

Con o Sin Paraguas

María del Carmen Tovar *

La doctora María del Carmen Tovar nos ilustra con una explicación muy práctica sobre los mecanismos naturales que tiene todo inversionista para proteger su inversión; y analiza la relevancia de las llamadas cláusulas paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión. Esto con el objetivo de determinar cuándo un incumplimiento contractual trasciende el ámbito nacional y se convierte también en una violación al derecho internacional.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomatura en Asesoría de Empresas en la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho con Mención en Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia del Estudio Echeopar Abogados.

Con o sin Paraguas

1. Introducción

El arbitraje de inversión y los temas relacionados al mismo vienen difundándose cada vez más, no solo a nivel de los profesionales dedicados al arbitraje, sino también en nuestras universidades, incluso en los cursos regulares de las facultades de derecho.

He tenido la oportunidad de apreciar entre mis alumnos un creciente interés en el tema y he identificado cierta confusión respecto de los espacios que en una relación corresponden a la legislación nacional, a los contratos y a los tratados y a la forma como, llegado el momento, debe plantearse una controversia.

Atendiendo a las inquietudes de quienes sin ser expertos tienen interés en familiarizarse con estos temas, vamos a dedicar este espacio a esbozar una explicación, lo más sencilla posible, sobre cuándo corresponde acudir a un tratado de inversión para reclamos vinculados a la ejecución de un contrato.

No buscamos desarrollar en forma exhaustiva la riquísima problemática que ofrece el tema. Solo aspiramos a una explicación en los términos más simples posibles de la problemática que involucran las controversias de inversión que surgen alrededor de un contrato.

2. Las Inversiones

Un extranjero que quiere establecerse en el país puede hacerlo en muy distintas formas dependiendo de la actividad económica que vaya a realizar.

Si por ejemplo va a producir los bienes, probablemente tendrá que invertir en construir una fábrica y si además de producir bienes va comercializar, invertirá en una cadena de distribución y venta de sus bienes. En este caso, probablemente requerirá algunas licencias para funcionar e incluso, dependiendo de la actividad, algunos permisos adicionales. Si los bienes que produce generan impactos puede ser que requiera adicionalmente de la aprobación de instrumentos ambientales para obtener estas licencias y esto incrementará la exposición del inversionista con el Estado.

Hay muchas actividades que el inversionista puede desarrollar y para las cuales los contratos que requiere solo involucran relaciones con empresas privadas y no con el Estado.

Para algunas actividades, el empresario requerirá de un grado de relación mayor con el Estado. Tendremos así, que por ejemplo quien quiere operar un banco en el país estará sujeto no sólo a que se le otorguen licencias para tal efecto, sino que estará

controlado por regulaciones intensas. No necesita sin embargo, en principio, firmar un contrato con el Estado.

En otros casos, sin embargo, la actividad conlleva suscribir un contrato con el Estado. En esta situación, normalmente, la existencia del contrato va orientada no sólo a regular la relación sino a establecer reglas estables para el inversionista. Aquí la relación con el Estado será más intensa y el inversionista será sujeto a regulaciones y controles en forma constante. Así, por ejemplo, quien quiera producir electricidad o administrar una carretera en el Perú, no sólo deberá obtener permisos y autorizaciones propios de la actividad sino que suscribirá contratos de concesión con el Estado.

Es así que el inversionista que ha obtenido permisos y autorizaciones para el desarrollo de una actividad y/o ha suscrito un contrato con el Estado, estará regido para sus relaciones por las regulaciones de las normas y/o las estipulaciones del contrato. Asimismo, estará normalmente sujeto a supervisiones por organismos del Estado que tienen la misión de cuidar que se cumplan las obligaciones contractuales y que se cautelen los intereses públicos. Esto puede ser para cuidar los ahorros de los ciudadanos, los recursos naturales, el medio ambiente y/o la salud de los pobladores, entre otros.

3. Los contratos como vehículos de inversiones

Cuando hablamos de contratos en este comentario estamos hablando de contratos que por sus características sean el vehículo de una inversión.

La doctrina y la jurisprudencia han definido determinados requisitos que deben satisfacerse para determinar cuándo un contrato califica como inversión.

No vamos a centrarnos aquí en desarrollar en extenso cuándo un contrato califica como inversión. Recordemos que solo la doctrina y los tribunales arbitrales internacionales analizan que un contrato puede considerarse que es una inversión cuando se verifique que: (i) exista una contribución o aporte económico; (ii) existe una cierta duración de la operación; (iii) se espere una cierta regularidad en la ganancia (iv) existe riesgo; (v) se contribuya al desarrollo del país.

Hay una vasta jurisprudencia sobre este tema y diversos matices sobre cada una de estas condiciones que no vamos a desarrollar aquí. Solo queremos rescatar que hay condiciones para determinar cuándo un contrato se considera inversión y que esas condiciones se han ido definiendo y afinando por la jurisprudencia, especialmente a partir del test impuesto a partir del caso de *Salini con Marruecos*:

Vemos así que en *Salini* el Tribunal dijo:

"The doctrine generally considers that investment infers: contributions, certain duration of performance of the contract and the participation in the risks of the transaction... In reading the convention preamble, one may add the contribution to economic development of the host state of the investment as an additional condition.

In reality these various elements may be interdependent. Thus the risk of the transaction may depend on the contributions and the duration of the performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for sake of reasoning, the tribunal considers them individually here".¹

4. Punto de Partida: Sin Paraguas

La Cláusula Paraguas ha generado interesantes debates y se ha escrito mucho sobre ella. De algún modo se ha convertido en un tema *vedette* en los foros de arbitraje de inversión.

Creo, sin embargo, que para quienes se acercan por primera vez al tema y necesitan entenderlo desde cero, es mejor primero hacer el análisis de situaciones en las que no existe una Cláusula Paraguas.

Vamos pues a hacerlo así. Miremos como juegan las distintas relaciones del inversionista que tiene un contrato al amparo de la legislación nacional del Estado y cuya inversión tiene también la protección de un Convenio o Tratado de Protección de Inversiones que no incluye la famosa Cláusula Paraguas.

Empezaremos primero pues "sin paraguas" para que una vez que sintamos que disipamos dudas en la situación sin paraguas, nos demos el lujo de abrir el paraguas para complementar el análisis.

4.1 Los Instrumentos que dan marco legal o protección a las inversiones.

Para iniciar nuestro análisis es importante ver los distintos instrumentos que establecen un marco legal para la inversión y cómo juegan estos entre sí a efectos de un posible reclamo por un inversionista.

¹ Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. contra el Reino de Marruecos, Caso CIADI N° ARB/00/4, Laudo de Jurisdicción, 31 de julio de 2001.

Entonces, a partir de aquí para este comentario, cuando hablemos de un contrato nos referimos a uno que pueda considerarse como una inversión, dado que cumple con las mencionadas condiciones para ser considerado como tal. Nos estaremos pues poniendo en el caso, de un inversionista que durante la ejecución de su contrato considera que el contrato se ha incumplido y que alega que este incumplimiento origina responsabilidad del estado receptor de la inversión.

4.1.1 El Derecho Nacional

Las normas nacionales de derecho interno del país establecen las reglas a las que se sujetan quienes desarrollan actividades económicas y empresariales. Estas reglas establecen las condiciones que tienen que cumplir las empresas que realizan una actividad pero recogen también las garantías que reconoce y otorga a los inversionistas el marco legal general del Estado receptor.

En nuestro país desde las normas constitucionales encontraremos regulaciones que dan marco y además protección a las inversiones. Esto se desarrolla luego en las leyes y reglamentos del país.

Así, si tomamos como ejemplo la actividad de transmisión eléctrica, veremos que el Estado tiene establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas y normas complementarias y reglamentarias, normas específicas sobre qué requisitos y condiciones deben cumplir los interesados en desarrollar esta actividad así como las obligaciones que deberán observar y cumplir.

De otro lado, la propia legislación establece garantías para los inversionistas y empresarios que realizan las actividades. Esto se da, como hemos dicho, con carácter general desde que la Constitución incorpora principios tales como los de:

- Igualdad y no discriminación
- Libre iniciativa privada
- Libertad de organización empresarial
- Libre distribución de dividendos
- Garantía contra la expropiación

Estos principios se desarrollan luego en normas legales generales como el Decreto Legislativo 757 que incluye además normas de publicidad, transparencia y garantías administrativas y el Decreto Legislativo 662 que establece normas de protección a las inversiones e incluso ofrece como garantía adicional la posibilidad de acceder a convenios de estabilidad jurídica.

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

4.1.2 El Contrato

Como acabamos de anticipar, para algunas actividades los inversionistas firman con el Estado contratos que sirven de marco a sus relaciones.

Probablemente los contratos más frecuentes y que nos ilustran mejor esta situación son los contratos de concesión. Siguiendo así el ejemplo que hemos propuesto, cuando el Estado convoca para que un inversionista privado construya y opere una línea de transmisión eléctrica del sistema garantizado, firmará con la empresa que resulte adjudicada un contrato. En él se establecerán las disposiciones que regulen sus relaciones. Como hemos indicado ya, entre las disposiciones del contrato habrá sin duda aquellas que debe cumplir el inversionista, pero estarán también disposiciones que lo protegen.

4.1.3 Los Tratados

Finalmente, encontramos que el Perú, como otros muchos Estados, ha firmado Convenios Bilaterales de Inversiones y Tratados de Libre Comercio que contienen un capítulo de protección de inversiones. En estos tratados internacionales, los Estados reconocen mutuamente a los inversionistas de la otra parte contratante garantías para ejecutar sus inversiones en el Estado contraparte y quedan obligados por las protecciones ofrecidas.

El Perú tiene vigentes acuerdos sobre protección de inversiones ya sea bajo Convenios Bilaterales de Inversión con los siguientes países:

	País
1	Alemania
2	Argentina
3	Australia
4	Bolivia
5	Canadá*
6	Chile*
7	China*
8	Colombia
9	Cuba
10	Dinamarca
11	Ecuador
12	El Salvador
13	España
14	Estados Unidos*

15	Finlandia
16	Francia
17	Italia
18	Islandia*
19	Liechtenstein*
20	Japón*
21	Malasia
22	México*
23	Noruega*
24	Países Bajos
25	Panamá*
26	Paraguay
27	Portugal
28	Reino Unido
29	República Checa
30	República de Corea*
31	República de China
32	Rumania
33	El Salvador
34	Suecia
35	Singapur*
36	Suiza*
37	Tailandia
38	Unión Econ. Bélgica - Luxemburgo
39	Venezuela

Asimismo, el Perú tiene también Tratados de Libre Comercio en los que se incluye un capítulo de protección a las inversiones. Este es el caso de los países que hemos marcado en el cuadro anterior con un asterisco. Con estos países, además de un convenio bilateral de inversión existe un tratado de libre comercio que incluye un capítulo de protección de las inversiones.

El Perú tiene además Tratados de Libre Comercio con capítulos de protección a las inversiones con Estados Unidos de América (desde: 01/02/2009), Corea del Sur (desde: 01/08/2011) y Costa Rica (desde: 01/06/2013).

En estos Tratados los Estados reconocen mutuamente a los inversionistas de la otra parte contratante una serie de garantías a la inversión. Las garantías más frecuentemente incluidas en estos Tratados son las siguientes:

- Trato nacional y Nación más favorecida
- Nivel Mínimo de Trato

- Garantías contra expropiaciones
- Libertad de transferencias de divisas
- Facilidades recíprocas respecto de ejecutivos y órganos de empresas

4.2 Por qué hay reglas en distintos instrumentos

Podríamos preguntarnos por qué un Estado que ya está otorgando protección a la inversión extranjera en su Constitución y en sus Leyes ofrece firmar contratos y otorga adicionalmente protección a través de Convenios Internacionales.

Quizá la respuesta pueda resumirse en la palabra "estabilidad".

Cuando se trata de inversiones y especialmente de inversiones cuya recuperación solo es posible en un largo plazo, el inversionista no solo necesita que la garantía o protección a su inversión exista al momento de efectuarla, sino tener la certeza y tranquilidad de que se mantendrá en el tiempo.

Desde luego, establecer un marco de protección a las inversiones en normas de alta jerarquía como es la Constitución del Estado, da estabilidad. Si para que el Estado modifique el marco legal se requiere cambiar la Constitución, ello supone procedimientos formales y mayorías exigentes y por lo tanto hay un grado de estabilidad que no se puede despreciar. Sin embargo, pese a ello, la capacidad de modificar las normas es unilateral y residirá en el propio Estado receptor de la inversión.

El contractualizar la relación con el inversionista también ayuda a dar estabilidad. Al entrar a un contrato los derechos y obligaciones y las garantías que se incorporan al contrato pasan a ser obligaciones exigibles que, en principio, no podrán ser unilateralmente desconocidas. Sin embargo, la base y validez del contrato en cuestión reposará en la legislación interna y dependerá finalmente de ella.

A diferencia de esto, cuando los Estados se comprometen mutuamente a otorgar garantías a las inversiones de la otra parte contratante en sus territorios, ésta protección viene con un mayor blindaje. A través de estos acuerdos las garantías del tratado pasan a ser obligaciones internacionales que no se afectan por un cambio de legislación interna de uno de los Estados parte. Para que las obligaciones incluidas en los tratados queden sin vigor y dejen de ser exigibles, el tratado deberá ser dejado sin efecto y para que ello ocurra aplicará lo establecido por el propio tratado.

Con el objeto de dar a las inversiones la estabilidad que requieren, los tratados de protección de inversiones incluyen cláusulas que hacen que salir del Tratado suponga un proceso formal y un tiempo determinado. Pero además y lo que es más importante, contienen cláusulas que protegen ultractivamente a las inversiones. Estas cláusulas

conocidas como Cláusulas Sunset o Survival, establecen protección ultractiva para las inversiones realizadas durante su vigencia. Así, en los tratados de inversión firmados por el Perú, encontraremos que el tratado no puede ser denunciado en un plazo de quince años desde su entrada en vigor, pero además cuando pasado este periodo, el convenio se torna en indefinido y si bien puede ser denunciado en cualquier momento, las inversiones hechas bajo su vigencia se mantendrán protegidas por periodos de hasta quince años después de su terminación.

Esto hace que las inversiones que gozan de la protección de un tratado blinden mejor a los inversionistas a los que alcanza el acuerdo.

Es por ello que los Estados que quieren ofrecer un ambiente propicio para la inversión no sólo establecen marcos legales internos favorables a la inversión, sino que también entran en acuerdos internacionales que complementan este marco legal y lo hacen más atractivo.

4.3 Responsabilidad que un mismo hecho puede generar respecto bajo cada instrumento

En este contexto vemos que un inversionista, por una misma inversión, puede eventualmente tener acceso a diversos niveles de protección. En tal sentido, puede, basado en uno u otro instrumento, considerar que se han afectado reglas o garantías que le han sido concedidas para desarrollar su actividad.

Vamos primero a centrarnos en cómo se puede dar la afectación en los distintos niveles, sin definir cuáles son los mecanismos para reclamar la afectación. Luego, regresaremos a este tema.

Para ver cuándo un inversionista puede considerar que se ha vulnerado sus derechos y antes de estudiar cómo puede formular un reclamo, habrá que identificar cuál es la disposición o norma legal que considera que lo protege y que alega se está afectando. Esto es importante para que pueda definir correctamente su reclamo y los medios que tiene a su alcance para formularlo.

En realidad, los mismos hechos que pueden constituir el incumplimiento de un contrato, y/o la infracción del marco legal nacional, podrían también haber violado una garantía del tratado internacional. En ese orden de ideas, una determinada situación puede eventualmente llegar a constituir una afectación a un contrato, a normas legales de derecho interno y a obligaciones internacionales.

Sin embargo, que esta situación pueda darse, no significa en absoluto que en principio el incumplimiento de un contrato o la infracción de normas legales de derecho interno constituyan de por sí la afectación de garantías otorgadas a través de un convenio

internacional de inversiones y como tal de obligaciones internacionales asumidas por el estado receptor de la inversión.

Es por ello que cuando un inversionista invoca el Tratado de Protección a las Inversiones con ocasión del incumplimiento de su contrato o de hechos relacionados a la ejecución del mismo, es preciso ser cuidadosos en verificar si este incumplimiento o hechos, pueden llegar a constituir por sí mismos una afectación a las garantías otorgadas en el tratado de inversión. Esto no siempre será fácil de determinar.

Si el inversionista considera que el Estado ha infringido una ley que establece, por ejemplo, un determinado tratamiento tarifario o un régimen de beneficios tributarios, su reclamo estará basado en principio en la violación de una norma nacional y podrá reclamar de ella de conformidad en base a la propia legislación nacional. Esta infracción no será a priori una violación de un tratado internacional, aunque si va acompañada de determinadas circunstancias eventualmente puede llegar a ser también una infracción al derecho internacional.

Igualmente, si el inversionista tiene un contrato de concesión en el que el Estado ha asumido determinadas obligaciones y considera que se han violado las disposiciones contractuales podrá reclamar del presunto incumplimiento. Este incumplimiento al ser un incumplimiento al contrato no es ni más ni menos que eso y no supone de por sí un incumplimiento de obligaciones internacionales del estado. Sin embargo, podría, alrededor de este incumplimiento, darse situaciones que lleven a que además de un incumplimiento de obligaciones contractuales, haya el incumplimiento de obligaciones internacionales.

Esto ha sido reconocido así en la jurisprudencia. Es ilustrativo a este respecto el caso Iberdrola Energía S.A. con La República De Guatemala.

En este caso el Tribunal Arbitral señaló lo siguiente:

"El Tribunal no puede entrar a conocer el debate sobre derecho interno que, en forma reiterativa, ha planteado la Demandante y señalar el vínculo, en el contexto del derecho internacional, - que no ha establecido la Demandante -entre los actos del ente regulador guatemalteco, del MEM y de las cortes guatemaltecas y los estándares del Tratado.

Es cierto, como lo señala la Demandante, que la legalidad de la conducta de un Estado a la luz de su derecho interno no conduce necesariamente a la legalidad de esa conducta según el derecho internacional. Pero no es menos cierto que si el Estado actuó invocando el ejercicio de sus facultades Constitucionales, legales y reglamentarias, mediante las cuales interpretó de una determinada manera su normatividad interna, un tribunal CIADI, constituido al amparo del Tratado, no puede determinar que tiene competencia para juzgar, según el derecho internacional, la interpretación que ha hecho el Estado de su normativa interna simplemente porque el

inversionista no la comparte o la considera arbitraria o violatoria del Tratado." ²

Vemos pues que en esta jurisprudencia se señala con claridad la distinción mencionada. No cabe pretender que por el hecho de que un Estado haya otorgado garantías a la inversión extranjera toda discusión sobre el derecho nacional se convierte en una controversia de carácter internacional. La normativa nacional y la interpretación de los alcances de las mismas constituyen una cuestión de derecho nacional y no de derecho internacional en tanto no se den circunstancias que violen específicamente la garantía otorgada en un tratado.

El Tribunal añadió en ese sentido:

"No basta, en consecuencia, que la reclamante convenza al Tribunal de que su interpretación de las normas guatemaltecas y de los modelos técnicos y Económicos es la correcta y que es equivocada la adoptada por la CNEE.

Tampoco basta con etiquetar su propia interpretación de los antecedentes de la LGE y el RLGE de "legítimas expectativas", ni es suficiente calificar a las interpretaciones del órgano regulador de Guatemala o a las decisiones de sus cortes, para persuadir al Tribunal de que debe resolver la controversia de derecho local como una violación del Tratado. Tampoco basta con etiquetar la interpretación de la CNEE o de las cortes como "arbitraria" para que el Tribunal considere que existe una genuina reclamación de que Guatemala violó el estándar de trato justo y equitativo o que se dio una verdadera controversia internacional respecto de una expropiación, porque la Demandante considera que el criterio financiero que usó Bates White para calcular el VAD es el correcto y todos los demás, (incluido el VAD propuesto por uno de los ejecutivos de EEGSA), erróneos. O que las interpretaciones de la LGE y del RLGE, respaldadas por las cortes de Guatemala, son violatorias del Tratado porque no coinciden con las de Iberdrola."³

En consecuencia, es claro que para que una discusión de los alcances de las regulaciones internas del Estado receptor de una inversión, se dé en el contexto de un tratado de inversión, el reclamo no puede simplemente basarse en discrepancias sobre la aplicación del derecho interno, sino que tienen que existir elementos concretos, que revelen un incumplimiento de una garantía otorgada por el tratado. Ello no significa que la discusión de la aplicación de la norma no pueda tener relevancia pero, ello no es suficiente.

² Iberdrola Energía S.A. contra la República de Guatemala, Caso CIADI N° ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012.

³ Iberdrola Energía S.A. contra la República de Guatemala, Caso CIADI N° ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012

Vemos asimismo que el Comité Ad-Hoc del CIADI que vio el procedimiento y emitió el laudo de Anulación del caso VIVENDI con la República Argentina señaló lo siguiente:

“En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento de 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 es por cierto el caso de estas cuestiones TBI...”⁴

Añadió además:

“... son cuestiones distintas las de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento del 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, en otras palabras el derecho de Tucumán. Por ejemplo, en el caso de una reclamación basada en un tratado, se aplican las reglas internacionales acerca de la atribución, con el resultado que el Estado Argentino es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales. Por otra parte, el Estado Argentino no es responsable por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán, que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable del cumplimiento de sus contratos...”.

El Comité consideró además válida la afirmación que había hecho el Tribunal Arbitral que vio el caso y que señalaba que:

“el hecho de que una autoridad pública pueda haber sido ilícito en su derecho interno no significa necesariamente que el hecho sea ilícito en derecho internacional, por violación de un tratado o de cualquier otra manera. La conclusión de los tribunales nacionales de que un hecho es ilícito puede ser pertinente para argumentar que ha sido también arbitrario. Sin embargo, en sí misma y nada más porque lo acompañe, la ilicitud no puede decirse que equivalga a arbitrariedad- Tampoco de la conclusión de un tribunal interno de que un hecho es injustificado, irrazonable o arbitrario cabe deducir que ese hecho deba considerarse necesariamente como arbitrario en derecho internacional, aunque la calificación dada al hecho impugnado por una autoridad interna pueda constituir una indicación valiosa.”⁵

⁴ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) contra la República de Argentina, Caso CIADI N° ARB/97/3, Laudo sobre Anulación, 3 de julio de 2002.

⁵ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) contra la República de Argentina, Caso CIADI N° ARB/97/3, Laudo sobre Anulación, 3 de julio de 2002

Queda claro que el incumplimiento del contrato no constituye en sí mismo una violación de las garantías de un tratado. Desde luego que el incumplimiento del contrato o hechos que acompañan al mismo podrían llegar a constituirlo. Pero el análisis no puede residir en el cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones de contrato, pues esto es materia del derecho interno del estado. El análisis debe estar enfocado y llevar a que se demuestre que la garantía misma que se ha otorgado ha sido infringida y que por ello puede generarse la responsabilidad del Estado.

5. Abriendo el Paraguas

Como hemos visto, en principio existe reconocida una distinción entre las obligaciones de un contrato y de un tratado. Como tal, la violación de un contrato no constituye en sí misma una violación de obligaciones internacionales, aunque en algunas circunstancias los hechos que rodean el incumplimiento del contrato o incluso el propio incumplimiento del mismo, puedan llegar a constituir la violación de una obligación internacional incluida en el tratado de inversión.

Sin embargo, se da el caso que, algunos tratados de protección de inversiones contienen una cláusula que ha llevado a que se alegue que, independientemente de las garantías sustantivas clásicas incluidas en el tratado (no discriminación, trato justo y equitativo, garantías contra la expropiación etc.), existe una obligación adicional asumida por los Estados, de cumplir con las obligaciones contractuales. Esta cláusula es llamada cláusula paraguas.

Las llamadas clausulas paraguas contienen entonces disposiciones que establecen algo como que: "Cada Parte Contratante observará cualquier obligación en la que haya entrado con respecto a sus inversiones" o " Cada Parte Contratante observará cualquier obligación en la que haya entrado con el Inversionista o la Inversión de cualquier otra Parte Contratante".

Cuando un tratado contiene una cláusula similar a alguna de estas se abre la discusión de los alcances de esta obligación. Se discute si esta obligación es en sí misma una obligación autónoma, distinta de las otras obligaciones ya asumidas en el tratado y si como tal, esto significa que en los tratados en que se ha incorporado los estados se están obligando internacionalmente a cumplir los contratos de inversión. Si esto es así, el solo incumplimiento del contrato podría resultar en un incumplimiento del tratado.

No todas las clausulas paraguas son iguales y no todas las interpretaciones que la jurisprudencia ha venido dando sobre las distintas clausulas paraguas están alineadas. No es el propósito de este espacio entrar a desarrollar el tema de la Cláusula Paraguas.

Lo que queremos destacar es que cuando en un tratado de protección de inversiones exista una clausula paraguas se abrirá un nuevo frente de análisis respecto de una controversia que involucra el incumplimiento de un contrato.

El tema ya no se agotará como en las situaciones sin paraguas, en ver si el incumplimiento del contrato es sólo un incumplimiento del contrato, o si se han dado elementos que permitan decir que también se ha violado otra garantía, como pueda ser la de no discriminación o trato justo y equitativo.

En virtud de la cláusula paraguas tendremos que existirá la afirmación de que por medio de la misma se está garantizando el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato y por lo tanto el incumplimiento del contrato que habíamos indicado por sí mismo no constituía una violación al Tratado, podría si constituirlo.

En tal sentido, la cláusula paraguas puede estar incorporando en la esfera de las garantías de un tratado la obligación misma de contrato de inversión. Esto puede llevar a que no sea indispensable para probar la violación del tratado el acreditar la violación de una garantía, sino que puede llegar a ser suficiente demostrar el incumplimiento de un contrato de inversión.

6. Los Mecanismos para Resolver Controversias

Para terminar queremos referirnos a cómo juegan los mecanismos de solución de reclamos a los que puede acudir una parte que se siente perjudicada por un incumplimiento del Estado receptor de su inversión.

La diversidad de reglas que existen en los contratos y en los tratados para resolver controversias genera también a veces confusión de conceptos.

Por ello hemos preferido primero ver cómo se da la violación del derecho sustantivo y definir cuándo una infracción del derecho sustantivo supone una violación de normas internas y cuándo una de obligaciones internacionales.

Los mecanismos de solución de controversias son muy importantes en el derecho de inversiones, pero sin perjuicio de su importancia, son lo adjetivo. Acompañan a las garantías sustantivas y las potencian, pero no pueden confundirse con la garantía sustantiva.

Retomando lo que hemos dicho hasta aquí, si el reclamo que hace un inversionista no es otro que un reclamo de infracción a legislación interna de un estado, el foro adecuado para resolver la controversia será el foro nacional, es decir los jueces y cortes del estado receptor cuya legislación ha sido presuntamente vulnerada por actos del propio estado.

Para que una violación pueda tener acceso a los mecanismos de solución de controversias del tratado de inversión, el inversionista tendrá que estar en capacidad de demostrar que la infracción es más que una violación de legislación nacional y que se ha vulnerado obligaciones internacionales. Es decir, no será suficiente que el inversionista alegue, por ejemplo, que no conviene con la forma como se ha

interpretado una norma tributaria y con el impuesto que el Estado le cobra, tendrá que demostrar que el Estado al hacerlo, ha incurrido en una arbitrariedad que supone la violación de una garantía a la inversión. Deberá por ejemplo demostrar, que la interpretación de la norma tributaria ha sido hecha en forma arbitraria y discriminatoria, dándole un trato que no se ha dado a otras empresas en iguales condiciones que ella.

Si no hay una violación de una obligación internacional bajo el tratado, el inversionista que de por sí está sujeto a las leyes del país receptor de la inversión, debe acudir para discutir sus reclamos a las Cortes del país receptor.

Si en cambio, se trata de un contrato, el contrato tendrá por lo general un mecanismo de solución de controversias específicamente pactado. En tal sentido, si el reclamo está referido a un incumplimiento contractual que no pasa de esta esfera y no es un incumplimiento de una garantía del tratado es sólo al mecanismo contractual al que puede acceder. Si el mecanismo pactado por las partes son los jueces y cortes nacionales, éste será el foro al que se puede acudir y será además, de acuerdo con las normas de competencia jurisdiccional nacional peruana, el único foro al que se puede acudir. Esto debido a que el artículo 2058 del Código Civil considera de jurisdicción exclusiva de sus cortes los casos en que existe un pacto de sometimiento las mismas.

Sucede en el caso de los contratos, que puede darse que el mecanismo de solución de controversias del contrato, coincida con uno de los mecanismos de solución de controversias del tratado. Con relativa frecuencia el Perú incluye en sus contratos una cláusula que somete las controversias a un arbitraje CIADI. En esos casos, lo que ocurrirá es que la controversia contractual, aun cuando sea relacionada a un tema fundamentalmente de derecho nacional, queda sometida a un mecanismo internacional de solución de controversias. Esto no significa que lo que se va a discutir ante el Tribunal sea sobre la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de una obligación internacional. En este caso, la discusión pese a ser frente a un tribunal internacional, será la discusión de un contrato.

Al igual que en el caso de la violación de normas nacionales, para poder acudir a los mecanismos de solución de controversias de un tratado de inversión, el inversionista deberá estar en capacidad de demostrar no simplemente un incumplimiento del contrato, sino un incumplimiento de una garantía incluida en el tratado y como tal la infracción a una obligación internacional.

Puede sin embargo suceder, que en un caso determinado, un inversionista quiera reclamar tanto infracciones al contrato como alegar que se han vulnerado las garantías del tratado. Si se da que ambos instrumentos, contrato y tratado tienen un mecanismo de solución de controversias en común, podrá eventualmente combinarse los reclamos, en la medida que las reglas específicas sean compatibles y en la práctica lo permitan. Pero si resulta, como es frecuente, que esto no se da así, el definir una estrategia para

plantear el reclamo puede ser complejo y si el inversionista no quiere errar la vía adecuada deberá ser muy cuidadoso, dado que si lo que quiere reclamar es el incumplimiento contractual, esto no le permite, como ya hemos dicho, acudir a los medios de solución de controversias del tratado. Desde luego, si está en capacidad de demostrar ambas infracciones es factible llevar cada reclamo a su propio fuero. Pero la operación puede revestir bastante complejidad al tener ambos reclamos base en una misma situación y al invocarse seguramente en los dos casos fundamentalmente los mismos hechos.

La situación puede incluso complicarse más si se quiere ir al tratado e invocar la jurisdicción basado ya no en la infracción a las garantías mismas del tratado sino a la cláusula paraguas.

7. Conclusiones

A modo de corolario podemos decir que la problemática alrededor de los reclamos que pueden surgir de una inversión con ocasión de un incumplimiento contractual deben analizarse con cuidado para determinar si el incumplimiento en que se basa el reclamo tiene su base en el derecho nacional o en el derecho internacional. Esto es de meridiana importancia pues la falta de una correcta calificación del problema puede llevar a errar al invocar el instrumento y el mecanismo en que se funda un reclamo.