

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Pregrado

**El Alcance de la Cláusula Paraguas en los Tratados Bilaterales de
Inversión**

Daniel Enrique Castelo Guerrero

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de
Abogado

Quito

5 de Mayo 2008

©Derechos de autor
Daniel Castelo Guerrero
Mayo 2008

A mis padres por ayudarme y apoyarme siempre
A mi hermano por ser mi amigo de toda la vida
A mis abuelas por ser un modelo de familia
A mis abuelos por ser un ejemplo de superación personal

RESUMEN

Los modernos Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) contienen varios estándares de protección de inversiones cuyo alcance y significado no han sido definidos con exactitud tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Uno de éstos consiste en la llamada cláusula paraguas; la cual ha provocado un intenso debate respecto a la posición e interpretación que se debe adoptar al analizar una disposición de este tipo. Estas cláusulas, buscan colocar bajo la protección de un TBI obligaciones que el Estado haya adquirido con el inversor, de tal manera que una ruptura de estas obligaciones constituya una violación del tratado.

Varios tribunales arbitrales que han abordado el tema han llegado a conclusiones distintas respecto al alcance de este tipo de disposiciones. Por un lado, se encuentra una interpretación amplia que acepta el efecto de colocar bajo la protección de un TBI las obligaciones. Dicha posición se sustenta en la interpretación ordinaria de los términos conforme lo establece la Convención de Viena, en el análisis del origen y propósito de estas disposiciones y en los principios de efectividad y *pacta sunt servanda*.

Por otro lado, una interpretación restrictiva restringe el efecto de dichas cláusulas utilizando varios argumentos; de los cuales los más importantes consisten en que una cláusula paraguas es aplicable solo en casos en que el Estado actúe en ejercicio de su poder de soberano y, en casos en que un contrato contemple un mecanismo de solución de controversias éste debe tener primacía respecto al mecanismo establecido en el TBI.

Tras analizar las distintas posiciones que tanto la doctrina como los tribunales arbitrales han adoptado respecto al tema, consideramos que una cláusula paraguas establecida en un tratado debe, en un principio, interpretarse de una manera amplia; pero tomando en cuenta los dos límites mencionados con anterioridad.

ABSTRACT

Modern Bilateral Investment Treaties (BITs), contain various investment protection standards, which it extend and significance haven't been define with exactitude neither by doctrine nor by jurisprudence. One of these is the so-called umbrella clause that have generated a debate respect the position and interpretation to be taken at the analysis of these provisions. These clauses intend to position under the protection of a BIT, obligations that a State had undertake with an investor, in such way that a rupture of these obligations amount a violation of the treaty.

Various arbitral tribunals that have treated the theme have reach to different conclusions in respect to the extension of this type of provisions. On one hand, an extended interpretation accepts the effect of protecting obligations under a BIT. Such position is sustained by the ordinary interpretation of the terms in accordance with the Vienna Convention, by the analysis of the origins and purpose of such clauses and by the principles of effectiveness and *pacta sunt servanda*.

On other hand, an restrictive interpretation restrains the effect of such clauses in accordance with various arguments; of which the most important ones consist in the application of the clause only in cases in which the State acts in exercise of his power as sovereign and, at the presence of a dispute settlement clause in a contract, it should be given priority over the one established in the BIT.

After the analysis of the different positions adopted by the doctrine and arbitral tribunals we have reached to the conclusion that an umbrella clause should be interpreted in a extended manner but with the application of the two limits mentioned above.

TABLA DE CONTENIDO

	#Pág.
Portada	i
Derechos de autor	ii
Dedicatoria	iii
Resumen	iv
Abstract	v
Tabla de Contenido	vi
Introducción	8
Capítulo I: Conceptos Generales	11
1.1 Historia y orígenes de la cláusula paraguas	11
1.2 Internacionalización contractual	18
1.3 Concepto de la cláusula paraguas	20
1.4 Las cláusulas paraguas en los tratados bilaterales de inversión y demás tratados	22
1.5 La cláusula paraguas frente a contratos	26
Capítulo II: Interpretación amplia de la cláusula paraguas	30
2.1 Implicaciones de una interpretación amplia	30
2.2 Significado ordinario de los términos (art. 31 Convención de Viena)	31
2.3 Intención de las partes	36
2.4 Principio de Efectividad (<i>effet utile</i>)	41
2.5 Afirmación del principio de <i>pacta sunt servanda</i>	42
Capítulo III: Interpretación restrictiva de la cláusula paraguas	45
3.1 Implicaciones de una interpretación restrictiva	45
3.2 Interpretación amplia perjudicial para los Estados	46
3.3 En caso de una cláusula de resolución de controversias en el contrato esta prevalece sobre el TBI	49
3.4 Solo aplicable en los casos en el que el Estado actué como soberano y no simplemente en casos comerciales	55
3.5 En caso de ambigüedades interpretación favorable al Estado	58
3.6 No aplicable en casos de personalidad jurídica distinta del Estado	60

3.7 Solo en garantías cubiertas por el TBI	64
Capítulo IV: Análisis de los argumentos expuestos	66
Conclusiones	76
Recomendaciones	81
Bibliografía	83
Anexos	89
Anexo 1 Cláusulas Paraguas en TBIs suscritos por el Ecuador	89
Anexo 2 Tribunales que han interpretado cláusulas paraguas	90

INTRODUCCIÓN

El gigantesco aumento de inversión extranjera a nivel mundial y los esfuerzos de los países en atraer estos flujos hacia su territorio, ha generado en las últimas décadas una explosión de acuerdos internacionales de inversión a nivel bilateral, regional e interregional. De estos acuerdos, los que más expansión han tenido son los llamados Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) que según estimaciones de la UNCTAD¹ superan los 2400 a nivel mundial². Dichos tratados básicamente están divididos en dos partes de importancia; la primera compuesta por un conjunto de garantías y derechos para los inversionistas que el Estado parte se compromete a respetar y la segunda, por un mecanismo de solución de controversias consistente en un tribunal arbitral internacional. Si bien este tipo de tratados existen desde la década de los 60, el uso de los mecanismos contemplados en los mismos fue usado pocas veces hasta la década de los 90 donde hubo un aumento significativo de demandas ante los tribunales arbitrales. Con el aumento de los arbitrajes también surgió el debate acerca del significado, alcance o interpretación que se debe dar a las diversas provisiones contempladas en los TBIs. Por ejemplo, se ha debatido el alcance del Trato de Nación más Favorecida, o el significado de estándares de protección como el Trato Justo y Equitativo y un sin número más de temas relativos a inversiones. Este es el caso de las llamadas cláusulas paraguas en los tratados bilaterales de

1 United Nations Conference for Trade and Development o Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y desarrollo en español

2 UNCTAD, “Investor- State Disputes Arising from Investment Treaties: A review”, *UNCTAD series on International Investment Policies for Development*, United Nations, New York and Geneva, 2005, p. 19

inversión que buscan incorporar bajo el “paraguas” del TBI a obligaciones contraídas entre el Estado y el inversor que normalmente se rigen bajo el derecho local del país huésped de la inversión. Si bien este tipo de provisiones han existido desde hace casi 50 años, es en la historia reciente que tribunales arbitrales se han visto en la necesidad de aplicar estas

disposiciones en disputas relativas a inversiones; siendo el primero el de SGS vs. Pakistán en el 2003. A raíz de este laudo, han habido varios tribunales que han abordado el tema sin llegar a una uniformidad en sus decisiones; las cuales van desde aceptar sin límites el efecto de estas cláusulas hasta negarlo por completo; lo cual ha generado inseguridad e incertidumbre en el ámbito internacional respecto al efecto de estas provisiones.

Ante este problema, surge la necesidad de determinar cuál es el alcance de las cláusulas paraguas en los tratados bilaterales de inversión. Y es precisamente esta pregunta la que esperamos resolver en el presente trabajo. Nuestra hipótesis es que dichas cláusulas deben interpretarse en un sentido amplio, es decir otorgándole el efecto de proteger las obligaciones contraídas por el Estado a través del TBI pero incorporando a esta interpretación ciertos límites y parámetros relativos al alcance de la misma. Estos límites consisten en que las cláusulas paraguas únicamente deben aplicarse en casos en que el Estado haga uso de sus prerrogativas como soberano para incumplir las obligaciones contraídas, y la segunda que en casos en que un contrato tenga su propia cláusula de resolución de controversias, esta debe primar sobre el mecanismo establecido en el TBI para resolver las disputas contractuales surgidas del contrato mismo.

Para ello, se ha dividido el trabajo de investigación en cuatro capítulos. El primero tiene por objetivo el establecer nociones generales respecto a la cláusula paraguas como la definición de la misma, sus efectos, ubicación en los TBIs y su historia.

El segundo capítulo trata acerca de los diversos argumentos que justifican una interpretación amplia de estas disposiciones; el primero correspondiente a la interpretación de acuerdo al significado ordinario de sus términos, conforme lo establece el art. 31 de la Convención de Viena. Un segundo argumento, consistente en la intención de las partes y el objetivo de estas al establecer una disposición de este tipo en los TBIs y finalmente con

la afirmación de dos principios de derecho internacional; el principio de efectividad (*effet utile*) que busca que las disposiciones sean interpretadas de tal manera que generen efectos jurídicos reales y el principio de *pacta sunt servanda* que tiene como objetivo el cumplimiento por parte de los estados de los compromisos que estos han adquirido con la comunidad internacional.

El tercer capítulo hace referencia a los argumentos que justifican una interpretación restrictiva. El primero corresponde a la idea de que una interpretación amplia sería muy perjudicial para los estados receptores de la inversión por lo que es necesario restringir su efecto. El segundo argumento limita el alcance de la cláusula, al dar primacía al método de solución de diferencias establecido en un contrato sobre aquél establecido en el TBI. Otra limitación ocurre al permitir el efecto de dichas cláusulas únicamente en casos en que el Estado actúe como soberano, dejando de lado simples contratos comerciales entre Estado e inversor. Una cuarta posición que consiste en la interpretación favorable al Estado por considerarse que este tipo de cláusulas están redactadas de una forma ambigua. Otro argumento, que considera que la cláusula paraguas únicamente deben aplicarse en obligaciones que el Estado haya adquirido; dejando de lado aquellas entidades que pese a estar controladas por el Estado tienen una personalidad jurídica diferente. Y finalmente un sexto argumento que establece que violaciones de obligaciones contraídas por el Estado con el inversor únicamente pueden ser llevadas al mecanismo contemplado en el TBI si estas equivalen a garantías cubiertas por el mismo como lo son el Trato Nacional o la No Expropiación.

Por último, en el cuarto capítulo se realiza un análisis de las diversas posiciones y argumentos presentados en los capítulos anteriores con el fin de determinar cuál es a nuestro criterio el alcance que se debe dar a estas cláusulas.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

1.1. Historia y orígenes de la cláusula paraguas

La aparición de cláusulas paraguas en tratados internacionales con el fin de proteger la propiedad de inversiones de extranjeros en otros estados es relativamente nueva, pudiendo trazarse desde mediados de la década de los 50 y únicamente se ha generalizado con el auge de los tratados bilaterales de inversión en la década de los 90.

Antes de la existencia y generalización de los TBI a finales del siglo XX, los inversores extranjeros se encontraban sujetos a las leyes y jurisdicción del país en el que estos realizaban su inversión. La única protección de carácter internacional que se podía optar en ese entonces correspondía a la protección diplomática de los países de los cuales eran originarios. Mediante este recurso, los inversionistas extranjeros podían acudir a los agentes diplomáticos de su país para que los representen en sus reclamos ante las autoridades locales³. Sin embargo de acuerdo a la costumbre internacional, únicamente se podía recurrir a esta protección en caso de una violación de carácter internacional. Por otro lado, igualmente de acuerdo a la costumbre, el incumplimiento de un contrato u

³ Cfr. C. SEPÚLVEDA, “Derecho Internacional”, Editorial Porrúa, México D.F., 2002, p. 247

obligación no era considerada como una violación internacional⁴. Por lo que los inversionistas en muchos casos no podían recurrir al ámbito internacional para resolver sus conflictos con los países huéspedes. Como consecuencia de esta limitación, desde los países desarrollados, que son exportadores de capital (inversiones), se buscaba una manera de llevar al ámbito internacional los contratos y demás obligaciones celebrados entre el Estado y los inversionistas. Una de estas soluciones constituyó la llamada cláusula paraguas.

A. SINCLAIR, cuyo artículo sobre el origen de la cláusula paraguas⁵ es considerado como un referente dentro del tema y citado por la mayoría de autores que han escrito acerca del mismo, menciona un acuerdo entre el Reino Unido y Perú respecto a la concesión minera La Brea y Parinas de 1921, como el primer ejemplo de un acuerdo destinado a proteger, por medio de un tratado internacional, los derechos adquiridos por un inversionista en un contrato celebrado de acuerdo a las normas internas del país receptor. En este acuerdo, se creaba un tribunal arbitral con competencia para conocer y resolver acerca de la aplicación de ciertos decretos y leyes mineras peruanas⁶. Sin embargo, a diferencia de las actuales cláusulas paraguas, éste fue un acuerdo *ad-hoc* para el caso específico y *ex post facto*, es decir después de surgida la controversia.

A pesar de este primer antecedente, el origen directo de las actuales cláusulas paraguas, es decir a partir del cual se puede rastrear la evolución de estas, se encuentra en la asesoría que Elihu LAUTERPACHT⁷ dio a la empresa Anglo-Iranian Oil Company respecto a la nacionalización petrolera que el gobierno iraní realizó a principios de la

4 Cfr. A. WEISSENFELS, "Umbrella clauses", en A. REINISCH (director) *Seminar on International Investment Protection*, Winter Semestre 2006/2007, disponible en www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf, 7 de abril, 2008, p. 5

5 Ver A. SINCLAIR, "The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection", *Arbitration International*, Aspen Publishers, 2004, pp. 411-434.

6 Cfr. *Ibidem*, p. 3

7 Sir Elihu Lauterpacht, es un prestigioso abogado inglés con una distinguida carrera tanto de profesor como abogado practicante. Ha tenido una extensa experiencia ante la Corte Internacional de Justicia y otras jurisdicciones internacionales. Ha sido árbitro ante el NAFTA, el CIADI y otros foros arbitrales. Es profesor honorario en derecho internacional en la Universidad de Cambridge y es el fundador del Centro Lauterpacht de Derecho Internacional de dicha universidad. http://www.lcil.cam.ac.uk/about_the_centre/sir_elihu_lauterpacht.php, 22 de Abril, 2008

década de los 50. En sus recomendaciones hechas en 1953 y 1954 a esta empresa, LAUTERPACHT, sugirió que en el acuerdo al que lleguen las partes se establezca una “protección paralela” que consistía en:

The idea that any contract made between, on the one hand, the company and such other oil companies as may concerned in the settlement, and NIOC and/or the Iranian Government on the other, **shall be incorporated or referred to in a treaty between Iran and the United Kingdom in such a way that a breach of the contract or settlement shall be ipso facto deemed to be a breach of the treaty**⁸

Como se puede desprender de la lectura de esta cita, LAUTERPACHT propuso que en un tratado entre el Reino Unido e Irán se incorpore una cláusula que se refiera a los contratos celebrados entre las compañías petroleras y el gobierno de Irán con el fin de que una violación de cualquier acuerdo o contrato contemplados en aquella cláusula constituya también una violación del tratado internacional y, aunque el autor no lo diga, disparar las disposiciones contempladas en el tratado en caso de violación del mismo. Con esta cláusula se evitaba que cualquier disputa surgida de los contratos sea resuelta por las cortes iraníes sino por un tribunal internacional.

Estas recomendaciones nunca llegaron a plasmarse en el tratado celebrado entre el Reino Unido e Irán; sin embargo, LAUTERPACHT nuevamente propuso esta idea, en 1956 y 1957, a un grupo de compañías petroleras (entre ellas la Anglo-Iranian Oil Company) que planeaban construir un oleoducto desde Irak en el Golfo Pérsico hasta Turquía en el mar mediterráneo⁹. En este caso, nuevamente LAUTERPACHT expuso su idea de una “protección paralela” para las inversiones, pero igualmente nunca fue incorporada en un tratado internacional debido a que el proyecto del oleoducto nunca fue llevado a cabo.

8 A. SINCLAIR, “The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection”, Op. Cit. p.5

Traducción Libre: La idea que cualquier contrato hecho entre, por un lado, la compañía y otras compañías petroleras que puedan estar en el acuerdo, y NIOC y/o el Gobierno Iraní por otro lado, sea incorporado o referido en un tratado entre Irán y el Reino Unido de tal manera que una violación del contrato o acuerdo sea ipso facto considerado como una violación del tratado.

9 Cfr. OECD, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Working Papers on International Investment, OECD, France, 2006, p. 4

El primer cuerpo jurídico en el que se incorporó una cláusula paraguas se conoce como el borrador de la Convención Abs. Si bien nunca llegó a ser más que un borrador se puede apreciar ya un intento de proteger los contratos celebrados entre el Estado y los inversores a nivel internacional, lo cual es el principal efecto de la cláusula paraguas. Este borrador fue redactado en 1959 por la Sociedad Alemana para Avanzar en la Protección de Inversiones Extranjeras, que estaba compuesta por un conjunto de abogados, economistas y banqueros liderados por el presidente del Deutsche Bank, Dr. Hermann Abs (de ahí el nombre del borrador). En su posición de presidente de un Banco, Abs estaba preocupado por los continuos ataques de los países en vías de desarrollo a las inversiones extranjeras, así como la poca eficacia de los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación; por lo que abogaba por una unión de los países exportadores de capital para proteger sus intereses en una “gran carta magna para las inversiones”¹⁰. En los artículos 3 y 4 de la Convención se establecía la obligación de las partes de respetar las licencias otorgadas a extranjeros. Si bien no se refiere específicamente a inversiones, interpretadas en un sentido amplio las licencias pueden ser consideradas como contratos de inversión.

Casi simultáneamente, en 1958 otra convención, produjo el borrador Shawcross que tenía como objetivo remediar las falencias que se encontraron en casos como la Anglo-Iranian Oil Company y la nacionalización del petróleo en Irán, en los cuales las inversiones extranjeras habían resultado perjudicadas por actos realizados por los estados huéspedes. La Convención lleva el nombre por Sir Hartley Shawcross quien fue Abogado General del Reino Unido y director de la petrolera SHELL. Este borrador contenía un artículo que otorgaba la aplicación del principio de *pacta sunt servanda* a obligaciones específicas que los estados adquirieran con extranjeros¹¹.

En este artículo se puede encontrar una forma de cláusula paraguas, que si bien no se encuentra redactada en la manera que en la actualidad, creaba el mismo efecto de incorporar las obligaciones de los estados con los inversionistas a las obligaciones internacionales que estos asumirían al ratificar el tratado. Casi con seguridad se puede decir

10 A. SINCLAIR. “The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection”, Op cit., p. 9

11 Cfr. *Ibidem*. p. 11

que la cláusula mencionada tuvo su origen en las recomendaciones de LAUTERPACHT ya que SHELL (de la cual Shawcross fue director) fue una de las compañías interesadas en la construcción del oleoducto y las cuales fueron asesoradas por LAUTERPACHT. Como lo mencionó Shawcross al comentar sobre el propósito de esta disposición, “la cláusula no hacía más que insistir que una vez que un Estado otorgue a un extranjero una obligación en relación a una inversión, éste debe adherirse a ella”¹²

Para 1959, Herman Abs y Hartley Shawcross decidieron unir sus respectivos borradores para crear uno en conjunto que recibiría el nombre de Convención Abs-Shawcross sobre Inversiones en el Exterior¹³. Este borrador formaba parte de un movimiento de los países desarrollados que buscaban que las obligaciones asumidas por los estados, en especial contratos de concesión, sean respetadas¹⁴.

Este nuevo borrador, contenía en su art. 2 una cláusula paraguas muy similar a las que encontramos en la actualidad:

Art. 2 Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may give in relation to investments made by nationals of any other party¹⁵

Este artículo del borrador Abs-Shawcross es de importancia ya que es el primero cuyo lenguaje y redacción es muy similar a las cláusulas paraguas modernas y fue tomado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, OECD por sus siglas en inglés, en la redacción de un borrador que en el futuro sería presentado como una guía para que los países de esa organización redacten sus modelos de tratados bilaterales de inversión que darían origen a los actuales TBIs.

12 Cfr. *Ibidem* p. 11

13 Traducción libre de “Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad”

14 Cfr. A. SINCLAIR. “The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection”, *op. cit.*, p. 11,

15 MCLACHLAN ET AL, “International Investment Arbitration: Substantive Principles” Oxford International Arbitration Series, Oxford, 2007 pp. 89 – 95, p. 93

Traducción libre: Art. 2 Cada parte deberá en todo momento asegurar la observación de cualquier obligación que haya dado en relación a inversiones hechas por nacionales de la otra parte.

El siguiente texto de importancia en el que se incorporó una cláusula paraguas, fue precisamente el borrador de la Convención para la Protección de la Propiedad Extranjera de la OECD en 1967, la cual, como ya fue explicado con anterioridad, tuvo como una de sus fuentes al borrador Abs-Shawcross.

La cláusula paraguas en este borrador se ubica en el art. 2 y establece que:

Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of national of any other Party¹⁶

Al comparar las palabras y redacción de esta cláusula con las del borrador Abs-Shawcross vemos que son prácticamente iguales, con la diferencia de que la primera se refiere a inversiones y la segunda a propiedad, lo cual no es una diferencia sustancial ya que las inversiones pueden ser consideradas como propiedad de un extranjero en un determinado país. Así pues, podemos concluir que el art. 2 del borrador de la OECD fue “copiado” del art. 2 del borrador Abs-Shawcross.

Si bien el borrador de la OECD nunca entró en vigencia por falta del respaldo de los miembros de esta organización, la importancia de éste radica en que fue presentado como una reafirmación de los principios de derecho internacional aplicables a la inversión extranjera y más importante aún, la Organización recomendó a sus miembros que este trabajo sea tomado como un modelo para sus tratados bilaterales de inversión. Lo cual, como varios autores lo afirman, tuvo una innegable influencia en los modernos TBIs¹⁷. La razón de esto se debe a que sus miembros constituyen los principales países exportadores de capitales (inversiones) por lo que no es extraño que las disposiciones de este borrador se hayan convertido en un estándar en los posteriores TBIs que estos países firmarían entre ellos y con los demás países del mundo. Así por ejemplo, el modelo de TBI francés,

16 Draft Convention on the protection of foreign property, Organization for Economic Co-operation and development, 1967 en http://www.oecd.org/searchResult/0,3400,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html, 14 de Abril 2008

Traducción Libre: cada parte deberá en todo momento asegurar la observación de obligaciones dadas por ella en relación a la propiedad del nacional de la otra parte.

17 Cfr. A. SINCLAIR: “The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection”, op. cit., p. 23

varios modelos de los Estados Unidos y varios TBIs firmados por el Reino Unido fueron influenciados por dicho borrador.¹⁸

Si bien hay una notable influencia del mencionado borrador y su cláusula paraguas en los actuales tratados bilaterales de inversión; la primera disposición de este tipo en un TBI fue introducida con anterioridad, en el primer Tratado Bilateral de inversiones celebrado entre Alemania y Pakistán en 1959¹⁹. Este tratado, en su Art. 7 contenía una cláusula paraguas similar a aquella del borrador de la OECD²⁰.

A parte de los tratados bilaterales de inversión, la cláusula paraguas ha sido adoptada por otros acuerdos multilaterales de importancia como el Tratado de la Carta de Energía²¹ (Energy Treaty Charter) y se intentó implantar en el fallido Acuerdo Multilateral sobre Inversiones impulsado por la OECD (MAI por sus siglas en inglés)²². Sin embargo, dichas cláusulas han sido excluidas de otros como el NAFTA²³, en el que el mecanismo de solución de controversias únicamente tiene competencia sobre disputas y violaciones del tratado pero no se extiende a otras obligaciones y disputas contractuales.

En lo referente a la doctrina, el primer autor en referirse a este tipo de cláusulas como “cláusulas paraguas”, fue Ignaz Seidl-Hohenveldern en 1961 para quien estas disposiciones colocaban a los contratos celebrados entre el Estado y los inversores bajo “la protección del paraguas del TBI“. Años más tarde, en 1969, Prosper Weil en el ya

18 Cfr. JULLIARD Y GUDGEON en A. SINCLAIR. “The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection”, Op cit., p. 24

19 Cfr. GLOBAL LEGAL GROUP, “The international legal guide to: International Arbitration 2007. A practical insight to cross-border International Arbitration work”, Global Legal Group, p. 6 en http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&show_chapter=1414&ifocus=1&kh_publications_id=56, 14 de abril 2008

20 “Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of other Party”

21 La Carta de la Energía surgió como una iniciativa política lanzada en Europa a principios de los 90s con el objetivo de integrar los sectores energéticos los ex – países comunistas de del Este con los de Europa del Oeste. En la actualidad es un tratado internacional multilateral que brinda un marco legal en el sector energético bajo los principios de apertura, competitividad y desarrollo sustentable. Cfr. www.encharter.org, 30 Abril, 2008

22 Cfr. OECD, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, op. cit., p. 5

23 North American Free Trade Agreement o Tratado de Libre Comercio de América del Norte en español.

famoso curso de lecturas de la Hague Academy refiriéndose a esta cláusula acuñó el nombre de “*Traite de Coverture*” o tratado de cobertura²⁴.

1.2. Internacionalización contractual

La cláusula paraguas es conocida principalmente por su efecto y la consecuencia que esta tiene en los mecanismos de resolución de controversias en materia de inversiones. Así pues, el efecto consiste en la protección de ciertas obligaciones al amparo del TBI y su consecuencia; en la posibilidad de acudir al mecanismo de solución de controversias estipulado en el mismo ante un supuesto incumplimiento de las obligaciones, que equivaldría a una violación del TBI. Esta consecuencia es conocida en la doctrina como “internacionalización de los contratos” ya que por este medio, los contratos celebrados entre el Estado y el inversor, que normalmente estarían sujetos a la ley interna del Estado huésped, son tratados bajo un ámbito internacional con leyes y en tribunales internacionales.

La “internacionalización de contratos” forma parte de un esfuerzo liderado por los países desarrollados de asegurar los contratos y demás obligaciones que los estados huéspedes tengan para con los inversores bajo la ley internacional, con el fin de evitar cambios unilaterales por parte del Estado, los cuales son frecuentes en los países en desarrollo, en especial ante cambios de gobierno. Con esto, la clásica división entre reclamos contractuales y reclamos internacionales se torna difusa.

En su mayoría, la doctrina habla de cuatro mecanismos por los cuales simples reclamos contractuales pueden encontrar su camino hacia los mecanismos de solución de controversias establecidos en los tratados bilaterales de inversión; los cuales son:²⁵

24 Cfr. A. SINCLAIR. “The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection”, Op cit., p. 2

25 ver MCLACHLAN ET AL, “International Investment Arbitration: Substantive Principles”, op. cit.

A. WEISSENFELS, “Umbrella clauses”, op. cit.

E. GALLIARD, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases considered” *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pp. 325-346

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

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

Así por ejemplo, no es difícil encontrar en varios TBIs, en los respectivos artículos referentes a la solución de controversias las palabras “cualquier” o “todas” las disputas relativas a inversiones. Lo que deja la interpretación de que basta que exista una diferencia, cualquiera esta sea, entre Estado e inversor para activar el mecanismo contemplado en el TBI. De manera diferente, otros TBIs y tratados otorgan la jurisdicción al tribunal únicamente en las controversias surgidas directamente del tratado en cuestión. Quizás el más claro ejemplo constituye el NAFTA, el cual en su capítulo relativo a inversiones otorga la jurisdicción únicamente a disputas relativas a la interpretación y aplicación de las disposiciones establecidas en dicho capítulo; dejando de lado cualquier otra disputa que aunque sea relativa a inversiones no tenga que ver con el tratado.

c) Otra manera en que se daría una “internacionalización de un contrato” sería cuando una ruptura del mismo equivaldría a una violación de alguna de las garantías

D. MORALES, “Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas”, en *Juris Dictio* No. 11, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, octubre 2007, pp. 48-60

cubiertas por un TBI. El caso Vivendi y su posterior anulación²⁶, dejaron en claro que no toda violación contractual hecha por un estado, automáticamente es una violación del derecho internacional, sin embargo en ciertos casos como este es perfectamente posible. Así por ejemplo, es generalmente aceptado que “una expropiación indirecta puede ocurrir en la forma de una ruptura o cancelación de un contrato”²⁷ y varias cortes y tribunales arbitrales repetidamente han aceptado que medidas tomadas por un estado que afecten derechos contractuales pueden ser consideradas como expropiaciones²⁸. Sin embargo es necesario notar la aclaración que hace WEISSENFELS al decir que en realidad no habría una “internacionalización de un contrato” ya que la verdadera causa para acudir al mecanismo internacional de solución de controversias sería la violación del tratado mismo y no la del contrato.²⁹

d) Finalmente, el cuarto mecanismo consiste en las llamadas cláusulas paraguas. Por medio de estas disposiciones, los estados se comprometen a respetar las obligaciones que estos hayan adquirido con los inversores originarios de la otra parte. De esta manera, una violación de estos contratos u obligaciones constituiría también una violación de la cláusula paraguas y en definitiva del TBI. Así, indirectamente, la ruptura de un contrato u obligación se vería internacionalizada al estar dentro de la jurisdicción del mecanismo de solución de controversias establecido en el tratado.

1.3. Concepto Cláusula Paraguas

Como vimos, este tipo de disposiciones son uno de los varios mecanismos por medio de los cuales se puede lograr la “internacionalización de los contratos y obligaciones” al colocar bajo el plano internacional cualquier violación de los mismos. Una cláusula paraguas, establece una obligación de respetar todas las obligaciones adquiridas en

26 Cfr. C. SCHREUER, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the Vivendi I Case Considered” *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pp. 281-322, p. 295

27 *Ibidem* p. 295

28 Cfr. *Ibidem*, p. 295

29 Cfr. A. WEISSENFELS. “Umbrella clauses”, *op. cit.* p. 11

contratos y otro tipo de compromisos entre un inversor o inversión y el país huésped³⁰. Cabe acotar que bajo esta protección no solo entran los contratos celebrados entre el Estado y el inversor; sino también otras obligaciones o compromisos cuya inclusión dependerá en gran parte de la redacción y palabras utilizadas en dichas cláusulas y en la interpretación dada por los tribunales; como se verá en los capítulos siguientes.

Las cláusulas paraguas se distinguen por su efecto más que por la redacción de las mismas. De manera general identificamos a una cláusula de este tipo cuando, sin importar las palabras que se usen, tiene el efecto de extender la cobertura de los tratados de inversión. Obligando a los estados a respetar, además de las disposiciones establecidas en los tratados, cualquier otra obligación asumida por el Estado con los inversores³¹. Y como consecuencia abrir el camino para que reclamos surgidos ante estas obligaciones sean llevados al tribunal arbitral establecido en el TBI.

Es precisamente por su efecto, que este tipo de cláusulas no solo son conocidas con el nombre de “cláusulas paraguas” sino también con otros que igualmente explican su consecuencia. Así reciben el nombre de *mirror effect clause* (efecto de espejo) por reflejar la protección del TBI en otras obligaciones, *elevator clause* (cláusula elevadora o ascensor) por elevar simples obligaciones al ámbito internacional, *parallel effect* (cláusula de efecto paralelo) por otorgar una protección paralela³², *sanctity of contract* (santidad de los contratos), por obligar el respeto de los contratos, *respect clause*³³ por obligarse los estados a respetar las obligaciones contraídas, *pacta sunt servanda*, en base al principio de que los compromisos son para cumplirlos³⁴, *observation of commitments* (cumplimiento de compromisos) y *observance of undertakings* (cumplimiento de obligaciones)³⁵

Antes de avanzar, creemos que es conveniente aclarar que a pesar de que comúnmente se conoce a este tipo de disposiciones de esta manera, no queremos decir que sea aceptado totalmente el criterio de que cualquier obligación entre el Estado y el

30 Cfr. UNCTAD, “Investor- State Disputes Arising from Investment Treaties: A review”, Op. Cit. p. 19

31 Cfr. MCLACHLAN ET AL, “International Investment Arbitration: Substantive Principles”, Op. cit. p. 92

32 Debido a las recomendaciones dadas por Lauterpacht a compañías petroleras inglesas

33 nombrado en los borradores Abs, Shawcross y OECD.

34 Cfr. MCLACHLAN ET AL, “International Investment Arbitration: Substantive Principles” op. cit. p. 93

35 Cfr. A. WEISSENFELS. “Umbrella clauses”, op. cit. p. 5

inversor están amparados ante la existencia de una cláusula paraguas. Ya que si bien en la doctrina podemos encontrar una cierta uniformidad respecto a su alcance, en la jurisprudencia de varios tribunales arbitrales que han tratado el tema no encontramos la misma uniformidad, sino un amplio debate respecto al alcance de las mismas.

También es conveniente aclarar que esta disposición no es redactada en la misma manera, con las mismas palabras y redacción, en los varios tratados bilaterales de inversión y otros tratados internacionales. Sin embargo debido a que en su mayoría el efecto (internacionalización de contratos y demás obligaciones) es el mismo, todas estas disposiciones reciben el nombre genérico de cláusula paraguas; aunque quizás sería más apropiado referirnos a ellas en manera plural, como un conjunto.

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

Each Contracting Party shall observe any obligation it may have assumed with regard to investments³⁶

Este tipo de redacción la podemos encontrar en la mayoría de modelos de TBI de los países europeos como Alemania o el Reino Unido. Y por ser exportadores de capital los principales impulsores de tratados bilaterales de inversión; este tipo de cláusulas se encuentran plasmadas también en un sin número de TBIs que estos países firmaron con los receptores de estas inversiones.

1.4. Cláusula Paraguas en los TBIs y demás tratados

Según cifras de la UNCTAD, existen más de 2400 Tratados Bilaterales de inversión³⁷ y de ellos aproximadamente el 40% contienen una cláusula paraguas³⁸. Ante la

³⁶ Ibidem, p. 5

³⁷ Traducción libre: Cada parte contratante deberá observar cualquier obligación que haya asumido respecto a inversiones

proliferación de los TBIs a partir de la década de los 90, en estos cuerpos legales internacionales es en donde se encuentra la mayor parte de este tipo de cláusulas.

Respecto a los TBIs, generalmente podemos encontrar estas cláusulas en los modelos de los países occidentales quienes buscan proteger con los más altos estándares a sus inversionistas. En contraste, algunos modelos actuales de países importadores de capital no contienen dicha cláusula, en vista de los posibles efectos perjudiciales que podrían tener. Así por ejemplo, los modelos de TBI de Sri Lanka, China y Chile no incluyen ningún tipo de cláusula paraguas³⁹. Como ya fue mencionado, la mayor parte de estas cláusulas en los TBIs son redactadas con las palabras “las partes se obligan a observar cualquier obligación relativa a inversiones con los inversores de la otra parte”.

Una redacción similar la podemos encontrar en el TBI entre Argentina y EEUU:

Art. 2 Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments⁴⁰

Esta cláusula en especial es de gran importancia ya que ya son cuatro los tribunales arbitrales del CIADI⁴¹ que han tratado el tema del alcance de la cláusula paraguas⁴² encontrada en el art. 2 del TBI entre Argentina y EEUU. Lo que la convierte en la cláusula paraguas que más análisis ha tenido por parte de tribunales arbitrales del CIADI.

El TBI entre Suiza y Pakistán, el cuál fue interpretado por el primer tribunal en abordar el tema contenía la siguiente cláusula paraguas:

37 UNCTAD, “Investor- State Disputes Arising from Investment Treaties: A review”, op. cit. p. 3

38 OECD, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, op. cit. p. 5

39 Cfr. MCLACHLAN ET AL, “International Investment Arbitration: Substantive Principles” op. cit. p. 94

40 Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina y los Estados Unidos en http://www.sice.oas.org/ctyindex/ARG/ARGBITs_s.asp, 14 de Abril 2008

Traducción libre: Cada Parte deberá observar cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones

41 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

42 Los tribunales arbitrales son: El paso vs. Argentina, CMS vs. Argentina, LGE vs. Argentina y BP América vs. Argentina, Azurix vs. Argentina.

Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party⁴³

En el tratado entre Suiza y Filipinas cuya cláusula paraguas fue interpretada por el tribunal del caso SGS vs. Filipinas contenía la siguiente disposición:

Each Contracting Party, shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party⁴⁴

Para terminar, en el caso ecuatoriano⁴⁵, el TBI celebrado entre Alemania y Ecuador contiene la siguiente cláusula:

Art. 7 (2) Cada parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra parte contratante en su territorio⁴⁶

Tras leer estas cuatro cláusulas puestas como ejemplo, vemos que la manera en que estas disposiciones están redactadas y las palabras utilizadas en los tratados bilaterales de inversión son diferentes, sin embargo a la vez el significado y efecto de las mismas es similar. Generalmente, los términos importantes que varían de una cláusula a otra, son los que determinan la obligación en sí del Estado y el objeto de la misma. Respecto a la primera vemos que los términos utilizados pueden ser “observar”, “constantemente garantizar la observación”, o “cumplir” con las obligaciones contraídas. Respecto a la

43 SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Republica Islámica de Pakistan, CIADI, No. ARB/01/03, Decision sobre Jurisdicción, 6 de Agosto 2003, Párr. 53

Traducción libre: Cada parte contratante, deberá constantemente garantizar la observación de cualquier obligación que haya asumido respecto de inversiones específicas en su territorio por inversores de la otra parte contratante.

44 SGS Société Général de Surveillance S.A. vs. Republica de Filipinas, CIADI, No. ARB/02/6, Decision sobre jurisdicción, 29 de Enero 2004, Párr. 34

Traducción libre: Cada parte contratante, deberá observar cualquier obligación que haya asumido respecto de inversiones específicas en su territorio por inversores de otra parte

45 Para una referencia de cláusulas paraguas establecidas en TBIs celebrados por el Ecuador ver Anexo 1

46 Tratado Bilateral de Inversión entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital.

segunda los términos utilizados pueden ser “compromisos”, “obligaciones”, “obligaciones específicas”, etc.

En otro cuerpo legal de importancia diferente a un TBI, podemos encontrar el Tratado de la Carta de Energía, el cual en el su art. 10(1) al final del párrafo, establece:

Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other contracting party⁴⁷

A diferencia de los tratados bilaterales de inversión, la Carta de Energía, es un tratado multilateral que ha sido firmado por 52 países (incluidos las Comunidades Europeas) y 46 países han completado el proceso de ratificación⁴⁸. Sin embargo, en Latinoamérica, únicamente Venezuela forma parte como estado observador. Al ser un instrumento multilateral, el tratado y en especial su cláusula paraguas, forman parte del ordenamiento jurídico de todos los países que lo hayan incorporado, por lo que su efecto es mucho más amplio que el que ocurre con un TBI, en el que solo tiene relevancia jurídica para dos partes.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en un TBI; El Tratado de la Carta de Energía, en sus artículos 26 (3) (c) y 27 (2), permite a los estados miembros colocar una reserva a la cláusula paraguas con el fin de evitar que los inversores, amparados en dicha disposición, interpongan una disputa por una supuesta violación de obligaciones adquiridas por el Estado. Al momento únicamente cuatro países han hecho uso de esta reserva: Australia, Canadá, Hungría y Noruega⁴⁹.

47 Energy Charter Treaty en <http://www.encharter.org/index.php?id=28>, 14 de Abril 2008

Traducción libre: Cada parte contratante deberá observar cualquier obligación que haya adquirido con el inversor o una inversión del inversor de cualquier parte contratante

48 Cfr. Energy Charter Secretariat, “The Energy Charter Treaty, A readers Guide” en <http://www.encharter.org/index.php?id=28>, 14 de Abril 2008

49 Energy Charter Treaty, op. cit. Anexo 1 A

1.5 Cláusula Paraguas frente a contratos

A manera de recapitulación, recordemos que la cláusula paraguas tiene como efecto, el colocar bajo la protección de un tratado bilateral de inversiones las obligaciones que los estados contraigan con los inversores de la otra parte. La consecuencia práctica de este efecto radica en que cualquier incumplimiento a estas obligaciones cubiertas por el TBI, equivaldrían a una violación del mismo. Por lo cual los inversores podrían presentar sus diferencias ante el mecanismo establecido por el tratado. Que en la mayoría de casos, por no decir en su totalidad, consiste en un arbitraje internacional, ya sea éste *ad-hoc*, bajo las normas de la UNCITRAL⁵⁰ o por medio del CIADI.

Es precisamente, esta consecuencia práctica la que constituye el problema actual respecto de la interpretación y alcance de las cláusulas paraguas y ha suscitado el debate entre los diversos tribunales que han tratado el tema. A pesar de que este tipo de cláusulas se refieren al respeto de las obligaciones en general, tienen importancia especialmente en los contratos firmados entre Estado e inversionista; ya que por la naturaleza misma de un contrato son más susceptibles a que surjan diferencias entre las partes.

El problema radica en que estos contratos generalmente contienen su propio mecanismo de resolución de controversias y que por ser contratos celebrados dentro del país huésped de la inversión; suelen dirigir cualquier diferencia contractual a las cortes locales o a los centros de arbitraje y bajo las leyes del país.

Entonces, al haber una cláusula paraguas en un TBI surge un problema de jurisdicción en el que ante una diferencia contractual; el inversor por un lado podría acudir a un arbitraje internacional como el CIADI por una supuesta violación de la cláusula paraguas y por otro, el inversor podría también presentar su diferencia bajo el mecanismo dispuesto en el contrato que es totalmente distintito al del TBI. Así pues, surgen dos foros que pueden tratar el mismo tema y que en consecuencia podrían

50 United Nations Commission on International Trade Law o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en español

presentar dos resoluciones contradictorias o peor aún, el inversionista podría elegir el foro de acuerdo a sus intereses o acudir ante el otro en caso de que haya tenido un resultado desfavorable en el primero.

Ante esta situación, pueden darse tres escenarios. El primero, consiste en que se de primacía al mecanismo contemplado en el tratado bilateral dejando de lado lo dispuesto en el contrato. En el segundo, por el contrario, se daría primacía al contrato y no al TBI, en virtud de que las partes acordaron por su propia voluntad llevar las diferencias surgidas del contrato al mecanismo contemplado en el mismo. Respecto al tercero, es interesante la posición de WEISSENFELS⁵¹ y el voto disidente del árbitro del caso SGS vs. Filipinas⁵², al acotar que en realidad co-existen los dos escenarios mencionados con anterioridad. Esto se debe a que en un mismo hecho, una disputa contractual, sería una posible una violación tanto del contrato como del tratado bilateral en virtud de la cláusula paraguas. El autor comenta, que es equivocada la idea de que gracias a la cláusula paraguas las disputas contractuales son “elevadas” o “transformadas” en disputas internacionales ante una supuesta violación de un tratado. Porque en realidad, por medio de una cláusula paraguas, un tribunal nunca tiene jurisdicción por disputas contractuales sino por una supuesta violación del tratado, específicamente la mencionada cláusula. De esta manera al retener la jurisdicción el tribunal, no por el contrato sino por el tratado, queda abierta y libre la jurisdicción del tribunal contemplado en el contrato ya que, en cambio, éste tiene la competencia para resolver sobre la disputa surgida del mismo.

Ante esto, queda abierta la posibilidad de que dos foros distintos conozcan y resuelvan sobre un mismo hecho basados en distintos cuerpos legales y produzcan dos laudos o sentencias sobre lo mismo que podrían tener resultados distintos, por ejemplo una dando la razón al inversor y la otra dándole al Estado, lo cual crea preocupación e incertidumbre en el derecho de inversiones. Como lo describe la UNCTAD al referirse sobre el tema:

51 Cfr. Weissenfels, Alex. “Umbrella clauses”, Op. cit. p. 14

52 voto disidente del árbitro Crivellaro en SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Republica de Filipinas, CIADI, No. ARB/02/6, Decision sobre jurisdicción, 29 de Enero 2004, Cambridge University, en ICISID reports Vol. 8, Cambridge University Press, 2005, pp. 515-571 p. 568

A further potential risk arising out of investment dispute settlement systems in IIAs concerns the possibility of initiating international dispute settlement mechanism at the instigation of the investor despite the existence of a “domestic forum” clause in the investment contract between the investor and the host country⁵³

El problema se agudiza al considerar que los dos tribunales que podrían conocer el caso, no tienen nada en común por lo que nunca podrán resolver el problema de jurisdicción y básicamente cada uno, independientemente decidirá si está facultado para conocer el caso o no. Un claro ejemplo de este problema es el caso SGS vs. Pakistán en el que el inversor, una compañía suiza, primero presentó su queja ante las cortes locales y después, quizás ante el temor de un resultado desfavorable, acudió al tribunal internacional del CIADI basado en el TBI entre Suiza y Pakistán. Aunque después el tribunal se rehusó a conocer la demanda, mientras éste resolvía las excepciones a la jurisdicción, al mismo tiempo el tribunal de Pakistán obligaba a SGS que desista de la demanda presentada ante el CIADI.

Es fácil de imaginar el comportamiento de las partes ante esta situación, por un lado, el inversionista preferiría optar por el arbitraje internacional mientras que el Estado preferiría ventilar la disputa bajo el mecanismo del contrato dentro de su país. Entonces, al surgir la diferencia, el inversor presentará su demanda ante el CIADI o cualquier arbitraje internacional tomando como base la cláusula paraguas mientras que la primera excepción del Estado será de jurisdicción alegando la incompetencia del tribunal para conocer el caso en virtud de que existe un mecanismo de solución de controversias en el contrato que es el adecuado para resolver las diferencias. Esta situación ocurrió en el caso SGS vs. Pakistán, en el que el principal argumento de la defensa del Estado consistía en la existencia de otro

53 UNCTAD, “Investor- State Disputes Arising from Investment Treaties: A review”, op. cit. p. 18
Traducción libre: un riesgo potencial que surge de mecanismos de solución de controversias en los acuerdos internacionales de inversión concierne la posibilidad de iniciar mecanismo internacionales de solución de controversias a instigación del inversor a pesar de la existencia de una cláusula de “foro domestico” en un contrato de inversión entre el inversor y el estado huésped

foro de solución de controversias establecido en el contrato; el cual era competente para conocer el reclamo⁵⁴.

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

54 Cfr. SGS vs. Pakistán, op. cit. Párr. 48

CAPÍTULO II

INTERPRETACIÓN AMPLIA DE LA CLÁUSULA PARAGUAS

2.1. Implicaciones de una interpretación amplia

El efecto de una interpretación amplia de una cláusula paraguas consiste en colocar bajo la protección de un tratado todas las obligaciones contraídas por el Estado con el inversor, ya sean contratos, concesiones, permisos, etc. Y al colocarse bajo esta protección, cualquier reclamo originado de estas obligaciones pudiera ser llevado ante el mecanismo de solución de controversias establecido en el tratado. Que en su mayoría suelen ser tribunales arbitrales internacionales sometidos al CIADI⁵⁵.

Esta interpretación tiene consecuencias perjudiciales para los estados, ya que de repente todas las obligaciones que estos han adquirido con los inversionistas y que en un principio se regían por el derecho nacional del país huésped, son susceptibles de responsabilidad internacional y por ende de ser llevadas a un arbitraje internacional.

Enfocándonos en el caso de los contratos entre Estado e inversor que generalmente contienen sus propias cláusulas de solución de controversias dirigiendo los reclamos a cortes o arbitrajes locales; la existencia de una cláusula paraguas en el TBI, crea

⁵⁵ cabe recordar, que los TBIs no solo establecen al CIADI como mecanismo de solución de controversias, sino también a tribunales arbitrales regidos bajo las normas de la UNCITRAL o tribunales arbitrales Ad-hoc.

una situación en la que co-existen dos foros facultados para conocer los reclamos. El primero, el foro local establecido en el contrato y el segundo un foro internacional establecido en el TBI. En estos casos, las consecuencias son aun más perjudiciales puesto que todas las cláusulas de solución de conflictos establecidas en los mismos contratos quedarían virtualmente sin ningún efecto. Porque aunque se acuda a dichos mecanismos quedaría siempre abierta la puerta para que el inversor acuda a tribunales arbitrales internacionales en virtud de una cláusula paraguas establecida en un tratado bilateral de inversiones.

Por otro lado, una interpretación amplia es favorable para los inversores puesto que la cobertura brindada por un tratado bilateral de inversiones es expandida a las obligaciones que el Estado haya adquirido para con ellos. De esta manera, en caso de diferencias, los inversionistas se encontrarían facultados para presentar sus reclamos ante tribunales arbitrales internacionales en situaciones, que de otra manera, tendrían que resolverse en las cortes locales del país huésped.

2.2. Significado Ordinario de los Términos (art. 31 Convenio de Viena⁵⁶)

Todos los tribunales que hasta el momento han abordado el tema, han empezado analizando los términos con los cuales se ha redactado la cláusula paraguas⁵⁷. Estas disposiciones son diferentes en cada TBI. Incluso entre tratados celebrados por un mismo país; la redacción, palabras y ubicación de la cláusula son diferentes. Como la doctrina y jurisprudencia lo demanda, cada cláusula debe ser interpretada por sus propios términos, por lo que muchas veces el alcance de esta cláusula, variará dependiendo de todos los factores mencionados arriba.

56 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980, Viena, 23 de mayo de 1969, publicado en <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>, 20 Marzo, 2008

57 para un resumen de los diferentes tribunales arbitrales que han abordado el tema y sus posiciones ver Anexo 2

Uno de los principales argumentos que tanto la doctrina como algunos tribunales arbitrales han esgrimido para apoyar una interpretación amplia de la cláusula paraguas; ha sido la interpretación de lo que ordinariamente se entiende de la lectura de dichas cláusulas. En especial basándose en el párrafo 1 del art. 31 de la Convención de Viena que establece:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin⁵⁸

El primer tribunal arbitral que al tratar el alcance de la cláusula paraguas se refirió a este artículo de la Convención de Viena, fue el de SGS contra el Estado de Filipinas⁵⁹, que tenía que resolver el alcance de una cláusula paraguas establecida en el TBI entre Suiza y Filipinas que dice lo siguiente:

Art. X (2) Each Contracting Party, shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party⁶⁰

De esta manera, el tribunal procedió a analizar la disposición de buena fe, de acuerdo al significado ordinario de las palabras, en su contexto y a la luz del objeto y propósito del tratado como lo manda el art. 31 de la Convención.

Este tribunal analizó las palabras importantes de esta cláusula para determinar su alcance. Las primeras fueron las palabras “shall” y “any obligation” entendidas como “deberá” y “cualquier obligación”. Ante esto, el tribunal concluyó que el primero es un término mandatorio al igual que otras obligaciones sustantivas del TBI y el segundo, expande ese mandato a “cualquier obligación”, dentro de la cual se incluyen sin duda las obligaciones contractuales y otros tipos de obligaciones que el Estado haya adquirido. Finalmente, el término “specific investments” entendido como “inversiones específicas”,

58 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, op. cit.

59 SGS vs. Filipinas, op. cit.

60 *Ibidem*, p. 526

limita el mandato de cumplir cualquier obligación a las relativas con las inversiones hechas por los inversores provenientes de la otra parte⁶¹.

Otro tribunal, *Eureko vs. Polonia*, de igual manera utilizó el art. 31 de la Convención de Viena para interpretar la cláusula contenida en el TBI entre Holanda y Polonia. La mayoría del tribunal (porque hubo un voto disidente), estimó que de acuerdo al significado ordinario de las palabras, la cláusula debería ser interpretada de una manera amplia. Por lo que los contratos y acuerdos hechos entre *Eureko* y el Gobierno de Polonia estaban sujetos a la jurisdicción del tribunal y cualquier ruptura de las obligaciones en el acuerdo o contrato pueden constituir violaciones del tratado.

En este caso el tribunal analizó la siguiente cláusula paraguas:

art. 3.5 Each Contracting Party shall observe any obligations it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party⁶²

Al Igual que en el caso anterior, el tribunal analizó las palabras utilizadas en la cláusula. De manera similar, interpretó el término “shall observe” como una disposición imperativa y a “any obligations” como a cualquier obligación sin importar su tipo; mientras que el término “entered into with regard to investments” limitando la aplicación de la cláusula a obligaciones respecto a inversiones.

Finalmente, otro tribunal que utiliza el art. 31 de la Convención de Viena, es el de *Noble Ventures vs. Rumania* en el cual llega a la conclusión de que este tipo de cláusulas tienen el efecto de internacionalizar los contratos y los pone al nivel de una obligación internacional. En este caso la cláusula analizada fue:

“Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments⁶³”

61 Cfr. *SGS vs. Filipinas*, op. cit. Párr. 115

62 *Eureko B.V. vs. Republic of Poland*, Ad Hoc Investment Treaty Case, Partial Award on Liability, 19 August 2005, Párr. 77

Traducción libre: Cada parte contratante deberá observar cualquier obligación en la que haya entrado respecto a inversiones de inversores de la otra parte contratante.

63 *Noble Ventures, Inc vs. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award 12 October 2005, Párr. 46

Traducción libre: Cada parte deberá observar cualquier obligación que haya entrado respecto a inversiones.

Al analizar las cláusulas paraguas, a la luz de lo dispuesto en el art. 31 de la Convención de Viena, vemos que en cada caso particular, el tribunal debe analizar los términos que contiene cada cláusula; para que con buena fe y a la luz de lo que ordinariamente se entiende, determine cuál es el alcance de la misma.

La mayoría de los tribunales arbitrales que han utilizado como principal argumento la Convención de Viena y el significado de los términos, han considerado que el lenguaje de estas cláusulas es lo suficientemente extenso y claro como para interpretar estas disposiciones de una manera amplia; en la que cualquier obligación que el Estado asuma con el inversionista esta protegida por el tratado bilateral de inversión que haya suscrito con el Estado de donde el inversionista es originario.

Otros tribunales al analizar las palabras de dichas cláusulas, no han encontrado una interpretación amplia sino lo contrario, una interpretación restrictiva. Así por ejemplo; el primer tribunal en tratar el alcance de la cláusula paraguas, SGS vs. Pakistán; utilizó el mismo método de interpretación de los tratados que el tribunal de SGS vs. Filipinas al estimar que se debe analizar los términos de acuerdo a su significado ordinario, en su contexto y a luz del objeto y propósito del mismo; si bien no hace referencia a la Convención de Viena sino a normas de costumbre internacional⁶⁴. Sin embargo, en este caso el tribunal no aceptó una interpretación amplia argumentando que la redacción y términos eran demasiado abstractos y relativos como para adoptar una aproximación de ese estilo por lo cual explicó que dicha cláusula:

Would have to be more specifically worded before it can reasonably be read in the extraordinary expansive manner submitted by the Claimant⁶⁵

Al analizar la palabra “commitments” entendidos como compromisos y demás términos de la cláusula, el tribunal llega a la conclusión de que no puede ser usada para dar

64 Cfr. SGS vs. Pakistán, op. cit., Párr. 164-165

65 SGS vs. Pakistán, op cit, Párr. 171.

Traducción libre: Debería haber sido expresado más específicamente antes de que se pueda interpretar razonablemente de la manera extraordinariamente expansiva presentada por el demandante.

una interpretación amplia, ya que a su criterio, dichas palabras no aportaban la evidencia necesaria para permitir que violaciones contractuales sean resueltas por medio del CIADI (que era el mecanismo de solución de diferencias establecido en el TBI)⁶⁶. Es conveniente anotar que al analizar el mismo término “commitments” el tribunal de SGS vs. Filipinas lo interpretó de una manera distinta, que le permitía darle una interpretación amplia.

Otro tribunal que trató el problema de las mencionadas cláusulas por medio del significado de sus términos y llegó a una interpretación restrictiva, fue el de Salini vs. Jordania⁶⁷. Sin embargo la razón de este fallo fue diferente a la de SGS vs. Pakistán. En este caso, el tribunal notó que la cláusula paraguas establecida en el TBI entre Italia y Jordania contenía una cláusula sustancialmente diferente a la del TBI entre Suiza y Pakistán o al de Suiza y Filipinas. Dicha cláusula establecía:

Art. 2 (4) Each contracting party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor⁶⁸”

Al analizar esta cláusula, podemos darnos cuenta, que a diferencia de las de otros casos como SGS vs. Pakistán y SGS vs. Filipinas, la obligación de las partes no es la de cumplir las obligaciones adquiridas, sino simplemente de crear y mantener un marco legal adecuado para las inversiones. El tribunal en este caso consideró que la supuesta violación contractual que alegaba el inversor, no violaba el TBI entre Italia y Jordania, ya que la obligación era de crear y mantener un marco legal mas no de cumplir las obligaciones adquiridas con los inversores. Por lo que no se estaba ante una cláusula paraguas como tal y por ende éste no tenía jurisdicción para tratar violaciones contractuales⁶⁹.

66 Cfr. *Ibidem*, Párr. 173

67 Salini Costruttori S.p.A and Italsrade S.p.A vs. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004

68 Salini Costruttori S.p.A and Italsrade S.p.A vs. The Hashemite Kingdom of Jordan, *op, cit*, Párr. 123
Traducción libre: Cada parte contratante deberá crear y mantener en su territorio un marco legal apto para garantizar a los inversores la continuidad del tratamiento legal, incluyendo el cumplimiento, de buena fe, de todas las obligaciones asumidas respecto a cada inversor en específico.

69 Cfr. *Ibidem*, Párr. 126

2.3. Intención de las partes

Otro argumento, que tanto la doctrina como varios tribunales arbitrales han sostenido al analizar el alcance de las cláusulas paraguas, ha sido el dilucidar cuál fue la intención de las partes al momento de redactar dichas cláusulas.

Para esto, el principal sustento jurídico es la Convención de Viena que en su artículo 32 sostiene que como método complementario de interpretación se puede acudir a los trabajos preparatorios y circunstancias de celebración del tratado para confirmar lo interpretado en virtud del art. 31 o para interpretar cuando este redactado de una manera ambigua y oscura o arroje un resultado absurdo o contradictorio.⁷⁰ Adicionalmente, hay que tomar en cuenta al numeral 4 del art. 31 de la mencionada Convención que establece que para dar un sentido especial a un término debe tomarse en cuenta la intención de las partes⁷¹.

Para determinar cuál fue el propósito de las partes al incorporar estas cláusulas en los tratados bilaterales de inversión, la mayoría de autores y tribunales arbitrales han acudido a la historia de la misma. El tema de la historia de la cláusula paraguas, ya fue tratado con detenimiento en el capítulo 1, pero nos referiremos a ciertas partes para tratar este tema. Al leer acerca del origen de este tipo de cláusulas, podemos concluir sin lugar a dudas que la principal intención era la de lograr que los contratos de inversión celebrados entre los inversionistas y el Estado huésped de la inversión, sean incorporados dentro de algún tratado internacional, con el fin de otorgar una protección jurídica internacional al inversionista en caso de una violación del contrato por parte del Estado. Como ya vimos,

70 art. 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, op. cit.

71 Art. 31 numeral 4: se dará a un término un sentido especial si consta que esa fue la intención de las partes.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, op. cit.

el primer ejemplo constituyen los consejos y asesoría que Sir LAUTERPACHT dio a una compañía inglesa petrolera, la Anglo-Iranian Oil Company, ante la nacionalización del petróleo por parte de Irán en 1953, y años más tarde el mismo consejo a un grupo de compañías petroleras que buscaban construir un oleoducto a través de medio oriente. El consejo consistió en sugerir a las empresas de que a través del gobierno británico, se firme un tratado bilateral entre el Reino Unido e Irán en el que las partes se comprometan a cumplir las obligaciones que estas adquieran para con los inversores, en especial los contratos de inversión. En palabras del propio LAUTERPACHT; esto tendría como consecuencia, una “protección paralela” al colocar un contrato bajo el amparo del derecho internacional y como consecuencia cualquier ruptura del contrato sea *ipso facto* considerada como una ruptura del tratado internacional en sí mismo.

Adicionalmente, los varios borradores que contuvieron una cláusula paraguas antes de la aparición de los TBIs son otro ejemplo que sirven para determinar el objetivo y propósito de estas disposiciones. El primero de estos borradores, que fue denominado ABS por ser dirigido por Herman Abs, (presidente en ese entonces del Deutsche Bank). En su condición de presidente de un banco podemos entender que Abs haya estado interesado por buscar la manera de proteger las inversiones realizadas en el extranjero. Ya que, estaba preocupado por la poca protección que las inversiones extranjeras tenían en otros países y por la poca eficacia de los tratados de Amistad, Comercio y Navegación, que fueron los antecedentes de los actuales TBIs⁷². Así pues, en lo referente a nuestro tema, podemos encontrar en dicho borrador la intención de subir al ámbito internacional las licencias otorgadas por los estados.

En el otro borrador, el Shawcross igual podemos encontrar esta intención de proteger a las inversiones extranjeras. Fue dirigido bajo Hartley Shawcross quien fue dirigente de la Shell, una compañía multinacional con varias inversiones alrededor del mundo. Por ello se puede entender que la intención de este borrador era lograr un sitio más favorable para las inversiones, dentro de lo cual se incluía a una cláusula paraguas.

72 A. SINCLAIR. “The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection”, Op cit., p. 9

Como director de esta empresa, es muy probable que la cláusula paraguas redactada en este borrador haya surgido del consejo dado por LAUTERPACHT, puesto que una de las empresas interesadas en la construcción del oleoducto fue la Shell.

Al unirse los dos borradores para formar la Convención Abs-Shawcross, los autores (Abs y Shawcross) comentaron que el objetivo del borrador era “reafirmar los más elementales y aceptados principios del derecho internacional, en particular aquellos referidos a la compensación y al respeto de los contratos”⁷³ y refiriéndose específicamente a la cláusula paraguas contemplada en el borrador, la calificaron como un afirmación del principio *Pacta Sunt Servanda*.

Finalmente, el borrador redactado por la OECD, que nunca fue puesto en vigencia, fue presentado por este organismo como un modelo para la redacción de los tratados bilaterales de inversión. También contenía una cláusula paraguas con el fin de proteger los contratos de inversión celebrados por el Estado entre los inversionistas. En las notas y comentarios a esta cláusula, se refieren a esta como “una aplicación general al principio de *pacta sunt servanda*” y “que cualquier derecho originado bajo dichos compromisos genera un derecho internacional que la parte del nacional en cuestión o su sucesor están facultados a proteger”⁷⁴ Ante estos comentarios queda en claro que la intención de quienes redactaron el borrador, era de efectivamente colocar bajo protección de derecho internacional a los contratos y concesiones otorgadas a los países inversores.

Sin embargo también vemos que en estos borradores, y en especial el de la OECD, que la intención principal al redactar este tipo de cláusulas era la de incorporar contratos de inversión o concesión, en la que el Estado haciendo uso de su soberanía podría cambiar unilateralmente las disposiciones del contrato. Por ello se podría decir que no todas las obligaciones estaban cubiertas sino solo en contratos de inversión o concesiones.

Como se puede concluir al analizar la historia de este tipo de disposiciones, la intención de quienes idearon y redactaron en varios borradores esta cláusula, era la de

73 *Ibidem* p. 12

74 OECD, Draft Convention on the Protection of Foreign Property, op. cit. 14 de Abril 2008, p. 14
Traducción libre: “any right originating under such an undertakings gives rise to an international right that the party of the national concerned or his sucesor in title is entitled to protect”

efectivamente colocar bajo protección de un tratado internacional a los contratos de concesión e inversión entre los inversionistas y el Estado huésped. Al haber sido propuesto el borrador de la OECD como un modelo para la redacción de los TBIs de los países miembros, que son los principales exportadores de capital y los principales impulsores de los TBIs con otros países, no es de extrañarse que estas disposiciones se hayan transferido prácticamente en su integridad y con la misma intención con la que fue redactada en los borradores. Como SINCLAIR lo reconoce, los *travaux préparatoires* de los TBIs no pueden ser encontrados o no han existido⁷⁵, quizás debido a que la mayoría fueron hechos en base a modelos preestablecidos; por lo que la historia de estas cláusulas es el principal instrumento para conocer el propósito de las partes al incorporarlas en un TBI.

En este caso, es importante la carta que el Gobierno de Suiza envió a la Secretaria del CIADI, a raíz de la decisión del tribunal en *SGS vs. Pakistán* que le tocó interpretar la cláusula paraguas contenida en el TBI entre Suiza y Pakistán. En este caso, el tribunal interpretó de una manera restrictiva dicha cláusula declarando que no tenía jurisdicción para conocer las controversias surgidas de un contrato, relacionado con la prestación de servicios aduaneros, entre el inversor y el Estado de Pakistán. Ante este fallo, Suiza envió un comunicado a la Secretaria del CIADI, en el que expresaba su desacuerdo con la decisión del tribunal ya que la intención de ese país al negociar el TBI y en especial la cláusula, era precisamente la de proteger los contratos de los inversionistas originarios de su país:

.... On the other, the Swiss authorities are alarmed about the very narrow interpretation given to the meaning of Article 11 (Cláusula paraguas) by the Tribunal, which not only runs counter to the intention of Switzerland when concluding the Treaty but is quite evidently neither supported by the meaning of similar articles in BITs concluded by other countries nor by academic comments on such provisions...

75 Cfr. A. SINCLAIR. "The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection", Op cit., p. 3

... It is furthermore the view of the Swiss authorities that a violation of a commitment of the kind described above should be subject to the dispute settlement procedures of the BIT⁷⁶.

Hasta el momento, se ha tratado la intención de una de las partes que generalmente se encuentran en estos tratados; que es la de los países exportadores de capital. Como se puede ver al analizar la historia, esta cláusula surgió como un intento de los inversionistas y países de estos para asegurar sus inversiones en el exterior; así por ejemplo los tres borradores que se han mencionado, fueron dirigidos por quien fuera presidente del Deutsche Bank en Alemania, presidente de la Shell en Inglaterra y finalmente la OECD que es una organización compuesta principalmente por países del primer mundo.

Ante esto, surge la necesidad de consultar cuál fue la posición de otros países como el nuestro al momento de aceptar dentro de un tratado este tipo de cláusulas. A juzgar por lo que ha ocurrido ante los tribunales arbitrales, los países importadores de capital no estaban completamente conscientes de las posibles consecuencias que este tipo de cláusula podía generar en sus relaciones con los inversores. Citando a Judith Gill, una abogada de la firma que representó a Filipinas contra SGS, “ parte del problema es que las cláusulas de los tratados generalmente son adoptadas sin mayor análisis acerca de su resultado”⁷⁷ . Reiteradamente ante los tribunales del CIADI los países demandados por los inversores han argumentado que el alcance que los inversionistas quieren dar a esta cláusula no era la intención de sus países al suscribir el TBI.

76 E. GALLIARD, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases considered” *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pp. 325-346, pp.341-342

traducción libre: Por otro lado, las autoridades Suizas están alarmadas acerca de la interpretación muy restrictiva dada al significado del artículo 11 por el tribunal, que no solo va en contra de la intención de Suiza al concluir el Tratado sino que tampoco concuerda con otros artículos similares concluidos en los TBIs celebrados por otros países ni tampoco por los comentarios académicos respecto a estas provisiones...

... Es la posición de las autoridades Suizas que un violación de una obligación del tipo descrito arriba deben estar sujetas al procedimiento de solución de disputas de TBI.

77 Judith Gill en L. PETERSON, “Existence of “umbrella clause” denied by tribunal in US-Argentina BIT dispute” *Investment Treaty News, International*, 10 August 2006, Institute for Sustainable Development, http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_aug10_2006.pdf, 15 abril 2008

El tribunal de SGS vs. Pakistán llegó a la conclusión de que para que sea viable una interpretación amplia de la cláusula se requería de una evidencia clara y convincente de que esa era su la intención de los países al suscribir el mencionado tratado. Evidencia que a juicio del tribunal no existía⁷⁸.

Sin duda, cuando el tiempo de vigencia de los actuales tratados bilaterales de inversión llegue a su fin, los países importadores de capital tratarán con mucho más detenimiento y recelo la incorporación de este tipo de disposiciones en los nuevos TBIs que sean suscritos.

2.4. Principio de efectividad (*Effet Utile*):

El principio de *effet utile* o principio de efectividad, propone que las disposiciones legales sean interpretadas con el fin de generar un efecto jurídico. Si bien el mencionado principio no se encuentra recogido en la Convención de Viena como una guía para la interpretación de tratados, éste forma parte del derecho consuetudinario internacional⁷⁹ y como tal es necesario tomar en cuenta al interpretar disposiciones establecidas en un tratado, en este caso la cláusula paraguas.

Este principio fue recogido por el tribunal del CIADI del caso Noble Ventures vs. Rumania quien estimó que para que una cláusula paraguas cumpla con el principio de efectividad, esta debe ser interpretada ampliamente para permitir que las obligaciones y contratos celebrados por los estados estén bajo el amparo de un TBI. Ya que caso contrario se estaría privando de cualquier efecto jurídico a dicha cláusula. En palabras del tribunal, “considerando que cualquier otra interpretación privaría al art. II (cláusula paraguas) de un contenido práctico, es necesario hacer referencia al principio de efectividad⁸⁰”. En su decisión, el tribunal reconoce que una interpretación amplia

78 Cfr. SGS vs. Pakistán, op, cit, Párr. 161

79 Cfr. J. GAFFNEY Y J. LOFTIS, The “Effective Ordinary Meaning” of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to hear contractual claims, The Journal of World Investment & Trade, Geneva, Vol. 8 No, 1, February 2007, p. 8

80 Noble Ventures, Inc vs. Romania, op, cit, Párr. 51

beneficiaría únicamente al inversor sin embargo concluye que ese es el único significado posible para este tipo de cláusulas por considerar que cualquier otra interpretación negaría cualquier sentido práctico y privaría de un efecto real a estas disposiciones⁸¹.

El tribunal de *SGS vs. Filipinas* tuvo una posición similar, al considerar que de acuerdo al propósito y el objetivo de un TBI, que consiste en proteger las inversiones, es necesaria una interpretación que este en concordancia con el marco del tratado. Para el tribunal, la única interpretación efectiva que se le puede dar a estas cláusulas, consiste en aceptar el efecto de las cláusulas paraguas de proteger las obligaciones contraídas por el Estado bajo el TBI⁸².

En efecto, una interpretación completamente restrictiva de una cláusula paraguas privaría de cualquier efecto a estas disposiciones. Porque si no pueden ser llevados al tribunal arbitral establecido en el TBI violaciones de obligaciones entre el inversor y el Estado, lo dispuesto en una cláusula paraguas sería letra muerta.

2.5 Afirmación del Principio *Pacta Sunt Servanda*

El principio de *pacta sunt servanda* es uno de los principios más importantes del derecho internacional y un concepto rector del derecho de los tratados⁸³. Dicho principio establece que los pactos deben ser cumplidos, refiriéndose a que los tratados internacionales celebrados entre estados deben ser respetados y cumplidos por ellos. Para Barboza el principio *pacta sunt servanda* es la norma fundamental del derecho internacional y el precepto que mantiene funcionando a las relaciones entre estados⁸⁴.

traducción libre de: “Considering that any other interpretation would deprive art. II (2) of practical content, reference has necessarily to be made to the principle of effectiveness”

81 Cfr. *Ibidem*

82 *SGS vs. Filipinas*, op. cit. Párr. 116

83 cfr. G. RAMÍREZ, “Política Exterior y Tratados Públicos”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 508

84 cfr. J. BARBOZA, “Derecho Internacional Público”, Zavalía, Buenos Aires, 2001, p. 46

Es un principio independiente de cualquier tratado y una regla preexistente de derecho internacional⁸⁵ ya que es necesaria la voluntad de los estados de cumplir, de buena fe, las obligaciones que estos hayan adquirido en el ámbito internacional. Sin esta voluntad no habría la certeza en el orden jurídico internacional del cumplimiento de los tratados por parte de los estados. Por ser un requisito previo para el funcionamiento del derecho internacional, el principio de *pacta sunt servanda* ha sido considerado como una norma consuetudinaria ya que es costumbre en la comunidad internacional de que los tratados deben ser cumplidos; como lo explica Ramírez Bulla, “se trata de una norma de origen consuetudinario, que ya se aplicaba entre los romanos, fue reconocida en la edad media y ahora se considera como fundamental⁸⁶”.

En la actualidad, este principio también se encuentra recogido en varios instrumentos internacionales como en los preámbulos de la Carta de la ONU y de la Convención de Viena. También se encuentra implícito en el art. 26 de la referida Convención que dispone que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”⁸⁷.

Volviendo al tema de los tratados bilaterales de inversión, vemos que pese a no encontrarse expresado, el principio de *pacta sunt servanda* debe aplicarse a todas las disposiciones contempladas en el TBI. Así pues, desde el punto de vista de una interpretación amplia, los estados deben cumplir con el compromiso adquirido en una cláusula paraguas consistente en respetar las obligaciones que el Estado tenga con el inversor.

Además de esta conclusión lógica de que el principio de *pacta sunt servanda* debe aplicarse a las cláusulas paraguas como a cualquier otra norma internacional; estas cláusulas han sido vistas como una reafirmación del mencionado principio que extiende su aplicación no solo a normas internacionales sino también a obligaciones y contratos celebrados entre Estado e inversor, que normalmente estarían supeditados al derecho interno del país receptor de la inversión. Este criterio lo podemos encontrar en los

85 cfr. M. MONROY CABRA, “Derecho Internacional Público”, Temis, Bogota, 2002 p. 139

86 G. RAMÍREZ, “Política Exterior y Tratados Públicos”, op. cit. P. 508

87 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, op. cit.

comentarios de los autores del borrador Abs-Shawcross al explicar que el propósito de la cláusula paraguas era de afirmar el principio de *pacta sunt servanda*. Igualmente, en los comentarios y notas del ya mencionado borrador de la OECD se considera a esta cláusula como una aplicación de este principio.

CAPÍTULO III

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA CLÁUSULA PARAGUAS

3.1. Implicaciones de una interpretación restrictiva

A diferencia de una interpretación amplia, una interpretación completamente restrictiva de la cláusula paraguas tiene el efecto de evitar que cualquier violación de un compromiso adquirido por el Estado con el inversor pueda ser llevada ante los tribunales arbitrales establecidos en un TBI. Salvo cuando esta violación efectivamente constituya también una violación directa de alguna de las garantías o derechos contemplados en un tratado bilateral de inversiones. Esta interpretación, privaría a una cláusula paraguas de su principal efecto; el cual consiste en la “internacionalización” de las obligaciones contraídas por el Estado con el inversor.

Esta aproximación es perjudicial para el inversor puesto que las obligaciones y contratos que tenga con el Estado quedarían amparadas únicamente por el derecho nacional del país en que se encuentre la inversión. Susceptible a ser influido por presiones políticas, sociales e ideológicas que generalmente surgen en un conflicto entre el Estado e inversores extranjeros. Si bien es cierto que el inversor aún se encontraría protegido por las garantías establecidas en los estándares de protección del TBI como el de Trato Justo y Equitativo o el de No Discriminación; el alcance de esta protección se vería disminuido al

quedar fuera del ámbito del TBI las obligaciones y contratos mencionados con anterioridad.

En cambio, una interpretación que niegue el efecto de una cláusula paraguas puede considerarse beneficiosa para el Estado huésped puesto que se evitaría que las obligaciones contraídas con los inversores tengan carácter internacional y sean susceptibles de ser llevadas a un tribunal internacional establecido en el TBI. Sin embargo, una interpretación de este tipo puede ser de doble filo, en el que sentido de que si bien beneficia al Estado, puede perjudicar a sus propios inversionistas al negarle la protección del TBI de obligaciones adquiridas por el otro estado parte.

3.2 Interpretación amplia perjudicial para los estados demandados

Una de las principales razones por las cuales varios tribunales arbitrales se han negado a dar una interpretación amplia a la cláusula paraguas es debido a la consecuencia que una aproximación de este tipo tendría para los gobiernos huéspedes de la inversión y en general para todo el sistema de protección de inversiones en el ámbito internacional.

Una interpretación de este tipo, colocaría a todos los contratos y obligaciones que los estados han adquirido con los inversionistas dentro del ámbito de un TBI y por ende susceptibles de ser presentadas y revisadas por un tribunal arbitral. De esta manera, contratos, concesiones e incluso leyes locales podrían ser atacadas bajo un TBI, mermando seriamente la facultad de regulación de los estados huéspedes. Por ejemplo, esta preocupación ha sido abordada por la UNCTAD al notar que en este tipo de disposiciones; el lenguaje utilizado es tan amplio que pueden ser incluidos cualquier tipo de obligación lo cual pudiera “alterar el régimen legal y sujetar el acuerdo a las normas del derecho internacional”.⁸⁸

⁸⁸ OECD, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Op. Cit., p. 8

En *SGS vs. Pakistán*, el primer argumento y sin duda el principal motivo por la cual el tribunal se negó a interpretar de una manera amplia la cláusula, fue que una interpretación así sería muy perjudicial para los estados puesto que cualquier obligación o contrato, por mínimo e insignificante que este sea, sería susceptible de ser llevada a un tribunal internacional; en palabras del tribunal: el alcance del tribunal sería “casi de una expansión indefinida⁸⁹” Dicha situación constituiría un desbalance entre los derechos y obligaciones del Estado y el inversor⁹⁰.

Adicionalmente, dicho tribunal advirtió que una interpretación que permita a reclamos contractuales ser conocidos como reclamos internacionales pondría en peligro y dejarían sin efecto todas las garantías establecidas en los TBIs ya que bastaría una supuesta violación de un contrato u otra obligación para acudir a un tribunal arbitral, sin necesidad de invocar el resto de protecciones del TBI⁹¹.

Este argumento en específico, de que el resto de garantías de un TBI quedarían sin efecto, fue confrontado meses después por el tribunal del caso *SGS vs. Filipinas*; quien a diferencia del de *SGS vs. Pakistán* utilizó una aproximación amplia a la cláusula. El tribunal de *SGS vs. Filipinas* minimizó la preocupación del otro tribunal al considerar que los TBIs contienen garantías que generalmente no se encuentran contempladas en los contratos. Como lo son el de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo, No discriminación o lo referente a la Expropiación. La mayoría del tribunal de *Eureko vs. Polonia*, también concordó con *SGS vs. Filipinas* y citó a SCHEREUER quien afirmó que “Las provisiones sustantivas de los TBIs tratan con no-discriminación, trato justo y equitativo, trato nacional, trato de nación más favorecida, libre transferencia de pagos y protección contra expropiaciones. Estos problemas no están cubiertos formalmente en contratos⁹²”

89 *SGS vs. Pakistán*, Op. Cit. Párr. 166

90 UNCTAD, “Investor- State Disputes Arising from Investment Treaties: A review”, Op. Cit , p. 21

91 Cfr. *SGS vs. Pakistán*, Op. Cit. Párr. 168

92 *Eureko vs. Polonia*, Op. Cit. Párr. 257

Traducción libre de: “The BITs substantive provisions deal with non-discrimination, fair and equitable treatment, national treatment, MFN treatment, free transfer of payments and protection from expropriations. These issues are not formally covered in contracts”

Estas mismas preocupaciones fueron expresadas por otros tribunales como los casos de El Paso y BP America contra Argentina⁹³. En estos casos, (dos de los tres miembros del tribunal incluido el presidente, fueron los mismos en los dos casos⁹⁴), el tribunal llegó a la conclusión de que una interpretación amplia sería “destrutivo para la distinción entre orden legal nacional y orden legal internacional⁹⁵”

De esta manera, cualquier contrato e incluso leyes nacionales podrían ser interpretados y juzgados por un tribunal arbitral internacional lo que provocaría que la línea entre contratos regidos por el derecho local y el ámbito del derecho internacional se torne borrosa y difícil de delimitar⁹⁶.

Al hablar de estas consecuencias, Christoph Schereuer, una autoridad en el derecho de inversiones y el estudio de cláusulas paraguas, advierte que “podrían surgir problemas si los inversionistas empezaran a valerse de las cláusulas paraguas en el caso de controversias triviales. No puede ser la función de una cláusula paraguas convertir a todo desacuerdo de poca importancia respecto de un detalle del cumplimiento de un contrato en una cuestión para la cual se pueda disponer del arbitraje internacional⁹⁷”

En el Paso vs. Argentina también se menciona el hecho de que de permitirse una interpretación amplia a este tipo de cláusulas, sin lugar a dudas sería aprovechado por los inversionistas quienes no mostrarían la moderación adecuada, debido a que llevarían a arbitraje internacional la más mínima disputa contractual. Por lo que es responsabilidad del CIADI y sus árbitros el de tratar esta cláusula con moderación.⁹⁸

En Eureka vs. Polonia, en su opinión disidente, el árbitro RAJSKI acusó a la mayoría del tribunal de convertir una disputa meramente contractual en una internacional

93 El Paso Energy International Company vs. Republica de Argentina, caso CIADI, No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 27 Abril 2006 y,

BP America Production Company, Pan American Sur y otros vs. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/8, 27 Julio 2006

94 (Prof. Lucius Caflisch y Prof. Brigitte Stern)

95 El Paso Energy International Company vs. Republica de Argentina, caso CIADI, No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 27 Abril 2006, Párr.

96 Cfr. *Ibidem* Párr. 82

97 C. SCHEREUER, “Travelling the BIT Route. Of waiting periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004, p. 225 en El Paso vs. Argentina Op. Cit. Párr. 82

98 Cfr. *Ibidem* Párr. 82

y advirtió que tal decisión “Podría llevar a una clase privilegiada de partes extranjeras de contratos comerciales que fácilmente pudieran transformar sus disputas contractuales con compañías del Estado en disputas en base al TBI”⁹⁹. De esta manera, al aplicarse una interpretación amplia, únicamente los inversionistas que de acuerdo a su nacionalidad estén favorecidos con un tratado que contenga una cláusula paraguas podrían convertir sus reclamos contractuales en disputas basadas en los TBIs mientras que los nacionales de ese país y otros inversores extranjeros que no estén favorecidos por estas cláusulas únicamente podrían recurrir al método de resolución de controversias contemplados en el contrato. Ocurriendo así una “clase privilegiada” de inversionistas.

Una interpretación amplia, también perjudicaría y dejaría sin efecto a todas las cláusulas de resolución de controversias establecidas en los contratos celebrados entre el inversor y el Estado. Como ya fue mencionado, generalmente este tipo de contratos tienen cláusulas de solución de controversias que serán resueltas ya sea en las cortes locales o en un centro arbitral dentro del país. Al permitirse, a raíz de una cláusula paraguas la jurisdicción de los tribunales arbitrales establecidos en el TBI, todas estas disposiciones serían anuladas y aunque se mantengan vigentes siempre existiría el problema de que los inversores podrían ignorar lo dispuesto en el contrato y acudir directamente al mecanismo contemplado en el TBI.

3.3. En caso de cláusula de resolución de controversias en el contrato está prevalece sobre el TBI.

Como ya fue expuesto en el capítulo 1, el efecto de las cláusulas paraguas se ha sentido principalmente en los contratos celebrados entre el Estado y el inversor. El principal problema que surge al intentar aplicar esta cláusula en disputas relacionadas con un contrato ocurre ante la existencia de un método de solución de controversias establecido en el mismo que se contrapone con el establecido en el TBI. La mayoría de tribunales arbitrales que se han analizado para este trabajo se han encontrado con este

⁹⁹ Eureko vs. Polonia, Profesor Jerzy Rajski's Dissenting Opinión, op. cit. Párr. 3

problema. Dependiendo la solución del mismo de la aproximación que se tome respecto a la cláusula paraguas; una interpretación amplia permite el mecanismo del TBI mientras que una interpretación restrictiva lo niega.

Esta situación se convierte en una disputa entre reclamos contractuales versus reclamos internacionales, que como ya vimos al referirnos a la internacionalización de los contratos, es un tema más amplio que el de la cláusula paraguas ya que contempla más situaciones en la que un contrato puede internacionalizarse. El caso más famoso respecto a reclamos contractuales versus internacionales, es el caso *Vivendi vs. Argentina*¹⁰⁰ y la posterior anulación del mismo en el que se trata a fondo el límite entre lo contractual y lo internacional. Si bien dicho caso fue basado en el TBI entre Francia y Argentina que no contiene una cláusula paraguas, en muchos casos como los de *SGS*¹⁰¹ se han tratado este tema para aclarar la situación antes de aplicar las cláusulas paraguas.

El caso *Vivendi*, surge a raíz de una disputa contractual entre un proveedor de servicio de agua y el Estado de Argentina. En la parte que nos compete, el tribunal resolvió que en casos en que la parte principal de la demanda es un reclamo contractual, el CIADI no tiene jurisdicción para conocer aquellas demandas; ya que en virtud de lo establecido en el contrato ese tipo de reclamos deben ser resueltos por el tribunal competente para el contrato¹⁰². Ante esta situación, tribunal determinó que “la naturaleza de los hechos en los que se basan los reclamos presentados en este caso hace imposible para el tribunal el distinguir o separar las violaciones del TBI de las rupturas del contrato de concesión sin interpretar primero las provisiones del acuerdo”¹⁰³ Por lo que se negó a resolver acerca del caso.

100 *Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y Vivendi Universal vs. Republica Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 21 Noviembre 2000

101 *SGS vs. Pakistán y SGS. vs. Filipinas*

102 Cfr. *Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y Vivendi Universal vs. Republica Argentina*, op. cit , Párr. 98

103 C. Schreuer, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims- the *Vivendi I* case Considered”, Op. Cit. p. 284

Sin embargo, en el proceso de anulación del laudo, el comité ad-hoc¹⁰⁴ revirtió la decisión del primero, y criticó su posición al decir que si bien existe una diferencia entre reclamos contractuales e internacionales, un tribunal del CIADI no puede abstenerse de conocer un caso. Ya que para resolver sobre una posible ruptura de una garantía de un TBI tiene toda la facultad para utilizar y analizar los términos del contrato con el fin de determinar si hubo o no una violación del TBI, sin ejercer una jurisdicción contractual:

“It is one thing to exercise contractual jurisdiction. And another to take into account the terms of a contract in determining whether there has been a breach of a distinct standard of international law, such as the reflected in Article of the BIT¹⁰⁵”

En donde una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato no puede operar como una barrera para la aplicación de una garantía del tratado¹⁰⁶. A pesar de esto, el comité admitió que cuando el reclamo es esencialmente una ruptura de contrato, el tribunal de dar efecto a la solución de controversias establecida en el contrato¹⁰⁷.

Los casos Vivendi sirvieron para establecer con mayor claridad la relación entre reclamos surgidos a raíz de un contrato y aquellos surgidos por una violación de una garantía cubierta en el TBI. Sin embargo en casos en los que se encuentra de por medio una cláusula paraguas, la situación es más difícil puesto que se trata de una cláusula de un TBI que expresamente da la obligación a los estados de cumplir con los contratos adquiridos.

En todos los casos, los tribunales que han abordado el tema, se han visto ante un problema en el que por un lado se encuentra el método de resolución de controversias establecido en el TBI mientras que por otro el establecido en el contrato. Generalmente

104 Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal vs. Republica Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión de Anulación, 3 Julio 2002

105 Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal vs. Republica Argentina, Decisión de Anulación op. cit., Párr. 98

Traducción libre: “Es una cosa el ejercer jurisdicción contractual. Y otra el tomar en cuenta los términos del contrato en determinar si ha existido una violación de un estándar distinto de derecho internacional, como los reflejados en los artículos del TBI”

106 Cfr. Vivendi vs. Argentina, op. cit, Párr. 101

107 Cfr. Vivendi vs. Argentina, Decisión de anulación, op. cit. Párr. 98

una interpretación amplia de una cláusula paraguas lleva a que se de prioridad a lo dispuesto en el TBI, puesto que se acepta la protección del tratado en los contratos y obligaciones celebradas por el Estado. La excepción a esto fue la decisión del tribunal del CIADI del caso de SGS vs. Filipinas, el cual aceptó que en una cláusula paraguas los contratos y obligaciones están protegidos por el TBI, pero se negó a dar una resolución por considerar que existían temas que por ser de carácter meramente contractual debían ser resueltas primero por el tribunal competente de acuerdo al contrato antes de poder avanzar¹⁰⁸.

El problema en este caso se debía a la negativa del Estado de Filipinas, de realizar un pago a SGS debido a que ambas partes diferían respecto a la cantidad de pago necesario. Ante esto, el inversor decidió llevar su reclamo al CIADI. Como ya fue dicho, al analizar si en virtud de una cláusula paraguas el tribunal tenía jurisdicción para conocer reclamos surgidos de un contrato el tribunal utilizó una interpretación amplia y acepto lo dicho. Sin embargo, aclaró que la obligación establecida en el TBI consistía en el cumplimiento de dicha obligación y que por ende el tribunal era competente solo para decidir si se ha cumplido o no la obligación más no determinar por si mismo cual es el alcance o monto de la misma. En sus propias palabras, “(la cláusula) *addresses not the scope of the commitments entered in with regard to specific investments but the performance to the obligations once they are ascertained*¹⁰⁹”. Bajo esta interpretación, únicamente es un problema de derecho internacional el cumplimiento de la obligación o contrato, mas no el determinar su alcance o cual es la obligación en si misma.

El criterio de este tribunal fue que “las provisiones generales del TBI no deben, al menos que este claramente expresado sobreponerse sobre cláusulas específicas y exclusivas de solución de controversias establecidos en los contratos entre el inversionista y el Estado¹¹⁰”. Por lo que una jurisdicción exclusiva establecida en un contrato debe ser

108 Cfr. SGS vs. Filipinas, op. cit. Párr. 163

109 Ididem Párr., 126

Traducción libre: “(La cláusula) no trata el alcance de los compromisos adquiridos respecto de inversiones específicas sino el cumplimiento de estas una vez que han sido definidas”

110 Ibidem Párr., 126

respetada salvo que haya otra disposición válida que la anule, que en este caso, no lo es por dos consideraciones:

En primer lugar bajo el principio de *maxim generalia specialibus non derogant*, que se refiere a que las disposiciones generales no derogan a las disposiciones especiales. Las disposiciones del TBI son de carácter general mientras que las establecidas en el contrato son específicas. En refuerzo cita a SCHEREUER quien dice que “*a document containing a dispute settlement clause wich is more specific in relation to the parties and to the dispute should be precedence over a document of more general application*”¹¹¹

Bajo la misma línea, la defensa del Estado de Pakistán en el caso SGS vs Pakistán, menciona que el principio de *maxim generalia specialibus non derogant*, debe ser aplicado con el objetivo de que el mecanismo de solución de controversias contemplado en el contrato tenga precedencia sobre el establecido en el TBI¹¹².

En segundo lugar, tomando en cuenta el propósito y carácter de un tratado bilateral de inversiones, el tribunal de SGS vs. Filipinas argumenta que el TBI brinda un marco general que busca ser un suplemento y protección para el inversor, pero no el anular ni reemplazar nada, en especial lo dispuesto en acuerdos celebrados entre el inversor y el Estado¹¹³.

Uno de los argumentos del inversor para afirmar que se debía dar primacía lo dispuesto en el TBI, es que las partes habían dado su consentimiento cuando estas firmaron el convenio del CIADI ya que esta en su Art. 26 le otorga jurisdicción exclusiva a este centro. Dicho artículo establece:

Art. 26 Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de

111 SCHEREUER en SGS vs. Filipinas, Op. Cit. Párr. 141

Traducción Libre: “Un documento que contenga una solución de controversias que se más específico en relación a las partes y a la disputa debería tener primacía sobre un documento de carácter más general”

112 SGS vs. Pakistán, op. cit. Párr. 110

113 SGS vs. Filipinas, op. cit. Párr. 142

*sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme este Convenio*¹¹⁴

De acuerdo al inversor, al utilizar la frase “en exclusión con cualquier otro recurso”, se daba la jurisdicción exclusiva al centro. Sin embargo con una lectura integral de dicho artículo encontramos también la frase “salvo estipulación en contrario” lo que ocurre cuando el inversor y el Estado celebran un contrato en el que existe otro mecanismo de solución de controversias. Esta fue la posición del Estado de Pakistán en el caso SGS vs. Pakistán, el cual argumentó que de acuerdo a la Convención del CIADI, un tribunal arbitral del TBI no tiene jurisdicción donde las partes hayan pactado el someter las disputas en otro foro¹¹⁵. El tribunal también nota que de aceptarse este argumento, éste solo serviría en casos en los que el TBI se refiera al CIADI, pero existen muchos que rigen su arbitraje por las normas del UNCITRAL o en ambos tribunales, lo cual tendría el efecto de cambiar las posibilidades de un reclamos simplemente con el cambio del tribunal arbitral.

Por estas razones, el tribunal concluyó que una cláusula paraguas sí coloca bajo la protección del TBI a obligaciones y contratos, y en este caso el contrato celebrado entre SGS y Filipinas, por lo que podía decidir acerca del cumplimiento o no de la obligación de pagar, pero no determinar cuál era el monto a pagar, puesto que eso le correspondía al tribunal establecido en el contrato. Y concluyó que cualquier decisión antes de que el tribunal local decida el monto de la obligación hubiera sido “prematura”.¹¹⁶

Opuesto a este criterio esta la posición de que ninguno de los dos mecanismos de solución de controversias (el del TBI y del contrato) se oponen ni priman sobre el otro. Sino que ambos coexisten, el uno competente para conocer los reclamos surgidos del contrato y el otro para conocer

114 Convenio del CIAD, op. cit.

115 Cfr. SGS vs. Pakistán, op. cit. Párr. 48

116 SGS vs. Filipinas, op. cit. Párr. 163

los relacionados con el TBI y la cláusula paraguas. Este criterio sostuvo el árbitro CRIVELLARO, quien tuvo un voto disidente en el caso SGS vs. Filipinas.¹¹⁷

3.4. Solo aplicable en los casos en que el Estado actúe como soberano y no simplemente en casos comerciales.

Otro argumento que limita la aplicación de la cláusula paraguas, es el que propone que esta provisión únicamente es aplicable a contratos y obligaciones en la que el Estado actúe haciendo ejercicio de su poder como soberano, dejando de lado aquellos casos en que el Estado se “baje de su pedestal” en contratos meramente comerciales.

Varios Estados al defenderse ante el CIADI han esgrimido este argumento con el fin de evitar que el reclamo del inversor sea acogido por el tribunal arbitral en cuestión. Así por ejemplo en el caso de Noble Ventures vs. Rumania, este último argumento que:

“Umbrella clauses are only intended to create a treaty obligation on states to protect against the exercise of sovereign powers in a manner that interferes with contractual commitments and other legal obligations entered into with respect to investments”¹¹⁸ “

Bajo el principio de *ratione materiae* algunos autores, y tribunales han limitado la aplicación de la cláusula por considerar que los tratados bilaterales de inversión, y las cláusulas establecidas en él (incluida la paraguas) fueron redactadas con la intención de proteger las inversiones de los nacionales de la otra parte, del poder del Estado huésped de la inversión. Por lo que sus disposiciones, y en este caso una cláusula paraguas, son aplicables en casos relativos a inversiones en los que el haya una inversión y el Estado actúe en su papel de soberano.

117 Ver internacionalización de los contratos, capítulo 1

118 Noble Ventures vs. Rumania, Op. Cit. Párr. 45

Traducción libre: Las cláusulas paraguas fueron ideadas solo con el propósito de crear una obligación del tratado a los Estados para proteger contra el ejercicio de sus poderes soberanos, de tal manera que interfiera con compromisos contractuales y otras obligaciones legales adquiridas respecto a inversiones

Varios autores han adoptado esta posición como BROWER¹¹⁹, quien en el tiempo de la redacción del borrador de la Convención de la OECD, menciona que en razón de *ratione materiae* la cláusula paraguas únicamente puede ser aplicable a grandes inversiones y contratos de concesión en donde el Estado este ejerciendo su soberanía. SINCLAIR, nos dice que ante esta cláusula varios autores optaron por este criterio; sin embargo el autor nos recuerda que en ningún momento esta limitación se encontraba especificada, como sigue ocurriendo en la mayoría de TBIs, pero sí reconoce que el principal motivo para la redacción de este tipo de cláusulas, se debía precisamente a proteger los contratos de concesión frente a los procesos de nacionalización que varios gobiernos habían llevado a cabo¹²⁰.

Un autor contemporáneo y uno de los principales comentaristas en materia de inversiones, Thomas Waelde, igualmente, opta por una posición intermedia en el debate, al considerar que la cláusula únicamente protege a los contratos y obligaciones realizados por el Estado en los cuales estén sujetos al poder del mismo. Es decir, para Waelde, esta cláusula tiene efecto únicamente cuando el Estado utilice sus prerrogativas para escapar de alguna obligación adquirida con el inversionista ya que caso contrario cualquier disputa contractual debe ser resuelta por el método de resolución de conflictos establecido en el contrato.¹²¹

Varios tribunales arbitrales del CIADI que han analizado el alcance de las cláusulas paraguas, también han compartido este criterio. En CMS vs. Argentina, el tribunal concordó con el Estado al acotar que no todas las violaciones contractuales pueden ser consideradas como violaciones de un tratado bilateral de inversión; ya que esta protección únicamente puede hacerse efectiva cuando se han violado derechos establecidos en el tratado o en contratos que se encuentran bajo la protección del mismo y que simples actos comerciales no pueden ser abarcados en la protección del tratado. Concuerta con varios

119 C.N. BROWER en OECD, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Op. Cit. , p. 7

120 Cfr. A. SINCLAIR, “The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection”, Op. Cit. p.

121 Cfr. WAELDE en OECD, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Working Papers on International Investment, OECD, France, 2006

tribunales que han tratado el tema y acota que: *“In these decisions, commercial disputes arising from a contract have been distinguished from disputes arising from the breach of treaty standards and their respective causes of action¹²²”*

En este caso el Tribunal, limitó el alcance de esta cláusula sin embargo aceptó el reclamo de CMS puesto que este se debía a un incumplimiento de una cláusula de estabilización suscrita entre el inversor y el Estado de Argentina, que incumplió ante la crisis económica del país. Ante esta situación el Tribunal halló que Argentina, haciendo uso de sus prerrogativas como Estado, violó la cláusula de estabilización y por ende la cláusula paraguas.

Bajo la misma línea de pensamiento, el tribunal de El Paso vs. Argentina, que analizó el mismo TBI del caso CMS; advirtió que “es preciso distinguir el papel del Estado como comerciante del papel del estado como soberano”¹²³ ya que al igual que CMS vs. Argentina, esta cláusula solo es aplicable cuando el Estado actúa como soberano y no como comerciante, al mismo nivel que el inversionista. En el caso de BP America vs. Argentina el tribunal siguió la misma línea de El Paso, en la parte que analiza la cláusula paraguas utilizaron la misma redacción sin duda porque dos de los tres árbitros son los mismos. En este caso, el tribunal analizó otras disposiciones del TBI entre Argentina y Estados Unidos, en especial la del Art. VII en el que se establece cuales son las diferencias relativas a inversiones y menciona algunos tipos de contratos en los que precisamente el Estado ocupa un rol de soberano¹²⁴.

Como ejemplo, podemos encontrar el modelo de TBI del 2004 de los Estados Unidos que en su Art. 24 1 (a), limita la jurisdicción del tribunal a reclamos contractuales en los que el Estado actúe como soberano, ya que en su art. 24 1 (a) limita la presentación

122 CMS Gas Transmission Company vs. Republica Argentina, Caso CIADI, No. ARB/01/8, Laudo, 12 mayo 2005, Párr.

Traducción libre: En estas decisiones, disputas comerciales surgidas de un contrato han sido diferenciadas de disputas surgidas de una ruptura de garantías del tratado y sus respectivas causas de acción.

123 El Paso vs. Argentina, Op Cit, Párr. 79

124 TBI entre Argentina y EEUU.

de reclamos solo en “investments authorization” y en “investments agreements”¹²⁵. Que son contratos y obligaciones en los que el Estado actúa como soberano.

3.5. En caso de ambigüedades interpretación favorable al Estado

Ante el lenguaje que generalmente tienen las cláusulas paraguas, algunos tribunales han argumentado que la redacción y términos utilizados en estas cláusulas son tan amplios y extensos que su significado se vuelve ambiguo y de difícil interpretación. Ante esta dificultad, surge la pregunta de cómo interpretar estas disposiciones, si a favor del inversor o a favor del Estado.

En esta situación se encuentran dos intereses opuestos. Por un lado se encuentra la soberanía de los estados y la facultad de estos de tener un margen de libertad para implantar sus políticas, mientras que por otro, el derecho de los inversores de obtener protección para sus inversiones en caso del incumplimiento de una obligación por parte del Estado; que se encuentra amparado por las disposiciones establecidas en los tratados bilaterales de inversión y otros instrumentos. En *SGS vs. Filipinas*, el tribunal tuvo una interpretación favorable al inversor por considerar que el propósito de un TBI es el de proteger las inversiones de los nacionales de otra parte y en consecuencia todas sus disposiciones deben interpretarse en el sentido que beneficie al inversor.¹²⁶

En una posición opuesta, encontramos el criterio de que las ambigüedades deben ser interpretadas a favor del Estado con el fin de proteger la soberanía de los mismos. Este criterio fue presentado por los EEUU en el caso *Methanex*¹²⁷ y es importante puesto que es la posición de un país exportador de capitales, cuyas empresas han acudido a un

125 Modelo TBI 2004 US disponible en www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf, 17 Marzo 2008

126 Cfr. B. CREMADES, “Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”, *Investment Treaty News*, International Institute for Sustainable Development en <http://www.iisd.org/investment/itn>, 17 abril 2008

127 Cfr. *Methanex Corporation vs. United States*, Ad hoc – ICSID arbitration rules, Decision on jurisdiction, 15 January 2001

sinnúmero de tribunales arbitrales; específicamente los casos que han entablado contra la República Argentina en donde se ha discutido el tema de la cláusula paraguas como El Paso, BP America o CMS.

Esta posición es respaldada por el principio de interpretación restrictiva o *in dubio mitius*, el cual consiste en interpretar las disposiciones que tengan un significado ambiguo o poco claro a favor de la soberanía del Estado¹²⁸. Al igual que el principio de efectividad mencionado con anterioridad, no se encuentra recogido por la Convención de Viena sino que es considerado como parte del derecho consuetudinario internacional. A criterio de varios autores¹²⁹, este principio ha ido perdiendo fuerza en la actualidad, y en el caso del derecho internacional de inversiones o comercial al parecer tiene sentido esta afirmación, en vista de que la normativa de los TBIs y de la OMC busca proteger a inversionistas y comerciantes de abusos de poder por parte del Estado; limitando su soberanía en lo que respecta a inversiones y comercio internacional. Sin embargo todavía se pueden encontrar casos en los que se invoque el principio de *in dubio mitius*. Por ejemplo en el ámbito de la OMC, pese a que el Órgano de Apelación no lo ha reconocido expresamente¹³⁰, el principio fue tomado en cuenta en el caso Hormonas¹³¹. En materia de inversiones y en referencia a la cláusula paraguas el tribunal de SGS vs. Pakistán tras considerar que los términos de la cláusula deberían ser redactados de una manera más específica y clara para optar por una interpretación amplia, consideró “apropiado una aproximación prudencial” en concordancia con el principio *in dubio mitius*¹³².

En los de El Paso y Bp America contra Argentina, la posición de los Estados Unidos en el caso Methanex, fue usada como un argumento para optar por una posición moderada entre inversor y Estado. En estos dos casos, al tratar el tema los tribunales concluyeron que “Este tribunal considera que hace falta una interpretación equilibrada,

128 Cfr. J. GAFFNEY Y J. LOFTIS, “The “Effective Ordinary Meaning” of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to hear contractual claims”, op. cit. p. 11

129 *Ibidem* p. 11

130 Cfr. M. KRAJEWSKI, “Research Paper”, Center for International Environmental Law”, May 2001, disponible en <http://www.gatswatch.org/docs/markus.html#VI-1>, 03 Mayo 2008, p. 28

131 Appellate Body Report, “EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS48/AB/R; WT/DS48/AB/R, 16 January 1998, párr. 163

132 Cfr. SGS vs. Pakistán, op. cit. Párr. 171

que tenga en cuenta tanto la soberanía del Estado como la responsabilidad de este de un marco adaptable y en evolución para el desarrollo de las actividades económicas, así como también la necesidad de proteger la inversión extranjera y su flujo constante”¹³³

3.6. No aplicable en personalidad jurídica distinta del Estado

Una limitación obvia para acudir al mecanismo de solución de controversias establecido en el TBI es que solo puede ser utilizado por los dos Estados parte y los sujetos que a raíz del tratado estén legitimados para acudir a dicho mecanismo. Estos sujetos son los nacionales de las respectivas partes que tengan inversiones dentro del otro Estado parte, sin embargo aquello no impide que los estados en su libre ejercicio de su soberanía pacten el incluir otro tipo de sujetos protegidos bajo el TBI.

Para que el inversor de una de las partes pueda acudir a los tribunales arbitrales por una violación del tratado necesariamente su queja debe estar dirigida al otro Estado parte. Este requisito tan simple y fácilmente comprensible ha generado sin embargo debate en algunos tribunales arbitrales cuando la demanda no esta dirigida contra del Estado en sí mismo, sino contra alguna de sus empresas o divisiones. Ante este problema, por un lado esta la posición que señala que si bien una empresa puede ser propiedad del Estado, esto no indica que sea parte del mismo y por ende sujeto a las obligaciones internacionales que este adquiere. Ya que se trata de una personalidad jurídica totalmente distinta del Estado. Por otro lado, hay quienes niegan esta posición ya que insisten en que al ser el Estado el dueño o controlador de una empresa o división, al ejercer esta cualidad se encuentran obligados, como Estado, a respetar todos los compromisos que hayan adquirido así sea durante el manejo de una empresa.

Antes de continuar, es necesario notar que esta limitación no solo es aplicable en el caso de una cláusula paraguas, sino en general en todo el TBI. Ya que de aceptarse el criterio de que una empresa estatal no esta obligada a cumplir con los compromisos internacionales del Estado, ninguna disposición del TBI ya sea una cláusula paraguas,

133 El Paso vs. Argentina op. Cit, Párr. 70

tratado de nación más favorecida o trato nacional, podría ser reclamado por el inversionista.

La importancia respecto a una cláusula paraguas, radica en que las demandas presentadas ante los tribunales arbitrales y que se amparan en una de estas cláusulas, son por supuestas violaciones a contratos protegidos bajo el TBI. Como es lógico, muchos inversionistas celebran contratos no solo con el Estado sino también con empresas estatales como por ejemplo en el caso de nuestro país, Petroecuador¹³⁴. Como consecuencia, muchos casos son llevados al CIADI o a cualquier otro tribunal por una supuesta violación de un contrato celebrado entre un inversionista y una empresa estatal; y la solución dada a este problema determinara si estos reclamos están protegidos por el TBI o no.

En el caso *Impregilo S.p.a vs. Pakistán*¹³⁵, el tribunal limitó los reclamos contractuales únicamente a aquellos casos en que este involucrado el Estado, mas no en aquellos que la otra parte sean entidades cuyo dueño es el Estado¹³⁶. En *Salini vs. Jordania*, uno de los argumentos del Estado de Jordania consistía en que el contrato, cuya violación el inversor reclamaba, fue celebrado por una entidad que si bien estaba controlada por el gobierno de Jordania, era de personalidad jurídica distinta al Estado por lo que el tribunal no podía ejercer su jurisdicción en un contrato en el que el Estado como tal no es parte¹³⁷.

Al respecto, el artículo 25 de la Convención del CIADI¹³⁸ en sus numerales (1) y (3), establecen que para que cualquier subdivisión política u organismo público de un estado contratante estén acreditados ante el Centro se requiere la aprobación previa del Estado, salvo que este notifique que tal aprobación no es necesaria¹³⁹. Esto nos da a

134 Respecto a Petroecuador es necesario notar que esta empresa fue demanda ante el CIADI por Repsol

135 *Impregilo vs. Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/02/2, 22 Abril 2005

136 UNCTAD, *Investor- State Disputes Arising from Investment Treaties: A review*, Op. Cit. p. 20

137 Cfr. *Salini vs. Jordania*, Op. Cit. Párr. 57

138 CIADI, *Convenio, Reglamento y Reglas del CIAD*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones, op. cit.

139 Así por ejemplo, el Ecuador ha designado a Petroecuador y al Consejo Nacional de Electricidad. “Contracting States and measures taken by them for the purpose of the Convention”, International Centre for Settlement of Investment Disputes, April 2008, pag. 9 disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ContractingMeasures&reqFrom=Main>, 29 Abril, 2008

entender que el Estado debe notificar al centro las subdivisiones y organismos que quiere que estén sujetos a la jurisdicción del centro o en su defecto dar su consentimiento al momento en que el inversor presente su reclamo.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que el artículo mencionado corresponde a la Convención del CIADI y no se encuentra en ningún Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre dos países. Por lo que este artículo, pudiera ser una limitación para acudir al CIADI pero no a otros métodos establecidos en el TBI. Como ya se ha mencionado, estos otros mecanismos suelen ser las reglas de la UNCITRAL y algún procedimiento Ad-hoc establecidos en el mismo tratado.

Por otro lado, tenemos los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionales Ilegales¹⁴⁰ también conocidos como los artículos ILC por las siglas en inglés de la Convención. Estos artículos redactados por la Comisión que esta adscrita a la ONU, no forman parte de ningún tratado multilateral, sino que fueron presentados por la Comisión como un borrador, para la discusión y estudio de los miembros, con la probabilidad de que en algún momento sean adoptados como parte de un tratado multilateral. Si bien son un borrador, sirven como una especie de *soft law*, sobretodo en el tema de inversiones, en el que aparte de los tratados bilaterales de inversión existen muy pocos textos legales en los cuales apoyarse.

El art. 4 de este borrador se refiere a la conducta de los órganos de los estados y establece que “la conducta de cualquier órgano del Estado será considerado un acto del Estado bajo el derecho internacional”¹⁴¹; sin importar la función que este órgano ocupe. En los comentarios hechos por la comisión, se aclara que este artículo se rige por dos principios. El primero que consiste en que la conducta de un órgano de estatal es atribuible al Estado en sí y el segundo es el principio de unidad del estado, en el cual al referirnos a la responsabilidad internacional, los actos u omisiones de cualquier órgano del Estado se entienden como actos u omisiones del Estado en sí mismo. En estos mismos comentarios, se especifica que el término “órganos del estado” debe ser entendido en su

140 traducción libre de “International Law Commission’s Articles on Responsibility of States of Internationally Wrongful Acts”

141 International Law Commission, Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts.

sentido más amplio, no solo al gobierno central sino a “cualquier tipo o clasificación, que ejerzan cualquier función y a cualquier nivel jerárquico, incluidos aquellos a nivel provincial e incluso local. Sin distinción entre organismos legislativo, ejecutivo o judicial.¹⁴²”

Bajo estos artículos entonces, el hecho de que sean órganos del estado, subdivisiones e incluso empresas, (si optamos por una interpretación amplia de estos artículos), quienes violen un contrato, están sujetos a la obligaciones adquiridas por el estado en el TBI, en especial de una cláusula paraguas. Así ante estas supuestas violaciones de un contrato por algún órgano y empresa estatal, el inversor estaría facultado para acudir al mecanismo de solución de controversias establecido en el TBI.

En esta parte del trabajo hemos tratado acerca de uno de los requisitos necesarios para que el tribunal basado en el TBI admita un reclamo del inversor contra el Estado. Que consiste en la necesidad de que este último, sea parte del tratado por el cual se obliga a una cláusula paraguas. Ahora trataremos el requisito visto desde los inversionistas que para presentar su reclamo deben estar amparados por el tratado al ser nacionales de uno de los estados signatarios. Este requisito consiste en la nacionalidad del inversor que le permite o no gozar de los derechos y garantías establecidos en el TBI. En el caso de nacionalidad de compañías esta es una situación compleja en vista de los distintos criterios utilizados para determinar la nacionalidad. Este tema es un debate tan grande como el del alcance de la cláusula paraguas; por lo que nuestra intención no es agotar el mismo sino hacer una referencia. De acuerdo a BERNARDINI, los TBIs generalmente contienen tres criterios para establecer la nacionalidad de una compañía¹⁴³. El primero llamado de “incorporación” que se basa en el lugar y en las leyes del Estado en que fue constituida la empresa para otorgarle la nacionalidad. El segundo llamado “de asiento” por el cual la nacionalidad de una empresa esta dada por el lugar donde se encuentre el domicilio o el asiento de la compañía y el tercer criterio llamado de “control” en el que importa la

142 International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries 2001, 2008, United Nations

143 Cfr. P. BERNARDINI, “Nationality Requirements under BITs and Related Case Law”, *Investment Treaty Law: Current Issues II*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2007, p. 20

nacionalidad de la empresa o personas que controlen la compañía¹⁴⁴. En materia de inversiones extranjeras, es común que debido a requisitos de leyes locales y de administración, los inversionistas constituyan compañías en el país huésped para desarrollar su inversión. De aceptarse únicamente el criterio de incorporación para determinar la nacionalidad de la empresa, estas nuevas compañías de propiedad del inversor serían consideradas como nacionales del país huésped y por lo tanto no estarían protegidas por el tratado bilateral de inversiones. Por esta razón es necesario aplicar también el criterio de “control” con el fin de dar a estas compañías constituidas en el país huésped la nacionalidad de sus controladores y así estar amparadas por un TBI. El tema del control extranjero es expandible no solo a casos en que efectivamente se controle la compañía sino incluso a inversiones de portafolio en donde únicamente se tengan acciones; el alcance de este tema dependerá en gran medida de si el TBI en cuestión ampara o no a las inversiones de portafolio.

Así pues en base a estos dos criterios, los inversionistas podrían presentar un reclamo ya sea por medio de la empresa extranjera constituida de acuerdo a las leyes del Estado parte o también por medio de la empresa constituida de acuerdo a las leyes del país huésped que esta controlada por la extranjera. Esta es la situación del caso Vivendi en donde el reclamo fue presentado por la empresa francesa Compagnie Générale des Eaux (actualmente Vivendi Universal) y su filial argentina Compañía de Aguas del Aconquija.

3.7 Solo en garantías cubiertas por el TBI

Uno de los argumentos de los tribunales que más limitan el alcance de las cláusulas paraguas es el que considera que para que un reclamo contractual pueda ser llevado a un tribunal internacional en virtud de una cláusula paraguas este debe equivaler a una violación de otra garantía sustancial de un TBI como por ejemplo el Trato Nacional o no discriminación.

144 *Ibidem*, pp. 20-21

En este sentido por ejemplo el tribunal del caso Joy Mining vs. Egipto consideró que para que una violación contractual “equivalga” a una violación del TBI, se necesitaba una clara violación de los derechos contemplados en el tratado; es decir a las garantías del TBI¹⁴⁵. Igualmente en El Paso vs. Argentina una de las consideraciones del tribunal para negar una interpretación amplia de la cláusula paraguas fue que:

A juicio del tribunal es especialmente claro que la cláusula paraguas no extiende su competencia a todo reclamo contractual cuando dichos reclamos no se basan en una violación de los niveles de protección del TBI, a saber: la protección y seguridad plenas, la protección contra medidas arbitrarias y discriminatorias, o la protección contra expropiación o la nacionalización en forma directa o indirecta, a menos que se respeten ciertas condiciones¹⁴⁶

Este argumento entra directamente en contradicción con el principio de efectividad, *effet utile* que busca que las disposiciones sean interpretadas de una manera que las vuelvan efectivas; el cual fue tratado con anterioridad. Ya que al aceptar que los reclamos contractuales en virtud de un cláusula paraguas solo son “equivalentes” a reclamos del TBI cuando se ha violado alguna garantía del tratado; se esta privando de todo efecto a la cláusula. Debido a que resultaría inútil invocar esta disposición, puesto que al existir una violación de las garantías y derechos contemplados en el tratado, los reclamos se basan directamente en dicha violación y no en una cláusula paraguas.

145 Cfr. Joy Mining vs. Egipto, Op. Cit. Párr. 81

146 El Paso vs. Argentina, Op. Cit. Párr. 84

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

En este capítulo, analizaremos las distintas posiciones y argumentos expresados en los dos capítulos anteriores con el fin de determinar cuál es precisamente el alcance de una cláusula paraguas en los tratados bilaterales de inversión.

En cuanto a los argumentos que apoyan una interpretación amplia, uno de los de mayor peso es la interpretación ordinaria de los términos a la luz de lo que manda el art. 31 de la Convención de Viena. Como fue expuesto en el capítulo 2, han sido varios los tribunales arbitrales¹⁴⁷ que han utilizado este artículo de la Convención para apoyar su criterio de una interpretación amplia. Por otro lado, otro tribunal (SGS vs. Pakistán), al analizar los términos de una cláusula de este tipo, encontró el lenguaje demasiado abstracto y amplio como para permitir que obligaciones y contratos entre Estado e inversor sean elevados a nivel internacional.

Sin lugar a dudas la interpretación dada dependerá en cada caso de los términos y lenguaje utilizado para la redacción. Como ya vimos, en los miles de tratados bilaterales de inversión y otros tratados que contienen una cláusula paraguas no existe una redacción igual para todos sino que al contrario, la redacción y términos utilizados son diferentes.

¹⁴⁷ SGS vs. Filipinas, Eureko vs. Polonia y Noble Ventures vs. Rumania

Así por ejemplo en el caso de *Noble Ventures vs. Rumania*, la cláusula se refería a la “creación y mantenimiento de un marco legal adecuado” lo cual claramente daba a entender que la obligación del Estado en virtud de esta disposición no era la de respetar las obligaciones adquiridas con el inversor sino de simplemente tener un marco legal adecuado. Sin embargo, este caso es una excepción a la generalidad puesto que pese a estar redactadas de una manera diferente, en la mayoría de estas cláusulas podemos encontrar una cierta uniformidad y términos parecidos. De manera general una cláusula paraguas esta redactada de la siguiente manera: “Cada parte contratante deberá observar cualquier obligación que haya asumido respecto a las inversiones”

Sin duda la palabra “observar” es la más importante de esta cláusula ya que de la interpretación dada a esta palabra depende el alcance dado a esta disposición. Si bien no podemos decir que esta palabra sea sinónimo de “cumplir” o “respetar”, al leer en base a lo que estipula la Convención de Viena; de buena fe, dentro del contexto y objetivo del tratado (que es el de proteger y fomentar las inversiones) y en su sentido ordinario. Podemos concluir que efectivamente la obligación que esta disposición da a los estados es la cumplir y honrar cualquier obligación adquirida respecto a las inversiones de los nacionales de la otra parte.

Es cierto que la redacción de este tipo de cláusulas es muy general y hace difícil prever con exactitud el alcance exacto de esta disposición, pero a nuestro criterio, aquello no es un argumento válido como para negar cualquier efecto a esta disposición como lo hizo el tribunal de *SGS vs. Pakistán*; cuando de la lectura de las mismas se puede concluir razonablemente que su efecto es el de colocar bajo el paraguas de un TBI a estas obligaciones.

Otro argumento de importancia esgrimido por quienes apoyan una interpretación amplia es aquel que se refiere a la intención y propósito de las partes al redactar una cláusula paraguas. Para ello es importante acudir a la historia de este tipo de cláusulas para comprender el propósito bajo el cual se originaron. En el capítulo 1 se trató extensamente la historia de dichas cláusulas y vimos que sin lugar a dudas este tipo de disposiciones fueron ideadas con el fin colocar bajo protección internacional los contratos de inversión

celebrados con el Estado huésped de la inversión. Este propósito se lo puede rastrear desde las recomendaciones dadas por LAUTERPACHT a compañías petroleras del Reino Unido, los diversos borradores de protección de inversiones que contuvieron este tipo de disposiciones, el borrador de la OECD propuesto como modelo de TBI, hasta la adopción de estas cláusulas muchos tratados bilaterales de inversión celebrados entre los distintos países.

En la actualidad algunos países exportadores de capital han declarado que efectivamente esa fue la intención de sus países al suscribir TBIs que contengan esta cláusula. El más claro ejemplo fue la carta que el gobierno de Suiza envió a la Secretaria del CIADI tras el fallo restrictivo de *SGS vs. Pakistán*, en la que declararon que la intención del gobierno Suizo al redactar esa cláusula era de colocar bajo protección del derecho internacional los contratos y obligaciones celebrados entre Estado e inversor. Mientras que los países que han sido llevados ante el CIADI por un reclamo contractual han argumentado que la intención al firmar el tratado no era la de incluir este tipo de reclamos bajo la jurisdicción del mecanismo de solución de controversias establecido en el tratado.

Basándonos en la historia y el propósito con el que se creó este tipo de cláusulas, en que la “internacionalización” es el único efecto jurídico de estas disposiciones y que sin este efecto no tendrían ningún sentido. Es lógico asegurar que la intención de las partes al redactar este tipo de cláusulas fue el de colocar bajo protección internacional a los contratos y demás obligaciones adquiridos por el Estado con los inversionistas. Esta es la opinión de Emmanuel Galliard que concuerda en que “un examen histórico de los orígenes de las cláusulas paraguas, muestra claramente que la intención de los Estados al negociar y edificar dicha cláusula es el permitir una ruptura de una obligación internacional del tratado por parte del Estado huésped¹⁴⁸”

148 E. GALLIARD, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases considered”, p. 345

Traducción Libre: “an historical examination of the origins of observance of undertakings clauses shows in the clearest manner that the intention of States negotiating and drafting such clause is to permit a breach of an international treaty obligation by the host state”

En el caso de los países exportadores de capital sin duda esa fue la intención originaria; mientras que en el caso de los países importadores de capital, generalmente países en vías de desarrollo, parece que al aceptar estas cláusulas nunca estuvieron concientes del posible efecto perjudicial que un simple artículo pudiera generar en sus relaciones con los inversores.

Dos principios también han sido presentados como argumentos para una interpretación amplia. El principio de efectividad (*effet utile*) y el principio de *pacta sunt servanda*. Respecto del primero, éste busca que las disposiciones, en este caso establecidas en un tratado bilateral de inversiones sean interpretadas con la finalidad de que estas tengan un efecto jurídico real y no se conviertan simplemente en enunciados sin ninguna aplicación. En el caso de las cláusulas paraguas, el único efecto jurídico que estas tienen es el de colocar bajo la protección del tratado las obligaciones adquiridas por el Estado para con el inversor, y como consecuencia de aquello, ser susceptibles a ser llevadas al método de solución de controversias establecido en el TBI. El negar por completo este efecto sería despojar a estas disposiciones de cualquier eficacia, puesto que pese a estar contempladas en un tratado, no tendrían ningún efecto ni generarían ninguna obligación para las partes; es decir se convertirían en letra muerta. Por estas razones, creemos que es necesario que al interpretar una cláusula paraguas se lo haga de una manera en que se le de un efecto real a esta disposición, que como vimos en este caso es el de colocar bajo la protección del TBI a ciertas obligaciones contraídas por el Estado con el inversor. El hecho de que las cláusulas paraguas sean consideradas como una afirmación del principio de *pacta sunt servanda* extendido a obligaciones y contratos es un argumento más para considerar que en virtud de éstas, los estados tienen la responsabilidad de respetar los compromisos adquiridos con los inversores.

Respecto a este tema, concordamos con la posición de GAFFNEY y LOFTIS¹⁴⁹ de que las disposiciones de un TBI deben ser interpretadas de acuerdo a su “significado

149 Cfr. J. GAFFNEY Y J. LOFTIS, The “Effective Ordinary Meaning” of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to hear contractual claims, op. cit., p. 8

efectivo ordinario”¹⁵⁰; es decir utilizando conjuntamente el art. 31 de la Convención de Viena y el principio de efectividad. Con estos dos argumentos sumados al análisis histórico de las cláusulas paraguas y su contexto dentro de un TBI, así como en base al principio de *pacta sunt servanda*; podemos llegar a la conclusión preliminar de que efectivamente las cláusulas deben ser interpretadas en un sentido amplio. Con esto no queremos decir que las cláusulas paraguas deben ser interpretadas con una completa amplitud incluyendo cualquier tipo de obligación bajo el paraguas de un tratado, pero si abordada de una manera amplia con ciertos límites y parámetros que serán propuestos más adelante.

Una vez que hemos analizado los argumentos a favor de una interpretación amplia pasaremos a analizar aquellos que sostienen una interpretación restrictiva, negando el efecto de “internacionalización” de las obligaciones estatales en virtud de una cláusula paraguas.

Uno de los argumentos que más han utilizado los tribunales arbitrales ha sido lo perjudicial que una interpretación amplia sería para los estados. Puesto que toda obligación contraída sería susceptible de ser llevada ante tribunales arbitrales internacionales, además que en el caso de contratos todas las disposiciones para resolución de controversias establecidos en los mismos serían burladas por el mecanismo establecido en el tratado bilateral de inversión.

A pesar de que concordamos con tribunales como SGS vs. Pakistán al reconocer lo perjudicial que una interpretación amplia sería para los estados, ya que efectivamente se volvería difuso el límite entre el ámbito legal nacional de un determinado país y el ámbito del derecho internacional. Creemos que esto no es un argumento lo suficientemente fuerte como para limitar de alguna manera y mucho menos por completo el efecto de una cláusula paraguas. El hecho de que sea perjudicial para los estados no es un argumento válido, ya que éstos por su propia voluntad decidieron limitar su soberanía y obligarse a lo dispuesto en un tratado bilateral de inversiones y en especial una cláusula paraguas, por lo que, aunque sea perjudicial debe respetarse.

150 traducción libre de: “effective ordinary meaning”, *Ibidem*

El caso de los contratos celebrados entre Estado e inversor es el punto más conflictivo respecto al alcance de una cláusula paraguas. Debido a que no solo se discute la posibilidad de que un reclamo contractual pueda ser llevado a un tribunal internacional, sino que además surge la cuestión de qué foro tiene primacía, si el establecido en el contrato o el establecido en el TBI. Ante esta disyuntiva los tribunales arbitrales generalmente han adoptado dos posiciones. La primera que acepta la co-existencia de los dos foros y la segunda que favorece al mecanismo establecido en el contrato. La primera posición, crearía inseguridad en la normativa de inversiones, puesto que dos foros pudieran tratar el mismo tema (la existencia de una violación contractual) y llegar a posiciones opuestas, uno negando la existencia de una violación y el otro aceptándola. Además de abrir la puerta para que las partes, en especial los inversores, decidan acudir al tribunal en el que creen tener más posibilidades de éxito, o peor aún acudir al otro foro ante un fallo que contradiga sus intereses.

Por esta razón creemos que es más viable la segunda posición de dar primacía al foro establecido en el contrato sobre el TBI. En este tema, concordamos con la posición del tribunal de SGS vs. Filipinas de que se debe dar preferencia al método de solución de controversias establecido en el contrato. Basándonos en el principio de *maxim generalia specialibus non derogant*, de que lo general no deroga lo específico. En este caso, la cláusula establecida en un contrato sin duda es de carácter específico puesto que fue redactada con la intención de solucionar controversias surgidas del contrato mismo. Mientras que el foro establecido en el TBI, es sin duda una disposición de carácter general establecida para la violación de garantías del tratado incluyendo el de la cláusula paraguas; por lo cual el más idóneo es el del contrato. Y como lo acota el tribunal en mención, el objeto y propósito de los tratados bilaterales de inversión no es el de dejar sin efecto disposiciones establecidas en contratos entre inversor y Estado.

Además, al firmar el contrato, el inversor está demostrando su voluntad de someter las disputas surgidas del contrato al foro estipulado en el mismo. Voluntad que no solo debe respetarse sino hacerse cumplir y que el hecho de que exista una cláusula paraguas no la anula. En lo referente al foro establecido en el TBI, el Estado extiende una oferta de

llevar a este foro los reclamos surgidos con el inversor y ante una cláusula paraguas se extiende a obligaciones adquiridas distintas del TBI; pero esta es una oferta que el inversor puede o no aceptar. Y al momento de firmar un contrato con un mecanismo de solución de controversias incorporado en él, tácitamente esta renunciando a llevar en virtud de una cláusula paraguas, su reclamo contractual a otro foro. El aceptar la jurisdicción del mecanismo contemplado en el tratado sería el permitir que el inversor desconozca su obligación contraída en el contrato de llevar los reclamos al foro establecido en el mismo. Así pues, creemos que en el caso de que un contrato cuente con su propio mecanismo de solución de controversias, este es el foro adecuado para resolver las disputas y no el establecido en el TBI. Salvo, claro esta que la violación del contrato equivalga a una violación de los derechos establecidos en el TBI como el Trato Nacional, Nación más favorecida, etc. Donde el fundamento del reclamo sería la violación de estas garantías y no la ruptura del contrato.

Otro argumento de importancia para restringir la aplicación de la cláusula paraguas es que esta disposición únicamente es aplicable en obligaciones y contratos en que el Estado actúe como soberano haciendo ejercicio de esas facultades. Como sabemos, los Estados dentro de su circunscripción territorial tienen varias prerrogativas y facultades que la sociedad le ha otorgado. Así por ejemplo, entre muchas más, tiene la facultad de legislar, administrar los bienes públicos y recursos naturales o de regular la prestación de servicios públicos. En el ámbito de inversiones, estas prerrogativas estatales muchas veces tienen una gran importancia como en el caso del otorgamiento de una concesión minera a una empresa, una licencia otorgada a una compañía maderera para la explotación de bosques o la entrega de la administración de un servicio público como puede ser la provisión de agua potable. Asimismo muchas de estas prerrogativas pueden afectar derechos adquiridos por el inversor como la declaratoria de utilidad pública de determinado predio donde se planeaba realizar la inversión o la promulgación de leyes, decretos u ordenanzas que afecten estos derechos; siendo el ejemplo más claro las diversas medidas que el Estado de Argentina tomó para hacer frente a la crisis económica de principios de siglo y que le

significaron una lluvia de demandas internacionales por parte de los inversores que se consideraron afectados por estas medidas.

Tomando en cuenta la ya tantas veces mencionada historia de las cláusulas paraguas, vemos que desde sus orígenes esta cláusula estuvo pensada para evitar que los estados tomen acciones que perjudiquen a las inversiones extranjeras. Puntualmente en el caso de contratos de concesión, como el celebrado entre Irán y la Iranian Oil Company de propiedad inglesa que fue afectado por la nacionalización del crudo iraní. Estas cláusulas fueron ideadas específicamente para contratos o licencias de concesión, que los Estados haciendo uso de sus atribuciones de soberano fácilmente podían dar por terminado bajo el derecho nacional.

Adicionalmente, tomando en cuenta el contexto y propósito de los tratados bilaterales de inversión, es comprensible que la intención sea la de proteger las inversiones de posibles abusos de poder del Estado haciendo uso de su soberanía. Así por ejemplo, en el caso de CMS vs. Argentina, el tribunal aceptó tener jurisdicción por tratarse de un reclamo sobre una violación de una cláusula de estabilización, que ocurrió al cambiarse unilateralmente el precio del servicio de dólares a pesos argentinos. Esta acción sin duda representó una interferencia de los poderes del Estado en un contrato celebrado con el inversor.

Por otro lado, hay situaciones en las que el Estado se presenta “despojado” de sus facultades como soberano y se relaciona con personas o empresas privadas en igualdad de condiciones; como lo expresa EXPÓSITO VÉLEZ, el Estado se coloca “en un extremo de la relación contractual no como poder soberano, sino con un título más modesto y menos prepotente¹⁵¹”. En esta situación es que se encuentran los llamados “contratos comerciales” en los que el Estado actúa como un particular más al mismo nivel que la otra parte¹⁵². Así pues, debido a las actuales exigencias de la administración pública, no es inusual ver al Estado celebrando contratos de compra de insumos de oficina,

151 J.C EXPÓSITO VÉLEZ, “La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombia y Español; Análisis de la selección de contratistas”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 90

152 Cfr. *Ibidem*, p. 90

arrendamientos de inmuebles o contratos de prestación de servicios; en los que si bien no se puede decir que se encuentran regidos por el derecho privado, sino por el administrativo; el Estado se presenta despojado de sus prerrogativas como soberano.

Sin lugar a dudas, la intención de las partes al redactar un TBI y en especial una cláusula paraguas no fue la de incluir este tipo de contratos y obligaciones bajo el amparo de un TBI, sino mas bien el de proteger al inversor del mal uso por parte del Estado de sus prerrogativas como soberano. El aceptar que contratos de carácter comercial estén amparados bajo un tratado sería prácticamente colocar todas las relaciones contractuales del Estado bajo responsabilidad internacional. Claro está que hay que tomar en cuenta ciertos requisitos generales como el que la otra parte sea inversionista proveniente de un Estado que haya celebrado una cláusula paraguas con el estado huésped.

Siguiendo este criterio, el tribunal del caso *Joy Mining vs. Egipto*, que debió resolver acerca del reclamo presentado por el inversor de una supuesta falta de pago de una garantía bancaria; no encontró interferencia alguna de los poderes del estado sino simplemente una disputa comercial surgida a raíz de una garantía bancaria. Por lo que desestimó el reclamo del inversor presentado en base de la cláusula paraguas establecida en el TBI entre el Reino Unido y Egipto.

Por estas razones, concordamos con la posición de que las cláusulas paraguas deben aplicarse únicamente en casos en que el Estado actúe como soberano y no en simples contratos comerciales.

Finalmente, dos argumentos de menor peso son el que busca una interpretación favorable al Estado en caso de ambigüedades y el limitar la aplicación de la cláusula únicamente en casos en que se de una violación de las garantías del TBI. Respecto a la interpretación favorable al Estado, creemos que en primer lugar al interpretar una cláusula paraguas; no hay ambigüedad alguna para que se pueda dar esta interpretación. Analizada a la luz de lo dispuesto en el art. 31 de la Convención de Viena, de acuerdo al significado ordinario de sus términos y dentro del contexto del tratado es fácil entender lo que aquellas disposiciones quieren decir. Por lo que no se puede hablar de la existencia de ambigüedades. Además concordamos con el tribunal de *El Paso vs. Argentina* al

considerar que las disposiciones de un tratado bilateral de inversión no deben interpretarse a favor del inversor o del Estado; sino de una manera equilibrada que tome en cuenta tanto los derechos del inversor como la soberanía del Estado huésped.

Respecto a limitar la aplicación de la cláusula únicamente a violaciones del TBI; creemos que es un argumento poco convincente en vista de que una interpretación de este tipo dejaría sin efecto alguno a una cláusula paraguas. Sin lugar a dudas puede darse el caso de que un acción del Estado constituya a la vez una violación contractual y de una de las garantías establecidas en un TBI. Por ejemplo el hecho de que el Estado de por terminado un contrato de concesión únicamente a determinada empresa mientras que no lo haga con las demás, es sin duda un trato discriminatorio lo cual esta prohibido por un tratado bilateral de inversiones. En estos casos el reclamo sería llevado ante el tribunal arbitral por una violación de dicha garantía pero no por tratarse de una violación contractual, lo cual es precisamente el efecto de una cláusula paraguas.

CONCLUSIONES

La existencia de cláusulas paraguas en el derecho internacional es relativamente nueva, teniendo su origen hace no más de medio siglo. La evolución de estas disposiciones se puede trazar desde los comentarios y recomendaciones dadas por un abogado a compañías petroleras inglesas, pasando por varios borradores de protección de inversiones para finalmente verse plasmadas en un número importante de tratados bilaterales de inversión.

De manera general, las cláusulas paraguas han sido consideradas como disposiciones que permiten la protección bajo el “paraguas” de un TBI de obligaciones celebradas entre el Estado y el inversor; de tal manera que una ruptura de estas obligaciones sea considerada como una violación internacional y susceptible de ser llevada ante el mecanismo de solución de controversias establecido en el tratado. Este efecto ha sido llamado por la doctrina como “internacionalización de las obligaciones” y ha tenido principalmente repercusión en los contratos celebrados por el Estado con el inversor; en el que el principal problema radica en la presencia de un mecanismo de solución de diferencias establecido en el contrato que entra en conflicto con aquel del TBI.

Como se ha podido ver a lo largo del presente trabajo; en la actualidad no existe una uniformidad en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales respecto al alcance que las cláusulas paraguas tienen en los tratados bilaterales de inversión. Sin embargo, los distintos argumentos y posiciones adoptados por estos tribunales nos sirven como base para trazar los límites y parámetros que se deben tomar en cuenta al interpretar estas disposiciones.

Respecto a una interpretación amplia de la cláusula paraguas, bajo la cual este tipo de disposiciones tienen el efecto de “internacionalizar” las obligaciones y compromisos existentes entre el Estado y el inversor, podemos encontrar varios fundamentos que soportan esta posición. El primero consiste en la lectura de la cláusula a la luz de lo establecido en la Convención de Viena en su art. 31, que establece que los tratados deben interpretarse de acuerdo al significado ordinario de sus términos, dentro del contexto en que se encuentran y teniendo en cuenta su objeto y fin. Si bien la redacción y términos utilizados en una cláusula paraguas varían de un TBI a otro, podemos encontrar cierta uniformidad en ellas que nos permitan afirmar de manera general que efectivamente el significado de sus términos imponen la obligación a las partes de respetar las obligaciones adquiridas con los inversores.

El análisis de la historia de este tipo de disposiciones nos permite dilucidar cuál es el propósito y objetivo con los que fueron ideadas y de esta manera determinar la intención de las partes al momento de incorporarlas en un tratado bilateral de inversiones. Tras dicho análisis, podemos concluir que desde sus orígenes el objetivo de una cláusula paraguas fue el de proteger a los inversionistas en un país extranjero incorporando al ámbito del derecho internacional contratos y obligaciones que normalmente se encontrarían regidos por el derecho local del país huésped de la inversión.

Finalmente, bajo los principios de efectividad y *pacta sunt servanda* la interpretación de este tipo de cláusulas debe realizarse de una manera que les otorgue un efecto real y jurídico que únicamente puede darse con una interpretación amplia puesto que el único efecto útil es el de “internacionalizar las obligaciones” y negarlo sería convertirlas en letra muerta.

Por estas razones, creemos que el tema del alcance de las cláusulas paraguas debe en un principio abordarse desde una aproximación amplia que acepte el efecto de colocar bajo la protección de un tratado las obligaciones adquiridas con el inversor. Sin embargo, esta interpretación no debe ser confundida con una infinitamente expandible que no contenga ningún límite a su aplicación.

Tras analizar las posiciones que proponen una interpretación restrictiva, podemos concluir que existen ciertos argumentos sostenidos por tribunales y Estados demandados que carecen de un sustento lógico y jurídico que permita colocar límites efectivos a la interpretación de una cláusula paraguas. De esta manera, el criterio que de que una interpretación amplia sería muy perjudicial para los Estados huéspedes y por ello es necesario adoptar una restrictiva, si bien es una preocupación válida, no es un argumento suficiente como para limitar la aplicación de estas cláusulas, ya que fueron los propios Estados quienes en ejercicio de su voluntad decidieron someterse a este tipo de disposiciones, por lo que el hecho de que resulten perjudiciales para los mismos es irrelevante.

De igual manera, otra posición restrictiva ha sostenido el concepto de que las provisiones establecidas en una cláusula paraguas son tan generales y extensas que producen un significado ambiguo. Ante esta ambigüedad, se propone aplicar el principio de interpretación restrictiva o *in dubio mitius* que consiste en interpretar las disposiciones a favor de la soberanía de los Estados. Pese a que este principio de interpretación ha sido recogido por algunos tribunales creemos que en este caso no es aplicable ya que, si bien una cláusula paraguas esta redactada de una manera general y extensa, no quiere decir que sea ambigua ya que es claramente distinguible el efecto de “internacionalización” de las obligaciones.

Un tercer argumento restrictivo, sostiene que un cláusula paraguas únicamente es aplicable en casos en que el Estado con su personalidad jurídica haya sido quien ha violado alguna obligación amparada por el TBI. Este criterio sostiene que al ser el Estado el signatario del tratado, únicamente éste se encuentra obligado por el mismo, por lo que otras entidades que estén controladas por el Estado pero tengan una personalidad jurídica distinta no se encuentran obligadas a lo dispuesto en la cláusula en cuestión. Basándonos en el principio de unidad del Estado y el hecho de que basta que el Estado controle una entidad o subdivisión para estar obligado a cumplir con las obligaciones internacionales que ha adquirido, consideramos que este argumento tampoco es válido como para limitar la aplicación de este tipo de disposiciones.

Finalmente, el último argumento restrictivo que carece de fundamento, consiste en aplicar la cláusula únicamente cuando el incumplimiento de una de obligación equivalga a la violación de alguna de las garantías cubiertas en un TBI como no discriminación o Trato Nacional. En este caso sin duda un reclamo sería aceptado por el tribunal basado en el tratado, pero no por una violación de la cláusula paraguas sino por el incumplimiento de la garantía de TBI. Una interpretación de ese tipo va en contra del principio de efectividad (*Effet utile*) ya que negaría cualquier efecto de este tipo de disposiciones.

Después de analizar y desechar ciertos argumentos que proponen una interpretación restrictiva, llegamos a la conclusión de que existen dos límites o parámetros con fundamento jurídico al efecto de este tipo de disposiciones. El primero consiste en que debido al contexto de los tratados bilaterales de inversión que buscan proteger al inversor de intromisiones hechas por el Estado en ejercicio de su soberanía y que por *ratione materiae* la cláusula paraguas únicamente debe aplicarse a contratos u obligaciones en los que el Estado haga uso de sus facultades como soberano y no cuando éste haya descendido de su “pedestal” en igualdad de condiciones con el inversor, como ocurre en contratos comerciales. El otro límite se encuentra ante la existencia de un mecanismo de solución de controversias establecido en un contrato. Ante esta situación, creemos que debe primar este foro sobre el establecido en el TBI puesto que al formar parte del contrato, el inversor ha expresado su consentimiento de acudir ante el foro contractual al momento de que surja una disputa relativa al contrato; además basándonos en el principio de especialidad o *maxim generalia specialibus* el mecanismo establecido en el contrato por ser especial respecto a lo general de una disposición del TBI, se debe preferir la especialidad.

Así pues una vez consideradas las posiciones que soportan una aproximación amplia y restrictiva de las cláusulas paraguas. Llegamos a la conclusión de que la interpretación de estas disposiciones debe hacerse mediante un método constructivo compuesto por dos partes. La primera consiste en abordar la interpretación de una manera amplia, aceptando el efecto de colocar bajo el paraguas del TBI a obligaciones contraídas con el Estado para con el inversor para después colocar los dos límites que creemos que toda cláusula paraguas lleva implícita. El que considera que esta disposición es aplicable

únicamente en casos en que el Estado actúe como soberano, y el segundo que da primacía al mecanismo de solución de controversias establecido en el contrato sobre aquel establecido en el TBI.

RECOMENDACIONES

A nuestro modo de ver, mientras las condiciones del arbitraje internacional en materia de inversiones se mantengan en la forma en que se encuentran hoy en día, seguiremos encontrándonos con decisiones y laudos arbitrales que al analizar el alcance de las cláusulas paraguas lleguen a conclusiones diferentes y sin ninguna uniformidad. Esta opinión, se sustenta en el carácter independiente de los tribunales arbitrales en materia de inversiones. Como sabemos, al momento de interpretar las disposiciones de un TBI, un tribunal arbitral tiene la facultad de aclarar por sí mismo el alcance y significado de las mismas. Es decir no está obligado a seguir los criterios o directrices de nada ni de nadie. Si bien las decisiones de estos tribunales se basan en criterios presentados por otros tribunales que trataron el tema con anterioridad estos no están obligados a adoptar la jurisprudencia de estas decisiones; sino que en general se refieren a estos laudos únicamente para reforzar los criterios expuestos por el tribunal en su decisión. Así pues no importa la cantidad de tribunales que hayan tratado el tema, el tribunal actual no se encuentra obligado a seguir los criterios expuestos por estos.

Por otro lado, debido a la descentralización del arbitraje internacional en materia de inversiones, la ausencia de un órgano de supervisión y apelación¹⁵³ hace imposible la unificación de criterios y posiciones de la manera en que una corte suprema lo haría en el derecho nacional de los países.

153 Cfr. MORALES, Dunker, *Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de la Clausula Paraguas*, en *Juris Dictio* No.11, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, octubre 2007, p. 54

Por estas razones consideramos que en el futuro cercano es de esperarse una falta de uniformidad en las decisiones de los tribunales respecto al tema de la cláusula paraguas.

Otra característica que ha evitado una consistencia en los laudos arbitrales ha sido el carácter general y extenso de la redacción de estas disposiciones. Ante esto los Estados deberían especificar más el significado de estas cláusulas con el fin de evitar que tribunales arbitrales interpreten de manera distinta las disposiciones. Así por ejemplo es interesante el capítulo de inversiones del NAFTA que como ya fue mencionado otorga la jurisdicción al mecanismo de solución de controversias únicamente para interpretar violaciones de las disposiciones contempladas en el tratado. Igualmente el modelo 2004 de TBI de los Estados Unidos otorga la jurisdicción al tribunal establecido en el tratado únicamente a contratos y autorizaciones de inversión. Otra solución válida sería la de establecer en el propio TBI una disposición que en caso de disputas contractuales estas deben regirse por el mecanismo contemplado en el contrato. Finalmente, la incorporación de una provisión de bifurcación de caminos o *fork in the road* en un TBI dedicada especialmente para una cláusula paraguas serviría para evitar la multiplicidad de foros ya que el inversor se vería obligado a elegir un determinado camino al momento de presentar su reclamo.

Respecto al Ecuador que tiene algunos tratados bilaterales de inversión que contienen cláusulas paraguas, este año es de importancia puesto en la mayoría de TBIs suscritos terminan los plazos de vigencia y es necesario renegociar de nuevo los términos del tratado. En este año algunos tratados ya fueron denunciados por el gobierno ecuatoriano por considerar que no tenía ningún efecto para el país y se anunció la intención de renegociar los demás tratados¹⁵⁴. Respecto a la cláusula paraguas este es el momento para que el gobierno analice los efectos de una disposición de este tipo tienen y se decida la posición a tomar para la renegociación. Considerando la línea actual del gobierno es de esperarse que se busque eliminar estas disposiciones o limitar su efecto al máximo.

154 Diario El Comercio, “Nueve tratados de inversión en el Ecuador no generan impacto”, 29 Enero 2008, disponible en http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=108554&anio=2008&mes=1&dia=29, 3 Mayo 2008

BIBLIOGRAFÍA

BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalia, Buenos Aires, 2001

Benardini, Piero, *Nationality Requirements under BITs and Related Case Law*, Investment Treaty Law: Current Issues II, British Institute of International and Comparative Law, London, 2007, pp. 17-23

CREMADES, Bernardo *Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues*, Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development en <http://www.iisd.org/investment/itn>, 17 abril 2008

ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *The Energy Charter Treaty, A readers Guide* en <http://www.encharter.org/index.php?id=28>, 14 de Abril 2008

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombia y Español; Análisis de la selección de contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004

GAFFNEY, John Y LOFTIS, James, *The “Effective Ordinary Meaning” of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to hear contractual claims*, The Journal of World Investment & Trade, Geneva, Vol. 8 No, 1, February 2007, p. 8

GLOBAL LEGAL GROUP, *The international legal guide to: International Arbitration 2007. A practical insight to cross-border International Arbitration work*, Global Legal Group, disponible en http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&show_chapter=1414&ifocus=1&kh_publications_id=56, 14 de abril 2008

KRAJEWSKI, Markus, *Research Paper*, Center for International Environmental Law”, May 2001, disponible en <http://www.gatswatch.org/docs/markus.html#VI-1>, 03 Mayo 2008

MCLACHLAN et al, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford International Arbitration Series, Oxford, 2007

MONROY CABRA, Marco, *Derecho Internacional Público*, Temis, Bogotá, 2002

MORALES, Dunker, *Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de la Clausula Paraguas*, en *Juris Dictio* No.11, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, octubre 2007, pp. 48-60

OECD, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, Working Papers on International Investment, OECD, France, 2006

PETERSON, Luke, *Existence of “umbrella clause” denied by tribunal in US-Argentina BIT dispute*, *Investment Treaty News*, International Institute for Sustainable Development disponible en <http://www.iisd.org/investment/itn>, 15 abril 2008

RAMÍREZ, Germán, *Política Exterior y Tratados Públicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1999, p. 508

RUBINS, KINSELA, *INTERNATIONAL INVESTMENT, POLITICAL RISK AND DISPUTE RESOLUTION: A practitioner’s guide*, Oceana Publications, Oxford, 2005

SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, Editorial Porrúa, México D.F, 2002

SINCLAIR, Anthony, *The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection*, *Arbitration International*, Aspen Publishers, 2004, pp. 411-434

SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2004

UNCTAD, *International Investment Arrangements: Trend and Emerging Issues*, UNCTAD series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York and Geneva, 2006

UNCTAD, *Investor- State Disputes Arising form Investment Treaties: A review*, UNCTAD series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York and Geneva, 2005

Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007

WEILLER, TODD, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May International Law and Policy, London, 2005.

WEISSENFELS, Alex, *umbrella clauses*, en A. Reinisch (director) *Seminar on International Investment Protection*, Winter Semestre 2006/2007, disponible en

www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf, 7 de abril, 2008

CASOS ARBITRALES EMPLEADOS

SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán, CIADI, No. ARB/01/03, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de Agosto 2003

SGS Société Général de Surveillance S.A. vs. República de Filipinas, CIADI, No. ARB/02/6, Decisión sobre jurisdicción, 29 de Enero 2004

Eureko B.V. vs. Republic of Poland, Ad Hoc Investment Treaty Case, Partial Award on Liability, 19 August 2005

Noble Ventures, Inc vs. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award 12 October 2005

Salini Costruttori S.p.A and Italsrade S.p.A vs. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004

Joy Mining Machinery Limited vs. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, 6 August 2004

El Paso Energy International Company vs. República de Argentina, caso CIADI, No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 6 Agosto 2004

BP America Production Company, Pan American Sur y otros vs. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/8, 27 Julio 2006

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. vs. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 Octubre 2006

Azurix Corp. vs. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción, 8 Diciembre 2003

Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 21 Noviembre 2000

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión de Anulación, 3 Julio 2002

CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina, Caso CIADI, No. ARB/01/8, Laudo, 12 mayo 2005

Fedax N.V. vs. República de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/96/3, Laudo, 9 Marzo 1998

Conorzio Groupement L.E.S.I – DIPENTA vs. Democratic and Popular Republic of Algeria, Caso CIADI No. ARB/03/08, Award, 10 January 2005

Impregilo vs. Pakistán, Caso CIADI No. ARB/02/2, 22 Abril 2005

Methanex Corporation vs. United States, Ad hoc – ICSID arbitration rules, Decision on jurisdiction, 15 January 2001

Appellate Body Report, “EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS48/AB/R; WT/DS48/AB/R, 16 January 1998, párr. 163

CONVENIOS Y BORRADORES INTERNACIONALES

International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries 2001, 2008, United Nations

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980, Viena, 23 de mayo de 1969, publicado en <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>, 20 Marzo, 2008

Energy Charter Treaty en <http://www.encharter.org/index.php?id=28>, 14 de Abril 2008

Draft Convention on the protection of foreign property, Organization for Economic Co-operation and development, 1967 en http://www.oecd.org/searchResult/0,3400,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html, 14 de Abril 2008

Tratado Bilateral de Inversión entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y reciproca protección de inversiones de capital.

Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina y los Estados Unidos en http://www.sice.oas.org/ctyindex/ARG/ARGBITs_s.asp, 14 de Abril 2008

Convenio del CIADI, Convenio, Reglamento y Reglas del CIAD, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones, Washington, 2003

ANEXO 1

Cláusulas Paraguas en TBIs sucritos por el Ecuador¹⁵⁵

Estado contraparte	Fecha de suscripción	Cláusula Paraguas	Texto
Países Bajos	-	Artículo 3 (4)	Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante
Alemania	24/03/96	Artículo 7 (2)	Cada parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de capital de nacionales o sociedad de la otra Parte Contratante en su territorio.
Estados Unidos	27/8/93	Artículo 2 (3c)	Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones
Reino Unido	10/05/94	Artículo 2 (2)	Cada Parte Contratante deberá observar cualquier obligación contraído con respecto a inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante

¹⁵⁵ Fuente: SICE: Foreign Trade Information System, disponible en http://www.sice.oas.org/ctyindex/ECU/ECUBITs_s.asp, 4 Mayo, 2008

ANEXO 2

Tribunales que han interpretado las cláusulas paraguas

Casos con una interpretación amplia de la cláusula:

Fedax vs. Venezuela: es en realidad el primer caso arbitral que da una interpretación a una cláusula paraguas. Sin embargo el Tribunal no hizo un análisis acerca del alcance de estas disposiciones sino simplemente aplicó ampliamente la cláusula.

SGS vs. Filipinas: el Tribunal criticó la decisión de SGS vs. Pakistán por adoptar una posición restrictiva. Analizó la cláusula conforme a la Convención de Viena y de acuerdo al propósito y objetivo de un TBI, otorgándole una interpretación amplia a esta disposición. Sin embargo decidió dar primacía al mecanismo de solución de controversias contemplado en el contrato por considerar que habían temas que primero debían ser resueltos por el tribunal establecido en el contrato.

CMS vs. Argentina: otorgó una interpretación amplia a la cláusula paraguas contemplada en el tratado entre Argentina y EEUU por considerar que el Estado argentino, haciendo uso de sus potestad, soberana incumplió una cláusula de estabilización. Consideró que este tipo de disposiciones únicamente debe aplicarse en casos en que el Estado actúe como soberano y no en casos puramente comerciales.

Eureko vs. Polonia: interpretó la cláusula de acuerdo al art. 31 de la Convención de Viena otorgándole un efecto amplio a estas disposiciones y conociendo el reclamo de una violación de un contrato celebrado entre un inversor holandés y el gobierno de Polonia. Tuvo un voto disidente

Noble Ventures vs. Rumania: interpretó ampliamente la cláusula basándose en la Convención de Viena y el principio de efectividad *effet utile*.

Casos con una interpretación restrictiva de la cláusula:

SGS vs. Pakistán: Fue el primer tribunal arbitral en analizar con detenimiento el alcance de una cláusula paraguas, la cual interpretó de manera restrictiva por considerar perjudicial para los Estados una aproximación amplia y no encontrar evidencia de que la intención de las partes era de dar ese efecto a la disposición.

Joy Mining vs. Egipto: negó la aplicación de la cláusula a un reclamo por una violación de una garantía bancaria por considerar que no estaba protegida bajo el TBI. Sin embargo aceptó que en otros casos el nexo o vínculo entre contrato y TBI podría llevar a una interpretación amplia.

Salini Costruttori vs. Jordania: comparó las cláusulas del tratado de Filipinas y Suiza con las del TBI entre Italia y Jordania y determinó que la disposición de este último no constituía una cláusula paraguas

El Paso vs. Argentina: basó su decisión en el caso SGS vs. Pakistán adoptando una posición restrictiva y concluyó que las disposiciones de un TBI deben analizarse con una posición moderada tomando en cuenta tanto la soberanía del Estado como el derecho del inversor a proteger su inversión.

BP America vs. Argentina: Adoptó exactamente la misma posición del caso El Paso vs. Argentina respecto a la interpretación de una cláusula paraguas. Dos de sus tres árbitros incluido el presidente formaron parte en los dos tribunales.

