

Mecanismos de solución de controversias bajo Tratados de Inversión y Contratos

Dispute resolution mechanisms under Investment Treaties and Contracts



CATERINA MIRÓ QUESADA SAMANEZ

Abogada por la Universidad de Lima.
LL.M. por University of Houston Law Center, Estados Unidos.

ALAN PASCO ARAUCO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Máster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor en la Universidad de Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **Fuente de protecciones.**
 1. **Contratos.**
 2. **Tratados de Inversión.**
 3. **Derecho Nacional: Constitución, Ley de Inversión.**
- III. **Derechos reconocidos a los inversionistas.**
 1. **Derechos bajo Contratos y legislación interna.**
 2. **Derechos bajo Tratados de Inversión.**
- IV. **Mecanismos para la solución de controversias.**
 1. **El sometimiento a arbitraje en los Contratos de Inversión.**
 2. **El sometimiento a arbitraje en los Tratados de Inversión.**
 3. **Foros principales para el desarrollo del arbitraje en Contratos de Inversión y Tratados.**
 - 3.1. **CIADI.**
 - 3.2. **Mecanismo Complementario del CIADI.**
 - 3.3. **CNUDMI.**
 - 3.4. **Ad Hoc / Otras Instituciones.**
- V. **Inversores e inversiones protegidas.**
 1. **Inversores.**
 2. **Inversiones.**
- VI. **Derechos establecidos por los Tratados.**
 1. **Trato Justo y Equitativo.**
 2. **Expropiación.**
 3. **Plena Protección y Seguridad.**
 4. **Medidas Arbitrarias y/o Discriminatorias —Impairment—.**
 5. **Nación Más Favorecida — NMF.**
 6. **Cláusulas Paraguas.**



RESUMEN:

La importancia cada vez mayor de las inversiones extranjeras en el comercio internacional ha generado el desarrollo de una serie de mecanismos para atender las controversias que pueden surgir en el transcurso de la relación comercial. Los autores desarrollan no solo los métodos de resolución de conflictos, sino también los derechos que cuentan los actores participantes en la relación comercial, y las fuentes de donde aquellos derechos nacen. Los autores resaltan la importancia de contar con un marco normativo sólido y coherente antes de realizar cualquier inversión en un país extranjero, para lo que los Tratados de Inversión constituyen una estructura importante para asegurar a los inversionistas que su capital estará protegido ante cualquier circunstancia.

Palabras clave: tratado de inversión, inversión extranjera, contratos de inversión, mecanismos de solución de controversias, arbitraje, CIADI, CNUDMI.

ABSTRACT:

The ever-growing importance of foreign investments in international trade has spurred the development of a series of mechanisms to attend to the controversies that may arise during commercial relationships. The authors not only analyze the conflict resolution methods, but also the rights conceded to each individual in the commercial relationship, and the sources from which those rights are born. The authors underline the importance of having a solid and cohesive legal framework before starting any investments in a foreign country, and to that end the Investment Treaties constitute an important structure to reassure the investors that their capital will be protected under every circumstance.

Keywords: investment treaty, foreign investment, investment contracts, conflict resolution mechanisms, arbitration, ICSID, UNCITRAL.

I. INTRODUCCIÓN

Los instrumentos jurídicos que persiguen la protección de las inversiones extranjeras frente a los posibles perjuicios derivados de acciones u omisiones del Estado de acogida —en adelante, el “Estado receptor”¹—, han experimentado una constante evolución, motivada tanto por el desarrollo del comercio internacional como por las transformaciones del mapa político mundial.

La situación actual del comercio internacional demuestra que los países necesitan de los inversionistas extranjeros para poder desarrollarse. Sin embargo, para que éstos decidan invertir en un Estado foráneo, evaluarán, entre otras cosas: (i) si las condiciones de este último le garantizan un clima favorable que les permita invertir en las condiciones óptimas; y, (ii) si existe un mecanismo eficiente, rápido y seguro, para la solución de las potenciales controversias que podrían surgir antes y durante el desarrollo o ejecución de la respectiva inversión.

Este trabajo busca ofrecer un panorama general sobre los instrumentos de protección de inversiones a disposición de los inversionistas, incluyendo una descripción sobre el contenido de cada uno de ellos, el análisis de los derechos que reconocen en favor de los inversionistas y, finalmente, la descripción de los mecanismos de solución de controversias a los que estos podrían acudir a fin de tutelar sus intereses ante un eventual escenario de conflicto.

II. FUENTE DE PROTECCIONES

El primer nivel de análisis en cuanto a la protección que reciben los inversionistas en los Estados receptores está referido a los distintos instrumentos a través de los cuales se establece un marco legal para la inversión. Hablamos, por ello, de fuentes de protección; esto es, instrumentos a partir de los cuales se “origina” la protección o la garantía en favor del inversionista ante las diversas contingencias que podría surgir en sus relaciones con el Estado receptor.

1. El Estado receptor es aquel donde el inversionista decide llevar adelante su actividad, por eso se le conoce también como el “país receptor o sede de la inversión”. En adelante, nos referiremos a él como el “Estado receptor”.

1. Contratos.

El contrato de inversión es un acuerdo celebrado entre un Estado receptor y una empresa privada extranjera en virtud del cual esta última crea una organización dentro de dicho Estado para el desarrollo de determinada actividad económica, manteniendo el control de la misma pero siempre bajo el marco normativo del Estado receptor. Estos contratos son de especial importancia para los países en vías de desarrollo, ya que la inversión extranjera y la transferencia de tecnología contribuyen al dinamismo económico que el Estado requiere, convirtiéndose así en un necesario complemento de la inversión nacional.

Una de las formas más habituales de esta clase de acuerdos son los contratos de concesión; mas no son los únicos, pues también encontramos a los denominados Contratos de Inversión o Convenios de Estabilidad Jurídica.

En el caso de los Convenios de Estabilidad Jurídica, por ejemplo, el Estado receptor se encarga de garantizarle al inversionista, principalmente: (i) el tratamiento igualitario en comparación con los inversionistas locales; (ii) la estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y de remesa de utilidades, dividendos y regalías; y (iii) la estabilidad del régimen del impuesto a la renta vigente al momento de suscripción del convenio —esto quiere decir que el inversionista extranjero no se verá afectado con una tasa mayor que aquella considerada en el convenio o contrato correspondiente, de manera tal que si el impuesto a la renta de cargo de la empresa aumentara, se reducirá la tasa que afecte al inversionista extranjero en la parte necesaria para permitir que su utilidad final —de libre disposición— sea por lo menos igual a la garantizada—.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano encontramos esta clase de convenios en el Decreto Legislativo 757, norma que aprueba la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada,

así como en el Decreto Legislativo 662, norma que otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías. Ambos Decretos tienen como objetivo garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las leyes vigentes; y, para conseguir ello, el Estado peruano le reconoce al inversionista un conjunto de derechos y garantías durante el desarrollo de su actividad económica.

2. Tratados de Inversión.

Los Tratados de Inversión son instrumentos ratificados por los Estados para la promoción y protección de inversiones de los inversionistas extranjeros. Proporcionan protecciones sustantivas a los inversionistas extranjeros, así como el derecho de someter una disputa con el “Estado anfitrión” al arbitraje internacional. Asimismo, proporcionan consentimiento para arbitrar disputas. Entre los principales Tratados de Inversión se encuentran: (i) Tratados Bilaterales de Inversión — TBI; (ii) Tratados Multilaterales de Inversión; y, (iii) Protección de inversiones en acuerdos de inversión en acuerdos de libre comercio.

Los TBI² surgen como respuesta a la necesidad de dos Estados soberanos de crear condiciones de seguridad y estabilidad para sus naciones cuando decidan establecer inversiones en el otro Estado parte. El objetivo específico que se persigue con la celebración de este tipo de acuerdos es el de intensificar la cooperación económica, en beneficio recíproco, mediante la creación de condiciones favorables que permitan promover y proteger la realización de inversiones bajo estimulaciones claras, de obligatorio cumplimiento.

Así, los TBI son

“instrumentos de Derecho Internacional mediante los cuales dos Estados se obligan a

2. También conocidos como “BIT” por sus siglas en inglés: *Bilateral Investment Treaties*.

otorgar a las inversiones de los nacionales del otro Estado una serie de garantías, tales como aquellas relativas al otorgamiento de un trato justo y equitativo, protección y seguridades, y no expropiación de sus inversiones. La finalidad de dichos tratados es promover el flujo de capitales y las inversiones recíprocas entre ambos Estados.³

Tal como señala Dolzer: “[d]ado que la mayoría de las provisiones sustanciales del TBI conciernen a la promoción y protección de la inversión extranjera, podría afirmarse que cualquier ambigüedad debería ser interpretada de una manera que favorezca los derechos concedidos a un inversionista extranjero.”⁴

En el mismo sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo reconoció en 1999 que: “[l]os Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) constituyen, hasta la fecha, el instrumento más importante para la protección internacional de la inversión extranjera. Desde la adopción del primer TBI en 1959, el número de Tratados de este tipo ha crecido de manera constante y, a fines de 1999, alcanzó un total de 1.857.”⁵

Por su parte, los Tratados de Libre Comercio — TLC son instrumentos legales que recogen los acuerdos logrados entre dos o más países, y cuyos objetivos básicamente son:

- a) Eliminar todos los pagos de aranceles a la importación de productos entre sí y eliminar toda medida que impida o dificulte el ingreso de productos al territorio de ambos países;

- b) Establecer disposiciones legales que regulen todas las áreas relacionadas con el comercio;
- c) Garantizar los derechos de toda persona o empresa de ambos países, cuando deciden invertir en el otro país;
- d) Establecer disposiciones que regulen el comercio de los servicios entre nacionales de los países involucrados; y,
- e) Asegurar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que han sido negociados, estableciendo un mecanismo que en una forma rápida solucione cualquier problema que surja en el comercio de productos, servicios o aquellos relacionados con las inversiones.

3. Derecho Nacional: Constitución, Ley de Inversión.

La tercera forma de protección de un inversionista extranjero es mediante la declaración de voluntad emitida por el Estado receptor a través de su derecho interno; es decir, de su propia legislación, ya sea a través de un código o una ley que regule las inversiones extranjeras. De este modo, el Estado receptor realiza una oferta abierta a los inversionistas extranjeros, en el sentido de que los conflictos surgidos y vinculados a la legislación en particular, podrán ser sometidos a los procedimientos de arbitraje o conciliación internacional.

Un buen ejemplo de cómo un inversionista extranjero obtuvo tutela internacional gracias a la existencia de una ley interna de Derecho nacional, fue el caso «Tradex Hellas S.A. c. Estado de

3. Magdalena Bas Vilizzio, “Solución de controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: Mapa de situación en América del Sur”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 5 (2015): 235.

4. Traducción libre del Editor de “Since most of the substantive provisions of the BIT concern the promotion and protection of foreign investment, it could be argued that any ambiguity should be interpreted in a way that would favor the rights granted to a foreign investor”. Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (Londres: M. Nihjoff Publishers. 1995), 17.

5. Traducción libre de los autores de: “Bilateral Investment Treaties (BITs) constitute to date the most important instrument for the international protection of foreign investment. Since the adoption of the first BIT in 1959, the number of such treaties has grown steadily and, by the end of 1999, reached a total of 1,857”. *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, *United Nations Conference on Trade and Commerce*, consultado el 22 de octubre de 2021, <https://unctad.org/system/files/official-document/poiteiid2.en.pdf>

Albania», en el cual el Tribunal Arbitral, en su decisión de fecha 24 de diciembre de 1996, sostuvo que para determinar si tenía jurisdicción en virtud del consentimiento dado por Albania a través de su Ley de Inversión Extranjera —Ley 7764 de fecha 2 de noviembre de 1993—, debía analizar los requisitos que exigía esa ley, específicamente si Tradex había sufrido una expropiación.

El Tribunal se pronunció sobre la existencia de la ley nacional y su rol como marco o fuente de protección del inversionista, incluida la posibilidad de recurrir a la jurisdicción arbitral internacional para la solución de la controversia:

*“Comenzando con el Art. 25 de la Convención del CIADI, el tribunal nota que, aunque el consentimiento por acuerdo escrito es el método usual de sometimiento a la jurisdicción del CIADI, ya se puede considerar como establecida sin requerir más razonamiento, que dicho consentimiento puede ser también dado unilateralmente por un Estado Contratante en sus leyes nacionales (...), tornándose el consentimiento efectivo a más tardar cuando el inversionista extranjero registra su demanda ante el CIADI haciendo uso de la respectiva ley nacional. Por lo tanto, la ley de 1993 junto con el Requerimiento de Arbitraje de Tradex debe ser considerado como suficiente consentimiento - si es que el sometimiento de la ley de 1993 es aplicable como se examinará más adelante”.*⁶

III. DERECHOS RECONOCIDOS A LOS INVERSIONISTAS

Los derechos, seguridades y garantías que adquiere el inversionista extranjero frente al Estado receptor dependerán del tipo de fuente de protección frente a la cual nos encontremos.

1. Derechos bajo Contratos y legislación interna.

Los contratos de inversión suelen incorporar,

en beneficio del inversionista, cláusulas de estabilidad jurídica y derechos parecidos a los que ofrece un Tratado de Inversión. Además, estos contratos suelen regirse por el Derecho local del Estado receptor, el cual ya reconoce garantías en favor del inversionista.

En el caso del Perú, por ejemplo, tenemos una serie de principios generales reconocidos a nivel constitucional, a saber:

- a) Igualdad y no discriminación;
- b) Libre iniciativa privada;
- c) Libertad de organización empresarial;
- d) Libre distribución de dividendos; y,
- e) Garantía contra la expropiación.

Además, estos principios han sido desarrollados en normas legales generales, tales como los antes mencionados Decreto Legislativo 757, norma que aprueba la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y que incluye regulación sobre publicidad, transparencia y garantías administrativas; y el Decreto Legislativo 662, norma que otorga un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías.

Es más,

“si vamos ya a las regulaciones específicas de un sector, como es el eléctrico y el ejemplo dado de la transmisión eléctrica, veremos que las normas sectoriales señalan, además de las formas y condiciones para desarrollar la actividad, disposiciones que constituyen garantías para el inversionista. Así, veremos que la normativa establecerá cómo se calculan, cobran y reajustan los ingresos de los titulares de la actividad de transmisión lo que es de particular importancia para la recuperación de una inversión que normalmente es de largo plazo. El ejemplo de la transmisión eléctrica es particularmente ilustrativo porque, además, de acuerdo a la legislación peruana, el titular de la transmisión firmará un

6. Tradex Hellas S.A. vs. Republic of Albania —ICSID Case No. ARB/94/2—, Laudo sobre jurisdicción del 24 de diciembre de 1996, ¶ 6.

*contrato de concesión, con lo cual su relación con el Estado estará fundamentalmente contractualizada”.*⁷

2. Derechos bajo Tratados de Inversión.

Los Tratados de Inversión suelen tener las siguientes garantías en beneficio del inversionista⁸:

- a) Incorporación de trato nacional y cláusula de nación más favorecida;
- b) Incorporación del principio de subrogación respecto de pagos por seguros contra riesgos no comerciales de inversiones realizadas;
- c) Especificación taxativa de las causas de nacionalización y expropiación, así como las indemnizaciones tanto en plazos como en montos; y,
- d) Establecimiento de mecanismos de solución de controversias recurriendo a tribunales arbitrales para la interpretación del convenio, siendo el más común el Centro sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados — CIADI o las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil — CNUDMI.

IV. MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los mecanismos de solución de controversias en los Tratados de Inversión son fundamentales, ya que permiten garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes.

Así, las cláusulas de sometimiento a arbitraje internacional buscan contar con un mecanismo por el que las controversias entre el Estado y el

inversionista sean resueltas de manera rápida, segura, imparcial, especializada y definitiva.

Al respecto, cabe mencionar que en el Caso N° ARB/97/7 – «Emilio Agustín Maffezini c. España», el Tribunal, al momento de decidir sobre los cuestionamientos a su jurisdicción para el conocimiento del caso, tuvo una interesante aproximación al rol del arbitraje internacional y su impacto en la confianza de los inversores:

*“El arbitraje internacional y otros mecanismos de solución de controversias han remplazado esas prácticas más antigua y frecuentemente abusivas del pasado. Sin embargo, estos modernos mecanismos son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales, mientras que los gobiernos receptores han considerado tradicionalmente que ha de preferirse la protección de los tribunales nacionales. La historia de la preparación del Convenio CIADI ofrece una amplia evidencia de los puntos de vista contradictorios de quienes favorecían al arbitraje y quienes apoyaban políticas afines a diferentes versiones de la Cláusula Calvo (...).”*⁹

Ahora bien, para que el arbitraje sea el mecanismo de solución de controversias entre el Estado receptor y el inversionista extranjero, será necesario el consentimiento de las partes involucradas para recurrir a dicha instancia. La formación de este consentimiento puede darse de

7. María del Carmen Tovar, “Con o sin paraguas”, *FORSETI* 1 (2014): 133.

8. Paula Jaramillo, “Mecanismos de solución de controversias en materia de inversión extranjera y análisis de tales mecanismos en los principales tratados celebrados por Chile” (memoria, Universidad de Chile, 1998), 9.

9. Emilio Agustín Maffezini vs. The Kingdom of Spain —ICSID Case No. ARB/97/7—, Laudo sobre Jurisdicción del 25 de enero del 2000, ¶ 55.

diversas formas, dependiendo del instrumento normativo donde estén reconocidos los derechos del inversionista. Veamos algunos de ellos.

1. El sometimiento a arbitraje en los Contratos de Inversión.

El consentimiento de un Estado para someter una controversia a arbitraje puede manifestarse en contratos celebrados con el inversionista extranjero a través de cláusulas por las que se exprese que las diferencias que surjan de la inversión realizada sean resueltas mediante ese mecanismo.

Sobre esta alternativa, se ha dicho que

*“es una de las formas más directas de otorgar consentimiento al CIADI por parte de los Estados es la suscripción de un contrato con el inversionista extranjero en que expresamente se acepte la jurisdicción de este organismo. Es, asimismo, la forma más simple para los inversionistas de asegurar la posibilidad de plantear una disputa de inversión contra el Estado receptor ante el CIADI. A pesar de que los Estados presenten objeciones a la jurisdicción de los Tribunales constituidos conforme a las reglas del CIADI, en estos casos, cuando el consentimiento ha sido otorgado mediante estas cláusulas contractuales, los Tribunales Arbitrales han sido más proclives y ha sido más fácil determinar su jurisdicción por el acuerdo de voluntades explícito entre las partes”.*¹⁰

Los siguientes son algunos ejemplos en donde los tribunales arbitrales determinaron que tenían competencia para conocer de un asunto, tomando en cuenta una cláusula contractual inserta en un contrato entre el inversionista extranjero y el Estado receptor:

- a) En el caso «Liberian Eastern Timber Corporation c. República de Liberia», el Tribunal Arbitral dejó constancia que las partes, a

través del artículo 8 del Convenio de Concesión suscrito, consintieron en someter a la jurisdicción arbitral la controversia vinculada al resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de dicho convenio.

- b) En el caso «Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia», el Tribunal consideró que tenía jurisdicción en virtud del Acuerdo de Consolidación suscrito entre República Checa, Eslovaquia y Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. Este caso fue bastante particular puesto que el acuerdo privado remitía, para solucionar las controversias, al artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre ambas repúblicas; y, a pesar de que el propio Tribunal reconoció que dicho Tratado no había entrado en vigor aún en Eslovaquia, tomó en consideración la cláusula inserta en el Acuerdo de Consolidación, que disponía la posibilidad de recurrir a la jurisdicción arbitral.

2. El sometimiento a arbitraje en los Tratados de Inversión.

Otra forma en la que se puede manifestar la voluntad de un Estado de someter los conflictos surgidos con un inversionista extranjero a la jurisdicción arbitral es a través de la suscripción de Tratados con otros Estados, los cuales bien podrían tratarse de un TBI, un Tratado Multilateral de Inversión, un capítulo de un TLC o incluso a través de la promulgación de legislación interna —por ejemplo, una Ley de Inversiones—.

En este caso, el consentimiento para recurrir a arbitraje lo otorga el Estado receptor al firmar el Tratado, mientras que el inversionista otorga su consentimiento al activar el mecanismo; es decir, en la Solicitud de Arbitraje. Es así como se perfecciona el convenio y se le otorga competencia al Tribunal Arbitral correspondiente para que conozca de las diferencias.

10. Mario Soler, “El consentimiento para recurrir al CIADI como base de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales constituidos en conformidad al Convenio de Washington. Análisis de algunos de sus fallos” (memoria, Universidad de Chile, 2005), 25, http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107588/de-soler_m.pdf

Es decir,

*“el consentimiento se forma en dos etapas diferentes. En la primera instancia, el Estado abre la posibilidad a los inversionistas de que cualquier diferencia relacionada con la inversión pueda ser sometida al procedimiento CIADI (o al de otra institución de su preferencia), mediante la incorporación de una oferta en su legislación nacional o en un Tratado de Protección de inversiones. En la segunda, cuando surgen las diferencias, el inversionista acepta la oferta mediante una comunicación dirigida al Estado receptor o mediante el ingreso de la solicitud de conformación del Tribunal Arbitral”.*¹¹

3. Foros principales para el desarrollo del arbitraje en Contratos de Inversión y Tratados.

Entre los foros principales en Contratos de Inversión y Tratados se encuentran los siguientes:

3.1. CIADI.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones — ICSID, por sus siglas en inglés¹²— es una institución del grupo del Banco Mundial establecida mediante la Convención de Washington de 1965 que, dentro de las distintas formas de arreglo o solución de controversias, consagró al arbitraje como el mecanismo que le permita al inversionista extranjero reclamar la violación a sus derechos por parte del Estado receptor.

En la medida en que el arbitraje administrado por el CIADI se ha convertido en el mecanismo más solicitado para resolver las controversias

planteadas entre los Estados receptores y los inversionistas, podría considerarse —en opinión de algunos— como el “juez natural” de las inversiones extranjeras.¹³

3.2. Mecanismo Complementario del CIADI.

Si bien es cierto que la mayoría de los Tratados de Inversión hacen referencia a las Reglas de Arbitraje CIADI, estas solo serán aplicables si ambas partes son Estados Contratantes del Convenio de Washington o, en el caso del inversionista, si éste es nacional de un Estado Contratante. En caso no se cumpla con alguno de estos requisitos, las partes podrán resolver la controversia al amparo del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

En efecto, este Mecanismo Complementario, creado el 27 de septiembre de 1978, ofrece servicios de arbitraje, conciliación y comprobación de hechos para ciertas diferencias que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI, como por ejemplo:

- a) Arbitraje o conciliación de diferencias relativas a inversiones entre un Estado y un nacional extranjero, uno de los cuales no es un Estado Miembro del CIADI o un nacional de un Estado miembro del CIADI;
- b) Arbitraje o conciliación de diferencias relativas a inversiones que no surjan directamente de una inversión entre un Estado y un nacional extranjero, y donde al menos uno de los cuales sea un Estado Miembro del CIADI o un nacional de un Estado miembro del CIADI; y
- c) Procedimientos de comprobación de hechos iniciados por cualquier Estado o nacional de cualquier Estado.¹⁴

11. Pablo Rey Vallejo, “El Arbitraje de Inversiones y los retos de la globalización”, *Revista de Derecho Privado* 38 (2007): 9.

12. International Centre for Settlement of Investment Disputes.

13. Yaritza Pérez Pacheco, “Consentimiento Estatal al arbitraje del CIADI”, *Lecciones y Ensayos* 91 (2013): 55.

14. Cfr. “Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI”, *CIADI*, acceso el 22 de octubre del 2021, <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/reglamento-mecanismo-complementario>

3.3. CNUDMI.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional — UNCITRAL, por sus siglas en inglés¹⁵— es otro foro con cuyas reglas podría llevarse adelante el arbitraje inversor contra el Estado receptor.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la remisión en una cláusula de solución de controversias al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o la alusión —frecuente, aunque inexacta— al “arbitraje de la CNUDMI” o cualquier otra estipulación en el mismo sentido, significa únicamente que las partes convienen en que las controversias actuales o futuras se resuelvan en actuaciones arbitrales sustentadas de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.¹⁶

Por ello, si bien es cierto la CNUDMI y su Secretaría han preparado disposiciones legislativas y contractuales, así como reglamentos relativos al arbitraje y la conciliación comercial internacional, en el mandato otorgado por la Asamblea General no se prevé su intervención en casos concretos. Siendo así, la CNUDMI y su Secretaría no actúan como tribunal arbitral, no administran actuaciones arbitrales, ni desempeñan ninguna otra función relacionada con procedimientos arbitrales determinados ni con ningún otro régimen público o privado de solución de controversias.

3.4. *Ad Hoc* / Otras Instituciones.

Otras reglas arbitrales a las que podrían recurrir las partes signatarias de un Tratado o Contrato de Inversión son —entre otras— las del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que tienden a ser incluidas en los Tratados

entre países occidentales y de Europa oriental o Asia; o las reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres o las de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, las que están muy presentes —por ejemplo— en algunos Tratados concluidos por países como el Reino Unido y Cuba.

Finalmente, algunos TBI dan a los inversionistas la alternativa de someter sus diferencias a un arbitraje *ad hoc*, el mismo que ordinariamente se desarrolla de conformidad con las normas procesales de la CNUDMI.

V. INVERSORES E INVERSIONES PROTEGIDAS

Dos son los conceptos trascendentales en todo tratado de inversión: inversores e inversión.

1. Inversores.

La noción de “inversor” —persona física o jurídica— es una cuestión fundamental en los Tratados de Inversión, pues solo quien califica como tal estará protegido por el Tratado en cuestión y, como tal, podrá acceder a la jurisdicción arbitral como mecanismo de solución del conflicto suscitada con el Estado receptor.

La justificación para ello radica en el propio nivel de consentimiento otorgado por el Estado de cara a someter las controversias al fuero arbitral; así, cuando el Estado ha realizado una oferta de consentimiento para someter las disputas que surjan con relación a una inversión a la jurisdicción arbitral CIADI, no lo hace frente a un número indiscriminado de personas: esta oferta solo puede ser aceptada por aquel que califica como inversor de acuerdo con los términos del Convenio de Washington y el tratado de inversión respectivo.¹⁷

15. United Nations Commission on International Trade Law.

16. Cfr. “Preguntas más frecuentes: La CNUDMI y las controversias o litigios privados”, *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, acceso el 22 de octubre del 2021, <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/faq>

17. Yaritza Pérez Pacheco, “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 1 (2012): 319.

La determinación de quién califica como “inversor”, puede parecer sencilla, pero en la práctica arbitral sobre inversiones suscita grandes complicaciones.

En principio, los inversores que deseen beneficiarse de los derechos y ventajas de los TBI deben tener la nacionalidad del Estado parte cuya protección invocan. Por ello, en todos los TBI se define el concepto de “inversor” sobre la base de dos aspectos: los tipos de entidades que pueden considerarse como inversores —personas físicas y jurídicas— y los criterios para determinar la nacionalidad del inversor, en virtud de que el tratado solo se aplica a los inversores que tenga la nacionalidad del otro Estado Parte.

Este último tema de la nacionalidad es particularmente complejo cuando están involucradas compañías multinacionales, en donde asume relevancia la determinación de la nacionalidad de la compañía misma, de sus subsidiarias o incluso las de sus accionistas.

De esta forma, diremos de modo general que calificarán como “inversionista” tanto las compañías constituidas en el Estado contratante, con sede allí, o aquellas controladas por los nacionales del otro Estado.

De hecho, esta es la definición de “inversores” que tenemos regulada en el TBI suscrito por el Perú y España:

“A) Personas físicas que, en el caso de la República del Perú, tengan la nacionalidad peruana de conformidad con su legislación, y en el caso del reino de España, sean residentes en España con arreglo al derecho español.

*B) Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa parte contratante y estén controladas efectivamente en el territorio de esa misma parte contratante”.*¹⁸

Finalmente, debemos tener en consideración que, si bien originalmente resultaba poco frecuente que los tribunales arbitrales hagan un *look through* de la nacionalidad *prima facie* — así, «Duke c. Perú», 2006—, lo cierto es que algunos Tratados y casos más recientes permiten dicho *look through* y la denegación de los correspondientes beneficios —por ejemplo, «Pac Rim c. El Salvador» bajo DR-CAFTA, 2012—.

Así, en algunas decisiones los tribunales arbitrales han estudiado qué tan lejos debería llegar el análisis de un tribunal para establecer si existe o no control extranjero sobre el inversionista. Por ejemplo, en el caso «AMCO c. Indonesia», el Tribunal consideró que debía llegar en su análisis hasta el nivel siguiente al de la nacionalidad del Estado receptor¹⁹; mientras que en el caso «SOABI c. Senegal», el Tribunal buscó el control efectivo y avanzó otro paso, hasta llegar al control intermedio, esto es, hasta los accionistas mayoritarios de la sociedad que poseía las acciones de la entidad constituida localmente.²⁰ Por su parte, en el caso «Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia» se concluyó que cuando “una entidad posee capital accionario mayoritario y es propietaria de la mayoría de los derechos de voto, existe un control en los términos del contenido del TBI según el cual están controladas directa o indirectamente”.²¹

18. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el Reino de España —TBI Perú – España—.
19. AMCO vs. Indonesia —ICSID Case No ARB/81/1—, decisión sobre Jurisdicción del 25 de septiembre de 1983, en ICSID Report (1993): 389 y ss.
20. Sociétés Ouest Ahcaine des Bétons Industriels vs. Senegal —ICSID Case N° ARB/82/1—, Laudo del 25 de octubre de 1988, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 10, 1991.
21. Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia —ICSID Case N° ARB/02/3—, decisión sobre Jurisdicción del 21 de octubre de 2005, ¶ 264.

2. Inversiones.

No existe unanimidad sobre el significado que debe otorgársele al término “inversión” a efectos de otorgarle protección al amparo del Derecho Internacional. Sin embargo, 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”*.²² Del mismo modo, jurisprudencialmente se han establecido elementos a verificar:

- a) Contribución de capital u otros aportes;
- b) Una cierta duración;
- c) La existencia de riesgo;
- d) Contribución al desarrollo del Estado;
- e) Conformidad de la inversión con las leyes del Estado anfitrión; y,
- f) Elemento *bona fide* de la operación de la inversión.

Así, por ejemplo, el TBI suscrito por el Perú y España señala lo siguiente:

“Por ‘inversiones’ se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

- Acciones y otras formas de participación en sociedades;
- Derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin, hayan sido o no capitalizados;
- Bienes muebles e inmuebles, así como

otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares;

- *Todo tipo de derechos en el ámbito de propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación, conocimientos tecnológicos y derechos de llave (“good-will”);*
- *Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales”*.²³

VI. DERECHOS ESTABLECIDOS POR LOS TRATADOS

El reconocimiento de la propiedad privada y su protección constituyen una de las garantías fundamentales que todo inversionista extranjero requiere al momento de llevar su capital de su país de origen a otro.

Así,

“el análisis económico y financiero que cualquier inversionista realiza antes de ingresar su capital a una jurisdicción ajena se sujeta en la respuesta a una serie de interrogantes que, más allá de atractivas tasas de retorno o aparentemente estables y sostenidos flujos futuros, constituyen la base misma de su decisión de invertir, interrogantes que en simples palabras pueden parafrasearse de la siguiente manera: ¿podré liquidar mi inversión? ¿Podré llevar mi dinero de regreso a mi país de origen o se encontrará este ‘atado’ al país donde invertí? ¿Voy a ser tratado en dicho país de manera desventajosa frente a otros inversionistas? ¿Puedo ser privado de mi inversión, o del valor de la misma, por parte

22. Dunker Morales Vela, “Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas”, *Iuris Dictio* 7 (2011): 48.

23. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el Reino de España —TBI Perú – España—.

de dicho Estado extranjero? Las respuestas a dichas preguntas serán fundamentales en la decisión de un inversionista extranjero al elegir invertir en un Estado en lugar de otro, más allá de los posibles mayores beneficios económicos y financieros que uno de estos ofrezca”.²⁴

En respuesta a dichas interrogantes y para promover el flujo de inversiones extranjeras, distintas jurisdicciones se han preocupado por reconocer, en favor del inversionista —a través de la suscripción de los respectivos Tratados de Inversión— una serie de derechos, estándares o garantías.

A continuación, analizaremos algunos de los más relevantes.

1. Trato Justo y Equitativo.

Es difícil, para fines prácticos, establecer una definición específica del estándar del trato justo y equitativo; sin perjuicio de ello, el objeto y propósito del mismo —como bien se ha señalado²⁵— es conceder al inversionista extranjero una amplia protección orientada a un ambiente estable y predecible en el cual desarrolle y optimice su inversión. Esta amplia protección está asociada a expectativas legítimas, la buena fe, el debido proceso, no arbitrariedad, el principio de no discriminación, y la estabilidad.²⁶

Un ejemplo de violación a este derecho lo encontramos en el caso «Duke c. Perú», en donde el inversionista invocó tal circunstancia: “[l]a Demandante sostiene que la Demandada violó el es-

tándar mínimo de tratamiento al (1) no satisfacer las expectativas legítimas de Duke Energy sobre un marco jurídico estable y predecible para su inversión, y (2) no abstenerse de adoptar conductas arbitrarias”.²⁷

En cuanto al modo como suele ser regulado este estándar, un buen ejemplo lo tenemos en el TLC Estados Unidos - Perú:

“Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato

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

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

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

24. José Daniel Amado y Bruno Amiel, “La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras”, *Themis* 50 (2015): 61.

25. Harold C. Lantan, “Introducción al Arbitraje de Inversión”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de El Salvador* 11 (2015), 71.

26. Al respecto: Debora Prutsky, “La viabilidad del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para el Perú: Posibilidades a pesar de las críticas de Argentina, Ecuador, Bolivia y Venezuela” (tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013), https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5246/PRUTSKY_DEBORA_CENTRO_INTERNACIONAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

27. Duke Energy International Peru Investment No. 1, LTD. vs. República del Perú —Caso CIADI No. ARB/03/28—, Laudo del 18 de agosto de 2008, ¶271.

(b) «protección y seguridad plenas» exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo”.²⁸

Finalmente, y sin perjuicio del modo de cómo esté regulado este derecho en el respectivo Tratado, lo cierto es que la valoración de las circunstancias dependerá del caso en concreto y del criterio del Tribunal, pues muchas veces se ha llegado a interpretaciones bastante disímiles sobre lo que corresponde entender como violación del “trato justo y equitativo”.

2. Expropiación.

Esta garantía impone la obligación para el Estado receptor de que, en caso de expropiación al inversionista, se le otorgue una “pronta, adecuada y efectiva compensación”.

Este estándar fue originalmente formulado por el entonces Secretario de Estado estadounidense, Cordell Hull, quien acuñó el término en una nota diplomática al gobierno mexicano relativa al programa de expropiaciones de la reforma agraria en ese país, que afectaba intereses americanos. El elemento “pronta” se refería al pago a tiempo, sin demora injustificada, de la compensación. A su vez, “adecuada” hacía referencia a la valoración plena, mientras que el rubro “efectiva” buscaba asegurar que el pago al inversionista fuera efectuado en moneda convertible que le permita la disponibilidad del referido pago mediante una transferencia internacional.²⁹

Es más, hoy en día la mayoría de los Acuerdos Internacionales de Inversión contemplan que la compensación debe reflejar el precio real de la inversión. Para este propósito, se hace la referencia al valor de mercado, al valor justo de mercado o al valor genuino de los activos tomados por parte del Estado receptor de la inversión.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que cuando se habla de “expropiación” en el ámbito de las inversiones, ello incluye tanto a la expropiación directa —en cuyo caso el Estado adquiere forzosamente la propiedad de los bienes del inversionista—, como la indirecta —también llamada “expropiación regulatoria”—, en donde el Estado, aun cuando no adquiera la posesión directa ni realice a su favor una transferencia formal con respecto al título —patrimonio— del inversor, lo que hace es tomar medidas —imposición de tributos, regulaciones o cualquier otro acto de naturaleza confiscatoria— que tienen un efecto equivalente a la expropiación directa —siendo de cargo del inversionista probar la pérdida casi total del valor de la inversión—.³⁰

La legislación peruana no ha regulado de forma expresa a la expropiación indirecta, pero tenemos algunos ejemplos de ello en el Derecho Internacional.

Así, el *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* recoge la perspectiva estadounidense sobre el Derecho Internacional con relación a la expropiación en los siguientes términos:

“A state is responsible under international law for injury resulting from:

(1) a taking by the state of the property of a national of another state that (a) is not for a

28. Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, Artículo 10.5.

29. Ricardo de Urioste Samanamud, “La expropiación indirecta en el Derecho Internacional de las Inversiones y el derecho a la propiedad en la Corte Europea de Derechos Humanos”, *Revista de Economía y Derecho* 10 (39), 2013.

30. Caso N° ARB (AF)/97/1- Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, Laudo del 30 de agosto del 2000, ¶ 103.

public purpose, or (b) is discriminatory, or (c) is not accompanied by provision for just compensation.

(2) a repudiation or breach by the state of a contract with a national of another state (a) where the repudiation or breach is (i) discriminatory; or (ii) motivated by noncommercial considerations, and compensatory damages are not paid; or (b) where the foreign national is not given an adequate forum to determine his claim of repudiation or breach or is not compensated for any repudiation or breach determined to have occurred".³¹

En el caso de los Tratados suscritos por el Perú, podemos encontrar la definición de ambos términos en el Capítulo sobre Inversión del TLC con los Estados Unidos. Según dicho Tratado, la expropiación directa es una "en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio", mientras que la indirecta supone "un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio".³²

Asimismo, el TLC establece algunas premisas básicas a efectos de determinar si determinada regulación normativa por parte del Estado receptor cumple con las exigencias mínimas para ser catalogada de "expropiación indirecta":

"La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores: (i) el impacto económico del acto

gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental".³³

3. Plena Protección y Seguridad.

Esta garantía supone que el Estado garantice la seguridad física de la inversión, el inversor, y sus operaciones.

En este sentido, se ha dicho que

"la protección y seguridades plenas se relaciona con las omisiones del estado para proteger una inversión, cuando el daño y/o menoscabo ha sido ocasionado por alguna entidad que, de una u otra manera, depende del estado y éste no fue lo suficientemente diligente para prevenirlo. Es una obligación del estado sede de la inversión de proteger al inversionista constante y plenamente".³⁴

Por ejemplo, el TBI suscrito entre el Perú y España regula en su artículo 3 el estándar de "protección" en los siguientes términos:

"1. Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, por inversores de la otra parte contratante y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones.

31. Restatement of the Law (Third) The Foreign Relations Law of the United States.

32. Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, Anexo 10-B.

33. *Ibid.*

34. Franz Kundmüller Caminiti y Roger Rubio Guerrero, "El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte", *Lima Arbitration* 1 (2006): 102.

2. Cada Parte Contratante concederá las autorizaciones necesarias en relación con estas inversiones y permitirá, en el marco de su legislación, la ejecución de contratos laborales, de licencia de fabricación, asistencia técnica, comercial, financiera y administrativa.

3. Cada Parte Contratante otorgará igualmente, cada vez que sea necesario, las autorizaciones requeridas en relación con las actividades de consultores o expertos contratados por inversores de la otra Parte Contratante”.³⁵

Por su parte, la regulación de esta garantía en el TLC Estados Unidos - Perú está más asociada a un adecuado nivel de protección “policia”:

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

(...)

b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policia que es exigido por el derecho internacional consuetudinario” —el subrayado es nuestro—.³⁶

4. Medidas Arbitrarias y/o Discriminatorias —Impairment—.

Este estándar, también conocido como el “principio de trato nacional”, requiere que el Estado no tome acciones que puedan impedir —*impair*— el aprovechamiento de una inversión de

forma arbitraria o irracional, o que discrimine de forma injusta contra la inversión o el inversor.

Así, se busca eliminar la discriminación hacia las inversiones extranjeras, dando al inversionista y a las inversiones protegidas por un BIT o TLC un tratamiento no menos favorable que el otorgado a los inversionistas nacionales de cada Estado parte. De este modo, los Estados deben actuar en un sentido negativo como positivo. Sobre lo primero, desistiéndose de implementar medidas discriminatorias o de dar a los extranjeros un trato menor que el dado a sus nacionales, de manera injustificada, tanto en lo que se refiere a la promulgación y aplicación de normas y reglamentos; y respecto de lo segundo, promoviendo la posición del inversionista extranjero al nivel de los inversores nacionales.³⁷

Asimismo, “no es esencial para que el inversionista pruebe la violación de esta garantía el establecimiento de la mala fe (*mala fides*) por parte del Estado receptor que adopta la medida discriminatoria o arbitraria que afecta la inversión”.³⁸

5. Nación Más Favorecida — NMF.

La cláusula NMF impone a los Estados parte del Tratado la obligación de garantizar a los inversionistas de la nacionalidad de uno de estos Estados y a su inversión un trato no menos favorable que el trato otorgado a un inversionista de la nacionalidad de un tercer Estado. Es decir, se permite que los inversionistas se beneficien del tratamiento más favorable otorgado por un tercer TBI.

Entonces, para que una cláusula NMF opere es necesario que exista una relación entre por lo

35. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el Reino de España —TBI Perú - España—, Artículo 3.

36. Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, Artículo 10.5.

37. Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (New York: Oxford University Press, 2008), 178.

38. Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Londres: Sweet and Maxwell, 2004), 584, citado de Harold C. Lantan, “Introducción al Arbitraje de Inversión”.

menos tres Estados. El Estado A —Estado receptor de la inversión— que se obliga con el Estado B —Estado beneficiario— mediante un Tratado, y cuyos derechos y beneficios se extienden al Estado C.³⁹

Es así como los inversionistas extranjeros podrán hacer valer las disposiciones del BIT o TLC que más les favorezcan, aun cuando dicho acuerdo no haya sido suscrito por su estado de origen, otorgándoles así mayores beneficios y mejores condiciones para sus inversiones.

Cabe señalar, finalmente, que la aplicación de esta obligación no es uniforme, pues podemos apreciar decisiones que van desde un rango de tutela pro-inversor, en virtud del cual se le permite a éste beneficiarse de manera amplia de todos los atributos, beneficios y garantías establecidos en un TBI del cual su Estado no formó parte —«Maffezzini c. España»—, a una aplicación más conservadora, de acuerdo con la cual la aplicación de los beneficios establecidos en el BIT ajeno se limita a las protecciones sustantivas, sin extenderlas al procedimiento en sí —«Plama c. Bulgaria»—.

6. Cláusulas Paraguas.

En general en el arbitraje de inversión no se discuten aspectos meramente de incumplimientos contractuales entre el inversionista y el Estado receptor, sino situaciones que hayan configurado violaciones a los derechos del inversionista reconocidos en el Tratado o la fuente —instrumento— de reconocimiento.

En efecto, no se deben confundir las obligaciones derivadas del Contrato Estado-Inversor, de las obligaciones que nacen del respectivo Tratado. Como tal, la violación de un contrato no constituye en sí misma una violación de obliga-

ciones internacionales, aun cuando en algunas circunstancias los hechos que rodean el incumplimiento del contrato puedan llegar a constituir la violación de una obligación internacional incluida en el tratado de inversión.⁴⁰

En esta línea, un comité *ad hoc* del CIADI describió las diferencias entre el incumplimiento de un tratado y el incumplimiento de un contrato en el caso «Vivendi» de la siguiente manera:

“95. En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los Artículos 3 y 5 del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y viceversa, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado “Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito”: La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

96. De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable — en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato.”⁴¹

39. Stephan Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (New York: Cambridge University Press, 2009), 121.

40. María del Carmen Tovar, “Con o sin paraguas”, 141.

41. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. La República Argentina —Caso CIADI No. ARB/97/3—, Decisión sobre la anulación del 3 de julio de 2002, ¶¶ 95-96.

Pese a esta distinción, de forma excepcional algunos Tratados regulan las denominada “cláusula paraguas” —*umbrella clause*—, la cual tuvo su origen en la propuesta —1953-1954— que hizo Eliu Lauterpacht a la Anglo Iranian Oil Company en referencia con la transacción derivada de la nacionalización iraní de las concesiones petroleras. El especialista esperaba que el contrato que acordaran las empresas petroleras con Irán fuera incorporado a un Tratado con el objeto de que cualquier infracción al contrato lo fuera al mismo tiempo al Tratado. Lo que pretendía, por consecuencia, es que, surgida una controversia sobre el acuerdo, ella no fuera competencia de las cortes iraníes, sino abrir las puertas a un mecanismo internacional de solu-

ción de controversia. Si bien la idea no prosperó, fue el génesis de este tipo de cláusulas, existiendo precedentes en el arbitraje internacional del conocimiento de casos que involucran un pronunciamiento sobre dichas cláusulas.⁴²

Entonces, gracias a la cláusula paraguas, independientemente de las garantías sustantivas clásicas incluidas en el Tratado —no discriminación, trato justo y equitativo, garantías contra la expropiación. etc.—, existirá una obligación adicional asumida por los Estados de cumplir con las obligaciones contractuales en favor del Inversionista, y la inobservancia de ellas podrá ser llevada a arbitraje internacional como si se tratase del incumplimiento del Tratado mismo.⁴³

42. Harold C. Lantán, “Introducción al Arbitraje de Inversión”, 70.

43. Ver, por ejemplo, Fedax NV c. República de Venezuela —Caso ARB/96/3—, SGS Societé Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán —Caso ARB/01/13—, Eureko B.V. c. República de Polonia, Noble Ventures, Inc. —arbitraje ad hoc— y Noble Ventures, Inc c. Rumania —Caso ARB/01/11—.