protector a las cláusulas paraguas, se abriría la puerta a cientos de

demandas en contra de los Estados, toda vez que una violación a los más mínimos compromisos activaría responsabilidad internacional.

Adicionalmente, señalan que dicha cláusula vaciaría de contenido a los demás estándares de protección contenido en los tratados, toda vez que la más mínima violación al contrato permitiría a los inversionistas presentar demandas en fueros internacionales. (DOLZER & SCHREUER, 2012)

Por otro lado, existen casos donde los tribunales arbitrales si han aceptado los efectos protectores de las cláusulas paraguas. Por ejemplo, en el caso *Noble Ventures v. Romania*, en el cual se determinó que:

“Una cláusula paraguas es generalmente vista como transformadora de obligaciones de derecho municipal en obligaciones directamente reconocidas en derecho internacional”  
(...)

[D]os Estados pueden incluir en un tratado bilateral de inversiones una provisión a efectos que, con la finalidad de alcanzar los objetivos y metas del tratado, el Estado anfitrión pueda incurrir en responsabilidad internacional por razones de incumplimiento de sus obligaciones contractuales frente al inversionista privado de la otra parte, el incumplimiento del contrato es así “internacionalizado” (*Noble Ventures v. Romania*, s.f.)

Así, los tribunales arbitrales citados anteriormente reconocen la utilidad de la cláusula paraguas como mecanismo de protección de los derechos de los inversionistas, otorgándole los efectos de convertir reclamaciones contractuales en reclamaciones bajo tratado.

Por último, existen casos en los cuales los Tribunales Internacionales han establecido que las cláusulas paraguas sí tienen el efecto protector de transformar reclamaciones contractuales en reclamaciones bajo tratado. Sin embargo, consideran pertinente no reconocer los reclamos presentados por los inversionistas debido a que, en los contratos celebrados por estos con el respectivo Estado anfitrión, las partes pactaron una cláusula de foro específica distinta a la jurisdicción CIADI.

Esta postura fue desarrollada por primera vez en el caso *SGS v. Filipinas*, en el cual, el Tribunal Arbitral determinó que:

“Así, la pregunta no es si el Tribunal tiene jurisdicción: a menos que se señale de otra forma, la jurisdicción del tratado no es derogada por el contrato. La pregunta es si una parte debe estar permitida en basarse en el contrato como base de su reclamo cuando el contrato mismo refiere dicho reclamo exclusivamente a otro foro. En opinión del tribunal, la respuesta es que no debería estar facultado a hacerlo, a menos que existan buenas razones, como la fuerza mayor, impidiendo al demandante de cumplir con el contrato. (...)

Para resumir, a los ojos del Tribunal, su jurisdicción está definida en referencia al BIT y a la Convención CIADI. Sin embargo, el Tribunal no deberá ejercer jurisdicción sobre el reclamo contractual cuando las partes ya han acordado como dicho reclamo ha de ser resuelto y lo han hecho de forma exclusiva”. (Caso *SGS v. Filipinas*, s.f.)

De esta forma, en dicho caso el Tribunal Arbitral no negó los efectos protectores característicos de las cláusulas paraguas; sin embargo, decidió no conocer la controversia debido a que las partes habrían establecido en su contrato un foro específico distinto a la jurisdicción CIADI. En este sentido, el Tribunal Arbitral concluyó que todas las controversias que surjan vinculadas al contrato celebrado entre *SGS* y *Filipinas*

tendrían que ser conocidas en dicho foro, por ser el foro especial pactado por las partes para el contrato.

Así, el Tribunal Arbitral determinó que en los casos donde exista una cláusula de foro específica para las controversias contractuales distintas a la jurisdicción CIADI, de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, deberá preferirse dicho fuero frente a la jurisdicción establecida en el TBI.

Como se ha podido observar, la postura crítica a este enfoque establece que la jurisdicción CIADI no deroga a la jurisdicción de las cortes nacionales. Por el contrario, el inversionista tiene la posibilidad de elegir ambas, dependiendo de cuál considere le es más favorable.

En mención a las tres teorías planteadas en la jurisprudencia arbitral, el conflicto surge debido a que existe una confusión e incertidumbre creadas por la jurisprudencia referente al alcance de las cláusulas paraguas de los TBIs. Se observa una tensión en la jurisprudencia arbitral por el hecho no mantener una doctrina estricta de precedentes en el arbitraje internacional, lo cual genera inseguridad entre los potenciales litigantes.

Debe reconocerse que una parte de la inconsistencia presentada en los casos planteados de arbitraje se debe a la diversidad del lenguaje que se puede encontrar en los TBIs. Se verifica que la inseguridad jurídica que se genera no solamente afecta la consolidación del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de conflictos relativos a inversión, sino que podría aumentar el escepticismo que ya varios gobiernos, sobre todo países en desarrollo, han mostrado frente al balance final del costo-beneficio que obtienen de los TBIs, esto, en consecuencia. Podría ocasionar la conclusión del uso de la terminología equivalente a las cláusulas de protección general en los textos sujetos a ratificarse (TBIs). (Morales Vela)

En todo este contexto, resulta necesario analizar si bajo la protección de las cláusulas paraguas un Estado receptor, en virtud a un reclamo contractual puede enfrentar responsabilidad internacional bajo un tratado, ya que sólo habiendo sido determinada su conducta es que puede pretenderse la competencia de un tribunal arbitral internacional para conocer temas de incumplimientos contractuales, para esto, será fundamental determinar el alcance de las cláusulas paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversiones.

### **1.1.2. Enunciado del problema**

¿Cuál es la necesidad para la incorporación de cláusulas paraguas en Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú?

## **1.2. Hipótesis**

La incorporación de cláusulas paraguas es necesaria para los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú debido a que representan un espacio neutral para la solución de disputas relativas a inversiones, conllevando a fomentar la imparcialidad y consiguiendo ciertas garantías para los inversionistas que determinen la seguridad jurídica de las inversiones, es decir, supongan el aseguramiento en la economía del país receptor.

### **1.2.1. Variable**

La incorporación de cláusulas paraguas es necesaria para los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú.

### **1.3. Objetivos**

#### **1.3.1. Objetivo General**

Determinar cuál es la necesidad para incorporar cláusulas paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú.

#### **1.3.2. Objetivos Específicos**

- Determinar el beneficio conseguido a través de la protección de un Tratado Bilateral de Inversión cuando se incorpora una cláusula paraguas y las repercusiones en la relación inversionista-Estado receptor.
- Explicar cómo la solución de controversias mediante la incorporación de cláusulas paraguas permite la confluencia de fuentes de múltiple jurisdicción para el inversionista.
- Describir cuáles son los efectos de las cláusulas paraguas ante conductas oportunistas identificadas en un Estado anfitrión de la inversión.
- Analizar cuál es el impacto de las cláusulas paraguas en contraposición con el interés público para concretar soluciones equilibradas entre la protección de los derechos de inversores y la garantía del poder que detenta el Estado.

### **1.4. Justificación**

La presente investigación se enfocará en estudiar la aplicación de las cláusulas paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión, verificando el alcance de dichas cláusulas para la solución de conflictos entre un Estado receptor y un inversionista.

El desarrollo y actual auge del comercio internacional ha permitido, entre otras cosas, que los Estados suscriban una serie de acuerdos comerciales o tratados internacionales, con la finalidad de respetar las inversiones entre distintos países y ofrecer seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros. En ese sentido, al referirnos a inversionistas

extranjeros estamos haciendo alusión a aquellas empresas privadas, en su mayoría grandes multinacionales, constituidas en un país distinto al país receptor de su inversión. No obstante, dichas empresas inversoras deberán de respetar y ceñirse a las normas estatales indicadas en el contrato de inversión. Ello de alguna manera representaría una desventaja para la defensa de los intereses de las empresas, pero, sobre todo, la desventaja se agravará al imponer el Estado receptor de la inversión el deber de acudir a sus cortes nacionales como mecanismo de solución de controversias, dejando de lado la opción de acudir a instituciones internacionales especializadas y autónomas que garanticen mayor protección al inversionista, dejando de lado presiones políticas internas. Nos referimos al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI, o ICSIS según sus siglas en inglés).

Frente a lo señalado en el párrafo precedente, el problema central de la presente investigación no surge por el no reconocimiento de una instancia internacional, por parte de un Estado hacia la empresa que apuesta por invertir en él, en la cual se puedan discutir los derechos de este último o cualquier problema contractual; más bien la razón por la cual se investiga el alcance de las cláusulas paraguas recae, principalmente, al compromiso que, tanto el Estado receptor y el Estado al cual pertenece el inversionista, pactan al firmar un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI). Es decir, ambos países asumen el respeto al tratado como fuente de Derecho Internacional, garantizando el cumplimiento de cada una de las cláusulas del documento suscrito y ratificado. Posteriormente, se ejemplifica la situación en conflicto cuando ambos países, los cuales firmaron el tratado, generan un contrato de inversión, un contrato que mantiene una serie de especificaciones y cláusulas que las partes deben respetar, no obstante, luego surge un incumplimiento contractual por parte del Estado receptor de la inversión, dicho estado puede haber cambiado las reglas de juego para el inversionista, ofrecerle un trato



discriminatorio, o que demuestre competencia desleal, siendo el caso que no garantice sus derechos, ni mucho menos los términos del contrato previo que han pactado, logrando que el inversionista decida defender sus derechos ante organismos internacionales. En consecuencia, dicho inversionista al encontrar sus intereses vulnerados acude al CIADI argumentando que ha existido la violación expresa del Tratado Bilateral de Inversiones. Dichos tratados mantienen cláusulas específicas de protección a las inversiones, denominadas cláusulas paraguas.

Se han mencionado una serie de doctrinas y posturas, unas a favor y otras en contra, sobre la posibilidad de transformar un reclamo contractual en un reclamo internacional, ya que se argumenta que, sobre cuestiones contractuales, como el incumplimiento, un tribunal internacional no mantiene competencia para analizar. Se aduce que lo único que puede dilucidarse en cortes internacionales es la violación al tratado expreso. Si se analizaran cuestiones de fondo se desacreditaría a las cortes nacionales o a las reglas pactadas en el contrato de inversión, el cual podría pactar la exclusividad en la resolución de conflictos. En consecuencia, los foros nacionales serían los únicos competentes a fin de resolver controversias entre las partes.

Algunos autores asumen la imposibilidad de observar reclamos contractuales como internacionales debido a que se incrementaría notablemente los reclamos presentados por cualquier tipo de cuestión o que estos solo deberían proceder siempre y cuando se verifique el uso abusivo de las potestades del Estado receptor contra el inversionista. Sin embargo, los Tratados Internacionales han sido creados con la finalidad de otorgar seguridad jurídica para los Estados, seguridad económica para la constante inversión que mantienen países en desarrollo, países que necesitan constantemente de inyección de capital para poder explotar recursos naturales, recursos que no pueden ser utilizados debido a la falta de financiamiento o tesoro público con el que cuenta un Estado.

La protección mediante normas internacionales resulta primordial para la defensa de un inversionista. Cada reclamo contractual que pueda ser presentado para convertirse en un reclamo internacional que ha violentado un Tratado Bilateral de Inversiones merece ser analizado, observando cada una de las causas y disposiciones que llevaron a concluir sobre la existencia o no de un incumplimiento contractual o si se presentó el uso abusivo de la soberanía de un Estado para beneficios propios que no respetaron derechos previamente consolidados en un Tratado que representa una fuente de Derecho. Para conseguir dicho análisis se necesita observar el fondo de la controversia.

## **CAPÍTULO 2. Marco teórico**

### **2.1. Antecedentes**

Para realizar la presente investigación se han consultado revistas, libros, artículos, investigaciones, páginas web especializadas.

1. Suarez Dávalos, Leyre, 2011 - Quito, Ecuador, realizó la investigación titulada “La Cláusula Paraguas bajo el Derecho de las Inversiones como Mecanismo de Integración y Generación de un Derecho Administrativo Global”, investigación que utilizó para obtener el título de Abogada, el cual llegó a las conclusiones:

- Se planteó la hipótesis de que la cláusula paraguas, en el Derecho de la Inversiones, es un medio para la globalización del derecho, ya que es un mecanismo de integración entre el derecho local e internacional; y enriquece a un derecho administrativo global. Se logró demostrar dicha hipótesis al igual que las premisas que la sostenían. La primera premisa, es que la cláusula paraguas protege a los inversionistas, frente a las violaciones contractuales y les brinda un derecho a acudir a tribunales internacionales. La segunda

premisa, sostiene la ausencia de conflictos de jurisdicción entre dicha cláusula y la cláusula de solución de controversias en el contrato.

- Otras conclusiones importantes, relacionadas con la primera premisa, fueron; la relación entre la cláusula paraguas y el principio *pacta sunt servanda*, como una aplicación de dicho aforismo. Al igual que, la aclaración que esta disposición es un verdadero estándar subjetivo de trato, que no extiende la jurisdicción del tribunal internacional a reclamos contractuales, sino que analiza la violación de las obligaciones contractuales como presupuesto para la violación de dicho estándar.

2. Monardes V., Rodrigo, 2009- Santiago, Chile, realizó la investigación titulada “Las Cláusulas Paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversiones”, investigación que utilizó para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, el cual llegó a las conclusiones:

- A pesar que no existe una opinión unánime, se concluye que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con respecto a las cláusulas paraguas, la inclusión de dichas cláusulas en los acuerdos internacionales de inversión, potencialmente puede generar un efecto nocivo para los Estados y en especial para el caso de Chile, toda vez que le estaría otorgando jurisdicción a los tribunales internacionales para conocer prácticamente, cualquier tipo de controversia relaciona a las inversiones. Bastaría, por ejemplo, con que una municipalidad incumpliera un simple contrato con un inversionista extranjero para que el Estado tuviera responsabilidad internacional frente a dicho incumplimiento.
- Se concluye en que negociar este tipo de cláusulas paraguas e incorporarlas en los Acuerdos Internacionales de Inversión, producen una gran incertidumbre para los Estados, debido a los efectos que generan, ya que incorporan una serie de compromisos específicos de los Estados para con los inversionistas extranjeros, que originalmente

dicho Estado no había contemplado. Ya que el inversionista no sólo tendría el derecho de recurrir a tribunales internacionales por alguna violación de alguno de los estándares contemplados en el mismo tratado, sino que también podría recurrir a dichos tribunales por un mero incumplimiento contractual.

3. Morales Vela, Dunker, 2007, Ecuador, realizó la investigación titulada “Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas”, documento de sitio web utilizado para analizar los procedimientos de revisión y mecanismos de control del arbitraje internacional, el cual llegó a las conclusiones:

- Debe reconocerse que una parte de la inconsistencia presente en la casuística del arbitraje se debe a la diversidad del lenguaje que se puede encontrar en los tratados bilaterales de inversión. Pero otras razones, como la ausencia de órganos de supervisión y apelación, dificultan una solución inmediata. Es evidente que la inseguridad jurídica que se crea no solamente afecta la consolidación del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de conflictos relativos a inversión, sino que podría aumentar el escepticismo que ya varios gobiernos, sobre todo de países en desarrollo, han mostrado frente al balance final del costo-beneficio que obtienen de los TBIs.
- La alternativa que brinda seguridad a los inversionistas es procurar una remisión expresa a la protección del tratado y al arbitraje internacional en el contrato de inversión. De otra parte, ciertos estados intentarán excluir estipulaciones semejantes con el afán de que sean sus cortes las que resuelvan las disputas que se deriven de los contratos de inversión.

4. Marquez, Natalia, 2010, Colombia, realizó la investigación titulada “La relación entre las cláusulas de resolución de disputas del contrato de concesión colombiano y los compromisos adquiridos”, documento de sitio web utilizado para analizar la

arbitrabilidad para la solución de controversias en foros nacionales e internacionales, el cual llegó a las conclusiones:

- Para poder garantizar la Inversión Extranjera en el país es preciso dejar de lado la posición engorrosa que ha venido manteniendo la jurisprudencia, de forma que se pueda garantizar a los terceros inversionistas la protección de sus inversiones en el país, respetando los derechos adquiridos por estos y sobretodo respetando el Derecho Internacional en el tema de las Inversiones, como lo consagra la convención de Washington suscrita e incorporada a la legislación colombiana mediante Ley.

5. Meremiskaya, Elina, 2009, Santiago, Chile, realizó la investigación titulada “La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos”, documento de sitio web utilizado para analizar la concurrencia de responsabilidad internacional a través de la violación de acuerdos contractuales entre Estados, el cual llegó a las conclusiones:

- El análisis advertido demuestra la diversidad de soluciones que la jurisprudencia arbitral ha dado a la interpretación de las cláusulas paraguas. Conforme con las decisiones que resultan más convincentes, la cláusula paraguas cubre todos los compromisos contractuales asumidos por las entidades cuya conducta es atribuible al Estado según las reglas del derecho internacional. La principal norma de interpretación contemplada en el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados requiere recurrir al significado ordinario de las palabras, dentro de su contexto y a la luz de sus objetivos y fines. Los objetivos de los TBI usualmente se definen en términos de protección y promoción de inversiones, con lo cual el Estado receptor debería ofrecer a los inversionistas extranjeros atractivos y ventajas que sirvan de incentivo para la inversión.

- Las cláusulas contractuales de solución de disputas no contemplan una renuncia a una demanda bajo la cláusula paraguas, dado que se trata de demandas distintas en cuanto a sus elementos normativos, sustantivos y subjetivos. El pluralismo de sistemas jurídicos es característico para el desarrollo del derecho contemporáneo, y en esta etapa la convivencia entre el derecho interno e internacional adopta la forma de un desenvolvimiento autónomo de cada uno de ellos. La cláusula paraguas exige a los sistemas jurídicos cierta tolerancia que les permita coexistir manteniendo intacto sus límites conceptuales.

6. Minaverri, Cecilia María, Argentina, realizó la investigación titulada “El arbitraje internacional como mecanismo de solución de disputas: el caso argentino en el CIADI”, documento de sitio web utilizado para analizar el alcance de los tratados bilaterales de inversión e la intervención del CIADI para la solución de conflictos entre inversionista y Estado receptor, el cual llegó a las conclusiones:

- Se ha propuesto la creación de un nuevo foro de arbitraje dentro de esta organización. No es de extrañar que desde Sudamérica surja esta idea de reemplazar al CIADI y de renegociar los tratados bilaterales de inversión, ya que esta región ha sido una de las más afectadas por las deficiencias del sistema en la resolución de los litigios, muchos de ellos aún pendientes.
- Debe existir un equipo permanente de árbitros dedicados a su trabajo. Esto podría evitar situaciones de conflicto de intereses cuando los árbitros están trabajando al mismo tiempo en las empresas o estudios de abogados. Los árbitros deben ser expertos no sólo en leyes de inversión, sino también en derecho internacional. También la lista de árbitros debe estar equilibrada geográficamente y en cuanto al nivel de conocimiento.
- Debe haber un período de conciliación obligatorio, las partes deben ser alentadas a resolver cualquier conflicto a través de este medio y así evitar un largo periodo de litigio.

En los casos argentinos, se observa que la conciliación funcionó de una mejor manera para los inversores. Los que optaron por continuar con el arbitraje del CIADI todavía están involucrados en procesos de anulación e incluso aun discutiendo asuntos de jurisdicción.

7. Arif, Hyder Ali, 2009, Perú, realizó la investigación titulada “Breves notas sobre el Arbitraje de Inversión”, documento de sitio web utilizado para analizar la pertinencia de un Arbitraje de Inversiones a través de un foro internacional, el cual llegó a las conclusiones:

- Las cláusulas contenidas en los tratados que protegen a los inversionistas extranjeros han sido interpretadas de acuerdo con los principios generales de derecho internacional. Algunos de estos principios han sido desarrollados en otros contextos por distintos regímenes, por ejemplo, por la Organización Mundial del Comercio o la Corte Internacional de Justicia. No hay todavía una jurisprudencia unísona sobre la interpretación de muchas de estas cláusulas, pero la evolución del sistema es patente, y hoy ya se habla de la armonización de los diferentes regímenes jurídicos internacionales, con el fin de fomentar el desarrollo y el comercio mundial.
- La efectividad del sistema del Convenio del CIADI, o del arbitraje de inversión bajo reglas como las de CNUMDI, depende de la colaboración que brinde el Estado soberano a la hora de la ejecución del laudo. Es verdad que cada Estado, parte del Convenio del CIADI, debe reconocer y hacer cumplir un laudo arbitral CIADI como si se tratase de una sentencia definitiva de un tribunal de dicho Estado.

8. De Trazegnies Granda, Fernando, 2014, Perú, realizó la investigación titulada “La cláusula calvo: ¿Una perturbadora ave fénix?”, documento de sitio web utilizado para analizar la doctrina calvo para la igualdad en el tratamiento a todos los inversionistas privados, llegando a las conclusiones:

- Someter un conflicto a la resolución del Poder Judicial local como imponía la cláusula Calvo era, de alguna manera, darle la solución a una de las partes; en este caso, al Estado receptor al cual pertenece tal Poder Judicial. No cabe duda de que se puede objetar, desde un punto de vista ilusamente jurídico, que el Poder Judiciales independiente del Poder Ejecutivo y que usualmente está compuesto por jueces muy bien formados e imparciales. Sea como fuere, nadie puede, honestamente, atribuir a ese temor del inversionista extranjero el carácter de una mera alucinación. El inversionista extranjero se encuentra en un ambiente ajeno y tiene todo el derecho de pensar que, aunque no debiera ser, cabe la posibilidad de que el Poder Judicial del Estado receptor examine la controversia con un ánimo más propenso a que gane la parte nacional.

- Al amparo de este nuevo mecanismo internacional e independiente de solución de conflictos que representa el CIADI, los países procedieron a suscribir un número cada vez mayor de Tratados Bilaterales de Inversión, donde en su mayor parte se establece la jurisdicción del CIADI para tratarlas controversias que se encuentran dentro del marco de tales Tratados. Estos nuevos instrumentos han encajado tan perfectamente dentro de la modernidad dela inversión que ya hay suscritos en el mundo cerca de 3,000 TBIs, donde ciertos Estados (los receptores) buscan inversiones extranjeras y por ello se esmeran en darles las mejores condiciones y garantías de operación.

9. Silva Romero, Fernando; García Represa José Manuel, 2014, Perú, realizaron la investigación titulada “Los tratados internacionales, protección de Inversiones”, documento de sitio web utilizado para analizar la situación del inversionista ante un Estado receptor respecto a los riesgos de su inversión, llegando a las conclusiones:

- Los tratados bilaterales de inversión garantizan una compensación pronta, justa y efectiva en caso de expropiación/nacionalización y un trato justo y equitativo al



inversionista, entendiéndose por ello, según una jurisprudencia internacional más o menos controvertida, la protección de sus expectativas legítimas.

- Sobre la estabilidad, si un acuerdo o cláusula de estabilidad jurídica, el Estado mantiene un amplio margen de maniobra y el cambio legislativo/reglamentario puede interpretarse como un ejercicio legítimo del poder estatal, aun cuando la inversión esté protegida por un TBI. Por ello, es fundamental incluir cláusulas de estabilidad jurídica en los contratos de concesión minera o suscribir convenios de estabilidad. Aun cuando esta exigencia pueda resultar compleja en el marco de negociaciones con el Estado receptor de la inversión, la mayoría de los países prevén formas de acceder a la estabilidad jurídica, a menudo a través de contratos accesorios con el Estado.

10. Mezgravis, Andrés A., 2014, Perú, realizó la investigación titulada “La denuncia ante el CIADI, el camino más fácil”, documento de sitio web utilizado para analizar los factores que conllevan la admisión de la demanda presentada por el inversionista contra el Estado receptor, llegando a las conclusiones:

- No se requiere que el inversor solicite el arbitraje para que nazca o se perfeccione dicha obligación. Una cosa es el cumplimiento de la obligación y otra su nacimiento. La obligación de ofrecer arbitraje nace y se perfecciona en el momento de la ratificación del TBI o TLC que la contiene, y se cumple cuando el Estado accede efectivamente al arbitraje CIADI.

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. Capítulo I: Los Acuerdos internacionales de inversión**

#### **2.2.1.1. Consideraciones preliminares**

El avance tecnológico, acompañado de la suscripción de acuerdos comerciales y de inversión, han originado que la mayoría de países abran sus puertas a los capitales

extranjeros. Estos ya no son vistos, generalmente, como “enemigos” a la industria nacional de los Estados receptores de la inversión, todo lo contrario, crean una sensación de mayor competitividad y eficiencia en el mercado. Mejorando la calidad de vida de la sociedad en general, generando bienestar y facilitando la transferencia de conocimientos y la especialización y desarrollo de las ventajas comparativas. ( David , 2001)

Así, el desarrollo del comercio internacional ha significado un gran avance de la humanidad, permitiendo que los países menos desarrollados tengan la oportunidad de abrirse al mundo, ofreciendo, por medio de la exportación, los bienes y servicios que mejor desarrollan. Bien se afirma que mientras más pequeña es una economía, más abierta debe de ser. Es decir, su producción debería de estar pensada en el mundo y no sólo en su mercado interno. Esta es la manera que, para muchos economistas, permitirá a los Estados menos desarrollados lograr salir del subdesarrollo.

En línea con lo anterior, gracias a la globalización del siglo XXI, el comercio internacional se ha transformado en el motor principal del desarrollo económico de Latinoamérica, el cual, a partir de la década de los años 90, ha desarrollado en los países de nuestro continente una creciente política de atracción de los capitales extranjeros, buscando el desarrollo nacional y el crecimiento económico. Con ello se ha dado inicio a una verdadera competencia entre los países en vías de desarrollo, dentro de los cuales se encuentra Perú, para captar la inversión extranjera.

Naturalmente considerar la participación activa de un país en el contexto mundial requiere la suscripción de una serie de instrumentos bilaterales, acuerdos de inversión para la protección y promoción de las inversiones. Un gobierno en desarrollo busca medidas que favorezcan y atraigan los flujos de inversión extranjera al país, asegurando al mismo tiempo un régimen jurídico de protección para la inversión.

A pesar de no existir un reconocimiento unánime sobre lo que debe entenderse como “inversión extranjera”, su noción no es reciente, sus orígenes se remontan a la época de conquista europea sobre otros documentos. En términos generales, se puede afirmar que la inversión extranjera implica la transferencia de bienes tangibles o intangibles de un país a otro con el objetivo principal de usarlos en el país receptor para producir riqueza bajo control total o parcial del propietario de los activos. (Morales Vela)

Debe señalarse que, cuando se intensifica el flujo de capital extranjero, igualmente aumentan las controversias entre inversionistas extranjeros y los Estados receptores de inversión. Siempre existirán conflictos de carácter económicos, políticos y jurídicos, razón por la cual es de suma importancia contar con mecanismos de solución de controversias que permitan resolver disputas de una forma rápida, segura y efectiva. (Monardes V. , Las cláusulas paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversiones, 2009)

No obstante, el desarrollo de la inversión extranjera no sería posible sin el derecho internacional, siendo ésta una de las áreas del derecho que mayor desarrollo ha experimentado en las últimas décadas, sobre todo desde la mitad del siglo XX.

A medida que la inversión extranjera adquirió relevancia en el escenario económico internacional y los inversionistas extranjeros empezaron a explorar nuevos mercados, advirtieron que el derecho internacional no les otorgaba la protección que ellos estimaban necesaria para garantizar y promover sus actividades, por lo que se necesitaba de instrumentos internacionales que les otorgara mayor protección.

### **2.2.1.2. Instrumentos internacionales que regulan las inversiones.**

Dentro de los instrumentos internacionales más importantes que rigen la inversión extranjera, es posible hacer una primera distinción entre instrumentos multilaterales e instrumentos bilaterales. Sin perjuicio de lo ello, es necesario considerar que existen una serie de instrumentos tanto multilaterales como bilaterales que regulan a las inversiones, como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio (OMC), que se refiere a la inversión en materia de servicios. Del mismo modo existe el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, también de la OMC, que establece la prohibición de la imposición de requisitos de desempeño a las inversiones.

#### **2.2.1.2.1. Instrumentos multilaterales**

Si de inversiones se trata, uno de los instrumentos multilaterales más importante es El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (en inglés: *Multilateral Investment Guarantee Agency* - MIGA), que es una organización internacional creada al amparo del Banco Mundial, nacida en el Convenio de Seúl el 11 de octubre de 1985. (Monardes V. , Las cláusulas paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversiones, 2009)

La intención de dicho organismo consiste en promover la inversión extranjera directa en los países en vías de desarrollo y economías emergentes con el objeto de optimizar las condiciones de vida de las personas y reducir la pobreza.

Dicha intención es considerada a través de la entrega de garantías a los inversionistas y apoyo a los países receptores de dicha inversión, en la implementación de políticas

públicas orientadas a la atracción de capitales extranjeros. (Multilateral Investment Guarantee Agency)

Cabe mencionar, que dicho organismo internacional promueve, además, la cooperación entre los gobiernos para favorecer la inversión extranjera directa a través de la suscripción de una serie instrumentos que regulan la inversión.

Por otro lado, en el año 1965 es creado en Washington el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o su sigla en inglés ICSID - *International Center for Settlement of Investment Disputes*), entidad dependiente del Banco Mundial. Dicho centro tiene como principal finalidad facilitar la resolución de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes e inversionistas extranjeros, mediante un procedimiento de conciliación y arbitraje. (Mayorca Lorca, 2005)

Para ello, las partes deben de haber consentido previamente, por escrito, su decisión de someter las futuras controversias al CIADI, el mismo que cuenta con personalidad jurídica propia de Derecho Internacional.

Finalmente, cabe mencionar a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), las que fueron aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1976 y cuyo objetivo es proporcionar un moderno conjunto de reglas contractuales que fuesen aplicables a los arbitrajes ad-hoc, esto es, a los arbitrajes convenidos por las partes mismas, sin la asistencia de una institución de arbitraje. Sin perjuicio que originalmente fueron creadas para la solución de diferencias comerciales entre privados, estas reglas se aplican cada vez más, para la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

#### **2.2.1.2.2. Tratados Bilaterales de Inversiones (TBIs)**

Todo se remonta a la década de 1950, cuando Estados Unidos diseñó un programa de Tratados Bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación, el cual no obtuvo el éxito deseado. No mucho tiempo después, dichos instrumentos se tornaron poco atractivos para los países en desarrollo que mostraron un abierto escepticismo sobre sus ventajas. Al mismo tiempo, varios países europeos promovieron negociaciones que culminaron en la suscripción y ratificación de una serie de exitosos tratados bilaterales de inversión.

Por su parte, Estados Unidos no negoció la suscripción de TBIs sino hasta principios de la década de 1980, en dicho momento inició la ejecución de su Programa de Tratados Bilaterales de Inversión. El Programa de TBIs de los Estados Unidos y otros similares promovidos por países desarrollados culminaron en una masiva suscripción de esta clase de tratados, ocurrida sobre todo a finales de la década de 1980 y en la década de 1990.

Los TBIs estaban concebidos con la idea de lograr tres objetivos principales: (1) proporcionar protección adecuada a los inversionistas en países en los cuales sus derechos aún no estaban cubiertos por acuerdos existentes; (2) persuadir a otros estados a implementar y ejecutar políticas de mercado que otorguen un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros; y (3) contribuir al incremento de normas de derecho internacional consistentes con los dos propósitos anteriores.

En sus inicios los TBIs eran aún considerados un nuevo fenómeno en el campo internacional. La situación actual ha cambiado; éstos constituyen —junto con los contratos de inversión— los instrumentos más comunes de regulación de la inversión extranjera. Los TBIs, sobre todo aquellos negociados a partir de la década de 1980, comparten una estructura formal común e incluso algunas características

sustanciales. La mayoría contienen disposiciones que rigen la expropiación, la obligación de trato de nación más favorecida, la obligación de trato nacional, la no discriminación y el trato justo y equitativo.

### **2.2.1.2.3. Origen de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs)**

El primer Tratado Bilateral de Inversión (TBI) fue celebrado en 1959 entre Alemania y Pakistán. Desde entonces, la popularidad de TBIS ha aumentado exponencialmente, dejando constancia que su utilidad es presentada como una herramienta de liberalización del comercio.

Los TBIs promulgados desde la década de 1960 tienden a seguir un formato estándar. Se trata de documentos cortos que no imponen exigencias institucionales a ninguno de los dos países (en términos concretos, de creación de instituciones). Constituyen un vehículo común a través del cual el deseo de una nación de promover la inversión puede ser fácilmente comunicado a las naciones exportadoras de capital.

Hubo una proliferación masiva de tratados bilaterales de inversión en los años noventa. Un estudio del Banco Mundial indicó que en 1994 había más de 700 TBIs. Finalizando el milenio, la cifra se había incrementado en 2.000. Hoy la cifra supera los 2.500 TBIS firmados, de los cuales aproximadamente 1.700 se encuentran en vigor. En general, los países latinoamericanos han abrazado los TBIs con gran entusiasmo debido a que representan el desarrollo económico gracias a la inversión. (Sornarajah, 2004)

Los tratados bilaterales de inversión, en los años de 1980, buscaban estabilizar prácticas que ya han existido entre los países que generaban inversión, exportación de capital. La importancia de dichos tratados se basaba en la creación de principios habituales para el futuro de las relaciones entre Estado receptor e inversionista extranjero. Ante tal suceso, el punto de vista de opositores argumentaba la inexactitud

y falta de certeza del derecho internacional y su protección para la inversión extranjera. No obstante, en aquel entonces, gracias al contexto social que acompañaba la inversión entre estados para su desarrollo, se verificó una concordancia de normas señaladas en los tratados con las actividades que realizaban los inversionistas y Estados receptores, en consecuencia, la protección de los tratados para la inversión era perenne. Es así como tales tratados, en este caso los TBIs, lograron convertirse en instrumentos internacionalmente reconocidos.

Los tratados bilaterales de inversiones se convirtieron en parte del derecho internacional al contar que con el acuerdo de dos estados para suscribir un tratado en pro de las inversiones.

Otra de los caracteres que fueron previstos al momento de la creación de los tratados bilaterales de inversión lo representa la formación de tales acuerdos con partes desiguales. Por lo general, el tratado se celebra entre un país desarrollado y exportador de capital con uno en vías de desarrollo interesado en atraer capital para invertir. La razón de ser del propio tratado constituye la promesa de protección para el capital que es recibido.

Debe señalarse que, existieron varios intentos insuficientes de tratados multilaterales que desarrollaron aspectos sobre protección a la inversión extranjera. No obstante, las razones para el fracaso de estos intentos fueron evidentes. Las cuestiones que se relacionaban con las inversiones realizadas por las grandes corporaciones multinacionales daban lugar a cuestionar la soberanía de cada gobierno. Siendo el caso, cuando se hablaba de la inversión propensa a la explotación de los recursos naturales y las políticas económicas internas los países en desarrollo rehusaban vincularse inmediatamente sobre tales cuestiones en un tratado multilateral.



Los tratados bilaterales, por otro lado, pueden ser negociados de manera tal para satisfacer los intereses mutuos de las partes, mientras que un tratado multilateral no puede ser celebrado de esa manera. Se aceptaron los TBIs porque no existía un consenso para crear normas multilateralmente aceptables. (Sornarajah, 2004)

#### **2.2.1.2.4. ¿Benefician los TBIs a países en desarrollo?**

##### **2.2.1.2.4.1. Tratados Bilaterales de Inversión e Inversión Extranjera Directa**

En términos generales se puede afirmar que la inversión extranjera implica la transferencia de bienes tangibles o intangibles de un país a otro con el objetivo principal de usarlos en el país receptor para producir riqueza bajo el control total o parcial del propietario de los activos. (Morales Vela)

Existen dos categorías de inversión extranjera: oficial y no oficial. La primera se refiere a las transacciones de capital realizadas por instituciones públicas, incluso bancos centrales, en tanto que la segunda se refiere a aquellas transacciones de capital realizadas por empresas privadas, incluso aquellas de propiedad estatal, y por personas naturales.

Las inversiones extranjeras no oficiales se subdividen, a su vez, en dos grupos principales, inversión extranjera directa (IED) e inversión de cartera. La inversión extranjera directa puede describirse como la inversión de capital, por parte de una persona no residente en el territorio del estado receptor, en relación con una empresa o un activo tangible o intangible, en la que el inversionista mantiene control potencial o real sobre las políticas y el destino de la empresa o el activo. El derecho internacional en materia de inversión extranjera se concentra en éste último tipo de inversión, no obstante, la tendencia en los tratados internacionales es ampliar el

alcance de la definición y por tanto su ámbito de aplicación, con el fin de asegurar protección a una amplia gama de actividades de inversión. (Morales Vela)

El derecho internacional en materia de inversión ha experimentado una serie de cambios a lo largo de la historia, esto, gracias a la globalización y el dramático incremento de las inversiones transfronterizas” propias de las relaciones comerciales contemporáneas. (Cheng, 2005)

No obstante, los recientes avances jurídicos, la noción de inversión extranjera no es reciente. Sus orígenes son tan antiguos como la conquista europea de otros continentes. Ya por la mitad del siglo pasado, muchos estados intentaron “definir e imponer su soberanía para regular las actividades económicas que se ejecutaban dentro del territorio de su jurisdicción”. De hecho, ciertos estados receptores pretendieron alcanzar su independencia económica por medio del control de la inversión extranjera.

A medida que la inversión extranjera adquirió relevancia en el escenario económico internacional y los inversionistas extranjeros empezaron a explorar nuevos mercados, advirtieron que el derecho internacional no les otorgaba la protección que ellos estimaban necesaria para garantizar y promover sus actividades. (Abdala & Spiller, 2003)

#### **2.2.1.2.4.2. El futuro de los TBIs y las legítimas expectativas en el Derecho Internacional**

El arbitraje de inversiones suele basarse en tratados de inversión. Los tratados crean jurisdicción arbitral, establecen procedimientos pertinentes y articulan las normas legales aplicables. Cualquier consideración del futuro del arbitraje de inversiones debe, por tanto, considerar también los propios tratados de inversión. Esta consideración involucra dos áreas importantes de investigación. La primera

cuestión es el efecto global de los tratados de inversión y sus efectos sobre el entorno de inversión en los Estados contratantes. La segunda serie de cuestiones plantea aspectos más sustantivos sobre el impacto acumulativo de estos TBI en el desarrollo del derecho internacional de las inversiones y su relación con el derecho internacional en general.

Con respecto a la primera cuestión, al garantizar ciertos derechos sustantivos a los inversionistas y al proporcionar un foro neutral para reivindicar esos derechos, los estados aumentarían los niveles de inversión extranjera directa. Esta suposición ha dado lugar a una proliferación de TBIs, hasta los aproximadamente 2600 tratados que existen hoy en día. A pesar de la suposición, la cual produjo estos tratados, existe un intenso debate académico sobre si, en qué medida y en qué contextos los TBIs realmente incrementan el flujo de inversión extranjera.

En un estudio inicial, Zachary Elkins, Andrew Guzman y Beth Simmons argumentaron que los países en desarrollo entran en los TBIs como parte de un proceso racional de "competencia por el capital". Asimismo, Eric Neumayer y Laura Spess han concluido,

que los estados se benefician de aumentos masivos de inversión cuando firman TBIs con los estados exportadores de capital. (Stephan W. , 2010)

Rose-Ackerman y Tobin, investigadores sobre el efecto de los tratados en países latinoamericanos, reconocen que existe una correlación positiva entre el número de TBI firmados por un país anfitrión en desarrollo y la inversión extranjera directa en períodos posteriores, pero demuestran que ese aumento no es constante: El efecto marginal de los TBI sobre la inversión extranjera directa disminuye a medida que aumenta el número total mundial de TBIs. (Rogers & Alford, 2009)

Estos autores analizan específicamente la eficacia política general y el entorno económico del régimen jurídico de un Estado anfitrión como escenario para evaluar la relación entre los flujos de inversión y los TBIs. Los países con entornos de inversión muy pobres, concluyen, no disfrutaron mucho beneficio de entrar en los TBIs.

El derecho internacional, en otras palabras, presumiblemente importa a los inversionistas cuando están decidiendo si invertir en un estado particular, y la necesidad del Estado receptor representa la inversión sostenible por parte de países exportadores de capital, debido a que la seguridad jurídica o garantías mínimas que tenga un Estado para el inversor, o antecedentes de una relación contractual sobre inversiones, repercutirá de forma radical en el desarrollo sostenible y el crecimiento de un Estado. La seguridad jurídica que se brinde además del reconocimiento del derecho internacional consuetudinario repercuten en el futuro de un gobierno.

Joubin-Bret (Rogers & Alford, 2009) sugiere que:

*“A medida que algunas naciones en desarrollo pasan de ser únicamente naciones importadoras de capital, comúnmente suelen convertirse al mismo tiempo en exportadoras de capital, es así que buscan acuerdos de inversión que se basen en protecciones de inversión liberalizadas y que incentiven a sus propios ciudadanos a invertir en el extranjero. Mirando hacia el futuro de los TBIs en el proceso de renegociación, se cuestiona, si las negociaciones futuras sólo aumentarán las protecciones para las inversiones o si alcanzarán metas mayores, como aumentar la claridad, acomodar las políticas reguladoras de los estados y promover la integración económica mundial.”*

Menaker, autora que se refiere a los TBIs y su importancia, identifica casos en los que, a pesar de la proliferación de tratados de inversión, no existe una protección integral de las inversiones transfronterizas a nivel estructural ni un fuerte consenso entre los estados en cuanto al nivel de protección que se le otorgará a la inversión extranjera. Sobre el futuro del arbitraje de inversiones, concluye que el estado actual de los TBI probablemente se considere con más exactitud como el comienzo del desarrollo de un derecho internacional consuetudinario de protección de la inversión. (Rogers & Alford, 2009)

Tomando una mirada más global en la gama de acuerdos de inversión, William Dodge argumenta que los TBIs se constituyen como una estrategia de solución de controversias de un tamaño único para el arbitraje de inversiones. Centrándose en la categoría única y cada vez más importante de los acuerdos de inversión entre dos países. Sostiene que estos acuerdos plantean cuestiones especiales con respecto a sus disposiciones de solución de controversias. (Rogers & Alford, 2009)

Christoph Schreuer y Arif Ali (Schreuer C. , 2009), en alusión a las investigaciones previstas sobre TBIs y el papel que desempeña el derecho internacional para garantizar la protección de las inversiones, mencionan el término "trato justo y equitativo" , término reconocido como principio internacional que se encarga de velar por la seguridad jurídica de los inversionistas en un Estado extranjero receptor de inversiones, es decir, resguarda la obligatoriedad y cumplimiento de los tratados del Derecho Internacional, de ser el caso, los Tratados Bilaterales de Inversión.

Arif Ali determina que es fundamental armonizar las disposiciones de los tratados con la norma del derecho internacional consuetudinario relativa a la norma mínima de trato de los extranjeros. Aduce que, si bien es cierto, las dos normas tienen distintos orígenes, propósitos y caracteres cualitativos, no obstante, se considera

como primordial garantizar que la conducta del Estado sea compatible con el orden internacional. Es decir, la disposición del tratado tiene por objeto hacer que los inversionistas extranjeros gocen de expectativas legítimas con respecto al Estado anfitrión. Las expectativas legítimas representan garantías derivadas del principio de trato justo y equitativo. Dichas garantías, según el derecho internacional son concebidas como normas, reglamentaciones, conductas que deben ser consideradas por los Estado receptor de inversión con el inversionista a fin de presumir buena fe en las actuaciones sin vulnerar los derechos del inversor.

En cuanto al trato otorgado respecto a los TBIs en virtud a las garantías determinadas por el Derecho Internacional y según estándares del Trato Justo y Equitativo, el Tribunal Arbitral en el caso Tecmed v. México, establece lo siguiente:

*“El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión.*

*Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta,*

*directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen.*

*El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial”.*

En este sentido, podemos observar que, de acuerdo a la definición de trato justo y equitativo, establecido en el caso *Tecmed v. México*, el contenido principal de dicho estándar se centra en: (i) otorgarle al inversionista una protección a sus legítimas expectativas; y, (ii) protegerlo frente a las actuaciones arbitrarias por parte del Estado anfitrión de la inversión.

Cuando un inversionista decide realizar una inversión, se basa en la valoración de la situación legal y la totalidad del clima de negocios al momento de invertir en un Estado extranjero. Analiza igualmente la conducta del Estado anfitrión, observando si esta se mantendrá sujeta a lo previsto mediante un contrato, si la conducta será justa y equitativa según lo pactado entre las partes y en virtud de la autonomía que mantienen para celebrar un acuerdo.

No obstante, cuando un Estado vulnera los derechos del inversionista, ya sea por un incumplimiento contractual, resolución de contrato, o de ser el caso expropiación sobre bienes extranjeros como pudo notarse en la historia de los acuerdos de inversión suscritos, donde el Estado anfitrión no resguardaba la inversión, no garantizaba los acuerdos y podía interrumpirlos según sus intereses y modificar los contratos de inversión, poner trabas al inversionista o en una situación de desventaja

frente a los demás inversores. Dicha situación repercutía de manera brutal en la inversión, ya que disminuía el interés del inversor en exportar capital a países en vías de desarrollo, lo que ocasionaba notablemente el poco crecimiento de los demás gobiernos debido a que muchos países latinoamericanos necesitan de inversión extranjera a fin de no hacer uso de préstamos internacionales y largas deudas que afectan el tesoro público.

Esta situación de incertidumbre para el inversionista y necesidad del Estado receptor de inversión provocó que surgieran los llamados Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), acuerdos de inversión suscritos entre distintos Estados y que cuentan con el apoyo y reconocimiento del Derecho Internacional, que a través de la celebración de los mismos instituyen mecanismos mediante los cuales se puede llevar a cabo la inversión entre ambos países, y que, si de ser el caso, surja un conflicto, éste pueda ser resuelto en virtud de las vías de resolución de controversias establecidas mediante Tratado.

Cuando un inversionista observa que el Estado receptor ha vulnerado sus derechos no importando que previamente ambas partes mantenían un contrato de inversión sujeto a cláusulas y especificaciones de estricta obligación para ambos, resulta poco probable que el inversionista mantenga confianza en el contrato y en la promesa del Estado receptor de respetar y garantizar la inversión. Siendo así, resulta menos probable aun, que el inversionista extranjero determine como positiva la solución de un conflicto mediante la vía interna, es decir, exponiendo el conflicto a una corte nacional, así esta vía se encuentre establecida mediante contrato. Resulta impensable que el inversionista considere como conveniente que la disputa en cuestión sea revisada por un foro nacional ya que de alguna forma al ser el propio



Estado anfitrión quien ha violentado los derechos del inversionista, pierde la imparcialidad y la neutralidad para analizar y resolver un conflicto.

Es así que, el inversionista intenta exponer su conflicto a través de un arbitraje de inversiones, de un tribunal internacional que asuma la imparcialidad al presentarse como un tercero. Por consiguiente, el inversionista procede presentando la reclamación contractual en virtud del Tratado Bilateral de Inversión, el cual presenta cláusulas de cumplimiento, estas son consolidadas como cláusulas paraguas, las cuales se constituyen como provisiones contenidas en los TBIs que garantizan la observancia de las obligaciones asumidas por el Estado anfitrión frente al inversionista, son llamadas paraguas porque colocan obligaciones contractuales y otros compromisos bajo el paraguas protector del tratado.

Por consecuencia, cuando el inversionista presenta su demanda arbitral ante un foro internacional, el Estado receptor mediante excepción de competencia busca determinar que un foro arbitral internacional no se encuentra competente para conocer incumplimientos contractuales o derivados del acuerdo entre las partes. Al cuestionar la competencia intenta que ésta sea asumida por las vías nacionales, claramente aduciendo que en el foro internacional solamente pueden ser discutidos derechos internacionales vulnerados, por tanto, resulta incompetente.

Esta postura ha sido defendida por muchos autores en cuanto a la protección que implementa el TBI para el inversionista y la observancia que determina la cláusula paraguas para ameritar una revisión contractual bajo el foro internacional. Sin embargo, debemos recordar que al momento en que se produce un incumplimiento contractual por parte de un Estado anfitrión de inversiones, no solo se produce el incumplimiento mismo, sino que al mismo tiempo la actuación contraria al orden

internacional amerita la violación a los términos establecidos en el Tratado Internacional.

Esto deja las puertas abiertas a que el inversionista pueda asumir la vía que considere precisa para resolver el conflicto. Es erróneo considerar que las reclamaciones contractuales se transforman en reclamaciones internacionales. No se transforman debido a que, el hecho que se presenta como un incumplimiento contractual genera la revisión de dos cuerpos legales distintos, siendo así, el tribunal arbitral internacional es competente para analizar si existió o no una vulneración al TBI. Y dicha vulneración dependerá exclusivamente de evaluar cuales fueron los factores que llevaron al Estado receptor a incumplir con sus obligaciones. Por tanto, una corte internacional puede revisar cuestiones contractuales.

La competencia de una corte internacional no solo deriva de la cláusula paraguas la cual amerita llevar reclamaciones contractuales a corte internacionales, sino que además la responsabilidad del Estado y la posibilidad del inversionista de llevar una reclamación en virtud a la violación de un tratado deriva del estándar establecido que protege las razonables expectativas de los inversionistas al momento en que se realizó la inversión, las cuales se encuentran basadas en declaraciones, compromisos y condiciones específicas ofrecidas por el Estado en cuestión. Así, el trato que debe ofrecer el Estado no debe afectar las básicas expectativas que fueron tenidas en consideración por el inversionista extranjero. Estas expectativas se vulneran en el incumplimiento contractual, ésta expectativas se encuentran plasmadas en el principio internacionalmente reconocido como trato justo y equitativo, y, por ende, constituyen daños que permiten al inversionista hacer uso de un tratado internacional para llevar a un Estado receptor a una corte internacional, sin permitir que el mismo restrinja sus derechos a la vía interna.

Si bien es cierto la cláusula paraguas literalmente expresa que, *“cada parte contratante deberá observar todas las obligaciones que se hayan contraído con respecto a las inversiones de nacionales de la otra parte contratante”*. Observar tales obligaciones requiere que el Estado receptor actúe de forma justa y de acuerdo a lo establecido en los Tratados Bilaterales de Inversión que ha firmado, tratados que mantienen cláusulas en virtud a principios reconocidos, es éste caso, el trato justo y equitativo. Dicho principio es infringido por una conducta atribuida al Estado y perjudicial para el demandante si la conducta es arbitraria, extremadamente inequitativa, injusta o idiosincrática.

Al implementar un TBI mediante una cláusula paraguas se permite que el inversionista mantenga a elección el foro donde deba ser discutido su derecho. Dicha cláusula le permite al inversionista que aun así existiera la exclusividad de una cláusula contractual para solucionar un conflicto en la vía interna, no se necesita del consentimiento del Estado receptor para llevar a cabo un arbitraje de inversiones. Pero sobre todo el principio de trato justo y equitativo apoya el derecho del inversionista para consolidar la competencia del tribunal arbitral en base a una vulneración de derechos plasmados a través de un incumplimiento contractual.

Los TBIs constituyen pruebas de un derecho internacional establecido y consuetudinario de protección de los inversores, el cual se encuentra en un creciente desafío. Las diferencias entre disposiciones similares como las cláusulas paraguas y el trato justo y equitativo que protegen las inversiones, sugieren que los TBI pueden basarse en conceptos relacionados que también existen en el derecho internacional, pero también tienen una existencia independiente.

El hecho de que se atribuyan definiciones diferentes a disposiciones de tratados redactadas de manera idéntica, cuyo significado es determinado en última instancia por tribunales arbitrales ad hoc, ejerce una presión significativa sobre un sistema en el que los tribunales deben considerar otras fuentes existentes.

Mientras tanto, estos tribunales suelen considerarse no vinculados por un sistema formal de precedentes, sino que enfrentan presiones para actuar con cierto sentido de que forman parte de un sistema coherente y previsible. Si bien estas disposiciones son distintas de las concepciones originales de derecho internacional consuetudinario, desarrollan su propia fuente independiente de principios de derecho de inversión internacional. El crecimiento de las normas internacionales es un proceso dinámico que requiere una cuidadosa atención y análisis por parte de los tribunales arbitrales.

### **2.2.1.3. Solución internacional de controversias. Evolución.**

Naturalmente la relación entre un Estado receptor y un inversionista extranjero inicia a través de un contrato de inversión, relación donde se presenta la autonomía de las partes para determinar diversas disposiciones de acuerdo a sus intereses. Dicha relación al mismo tiempo genera una serie de derechos y obligaciones constituidas para cada uno de los integrantes, así como garantías en caso de incumplimientos contractuales, resolución de contrato o cualquier otro imprevisto que pueda vulnerar los intereses de las partes, que cause en el inversionista extranjero la indefensión, o termine unilateralmente un contrato en ejercicio de su soberanía y no por razones contractuales. Siendo el caso, cuando nos referimos a un contrato de inversión, si bien es cierto, se ha determinado diferentes especificaciones, dichas disposiciones no siempre resguardan los derechos de inversionistas.

En muchas oportunidades, desde que se ha desarrollado la inversión entre diferentes Estados, el inversionista se ha considerado una de las partes débiles frente al Estado receptor, debido a que la inversión particularmente se ha desarrollado sobre territorio diferente al suyo, lo que implica que éste deba adherirse a la legislación extranjera, deba adherirse a la normatividad del Estado receptor y en consecuencia se generen contrariedades respecto a la relación contractual cuando el Estado incumpla alguna de las disposiciones plasmadas en el contrato.

A través de la historia se ha constatado que cuando se han generado desavenencias entre un Estado receptor y un inversionista, no muchas veces se ha llegado a un acuerdo que demuestre imparcialidad o neutralidad entre ambas partes. Esto se ha provocado debido a que si bien es cierto el inversionista mantiene un contrato previo, no obstante, la inversión se encuentra sobre territorio extranjero. El producto de la inversión o la explotación de la inversión le pertenece al Estado.

Particularmente, mencionando un supuesto donde un inversionista decida invertir con la finalidad de otorgarle a un Estado herramientas para la explotación de un recurso. El Estado receptor no posee el presupuesto necesario para la exploración y explotación del recurso, así que el inversionista firma un contrato con el Estado, en el cual se determina que los servicios prestados en función a la inversión serán pagados a largo plazo de acuerdo a la explotación del recurso, mencionando claro las especificaciones, costos y demás gastos que deban ser cubiertos. Pasan algunos años y el Estado no respeta el compromiso contractual con el inversionista, generando un incumplimiento, pero eso no es todo, el Estado a través de la expropiación se convierte en propietario de la inversión y de todos los bienes utilizados por el inversionista. Al observar el inversionista sus derechos vulnerados es que decide acudir a las cláusulas pactadas

mediante el contrato, las cuales restringen la negociación de sus derechos a cortes nacionales.

En ese momento se generan ciertas dudas respecto a las posibles soluciones que el Estado receptor podría brindarle al inversionista ya que en un primer momento deberíamos considerar que a la firma de un contrato se han pactado diferentes cláusulas que deben ser respetadas por ambas partes. Si en un contrato ambas partes pactan la solución de controversias mediante foros nacionales, el inversionista se encuentra impedido de acudir a una vía internacional para la solución de conflictos. Sin embargo, cómo puede un Estado receptor pretender que el inversionista acuda a un foro nacional luego de que ha visto violentados sus derechos y sobre todo trate de justificar su actuación obligándolo a tomar como única solución la exclusividad de una vía interna según lo pactado mediante contrato. El Estado, al ser considerado parte y detentar la justicia pierde neutralidad y confianza respecto a sus decisiones.

Es así que, el inversionista pretende la defensa de sus intereses acudiendo a cortes internacionales, cortes como el CIADI, el Centro de Arreglo de Diferencias respecto a las Inversiones. Al observar el inversionista que en el contrato no se ha pactado la solución de conflictos mediante una vía alterna a la nacional es que aspira hacer uso de los Tratados Bilaterales de Inversión, considerados como Acuerdos pactados entre diversos estados con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica de las inversiones, de todas las inversiones entre países que han suscrito dicho acuerdo.

Acude a través de Cortes Internacionales aduciendo violaciones de normas contempladas en los Acuerdos Internacionales de Inversiones. En consecuencia, en un primer momento, la violación genera la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de un Acuerdo Internacional, lo que por sí sólo otorga el derecho

a iniciar los procedimientos de solución de diferencias establecidos en el propio Acuerdo. Es decir, cuando un inversionista acude a un foro internacional aduciendo la violación de un Tratado Internacional no existe la necesidad de que sea pactada como cláusula contractual la resolución de conflictos mediante una vía internacional. El acuerdo internacional o en este caso, el Tratado Bilateral de Inversión ya genera previamente el derecho de acudir a un Arbitraje de Inversiones no importando la vía pactada.

Siendo así, la disputa se genera debido a un Acuerdo internacionalmente reconocido y que ha sido violentado, permitiéndole al inversionista garantizar sus derechos a través de un Arbitraje de Inversiones. La responsabilidad internacional se genera en función a un Acuerdo pactado según normas internacionales. Desde ese punto de vista se otorga el derecho a iniciar los procedimientos de solución de diferencias establecidas en el propio acuerdo.

Un gran número de estas controversias, esto es, disputas Inversionista – Estado, involucran no sólo a los Acuerdos o Tratados, sino que también a contratos entre inversionistas y el Estado, esto es, el arbitraje se fundamenta en violaciones o incumplimientos de carácter contractual efectuadas por el Estado del país receptor de dicha inversión. (Monardes V. , Las cláusulas paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversión, 2009)

Cuando mencionamos que una disputa puede ser debidamente conocida por un Tribunal Internacional, se debe a que tanto el Estado receptor como el Inversionista han pactado según cláusulas contractuales la vía alterna para la solución de conflictos. En este supuesto claramente el inversionista no debe acudir a un foro internacional haciendo uso de un Tratado Internacional, porque el Estado receptor ya reconoció

como vía alterna una que no sea el foro nacional mediante contrato. El conflicto realmente surge cuando en un acuerdo contractual no se permite que el inversionista mantenga a su elección la vía donde pueda cuestionar sus intereses, es decir, mantenga como exclusiva y única la vía nacional.

Siendo que suceda lo segundo, el inversionista no mantiene la facultad según contrato de solucionar su conflicto mediante otro foro, sin embargo, encuentra vulnerados sus derechos por un incumplimiento contractual. En consecuencia, acude a la vía internacional haciendo uso de un Tratado Internacional (TBI), aduciendo la violación a los términos establecidos en el Tratado, es decir, diciéndole al Estado que, si bien es cierto, se ha generado un incumplimiento contractual, al mismo tiempo el Estado ha violado un Acuerdo de Inversión de carácter internacional que prevé en todo momento la garantía de protección respecto a las inversiones, respecto a la obligación de cumplir todos los compromisos adquiridos con los inversionistas. Es así que al estar contemplado en el Tratado la solución de conflictos mediante cortes internacionales y al considerarse el Estado un miembro signatario del acuerdo, no se requiere de una cláusula contractual para acudir al foro internacional. La aceptación ha sido suficiente al haber firmado un Tratado Bilateral de Inversiones, así se constituye la Cláusula Paraguas.

Cuando los Estados negocian esta clase de cláusulas en sus Acuerdos de Inversión (TBIs), nos encontramos en presencia de lo que se conoce en el ámbito del Derecho Internacional como cláusulas paraguas (“umbrella clause” en inglés), cláusula *pacta sunt servanda*, cláusula de cumplimiento de compromisos o cláusulas de inviolabilidad de contratos. (Monardes V. , *Las cláusulas paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversión*, 2009)



Por regla general, estamos en presencia de una cláusula paraguas en el contexto de un Acuerdo de Inversión, cuando encontramos redacciones del tipo, “Cada Parte contratante deberá cumplir con cualquier obligación que haya asumido con respecto a las inversiones”, “cualquier disputa relativa a inversiones”, “cumplir con cualquier obligación que haya contraído”, “cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte”, “la observancia de sus obligaciones en materia de inversiones” o alguna redacción similar. Se han dispersado diferentes posturas en cuanto al supuesto donde un inversionista pretende hacer uso de un Tratado Internacional para hacer responsable a un Estado receptor de un incumplimiento contractual, ya que normalmente, a través de un Tratado Bilateral de Inversiones, la responsabilidad es asumida por el Estado debido a la violación al mismo, es decir, es una responsabilidad específicamente por vulnerar el Tratado.

Monardes V, Rodrigo (Monardes V. , Las cláusulas paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversión, 2009), argumenta que:

*“Mientras un Estado, en este caso el Estado receptor de la inversión, no incumpla una obligación contemplada en el Acuerdo de Inversión, no es responsable internacionalmente. Por lo tanto, a contrario sensu, en ningún caso se genera la responsabilidad internacional de un Estado por el mero incumplimiento de un contrato suscrito entre dicho Estado y un inversionista extranjero, toda vez que la fuente u origen de la obligación incumplida por el Estado es de carácter nacional, o sea, la legislación aplicable es la legislación nacional del Estado receptor de la inversión y por lo tanto se genera una controversia que debe ser resuelta por los tribunales locales”.*

El conflicto fundamental de la investigación se produce a fin de establecer el alcance de dichas cláusulas paraguas. Si estas pueden determinar la responsabilidad internacional de un Estado bajo un incumplimiento contractual, ya que el Estado puede ser responsable internacionalmente por el incumplimiento de un contrato, en caso que dicho incumplimiento constituya, a su vez, el incumplimiento de alguna obligación internacional.

Habiendo asegurado el alcance de dichas cláusulas es que el inversionista podrá acudir a un Arbitraje de Inversiones ante un foro internacional que sea competente para resolver cuestiones de incumplimientos contractuales, evaluando no solo si existe una violación a un Tratado Internacional, sino determinando el alcance de la responsabilidad en base a un análisis sobre las cuestiones de fondo del caso en particular.

Debe dejarse en claro que las cláusulas paraguas mantienen por finalidad garantizarle al inversionista la posibilidad de recurrir a tribunales internacionales por el incumplimiento de parte del Estado receptor de la inversión, sea éste un incumplimiento de alguna disposición del tratado o de cualquier obligación respecto a dicho inversionista que conste en un contrato o alguna clase de acuerdo.

Al determinar el alcance de las Cláusulas Paraguas, podremos probar la conveniencia de su incorporación en los TBIs suscritos por el Perú.

#### **2.2.1.3.1. Aparición del arbitraje de inversiones. Garantía para el inversionista en la violación de tratados**

Resulta importante poner de relieve una nueva modalidad de arbitraje que ha adquirido personalidad propia y que resulta de mayor interés en un mundo globalizado. Ese es el arbitraje de inversión.

Se constituye al Arbitraje de Inversiones como una categoría arbitral que aparece a fines del siglo XX, manteniéndose dentro del campo del arbitraje internacional en materia de negocios, el cual se diferencia del arbitraje puramente comercial y se establece, así como un tipo independiente.

Si bien los arbitrajes internacionales existen desde hace mucho, observándose así cuestiones de derecho público como de derecho privado, el arbitraje de inversión no se conocía en el siglo XIX particularmente porque no era necesario. Durante esa época de apogeo imperialista, según argumenta (De Trazegnies Granda, Arbitrando la Inversión):

*“Las potencias internacionales invertían particularmente en sus propias colonias; motivo por el cual los conflictos eran resueltos con el derecho de la metrópoli. Además, esta relación con la metrópoli y colonia no daba cabida al conflicto, el cual hoy propiamente llamamos inversión entre un inversionista extranjero y un Estado receptor distinto del Estado al cual pertenece el inversionista.”*

Cuando la inversión se producía excepcionalmente en un país independiente que no era colonia del país del inversionista o cuando se generaban conflictos comerciales con las colonias de otro país, las potencias entre sí, en defensa de sus inversiones, planteaban reclamaciones diplomáticas de Estado a Estado, acudiendo en consecuencia a la acción militar.

Normalmente, cuando surgían disputas donde se convocaba un arbitraje, éste solo era excepcional y basado en las relaciones comerciales que afectaban a ciudadanos de dos Estados diferentes o en los actos de un Estado que lesionaban el derecho de un comerciante extranjero. Estos arbitrajes mantenían la calidad de políticos ya que se buscaba como árbitros a imponentes Jefes de Estado de países ajenos a la controversia.

Uno de los ejemplos más puntuales en dicho mecanismo para la solución de controversias surgió en el Perú. Un caso de arbitraje presentado en el siglo XIX, cuando el barco peruano “María Luz” que transportaba coolis chinos desde la Macao del Callao. Este barco tuvo que acogerse al abrigo del puerto de Yokohama para reparar los graves daños causados en su velamen por un temporal en medio del Océano. En esas condiciones, la nave fue retenida por el gobierno de Japón argumentando que el transporte de inmigrantes chinos a América en circunstancias duras no podía ser aceptado por el Japón. Es así como los inmigrantes chinos fueron devueltos a su país, el capitán y su tripulación regresaron al Perú en una nave de pasajeros y el “María Luz” permaneció durante varios años en el puerto japonés sin que el gobierno nipón diera señales de devolverlo. Al final, se consiguió pactar mediante un arbitraje para resolver el problema. Siendo así, entre los posibles árbitros fueron considerados la Reina de Inglaterra, el Presidente de los Estados Unidos, el Emperador de Alemania y así sucesivamente. Cada Jefe de Estado o personalidad que fue seleccionado como árbitro objetaba la posición contraria aduciendo que existían posiciones de favorecimiento o relaciones políticas entre ellos y las partes. Esto provocaba falta de imparcialidad debido a las alianzas que presentaba cada país con las partes en disputa.

Las controversias comerciales internacionales que se generaron en aquellos tiempos quedaron sometidas a las jurisdicciones acordadas por las grandes potencias, lo que hacía dudar mucho respecto a la neutralidad de las decisiones. Esto ocasionaba desacuerdo de los países emergentes o en desarrollo, especialmente América Latina, que se mantenía sometida a los dictados de grandes potencias.

A razón de tales soluciones impuestas por los Estados desarrollados se presenta en América Latina la postura del jurista argentino Carlos Calvo. Dicho autor plantea

como política no aceptar la reclamación diplomática respecto a los asuntos privados, pero además niega la intromisión de la jurisdicción extranjera en los contratos celebrados por el Estado. La cláusula calvo se presenta como una disposición contractual por la que las partes, necesariamente el inversionista extranjero, se comprometen a no recurrir a una reclamación diplomática y a someter toda clase de disputa a la jurisdicción de los jueces locales. De esta forma es como se regula la exclusividad de la vía para solucionar un conflicto, siendo la única alternativa posible para el inversionista acudir a los tribunales nacionales del país que acogía la inversión. Tal alternativa buscaba de cualquier forma el sometimiento del inversionista extranjero a los tribunales nacionales, no obstante, su aplicación trajo consecuencias nefastas para la economía latinoamericana, consecuencias que repercutieron de forma permanente en el desarrollo del país receptor de inversión.

Haciendo uso de tal cláusula calvo dentro de un contrato de inversión, los inversionistas extranjeros no se encontraban dispuestos a comprometer sus capitales en América Latina colocándolos en manos de la justicia local, de la cual obviamente se temía que se parcializaran las decisiones en contra del inversionista.

Fernando, (De Trazegnies Granda, Arbitrando la Inversión), consideraba a la Cláusula Calvo como un sueño de rebeldía que satisfacía el ego latinoamericano pero producía graves daños desde la perspectiva del desarrollo económico. La intromisión de tal cláusula ocasionó que las inversiones se hicieran con mucha más cautela y no se arriesgara capital en la magnitud deseada por el Estado receptor, en este caso los países en desarrollo.

Los países al observar la necesidad de inversión recurrieron a préstamos internacionales, no obstante, tales préstamos significaban un agravio económico para los países en desarrollo, invirtiendo en pago de capital e intereses.

Observando las situaciones apremiantes de los países latinoamericanos, se necesitaba de un proceso de globalización que facilite la inversión extranjera, un proceso que no necesite de préstamos internacionales donde el Estado receptor deba poner en riesgo el tesoro público que determina la economía ni el bienestar del interés general. Se necesita de un inversionista que invierta el capital en un país receptor donde deba asumir iguales riesgos propensos de una inversión. La inversión extranjera no debe ser considerada condenable como antaño, sino que, por el contrario, debía apreciarse como condición esencial del desarrollo económico. Al ser necesaria la inversión para el Estado receptor y el inversionista, es fundamental establecer ciertas garantías en base a un derecho internacional que resguarden los derechos primordiales de una inversión, de un patrimonio que ha sido puesto a disposición de la otra parte para generar ingresos e intereses comunes.

A partir de esta nueva apreciación sobre el arbitraje de inversión, se han desarrollado a lo largo de este proceso diferentes iniciativas para buscar un sistema arbitral independiente, técnico, que otorgara seguridad al inversionista pero que permitiera a su vez una defensa válida del Estado receptor.

Una de las más importantes la conforma la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (el CIADI o el ICSID, según sus siglas en inglés). El centro pone a disposición de países e inversionistas la posibilidad de solucionar disputas ante árbitros internacionales eruditos en la materia, bajo la supervisión de una institución internacional de gran prestigio como es el Banco Mundial.

No cabe duda que el arbitraje de inversiones se desarrolla como una nueva categoría de arbitrajes basada en propia jurisprudencia y principios, pero, sobre todo se distingue de un arbitraje internacional comercial debido a la materia específicamente

de inversiones donde la situación de un inversionista extranjero es expuesta a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género.

#### **2.2.1.3.2. Arbitraje Internacional en virtud de Tratados Bilaterales de Inversión**

Habiendo verificado los principales cuestionamientos respecto a la competencia de las Cortes Internacionales para conocer sobre contratos de inversión y constando la falta de credibilidad que mantienen los Estado para ser parte y detentar el poder, se observa que los TBIs determinan aspectos procesales en cuanto a la inversión extranjera, la mayoría de ellos señala el arbitraje como un foro internacional neutral y un instrumento para la solución de disputas.

Como ya se ha visto, los inversionistas no muestran confianza en la imparcialidad de los tribunales del país receptor y de su parte, los estados se muestran renuentes a renunciar a la inmunidad que les asiste en cortes extranjeras. Estas conforman las dos razones principales que explican por qué el arbitraje internacional desempeña un rol fundamental en la solución de disputas relativas a inversiones.

Las diferencias relativas a inversiones presentan características especiales que las distinguen de las diferencias comerciales ordinarias. Dos aspectos en particular constatan esas diferencias, por un lado, el monto de la controversia es generalmente considerable y, por otro, la materia en disputa posee usualmente connotaciones políticas.

Normalmente, un arbitraje relativo a inversiones involucra aspectos que muestran radical influencia en la economía del Estado receptor.

Dunker Morales ha señalado que (Morales Vela):

*“A partir de la década de 1980, ha sido tendencia que los TBIs prevean un procedimiento arbitral bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado en virtud de la Convención de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante también referida como la “Convención del CIADI” o la “Convención”). El objeto de la Convención fue proporcionar un foro independiente para la resolución de controversias con el fin de promover la inversión extranjera y el desarrollo a nivel mundial. Un “Mecanismo Complementario” al CIADI se creó en 1978 con la finalidad de abarcar los casos que se encuentran fuera del alcance de la Convención original, especialmente aquellos que involucran a partes de estados no contratantes”.*

#### **2.2.1.3.2.1. Requisitos del arbitraje relativo a inversiones**

Una de las cuestiones más resaltantes respecto a la protección de los inversionistas mediante TBIs es que reconoce expresamente sus derechos sustantivos, derechos que puedan ser protegidos sin la intervención de los Estados de origen del inversionista. En consecuencia, se ha reconocido el derecho del mismo para poder garantizar sus intereses ante acontecimientos ilícitos.

Las disposiciones de los TBIs precisan requisitos específicos, el alcance y ámbito del arbitraje, en general se reconocen las siguientes condiciones:

1. Se requiere la existencia de una diferencia relativa a inversiones entre un estado y un inversionista. (Carbonneau & Jaeggi, 2006)



2. Las partes está obligadas a procurar una solución a su diferencia a través de medios conciliatorios como la consulta y la negociación.

3. La diferencia no puede estar sometida a ningún proceso de solución alternativo, incluidos los procedimientos administrativos y judiciales ante instituciones o tribunales locales.

4. Deberá haber transcurrido un cierto plazo entre la fecha del supuesto incumplimiento y la iniciación del proceso arbitral.

A fin de establecer la competencia de los tribunales arbitrales, la Convención del CIADI establece tres elementos sustanciales:

1. La calidad de las partes

Las partes de la disputa deben mantener la calidad, por un lado, conformado por un estado parte de la Convención del CIADI, y por otro, un inversionista de otro estado parte. La nacionalidad extranjera del inversionista de un estado parte distinto del receptor. Éste constituye un aspecto crucial respecto al arbitraje internacional relativo a inversiones principalmente en aquellos que involucran a compañías multinacionales. En tales casos, la determinación de la nacionalidad de la compañía multinacional, de sus subsidiarias o incluso las de sus accionistas puede resultar trascendental al momento en el que el tribunal arbitral establezca los límites de su propia competencia en relación con una disputa determinada.

2. La naturaleza de la controversia

Se considerarán controversias relacionadas con inversión extranjera, aquellas que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Convención. La materia arbitrable está limitada por el contenido del contrato de inversión, además de los derechos y obligaciones que surjan del mismo.

### 3. El consentimiento de las partes

Se exige previamente que las partes involucradas en conflicto hayan aceptado la jurisdicción del CIADI. Se ha constatado que la ratificación de la Convención no constituye constancia suficiente del consentimiento de un estado para someterse a arbitraje. Generalmente la declaración del consentimiento se realiza por medio de un TBI o de la legislación doméstica respecto a inversiones.

Dicho asunto ha sido dilucidado mediante el arbitraje (Lanco Int'l Inc. c. Argentina, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 2001), donde el Tribunal debía resolver respecto a la alegación de incompetencia planteada por Argentina. Dicho país argumentaba la existencia de un contrato posterior al tratado internacional que establecía una vía alterna para la solución de disputas, es decir, una vía internacional. El Tribunal determinó que:

*“...el consentimiento al arbitraje CIADI por un Estado puede provenir de un tratado bilateral... Por el contrario, el consentimiento del inversor, nacional del otro Estado Contratante, debe ser prestado por el propio inversor por escrito, dado que el consentimiento de su Estado no obliga al inversor.”*

En un inicio se plantea que tanto el Inversionista como el Estado receptor se encuentran facultados para presentar una demanda al amparo de un Tratado Bilateral de Inversiones. El estado por un lado podrá solicitar la interpretación de una disposición obscura y el inversionista extranjero la presentación directa de una

petición de arbitraje para iniciar el procedimiento, claramente argumentando la violación de cualquiera de los derechos sustantivos establecidos en el TBI.

Debe agregarse que, los TBIs permiten someter a arbitraje internacional las disputas derivadas de actividades de inversión protegidas por el tratado y efectuadas dentro de su jurisdicción por nacionales de otro estado parte. La aceptación del inversionista se genera desde el momento en que expresamente solicita el arbitraje.

#### **2.2.1.3.2.2. El procedimiento arbitral**

Por regla general los TBIs ofrecen a los inversionistas la oportunidad de considerar si han de dilucidar sus conflictos litigando en las cortes nacionales o ante un Tribunal Arbitral internacional. Es de conocimiento ya que el inversionista mantiene una dudosa idea respecto a la parcialidad de los tribunales impuestos por el Estado y más aún si éste ha escogido la exclusividad del foro nacional. Particularmente los TBIs prevén la elección entre un arbitraje CIADI y un arbitraje ad hoc de conformidad con las normas determinadas por la UNCITRAL.

El procedimiento de arbitraje inicia con una petición de arbitraje presentada por un estado parte o un inversionista nacional de un estado parte ante uno de los órganos jurisdiccionales que establece el tratado. (Peterson & Grey, 2003)

Cada parte goza de la prerrogativa de designar un árbitro y el tercero, que actúa como presidente, es elegido conjuntamente. Conformado el tribunal, el orden y cronograma exactos del arbitraje dependerán de las normas procesales aplicables. El procedimiento incluye la presentación de los memoriales, escritos y alegatos de las partes, la presentación y evacuación de pruebas y la realización de audiencias orales antes de que el tribunal emita finalmente su laudo. (Convención del CIADI, Reglamento y Normas, 2007)

Las siguientes son características relevantes, no exclusivas, de los procedimientos arbitrales del CIADI según la (Convención del CIADI, Reglamento y Normas, 2007):

1. *“De conformidad con el Artículo 41 de la Convención del CIADI, el tribunal al igual que cualquier otro órgano jurisdiccional, tiene la facultad de determinar el alcance de su propia competencia.*
2. *Si el tribunal considera que las circunstancias del caso lo requieren, podrá recomendar la adopción de medidas provisionales tendientes a salvaguardar los derechos de las partes.*
3. *La posibilidad de impugnar el laudo del tribunal es muy limitada, puesto que no existe un mecanismo de apelación previsto en el tratado. El artículo 52 de la Convención establece causales muy restringidas para la anulación del laudo y se refieren mayormente a aspectos procesales.*
4. *Puesto que el arbitraje internacional es descentralizado, en ciertos casos incluso no supervisado y en no raras ocasiones diferentes, tribunales arriban a resultados diversos frente a hechos muy similares y casi idénticas estipulaciones en los tratados internacionales aplicados.*
5. *El artículo 27 de la Convención dispone que la protección diplomática debe suspenderse mientras está pendiente el procedimiento arbitral.*
6. *El tribunal debe aplicar las leyes escogidas por las partes y, en ausencia de acuerdo, las leyes del estado receptor y el derecho internacional aplicable.”*

Mediante la Convención del CIADI, se determina que el propio Tribunal Arbitral mantiene la potestad para establecer el alcance de su propia competencia. Determinar la competencia de un Tribunal Arbitral resulta fundamental al momento de considerar la responsabilidad internacional de un Estado respecto a un contrato

de inversión. Como se sabe, en la actualidad existen un gran número de posturas respecto a atribuirle a un Estado responsabilidad internacional por un contrato que debería regirse, según algunos autores, bajo las normas de carácter nacional.

Algunas posturas aducen que, al encontrarse regido un contrato de Inversión mediante un foro nacional, el Tribunal Arbitral del CIADI resulta incompetente para conocer cuestiones específicamente resaltadas como incumplimientos contractuales. Al ser considerado un tema contractual y no una violación a un Tratado Internacional, la competencia se le asigna a la vía nacional ratificada por ambas partes mediante un acuerdo.

Naturalmente discrepo sobre la intención de dichos autores y cuestiono la competencia debido a que según señalan las normas del CIADI, el Tribunal buscará siempre salvaguardar los intereses de las partes, y puede, según sea el caso, determinar medidas provisionales distintas a la continuación de un procedimiento arbitral. Dicha facultad le permite al Tribunal analizar el caso en concreto, y cuando nos referimos a analizar la disputa entre las partes, es necesario observar cada una de las aristas y problemas que llevaron a considerar al inversionista que el respectivo incumplimiento contractual al mismo tiempo genera una violación al TBI. Analizar un conflicto requiere no solo cuestionar temas formales, sino también evaluar criterios específicos contractuales para determinar responsabilidad. De modo que los resultados o precisiones en cada arbitraje pueden variar de acuerdo a los hechos. Y como señalan las normas *“tribunales arriban a resultados diversos frente a hechos muy similares y casi idénticas estipulaciones en los tratados internacionales aplicados.”*

### 2.2.1.3.3. Elementos del arbitraje de inversión

#### a) Los sujetos: Estado e inversionista extranjero

El origen del derecho de la inversión se visualiza en la *lex mercatoria* de la Edad Media como protección del extranjero en cuanto representa la parte débil de la relación contractual con los naturales de un lugar.

A inicios del siglo XVIII, se produce en Europa el auge del comercio a distancia con las caravanas de comerciantes que corriendo un sin número de riesgos viajan hasta el continente asiático transportando especies, perfumes, seda y mercadería en general. Estos extranjeros temían comúnmente de la codicia y la mala intención de los ciudadanos de los pueblos locales a donde se dirigían a fin de generar comercio. En muchas ocasiones se sentían indefensos frente a la autoridad política local que acostumbraba a exigir obligaciones arbitrarias, imponía severas multas con la intención de apoderarse de la mercadería de nobles viajeros.

Al mismo tiempo los comerciantes desconfiaban de la autoridad encargada de someter los pleitos a discusión y resolver una disputa, debido a que la autoridad representaba al mismo pueblo local que abusaba del comerciante. Se creía que los jueces, en aquel entonces, considerarían con mejores ojos a los locales que a los extranjeros.

Esta percepción de desigualdad del extranjero concluye en la protección llamada *lex mercatoria*. (De Trazegnies , 2006)

El nuevo mundo del derecho de la inversión coloca la relación entre el inversionista y el Estado receptor, donde se identifica la debilidad del inversionista frente al Estado, debilidad inherente. Se pretende a través del Derecho generar igualdad entre el inversionista privado extranjero y un Estado receptor.

Se busca la vinculación entre una persona de derecho privado y una de derecho público que gobierna un país distinto al del origen de la inversión. Hasta inicios del siglo XIX, era imposible para una empresa privada defenderse a través de un procedimiento internacional de solución de conflictos contra un Estado. El Estado no podía ser demandado por un particular ante un tribunal internacional. (De Trazegnies , 2006)

La opción viable consistía en demandar al estado bajo el Poder Judicial local y lo peor de todo es que vía internacional la única opción era ejercer presión a través del gobierno donde radicaba el inversionista, a través de su propio gobierno. De hecho, esta presión solo podía ejercerse entre Estado de manera diplomática. Al finalizar, si ambos gobiernos no llegaban a un acuerdo, la fuerza armada tomaba parte del conflicto. El CIADI, a diferencia de las demás vías instituyó un procedimiento privado, éste lograba ser un medio a través del cual la conciliación o el arbitraje buscaban resolver un conflicto.

Cuando se hace alusión al derecho de la inversión y a la modalidad de arbitraje no se constituye un medio para resolver estrictamente los problemas del inversionista frente a sus proveedores, no se busca solucionar simplemente los conflictos privados. El campo de acción de esta modalidad de arbitraje son exclusivamente las relaciones entre el inversionista extranjero y el Estado receptor, el gobierno que a través de su *ius imperium* puede perturbar la operación económica normal del inversionista.

Fernando (De Trazegnies , 2006) señala que:

*“Cabe la posibilidad de que el Estado ponga dificultades anormales para dar la autorización a la actividad materia de la inversión o que discrimine entre los inversionistas nacionales y extranjeros o que afecte, directa o indirectamente, la*

*propiedad, las ganancias y, en general, los derechos del inversionista sin un motivo legítimo.”*

La conformación de un arbitraje internacional independiente, a cargo de expertos y no de políticos ni de personas vinculadas a la actividad económica ni del país inversionista ni del país que recibe la inversión, constituye un avance fundamental para beneficiar las inversiones en todo el mundo. Es así como un Estado vela por no vulnerar mediante alguna acción al inversionista extranjero y así afecta su imagen en el mercado de capitales.

El interés primordial del Estado receptor deriva de la elección por los inversionistas a fin de promover su propio desarrollo económico. Debe recalcarse que promover la inversión de un gobierno depende necesariamente de las condiciones que promueva a fin de concebir un ambiente propicio para los inversionistas. Un país en desarrollo requiere de capital extranjero para poder conseguir recursos. Los recursos se consiguen gracias a la seguridad jurídica que el país otorgue a las inversiones y las garantías son plasmadas a través de un Tratado Bilateral de Inversión. Un tratado que asegura el desenvolvimiento de países distintos en ánimo de conseguir un desarrollo general, económico, cultural, político, etc. Debemos considerar que el Arbitraje de Inversiones no solo garantiza la solución de controversias en una sede independiente, sino que además compromete a ambos Estados, los cuales, en algún momento asumirán la calidad de inversionistas con el otro. En un instante, el “privado” puede constituirse como inversor y luego asumir la responsabilidad como gobierno. La protección siempre será necesaria en pro de las inversiones para asegurar un crecimiento, resguardar las decisiones ante un conflicto y emitir pronunciamientos imparciales.



Al asumir la calidad de inversionista, en un arbitraje de inversiones, se conoce que las diferencias no serán resueltas por tribunales de su país de origen, pero tampoco por las leyes y tribunales del país con el que presenta una disputa. La resolución del conflicto estará a cargo de un tribunal independiente en el que participan especialistas internacionales.

Como ya se había mencionado, el Estado receptor juega un doble papel que crean una gran vulnerabilidad al inversionista extranjero: es contratante y además es autoridad con imperio. El Estado, de un lado, es la contraparte del inversionista extranjero y de otro lado, esa contraparte representa la autoridad que rige las actividades del inversionista. De esa forma, puede imponerle reglas que afecten sus derechos.

El autor Waelde, Thomas (Waelde, 2005), señala que:

*“Este rasgo protector del inversionista extranjero que domina el arbitraje de inversión lleva a una asimetría en la construcción del sistema: el inversionista puede demandar al Estado receptor, pero el Estado no puede demandar al inversionista. Pero esta asimetría se justifica en el hecho de que el Estado puede en cualquier momento aplicar el derecho nacional al inversionista, sin consultar a nadie; por consiguiente, es al inversionista a quien hay que darle un medio de defensa a través de un juicio imparcial mediante árbitros. La aparente simetría del arbitraje de inversión es una forma de equilibrar la simetría constituida de la relación en la que el Estado tiene todos los poderes frente al inversionista. Dicha asimetría arbitral es el otro lado del espejo de la asimetría que existe en la realidad.”*

## **b) Las fuentes del nuevo derecho de la inversión**

Uno de los elementos principales que distingue al derecho internacional comercial del derecho a la inversión lo constituye el hecho de tener fuentes propias.

Una de aquellas representa la Convención de Washington por la que se creó el CIADI en 1966 y a la cual se encuentra adherida el Perú. A través de esta fuente se determina, que ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante haya consentido en acogerse a dicha Convención. (Convención de Washington , 1966)

En lugar de someter los conflictos a cortes nacionales, la Convención crea una jurisdicción arbitral absolutamente internacional que se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado contratante.

Una de las formas que fueron empleadas para someterse a la jurisdicción del CIADI fueron los convenios de estabilidad jurídica, los cuales fueron suscritos entre los inversionistas y el Estado receptor, bajo la forma de un contrato. Actualmente se conoce como medio novedoso los Tratados Bilaterales de Inversión (o BITs, según siglas en inglés).

Los Tratados Bilaterales de Inversión representan tratados entre diferentes países, los cuales determinan de forma recíproca garantías para la inversión privada en sus respectivos territorios. Estos tratados si bien es cierto generan seguridad jurídica, del mismo modo presentan variaciones en su redacción. No obstante, todos contienen garantías sobre la no discriminación del inversor, aspectos sobre expropiación, transferencias de capital y otros temas similares.

Se establece generalmente que los conflictos generados entre un Estado receptor e inversionista podrán ser conocidos por los Tribunales del país en el que se realizó la inversión, por un arbitraje ante el CIADI o un arbitraje ad hoc de acuerdo a las reglas de las Naciones Unidas para el desarrollo mercantil internacional. Debe recalcar que la elección le compete al inversionista para determinar la vía idónea para ventilar la discrepancia. De esta forma se garantiza la múltiple instancia para el inversionista y no se restringe la solución del conflicto a una vía determinada solo contractualmente aun existiendo TBI vigente que atribuye tales potestades.

Si bien es cierto, se ha suscrito ya más de 2500 TBIs, el Perú ha suscrito alrededor de 30 TBIs, con países alrededor del mundo. Los acuerdos generan consciencia respecto al merecimiento de condiciones justas para la inversión extranjera.

Debe considerarse que una de las fuentes jurídicas primordiales en esta materia es la jurisprudencia que si bien es cierto no es vinculante, establece las bases de una doctrina generalmente admitida y de un derecho consuetudinario internacional.

No cabe duda que el impulso creativo de principios e interpretaciones en esta materia está dado por los tribunales arbitrales que conocen casos de inversión (WALDE, 2009)

### **c) La noción de inversión**

Para generar un concepto de inversión vinculamos todo el nuevo sistema jurídico del arbitraje a la operación económica, no obstante, la definición ha variado y ha sido controvertida para establecer sus límites.

En los años 1970, bajo la intervención del Fondo Monetario Internacional, se consignaba como inversión extranjera a la asignación duradera de capital.

Ahora, los TBIs incluyen generalmente las deudas dentro del término de inversión siempre y que se encuentren condicionadas a la influencia sobre el desarrollo nacional, a esto entendemos que no se traten de deudas generadas por préstamos bancarios a corto plazo.

El concepto de inversión hoy en día no parece ser determinado como reclamaciones pecuniarias que derivan de operación de compra y venta de bienes y servicios o el otorgamiento de créditos comerciales, el concepto va mucho más allá de ese alcance.

(WALDE, 2009), señala que:

*“Los principios y remedios desarrollados por el arbitraje de inversión tales como el tratamiento correcto y equitativo para el inversionista, la no discriminación, y la condena a la expropiación, entre otros, no han sido pensados en función de obligaciones financieras y por tanto no se ajustan adecuadamente a este tipo de reclamaciones.”*

En materia de deudas financieras derivadas de préstamos, si bien es cierto a través del arbitraje de inversión se busca conseguir garantías óptimas para el inversionista, no amerita que no puedan cuestionarse controversias referentes a préstamos vinculados con el desarrollo económico, préstamos que influyen en la calidad de vida y el entorno de un gobierno, en consecuencia, un Tribunal Internacional es competente para conocer dichas disputas. En materia de deudas ya han existido cuando al menos dos casos en la que la reclamación fue

planteada sobre la base de un TBI, uno contra Venezuela y otro contra República Eslovena, donde el Tribunal resuelve que el arbitraje de inversión era competente para conocer reclamaciones sobre deudas.

**d) El derecho aplicable**

Uno de los elementos resaltantes del derecho de la inversión extranjera representa la ley aplicable para la resolución de conflictos. La convención de Washington determina que el derecho aplicable en el arbitraje será el acordado por las partes. Cuando no exista acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo las normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables. (Convención de Washington)

En reiterada jurisprudencia determinada por el CIADI se ha establecido que en todos los casos deberá aplicarse el derecho internacional como fuente paralela para de alguna manera controlar los derechos nacionales que pudieran ser aplicables por acuerdo entre las partes o de oficio. El derecho internacional asegura un standard mínimo de garantías que no pueden ser evitadas mediante la aplicación de ningún derecho nacional.

Se ha consagrado la aplicación tutelar del derecho internacional en razón de la debilidad de una de las partes, aquellos en los que las partes han convenido someterse a un sistema jurídico nacional determinado, sin mencionar las reglas de derecho internacional.

Si bien es cierto, el artículo 42 del reglamento del CIADI pretende sostener que el derecho internacional se aplica solo para llenar los vacíos de la ley nacional escogida o cuando no se haya hecho factible la elección de una vía, es decir, se

trata de hacer uso de la legislación internacional solo excepcionalmente para subsanar los vacíos de la ley nacional de país donde se encuentra la inversión. Dicha postura ha sido controversial y discutida en muchas oportunidades por la comisión encargada del proyecto del reglamento de las normas establecidas en el CIADI. Entre todas las posturas Aron Broches, presidente de la comisión, aclaró expresamente que, si se considerara como un acto válido el declarado por la ley nacional, éste ocasionaría de todas formas responsabilidad internacional si el mismo fuere inconsistente con el derecho internacional. La preeminencia del derecho internacional se justifica en la necesidad de un control independiente de la conducta de las partes, ya no desde la perspectiva de la ley de una u otra parte sino de los estándares mínimos del derecho internacional que aspiran al desarrollo económico global, la libre circulación de los capitales y las facilidades para la inversión entre los países, todos ellos representan los objetivos fundamentales de la Convención de Washington.

El jurista Tawil (Guido Santiago, 2008), señala que:

*“Un caso en el que se afirmó este criterio fue en el caso SPP v. Egipto, donde se discutía si se aplicaba la ley nacional egipcia por presunción o si, conforme a la alternativa del artículo 42 de las reglas del CIADI, se aplica ésta y además el derecho internacional. El Tribunal declaró que este desacuerdo no tenía sentido por cuanto la ley internacional es aplicable siempre. Afirmando además que, aun cuando fuera cierto que existiera un acuerdo para la aplicación de la ley egipcia, éste acuerdo no podía excluir totalmente la directa aplicación de la ley internacional en ciertas circunstancias.”*

La aplicación de las partes de solo la ley doméstica, donde se encuentre la inversión ocasionaría una renuncia al standard mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, aspecto que es plasmado en el derecho internacional consuetudinario. Consentir como único derecho aplicable el doméstico significaría un estímulo contrario para el inversionista y un ambiente desfavorable para la inversión.

Se mantiene la convicción de preservar ciertos estándares internacionales mínimos aun en ausencia de una referencia al derecho internacional. Debe señalarse que la naturaleza obligatoria respecto a la garantía que otorga el derecho internacional no se encuentra abierta a la voluntad de las partes, existe independientemente ante cualquier elección de ley. Si bien es cierto, el consenso entre las partes a través de un contrato mantiene el sistema jurídico doméstico escogido por los mismos, tal elección se encuentra sustentada en reglas internacionales que velan por las garantías sobre la inversión y que regulan aspectos como la prohibición de la denegación de justicia, la vulneración discriminada de los derechos y propiedades o el repudio arbitrario de los compromisos contractuales.

Como sabemos, desconocer el derecho del inversionista proteger sus intereses mediante reglas internacionales significa oponerse a promover una atmósfera de mutua confianza y así estimular un importante flujo de capital internacional en países que se encuentran en desarrollo, países que necesitan de la inversión, pero sobre todo necesitan de garantías mínimas para salvaguardar sus derechos al momento de dejar de ser Estado receptor de la inversión y presentarse como inversionista.

Es así que, Christoph Schreuer señala que (Schreuer C. , 2009):

*“La práctica de los Tribunales del CIADI, el abrumador peso de los tratadistas e importantes consideraciones de política, todo ello indica que hay cuando menos un lugar para el derecho Internacional incluso frente a los acuerdos sobre ley aplicable que no lo han incorporado expresamente.”*

**e) Una nueva forma de razonamiento jurídico**

Uno de los aspectos más resaltantes del derecho de la inversión extranjera lo constituye la preponderancia de los principios sobre el derecho internacional como también sobre las legislaciones nacionales. Los principios en el Derecho se encuentran en permanente creación y desarrollo. Ulpiano señalaba respecto al derecho romano: non ex regular sumatur, sed ex iure quod est regula fiat; esto significa, el derecho no se forma con la suma de las normas positivas sino con los principios que son los que dan origen a las normas positivas. Puede decirse que no son los TBIs los que dan origen a los principios, sino que los principios dan origen a los TBIs. EL Tratado Bilateral de Inversión se convierte en la partida registral de un nuevo principio internacional, el cual se origina del análisis racional y equilibrado de las situaciones.

En la antigüedad, los romanos comparaban casos y de esta forma se iban extrayendo los principios. El actual derecho internacional se conforma del análisis teórico de la forma como se van resolviendo los casos y las controversias por diferentes tribunales. De la solución de los conflictos se infieren ciertos principios. Dichos principios representan la base para la redacción de TBIs, los cuales dan forma a los Tratados Bilaterales de Inversión.



Los TBIs se conformaron en virtud a casos planteados y resueltos, según principios internacionalmente reconocidos y que operan en función a la verdad, hacia una interpretación basada en la buena fe.

## **2.2.2. Capítulo II: Cláusulas Paraguas: evolución e historia**

### **2.2.2.1. Historia y orígenes de la cláusula paraguas**

Culminada la Segunda Guerra Mundial la economía mundial comenzó a normalizarse y a medida que la inversión extranjera comienza a incrementarse, los inversionistas extranjeros percibieron que no existía un marco legal coherente con sus intereses y que no garantizaba sus derechos frente a las arbitrariedades que pudieran suceder por parte de los Estados receptores de dichas inversiones.

Gracias a la expansión y desarrollo de la inversión extranjera se percibió interés por crear un marco regulatorio de las inversiones, constituyendo uno de los primeros intentos multilaterales para conseguirlo la Carta de La Habana de 1948 y el código Internacional de Trato Justo a las Inversiones Extranjeras de la Cámara de Comercio Internacional de 1949. (Wong)

Notoriamente, los esfuerzos de crear lazo entre diferentes gobiernos fueron inútiles, toda vez que en el ámbito multilateral resultaba tedioso y casi imposible constituir algún tipo de acuerdo.

Frente a tal inconveniente, algunos países europeos optaron por determinar sus propias reglas a nivel bilateral con otros países y es así que, los primeros antecedentes de las cláusulas paraguas como una disciplina de protección de las inversiones, la encontramos en el primer Acuerdo de Inversión, Tratado Bilateral de Inversiones (BIT en inglés) suscrito entre Alemania y Pakistán en el año 1959, en el artículo 7, el cual presenta el siguiente texto de carácter obligatorio entre los Estados: “Ambas Partes deberán

observar cualquier otra obligación, que se hayan comprometido con respecto a las inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte”. (OECD, Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, 2006)

Sin dejar de hacer mención al primer TBI suscrito entre un Estado receptor y un Inversionista extranjero, el primer antecedente de la cláusula paraguas se propició en 1954, cuando se redactó el acuerdo entre la Compañía Petrolera Anglo-Iraní (AIOC) con el gobierno de Irán, debido al programa de nacionalización del petróleo impulsado por dicho país y que perturbó a las concesiones otorgadas a dicha empresa. (Sinclair, 2004)

Ante tal acontecimiento, la solución planteada por la empresa fue la de suscribir nuevos acuerdos de consorcio con Irán, es decir, nuevos contratos de concesión y por otra parte se firmaría un Acuerdo entre el Reino Unido e Irán llamado “Tratado Paraguas” (umbrella treaty), cuyo objetivo consistía en brindar de protección internacional a los contratos firmados por Irán y AIOC, ya que un incumplimiento del contrato originaría del mismo modo un incumplimiento del Tratado.

Debe señalarse que, si bien es cierto el precedente mencionado constituye uno de los claros ejemplos respecto a la aplicación de las cláusulas paraguas, existieron algunos autores que a través de sus aportes contribuyeron respecto a la manera en cómo un inversionista podía proteger sus derechos frente a un Estado receptor de la inversión. Uno de ellos fue Lauterpacht Elihu (Lauterpacht, 2008), jurista reconocido como prestigioso abogado inglés, de merecida experiencia en las jurisdicciones internacionales. Dicho autor propuso ante el caso del gobierno y AIOC una protección paralela, la cual consistía en:

*“La idea de que cualquier contrato celebrado entre, la empresa y las demás empresas petroleras que puedan interesarse en el acuerdo, y NIOC y el Gobierno iraní, se incorporarán o se referirán en un tratado entre el Irán y El Reino Unido de tal manera que una infracción del contrato o al acuerdo se considera ipso facto como una infracción del tratado.”*

Se propuso de esa forma la incorporación de una cláusula que se refiera a los contratos celebrados entre las compañías petroleras y el gobierno de Irán con el fin de que una violación de cualquier acuerdo o contrato contemplados en aquella cláusula constituya al mismo tiempo una violación al tratado internacional. Esto, para que un Tribunal Internacional mantenga competencia a fin de conocer una controversia que surja de un acuerdo contractual, si necesidad de acudir a una vía diplomática y sin limitar los derechos del inversionista para proteger sus intereses.

El primer vestigio respecto a la incorporación de una cláusula paraguas se conoció como el borrador de la Convención Abs. Este se planteó solo como un borrador donde se apreciaba el intento de proteger los contratos celebrados entre el Estado y los inversores a nivel internacional, lo cual representa principal efecto de las cláusulas paraguas. (Castelo Guerrero, 2008)

Dicho borrador fue redactado en 1959 por la Sociedad Alemana para avanzar en la Protección de Inversiones Extranjeras. Existía cierta preocupación por los ataques de los países en vías de desarrollo a las inversiones extranjeras, además de la ineficacia de los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación. Posteriormente, en 1958, otra convención trajo consigo el borrador de Shawcross, el cual contenía un artículo que otorgaba la aplicación del principio pacta sunt servanda a obligaciones específicas que los Estados receptores mantuvieran con los extranjeros. (Sinclair, 2004)

Dicho borrador buscaba crear el efecto de incorporar las obligaciones de los estados con los inversionistas a las obligaciones internacionales que estos asumirían al ratificar el tratado.

En 1959, los autores Lauterpacht y Shawcross decidieron unir sus esfuerzos a fin de crear una Convención denominada Abs-Shawcross sobre inversiones en el exterior (Sinclair, 2004). Dicho borrador buscaba el respeto respecto a las obligaciones asumidas por los estados, especialmente las concesiones.

En ella se estableció en su artículo segundo: “Cada Parte deberá en cualquier tiempo, asegurar la observancia de los compromisos adquiridos en relación a la propiedad de los nacionales de cualquier otra Parte” (OCDE, 1967)

En suma, el artículo 2 fue creado con la finalidad de ampliar los contratos entre inversionistas y los Estados y así permitir que las obligaciones contractuales fueran determinadas como obligaciones del tratado y de ese modo asegurar la protección bajo el paraguas del derecho internacional.

Por último, debe añadirse que el borrador de la Convención sobre la protección a la propiedad extranjera no fue aprobado por el Consejo de la OCDE. No obstante, al tener un lenguaje claro y redacción muy similar a las cláusulas modernas, se decidió recomendar a todos los miembros que adoptaran dicho borrador como un modelo para la suscripción de sus propios Tratados Bilaterales de Inversión y como una afirmación general de las reglas de derecho internacional aplicables a la inversión extranjera.

Hoy en día, la mayoría de los miembros OCDE han incorporado una cláusula paraguas como aquella redactada en el borrador de la Convención. (Sinclair, 2004)

De igual forma, se precisan cláusulas paraguas en el borrador del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI o MAI por sus siglas en inglés) y en el Tratado sobre la Carta de Energía.

Continuamente, las cláusulas paraguas se insertaron en una gran parte de los Acuerdos de Inversión suscritos a nivel mundial tanto por gobiernos que son considerados grandes potencias e igualmente países en vías de desarrollo. A modo de ejemplo, el APPI, modelo de Alemania, establece en su artículo 8 que *“Cada Parte contratante deberá observar cualquier obligación que ha asumido con respecto a las inversiones en su territorio por nacionales o empresas de la otra Parte contratante”*. (OECD, Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, 2006)

Existen una serie de ejemplos respecto a Estados que han creído por conveniente respaldar la inversión extranjera y otorgar seguridad jurídica mediante el uso de las cláusulas paraguas en los Acuerdos de Inversión. Uno de tales casos es Suiza, que también incorpora una cláusula paraguas en sus APPI's (Acuerdo de Inversión), las que tienen una redacción similar a la del APPI modelo de Alemania, aunque de forma más simplificada.

Igualmente, es posible señalar que el artículo 11 del Acuerdo de Inversión suscrito entre Suiza y Pakistán contiene una cláusula paraguas al establecer que *“Cada Parte Contratante deberá garantizar constantemente la observancia de los compromisos asumidos con las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante”*

Además, es posible señalar que el artículo 10 del Acuerdo de Inversión suscrito entre Suiza y Filipinas también contiene una cláusula paraguas al prescribir que *“Cada Parte Contratante deberá observar cualquier obligación que haya asumido con respecto a inversiones específicas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante”*.

Como podemos observar, existe una notable influencia del mencionado borrador y sus cláusulas paraguas en los actuales TBIs. El reconocimiento de las cláusulas paraguas en

tratados internacionales buscaban como objetivo proteger la propiedad de inversiones de extranjeros en otros estados.

Si bien es cierto, cuando se generalizó el desarrollo de los TBIs a finales del siglo XX, los inversionistas se encontraban sujetos a las leyes y a la jurisdicción del país donde se ubicaba la inversión. La única vía de solución proporcionada ante un conflicto para el extranjero era acudir a una vía diplomática mediante la intervención de su país para que lo representaran en sus reclamos ante las autoridades locales, es decir hacerle frente al Estado receptor mediante el poder que ostentaba el Estado del cual pertenecía el inversor.

De acuerdo a la vía mencionada, sólo podía acudirse a tal reclamación diplomática siempre y cuando se produjera una violación de carácter internacional, por consiguiente, cualquier otro tipo de reclamación que se provocara entre el inversor y el Estado receptor, tales como incumplimiento de un contrato u obligación no representaba una violación internacional. (Weissenfels, 2007)

Los inversionistas en muchos casos no podían acudir al ámbito internacional para resolver sus conflictos con los países huéspedes. Dicha limitación ocasionó que los países desarrollados, los cuales mantenían la calidad de exportadores de capital, intentaran llevar la disputa que no podía ser vista vía diplomática al ámbito internacional, es decir, que se pudieran cuestionar a través de un tribunal internacional los contratos y demás obligaciones celebradas entre el inversionista y el Estado receptor. Así se forma la denominada cláusula paraguas, logrando gracias a la influencia de distintos autores y aportes destacados en base a la experiencia y el contexto social, la protección equitativa para el inversionista frente a las posibles arbitrariedades que un Estado receptor en base a su soberanía puede ejercer, dejando en indefensión al inversor. Las cláusulas paraguas permiten cubrir bajo el paraguas de un Tratado Internacional

cuestiones contractuales derivadas de un conflicto de intereses, y así, llevarlas a un foro internacional para que puedan ser discutidas y resueltas.

Sinclair, autor que abordó las cláusulas paraguas y considerado como referente dentro del tema, menciona un acuerdo entre el Reino Unido y Perú: (Sinclair, 2004)

*“Menciona la concesión minera La Brea y Parinas de 1921, como el primer acuerdo destinado a proteger, por medio de un tratado internacional, los derechos adquiridos por un inversionista en un contrato celebrado de acuerdo a las normas internas del país receptor. Mediante este acuerdo se crea un tribunal arbitral con competencia para conocer y resolver acerca de la aplicación de ciertos decretos y leyes mineras peruanas.”*

#### **2.2.2.2. Internacionalización de contratos**

La cláusula paraguas es identificada por su efecto y la consecuencia que esta representa sobre los instrumentos de resolución de controversias en materia de inversiones.

Naturalmente, el efecto se determina en la protección de ciertas obligaciones al amparo de un Tratado Bilateral de Inversiones, resultando como consecuencia la posibilidad de acudir al mecanismo de solución de controversias estipulado en el mismo ante el probable incumplimiento de las obligaciones establecidas entre las partes, la cual constituiría una violación al TBI. Dicha consecuencia asume la calidad de “internacionalización de contratos” ya que, por este medio, los contratos celebrados entre el Estado y el inversionista, los cuales generalmente se encuentran sujetos a la ley interna del Estado receptor, son cuestionado bajo un ámbito internacional, con leyes y tribunales internacionales. (Castelo Guerrero, 2008)

La internacionalización de contratos se establece como un intento liderado por países desarrollados a fin de resguardar los contratos y demás obligaciones que los estados receptores tengan para con los inversionistas, esto, respetando la ley internacional. Esto

busca de forma precisa evitar cambios unilaterales por parte de un Estado. La protección a través de dicho medio fue propuesta en virtud al contexto social frecuente en los países en vías de desarrollo, los cuales abusaban del poder estatal para restringir o denegar derechos de los inversores. No obstante, la división entre reclamos contractuales y reclamos internacionales se volvió difusa.

En la doctrina se mencionan cuatro mecanismos mediante los cuales simples reclamos contractuales pueden encontrar su camino hacia los mecanismos de solución de controversias establecidos en los tratados bilaterales de inversión, siendo estos: (Galliard, 2005)

*a) El primer mecanismo consiste en una disposición expresa de establecer bajo la jurisdicción del tribunal establecido en el TBI, disputas relativas a inversiones que surjan de contratos y otros acuerdos entre el Estado y el inversor. En vista del principio de autonomía de las partes, es completamente posible que dos estados consientan en poner en un TBI u otro acuerdo una cláusula que someta expresamente al mecanismo de solución de controversias disputas surgidas de contratos y otras obligaciones.*

*b) El segundo de estos mecanismos, consiste en cláusulas de inversión amplias establecidas en los TBIs. Existen varios tratados bilaterales de inversión que otorgan jurisdicción al mecanismo de solución de controversias a cualquier disputa relativa a inversiones. No solo a aquellas nacidas de la interpretación o aplicación del tratado en sí; sino en general a cualquier diferencia, ya sea esta proveniente del TBI o de un contrato, siempre y cuando se refieran a inversiones.*



Así, siendo el caso, no es difícil mencionar varios TBIs donde los respectivos artículos referentes a la solución de controversias determinan las palabras “cualquier” o “todas” las disputas relativas a inversiones. Dichos términos muestran una interpretación literal y que sugiere ante la sola existencia de una diferencia, cualquiera esta sea, entre Estado e inversor activará el mecanismo contemplado en el TBI.

c) Otra manera en que se daría una “internacionalización de un contrato” sería cuando una ruptura del mismo equivaldría a una violación de alguna de las garantías cubiertas por un TBI. El caso Vivendi y su posterior anulación, dejaron en claro que no toda violación contractual hecha por un estado, automáticamente es una violación del derecho internacional, sin embargo, en ciertos casos como este es perfectamente posible. (Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims, The Vivendi I Case Considered, 2005)

Así, por ejemplo, el Tribunal Arbitral estableció que, es generalmente aceptado que *“una expropiación indirecta pueda ocurrir en la forma de una ruptura o cancelación de un contrato”* y varias cortes y tribunales arbitrales repetidamente han reconocido que medidas tomadas por un estado que afecten derechos contractuales pueden ser consideradas como expropiaciones.

No obstante, es necesario notar la aclaración que hace WEISSENFELS al decir que en realidad no habría una “internacionalización de un contrato” ya que la verdadera causa para acudir al mecanismo internacional de solución de controversias sería la violación del tratado mismo y no la del contrato.

d) Finalmente, como último mecanismo se consideran a las llamadas cláusulas paraguas. A través de dichas disposiciones, los estados se comprometen a respetar las obligaciones que estos hayan adquirido con los inversores originarios de la otra parte. Es así que, una violación de estos contratos u obligaciones constituiría también una violación de la

cláusula paraguas y en definitiva del TBI. Así, indirectamente, la ruptura de un contrato u obligación se vería internacionalizada al estar dentro de la jurisdicción del mecanismo de solución de controversias establecido en el tratado.

### **2.2.2.3. Concepto de cláusulas paraguas**

La mayoría de los tratados de inversión bilaterales y multilaterales proporcionan a los inversores un conjunto relativamente estándar de protecciones, incluyendo los derechos de trato nacional, trato de nación más favorecida, trato justo y equitativo y compensación por expropiación. Es posible que algunos tratados ofrezcan a los inversores una capa adicional de protección al exigir específicamente a los Estados anfitriones que respeten las obligaciones y cumplan los compromisos contraídos con respecto a las inversiones extranjeras. Conocidas como cláusulas paraguas, estas disposiciones parecen proporcionar una ruta a través de la cual los inversionistas pueden tratar de transformar sus reclamos contractuales en reclamos de tratados, aunque su interpretación y aplicación hasta ahora han sido inciertas.

Las cláusulas paraguas son disposiciones de un tratado o acuerdo, específicamente de un Acuerdo de Inversión, que establece que cada una de las Partes contratantes en dicho Acuerdo deben respetar todas las obligaciones asumidas o adquiridas con respecto a las inversiones hechas en su territorio por inversionistas de la otra Parte contratante del Acuerdo de Inversión respectivo. (Monardes V. , *Las cláusulas paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversión*, 2009)

Estas cláusulas eran necesarias porque existe una autoridad considerable de que el incumplimiento de un contrato por parte de un Estado no significa necesariamente una violación del derecho internacional. De hecho, hace medio siglo, cuando la inversión extranjera se realizaba principalmente a través de contratos de concesión que

involucraban petróleo y gas, así como minerales, los inversionistas tenían poca protección no contractual contra el incumplimiento de un estado a esos contratos. Las cláusulas paraguas eran una respuesta a esta deficiencia. Ellos efectivamente crearon una causa de una acción bajo el derecho internacional por incumplimiento de contrato, proporcionando así recursos adicionales y protección a los inversionistas extranjeros.

Una de las razones principales para esta extensión fue dejar claro que el concepto de *pacta sunt servanda*, que se aplica a las relaciones entre estados, también se aplica a las relaciones entre inversionistas y estados. (WALDE, 2009)

Como pudimos percatar, la cláusula paraguas constituye uno de los mecanismos a través de cual se puede conseguir la internacionalización del contrato, colocando de forma conveniente bajo el plano internacional reclamaciones contractuales en virtud a violaciones de Tratados, siendo el caso, Tratados Bilaterales de Inversión.

Ya se entiende que la cláusula paraguas mantiene como obligación primordial el respecto a y la protección a los contratos y demás especificaciones pactadas entre las partes, siendo éstas el inversionista y el Estado huésped o Estado receptor. En este caso las garantías deben proteger la inversión según tratado.

Sin embargo, debe acotarse que, no sólo son sujetos de protección los contratos celebrados entre las partes sino además todos aquellos compromisos y obligaciones que hayan sido incluidas en un Tratado Bilateral de Inversiones y que puedan ser deducidas del mismo en base a su redacción e interpretación.

El efecto de protección dependerá en gran parte de la redacción, de los términos expresados en dichas cláusulas, las cuales, ante la presencia de una controversia, serán analizadas por un Tribunal de manera precisa.

Debe precisarse que, si bien es cierto, la redacción de las cláusulas paraguas son de elemental importancia para poder percatarnos respecto a las garantías en pro de la

inversión, el efecto de ellas extenderá la cobertura de los tratados de inversión. Esto ocasionará que los Estados se encuentren obligados a respetar además de las disposiciones establecidas en los Tratados, cualquier otra obligación asumida por el Estado con los inversores. Como consecuencia, se permite que reclamos surgidos ante dichas obligaciones puedan ser llevadas y discutidas en un Tribunal Internacional. (McLachlan, 2007)

Estas cláusulas, debido al efecto que generan son denominadas igualmente como “mirror effect clause” (efecto del espejo), por reflejar la protección del TBI en otras obligaciones, “elevator clause”, (cláusula elevadora o ascensor) por elevar simples obligaciones al ámbito internacional, “parallel effect” (cláusula de efecto paralelo) por otorgar una protección paralela, “sanctity of contract” (santidad de los contratos), por obligar el respeto de los contratos, “respect clause”, por obligarse los estados a respetar las obligaciones contraídas, “pacta sunt servanda”, en base al principio de que los compromisos son para cumplirlos, “observation of commitments” (cumplimiento de compromisos) y “observance of undertakings” (cumplimiento de obligaciones). (Weissenfels, 2007)

Debe señalarse que en la jurisprudencia no existe uniformidad respecto al alcance de las cláusulas paraguas, cuestión que no se percata en la doctrina, donde existen criterios muy parecidos para su aplicación, donde se lleva a cabo la internacionalización de los contratos.

Resulta conveniente destacar que si bien es cierto el efecto de las cláusulas paraguas determina la internacionalización de los contratos y demás obligaciones, la redacción de las mismas no es dada con palabras similares en la diversidad de Tratados Bilaterales de Inversión.

La redacción de la cláusula paraguas varía de tratado a tratado, sin embargo, en su significado casi todas representan lo mismo. De manera general, la redacción más común de las cláusulas paraguas es la siguiente:

Cada parte contratante observará cualquier obligación que haya asumido con respecto a las inversiones. (Weissenfels, 2007)

#### **2.2.2.4. Disputas internacionales relativas a inversiones: múltiple jurisdicción**

Determinar la jurisdicción ante la cual se debe o es más conveniente plantear una acción no es una noción reciente del derecho procesal ni de la práctica litigiosa y ciertamente, no es nueva en el campo del arbitraje. (Morales Vela)

La inversión extranjera normalmente involucra dos potenciales fuentes para determinar la competencia en caso se presente una controversia. Por un lado, encontramos al tratado bilateral que instituye un marco jurídico para la protección a la inversión y, por otro lado, un contrato de inversión entre el inversionista y el Estado receptor, que determina derechos y obligaciones recíprocas. Dicho acuerdo contractual se complementa mediante legislación nacional en materia de inversiones del estado receptor. Al verificar la jurisdicción donde se transmitirán los reclamos, los inversionistas enfrentan una decisión que puede ser complicada y que, dependiendo a su elección, ésta tendría notable influencia en el resultado de la discordia.

##### **2.2.2.4.1. Acciones basadas en TBIs y acciones basadas en contratos de inversión**

Un inversionista que celebra un contrato con un Estado o institución pública y cuya inversión se encuentra al mismo tiempo garantizada mediante un TBI no solo gozará de diferentes regímenes de protección, sino que además, se le presentarán una serie de alternativas que le permitirán decidir si es conveniente presentar su demanda ante los

tribunales del estado receptor o recurrir a cualquiera de los procedimientos de solución de controversias reconocidos por el tratado, entre ellas el arbitraje internacional. (Morales Vela)

El concepto de la multiplicidad de foros potencialmente competentes para sustanciar una controversia se conoce en la terminología anglosajona como “fork in the road”. Se observa que la disposición de múltiples foros para la solución de controversias concede discreción al inversionista para presentar su acción ante el órgano jurisdiccional que percibe con mayor neutralidad o que podría determinar una relación sin presión política de por medio, sin parcialidad.

Morales Dunker plantea tres factores que contribuyen a la distinción entre acciones basadas en un tratado y acciones basadas en un contrato: (Morales Vela)

**a) Fuente de la acción:** Este aspecto marca la diferencia más importante entre los dos tipos de acciones. Mientras el fundamento de una acción al amparo de un tratado es un derecho reconocido en un tratado de inversión, usualmente un TBI, una acción al amparo de un contrato se relaciona con la violación de un derecho consagrado en un contrato de inversión. Por regla general, entonces, la violación de un derecho consagrado en un tratado genera la responsabilidad internacional del estado receptor, mientras que un incumplimiento contractual origina la responsabilidad del estado receptor de acuerdo con su propia legislación.

**b) Contenido del derecho subjetivo:** Los derechos consagrados en tratados internacionales se definen en términos muy amplios y tienen una naturaleza genérica (p. ej., trato nacional, trato de nación más favorecida, no discriminación, indemnización en caso de expropiación).

Por otra parte, los derechos contractuales están claramente especificados en el contrato y en la legislación nacional aplicable de acuerdo con las características de la inversión.

Sin embargo, es posible y ocurre con relativa frecuencia que el contenido de los derechos contemplados en un tratado y los derechos contractuales se superpongan. Por ejemplo, un derecho ya reconocido por el tratado puede ser posteriormente incluido y ampliado o delimitado en un contrato de inversión.

**c) Derecho aplicable:** Normalmente, el régimen legal aplicable a una acción basada en un tratado incluye las disposiciones del TBI, la legislación interna del estado receptor y el derecho internacional general. En cambio, los contratos de inversión están regidos exclusivamente por el sistema legal del estado receptor, particularmente por las disposiciones que regulan los contratos administrativos.

#### **2.2.2.4.2. Determinación de responsabilidad en las cláusulas paraguas mediante contratos**

Debemos precisar que la cláusula paraguas mantiene como efecto el colocar bajo la protección de un tratado bilateral de inversiones las obligaciones que los estados contraigan con los inversores de la otra parte.

La consecuencia práctica de este efecto radica en que cualquier incumplimiento a estas obligaciones cubiertas por el TBI, equivaldrían a una violación del mismo. Por lo cual los inversores podrían presentar sus diferencias ante el mecanismo establecido por el tratado. Que, en la mayoría de casos, por no decir en su totalidad, consiste en un arbitraje internacional, ya sea éste ad-hoc, bajo las normas de la UNCITRAL o por medio del CIADI. (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)

Dicha consecuencia representa el problema respecto al análisis e interpretación para poner en práctica las cláusulas paraguas. Esto ha ocasionado en debate constante entre diversos tribunales. Si bien es cierto, este tipo de cláusulas se refieren respecto de las obligaciones en general, lo fundamental radica en los contratos firmados entre Estado

e inversionista, debido a que, por la naturaleza misma de un contrato, estos son susceptibles de generar disputas entre las partes.

Naturalmente, es de conocimiento que al suscribir un contrato se pacta un mecanismo de resolución de controversias. Generalmente al encontrarse la inversión dentro del Estado receptor se consideran como vías idóneas para la solución de conflictos a las cortes locales y a los centros de arbitraje bajo las leyes del país receptor.

La cuestión a tratar se constituye desde el momento que mantenemos como prevista una cláusula paraguas determinada en un TBI, una cláusula que también direcciona una jurisdicción ante la presencia de un conflicto entre las partes. Ante tal situación, el inversionista ciertamente podría acudir a un arbitraje internacional como el CIADI por una supuesta violación de la cláusula paraguas y por otro lado, el inversor podría también presentar su diferencia bajo el mecanismo dispuesto en el contrato que es totalmente distintito al del TBI. Así pues, surgen dos foros que pueden tratar el mismo tema. Siendo el caso, el inversionista ante la presencia de un tratado internacionalmente reconocido puede acudir a la vía que considere con mayor neutralidad para la protección de sus derechos, esto, en tanto se haya ocasionado una vulneración derivada del incumplimiento de las obligaciones plasmadas mediante contrato. La vía debe ser considerada siempre que la violación al contrato se ocasione en función a un comportamiento abusivo del Estado huésped, que sea contradictorio a las especificaciones determinadas en un contrato, pero al mismo tiempo diluciden una conducta en contra de resguardo de las inversiones a nivel global.

La situación donde se presenta multiplicidad de foro puede ocasionar tres situaciones:

a) Consiste en la primacía del mecanismo contemplado en el tratado bilateral, no interesando lo pactado entre las partes como vía de solución de conflictos.



b) Se otorga primacía al contrato y no al TBI, debido a que tanto el inversionista como el Estado receptor, en virtud a la autonomía de las partes, acordaron por libre voluntad encaminar las diferencias surgidas del contrato al mecanismo establecido por el mismo.

c) Respecto al tercer punto de vista, encontramos la postura de Weissenfels concordante con el voto disidente en el caso arbitral *SGS vs. Filipinas*. Se mantenía el criterio donde co-existen los dos escenarios mencionados con anterioridad. Esto se consideraba en base a que un mismo hecho, una controversia contractual, representaría una vulneración tanto del contrato previsto entre las partes como del tratado bilateral en función a la cláusula paraguas. (Weissenfels, 2007)

El autor mantiene la convicción de que la creencia sobre una disputa contractual y ésta sea transformada a una disputa internacional era un criterio errado ya que, en realidad, por medio de una cláusula paraguas, un tribunal nunca tiene jurisdicción por disputas contractuales sino por una supuesta violación del tratado, específicamente la mencionada cláusula. De esta manera al retener la jurisdicción el tribunal, no por el contrato sino por el tratado, queda abierta y libre la jurisdicción del tribunal contemplado en el contrato ya que, en cambio, éste tiene la competencia para resolver sobre la disputa surgida del mismo.

Expresamente el autor nos dice que un mismo hecho basado en diferentes cuerpos legales puede provocar que el hecho sea revisado tanto por una vía local como un foro internacional. Plantea la posibilidad de que dos foros conozcan y resuelvan sobre un mismo caso. No sería necesario que se transforme el reclamo, el reclamo mantiene dos vías que posibilitan competencia. Ahora, la preocupación surge debido a que al pronunciarse tanto una corte local como una corte internacional, los resultados podrían

ser contradictorios, uno podría favorecer al Estado y otro al inversionista, dicho esto, se crearía incertidumbre.

En el planteamiento de tales supuestos ambos tribunales podrían manifestarse para determinar si tienen competencia o no para conocer el caso. No necesariamente significa que al exponer un caso en la vía nacional del Estado huésped y en una corte internacional como podría ser el CIADI, deberían asumir el conocimiento del caso.

Uno de los ejemplos donde se percibe la cuestión argumentada se denota en el caso SGS vs Pakistán: (Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A review, 2006)

*“El inversor, una compañía suiza, primero presentó su queja ante las cortes locales y después, quizás ante el temor de un resultado desfavorable, acudió al tribunal internacional del CIADI basado en el TBI entre Suiza y Pakistán. Aunque después el tribunal se rehusó a conocer la demanda, mientras éste resolvía las excepciones a la jurisdicción, al mismo tiempo el tribunal de Pakistán obligaba a SGS que desista de la demanda presentada ante el CIADI.”*

Es de conocimiento que, si del inversionista depende tomará como preferente la opción del arbitraje internacional mientras que el Estado receptor tratará de acudir a la vía nacional. Al observarse tal conflicto de intereses el inversionista presentará su demanda ante el CIADI o según arbitraje internacional ad-hoc regulado mediante el arbitraje de inversiones. Tal situación ocasionará que el Estado receptor en virtud de la demanda planteada presenta excepción de competencia, tratará de determinar la incompetencia de la sede arbitral para dilucidar el conflicto según vía interna, según lo pactado en el contrato para resolver conflictos.

No obstante, si el Estado huésped al no respetar el acuerdo contractual establecido en un primer momento, vulnera el pacto por incumplimiento u otorga un trato irregular o

abusivo en base a la soberanía que detenta por encontrarse en su territorio y bajo las leyes que determine, esto difícilmente ocasionará confianza en el inversionista para dilucidar conflictos en la vía nacional.

La mayoría de los tribunales que han tenido que interpretar el alcance de una cláusula paraguas ha sido debido a esta situación, ya que deben decidir si están legitimados para conocer disputas contractuales o si deben dar un paso a lado y dejar que la disputa se ventile en el otro foro. Y es precisamente esto, lo que ha generado varios laudos arbitrales contradictorios entre sí. Algunos con una interpretación amplia, otros con una interpretación moderada y otros con una restrictiva, utilizando varios argumentos a favor de las distintas posiciones.

### **2.2.3. Capítulo III: Cláusulas Paraguas: conceptos en perspectiva comparativa**

Muchos tratados de inversión contienen cláusulas que estipulan que "cada parte contratante observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante". (Minn, 2009)

Tales cláusulas se designan más comúnmente como cláusulas paraguas porque traen las obligaciones que un Estado anfitrión ha asumido frente a un inversor extranjero, por ejemplo, en un contrato inversionista-estado, bajo el paraguas protector de un tratado de inversión mediante la creación de una obligación de derecho internacional, es así como el Estado otorga observancia a sus compromisos con el inversor. Dichas cláusulas fueron aplicadas por primera vez en los arbitrajes de tratados de inversión, no obstante, poco se discutió sobre su alcance y efecto general. Los comentaristas, casi unánimemente, opinaron que: (Dolzer & Stevens , 1995)

*“Estas disposiciones procuran garantizar que cada parte en el tratado respete compromisos específicos con los nacionales de la otra parte. Esta disposición es especialmente importante porque protege los derechos contractuales del inversor frente a toda injerencia que pueda ser causada por una simple violación del contrato o por actos administrativos o legislativos, y porque no es del todo claro en el derecho internacional general si tales medidas Constituyen incumplimientos de una obligación internacional.”*

En la práctica, sin embargo, la aplicación de cláusulas paraguas se ha convertido en una de las cuestiones más controvertidas en el arbitraje sobre tratados de inversión. Impulsado por la construcción incompatible de cláusulas comparables en dos tratados bilaterales, el TBI entre Suiza y Pakistán, y el segundo entre Suiza y Filipinas. Estos tratados muestran posiciones diferentes en cuanto a la resolución del caso y la perspectiva de cláusulas paraguas establecida por tribunales del CIADI. Se han desarrollado opiniones contrarias sobre la función de las cláusulas paraguas.

Una línea de jurisprudencia arbitral apoya una aplicación amplia, que permite a los inversionistas extranjeros utilizar el arbitraje de los tratados de inversión con el fin de buscar socorro por cada incumplimiento de una promesa relacionada con la inversión por el Estado anfitrión, independiente de la naturaleza de la obligación e independiente de la naturaleza de la infracción, que abarca la conducta comercial y soberana del Estado anfitrión. En este punto de vista, las cláusulas paraguas acortan la distinción tradicional entre las reclamaciones contractuales y las reclamaciones de los tratados, proporcionando un recurso de derecho internacional para el incumplimiento de un contrato inversor-estado o una promesa relacionada con la inversión.

Luego, también subsiste el enfoque competitivo, dicho enfoque atribuye una función mucho más restringida a las cláusulas paraguas, debido a que se restringe el efecto de las

cláusulas solo ante conductas soberanas del Estado receptor de la inversión, es decir, solo pueden proceder reclamaciones contractuales en virtud de tratados bilaterales de inversión, siempre que se muestre que el Estado en función a una conducta soberana y abusiva del poder que detenta cause agravio al inversionista. Este enfoque es distinto al anterior porque en aquella cualquiera reclamación contractual puede ser revisada por un Tribunal Internacional, aun sin mostrarse una conducta determinada por la soberanía del Estado, cualquier incumplimiento contractual derivado de sus obligaciones.

Esencialmente, al observar que las cláusulas paraguas se constituyen como una declaración establecida en el derecho internacional a través de un tratado que clarifica los derechos del inversionista en la relación del contrato Estado-inversor, dicho enfoque de soberanía proporciona la protección de que, de darse un supuesto de expropiación donde obviamente se demuestra soberanía del Estado, dicha actuación sea objeto de compensación.

Esta posición excluye del alcance de las cláusulas paraguas a los contratos entre Estado receptor e inversionista extranjero que son de naturaleza netamente comercial, en consecuencia, a través de dicho enfoque se hace una distinción entre reclamaciones contractuales y reclamaciones bajo tratado en función a las cláusulas paraguas.

No sólo la función de las cláusulas paraguas ha dividido a los tribunales arbitrales, sino que han desarrollado puntos de vista divergentes sobre qué tipo de garantía proporciona las cláusulas paraguas frente al Estado anfitrión. Algunos tribunales consideran que las cláusulas se limitan a la protección de los contratos entre los inversionistas y los estados, mientras que otros los aplican igualmente a los incumplimientos de las promesas específicas relacionadas con las inversiones en la legislación interna o en los instrumentos administrativos. Esto se refiere a la cuestión de cómo las cláusulas paraguas afectan la interacción entre el derecho internacional, que rige las relaciones entre los estados y los

inversores. Si bien algunos tribunales sugieren que las cláusulas paraguas transforman los contratos entre los inversores y el Estado en obligaciones bajo el derecho internacional, otros tribunales enfatizan que las cláusulas paraguas simplemente establecen una obligación del derecho internacional de cumplir con las promesas hechas frente a los inversionistas extranjeros.

Sin embargo, lo que es indiscutible es que las cláusulas paraguas no se aplican a los contratos entre particulares, incluso si uno de ellos es un inversionista extranjero, ya que las cláusulas constituyen obligaciones entre los Estados contratantes para cumplir sus obligaciones frente a los inversionistas extranjeros. Asimismo, las cláusulas paraguas no afectan la regulación del estado de los compromisos futuros; sólo se refieren a la observancia de los compromisos existentes. Por lo tanto, las cláusulas paraguas pueden entenderse como conceptos de derecho público que obligan a los Estados a cumplir sus promesas relacionadas con la inversión realizada con inversionistas extranjeros, similar al principio de los ordenamientos jurídicos nacionales, según el cual las entidades públicas son, en principio, obligados a respetar los compromisos contractuales contraídos por particulares.

Aunque se establece el principio de *pacta sunt servanda* como un concepto de derecho público a nivel internacional, queda una cuestión central: ¿hasta qué punto los Estados pueden confiar en los intereses públicos para modificar o terminar un contrato inversor - estado o una promesa relacionada con la inversión cuando están sujetos mediante una cláusula paraguas. (Stephan W. , 2010)

Dado que los tratados de inversión pretenden establecer un marco para proteger y promover los flujos de inversión extranjera entre los Estados contratantes. En la siguiente parte, se determinará que las cláusulas paraguas deben entenderse como una mejora de la capacidad de los Estados anfitriones para hacer compromisos creíbles y ejecutables en

sus relaciones con los inversionistas extranjeros. Se trata de una reacción a la insuficiente protección de los contratos entre inversionistas y Estados en virtud del derecho internacional consuetudinario y otros derechos de los inversionistas contenidos en los tratados de inversión. En primer lugar, las cláusulas paraguas tienen por lo tanto una función jurisdiccional que permite a los inversores iniciar un arbitraje basado en un tratado para hacer cumplir las promesas relacionadas con la inversión realizadas por el Estado anfitrión frente al inversor. Al ofrecer mecanismos de aplicación al nivel del derecho internacional, las cláusulas paraguas protegen a los inversores extranjeros contra el comportamiento oportunista del Estado anfitrión en violación de compromisos anteriores. Esta función de la cláusula paraguas, no se limita a mitigar las desigualdades entre los inversionistas extranjeros y el estado anfitrión, sino que abarca la aplicación de las promesas en caso de incumplimiento de los inversionistas en cuanto a los contratos estatales y las promesas similares relacionadas con la inversión. No obstante, Las cláusulas paraguas siguen siendo conceptos de derecho público porque restringen la conducta de las entidades públicas.

#### **2.2.3.1. La función jurisdiccional de las cláusulas paraguas**

Las cláusulas generales estipulan que los Estados deben respetar los compromisos contraídos con inversionistas extranjeros y dar acceso a arbitraje de inversiones en caso de incumplimiento de un compromiso. Por lo tanto, el arbitraje de los tratados de inversión como un mecanismo de ejecución permite que los estados sean considerados responsables por el incumplimiento de los compromisos contraídos con un inversionista extranjero.

El cumplimiento de los compromisos en el contexto de la inversión es crucial porque el inversionista, al hacer su inversión, se expone a sí mismo al estado anfitrión para cumplir con las promesas que hizo antes de invertir. En ausencia de un compromiso creíble, por el contrario, un inversor no invertirá en absoluto o invertirá en términos menos favorables. La observancia del compromiso y su aplicación permite, por lo tanto, una cooperación eficaz entre el Estado anfitrión y el inversor. En principio, la función de cláusulas paraguas se reconoce en la jurisprudencia arbitral. Sin embargo, la jurisprudencia arbitral está fundamentalmente dividida en cuanto a si las cláusulas paraguas protegen los derechos contractuales o cuasi contractuales derivados de un contrato inversor-estado o una promesa similar únicamente contra las infracciones soberanas o también contra la conducta comercial.

Se sostiene que las cláusulas paraguas respaldan la cooperación inversionista-estado independiente de la naturaleza de la conducta del Estado como soberana o comercial. Para ello, se presenta los dos enfoques competidores para la interpretación de las cláusulas paraguas y sus argumentos. Además, se procede a argumentar que la cláusula del contrato y reclamación del tratado en la que se basa el enfoque más restringido es un concepto no convincente para interpretar cláusulas paraguas. (Schwartz & Scott, 2004)

Se presenta, dentro de la aplicación de las cláusulas paraguas, el principio de *pacta sunt servanda* como concepto de derecho público concediendo a los inversionistas extranjeros acceso al arbitraje de los tratados de inversión a fin de presentar reclamaciones por incumplimiento de los compromisos del Estado anfitrión independientemente de si las reclamaciones son reclamaciones contractuales o internacionales.



### **2.2.3.1.1. Dos enfoques competitivos: conducta soberana versus conducta comercial**

El enfoque más amplio considera que cualquier incumplimiento de una promesa hecha por el Estado anfitrión a un inversionista extranjero, incluyendo el incumplimiento de una conducta puramente comercial, viola una cláusula paraguas y permite a los inversionistas solicitar el alivio de esa violación ante un tribunal basado en un tratado. Por lo tanto, las cláusulas paraguas tienen como efecto que el incumplimiento del contrato por parte del Estado huésped da lugar a la violación de una obligación convencional que el Estado anfitrión ha asumido en relación con el Estado de origen del inversor.

En consecuencia, un tribunal arbitral puede tomar conocimiento de los litigios que, en la relación entre el Estado anfitrión y el inversor, son de naturaleza contractual. Este planteamiento invariablemente invoca tres argumentos: en primer lugar, indica que, en el sentido lógico de las cláusulas que exigen el respeto de los compromisos, no se hace distinción alguna entre infracciones comerciales y soberanas; En segundo lugar, hace hincapié en el principio de la interpretación eficaz, según el cual una disposición del tratado debe tener un significado operativo en lugar de meramente replicar el contenido de otras obligaciones que incumben al Estado, que ya protegen los contratos entre inversores y Estados contra interferencias soberanas, la prohibición de expropiación sin compensación o el tratamiento justo y equitativo.

Por último, se invoca el objeto y el propósito de los tratados de inversión. En resumen, este enfoque rechaza la idea de distinguir entre la conducta comercial y la conducta soberana en el contexto de las cláusulas paraguas.

El enfoque presentado no niega la importancia de la interpretación de los tratados, pero hace hincapié en un aspecto sistemático de la relación entre el derecho internacional y

el derecho interno. En lugar de centrarse principalmente en la redacción de la cláusula, se rescata el principio de la interpretación efectiva y el objeto de los tratados de inversión.

La investigadora Zolia V., a través de su libro *“Cláusulas Paraguas en Tratados Bilaterales de Inversión: problemas no resueltos”* (Zolia, 2005) plantea que:

*“El enfoque respecto a la importancia de las cláusulas sobre las conductas, se basa en la diferencia conceptual entre, por una parte, los contratos y los tratados internacionales y, por otra parte, del derecho municipal e internacional. Sobre la base de esta distinción, el enfoque más restringido subraya el efecto que tendría una interpretación amplia y literal de las cláusulas paraguas sobre la distinción entre derecho internacional y derecho interno porque una interpretación amplia de las cláusulas paraguas equivaldría a cada infracción de un contrato con una violación de un tratado internacional, aunque el inversionista no sea un sujeto del derecho internacional.”*

Con el fin de hacer resaltar la distinción entre contratos y tratados, la perspectiva más restrictiva, por tanto, postula que las cláusulas generales sólo protegen contra las infracciones de contratos basadas en conducta soberana. Este criterio fue refrendado con particular claridad en la decisión de CIADI en el arbitraje internacional de El Paso c. Argentina, en la que el tribunal sostuvo, en el contexto de la interpretación de una cláusula paraguas, que era necesario distinguir al Estado como un comerciante del Estado como soberano.

El tribunal arbitral (El Paso v. Argentina), consideró que:

*“La cláusula paraguas no se extiende, la jurisdicción del tribunal sobre cualquier contrato que los reclamantes puedan presentar como resultado únicamente del*

*incumplimiento de un contrato entre el inversor y el Estado argentino o una entidad autónoma argentina. Además, a juicio del Tribunal, es especialmente claro que la cláusula paraguas no extiende la jurisdicción del tribunal sobre ninguna reclamación contractual cuando esas reclamaciones no se basan en una violación de las normas de protección de los TBI, el trato nacional, el trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, protección contra actuaciones arbitrarias y discriminatorias o indirectamente, a menos que se respeten algunos requisitos.”*

#### **2.2.3.1.2. El reclamo del contrato: distinción de la reclamación del tratado**

Bajo el enfoque más restringido, las cláusulas paraguas reproducen conceptualmente la protección de los contratos entre inversionistas y estados receptores bajo el derecho internacional consuetudinario y su distinción entre reclamaciones contractuales y reclamaciones de los tratados.

Con arreglo al derecho internacional consuetudinario, basado en la división categórica entre el derecho internacional y el derecho interno, la violación por el Estado anfitrión de una obligación en virtud de un contrato inversor-estado no correspondía directamente a una violación de una obligación conforme al derecho internacional, sujeto al derecho internacional y al Estado de origen del inversor que no sea parte en el contrato. Por lo tanto, un simple reclamo contractual no podría constituir una causa de acción bajo el derecho internacional consuetudinario. (Weil, 1969)

Por lo tanto, el derecho internacional sólo puede ser violado si el incumplimiento de contrato también constituye un agravio con respecto al Estado de origen del inversionista. Podría surgir un agravio si el Estado anfitrión expropió un contrato inversor-estado, interfirió de manera arbitraria con el contrato o cometió una

violación independiente del derecho internacional a través de una denegación de justicia. En cualquier caso, tales agravios en el contexto de los contratos entre inversores y estados exigían que el Estado actuara en su calidad de soberano, ya que la simple no ejecución de un contrato no se consideraba un delito conforme al derecho internacional consuetudinario.

Como Stephen Schwebel resume de forma acertada (Schwebel, 1987):

Si bien el simple incumplimiento por un Estado de un contrato con un extranjero, (cuyo derecho propio no es el derecho internacional), no constituye una violación del derecho internacional, si puede ser considerado como una violación al tratado un acto no comercial de un Estado contrario a dicho contrato. Es decir, el incumplimiento de tal contrato por parte de un Estado en relación comercial ordinaria no constituye, en su opinión predominante, una violación del derecho internacional. Sin embargo, el uso de la autoridad soberana de un Estado, el cual es contradictorio a las expectativas de las partes para rescindir o violar un contrato con un extranjero, es una violación del derecho internacional.

#### **2.2.3.1.3. La indistinguibilidad de la conducta comercial y conducta soberana**

La distinción entre el reclamo por el contrato y el tratado en el contexto de las cláusulas paraguas, como lo hace el enfoque más restrictivo, no es convincente por una serie de razones. Aparte de las dificultades prácticas para distinguir entre la conducta gubernamental o soberana y puramente comercial, la distinción ignora sobre todo la importancia de la solución de controversias por parte de terceros para una cooperación y una contratación eficientes entre inversor y estado. No tiene en cuenta el hecho de que, para hacer compromisos creíbles, las promesas del Estado

anfitrión no sólo deben protegerse contra comportamientos opuestos en forma de conducta soberana, sino también contra las infracciones de carácter comercial.

El Estado huésped puede manifestarse tanto en la conducta soberana como en la comercial. De hecho, desde una perspectiva económica, las infracciones comerciales pueden ser tan perjudiciales para la cooperación eficiente inversor-estado como las violaciones basadas en la conducta soberana. Exigir una conducta soberana por incumplimiento de una cláusula paraguas, por lo tanto, deja importantes lagunas en la protección de los contratos entre inversores y estados. Esto en cuanto que el inversionista, en principio, tendría que buscar alivio contra tales incumplimientos ante los tribunales internos del Estado anfitrión. Sin embargo, estos tribunales a menudo no están bien situados para proporcionar protección eficaz a un inversor extranjero contra la conducta del Estado anfitrión.

Además, en virtud del derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado, tanto la conducta comercial como la soberana son atribuibles al Estado y pueden servir de base para un hecho internacionalmente ilícito.

Con respecto a la conducta de un órgano en virtud del artículo 4 sobre la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado, se ha negado expresamente la pertinencia de la distinción entre actos comerciales y soberanos. Como señala el comentario oficial sobre dicho artículo (Crawford, 2002):

*“No es pertinente a los efectos de la atribución que la conducta de un órgano estatal pueda clasificarse como comercial o como "acta iure gestionis". El comentario subraya además que la entrada o el incumplimiento de un contrato por un un órgano estatal es, no obstante, un acto del Estado a los efectos del artículo 4. Esto sugiere que, desde la perspectiva del derecho internacional de la responsabilidad del*

*Estado, no puede afectar a la cuestión si la conducta que ocasione el incumplimiento de una cláusula paraguas sea de carácter soberano o comercial naturaleza.”*

#### **2.2.3.1.4. Reclamaciones contractuales en la solución de controversias internacionales**

Contrariamente a lo que sugieren los defensores del enfoque más restrictivo de las cláusulas paraguas, el derecho internacional tampoco está basado en una rígida distinción entre los reclamos contractuales y los tratados que tendrían que ser leídos en el concepto de cláusulas paraguas. En particular, no existe ninguna regla en virtud del derecho internacional que prohíba a los tribunales internacionales tomar conocimiento de las reclamaciones relativas a infracciones del derecho interno o simples infracciones de los contratos entre inversores y Estados.

Más bien, se acepta hoy que las simples reclamaciones contractuales pueden ser presentadas ante un tribunal arbitral internacional basado en cláusulas de arbitraje ampliamente formuladas en tratados de inversión que permitan a los inversionistas iniciar un arbitraje sobre cualquier disputa relacionada con inversiones. (Griebel, 2007)

Asimismo, desde una perspectiva histórica, si bien sólo ofrecen un alcance limitado de protección sustantiva a los contratos entre inversores y estados, y aunque tradicionalmente se han mostrado reacios a aceptar reclamaciones de sus nacionales por simples incumplimientos contractuales mediante la protección diplomática, el derecho internacional consuetudinario nunca ha prohibido la adhesión de las reclamaciones que se basan exclusivamente en el incumplimiento de la legislación interna o contrato. De hecho, la abundante práctica estatal y la jurisprudencia confirman que a los Estados no se les impedía resolver en un foro internacional las

disputas relativas a la violación del contrato entre los Estados anfitriones y los extranjeros sin una violación independiente del derecho internacional.

La Corte permanente de Justicia Internacional, en el caso de los préstamos serbios, (Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, 1929), estableció que:

*“Acepta la competencia en una controversia que se refería únicamente a la existencia y al alcance de ciertas obligaciones que el Estado serbio presumía haber asumido respecto de los titulares de ciertos préstamos y se refiere exclusivamente a las relaciones entre el Estado prestatario y las personas privadas, es decir, las relaciones que, por sí mismas, están dentro del dominio del derecho interno. En consecuencia, el tribunal, al igual que otros tribunales internacionales y comisiones de reclamaciones, ha aceptado que el derecho internacional no impide que los Estados puedan litigar disputas sobre el alcance del derecho interno, incluidas las pretensiones puramente contractuales, en un foro interestatal.”*

#### **2.2.3.1.5. Cláusulas paraguas como disposiciones autónomas del tratado**

Sobre el enfoque más restrictivo, la inclusión de una cláusula paraguas en un tratado de inversión sería totalmente superflua, ya que el contrato inversor-estado ya está protegido contra interferencias soberanas por otros derechos del inversionista, en particular la prohibición de expropiación sin indemnización y tratamiento. Por lo tanto, los tribunales arbitrales han aceptado que las interferencias del Estado anfitrión con los contratos entre inversores y el Estado basados en conducta soberana pueden dar lugar a reclamaciones por violación del concepto de expropiación indirecta o de la norma de tratamiento justo y equitativo. (Zolia, 2005)

Por ejemplo, el Tribunal de Impregilo c. Pakistán hizo hincapié, en lo que respecta a una reclamación de expropiación indirecta derivada del incumplimiento de un contrato de inversión, donde las únicas medidas adoptadas por el gobierno de Pakistán se constituyeron como el ejercicio de su poder soberano. Las decisiones adoptadas en la ejecución o ejecución de los contratos, pueden considerarse medidas de efecto equivalente a la expropiación. (Impregilo SpA v. Islamic Republic of Pakistan, 2005)

Del mismo modo, el tribunal del Consorcio RFCC c. Marruecos subrayó que una violación del trato justo y equitativo, en una situación en que existiera el contrato inversionista-estado, requería la conducta del Estado anfitrión en ejercicio de su poder soberano. (Consortium RFCC v. Morocco, 2004)

La conducta soberana también es necesaria para encontrar una expropiación directa, como sostuvo el Tribunal en Gestión de Residuos contra México (Waste Management Inc v. United Mexican States, 2004):

*“... simplemente para afirmar que los derechos de propiedad se crean bajo y en virtud de un contrato no es suficiente. El mero incumplimiento de una obligación contractual no debe equipararse a una toma de propiedad, ni (a menos que esté acompañado de otros elementos) equivale a una expropiación. Cualquier parte privada puede incumplir sus contratos, mientras que la nacionalización y la expropiación son inherentemente actos gubernamentales.”*

Los tratados de inversión sin cláusulas paraguas ya ofrecen protección contra la interferencia soberana con los contratos de los inversionistas. Sin embargo, todavía dejan brechas suficientemente amplias para las brechas oportunistas de los contratos inversionista-estado basadas en la conducta comercial. En consecuencia, la inclusión



de cláusulas paraguas en los tratados de inversión sólo tiene sentido si se consideran una reacción a las insuficiencias en la protección de los contratos entre inversionistas y estados contra las infracciones no soberanas en virtud del derecho internacional consuetudinario y un trato justo y equitativo.

Por lo tanto, las cláusulas paraguas deben entenderse como un instrumento a fin de remediar este punto ciego en la protección de los contratos entre inversionistas y estados, proporcionando un mecanismo para hacer que las promesas del Estado anfitrión que se opongan e inmunes a comportamientos oportunistas proporcionen acceso a un posible arbitraje del tratado de inversión para todos los casos de incumplimiento por parte del Estado anfitrión con una promesa relacionada con la inversión, incluida la no ejecución simple.

En efecto, las cláusulas paraguas pretenden añadir algo más que sustraer algo de la protección que gozarían los contratos de inversionistas con gobiernos bajo el derecho internacional consuetudinario y las disciplinas de inversión anteriores. El enfoque más restrictivo, el enfoque de la conducta soberana, mantiene una interpretación que limita las cláusulas de incumplimiento de contratos entre inversionista-Estado. Las promesas de inversiones relacionadas por la conducta de los gobiernos no son convincentes, debido a que se excluye la autonomía del alcance de aplicación de las cláusulas paraguas.

El autor C. Schreuer (Schreuer C. , 2004), respecto a la aplicación de las cláusulas paraguas, aduce que:

*“La aplicación de cláusulas paraguas a cualquier tipo de incumplimiento de una promesa del Estado anfitrión, ya sea gubernamental o comercial, tampoco hace que otras obligaciones sustantivas de los tratados de inversión sean sustancialmente*

*superfluas, como han argumentado algunos tribunales. Este argumento no tiene en cuenta el hecho de que los derechos de otros inversores, incluido el trato justo y equitativo, la expropiación indirecta o la no discriminación, se refieren a obligaciones de los Estados de acogida que no suelen tratarse en los contratos entre inversores y estados. Además, no todos los proyectos de inversión extranjera se implementan sobre la base de contratos entre inversores y estados. Esas inversiones no están cubiertas por cláusulas paraguas, dejando así un ámbito de aplicación independiente para los derechos del inversor, como el trato justo y equitativo o la prohibición de expropiación sin indemnización.”*

#### **2.2.3.1.6. ¿Una avalancha de reclamaciones contractuales?**

La interpretación restrictiva de las cláusulas paraguas no sólo reduce la credibilidad de los compromisos de los Estados anfitriones y afecta negativamente la cooperación eficiente entre los inversores y los Estados anfitriones. Además, es innecesario el cuidado de una inundación temida de disputas bajo la obligación del tratado de inversión.

Cuando se menciona una interpretación amplia de las cláusulas paraguas, que permite a los inversionistas presentar todo tipo de reclamaciones relativas a incumplimientos de los contratos entre inversionista-estado o promesas relacionadas con la inversión, no permitiría dicho enfoque presentar a los inversionistas todas las controversias comerciales o todas las controversias sobre la violación del derecho interno en el ámbito de la inversión como algunos comentaristas y tribunales temen.

Puede observarse que, siguen siendo pertinentes los límites impuestos al arbitraje de los tratados de inversión por el alcance de la aplicabilidad del tratado de inversión pertinente y, en su caso, de la materia de competencia del Convenio CIADI. Ambos

limitan el recurso al arbitraje a contratos relacionados con inversiones y a promesas relacionadas con la inversión.

Las disputas contractuales que surjan de simples contratos de ventas o servicios, que no califican como inversiones en el TBI o en el Convenio CIADI cuando corresponda, no estarán cubiertas por una cláusula paraguas. Las cláusulas paraguas, en otras palabras, no afectan a la clasificación de un contrato como relacionado con la inversión. Se limitan a permitir que las infracciones de los contratos entre inversores y el Estado y las promesas relacionadas con la inversión se apliquen al procedimiento de solución de diferencias basado en un tratado.

Asimismo, permitir a los inversionistas presentar reclamaciones por incumplimiento de una cláusula paraguas basada en la conducta comercial del Estado anfitrión no llevará a que los tribunales arbitrales estén ocupados con controversias triviales. En su lugar, el riesgo de costo relacionado con el arbitraje de tratados de inversión servirá como un filtro apropiado en este contexto. (Zolia, 2005)

### **2.2.3.2. El efecto sustantivo de las cláusulas paraguas**

Se ha argumentado anteriormente que la función jurisdiccional de las cláusulas paraguas consiste en proporcionar un foro para la solución de controversias sobre incumplimientos de las promesas relacionadas con la inversión por parte de los Estados anfitriones con respecto a los inversores extranjeros. Si dichas violaciones se derivan de una conducta soberana o comercial del Estado, esta parte ahora versará sobre el efecto de las cláusulas paraguas en el derecho sustantivo que rige las relaciones inversionista-estado.

Debemos cuestionar si las cláusulas paraguas sólo abren un foro adicional para establecer lo que son en sustancia las reclamaciones contractuales, o afectan también el contenido de las obligaciones sustantivas mismas.

Un enfoque de derecho comparado sugiere que las cláusulas paraguas no respalden la santidad de los contratos como un principio rígido, que inmuniza las relaciones inversionista-estado contra todo cambio futuro en la legislación vigente en el marco regulatorio.

Se intenta determinar la función de las cláusulas paraguas para proteger a los inversionistas contra el comportamiento oportunista de los estados anfitriones.

#### **2.2.3.2.1. Cláusulas paraguas y Derecho aplicable**

La aplicación de una cláusula paraguas plantea en un primer momento la cuestión de si la cláusula cambia la ley que rige un contrato inversor-estado o una promesa relacionada con la inversión dada por el Estado anfitrión a un inversor extranjero. El *SGS v. Pakistán* (Caso *SGS v. Pakistan*, s.f.), por ejemplo, se refirió a la transformación de reclamos contractuales en reclamos bajo la aplicación de Tratados Bilaterales de Inversión, destacando que:

*“El contrato se transformó ipso jure en un instrumento de derecho internacional. Sin embargo, las cláusulas paraguas difieren fundamentalmente de las cláusulas legales aplicables. A diferencia de estos últimos, que aparecen paralelamente a elección de las cláusulas de ley en los tratados de inversión internacionales, las cláusulas paraguas no afectan a la ley que rige los contratos entre inversionistas y estados. Es así que, dan lugar a una obligación sustantiva en virtud de un tratado de inversión que obliga al Estado huésped a respetar sus compromisos contractuales.”*

Las cláusulas paraguas como obligaciones inter-estatales comprometen, por lo tanto, la responsabilidad internacional del Estado anfitrión por incumplimientos de sus promesas relacionadas con la inversión, pero no afectan el contenido de la obligación derivada del contrato o promesa subyacente. El contenido de las obligaciones contractuales y la cuestión de si se ha producido un incumplimiento se determinan de acuerdo con la ley aplicable al contrato inversor-estado o promesa relacionada con la inversión. Como señaló el Comité de Anulación en CMS contra Argentina (Caso CMS v. Argentina Annulment Decision):

*"El efecto de la cláusula paraguas no es transformar la obligación que se confía en otra cosa, el contenido de la obligación no se ve afectado, como es su derecho propio."*

En consecuencia, el contenido de los compromisos del Estado anfitrión con respecto al inversor y la cuestión de si se han violado dichos compromisos deben establecerse de acuerdo con la legislación que rige la relación inversor-Estado. Por lo tanto, abarca las cuestiones de la formación del contrato, la validez del contrato, la interpretación del contrato y la influencia de los acontecimientos que tienen lugar después de la celebración del contrato, como la imposibilidad de ejecución, la frustración del propósito, etc.

Por ejemplo, siendo el caso de la aplicación de la ley en el gobierno de Filipinas, es la ley filipina la que determina cómo se deben llenar las lagunas en un contrato y qué fuentes legales son aplicables en este sentido. Estas cuestiones no son respondidas por la cláusula paraguas, que sólo compromete la responsabilidad internacional del Estado anfitrión una vez que se ha producido una violación de la obligación del inversionista-estado bajo la ley aplicable. Las cláusulas paraguas sólo refuerzan la negociación

contractual entre las partes y permiten al inversionista hacer cumplir los compromisos del Estado anfitrión en el foro basado en tratados.

Las cláusulas paraguas se determinan como garantías necesarias para asumir la obligatoriedad de los compromisos entre las partes.

#### **2.2.3.2.2. Contingencias y conducta oportunista**

Del mismo modo, las cláusulas paraguas no contienen reglas sobre la influencia de las contingencias en las relaciones inversionista-estado. En la práctica, las contingencias ocurren a menudo en las relaciones inversionista-estado porque los contratos complejos que rigen las relaciones a largo plazo nunca son completos. Los contratos contienen brechas y no cubren todas las facetas posibles que podrían ser relevantes en la relación de las partes, debido a que el estado futuro del mundo no es totalmente previsible y los costos para negociar y redactar contratos completos son prohibitivamente altos. (Kornhauser, 1986)

Como consecuencia, no todos los aspectos que son, o podrían llegar a ser, relevantes para la relación de las partes pueden ser incluidos en el contrato en el momento de su formación. (Battigalli & Maggi, 2002)

Las contingencias, sin embargo, son fundamentalmente diferentes del comportamiento oportunista. Si bien el comportamiento oportunista consiste en comportamientos de búsqueda de rentas contrarias a la asignación de riesgos del contrato, las contingencias, no obstante, están fuera del alcance de las obligaciones asumidas por las partes. (Posner, 2003)

Por lo tanto, la ocurrencia de contingencias es un factor exógeno que, aunque puede compensar la negociación contractual, no resulta de una acción oportunista de una de

las partes. A pesar de que existen técnicas de redacción de contratos que apuntan a abordar el efecto de contingencias futuras, tales como cláusulas de renegociación, las contingencias tampoco pueden excluirse completamente debido al costo de redactar un contrato completo. (Kroll)

Si bien las cláusulas paraguas apuntan claramente al comportamiento oportunista de los Estados, no impiden, según lo acotado, la intervención del Estado anfitrión para adaptar un contrato inversor-estado teniendo en cuenta las contingencias o su negativa a realizarlas a causa de contingencias. Dicha conducta no constituye una violación de una cláusula paraguas precisamente porque las contingencias están fuera de la asignación contractual de riesgos y no por ello compensan el equilibrio contractual por el que las partes habían negociado.

A pesar de que las cláusulas paraguas están redactadas sin insinuar la posibilidad de reconocer excepciones a la santidad de los contratos en caso de contingencias, tal excepción debe ser implícita. Aparte de la diferencia fundamental entre el comportamiento oportunista de búsqueda de renta y las contingencias, las contingencias han sido aceptadas como una excusa de rendimiento con respecto a los predecesores de las cláusulas paraguas actuales.

Además, el efecto de las contingencias en las promesas contractuales se acepta como principio general de derecho en varios sistemas jurídicos internos y en el derecho internacional general.

Con respecto a la cláusula paraguas incluida en uno de los predecesores de los TBIs modernos, el Proyecto de Convención sobre Inversiones en el Extranjero de Abs-Shawcross de 1959 (Shawcross, 1961), en el que se estipulaba que:

*“Cada Parte garantizará en todo momento el cumplimiento de los compromisos que haya asumido respecto a las inversiones realizadas por nacionales de cualquier otra parte”*

Lord Shawcross, uno de los patrocinadores del proyecto, reconoció que la cláusula no excluía el concepto de *clausula rebus sie stantibus* como parte del derecho internacional consuetudinario, es decir, reconocía las contingencias como excepciones.

Del mismo modo, la discusión sobre el efecto de la cláusula paraguas en el Proyecto de Convenio de la OCDE sobre la Protección de los Bienes Exteriores (OECD, The Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD, 1967), en el que se estipula que:

*“Cada parte garantizará en todo momento el cumplimiento de los compromisos contraídos por los nacionales de cualquier otra parte, sugiere que esta disposición también se entiende que está sujeta a excepciones implícitas para contingencias.”*

Un informe del comité de la American Bar Association (American Bar Association, 1963), llegó a la conclusión de que:

*“La cláusula paraguas contenida en el proyecto de convención de la OCDE no perjudicaría la soberanía ni el poder policial, sino que daría efecto en un foro internacional a los derechos adquiridos. Al mismo tiempo, al ser incluida la cláusula paraguas, como en cualquier otro tratado, estaría sujeta a la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, a las excepciones por contingencias y, en consecuencia, permitiría cierto grado de flexibilidad”*



En consecuencia, la cláusula no funcionaría como una congelación permanente de los arreglos contractuales en las relaciones inversionista-estado, en particular no en vista de contingencias futuras.

La diferencia entre la prevención de comportamientos oportunistas y la necesidad de reaccionar con flexibilidad ante un cambio inesperado de las circunstancias también puede considerarse una preocupación fundamental en prácticamente cualquier sistema jurídico nacional. Se trata de varios conceptos, incluyendo las doctrinas de *clausula rebus sic stantibus*, fuerza mayor, imposibilidad, frustración, imprevisión, conceptos que son aceptados en innumerables sistemas jurídicos nacionales.

Del mismo modo, varios proyectos de recopilación de los principios del derecho contractual y del derecho internacional privado, así como numerosos laudos arbitrales comerciales, establecen una distinción entre comportamientos oportunistas y contingencias y aceptan que las contingencias imprevistas permiten, en determinadas circunstancias, desvincularse de las obligaciones contractuales. (Law)

La distinción también aparece en la doctrina del cambio de circunstancias bajo el Convenio Vienna sobre el Derecho de los Tratados. Del mismo modo, en virtud del derecho internacional consuetudinario, la doctrina del cambio de circunstancias ha sido leída en contratos entre estados extranjeros. Esta amplia aceptación de la doctrina del cambio de circunstancias en el derecho interno e internacional sugiere, por lo tanto, que constituye un principio general de derecho.

Lo que es común a todas estas doctrinas es que constituyen maneras de lidiar con las contingencias que surgen en las relaciones a largo plazo, es decir, se presentan maneras de justificar la conducta de un Estado ante la presencia de contingencias que

podieron ser previstas dentro de los riesgos determinados en la relación contractual.

Es así que (Stephan W. , 2010) , configura los siguientes supuestos:

*“a. La ocurrencia de un cambio tras la celebración de un contrato de circunstancias, donde las partes presuponían, expresa o implícitamente, que constituían el fundamento de sus relaciones contractuales.*

*b. El riesgo de cambio de circunstancias está fuera de la esfera de riesgo de ambas partes de acuerdo con la asignación de riesgo del contrato.*

*c. el cambio de circunstancias no era previsible; y*

*d. El cambio afectó tanto el equilibrio contractual que se debe asumir que las partes no habrían concluido el contrato de la forma en que lo hicieron, si hubieran tenido conocimiento de la posibilidad de que tal cambio pudiera producirse.”*

En resumen, es ampliamente aceptado, tanto en el derecho interno como en el internacional, que el principio pacta sunt servanda no excluye la aplicación de conceptos jurídicos relacionados con la influencia de contingencias en el vínculo contractual. Por lo tanto, esta amplia aceptación debería reflejarse también en la interpretación y aplicación de las cláusulas paraguas. En consecuencia, si bien las rupturas oportunistas de los contratos entre inversores y el Estado o las promesas similares relacionadas con la inversión resultan en el incumplimiento de una cláusula paraguas, las reacciones a las contingencias no implican por sí mismas la responsabilidad internacional del Estado anfitrión.

Sin embargo, en una situación en que el Estado anfitrión invoca un cambio de circunstancias para cambiar los términos de un contrato inversor-estado o para negar el cumplimiento de sus obligaciones, debe prestarse atención específica a si una circunstancia específica está dentro o fuera de la asignación del riesgo prevista en el

contrato original. También existe el riesgo de que el Estado anfitrión utilice un cambio de circunstancias como pretexto para extraer beneficios adicionales de la negociación original. Por consiguiente, un tribunal arbitral que se someta a tal controversia debe aplicar un escrutinio estricto para delinear el comportamiento oportunista y la reacción de buena fe ante las contingencias. En cualquier caso, las cláusulas paraguas no excluyen la invocación de doctrinas que aborden contingencias y, por consiguiente, no impongan a los Estados anfitriones responsabilidad por desarrollar futuros imprevistos que están fuera de la asignación contractual de riesgos.

#### **2.2.3.2.3. Regulación y conclusión del contrato Estado-Inversionista**

Mientras que las doctrinas relacionadas con el cambio de circunstancias se refieren a la influencia de contingencias futuras en la relación entre inversionista y estado, otra fuente de interferencia con los derechos contractuales bajo los contratos inversionista-estado puede ser el poder estatal del Estado anfitrión a fin de regular o incluso terminar contratos en virtud del interés público. Tanto la regulación como la terminación de un contrato en virtud del interés público acortan la promesa original hecha por el Estado anfitrión y, por tanto, influyen negativamente en los derechos contractuales de un inversor.

El autor Stephan, investigador de las cláusulas paraguas y la influencia en los Tratados, propone lo siguiente (Stephan W. , 2010):

*“Del mismo modo, la regulación del objeto de un contrato inversor-estado, por ejemplo, al plantearse el supuesto donde se alteran las normas de emisión para una planta de producción dirigida por un inversionista extranjero basada en una recesión, al ocasionarse tal situación dirigida por el Estado receptor de una*

*inversión, puede imponerse cargas adicionales al inversionista y afectar así el equilibrio contractual original. Por lo tanto, se cuestiona si las cláusulas paraguas prohíben tales medidas e inmunizan los contratos entre inversores y el Estado de la regulación o la terminación en función a un interés público.”*

Se argumenta que cuando opera la regulación de los contratos, ésta interfiere realmente con los derechos y obligaciones negociados contractualmente. Por lo tanto, la regulación del contrato podría considerarse como un caso de comportamiento oportunista que constituye una violación de una cláusula paraguas, ya que el Estado anfitrión se sirve de su poder soberano para modificar o terminar la negociación original. De hecho, la conducta reguladora puede constituir una conducta disfrazada de búsqueda de rentas en nombre del Estado anfitrión con el fin de extraer beneficios adicionales de la cooperación inversionista-estado.

Sin embargo, no todos los efectos de las medidas reglamentarias sobre los contratos entre inversores y el Estado constituyen comportamientos oportunistas y de búsqueda de rentas (rent-seeking behaviour). En efecto, la conducta reguladora a menudo sirve a los intereses públicos externos del contrato. Tal regulación puede ser consolidada por los estados receptores de inversión sin violar una cláusula paraguas basada en una excepción de poder policial que puede ser leída en las cláusulas como parte de un principio general de derecho público.

Del mismo modo, los estados también pueden terminar los contratos inversionista-estado basados en un interés público. Estas excepciones a la observancia de los contratos entre inversores y Estados están justificadas, aun en ausencia de excepciones expresas a las cláusulas paraguas, debido al deber del Estado de actuar en conformidad del interés público, deber que siempre ha sido reconocido por el

derecho internacional consuetudinario y el derecho interno. Este deber, sin duda, no ha sido superado por la inclusión de cláusulas paraguas aparentemente sin restricciones en los tratados de inversión.

**a. La facultad del Estado para interferir con los contratos entre inversionistas- Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario**

La práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales y tribunales internacionales han reconocido sistemáticamente que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, los Estados no sólo tienen el poder de interferir con los contratos entre inversores y el Estado, sino que, además, no pueden desvincularse de tal poder en virtud del interés público.

Es así que, se puede observar en el caso Oliva (Olive Case Award, 1903), la Comisión de Reclamaciones Italo-venezolana consideró que:

*“La terminación de una concesión y la expulsión del inversionista estaban justificadas por el interés público, porque se sospechaba que el inversionista cooperaba con actividades revolucionarias. No obstante, se requiere una compensación del inversionista porque una nación como un individuo está obligada por su contrato y, aunque puede tener el poder de romperlo, está obligada a pagar los daños resultantes de su acción.”*

Del mismo modo, las Comisiones de Reclamaciones Franco-venezolanas en la Compañía General del Caso Orinoco (Company General of the Orinoco Case Award, 1905), determinaron que:

*“Aceptan el derecho del Estado anfitrión a poner fin a una concesión minera unilateralmente, dado que el deber de auto conservación del gobierno era superior a cualquier cuestión de contrato, tenía el poder de derogar el contrato total o*

*parcialmente. La Comisión también sostuvo que el Estado anfitrión debía pagar una indemnización.”*

Del mismo modo, el tribunal de Checoslovaquia contra Radio Corporation of América confirmó que:

*“Cualquier alteración o cancelación de un acuerdo [...] debería ser, en principio, sólo posible, sujeto a una indemnización a la otra parte. En particular, este caso no sólo se refiere a la cancelación de un contrato inversor-estado en defensa del interés público, sino una modificación de su contenido. Los Estados no pueden restringir, un contrato entre inversionista-estado, en consecuencia, su deber de reglamentar e interferir con dicho contrato en virtud del interés público depende de las circunstancias, y por tanto puede requerir compensación a los inversionistas afectados.”*

Más recientemente, el Tribunal de Reclamaciones de Irán-Estados Unidos, en la controversia plateada entre Amoco Internacional Finance Corporation v. Irán, versó sobre la relación entre la estabilidad de los contratos entre inversionista y estado y la responsabilidad del Estado de actuar en función al interés público. (Amoco International Finance Corp v. Government of the Islamic Republic of Iran Award, 1987)

Presentó un enfoque equilibrado, pero también hizo hincapié en el deber del Estado anfitrión de pagar compensación por ciertas interferencias. El Tribunal explicó que la buena fe en la ejecución de los contratos:

*“... no debe equipararse al principio pacta sunt servanda, a menudo invocado por los reclamantes en los arbitrajes internacionales. Hacerlo sugeriría que los Estados soberanos están vinculados por contratos con partes privadas exactamente como*

*están obligados por los tratados con otros estados soberanos. Esto estaría completamente desprovisto de fundamento en la ley o la equidad e iría mucho más allá de lo que cualquier Estado ha permitido en su propia legislación interna. En ningún sistema jurídico se permiten intereses privados sobre los intereses públicos debidamente establecidos, haciendo imposibles las acciones necesarias para el bien público. Más bien, las partes privadas que contraen con un gobierno sólo tienen derecho a una compensación justa cuando las medidas de política pública se aplican a expensas de sus derechos contractuales.”*

Se puede constatar que, de conformidad con el derecho internacional general, se ha aceptado que los Estados anfitriones tienen derecho a interferir con los contratos entre inversores y estados, si ello sirve al interés público del Estado anfitrión, siempre y cuando, tal disposición se encuentre regularmente sujeta a un requisito de compensación.

2. La facultad del Estado para interferir con los contratos públicos bajo las leyes nacionales

El poder del Estado de modificar o rescindir un contrato con un individuo en base al interés público y en virtud de constituirse tal interés como una contingencia, ha sido aceptado en los principales sistemas jurídicos nacionales, lo que brinda apoyo respecto a la conclusión de que el poder del Estado habilita la interferencia con los contratos entre inversores-Estado a condición de costear una compensación.

El poder del estado para interferir con contratos basados en una excepción de poder de la policía se establece como un criterio aceptado bajo la Constitución de los Estados Unidos. La Corte Suprema de Estados Unidos (*Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, 1934) sostuvo que:

*“... la reserva de atributos esenciales del poder soberano también se lee en los contratos como un postulado del orden jurídico. La política de protección de los contratos contra el deterioro presupone el mantenimiento de un gobierno en virtud del cual las relaciones contractuales valen la pena, en consecuencia, un gobierno desea forma conserva la autoridad adecuada para asegurar la paz y el buen orden de la sociedad ... La reserva de esta autoridad necesaria del Estado se considera parte del contrato.”*

La Corte consideró además la facultad del Estado de interferir en las relaciones contractuales como parte del poder policial, en virtud a la protección del ejercicio de los derechos soberanos del gobierno para proteger la vida, la salud, la moral, la comodidad y el bienestar general del pueblo. Los derechos en virtud de contratos entre particulares; por consiguiente, en un proceso de equilibrio de los derechos e intereses en competencia. Posteriormente, la Corte amplió expresamente su razonamiento a los contratos entre Estados e individuos.

La jurisprudencia de los tribunales y tribunales internacionales, así como la situación en varios ordenamientos jurídicos internos, apoya la conclusión de que la interferencia de los Estados receptores de una inversión se plantea como una excepción, como una contingencia, por ende, solo así puede ser permisible la actuación contradictoriamente ante lo pactado entre Estado-inversionista. Tal situación, se constituye como un principio general de derecho donde un Estado tiene el poder de modificar o incluso rescindir los contratos con partes privadas en vista del interés público sustitutivo. Sin embargo, se reconoce igualmente que, en principio, el Estado debe indemnizar al particular por los daños sufridos por dicha modificación o terminación, en función de la importancia del equilibrio contractual. Este poder de los Estados es, de hecho, tan bien reconocido como un principio



general del derecho, que debe ser leído en las cláusulas paraguas como una excepción implícita.

#### **2.2.3.2.4. Regulación del contrato, terminación del contrato y comportamiento oportunista**

Una excepción implícita de poder de la policía al funcionamiento de la cláusula paraguas que regula los contratos en virtud al interés público no sólo puede justificarse al recurrir al deber del Estado de actuar en base a un interés público y proteger los derechos e intereses de terceros; también puede justificarse en los denominados términos económicos. En muchos casos, las interferencias con los contratos entre inversores y el Estado basadas en regulaciones posteriores se refieren a externalidades, es decir, a los efectos sobre terceros no relacionados, que resultan ser de alguna manera vinculados debido al comportamiento del inversionista.

Las externalidades vienen a existir porque las partes en el contrato no asumen los costos totales de su comportamiento y por lo tanto actúan, desde una perspectiva económica, de manera ineficiente. (Coase, 1960)

La regulación del contrato por parte del Estado pretende imponer obligaciones adicionales o interferir con los derechos contractuales establecidos. Tal acción puede justificarse demostrando que las partes no asumen todos los costes de su comportamiento, sino que imponen costes sociales a terceros. La imposición de obligaciones adicionales se identifica a través de una regulación posterior, para proteger el medio ambiente, los empleados del inversionista, o no interferir con la competencia, puede justificarse desde una perspectiva económica por las externalidades creadas por el comportamiento de las partes.

Por lo tanto, tal regulación de los contratos entre inversor y estado no constituirá una violación de una cláusula paraguas que comprometa la responsabilidad internacional del Estado anfitrión por conducta ilícita.

Sin embargo, si la regulación de los contratos entre los inversores y el estado constituye una conducta disfrazada de búsqueda de rentas por parte del Estado anfitrión que no pretende promover un interés público, se compromete la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una cláusula paraguas. Por lo tanto, es necesario distinguir meticulosamente entre el comportamiento regulador y el oportunismo para evitar que una regulación general sea utilizada como pretexto para cambiar el equilibrio contractual en detrimento de un inversor extranjero.

Un aspecto resaltante se identifica como la cuestión de si y en qué medida el Estado anfitrión de una inversión, en caso de regulación no oportunista de los contratos entre inversores y estados, debe indemnizar. Es decir, está basando su actuación en criterios derivados del interés público y que tales acciones se encuentran justificadas como contingencias.

Debe destacarse que la compensación para el inversionista dependerá de una serie de factores, entre ellos la importancia del interés público en juego, el grado y las consecuencias de la injerencia, la existencia de medidas alternativas menos restrictivas, la cuestión y el grado en que la conducta del inversor perjudica los derechos competitivos e intereses, etc. Estos aspectos pueden entrar en juego a través de un análisis de equilibrio o proporcionalidad que pesa los intereses públicos contra los del inversor extranjero. (Stone & Mathews, 2008)

Por lo tanto, la terminación de los contratos entre inversores y estados exigirá normalmente que el Estado anfitrión otorgue una compensación, a menos que esa terminación sólo sea efectiva en el futuro, permitiendo al inversor recuperar los costos de su inversión y obtener algunos beneficios. (Stephan W. , 2010)

En el caso de una mera regulación de los contratos entre inversionista y estado que no llegue a su término, la cuestión de si la compensación debe ser otorgada puede resolverse igualmente sobre la base del análisis de proporcionalidad. Si la regulación de un contrato entre inversor y Estado establece un equilibrio razonable y proporcional para promover un interés público legítimo y se basa en normas generales y no discriminatorias, dicha regulación, en principio, no exigirá compensación.

Dado que las modificaciones y la terminación de los contratos entre inversionistas y Estado receptores, y las promesas similares relacionadas con la inversión se aceptan como principio general de derecho, tales interferencias deben considerarse como una violación de las cláusulas paraguas y, en consecuencia, no deben comprometer la responsabilidad del Estado anfitrión por conducta ilícita. No obstante, pueden exigir una compensación para no imponer cargas desproporcionadas a los inversores afectados.

### **2.2.3.3. Alcances de las cláusulas paraguas: tendencias en la jurisprudencia internacional de inversiones**

La jurisprudencia internacional de inversiones precisa alcances sobre las denominadas cláusulas paraguas, de esta forma, existen hasta tres interpretaciones reconocidas por tribunales internacionales, tenemos:

### 2.2.3.3.1. Niegan efecto

Por un lado, tenemos a aquellos que establecen que las cláusulas paraguas no asimilan violaciones contractuales a violaciones bajo tratado, negando así el efecto protector de las mismas.

Esta interpretación ha sido desarrollada por primera vez en el caso *SGS v. Pakistán*.

En dicho caso, el Tribunal Arbitral determinó que:

*“Teniendo en consideración el principio ampliamente aceptado en el cual nos basamos, el cual establece que, bajo la derecho internacional general, una violación a un contrato celebrado entre un Estado y un inversionistas de otro Estado, no es, por si misma, una violación al derecho internacional, y teniendo en cuenta además que las consecuencias jurídicas (...) son de muy largo alcance en su ámbito de aplicación (...) somos de la opinión que evidencia clara y convincente debe ser presentada por el Demandante. ¿Evidencia clara y convincente de qué? Evidencia clara y convincente de que fue voluntad compartida de las partes firmantes del tratado Suiza-Pakistán de Protección a las Inversiones de incorporar en el BIT el artículo 11 [cláusula paraguas]. No encontramos dicha intensión (...)”*

Asimismo, siguiendo la postura del Tribunal Arbitral en el caso *SGS v. Pakistán*, el Tribunal Arbitral en el caso *Joy Mining vs. Egipto* estableció que:

*“No se puede sostener que una cláusula paraguas insertada en un Tratado, y no de manera muy prominente, puede tener el efecto de transformar todas las controversias contractuales en controversias de inversión bajo el Tratado, a menos que existiera una violación clara a los derechos y obligaciones del Tratado o una violación de los derechos contractuales de tal magnitud como para provocar la protección del Tratado, que no es el caso.”*

Los principales argumentos de los defensores de esta postura establecen que, de otorgarse el efecto protector a las cláusulas paraguas, se abriría la puerta a cientos de demandas en contra de los Estados, toda vez que una violación a los más mínimos compromisos activaría responsabilidad internacional. Adicionalmente, señalan que dicha cláusula vaciaría de contenido a los demás estándares de protección contenido en los tratados, toda vez que la más mínima violación al contrato permitiría a los inversionistas presentar demandas en fueros internacionales.

#### **2.2.3.3.2. Otorgan Efecto**

Por otro lado, existen casos donde los tribunales arbitrales si han aceptado los efectos protectores de las cláusulas paraguas. Por ejemplo, en el caso *Noble Ventures v. Romania*, en el cual se determinó que:

*“Una cláusula paraguas es generalmente vista como transformadora de obligaciones de derecho municipal en obligaciones directamente reconocidas en derecho internacional”*

(...)

*[D]os Estados pueden incluir en un tratado bilateral de inversiones una provisión a efectos que, con la finalidad de alcanzar los objetivos y metas del tratado, el Estado anfitrión pueda incurrir en responsabilidad internacional por razones de incumplimiento de sus obligaciones contractuales frente al inversionista privado de la otra parte, el incumplimiento del contrato es así “internacionalizado” (...).*

Asimismo, dicha postura fue ratificada en el caso *Eureko v. Polonia*, donde el Tribunal Arbitral estableció que:

*“El significado corriente – el “significado ordinario” – de una provisión que prescribe que un Estado “deberá observar toda obligación que haya contraído” en relación a cierto inversionista extranjero no es oscuro. La frase, “deberá observar” es imperativa y categórica. “Cualquiera” obligación es de significado amplio; esto significa que no solo las obligaciones de cierto tipo, sino “cualquiera” – es decir, todas – las obligaciones contraídas en relación a la inversión de un inversionista de la otra Parte Contratante. (...) El contexto del Artículo 3.5 [la cláusula paraguas] es un Tratado cuyo objetivo y propósito es “la promoción y recíproca protección de las inversiones”, un tratado el cual contiene provisiones específicas diseñadas para cumplir tal fin, dentro de las cuales está el artículo 3.5.”*

Así, los tribunales arbitrales citados anteriormente reconocen la utilidad de la cláusula paraguas como mecanismo de protección de los derechos de los inversionistas, otorgándole los efectos de convertir reclamaciones contractuales en reclamaciones bajo tratado.

#### **2.2.3.3.3. Otorgan efecto limitado**

Por último, existen casos en los cuales los Tribunales Internacionales han establecido que las cláusulas paraguas sí tienen el efecto protector de avalar reclamaciones contractuales en reclamaciones bajo tratado. Sin embargo, consideran pertinente no reconocer los reclamos presentados por los inversionistas debido a que, en los contratos celebrados por estos con el respectivo Estado anfitrión, las partes pactaron una cláusula de foro específica distinta a la jurisdicción CIADI.

Esta postura fue desarrollada por primera vez en el caso *SGS v. Filipinas*, en el cual, el Tribunal Arbitral determinó que:

*“Así, la pregunta no es si el Tribunal tiene jurisdicción: a menos que se señale de otra forma, la jurisdicción del tratado no es derogada por el contrato. La pregunta es si una parte debe estar permitida en basarse en el contrato como base de su reclamo cuando el contrato mismo refiere dicho reclamo exclusivamente a otro foro. En opinión del tribunal, la respuesta es que no debería estar facultado a hacerlo, a menos que existan buenas razones, como la fuerza mayor, impidiendo al demandante de cumplir con el contrato. (...)*

*Para resumir, a los ojos del Tribunal, su jurisdicción está definida en referencia al TBI y a la Convención CIADI. Sin embargo, el Tribunal no deberá ejercer jurisdicción sobre el reclamo contractual cuando las partes ya han acordado como dicho reclamo ha de ser resuelto y lo han hecho de forma exclusiva.”*

De esta forma, en dicho caso el Tribunal Arbitral no negó los efectos protectores característicos de las cláusulas paraguas; sin embargo, decidió no conocer la controversia debido a que las partes habrían establecido en su contrato un foro específico distinto a la jurisdicción CIADI. En este sentido, el Tribunal Arbitral concluyó que todas las controversias que surjan vinculadas al contrato celebrado entre SGS y Filipinas tendrían que ser conocidas en dicho foro, por ser el foro especial pactado por las partes para el contrato.

Posteriormente, en el caso BIVAC v. Paraguay, el Tribunal Arbitral encargado de resolver dichas controversias, basándose principalmente en el caso SGS v. Filipinas determinó lo siguiente:

*“La base fundamental de la reclamación” presentada por BIVAC en relación con el Artículo 3(4) del TBI se refiere a un “conflicto, controversia o reclamo” derivado del Contrato o producido en relación con el Contrato;*

*En relación con la necesidad de respetar la autonomía de la voluntad de las partes, BIVAC no puede basarse en el Contrato para formular una reclamación conforme al Artículo 3(4) del TBI en los casos en que el Contrato mismo remite esa reclamación exclusivamente a otro foro, a falta de razones excepcionales que pudieran hacer que el foro contractualmente dispuesto no estuviera disponible;*

*El foro apropiado para la resolución de la reclamación contractual que ha sido planteada conforme al Artículo 3(4) del TBI es el de los tribunales de la Ciudad de Asunción, que han de aplicar el derecho del Paraguay.”*

Así, en este caso, el Tribunal Arbitral determinó que en los casos donde exista una cláusula de foro específica para las controversias contractuales distintas a la jurisdicción CIADI, de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, deberá preferirse dicho fuero frente a la jurisdicción establecida en el TBI.

No obstante lo antes mencionado, esta postura no se encuentra libre de críticas. El profesor Crivellaro, quien fue parte del Tribunal Arbitral que decidió el caso SGS v. Filipinas, en su voto disidente estableció que:

*“(…) la pregunta es si la cláusula de disputas del BIT “anula” o reemplaza” la cláusula de disputas del contrato. Me pregunto si esta forma de definir la pregunta es la correcta. En realidad, ninguna de las dos provisiones “anula” o “reemplaza” el otro. Ambos sobreviven y coexisten. El artículo 12 del Acuerdo CISS permanece efectivo después de la entrada en vigencia del BIT, excepto por el hecho que el foro doméstico deja de ser el “foro exclusivo” desde la perspectiva del inversionista. SGS podría haber llevado su disputa tanto a las cortes nacionales como a los Tribunales CIADI (...)*



*Es mi entender que la ventaja más significativa que, en la práctica, es otorgada por un BIT a un inversionista extranjero es, precisamente, el derecho a elegir, entre los foros alternativos disponibles por el BIT, el foro que el inversionista considere más adecuado para él después de que los elementos de hecho o derecho de las controversias hayan quedado claros.”*

En el mismo sentido, el profesor SCHREUER, criticando la decisión del Tribunal en el caso SGS v. Filipinas señala lo siguiente:

*“El razonamiento del Tribunal ignora el hecho de que la cláusula de disputas en el BIT es meramente una oferta para los inversores. Al aceptar dicha oferta, un inversionista perfecciona el acuerdo de arbitraje. Mientras que la cláusula del contrato se refiere a toda disputa que provenga del contrato, el acuerdo de arbitraje CIADI, perfeccionado a través de la iniciación del procedimiento, aplica sólo a aquellas disputas específicas. De ello se desprende que el acuerdo de arbitraje CIADI es el más específico. Por lo tanto, el principio de “generalia specialibus non derogant”, que el Tribunal invocó, debería trabajar en contra de la cláusula de selección de foro contractual y a favor del CIADI”*

(...)

*Un mejor enfoque puede ser el abandonar la idea de la competencia mutuamente exclusiva. La jurisdicción de los tribunales internacionales y las cortes domésticas no debe “anularse” o “reemplazarse” una a la otra”.*

Como se ha podido observar, la postura crítica a este enfoque establece que la jurisdicción CIADI no deroga a la jurisdicción de las cortes nacionales. Por el contrario, el inversionista tiene la posibilidad de elegir ambas, dependiendo de cuál considere le es más favorable.

#### **2.2.3.3.4 Cláusula Calvo y la repercusión en la protección de inversiones**

Como último de los aportes encontrados en el Derecho Internacional, se manifiesta la doctrina Calvo, doctrina expuesta por el internacionalista del siglo XIX Carlos Calvo. Dicho autor se basaba fundamentalmente en el principio de que es necesario establecer una igualdad de tratamiento a todos los inversionistas privados. Aducía que, las controversias entre nacionales y extranjeros en materia de inversión o entre inversionistas extranjeros y Estados receptores debían ser resueltas por el Poder Judicial del país donde se conformaba la inversión, al igual que en el caso de las controversias entre empresas nacionales o entre estas y el Estado.

Dicha postura ocasionó que ciertos países latinoamericanos incorporaran en sus contratos con inversionistas extranjeros la llamada cláusula calvo, que establecía la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial del país receptor de la inversión. (De Trazegnies Granda, Cláusula Calvo: ¿Una perturbadora Ave Fenix?, 2009)

Mediante la observación de tales argumentos, el Estado no reconoce hacia los inversionistas más deberes que aquellos que su Constitución y legislación ordinaria otorgan a sus nacionales. De igual forma, este tipo de cláusula contiene disposiciones mucho más específicas que excluyen indemnización a extranjeros por daños sufridos a consecuencia de disturbios civiles. Igualmente, puede contener disposiciones que prescriben que no se aceptarán reclamaciones de extranjeros salvo mediante los recursos otorgados a los nacionales, siendo la única vía para solucionar una disputa la vía diplomática en caso de denegación de justicia. (Arellano , 1983)

La Cláusula Calvo condiciona los siguientes puntos en un contrato celebrado entre un Estado receptor de inversión para el inversionista: Someterse a la jurisdicción legal local, aplicación de la legislación de la localidad, someterse a los acuerdos contractuales locales, renuncia a solicitar la protección diplomática de su gobierno y la renuncia a los derechos bajo leyes internacionales. (Cláusula calvo)

Someter un conflicto a la resolución del Poder Judicial local, amerita de algún modo, darle la solución a una de las partes, siendo en este caso, al Estado receptor al cual pertenece tal Poder Judicial. Si bien es cierto, el Estado anfitrión podría contar con jueces sumamente capacitados para detentar el poder, esto no inhibe la reacción de temor del inversionista extranjero que se encuentra en un ambiente ajeno y mantiene latente la posibilidad de que el Poder Judicial receptor examine la controversia con un ánimo más propenso a que gane la parte nacional.

La participación del Estado en la controversia introduce un cierto tinte político, al cual el Poder Judicial podría no ser indiferente. Por otro lado, tratándose de casos muy sonados, pudiera suceder que el Poder Judicial se vea aquejado por una fuerte presión mediática y atemorizado por las consecuencias que tendría una decisión contraria a los intereses inmediatos de su propio país. (De Trazegnies Granda, Cláusula Calvo: ¿Una perturbadora Ave Fenix?, 2009)

Entregar la jurisdicción a los Tribunales del país del inversionista tampoco asegura un pronunciamiento imparcial para las partes, debido a que el Estado receptor de igual modo se sentiría afectado por la misma desconfianza que no puede superarse. El inversionista podría argumentar que debido al desarrollo que caracteriza al Estado inversor, existe una distinción entre justicia desarrollada de la subdesarrollada que impera en países en vías de desarrollo, sin embargo, tal acotación puede significar fácilmente para el Estado anfitrión una muestra de justicia que se logra gracias a la prepotencia.

El autor Fernando de Tranzegnies Granda (De Trazegnies Granda, Cláusula Calvo: ¿Una perturbadora Ave Fenix?, 2009), adhiere que:

*“Ante tal acontecimiento es que el inversionista extranjero pedía la ayuda política de su propio Estado, arguyendo el llamado principio que señala que la ofensa cometida a un particular es una ofensa al Estado del cual forma parte. Es así que, exigía que su propio país les diera una protección diplomática frente del país receptor de la inversión. Sin embargo, mezclar los*

*asuntos comerciales con los asuntos de Estado y pasar del Derecho Internacional Privado y las costumbres comerciales al Derecho Internacional público era un salto demasiado grande que no podía tener buenas consecuencias. Este pretendido remedio, además de complicar la naturaleza de las cosas al hacer intervenir la política internacional ahí donde había un conflicto jurídico de naturaleza privada, resultó absolutamente ineficaz.”*

Según lo mencionado, se generó un fuerte movimiento encaminado a que los inversionistas extranjeros renunciaran a la protección diplomática de sus gobiernos como condición necesaria para iniciar cualquier tipo de negociación. Esta regla fue acogida por la mayor parte de los países latinoamericanos.

Posteriormente, según relata la historia de las inversiones, se desarrolló la Conferencia Internacional de Paz de la Haya de 1907, donde participaron 17 Estados latinoamericanos, mediante la cual se instituyó la Corte Internacional de Justicia (CIJ) con facultad de resolver exclusivamente los problemas entre Estados. Pero es importante recordar que en dicha conferencia se aprobó también la Convención para la Solución Pacífica de Conflictos Internacionales que reconoce expresamente que el arbitraje es "el medio más eficaz y al mismo tiempo el más equitativo para solucionar los conflictos".

Se estableció un organismo denominado Comisión Permanente de Arbitraje (CPA), que no estaba limitada a conocer conflictos entre Estados sino también aquellos litigios que surgen entre "una variedad de partes, ya se traten de Estados, de partes privadas, de órganos del Estado o de organizaciones intergubernamentales, incluyendo los arbitrajes comerciales". (De Trazegnies Granda, Cláusula Calvo: ¿Una perturbadora Ave Fenix?, 2009)

La jurisdicción nacional planteada por Carlos Calvo y contra la intervención política en asuntos comerciales tuvo una de las mayores contrariedades gracias a la creación de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, organismo imparcial y eficiente

de solución de conflictos a cargo del Banco Mundial. Dicha institución mantiene la calidad de organismo autónomo que puede atender conflictos de naturaleza económica, pero que involucraba al menos un Estado como parte en tanto que ejercía cualidades de receptor de inversión, al mismo tiempo se protegía al inversionista de presiones políticas.

Tal organismo fue creado mediante la convención internacional firmada por los países que quisieran ser miembros, aceptando su sometimiento a tal jurisdicción arbitral para todos los casos en los que se encuentre involucrado y comprometiéndose a cumplir los laudos correspondientes. y esto se logró en la Convención para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrita en Washington en 1965, con la participación de 20 países; al día de hoy cuenta con la participación de 140 Estados miembros, lo que equivale a decir que el 73% de los países del mundo se ha sometido a la jurisdicción del CIADI.

El sometimiento a la convención repercute notoriamente excluyendo la intervención de presiones diplomáticas en relación con los asuntos en litigio. Es así que, mediante reglamentación determinada por el CIADI, ningún estado contratante tendrá la potestad de conceder protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto a diferencias donde tanto un Estado receptor de inversión como inversionista hayan sometido a arbitraje bajo consentimiento.

No queda duda que asistimos a una transformación en las relaciones jurídicas internacionales en materia de inversión. La particularidad fundamental de tal cambio recae sobre la jurisdicción que amerita la solución de controversias respecto a las inversiones, donde el foro nacional pierde espacio y donde se promueve jurisdicciones propiamente internacionales.

Mediante la aplicación de un foro internacional suscrito mediante convenio como es el CIADI se promueve una sede de solución de controversias plenamente articulada mediante una

organización eficiente que implica en el inversionista la facultad de decidir donde resolver una disputa generada en virtud de una relación contractual.

La cláusula Calvo que estrictamente obliga al inversionista a escoger la sede nacional constituye una solución ineficiente y anacrónica. Dicha cláusula se promovía en tiempos confusos y carentes de mecanismos idóneos de solución de conflictos, en consecuencia, existe necesidad de que las constituciones de Estados receptores de inversión, a fin de salvaguardar los intereses de la sociedad y promover el desarrollo sostenible, dejen sin efecto la cláusula Calvo como cláusula obsoleta y acrediten la incorporación de una cláusula paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú.

## **CAPÍTULO 3. Metodológico**

### **3.1. Tipo de investigación**

#### **3.1.1. Por su finalidad**

##### **3.1.1.1. Investigación Descriptiva**

Las investigaciones descriptivas, denominadas de igual forma investigaciones diagnósticas, se basan fundamentalmente en caracterizar un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores. El objetivo de la investigación descriptiva se determina por conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. No se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables.

En este tipo de investigación, se recogen datos sobre la base de una hipótesis o teoría, se expone y resume la información de manera cuidadosa y es así como se analizan minuciosamente los resultados, logrando extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento. (Morales, s.f.)

A través de la Investigación descriptiva se miden o evalúan diferentes aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a investigar. El proceso de la investigación se relaciona con las condiciones y conexiones existentes, prácticas que tienen validez, opiniones de las personas, puntos de vista, actitudes que se mantienen y procesos en marcha. (Ibarra, s.f.)

La investigación descriptiva utiliza criterios sistemáticos que permiten poner de manifiesto la estructura de los fenómenos en estudio, además ayuda a establecer comportamientos concretos mediante el manejo de técnicas específicas de recolección

de información. Así, el estudio descriptivo identifica características del universo de investigación, señala formas de conducta y actitudes del universo investigado, descubre y comprueba la asociación entre variables de investigación.

Las investigaciones descriptivas pueden partir de hecho, de hipótesis afirmativas cuyos resultados, a su vez pudiesen dar pie a elaborar hipótesis de relación causa-efecto entre variables; esto es posible en tanto que de estas se han demostrado sus relaciones a través de la indagación descriptiva. (Enciclopedia Virtual, 2012)

Todos aquellos enfoques respecto a la investigación descriptiva derivan del estudio planteado por Roberto Hernández Sampieri, a través de su obra Metodología de la Investigación (Hernandez Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista Lucio, 2006), libro a través del cual aduce que:

*“Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a análisis. Es decir, miden, evalúan o recolectan datos sobre diversos conceptos, aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a investigar. En un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide o recolecta información sobre cada una de ellas, para así (valga la redundancia) describir lo que se investiga.”*

Además, argumenta que:

*“El investigador debe ser capaz de definir, o al menos visualizar, que se medirá (que conceptos, variables, componentes, etc.) y sobre que o quienes se recolectaran los datos (personas, grupos, comunidades, objetos, animales, hechos, etc.). Por ejemplo, si vamos a medir variables en escuelas, es necesario indicar que tipos de estas (públicas, privadas, administradas por religiosos, laicas, de cierta orientación*



*pedagógica, de un genera u otro, mixtas, etc.). La descripción puede ser más o menos profunda, aunque en cualquier caso se basa en la medición de uno a mas atributos del fenómeno de interés.”*

Mediante la investigación descriptiva se identifican a las cláusulas paraguas, así como todas aquellas conductas que derivan de sus efectos y aplicación en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs). Al mismo tiempo se relaciona su aplicación con diferentes posturas establecidas por Tribunales Internacionales, reconocidas según jurisprudencia internacional. La conveniencia sobre la incorporación de cláusulas paraguas en los TBIs suscritos por el Perú toma importancia desde el momento en que un inversionista observa sus derechos vulnerados en función a una inversión, donde se vulneran derechos plasmados mediante contrato por un Estado anfitrión de dicha inversión, es así que tales derechos deben ser garantizados, no solo mediante cláusulas contractuales que pueden ser violentadas, sino además por el resguardo que proporciona el Derecho Internacional en virtud a la firma de tratados. Estos tratados cuentan con la aprobación de Estados receptores de inversión. El estudio de este fenómeno conseguirá determinar comportamientos concretos en función a una base específica de recolección de datos. Es así como podrá lograrse identificar el comportamiento idóneo para la defensa de los derechos de inversionistas.

### **3.1.2. Por su profundidad**

#### **3.1.2.1. Investigación Básica**

La investigación básica o pura es la que se realiza con el propósito de acrecentar los conocimientos teóricos para el progreso de una determinada ciencia, sin interesarse directamente en sus posibles aplicaciones o consecuencias prácticas; es más formal y

persigue propósitos teóricos en el sentido de aumentar el acervo de conocimientos de una determinada teoría. (Ander-Egg, 1995)

Se trata de investigaciones que, dentro del marco de determinadas teorías sociales, tienen el propósito de estudiar algún aspecto de la realidad, la comprobación de hipótesis, la solución de determinados problemas sociales, etc.

A través de esta investigación se busca el conocimiento puro por medio de la recolección de datos, datos que influyen en los conocimientos preexistentes y que son de utilidad para generar nuevos criterios donde se especifiquen conclusiones basadas en hechos de observación y medición.

La investigación básica tiene por finalidad ampliar y profundizar en el conocimiento de la realidad, es decir, la construcción del saber científico para formular leyes, teorías o hipótesis. Es así como se plantea la incorporación de las cláusulas paraguas en virtud de alcances ya determinados doctrinariamente, sin embargo, se busca otorgar al inversionista el resguardo de las inversiones frente a un Estado anfitrión cuando no mantengan como vía para solucionar sus conflictos, otra que no sea la nacional. Es decir, se encuentran los derechos de inversionistas vulnerados. En ese supuesto es donde se busca un mayor alcance de conocimiento, una garantía que proteja la falta de cumplimiento de los contratos por parte del Estado receptor y la vía de solución de controversias para el inversionista ante tal incumplimiento.

Si bien es cierto, sus resultados no cuentan con una aplicación inmediata, en un plazo mayor o menor las deducciones de la investigación básica encuentran aplicaciones prácticas, en formas de desarrollos comerciales, nuevas técnicas o procedimientos en la producción o las comunicaciones, u otras formas de beneficio social.

### **3.1.3. Por su naturaleza**

#### **3.1.3.1. Investigación Documental**

En el ámbito de la investigación científica, se distingue con el nombre de Investigación Documental al proceso estratégico en donde el investigador busca, a través de la observación y consulta en distintas fuentes documentales, recabar los datos e información existente sobre el tema que pretende estudiar, a fin de obtener material intelectual y científico en donde pueda descansar el desarrollo de la investigación científica que desea realizar. (El Pensante, 2016)

La teórica Guillermina Baena, de igual forma, determina que la investigación documental consiste en una técnica que se orienta hacia la selección y recopilación de información por medio de la lectura y crítica de documentos materiales y bibliográficos.

La importancia de la investigación documental radica en la enseñanza de destrezas y actitudes que se requieren para construir datos, información y conocimiento. La investigación documental se define como una estrategia en la que se observa y reflexiona sistemáticamente sobre realidades teóricas y empíricas usando para ello diferentes tipos de documentos donde se indaga, interpreta, presenta datos e información sobre un tema determinado de cualquier ciencia, utilizando para ello, métodos e instrumentos que tiene por finalidad obtener resultados que pueden ser base para el desarrollo y justificación de posturas o teorías planteadas. (Mesoamericana, 2007)

Se caracteriza por la recolección, selección, análisis y presentación de información coherente a partir del uso de documentos. Considerada como la realización de una recopilación adecuada de datos e información que permiten redescubrir hechos, sugerir problemas, orientar hacia otras fuentes de investigación, elaborar hipótesis, etc.

La finalidad a través de dicha investigación constituye destacar objetivos precisos de forma ordenada, consiguiendo ser base para la construcción de conocimientos.

Para desarrollar la investigación se consultaron libros, artículos y revistas tanto físicas como vía web. Se requirió el apoyo de autores que se especializaron en cláusulas paraguas, miembros de Tribunales Arbitrales, doctrina especializada en cláusula paraguas y Tratados Bilaterales de Inversión.

El investigador extrajo la información recopilada, los elementos esenciales de la variable de investigación, así como sus características y dimensiones, que permitieron obtener un conocimiento claro y preciso de la incidencia.

### **3.2. Material de estudio**

La presente investigación ha iniciado sobre la base del Derecho Internacional como promotor a la protección de las inversiones en países suscriptores de Tratados Bilaterales de Inversión y demás acuerdos. Para esto, se ha utilizado acepciones internacionalmente reconocidas, entre las cuales se han tomados a las cláusulas paraguas. Las cláusulas paraguas se establecen como cláusulas determinadas en un TBI, a fin de promover que, ante el incumplimiento contractual por parte de un Estado anfitrión y receptor de una inversión, el inversionista mantenga la facultad de proceder a fin de resolver la disputa, mediante un Arbitraje Internacional.

Siendo así, se han utilizado cláusulas paraguas extraídas de Tratados Bilaterales de Inversión, entre las cuales, por ejemplo, se mencionan a las cláusulas paraguas del TBI Países Bajos (Holanda)- Perú:

*“Cada Parte Contratante cumplirá cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante”*

Dentro de las fuentes consultadas para la investigación resulta necesario mencionar al Arbitraje de Inversiones, donde interviene específicamente el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o su sigla en inglés ICSID - International Center for Settlement of Investment Disputes), entidad dependiente del Banco Mundial. Dicho centro tiene como principal finalidad facilitar la resolución de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes e inversionistas extranjeros, mediante un procedimiento de conciliación y arbitraje.

Cabe destacar que, en el proceso de investigación sobre el efecto y aplicación de las cláusulas paraguas ha sido necesario exponer diferentes pronunciamientos donde se ha dilucidado antecedentes respecto a laudos emitidos por tribunales arbitrales, laudos donde se ha puesto en evidencia cual ha sido el criterio considerado al momento de otorgar o restringir un derecho.

Dichos pronunciamientos han aprobado, restringido o negado la aplicación de cláusulas paraguas, y se han demostrado en los siguientes casos:

1. Caso SGS v. Pakistan. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>
2. Caso Joy Mining vs. Egipto, párrafo 81. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace: [http://www.italaw.com/documents/JoyMining\\_Egypt.pdf](http://www.italaw.com/documents/JoyMining_Egypt.pdf)
3. Caso Noble Ventures v. Romania, párrafo 53 y 54. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>.
4. Caso Eureko v. Polonia, párrafo 246 y 248. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace: [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf)
5. Caso SGS v. Filipinas (2004). Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>.

6. Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, France v. Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes (Corte permanente de Justicia Internacional 12 de Julio de 1929).

7. Caso CMS v. Argentina Annulment Decision.

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>.

8. Caso BIVAC v. Paraguay (2009), párrafo 159. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace:

[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC3552\\_Sp&caseId=C101](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC3552_Sp&caseId=C101)

9. Caso Tecmed v. México, párrafo 154. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>

10. Caso Waste Management v. México, párrafo 98. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>.

Adicionalmente, se ha tomado en cuenta la doctrina, las investigaciones y puntos de vista de diferentes autores sobre el alcance de las cláusulas paraguas sobre los contratos. Es así que, entre autores a favor o en contra de la aplicación de cláusulas paraguas, resaltaron los siguientes:

1. Dolzer, Rudolf, en su obra “Los principios Internacionales del Derecho de Inversión.
2. Schreuer, Christoph, en su obra “Los principios Internacionales del Derecho de Inversión.
3. De Tranzegnies Granda, Fernando, en su obra “Las cláusulas sombrilla en los Tratados Bilaterales de Inversión: Terra incógnita”.
4. Sornarajah, M, en su obra “El Derecho Internacional en la Inversión Extranjera”.
5. Stephan W. S, en su obra “Derecho Internacional de Inversiones y Derecho Público Comparativo”.

### **3.3. Recolección de datos**

#### **TÉCNICAS**

1. Análisis bibliográfico: Se constituyen como los libros o fuentes principales que forman la base del análisis y argumentación del tema a investigar.
2. Análisis de Tratados: Tratados Internacionales que muestren distintas cláusulas paraguas ratificadas por Estados inversionistas.
3. Análisis de casos internacionales ante el CIADI.

#### **INSTRUMENTOS**

1. Ficha bibliográfica: La función de una ficha bibliográfica consiste en identificar las fuentes de información que se van a examinar o estudiar para escribir el trabajo: los libros, folletos, leyes, artículos de revistas y periódicos, documentos gubernamentales, tesis, fuentes audiovisuales, etc.
2. Tratados Internacionales.
3. Laudos Arbitrales.

### **3.4. Análisis de datos**

Para el procesamiento de la información se utilizaron libros recopilados mediante impresión además de libros insertados como documentos de sitio web. Se encontró apoyo gracias al aporte de artículos de revistas y sitios web. Para la implementación de la jurisprudencia respecto al efecto otorgado de las cláusulas paraguas se hizo alusión a pronunciamientos expedidos por Tribunales Arbitrales respecto a temas estrictamente vinculados a la inversión entre Estado receptor e inversionista extranjero. Se mencionaron los links encontrados a través de sitios web donde pueden localizarse los fallos expedidos

por los tribunales arbitrales, también destacar las críticas interpuestas por distintos autores, así como el orden cronológico de los casos y si estos fueron establecidos mediante la reglamentación impuesta por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativa a Inversiones (CIADI).



## CAPÍTULO 4. Resultados y Discusión

### 4.1. Resultados

Mediante la investigación realizada, enfoques doctrinarios, jurisprudencia, laudos arbitrales, tratados bilaterales de inversiones y pronunciamientos de tribunales internacionales, se ha podido constatar que las cláusulas paraguas se presentan como instrumentos necesarios para la protección de derechos de inversionistas vulnerados, derechos que no se encuentren ya acogidos por enfoque existentes, como el enfoque restrictivo que persiste en la aplicación de las cláusulas paraguas solo de ser el caso de mostrarse una conducta de abuso del ejercicio de poder que detenta un Estado anfitrión de la inversión y que podría brindar un trato injusto o discriminatorio para el mismo.

Al establecer que existen conflictos netamente comerciales, donde pueda presentarse el supuesto de un incumplimiento contractual por parte de un Estado anfitrión que no necesariamente recaiga en abuso de poder, tal contingencia no podría ser llevada a una sede internacional para ser dilucidada por el simple hecho de no demostrarse el abuso de soberanía. Dicha acepción resulta contraproducente para el inversionista debido a que el perjuicio es causado y por lo tanto se pone en riesgo el patrimonio de una de las partes contratantes.

Un Estado receptor de inversión mantiene la facultad de proteger el interés público por encima de los intereses de una inversión. Es decir, mantiene la potestad para salvaguardar los derechos de los seres humanos cuando estos se encuentren comprometidos con la inversión, la cual represente un menoscabo para la integridad de la población, del gobierno que conforma un Estado. En pocas palabras, un incumplimiento contractual o el deterioro de la relación entre un inversionista y Estado anfitrión puede producirse bajo criterios justificados como excepciones, siempre y

cuando se mantenga presente que los daños producidos por un Estado contra el inversor se encontrarán previstos de una indemnización. Las cláusulas paraguas toman sentido desde el momento donde el inversionista pretende justificar sus actuaciones tratando de maquillarlas como excepciones, como acciones que pretenden vincularse al interés público pero que en realidad forman parte de un comportamiento oportunista de un Estado que solo busca causar agravio mediante la inobservancia de obligaciones previstas entre las partes. Las cláusulas paraguas constituyen remedios necesarios para el respeto y el cumplimiento de las obligaciones pactadas entre un Estado y un inversor.

El Gobierno Peruano ha firmado 34 Tratados Bilaterales de Inversión, con diferentes Estados, países desarrollados y países en vías de desarrollo. Se ha derrumbado la creencia de que las cláusulas paraguas solo benefician a países que se encuentran como potencias en el mundo. La necesidad de inversión en un país en busca de desarrollo requiere de acuerdos constantes a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional. Exige de las partes contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión.

Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de forma anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las

subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actúe de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial.

Se demuestra de esa forma que las cláusulas paraguas aseguran la conducta oportuna de un Estado en pro de las inversiones y un desarrollo económico que persiga del mismo modo la seguridad jurídica que necesita con todas sus relaciones entre países contratantes.

De igual forma se desacredita la creencia de que las cláusulas paraguas constituyan un riesgo para el Estado anfitrión, ya que según aducen algunos enfoques investigados, procederían innumerables reclamos ante cortes internacionales. El Gobierno Peruano ha suscrito diferentes acuerdos de inversión, entre los cuales ya ha presentado en algunos Tratados Bilaterales de Inversión cláusulas paraguas. Estas cláusulas han sido redactadas con la finalidad de que el Estado observe el cumplimiento de sus obligaciones. No constituyen ningún tipo de amenaza ni cambio para las relaciones que puedan ser determinadas mediante un acuerdo de inversión.

El Gobierno Peruano, a la fecha, mantiene solo 12 arbitrajes concluidos, entre los cuales, en su mayoría ha resultado beneficiado de los pronunciamientos determinados por el Tribunal Arbitral conformado. La múltiple elección de foros para resolver una controversia no indica que el Estado receptor se encuentre en riesgo por aceptar que el inversionista elija la vía que considere idónea. Realmente significa que entrega la solución de un conflicto a un personal estrictamente especializado y que promueve la imparcialidad y justicia sin intervención política.

## 4.2. Discusión

Las relaciones que se configuran en base a inversiones determinan un riesgo para el inversionista, un riesgo por encontrarse en un territorio incierto, donde se configuran diferentes normas, donde un Estado, el cual es receptor de la inversión mantiene soberanía respecto a las condiciones y expectativas para el inversor.

Naturalmente cuando un inversionista inyecta enormes sumas de dinero, no recibe ingresos rápidamente, sino que se configura una inversión a largo plazo donde se establecen condiciones con el Estado anfitrión a fin de recuperar la inversión y obtener una rentabilidad mediante la negociación que se genera.

Las inversiones, en efecto, se determinan a expensas de los cambios políticos, legislativos y reglamentarios de turno. Contrarrestar el riesgo jurídico, regulatorio y político resulta ser de necesidad para el mantenimiento de la inversión en un país en vías de desarrollo, tal como lo constituye el Perú.

La forma eficaz de neutralizar el riesgo generado en base a los posibles cambios normativos y políticos presentados en un país anfitrión solo es posible gracias a la estructuración de instrumentos de derecho internacional. Es así que se generan los denominados Tratados Bilaterales de Inversión. Dichos tratados, aseguran una compensación pronta, justa y efectiva en caso de conductas determinadas por los Estado receptores que muestren abuso del ejercicio de su poder en virtud a la soberanía que detentan, tales son los casos como expropiación, incumplimientos contractuales o resoluciones de contratos que pongan en riesgo el beneficio esperado por el inversionista, el cual no se percibe naturalmente a corto plazo, sino que el efecto de la inversión en la mayoría de casos necesita del transcurso del tiempo. A través de los

tratados se garantiza un trato justo y equitativo para el inversionista, y, en consecuencia, la protección a las legítimas expectativas.

Si bien es cierto, mediante la estabilización generada en virtud a un Tratado Bilateral de Inversiones se promueve la admisión y protección por parte de los Estados de la inversión en general, así como también se determinan cuáles son las vías concretas para resolver una controversia en caso de ser presentada. Resulta pertinente mencionar que en la mayoría de tratados bilaterales firmados por el Perú se ha podido constatar la presencia de vías alternativas de solución de disputas, entre ellas tenemos al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Muchos de estos tratados firmados por el país se desarrollaron en ánimo de resolver una controversia en principio solo gracias al acuerdo de las partes, sin ánimo de hacer uso del arbitraje y mantenerlo como último recurso y ante la negativa de las partes por disolver una disputa.

El percance real respecto a la existencia de tales tratados surge al momento donde el inversionista trata de resolver el conflicto fuera de la vía que el Estado receptor impone o fuera de la vía determinada según contrato, que podría ser la vía nacional o la vía internacional.

Si un Estado receptor ha determinado mediante contrato cualquiera de ambas vías posibles de ser escogida para solucionar un conflicto, el inversionista puede seleccionar aquella que crea que otorgará mayor imparcialidad para dirimir la cuestión. No obstante, el verdadero inconveniente surge cuando el Estado receptor le impide al inversionista hacer uso de la vía internacional y de hacerlo presenta excepciones de incompetencia del tribunal internacional para apegarse estrictamente a lo acordado entre las partes según contrato. Es así que el inversionista acude mediante un tratado bilateral de inversiones, mediante una cláusula de observancia obligatoria de las inversiones, que

promueve el respeto y cumplimiento de las obligaciones del Estado receptor en pro de las inversiones. Dicha cláusula se consolida como la cláusula paraguas debido a que toma bajo el paraguas protector del derecho internacional incumplimientos contractuales que al mismo tiempo constituyen una violación a los términos establecidos en un TBI.

En efecto, la cláusula paraguas le permite al inversionista acudir a un foro internacional mediante un arbitraje de inversiones y en virtud a un tratado bilateral existente y que fue suscrito por Estados en un primer momento para garantizar la seguridad jurídica de los inversores. Posteriormente, al producirse cualquier tipo de acuerdo entre dichos Estados contratantes, éstos se benefician con estipulaciones pactadas en virtud a un derecho internacional protector, que busca el desarrollo económico global. Al encontrarse la cláusula paraguas inmersa en el TBI y al ser esta vulnerada, permite al inversor demandar internacionalmente al Estado por una violación al TBI la cual deriva de un incumplimiento del Estado anfitrión respecto a un contrato de inversiones.

La aplicación y la interpretación de las cláusulas paraguas ha planteado problemas importantes a los tribunales arbitrales y ha dado lugar a decisiones incompatibles y contradictorias. De igual forma, lo que ha sido inestable en la práctica arbitral es la función de las cláusulas y la relación con el derecho internacional consuetudinario. Se ha observado que, la visión más restrictiva para que proceda su aplicación, exige que la conducta del Estado anfitrión muestre ejercicio abusivo de su soberanía para el inversor y que, al mismo tiempo se mantenga rígidamente la distinción entre los reclamos contractuales y los tratados. Siendo así, mediante dicho enfoque no se otorga más protección a los contratos inversionista-estado que la prohibición de expropiaciones sin compensación. En ese sentido, a través del punto de vista restrictivo se dificulta la labor de un Tribunal Internacional para conocer si un conflicto de inversión presenta o no

abuso del poder estatal sin tener que dilucidar el fondo del litigio. Por tanto, evaluar la existencia de un abuso requeriría que el tribunal se encuentre competente para conocer un incumplimiento contractual. Dicho enfoque solo amerita que puedan ser cuestionados aspectos resaltantes a la violación de los términos establecidos en un TBI, pero no pueden evidenciarse tales precisiones sin que el tribunal asuma el conocimiento total de la controversia.

A través del enfoque restrictivo solo pueden cuestionarse controversias derivadas de un contrato de inversión en una sede arbitral internacional, siempre que se traten de controversias derivadas de una conducta soberana, donde se identifique el comportamiento abusivo de un gobierno mas no conductas netamente comerciales.

Del mismo modo, mantener una rígida distinción entre la conducta soberana y la comercial ignora el efecto negativo que pueden tener las infracciones comerciales en la relación eficaz entre inversores y estados.

Las cláusulas paraguas tienen por objeto estabilizar de manera global la cooperación inversionista-Estado al permitir el acceso a un mecanismo efectivo de aplicación a nivel internacional. El enfoque más restrictivo de la interpretación de las cláusulas paraguas limita el ámbito de aplicación de las cláusulas a las infracciones contractuales relativas a conductas de soberanía. En efecto, no proporciona el mecanismo de ejecución necesario para contrarrestar el comportamiento oportunista de los Estados anfitriones con respecto a las infracciones comerciales simples.

Las cláusulas paraguas mantienen principalmente una función jurisdiccional al permitir que los tribunales arbitrales conozcan de reclamaciones que de otro modo estarían excluidas de la jurisdicción de los tribunales como reclamaciones por incumplimiento

de contrato o de derecho interno que no implican una violación independiente del derecho internacional, esto según el enfoque restrictivo.

La aplicación de las cláusulas paraguas refuerza la obligación impuesta al Estado anfitrión para respetar los compromisos relacionados con las inversiones contra los inversores extranjeros. No obstante, no se altera el alcance ni la base jurídica de compromisos. Si un Estado anfitrión ha asumido un compromiso específico y si este compromiso ha sido violado se determina puramente de acuerdo con la ley que rige la relación entre el inversor y el Estado anfitrión. Las cláusulas paraguas no cambian el contenido y el alcance de los compromisos existentes bajo cualquier ley que rijan las relaciones entre inversionistas y estados anfitriones.

Se debe descartar la distinción entre incumplimientos soberanos y comerciales de los contratos entre inversores y estados. En efecto, las cláusulas paraguas deben ser constituidas como una ruptura con la limitada protección procesal y sustantiva otorgada a los contratos entre inversionistas y estados bajo el derecho internacional consuetudinario. Si las cláusulas paraguas fueran meramente declaratorias del derecho internacional consuetudinario, al establecer que los derechos contractuales están sujetos a expropiación, las cláusulas serían totalmente superfluas, ya que la prohibición de la expropiación directa e indirecta y la norma de tratamiento justo y justo ya protegen los contratos inversor-estado, del mismo modo que mediante el enfoque restrictivo se protege al inversionista frente a conductas soberanas. No obstante, se presencia la falta de protección sobre conflictos netamente comerciales derivados de un contrato y que no pueden ser llevados a un arbitraje internacional por el inversionista ya que carecerían de algún medio o instrumento pertinente.



Debe señalarse que, la función de primacía de las cláusulas paraguas es de carácter jurisdiccional, debido a que otorga a los inversionistas extranjeros acceso a un foro internacional para resolver controversias sobre obligaciones derivadas de la presunta violación de contratos inversionistas-estatales relacionados con inversiones y promesas similares más que la necesidad de determinar si el incumplimiento es de naturaleza soberana o comercial.

De igual modo, la cláusula paraguas no debe ser presentada como un instrumento a través del cual todas y cada una de las reclamaciones deban ser previstas de un pronunciamiento arbitral internacional, porque como ya se ha señalado, el Tribunal Arbitral mantiene potestad para determinar su competencia y, si bien es cierto, existen precedentes respecto a laudos sobre reclamaciones anteriores, estos no necesariamente deben ser vinculantes y pueden concretizar criterios recientes que avalen decisiones de acuerdo a cada caso planteado. Cada reclamación mantiene supuestos distintos que deben ser analizados profundamente antes de ser admitidos a arbitraje.

Por último, el interés público de un Estado no se verá afectado mediante la aplicación de tales cláusulas debido a que, si bien es cierto, se trata de evitar conductas oportunistas que afecten la inversión o Estados que utilicen falsos acontecimientos para resolver un contrato con un inversionista o causarle un agravio "justificado", también se presentan excepciones que posibilitan al gobierno hacer uso de su poder en virtud de intereses primordiales para la protección de derechos que atañen a la ciudadanía. Las cláusulas paraguas no representan un riesgo para la negociación entre Estado receptor e inversionista extranjero. En efecto, garantizan las legítimas expectativas para el inversionista y la conducta adecuada para un Estado en vías de desarrollo, un estado que busca desarrollo sostenible.

## CAPÍTULO 5. Conclusiones

### 5.1. Conclusiones

1. Se ha determinado que una estructuración adecuada para la inversión requiere que todo contrato de inversión conformado entre un país receptor y un inversionista extranjero cuente con un Tratado Bilateral de inversiones, el cual de forma conveniente proporcione la estabilidad necesaria para la inversión. No obstante, reforzar la seguridad jurídica de un acuerdo de inversión solo podrá ser posible mediante la incorporación de una cláusula paraguas, una cláusula que permita otorgar la jurisdicción de una controversia contractual generada de la inversión a Tribunales Internacionales plenamente competentes. Dicha cláusula posibilita que reclamaciones contractuales derivadas de incumplimientos puedan ser cuestionados en un Tribunal Internacional en virtud a la celebración de un acuerdo de inversión suscrito por los Estados contratantes y que ha sido vulnerado (TBI), haciendo la salvedad de que al momento en que se incluya tal cláusula paraguas en un tratado internacional suscrito por los estados contratantes, aquellos asumirán responsabilidad por la observancia y el cumplimiento de sus obligaciones en pro de las inversiones que hayan contraído con la otra parte.

La cláusula paraguas establecida en un Tratado Bilateral de Inversiones toma total relevancia desde el momento en donde el inversionista observa que aun así haya mantenido un contrato de inversiones con el Estado anfitrión, éste ha causado un agravio importante desde el momento que se generó el incumplimiento. A consecuencia, se provoca una controversia, la cual debe ser resuelta según los términos acordados. No obstante, el inversionista observa una conducta oportunista del Estado receptor, una conducta proyectada con ánimo de liberarse de los compromisos acordados y no

respetando tratados internacionales plenamente reconocidos ni legítimas expectativas que habían garantizado la inversión.

2. El inversionista decide hacer uso de la cláusula paraguas, cláusula que garantizara, en todo momento la observancia de las obligaciones que haya asumido respecto de las inversiones efectuadas por inversionistas de la otra parte contratante. En consecuencia, desde el momento en que se ha vulnerado tal cláusula se ha vulnerado los términos establecidos en el TBI. Y en efecto, dicho tratado si mantiene la cláusula que especifica que cada controversia generada en virtud del mismo podrá presentarse ante una corte internacional. Es así como se permite que, aun existiendo un acuerdo de las partes para solucionar una controversia mediante un foro nacional, ésta pueda ser reclamada en una vía internacional. Tal medida solo se posibilita mediante el Arbitraje de Inversiones, el cual garantiza la oportunidad del inversionista para acogerse a la vía que crea idónea para solucionar una controversia presentada con el Estado anfitrión.

Se busca en todo momento la coexistencia de diversas fuentes normativas aplicables a un proyecto de inversión, es decir, la existencia de tribunales nacionales e internacionales potencialmente competentes para resolver disputas que surjan de la inversión. No se trata de superponer la vía internacional, se trata de comprender que la relación entre el ordenamiento jurídico nacional y el derecho internacional público configuran un sistema de confluencia.

3. La aplicación de las cláusulas paraguas consiste en posibilitar la vía internacional para resolver una controversia a fin de permitir a los inversores hacer cumplir las promesas relacionadas con la inversión realizadas por el Estado anfitrión y de reducir el comportamiento de oportunidad que puede socavar el equilibrio contractual de los inversionistas, independientemente de si el incumplimiento del Estado anfitrión se basa

en conductas comerciales o soberanas. Debe señalarse que el incumplimiento de la obligación asumida por el Estado anfitrión no requiere necesariamente ser resultado del ejercicio de las funciones soberanas del Estado, dado que tal elemento es irrelevante para la aplicación de las normas acerca de la responsabilidad internacional del Estado.

Las cláusulas paraguas fortalecen la observancia de cualquier compromiso que el Estado anfitrión haya hecho al poner a disposición un foro en particular para recibir reclamaciones por incumplimiento de ese compromiso. Por lo tanto, las cláusulas paraguas corresponden al concepto de derecho público, que existe prácticamente en cualquier orden jurídico interno, en virtud del cual los Estados, en principio, están obligados a cumplir compromisos contractuales con respecto a particulares.

4. En adición, las doctrinas internacionales que mencionan los efectos de las cláusulas paraguas tienden a orientar el comportamiento oportunista de los Estados anfitriones; no prohíben comportamientos, como la alteración de las promesas del Estado anfitrión ante las contingencias que afectan a la relación entre el inversor y el país anfitrión. Asimismo, se establece que las cláusulas paraguas no excluyen excepciones presentadas en los contratos basados en el derecho interno, doctrinas de cambio de circunstancias, fuerza mayor, necesidad o similares. Además, un análisis comparativo del derecho público sugiere que las cláusulas paraguas no excluyen al poder policial estatal, poder que puede regular o incluso poner fin a los contratos entre inversores y el Estado en virtud al interés público superior pero siempre que se consolide una compensación.

Este poder de los Estados ha sido ampliamente aceptado tanto en el derecho internacional consuetudinario como en todos los principales sistemas jurídicos nacionales. El principio de que el Estado no puede obstaculizar su deber de actuar en virtud al interés público por contrato con particulares constituye un principio general de

derecho que debe tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación de las cláusulas paraguas. Sin embargo, un análisis del derecho público muestra igualmente que el poder de interferir en los contratos públicos está sujeto al deber de indemnizar a la parte privada por cargas desproporcionadas e irrazonables derivadas de la modificación o terminación de un contrato que amerita interés público.

Por consiguiente, el análisis comparado del derecho público resulta útil para concretar el impacto de las cláusulas paraguas en las relaciones entre inversores y estados y ayuda a encontrar soluciones equilibradas entre la protección de los derechos de inversores y la garantía de los intereses públicos en competencia.

Se demuestra que la cláusula paraguas representa para el Perú la defensa de sus derechos frente a comportamientos oportunistas. La calidad de inversor o Estado receptor de inversión puede variar constantemente. Si bien es cierto, como Estado receptor asume la obligación de mantener condiciones óptimas para considerar al Estado como un entorno en pro de las inversiones, al mismo tiempo garantiza que al vincularse con demás Estados contratantes se asegurará de mantener una vía adecuada para la resolución de conflictos, una vía que no sea impuesta, sino que sea alternativa. Que se cuente con un medio donde no puedan influir criterios políticos para llegar a la justicia. Un medio que muestra imparcialidad y sobretodo amerite la continuidad del desarrollo económico en garantía del interés público.

El pluralismo de sistemas jurídicos amerita la convivencia entre el derecho interno e internacional, como vías posibles para asumir conflictos, donde cada una de ellas mantenga un desenvolvimiento autónomo. La cláusula paraguas exige a los sistemas jurídicos cierta tolerancia que les permita coexistir manteniendo intacto sus límites conceptuales.

## Referencias bibliográficas

- Abdala, M., & Spiller, P. (2003). *Damage Valuation of Indirect Expropriation in International Arbitration Cases*.
- American Bar Association, C. o. (1963). *The protection of Private Property Invested Abroad. International and Comparative Law*.
- Amoco International Finance Corp v. Government of the Islamic Republic of Iran Award, CTR 189 (14 de July de 1987).
- Ander-Egg, E. (1995). *Técnicas de Investigación Social*. Obtenido de <http://tesisdeinvestig.blogspot.pe/2014/07/investigacion-basica-e-investigacion.html>
- Arellano , G. C. (1983). *Evolución de la cláusula Calvo y la zona prohibida en el Derecho constitucional mexicano y en el Derecho internacional*. Obtenido de <http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub05/02DrARELLANO.pdf>
- Battigalli, P., & Maggi, G. (2002). *Rigidity, Discretion, and the Costs of Writing Contracts* . American Economic Review.
- Carbonneau, T., & Jaeggi, J. (2006). *International Arbitration and Alternative Dispute Resolution*. Obtenido de [https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=4eb5d68551&view=att&th=15839dc24e4c067a&attid=0.2&disp=inline&realattid=f\\_iv6onyqq2&safe=1&zw&saddbat=AN GjdJ\\_wBJgv9ghjzAQCulmyMM4K2kf343GhITbaA\\_MZ256VBC59mUcNKUdIHqI8JMTkxIXYXTJcmJexGly](https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=4eb5d68551&view=att&th=15839dc24e4c067a&attid=0.2&disp=inline&realattid=f_iv6onyqq2&safe=1&zw&saddbat=AN GjdJ_wBJgv9ghjzAQCulmyMM4K2kf343GhITbaA_MZ256VBC59mUcNKUdIHqI8JMTkxIXYXTJcmJexGly)
- Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, France v. Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes (Corte permanente de Justicia Internacional 12 de Julio de 1929).
- Caso CMS v. Argentina Annulment Decision.
- Caso SGS v. Filipinas*. (s.f.). Obtenido de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>.
- Caso SGS v. Pakistan*. (s.f.). Obtenido de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>
- Castelo Guerrero, D. (05 de Mayo de 2008). *El Alcance de la Cláusula Paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión* . Obtenido de <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/302>
- Cheng, T.-H. (2005). *Power, Authority and International Investment Law*.
- Cláusula calvo*. (s.f.). Obtenido de <https://www.clubensayos.com/Negocios/CLAUSULA-CALVO-EXCLUSION-DE-EXTRANJEROS/1285555.html>

- Coase, R. (1960). *The problem of social costs*.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).
- Company General of the Orinoco Case Award (UNRIAA 31 de July de 1905).
- Consortium RFCC v. Morocco, ARB/02/13 (CIADI 15 de Noviembre de 2004).
- Convención de Washington, Artículo 42.
- Convención de Washington , artículo 27 (1966).
- Convención del CIADI, Reglamento y Normas*. (abril de 2007). Obtenido de <http://www.worldbank.org/icsidlbasicdoc/partEhtm>.
- Crawford, S. (2002). *The International Law Commission's Article on State Responsibility*.
- David , R. (2001). Clásica teoría de las ventajas comparativas. *Clásica teoría de las ventajas comparativas*, 14, 15.
- DE TRANZEGNIES GRANDA, F. (2009). *Las cláusulas sombrilla en los Tratados Bilaterales de Inversión: Terra incógnita* . Obtenido de <https://issuu.com/limaarbitration/docs/fernando-de-trazegnies-granda>
- De Trazegnies , F. (2006). "Lex mercatoria rediviva? Primera Parte: De la Edad Media a la Postmodernidad. *Revista Peruana de Arbitraje*.
- De Trazegnies Granda, F. (2009). *Cláusula Calvo: ¿Una perturbadora Ave Fenix?* Obtenido de [http://www.estudiograu.com:8080/web/publicaciones/Suplmente\\_Juridica\\_El\\_Peruano\\_Roxana\\_Jimenez.pdf](http://www.estudiograu.com:8080/web/publicaciones/Suplmente_Juridica_El_Peruano_Roxana_Jimenez.pdf)
- De Trazegnies Granda, F. (s.f.). *Arbitrando la Inversión*. Lima, Perú.
- DOLZER, R., & SCHREUER, C. (2012). *Principles of International Investment Law*. Gran Bretaña.
- Dolzer, R., & Stevens , M. (1995). *Bilateral Investment Treaties*.
- El Paso v. Argentina (CIADI).
- El Pensante, E. (17 de Octubre de 2016). *La investigación documental, qué es y en qué consiste*. Obtenido de <https://educacion.elpensante.com/la-investigacion-documental-que-es-y-en-que-consiste/>
- Enciclopedia Virtual. (2012). *eumed.net*. Obtenido de <http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/zll/indice.htm>
- Galliard, E. (2005). *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claim*. Cameron.
- Griebel, J. (2007). *Jurisdiction over Contract Claims in Treaty-Based Investment Arbitration on the Basis of Wide Dispute Settlement Clauses in Investment Agreements*.

- Guido Santiago, T. (2008). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de New York*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Hernandez Sampieri, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. Obtenido de [https://competenciashg.files.wordpress.com/2012/10/sampieri-et-al-metodologia-de-la-investigacion-4ta-edicion-sampieri-2006\\_ocr.pdf](https://competenciashg.files.wordpress.com/2012/10/sampieri-et-al-metodologia-de-la-investigacion-4ta-edicion-sampieri-2006_ocr.pdf)
- Home Building and Loan Association v. Blaisdell (1934).
- Ibarra. (s.f.). *Tipos de investigación: Exploratoria, Descriptiva, Explicativa, Correlacional*. Obtenido de <http://metodologadelainvestigacinsiis.blogspot.pe/2011/10/tipos-de-investigacion-exploratoria.html>
- Impregilo SpA v. Islamic Republic of Pakistan, ARB/02/17 (CIADI 26 de Abril de 2005).
- Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims, The Vivendi I Case Considered, Bilateral Treaties and Customary International Law (ICSID Mayo de 2005).
- Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A review, UNCTAD (United Nations 2006).
- Jurídica, el Arbitraje: Desarrollo y Perspectivas*. (22 de Abril de 2014). Obtenido de [http://www.estudiograu.com:8080/web/publicaciones/Suplmente\\_Juridica\\_El\\_Peruano\\_Roxana\\_Jimenez.pdf](http://www.estudiograu.com:8080/web/publicaciones/Suplmente_Juridica_El_Peruano_Roxana_Jimenez.pdf)
- Kornhauser, L. (1986). *An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies*. Colorado: University of Colorado Press.
- Kroll, S. (s.f.). *The Renegotiation and Adaption of Investment Contracts*.
- Lanco Int'l Inc. c. Argentina, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 40 (2001). Obtenido de [https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=4eb5d68551&view=att&th=15839dc24e4c067a&attid=0.2&disp=inline&realattid=f\\_iv6onyqq2&safe=1&zw&saddbat=AN GjdJ\\_wBJgv9ghjzAQCuImyMM4K2kf343GhITbaA\\_MZ256VBC59mUcNKUdIHqI8JMTkxIYXTJc mJexGly](https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=4eb5d68551&view=att&th=15839dc24e4c067a&attid=0.2&disp=inline&realattid=f_iv6onyqq2&safe=1&zw&saddbat=AN GjdJ_wBJgv9ghjzAQCuImyMM4K2kf343GhITbaA_MZ256VBC59mUcNKUdIHqI8JMTkxIYXTJc mJexGly)
- Lauterpacht, E. (22 de Abril de 2008). *Centro Lauterpacht de Derecho Internacioal* . Obtenido de [http://www.lcil.cam.ac.uk/about\\_the\\_centre/sir\\_elihu\\_lauterpacht.php](http://www.lcil.cam.ac.uk/about_the_centre/sir_elihu_lauterpacht.php)
- Law, L.-C. P. (s.f.). UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts.
- Mayorca Lorca, R. (2005). *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias*. Santiago: Lexis Nexis.
- MCLACHLAN, C., SHORE, L., & WEINIGER, M. (2007). *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Gran Bretaña: Oxford University Press.
- Mclachlan, E. (2007). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford: Oxford International Arbitration Series.



- Mesoamericana, G. e. (2007). *Guía de apuntes básicos para el docente de la materia de técnicas de investigación en Grupo Emergente de Investigación Oaxaca*. Obtenido de <http://geiuma-oax.net/invdoc/importanciaydef.htm>
- Minn, J. (2009). *Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*.
- Monardes V. , R. (Diciembre de 2009). *Las cláusulas paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversión*. Obtenido de [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110985/demonardes\\_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110985/demonardes_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Monardes V. , R. (Diciembre de 2009). *Las cláusulas paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversiones*. Obtenido de [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110985/demonardes\\_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110985/demonardes_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Morales Vela, D. (s.f.). *Arbitrajes Internacional de Inversiones: Conflictos en la aplicación de Cláusulas Paraguas*. Obtenido de [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo\\_de\\_contenidos/Documents/lurisDictio\\_11/Arbitraje\\_Internacional\\_de\\_Inversiones.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/lurisDictio_11/Arbitraje_Internacional_de_Inversiones.pdf)
- Morales, F. (s.f.). *Metodología de la Investigación*. Obtenido de <http://manuelgross.bligoo.com/conozca-3-tipos-de-investigacion-descriptiva-exploratoria-y-explicativa>
- Multilateral Investment Guarantee Agency*. (s.f.). Obtenido de <http://www.miga.org>
- Noble Ventures v. Romania*. (s.f.). Obtenido de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>.
- OCDE. (1967). *Draft Convention on the protection of foreign property and Resolution of the Council of the OECD on the draft convention*. OCDE Nº 23081.
- OECD. (1967). *The Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD*. 23081.
- OECD. (Octubre de 2006). *Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*. Obtenido de [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment)
- Olive Case Award (UNRIAA 1903).
- Peterson, L., & Grey, K. (2003). *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*.
- Posner, R. (2003). *Economic Analysis of Law*.
- Rogers, C., & Alford, R. (2009). *The Future of Investment Arbitration*. New York: Oxford University Press.
- Schreuer, C. (2004). *Travelling the BIT route of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road*.

- Schreuer, C. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*. United Kingdom: Cambridge University Press.
- Schwartz, A., & Scott, R. (2004). *Contract Theory and the Limits of Contract Law*. Yale: Law and Economics.
- Schwebel, S. (1987). *On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law*.
- Shawcross, H. (1961). *The Problems of Foreign Investment in International Law*.
- Sinclair, A. (2004). *The origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*.
- Sornarajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, Second edition.
- Stephan W. , S. (2010). *International Investment Law and Comparative Public Law*. New York: Oxford University Press.
- Stone, S., & Mathews, J. (2008). *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*.
- Waelde, T. (2005). International Investment Law: An Overview of Key Concepts and Methodology. *Research Seminar on International investment Law*, 14.
- WALDE, T. (2009). *The Umbrella or Sanctity of Contract, Pacta sunt Servanda*.
- Waste Management Inc v. United Mexican States, ARB (AF)/00/3 (CIADI 30 de Abril de 2004).
- Weil, P. (1969). *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*. Recueil des Cours.
- Weissenfels, A. (07 de Abril de 2007). *Umbrella Clauses, Seminar on International Investment Protection*. Obtenido de [http://www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/int\\_beziehungen/Internpubl/weissenfels](http://www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internpubl/weissenfels)
- Wong, J. (s.f.). *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties*. Obtenido de <http://www.law.gmu.edu/assets/subsites/gmulawreview/files/14-1/documents/WONG-FinalFormatted.pdf>
- Zolia, V. (2005). *Effect and Purpose of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues*.

## Bibliografía

Caso SGS v. Pakistan. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>

Caso Joy Mining vs. Egipto, párrafo 81. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace:

[http://www.italaw.com/documents/JoyMining\\_Egypt.pdf](http://www.italaw.com/documents/JoyMining_Egypt.pdf)

Caso Noble Ventures v. Rumania, párrafo 53 y 54. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>.

Caso Eureka v. Polonia, párrafo 246 y 248. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace:

[http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf)

Caso SGS v. Filipinas (2004). Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>.

Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, France v. Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes (Corte permanente de Justicia Internacional 12 de Julio de 1929).

Caso CMS v. Argentina Annulment Decision.

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>.

Caso BIVAC v. Paraguay (2009), párrafo 159. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace:

[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC3552\\_Sp&caseId=C101](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC3552_Sp&caseId=C101)

Caso Tecmed v. México, párrafo 154. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>

Caso Waste Management v. México, párrafo 98. Dicho caso puede ser revisado en el siguiente enlace:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>.

- Abdala, M., & Spiller, P. (2003). *Damage Valuation of Indirect Expropriation in International Arbitration Cases*.
- American Bar Association, C. o. (1963). *The protection of Private Property Invested Abroad. International and Comparative Law*.
- Amoco International Finance Corp v. Government of the Islamic Republic of Iran Award, CTR 189 (14 de July de 1987).
- Ander-Egg, E. (1995). *Técnicas de Investigación Social*. Obtenido de <http://tesisdeinvestig.blogspot.pe/2014/07/investigacion-basica-e-investigacion.html>
- Arellano , G. C. (1983). *Evolución de la cláusula Calvo y la zona prohibida en el Derecho constitucional mexicano y en el Derecho internacional*. Obtenido de <http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub05/02DrARELLANO.pdf>
- Battigalli, P., & Maggi, G. (2002). *Rigidity, Discretion, and the Costs of Writing Contracts* . American Economic Review.
- Carbonneau, T., & Jaeggi, J. (2006). *International Arbitration and Alternative Dispute Resolution*. Obtenido de [https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=4eb5d68551&view=att&th=15839dc24e4c067a&attid=0.2&disp=inline&realattid=f\\_iv6onyqq2&safe=1&zw&saddbat=AN GjdJ\\_wBJgv9ghjzAQCulmyMM4K2kf343GhITbaA\\_MZ256VBC59mUcNKUdIHqI8JMTkxIXYXTJcmJexGly](https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=4eb5d68551&view=att&th=15839dc24e4c067a&attid=0.2&disp=inline&realattid=f_iv6onyqq2&safe=1&zw&saddbat=AN GjdJ_wBJgv9ghjzAQCulmyMM4K2kf343GhITbaA_MZ256VBC59mUcNKUdIHqI8JMTkxIXYXTJcmJexGly)
- Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, France v. Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes (Corte permanente de Justicia Internacional 12 de Julio de 1929).
- Caso CMS v. Argentina Annulment Decision.
- Caso SGS v. Filipinas*. (s.f.). Obtenido de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>.
- Caso SGS v. Pakistan*. (s.f.). Obtenido de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>
- Castelo Guerrero, D. (05 de Mayo de 2008). *El Alcance de la Cláusula Paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión* . Obtenido de <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/302>
- Cheng, T.-H. (2005). *Power, Authority and International Investment Law*.
- Cláusula calvo*. (s.f.). Obtenido de <https://www.clubensayos.com/Negocios/CLAUSULA-CALVO-EXCLUSION-DE-EXTRANJEROS/1285555.html>
- Coase, R. (1960). *The problem of social costs*.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

- Company General of the Orinoco Case Award (UNRIAA 31 de July de 1905).
- Consortium RFCC v. Morocco, ARB/02/13 (CIADI 15 de Noviembre de 2004).
- Convención de Washington, Artículo 42.
- Convención de Washington , artículo 27 (1966).
- Convención del CIADI, Reglamento y Normas.* (abril de 2007). Obtenido de <http://www.worldbank.org/icsidl/basicdoc/partEhtm>.
- Crawford, S. (2002). *The International Law Commission's Article on State Responsibility*.
- David , R. (2001). Clásica teoría de las ventajas comparativas. *Clásica teoría de las ventajas comparativas*, 14, 15.
- DE TRANZEGNIES GRANDA, F. (2009). *Las cláusulas sombrilla en los Tratados Bilaterales de Inversión: Terra incógnita* . Obtenido de <https://issuu.com/limaarbitration/docs/fernando-de-trazegnies-granda>
- De Trazegnies , F. (2006). "Lex mercatoria rediviva? Primera Parte: De la Edad Media a la Postmodernidad. *Revista Peruana de Arbitraje*.
- De Trazegnies Granda, F. (2009). *Cláusula Calvo: ¿Una perturbadora Ave Fenix?* Obtenido de [http://www.estudiograu.com:8080/web/publicaciones/Suplmente\\_Juridica\\_El\\_Peruano\\_Roxana\\_Jimenez.pdf](http://www.estudiograu.com:8080/web/publicaciones/Suplmente_Juridica_El_Peruano_Roxana_Jimenez.pdf)
- De Trazegnies Granda, F. (s.f.). *Arbitrando la Inversión*. Lima, Perú.
- DOLZER, R., & SCHREUER, C. (2012). *Principles of International Investment Law*. Gran Bretaña.
- Dolzer, R., & Stevens , M. (1995). *Bilateral Investment Treaties*.
- El Paso v. Argentina (CIADI).
- El Pensante, E. (17 de Octubre de 2016). *La investigación documental, qué es y en qué consiste*. Obtenido de <https://educacion.elpensante.com/la-investigacion-documental-que-es-y-en-que-consiste/>
- Enciclopedia Virtual. (2012). *eumed.net*. Obtenido de <http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/zll/indice.htm>
- Galliard, E. (2005). *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claim*. Cameron.
- Griebel, J. (2007). *Jurisdiction over Contract Claims in Treaty-Based Investment Arbitration on the Basis of Wide Dispute Settlement Clauses in Investment Agreements*.
- Guido Santiago, T. (2008). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de New York*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

- Hernandez Sampieri, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. Obtenido de [https://competenciashg.files.wordpress.com/2012/10/sampieri-et-al-metodologia-de-la-investigacion-4ta-edicion-sampieri-2006\\_ocr.pdf](https://competenciashg.files.wordpress.com/2012/10/sampieri-et-al-metodologia-de-la-investigacion-4ta-edicion-sampieri-2006_ocr.pdf)
- Home Building and Loan Association v. Blaisdell (1934).
- Ibarra. (s.f.). *Tipos de investigación: Exploratoria, Descriptiva, Explicativa, Correlacional*. Obtenido de <http://metodologadelainvestigacinsiis.blogspot.pe/2011/10/tipos-de-investigacion-exploratoria.html>
- Impregilo SpA v. Islamic Republic of Pakistan, ARB/02/17 (CIADI 26 de Abril de 2005).
- Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims, The Vivendi I Case Considered, Bilateral Treaties and Customary International Law (ICSID Mayo de 2005).
- Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A review, UNCTAD (United Nations 2006).
- Jurídica, el Arbitraje: Desarrollo y Perspectivas*. (22 de Abril de 2014). Obtenido de [http://www.estudiograu.com:8080/web/publicaciones/Suplmente\\_Juridica\\_El\\_Peruano\\_Roxana\\_Jimenez.pdf](http://www.estudiograu.com:8080/web/publicaciones/Suplmente_Juridica_El_Peruano_Roxana_Jimenez.pdf)
- Kornhauser, L. (1986). *An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies*. Colorado: University of Colorado Press.
- Kroll, S. (s.f.). *The Renegotiation and Adaption of Investment Contracts*.
- Lanco Int'l Inc. c. Argentina, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 40 (2001). Obtenido de [https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=4eb5d68551&view=att&th=15839dc24e4c067a&attid=0.2&disp=inline&realattid=f\\_iv6onyqq2&safe=1&zw&saddbat=AN GjdJ\\_wBJgv9ghjzAQCulmyMM4K2kf343GhITbaA\\_MZ256VBC59mUcNKUdIHqI8JMTkxIYXTJcmJexGly](https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=4eb5d68551&view=att&th=15839dc24e4c067a&attid=0.2&disp=inline&realattid=f_iv6onyqq2&safe=1&zw&saddbat=AN GjdJ_wBJgv9ghjzAQCulmyMM4K2kf343GhITbaA_MZ256VBC59mUcNKUdIHqI8JMTkxIYXTJcmJexGly)
- Lauterpacht, E. (22 de Abril de 2008). *Centro Lauterpacht de Derecho Internacioal* . Obtenido de [http://www.lcil.cam.ac.uk/about\\_the\\_centre/sir\\_elihu\\_lauterpacht.php](http://www.lcil.cam.ac.uk/about_the_centre/sir_elihu_lauterpacht.php)
- Law, L.-C. P. (s.f.). UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts.
- Mayorca Lorca, R. (2005). *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias*. Santiago: Lexis Nexis.
- MCLACHLAN, C., SHORE, L., & WEINIGER, M. (2007). *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Gran Bretaña: Oxford University Press.
- Mclachlan, E. (2007). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford: Oxford International Arbitration Series.
- Mesoamericana, G. e. (2007). *Guía de apuntes básicos para el docente de la materia de técnicas de investigación en Grupo Emergente de Investigación Oaxaca*. Obtenido de <http://geiuma-oax.net/invdoc/importanciaydef.htm>

- Minn, J. (2009). *Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*.
- Monardes V. , R. (Diciembre de 2009). *Las cláusulas paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversión*. Obtenido de [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110985/monardes\\_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110985/monardes_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Monardes V. , R. (Diciembre de 2009). *Las cláusulas paraguas en los Acuerdos Internacionales de Inversiones*. Obtenido de [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110985/monardes\\_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110985/monardes_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Morales Vela, D. (s.f.). *Arbitrajes Internacional de Inversiones: Conflictos en la aplicación de Cláusulas Paraguas*. Obtenido de [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo\\_de\\_contenidos/Documents/lurisD ictio\\_11/Arbitraje\\_Internacional\\_de\\_Inversiones.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/lurisD ictio_11/Arbitraje_Internacional_de_Inversiones.pdf)
- Morales, F. (s.f.). *Metodología de la Investigación*. Obtenido de <http://manuelgross.bligoo.com/conozca-3-tipos-de-investigacion-descriptiva-exploratoria-y-explicativa>
- Multilateral Investment Guarantee Agency*. (s.f.). Obtenido de <http://www.miga.org>
- Noble Ventures v. Romania*. (s.f.). Obtenido de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>.
- OCDE. (1967). *Draft Convention on the protection of foreign property and Resolution of the Council of the OECD on the draft convention*. OCDE N° 23081.
- OECD. (1967). *The Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD*. 23081.
- OECD. (Octubre de 2006). *Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*. Obtenido de [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment)
- Olive Case Award (UNRIAA 1903).
- Peterson, L., & Grey, K. (2003). *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*.
- Posner, R. (2003). *Economic Analysis of Law*.
- Rogers, C., & Alford, R. (2009). *The Future of Investment Arbitration*. New York: Oxford University Press.
- Schreuer, C. (2004). *Travelling the BIT route of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road*.
- Schreuer, C. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary*. United Kingdom: Cambridge University Press.

- Schwartz, A., & Scott, R. (2004). *Contract Theory and the Limits of Contract Law*. Yale: Law and Economics.
- Schwebel, S. (1987). *On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law*.
- Shawcross, H. (1961). *The Problems of Foreign Investment in International Law*.
- Sinclair, A. (2004). *The origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*.
- Sornarajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, Second edition.
- Stephan W. , S. (2010). *International Investment Law and Comparative Public Law*. New York: Oxford University Press.
- Stone, S., & Mathews, J. (2008). *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*.
- Waelde, T. (2005). International Investment Law: An Overview of Key Concepts and Methodology. *Research Seminar on International investment Law*, 14.
- WALDE, T. (2009). *The Umbrella or Sanctity of Contract, Pacta sunt Servanda*.
- Waste Management Inc v. United Mexican States, ARB (AF)/00/3 (CIADI 30 de Abril de 2004).
- Weil, P. (1969). *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*. Recueil des Cours.
- Weissenfels, A. (07 de Abril de 2007). *Umbrella Clauses, Seminar on International Investment Protection*. Obtenido de [http://www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/int\\_beziehungen/Internetspubl/weissenfels](http://www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetspubl/weissenfels)
- Wong, J. (s.f.). *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties*. Obtenido de <http://www.law.gmu.edu/assets/subsites/gmulawreview/files/14-1/documents/WONG-FinalFormatted.pdf>
- Zolia, V. (2005). *Effect and Purpose of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues*.



## Anexos

### Anexo N° 01

<b>CASOS ARBITRALES</b>	
La República del Perú cuenta con cuatro (4) arbitrajes en trámite y doce (12) arbitrajes concluidos.	
<b>CASOS EN TRÁMITE</b>	
DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited y The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company c. República del Perú.	The Renco Group, Inc. c. República del Perú.
Exeteco Internacional Company S.L c. República del Perú.	Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú.
<b>CASOS CONCLUIDOS</b>	
<p><b>1. Pluspetrol Perú Corporation y otros c. Perupetro S.A.</b> El Tribunal Arbitral decide por unanimidad que los demandantes asuman pagar a Perupetro regalías, intereses y los costos del arbitraje. Gastos valorados en más de 63 millones de dólares.</p>	<p><b>2. Anulación de Laudo de Tza Yap Shum c. República del Perú</b> Fue denegada la solicitud de anulación del Estado, obligado a sufragar el 80% de los costos de este procedimiento. Se ratifica el laudo contra el Estado peruano.</p>
<p><b>3. Renée Rose Levy and Grencitel S.A. c. República del Perú</b> El Tribunal se declara impedido de ejercer jurisdicción sobre la diferencia. Los demandantes reembolsan al Estado por los gastos de arbitraje y otros.</p>	<p><b>4. Renée Rose Levy de Levi c. República del Perú</b> Se declara sin lugar todos los argumentos planteados contra el Estado peruano. No obstante, se rechaza el pedido de indemnización moral sugerido por ambas partes. Cada parte asume sus propios costos y gastos.</p>
<p><b>5. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. c. República del Perú</b> Laudo a favor del Estado peruano. Se rechazan las pretensiones del demandante sobre el pago de USD 19. 841. 434.00, además de los conceptos pretendidos como daños y perjuicios. Se condena al demandante al pago costos y gastos del Estado.</p>	<p><b>6. Isolux Corsán Concesiones S.A. c. República del Perú</b> Las partes llegaron a un acuerdo previo por el que resuelven pagar penalidades a favor del Estado peruano.</p>
<p><b>7. República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.</b> Las partes llegaron a un acuerdo previo por el que resuelven pagar penalidades a favor del Estado peruano.</p>	<p><b>8. Convial Callao S.A. y Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú</b> Laudo a favor del Estado peruano. Se condena al demandante al pago de USD \$ 2. 117.489, 27 por concepto de las costas en el proceso.</p>
<p><b>9. Tza Yap Shum c. República del Perú</b>  Laudo en contra del Estado peruano.</p>	<p><b>10. Aguaytía Energy, LLC c. República del Perú</b>  Laudo a favor del Estado peruano. Cada parte asume los gastos del juicio.</p>
<p><b>11. Duke Energy International Perú Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú</b> Laudo en contra del Estado peruano. Cada parte asume los gastos del juicio.</p>	<p><b>12. Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A. c. República del Perú</b> El Tribunal se declara incompetente para conocer el fondo de la controversia. Se decide que cada parte pagará la mitad de las costas del arbitraje y cubrirá sus propios gastos legales.</p>
<p><b>13. Compagnie Minière Internationale Or S.A. c. República del Perú*</b> * Conforme la Regla de Arbitraje CIADI 43(1), las partes acordaron poner término al procedimiento.</p>	

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas

[https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=379%3Asicreci-casos-de-demanda&catid=199%3Asistema-de-coordinacion-y-respuesta-del-estado-de-&Itemid=101183&lang=es](https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=379%3Asicreci-casos-de-demanda&catid=199%3Asistema-de-coordinacion-y-respuesta-del-estado-de-&Itemid=101183&lang=es)

## Anexo N° 02

TBI SUSCRITOS	<b>CLÁUSULA PARAGUAS DE OBSERVANCIA VS PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES</b>
PERÚ-AUSTRALIA	“Cada Parte, de conformidad con sus leyes, otorgará en su territorio protección y Seguridad en las inversiones y no afectará la gestión, el mantenimiento, el disfrute o disposición de las inversiones.”
PERÚ-CANADA	“Cada Parte otorgará al tratamiento de las inversiones cubiertas de conformidad con el Derecho internacional consuetudinario y las normas mínimas de trato de los extranjeros, incluidas en el trato equitativo y la plena protección y seguridad.”
PERÚ-CHILE	“Cada Parte Contratante protegerá dentro de su territorio las inversiones efectuadas de conformidad con sus leyes y reglamentos por los inversionistas de la otra Parte Contratante y no perjudicará la administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, venta y liquidación de dichas inversiones mediante medidas injustificadas o discriminatorias.”
PERÚ-CUBA	<p>“Las inversiones realizadas por inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con sus leyes y reglamentaciones de esta última, gozarán de la plena protección y seguridad jurídica de este Convenio, en concordancia con los principios del derecho internacional.”</p> <p>-Se reconoce como alternativa el foro nacional y el foro internacional a través de arbitraje ad hoc designado de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).</p>
PERÚ-SUIZA	<b>“Cada parte contratante garantizará, en todo momento, la observancia de las obligaciones que haya asumido respecto de las inversiones efectuadas por inversionistas de la otra parte contratante.”</b>
PERÚ- REPÚBLICA CHECA	“Las inversiones de inversionistas y cualquier parte contratante deberán constituirse en concordancia con un trato justo y equitativo y gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra parte contratante.”
PERÚ- ECUADOR	“A través de este tratado se menciona que las controversias que surgieran y no pudieran dirimirse amistosamente entre las partes, deberán acudir a un arbitraje mediante tribunal competente establecido en el territorio donde se ha efectuado la inversión o a arbitraje internacional según el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones-CIADI. En este tratado, como es el caso de pocos de ellos, se identifica que los Estados promueven la vía alternativa, no únicamente imponen la vía nacional.”
PERÚ- EL SALVADOR	“Cada Parte protegerá dentro de su territorio las inversiones efectuadas de conformidad con sus leyes y reglamentos por los inversionistas de la otra Parte y no obstaculizará la administración, uso, usufructo, extensión, venta y

	<p>liquidación de dichas inversiones mediante medidas injustificadas o discriminatorias.”</p> <p>Se plantea una forma de protección que no constituye cláusula paragua.</p>
PERÚ-HOLANDA	<p><b>“Cada Parte Contratante cumplirá cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante”</b></p>
PERÚ-ITALIA	<p>“Cada Parte Contratante mantendrá en su territorio un marco legal adecuado para garantizar a los inversionistas la continuidad del trato legal, incluyendo el acatamiento, de buena fe, de todos los compromisos asumidos con respecto a cada inversionista específico.”</p>
PERÚ-COLOMBIA	<p>“Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído en relación con las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte Contratante en su territorio.”</p>
PERÚ-PARAGUAY	<p>“Cada Parte Contratante respetará en todo momento las obligaciones contraídas respecto de las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante.”</p>

## Anexo N° 03

MATRIZ DE CONSISTENCIA				
PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLE	METODOLOGÍA
"La incorporación de Cláusulas Paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú."	<b>Objetivo general</b>	La incorporación de cláusulas paraguas es necesaria para los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú debido a que representan un espacio neutral para la solución de disputas relativas a inversiones, conllevando a fomentar la imparcialidad y consiguiendo ciertas garantías para los inversionistas que determinen la seguridad jurídica de las inversiones, es decir, supongan el aseguramiento en la economía del país receptor.	La incorporación de cláusulas paraguas es necesaria para los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú.	<b>Tipo de investigación</b>
	Determinar cuál es la necesidad para incorporar cláusulas paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú.			<b>Por su finalidad</b>
				<b>Por su profundidad</b>
<b>Objetivos específicos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinar el beneficio conseguido a través de la protección de un Tratado Bilateral de Inversión cuando se incorpora una cláusula paraguas y las repercusiones en la relación inversionista-Estado receptor.</li> <li>• Explicar cómo la solución de controversias mediante la incorporación de cláusulas paraguas permite la confluencia de fuentes de múltiple jurisdicción para el inversionista.</li> <li>• Describir cuáles son los efectos de las cláusulas paraguas ante conductas oportunistas identificadas en un Estado anfitrión de la inversión.</li> <li>• Analizar cuál es el impacto de las cláusulas paraguas en contraposición con el interés público para concretar soluciones equilibradas entre la protección de los derechos de inversores y la garantía del poder que detenta el Estado.</li> </ul>		<b>Material de estudio</b>	
				<p>En el proceso de investigación sobre el efecto y aplicación de las cláusulas paraguas, ha sido necesario exponer diferentes pronunciamientos donde se ha dilucidado antecedentes respecto a laudos emitidos por tribunales arbitrales, laudos donde se ha puesto en evidencia cual ha sido el criterio considerado al momento de otorgar o restringir un derecho. Adicionalmente, se ha tomado en cuenta la doctrina, las investigaciones y puntos de vista de diferentes autores sobre el alcance de las cláusulas paraguas:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Caso SGS v. Pakistán.</li> <li>2. Caso SGS v. Filipinas</li> <li>3. Caso Noble Ventures v. Rumania Entre autores a favor o en contra de la aplicación de cláusulas paraguas, resaltaron los siguientes:</li> <li>1. Dolzer, Rudolf, en su obra "Los principios Internacionales del Derecho de Inversión.</li> <li>2. Schreuer, Christoph, en su obra "Los principios Internacionales del Derecho de Inversión.</li> <li>3. De Tranzegnies Granda, Fernando, en su obra "Las cláusulas sombrilla en los Tratados Bilaterales de Inversión: Terra incógnita".</li> <li>4. Sornarajah, M, en su obra "El Derecho Internacional en la Inversión Extranjera".</li> <li>5. Stephan W. S, en su obra "Derecho Internacional de Inversiones y Derecho Público Comparativo".</li> </ol>