

Universidad San Francisco de Quito.  
Colegio de Jurisprudencia

# La Cláusula Paraguas bajo el Derecho de las Inversiones como Mecanismo de Integración y Generación de un Derecho Administrativo Global

**Leyre Suárez Dávalos**

Tesis de grado como requisito para la obtención de título de abogada

Director  
Dr. Javier Robalino Orellana.

Quito, noviembre de 2011

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

**“La cláusula paraguas bajo el derecho de las inversiones como mecanismo de integración y generación de un derecho administrativo global”**

**LEYRE SUAREZ DAVALOS**

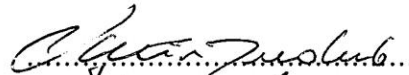
Dr. Juan Manuel Marchan  
Presidente del Tribunal e Informante



Dr. Xavier Robalino Orellana  
Director de Tesis



Dr. Xavier Andrade Cadena  
Delegado del Decano e Informante



Dr. Fabián Corral  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

X 

Quito, 23 de Enero de 2012

© Derechos de Autor  
Leyre Suárez Dávalos  
2011

*A mis papás Juan José y Marcela, a mis hermanas María Victoria y María José por su cariño incondicional y el apoyo que me han dado durante toda la carrera.*

*Muchas gracias*

*Mi agradecimiento a Javier Robalino por introducirme al Derecho de las Inversiones y por su guía y apoyo durante el desarrollo de este trabajo.*

*Un agradecimiento especial a mi Tía Laura Buitrón por su ayuda*

**Nota:** Esta tesina incluye citas en inglés, de acuerdo a la política de la Universidad San Francisco de Quito. No se incluyen traducciones no oficiales por consideración con el texto original.

## Resumen

La cláusula paraguas es una disposición del Derecho de las Inversiones que ha provocado una importante controversia en relación a su alcance e igualmente ha generado dudas sobre su aplicación y, la posibilidad de conflictos con el derecho local. Este trabajo de investigación busca demostrar que la cláusula paraguas es un mecanismo de integración entre el derecho local e internacional, debido a que protege los derechos contractuales bajo el derecho internacional. Este fenómeno de integración de sistemas jurídicos enriquece un derecho administrativo global.

En el primer capítulo, se analiza la cláusula paraguas, a través de su historia, su lenguaje y las reglas del derecho internacional. En el segundo capítulo explica los procedimientos paralelos, los conflictos de jurisdicción, el concepto de causa de acción y la jurisdicción exclusiva del tribunal internacional para conocer las disputas relativas a la cláusula paraguas. Y, finalmente, en el tercer capítulo expone el fenómeno de integración entre sistemas jurídicos y sus mecanismos; al igual que el actual proceso de creación de un derecho administrativo global. La irreversibilidad de la tendencia hacia este tipo de derecho hace necesario su estudio para lograr una verdadera sociedad global.

## **Abstract**

The umbrella clause is a provision in Investment Law that has been the subject of numerous discussions. It has generated doubts regarding its application and the possibility of conflicts with local law. This thesis attempts to demonstrate that the umbrella clause is a mechanism of integration between local and international law. Its scope of protection covers contractual rights. This clause is incapable of creating conflicts of jurisdiction between the treaty and the contract tribunals. Quite the opposite, this clause allows the coexistence of remedies which encourage the process of integration, mentioned above. This process promotes the development of a global administrative law.

The first chapter analyzes the umbrella clause through its history, language, and international law rules. The second chapter explains the concept of parallel proceeding, cause of action, and conflicts of jurisdiction. It treats the exclusive jurisdiction of the international tribunal over claims arising out of the violation of the umbrella clause. Finally, the third chapter studies the integration process and its mechanisms. This chapter also deals with the development of a global administrative law. There is an irreversible tendency towards a global administrative law which creates a normative structure regulation the global society.



## Índice

Introducción.....	1
1 La Cláusula Paraguas .....	6
1.1 Historia.....	8
1.1.1 El acuerdo con la Compañía Anglo-iraní de Petróleo .....	10
1.1.2 Otras cláusulas paraguas en la historia. ....	12
1.2 Definición de acuerdo a la buena fe.....	15
1.3 Esfera de protección.....	18
1.3.1 Derechos contractuales .....	33
1.3.2 Compromisos unilaterales .....	39
1.4 Ejemplos de Cláusulas Paraguas en tratados con Ecuador .....	41
1.4.1 TBI vigentes .....	42
1.4.2 TBI denunciados.....	43
1.5 Sumario Capítulo 1 .....	44
2 Jurisdicciones Paralelas.....	45
2.1 Conflictos de Jurisdicción.....	50
2.1.1 Causa de acción .....	51
2.1.2 Conflictos simétricos y procedimientos paralelos o asimétricos.....	55
2.2 La jurisdicción exclusiva de tribunales internacionales para conocer disputas sobre cláusula paraguas. ....	62
2.2.1 Inexistencia de Litispendencia y <i>res judicata</i> .....	68
2.2.2 Responsabilidad Internacional del Estado .....	70
2.2.3 Buena fe.....	72
2.2.4 <i>Lex Generalia specialibus non derogant</i> .....	74
2.3 Sumario Capítulo 2 .....	75
3 Integración del derecho internacional y local: enriquecimiento de un derecho administrativo global .....	77
3.1 Integración del derecho local e internacional por la protección del contrato bajo la cláusula paraguas en el Derecho de las Inversiones .....	82
3.1.1 Principio de Responsabilidad del Estado .....	86

3.1.2	Soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y autorregulación.....	94
3.2	Formación de un derecho global.....	98
3.2.1	La <i>lex mercatoria</i> .....	99
3.2.2	La <i>lex petrolea</i> .....	101
3.2.3	Derecho administrativo global.....	103
3.3	Sumario Capítulo 3 .....	111
4	Conclusiones .....	112
	Bibliografía.....	116
	Plexo Normativo.....	124
	Jurisprudencia.....	126

## **Introducción**

El Derecho de las Inversiones es una rama que se debate entre el derecho internacional y el derecho administrativo global. Sin importar la postura, ambas reconocen el aporte de éste al desarrollo del derecho administrativo global. Este derecho se caracteriza por un importante desarrollo jurisprudencial y una rápida evolución de conceptos. Una figura muy discutida es la cláusula paraguas, esta disposición se encuentra en los tratados bilaterales de inversión (TBI) y ha adquirido mayor importancia en los últimos años, desde su invocación, por parte de los inversionistas, en las disputas en contra de los estados. En el caso ecuatoriano existen algunos TBIs que contienen dicha cláusula entre vigentes y denunciados.

La doctrina y jurisprudencia discrepa en cuanto a la esfera de protección de la cláusula paraguas. Además, se ha realizado una interpretación errónea del alcance de la misma, esta interpretación otorga jurisdicción al tribunal internacional previsto en el tratado, sobre disputas contractuales; lo cual ha creado la equivocada concepción de que existe un conflicto jurisdiccional entre este tribunal y el tribunal arbitral establecido en el contrato de inversión que se rige por el derecho local. Esta visión crea remedios y jurisdicciones mutuamente excluyentes, que compiten entre sí y que ha llevado a la jurisprudencia internacional a excluir ciertos reclamos y a restringir su jurisdicción sobre las disputas.

La coexistencia de remedios y jurisdicciones entre el derecho local e internacional es posible gracias a la protección de los derechos contemplados en los contratos de inversión, bajo la esfera internacional, por la cláusula paraguas. Esta disposición interpretada correctamente como un verdadero estándar de protección en los tratados bilaterales de inversión, lleva a la conclusión de la inexistencia de conflictos de jurisdicción; debido a que esta cláusula no otorga al tribunal internacional, jurisdicción sobre disputas contractuales, porque únicamente, le permite juzgar si una violación contractual conlleva una violación del tratado. Esta coexistencia favorece a un fenómeno de integración entre ambos ordenamientos jurídicos. Esta integración se evidencia en varias figuras como la propia

cláusula paraguas, que al tener como requisito una violación contractual puede nutrirse del derecho local, sus doctrinas como el incumpliendo relevante, entre otras y a su vez, los fallos arbitrales con respecto a esta cláusula alimentan al derecho local. Este fenómeno enriquece un derecho administrativo global, que requiere principios comunes capaces de armonizar y ser aplicados en la esfera local e internacional.

En síntesis, con este trabajo de investigación se pretende probar que la cláusula paraguas es un mecanismo de integración, a través de su aplicación e interpretación por los tribunales internacionales. Este proceso de integración favorece y alimenta el derecho administrativo global. Para sostener esta hipótesis se toma una visión conciliadora entre el Derecho de las Inversiones y el derecho local, argumentando la coexistencia de remedios y la ausencia de conflicto entre la cláusula paraguas y la cláusula de solución de controversias en el contrato.

Para probar esta hipótesis este trabajo de investigación se dividirá en tres capítulos. El primero analizará a fondo la figura de la cláusula paraguas y su alcance; iniciando con su historia, como un antecedente importante de lo que se buscó conseguir con la creación de esta figura. Dentro de la historia, se examinará; el primer tratado paraguas incorporado en el acuerdo entre las compañías anglo-iraníes y el gobierno de Irán, y la primera cláusula paraguas incorporada en un tratado bilateral de inversión. Todo esto para determinar si el objetivo de los creadores de esta disposición fue proteger derechos contractuales.

Se procederá con la definición acorde con el principio de buena fe, que se considera la más apropiada. El núcleo del capítulo, es la esfera de protección y el alcance de la cláusula paraguas. Para determinar dicha esfera se analizará si la cláusula protege los derechos contractuales y los compromisos unilaterales asumidos por el Estado frente al inversionista. En cuanto a la protección de los derechos contractuales, se expondrán dos tesis; la primera, limita la protección de la cláusula paraguas a violaciones de derechos contractuales en ejercicio de *ius imperii*, y, la segunda, ampliará la esfera de protección a cualquier violación contractual. Respecto a los compromisos unilaterales se analizará si esta cláusula

protege a los inversionistas frente a la violación de obligaciones unilaterales asumidas por el Estado y frente a la modificación de la legislación o marco regulatorio.

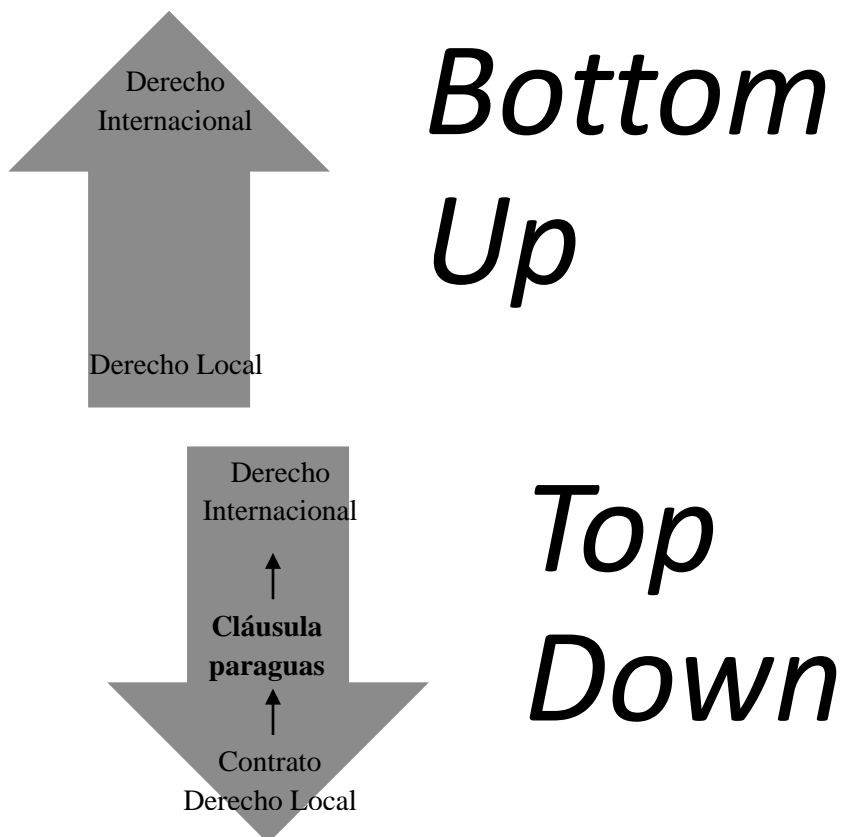
Finalmente, en este capítulo analizará brevemente el lenguaje empleado por las cláusulas paraguas en los tratados bilaterales de inversión, suscritos por el Ecuador. Para demostrar si el lenguaje excluye o limita, de alguna manera, la protección de los derechos contractuales. El análisis inicial permitirá establecer si la cláusula paraguas protege derechos contractuales bajo el derecho internacional y si dicha protección es justiciable ante un tribunal internacional.

El segundo capítulo, contendrá analizará el tema de las jurisdicciones paralelas. Estas jurisdicciones nacen de la posibilidad de que, frente a los mismos hechos, se susciten dos procesos, uno por violaciones contractuales ante el tribunal arbitral establecido en el contrato de inversión, y otro por violación de la cláusula paraguas ante el tribunal internacional establecido en el tratado bilateral de inversión. Se analizará el concepto de causa de acción para distinguir entre reclamos contractuales y reclamos bajo el tratado. Además, se profundizará en los conflictos de jurisdicción.

Finalmente se analizará la jurisdicción exclusiva del tribunal internacional para conocer las disputas sobre la violación de la cláusula paraguas. Para lo cual se utilizarán diferentes figuras y principios como la litispendencia, *res judicata*, la buena fe, el principio de responsabilidad internacional del Estado y la máxima del derecho *lex generalia specialibus non derogant*. Todo esto para señalar si la cláusula paraguas genera o no un conflicto jurisdiccional y si existe la posibilidad de una convivencia pacífica entre ésta y la cláusula de solución de controversias bajo el derecho local. Esta convivencia pacífica demostrará la posibilidad de coexistencia de remedios locales e internacionales para los contratos de inversión.

El tercer capítulo analizará el fenómeno de integración y la generación del derecho de un derecho administrativo global. Para demostrar el proceso de integración, se acogerá la tesis de Kinsbury, respecto a las dos formas en cómo se genera el derecho administrativo global, *top-down* y *bottom-up*. La cláusula paraguas es un mecanismo *top-down*, ya que al

proteger los derechos contractuales bajo la esfera del Derecho de la Inversiones permite al tribunal internacional determinar cuándo la violación del contrato conllevó la violación de la cláusula, los tribunales internacionales emiten criterios y se sustentan en principios que son acogidos e incorporados por el derecho local. Esta integración de ordenamientos genera un derecho administrativo global que se nutre de estos principios acogidos por la jurisprudencia.



1

Se analizarán los cambios en el derecho internacional y la permeabilización del derecho local, producto del fenómeno de globalización. Así mismo, se examinará el sometimiento de los Estados al “*rule of law*” y al *ius cogens*. Además se analizará otros mecanismos de

---

<sup>1</sup> Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart. “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 53.

integración consistentes en el principio *pacta sunt servanda*, las políticas públicas, los poderes discrecionales y los compromisos unilaterales.

Se mencionarán los mecanismos de protección del contrato bajo en Derecho de las Inversiones, entre los cuales se encuentran los derechos contractuales como inversión, la protección de éstos bajo otros estándares de los TBIs y la cláusula paraguas. Se analizará principios fundamentales como la responsabilidad del Estado, desde la perspectiva de instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución y los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos; el principio de soberanía de los Estado sobre sus recursos naturales y autorregulación, teniendo como base la resolución de las Naciones Unidas.

Se examinará la *lex mercatoria*, sus principios y su aplicación en el Derecho de las Inversiones. Se mencionará los principios y el desarrollo de la *lex petrolea* por Doak Bishop. Finalmente se analizará el derecho administrativo global su concepto, fuentes y principios. Se destacará el aporte del Derecho de las Inversiones en el desarrollo del derecho administrativo global, a través de principios de buena gobernanza y el desarrollo jurisprudencial.

Con estos tres capítulos se intentará demostrar la existencia de un fenómeno de integración entre sistemas jurídicos, local e internacional, analizando un mecanismo como la cláusula paraguas. Así mismo, se intentará establecer el desarrollo de un derecho administrativo global.

## 1 La Cláusula Paraguas

En la actualidad existen aproximadamente 2700 tratados bilaterales de inversión (TBIs) alrededor del mundo<sup>2</sup>, además de algunos tratados multilaterales. Cerca del 40% de ellos contiene una cláusula paraguas,<sup>3</sup> cuya denominación se dio por la existencia de una metáfora que asimilaba la protección, bajo el derecho internacional, brindada por el TBI a los compromisos de los Estados contratantes frente a los inversionistas, a la protección de un paraguas. “The first legal commentator to adopt the umbrella metaphor was probably Ignaz Seidl-Hohenveldern, when in 1961 he proposed that an umbrella clause brought investment contracts under the ‘umbrella of protection’ of an investment treaty and international law.”<sup>4</sup>

En el caso ecuatoriano, el Ecuador suscribió 27 tratados bilaterales de inversión, de los cuales ha denunciado la mayoría como los TBI con: Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Rumania, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Alemania, Suecia, Reino Unido y Finlandia. De los tratados vigentes, se ha emitido un dictamen de inconstitucionalidad de la mayoría serán denunciados próximamente, entre ellos están los TBIs con: Canadá, Chile, China, Venezuela, Francia, Países Bajos, Suiza y Estados Unidos. Existen 3 TBIs vigentes que contienen cláusulas paraguas (Estados Unidos, Países Bajos e Italia) y 3 denunciados (Reino Unido, Alemania y Paraguay).

A pesar de la tendencia actual del Ecuador, de rechazo los tratados bilaterales de inversión, inclusive los denunciados tienen vital importancia, ya que todos ellos tienen cláusulas de supervivencia, que cubren las inversiones hechas hasta después de un año de la denuncia y cualquier reclamo por violaciones de inversiones cubiertas por el TBI hasta

---

<sup>2</sup> Ignacio Suárez. “Particularidades del Acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010. Pág. 63.

<sup>3</sup> Elina Mereminskaya. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 13.

<sup>4</sup> Anthony Sinclair. “The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties.” *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num 4, Agosto 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 35.



después de 10 a 20 años de denunciados. Por lo que las cláusulas paraguas de los mencionados tratados son susceptibles de ser invocada por inversionistas en disputas con el Estado ecuatoriano durante muchos años más.

Por lo expuesto, es importante definir con la mayor exactitud posible a la tan controversial cláusula paraguas. La doctrina ha utilizado diferentes nombres y sus definiciones, igualmente, han sido variadas. “[S]e denominan cláusulas paraguas a aquellas disposiciones de tratados internacionales que obligan a los Estados signatarios a cumplir los compromisos contraídos con los inversionistas o la inversión.”<sup>5</sup> Anthony Sinclair la define: “The umbrella clause is a provision in an investment protection treaty that creates an international law obligation between the States that are party to the treaty.”<sup>6</sup> Otras definiciones, igualmente importantes: “An umbrella clause is a provision in an investment protection treaty that guarantees the observation of obligations assumed by the host state vis-a-vis the investor”<sup>7</sup>, “Umbrella clauses are provision in treaties for the protection of foreign investment, whereby the contracting States undertake to honor commitments made to foreign investors.”<sup>8</sup>

Así, podemos concluir que la cláusula paraguas es una disposición en los tratados bilaterales y multilaterales de inversión por la cual los Estados contratantes se obligan a respetar los compromisos asumidos frente a los inversionistas o inversiones, del otro Estado contratante. Como se explicará en el punto 1.2 esta cláusula está ligada al principio de buena fe y específicamente al *pacta sunt servanda*. Las diferentes definiciones no son el punto más discutido, sino el alcance que se ha dado a la cláusula paraguas que será tratado en el punto 1.3:

---

<sup>5</sup> Elina Mereminskaya. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 13.

<sup>6</sup> Anthony Sinclair. “The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties.” *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num 4, Agosto 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 34.

<sup>7</sup> Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. Pág. 153.

<sup>8</sup> María Cristina Gritón Salas. “Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings”. *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century: essay in honor of Christoph Schreuer*. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch y Stephan Wittich. Oxford NY: Oxford University Press, 2009. Pág. 490.

De este tipo de cláusulas, también denominadas cláusulas «de respeto de los compromisos contractuales», cláusulas «de cobertura» o cláusulas con «efecto espejo», se señala que tienen como objetivo que los posibles incumplimientos contractuales por parte estatal se transformen en incumplimientos de sus obligaciones convencionales, de tal manera que el tribunal arbitral competente con base en la cláusula de resolución de controversias contemplada en el TPPI pueda conocer de las meras acciones contractuales, que han sido elevadas mediante la inclusión de una cláusula de este tipo, al plano convencional.<sup>9</sup>

Para entender la esfera de protección y el significado, es necesario remitirse a la historia, teniendo que recalcar que si bien estas cláusulas han estado presentes desde finales de los años cincuenta, es solo en la actualidad que han sido discutidas por los tribunales.

This clause appeared firstly in the 1959 German Pakistan bilateral investment treaty, has since become a widespread practice in investment treaties, but has neither been analyzed in any depth in scholarly commentary nor been subject to serious testing until the two SGS cases of 2003.<sup>10</sup>

## 1.1 Historia.

La cláusula paraguas nace en el contexto histórico de la cultura del compromiso.<sup>11</sup> De acuerdo a Thomas Wälde, se configura por la necesidad de crear un entorno que atraiga a la inversión extranjera, teniendo como máxima premisa el cumplimiento de los compromisos asumidos frente a la inversión y en contraposición de la Doctrina Calvo que predominaba sobre todo en Latinoamérica.

Latin American jurisdictions traditionally embraced a doctrine, named after the Argentinean diplomat and legal scholar Carlos Calvo that limited foreign interference in Latin American affairs. This doctrine placed foreigners on an equal-and no more than equal-footing with Latin American nationals by providing that foreigners could seek redress for grievances only before local courts.<sup>12</sup>

La cláusula paraguas es un reflejo de esta tendencia de apertura frente a la inversión, “[u]mbrella clauses were an answer to this shortcoming; they effectively created a cause of

---

<sup>9</sup> Enrique Fernández Masiá. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 62 y 63.

<sup>10</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 4.

<sup>11</sup> *Ibíd.* . Pág. 30.

<sup>12</sup> Bernardo Cremades. “Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”. *Dispute Resolution Journal* .Vol. 59 Num. 2, Mayo 2004. <<http://vlex.com/vid/disputes-arising-calvo-jurisdictional-61758215#ixzz18fQsXqif>>.

action under international law for breach of contract, thus providing additional remedies and protection to foreign investors.”<sup>13</sup> Fueron incorporadas en los años cincuenta; sin embargo, tienen un antecedente en los años veinte, basado en un acuerdo entre Perú y el Reino Unido sobre una concesión minera, que según lo anota Anthony Sinclair, fue la primera vez que se utilizó un tratado para otorgar protección internacional a derechos contractuales:

First, however, a leap further back in time to the earliest example known to me of the use of a treaty to confer the protection of international law on domestic legal rights. This is the 1921 Agreement between the United Kingdom and Peru in respect of a mineral concession owned by British nationals – ‘La Brea y Pariñas’. The treaty created an ad hoc arbitration tribunal to resolve aspects of the legal relationship between Peru and the concession holder, and conferred on the resulting award the status of an international obligation between Peru and the UK so as to render compliance with the award a matter of international legal obligation.<sup>14</sup>

Originalmente uno de los objetivos principales, fue proteger los contratos de concesión de recursos y sectores que habían sido nacionalizados por los Estados y que eran de gran interés para los inversionistas.

Substantial foreign direct investment during the 19<sup>th</sup> and first parts of the 20<sup>th</sup> century was mainly in the mining, petroleum, natural resources and infrastructure (electricity; railways; ports; roads) industries. The umbrella/sanctity of contract clause was a reaction to these nationalizations and concession breaches. It was part of a larger package of investment protection measures, of which the deployment of investment protection treaties, the creation of international institutions (ultimately the ICSID and MIGA) and of contractual risk management techniques (mainly stabilization and international arbitration clauses) were the main constituents.<sup>15</sup>

Si bien la cláusula paraguas es una expresión de la cultura del compromiso y el abandono de la Doctrina calvo, como se dice anteriormente, Christoph Schreuer sostiene que a pesar de que ésta no continúa presente se mantienen sus hijos y nietos. De acuerdo a este autor, el más conocido nieto de esta doctrina es la cláusula de selección de foro en los contratos de inversión, con la cual los estados han intentado privar de jurisdicción a los tribunales internacionales. Concluyendo que la jurisprudencia ha sostenido que estas

---

<sup>13</sup> Christopher Dugan, Don Wallace Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi. *Investment State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. Pág. 542.

<sup>14</sup> Anthony Sinclair. "The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num 4, Agosto 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág 35 y 36.

<sup>15</sup> Thomas Wälde. "The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 15.

cláusulas no despojan de jurisdicción a los tribunales internacionales.<sup>16</sup> Concuera con esta línea de pensamiento, Bernardo Cremades, quien argumenta que la Doctrina Calvo se encuentra dormida y que algunos países latinoamericanos la quieren revivir o mantienen una tendencia en contra del arbitraje internacional,<sup>17</sup> como es el caso ecuatoriano.

La historia de la cláusula paraguas puede iluminarnos en el alcance de la misma, enseñándonos la intención que tuvieron los creadores, dejando a salvo las diferencias entre las primeras cláusulas paraguas y las contenidas en los tratados bilaterales de inversión en la actualidad.

### **1.1.1 El acuerdo con la Compañía Anglo-iraní de Petróleo**

En el año 1951 el gobierno de Irán nacionalizó el petróleo y expropió a la Compañía Anglo-iraní de Petróleo, lo que llevó a una disputa sobre la compensación a la que tenía derecho dicha compañía. La controversia finalizó firmando un acuerdo, el mismo que fue anexado a un tratado entre Irán y el Reino Unido. De esta forma se incorporó al tratado la obligación por parte del gobierno iraní de cumplir con el acuerdo, “The provision would be drafted in such a way that a breach of the Consortium Agreement would be deemed to be a breach of the treaty.”<sup>18</sup>

Esta incorporación, en su momento, se conoció como la primera cláusula paraguas. Atribuyéndole su autoría a Sir Elihu Lauterpacht quien asesoró a la compañía.

The concept of ‘umbrella treaty’ protection for investment disputes may well have been first proposed by Lauterpacht in advice given to the Anglo-Iranian Oil Company (‘AIOC’) in late

---

<sup>16</sup> Christoph Schreuer, "The relationship between local Courts and Investment Treaty Arbitration: The Coexistence of local and International Law Remedies." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde. Vol 2 Num. 4. Agosto 2005 6-16. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 7.

<sup>17</sup> Bernardo Cremades. “Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”. *Dispute Resolution Journal*. <<http://vlex.com/vid/disputes-arising-calvo-jurisdictional-61758215#ixzz18fQsXqif>>.

<sup>18</sup> Anthony Sinclair. "The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num 4, Agosto 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág 36.

1953 and early 1954 in connection with the settlement of the Iranian oil nationalisation dispute.<sup>19</sup>

El principal objetivo de esta cláusula fue otorgar a la compañía la posibilidad, en caso de un incumplimiento del acuerdo, de elegir entre, recurrir al arbitraje contenido en el mismo o solicitar al Reino Unido que inicie el arbitraje ante la Corte Internacional de Justicia por una violación del tratado entre Irán y Reino Unido.

It was expressly envisaged that AIOC would enjoy a choice whether to pursue its remedies under the contractual arbitration clause contained in the Consortium Agreement, or, because the umbrella treaty would be so drawn that a breach of the Consortium Agreement by Iran would be deemed to be a breach by it of its obligations under the treaty, for AIOC to request the UK government to take up the matter with the Iranian Government without further delay or additional action, and ultimately to refer it to the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice ('ICJ').<sup>20</sup>

De esta primera cláusula paraguas se desprende dos intenciones claras de las partes, que son muy importantes para determinar la esfera de protección de la misma. La primera, las partes buscaban, con la cláusula paraguas, proteger derechos contractuales, de tal manera que el incumplimiento de una obligación de este tipo, que normalmente no estaría cubierta por el derecho internacional acarrearía responsabilidad internacional; al igual que obligaciones unilaterales, limitándolas a las hechas específicamente, con respecto a la inversión, o a una presunción razonable, de que el inversionista realizó la inversión confiando y motivado por un compromiso general.

Both consensual bargains and unilateral engagements were covered, but the commentary went some way to assuaging fears of a potential flood of claims by specifying that for a general undertaking to be covered it must either relate to the property concerned in its form or by its specific terms, or there must be proof or reasonable grounds for a presumption that the foreign national invested in the host country in reliance on that general undertaking.<sup>21</sup>

En segundo lugar, brindar a la compañía la posibilidad de acudir al tribunal internacional previsto en el tratado, con la diferencia que la compañía no poseía *ius standi* y por lo tanto debía recurrir a su país de origen.

---

<sup>19</sup> Anthony Sinclair. "The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num 4, Agosto 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág 36.

<sup>20</sup> *Ibíd.*

<sup>21</sup> *Ibíd.* Pág 38.

### 1.1.2 Otras cláusulas paraguas en la historia.

La cláusula paraguas, como la conocemos en la actualidad, se plasmó inicialmente en tratados modelo y luego, formalmente, en TBIs. Thomas Wälde cita la existencia de los primeros modelos que contenían cláusulas paraguas, cabe recalcar que no se trataban de instrumentos vinculantes, sin embargo sirvieron de inspiración para tratados posteriores:

The first occurrence of the “umbrella” clause as a distinct investment protection mechanism in a formal (though not legally binding) document could be read out of Art. IV (4) of the AbsDoelle Draft of 1958:

In so far as better treatment is promised to non-nationals than to nationals either under inter-governmental or other agreements... such promises shall prevail<sup>22</sup>

[T]he Shawcross model developed into in Art. II of the 1960 Abs-Shawcross Convention of 1959:

Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other Party<sup>23</sup>

El primer tratado bilateral de inversión que contuvo una cláusula paraguas fue el suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959. Este instrumento fue el primero en hacer vinculante la cláusula paraguas, “marks the emergence of the pacta sunt servanda clause in formal – and in the case of investment treaties binding – international investment law.”<sup>24</sup> Esta cláusula constaba en el artículo 7 del tratado y establecía: “Either party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other party”. El lenguaje de esta disposición hace que la protección sea bastante amplia, ya que habla de cualquier obligación; restringiendo, sin embargo, a obligaciones con respecto a la inversión. Existen disposiciones aún más amplias; lo cual no significa, que dado los términos utilizados y el contexto histórico, se hubiera querido excluir obligaciones contractuales, ya que por el contrario, justamente, se buscaba protegerlas.

Posteriormente la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico realizó un Tratado Modelo en 1963, que fue reformada en 1967. El artículo 2 reza así: “Each party

---

<sup>22</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 30

<sup>23</sup> *Ibíd.* Pág. 32.

<sup>24</sup> *Ibíd.* Pág. 33.

shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other party”. De acuerdo a Alexandrov esta disposición de igual manera, buscaba proteger los derechos contractuales.

As seems clear from the notes and comments, the drafters believed that a breach by a State of a contract with an alien involves a breach of international law in its own right but decided to include Article 2 for extra security, to ensure that a foreign investor’s contractual rights would be protected by transforming those rights into rights under international law<sup>25</sup>

Finalmente en los años noventa, como resultado de las políticas establecidas luego de la caída del muro de Berlín, surgió el ECT (Energy Charter Treaty), un tratado multilateral, en tema de energía, con los países perteneciente a la ex Unión Soviética, ha alcanzado gran notoriedad en los últimos años.<sup>26</sup> La cláusula paraguas de dicho tratado 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 Party”. Thomas Wälde analizando esta disposición, sostiene que se trata de una cláusula aún más amplia, ya que habla de las obligaciones con el inversionista o la inversión y no con respecto a la misma, como establece la cláusula del TBI entre Alemania y Pakistán, antes analizada:

Subsequent practice employs a variety of formulations. In the most extensive form – Art. 10 (1, last sentence) ECT – it is:

- “any obligations
- with an investor or
- an investment
- it has entered”

This formulation is more extensive than the alternative formulation (used in the BITs underlying the two 2003 SGS cases) which refers only to obligations entered into “with respect to an investment”. The more extensive formulation clarifies that contracts with a foreign investor and its domestic subsidiary in the host state are covered; the more narrow formulation has been used to suggest that only classical “investment agreements” “convention d’établissement”.<sup>27</sup>

Las diferentes cláusulas paraguas presentes a lo largo de la historia, han tenido un objetivo común e innegable que consiste en la protección de los derechos contractuales,

---

<sup>25</sup> Stanimir Alexandrov. “Breaches of Contract and Breaches of Treaty- The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claim in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 3 Num. 5, Diciembre 2006. Pág. 566.

<sup>26</sup> Hans Corell. “Introduction to the Energy Charter Treaty”. *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*. Clarisse Ribeiro. Nueva York: JurisNet, 2006. Pág. 4.

<sup>27</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 33.

principalmente, contratos de concesión. Algunos tribunales internacionales como en el caso *SGS v Pakistán*, han negado el efecto a estas disposiciones.

The Tribunal is not saying that States may not agree with each other in a BIT that henceforth, all breaches of each State's contracts with investors of the other State are forthwith converted into and to be treated as breaches of the BIT. What the Tribunal is stressing is that in this case, there is no clear and persuasive evidence that such was in fact the intention of both Switzerland and Pakistan in adopting Article 11 of the BIT. Pakistan for its part in effect denies that, in concluding the BIT, it had any such intention. SGS, of course, does not speak for Switzerland. But it has not submitted evidence of the necessary level of specificity and explicitness of text. We believe and so hold that, in the circumstances of this case, SGS's claim about Article 11 of the BIT must be rejected.<sup>28</sup>

Históricamente, por el contrario, se ha probado que esta disposición no es meramente enunciativa, desde el inicio, la intención fue dar un efecto específico y protector. Por otro lado, se evidencia que las cláusulas varían en su lenguaje produciendo una mayor o menor amplitud en la esfera de protección, análisis que se realizará en el punto 1.3. El contexto histórico es un elemento relevante para determinar el alcance de esta cláusula, pero no puede ser el único, porque el Derecho de las Inversiones está en constante evolución. La dificultad en la aplicación de la cláusula paraguas, no puede ni debe ser una justificación para negar cualquier efecto, su creación no ha sido ingenua ni accidental porque se ha buscado brindar una protección extra en la esfera internacional.

---

<sup>28</sup> *SGS Société Générale de Surveillance SA v Pakistán*, Decisión de Jurisdicción. CIADI Caso No ARB/01/13; IIC 223, 2003. Para 173

SGS, una compa a suiza, firmó un contrato con el gobierno de Pakistán, en el que se obligaba a brindar un servicio de inspección de bienes importados para clasificarlos. Esto con el fin de incrementar la recaudación en tributos aduaneros. El contrato contenía una cláusula arbitral para solución de controversias ante un arbitraje local en Pakistán con normas paquistan es; además se estipuló el derecho de Pakistán a terminar el contrato después de la evaluación del desempeño de SGS, con una notificación con antelación de 3 meses. En diciembre de 1996 Pakistán notificó a SGS con la terminación del contrato. SGS inició un proceso ante las cortes locales por daños que fue rechazado debido a la cláusula arbitral. Pakistán inició un arbitraje local, al que SGS objetó la jurisdicción, pero presentó contrademandas. SGS inició arbitraje ante el CIADI. Cada parte solicitó a las cortes locales parar el arbitraje de la contraparte. La Corte Suprema de Pakistán rechazó la petición de SGS y ordeno que se continuara con el arbitraje local; sin embargo, el árbitro en dicho arbitraje detuvo el proceso hasta que el tribunal internacional CIADI determinara su jurisdicción en la disputa.



## 1.2 Definición de acuerdo a la buena fe

El principio de buena fe es un principio general del derecho que está presente en todas las ramas. El derecho internacional, y el de inversiones no son la excepción. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece a los principios generales como una de las fuentes del derecho internacional; más aún, tratados e instrumentos no vinculantes han recogido y positivizado este principio. Una de las aplicaciones más importantes del principio de buena fe es el aforismo *pacta sunt servanda*, que quiere decir: lo pactado obliga o los pactos son celebrados para cumplirse. “Principles of international law *pacta sunt servanda* international obligation to honor the agreements.”<sup>29</sup> Esta aplicación ha sido recogida por el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece: “***Pacta sunt servanda***”. *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*”. Por otro lado, la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992 estableció: “investment agreements freely entered into by sovereign states shall be observed in good faith”.

La cláusula paraguas también llamada cláusula de *pacta sunt servanda* (*pacta sunt servanda* clause),<sup>30</sup> debe ser entendida bajo este principio, ya que es justamente una aplicación y ampliación del mismo. “[A]n argument can be made that the progressive adoption of clearly expressed mandatory umbrella clauses moves the international regime closer to extending the venerable concept of *pacta sunt servanda* to all investment (but not commercial) contracts.”<sup>31</sup> Además aclara la duda si este principio recogido por la Convención de Viena se aplica a los inversionistas que son beneficiarios, pero no parte del tratado: “One of the main rationales for this extension was to make clear that the concept of

---

<sup>29</sup> Doak Bishop, James Crawford and Michael Reisman. *Foreign Investment Disputes*. La Haya: Kluwer Law International, 2005. Pág. 15.

<sup>30</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>.

<sup>31</sup> Christopher Dugan, Don Wallace Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi. *Investment State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press 2008. Pág. 559.

pacta sunt servanda, which applies to state-to-state relationship, also applies to relationships between investor states.”<sup>32</sup>

La obligatoriedad es un elemento esencial de este principio y es justamente ésta la relación con la cláusula paraguas:

Bindingness and equality between parties are constituent elements of any contract. A contract would not be a contract if not binding; the principle *pacta sunt servanda* is, in HLA Hart’s provocative phrase, ‘the minimum content of Natural Law’. This principle has also served as a vehicle for internationalizing applicable law in investment arbitration.<sup>33</sup>

La gran mayoría de la doctrina admite esta relación, aunque las implicaciones son todavía cuestionadas.

Ello constituye una formulación específica del principio más amplio de *Pacta sunt Servanda*, vigente en el derecho internacional, aunque por la existencia de tal compromiso específico se ha analizado si ello implica la expansión de la jurisdicción del tribunal arbitral [...] para abarcar todos los aspectos reflejados en las cláusulas contractuales específicas, o si por el contrario dicha formulación bajo la así llamada “*umbrella clause*” no expresa sino, de modo más preciso, la formulación del respeto a los pactos alcanzados.<sup>34</sup>

Desde esta perspectiva, la cláusula paraguas aplicando el principio *pacta sunt servanda*, obliga al Estado a respetar todos los compromisos adquiridos frente al inversionista o la inversión. El incumplimiento por parte del Estado de estas obligaciones, que pueden provenir de un contrato o ser simplemente unilaterales, es una violación a un estándar del tratado, llamado cláusula paraguas, distinto a los otros previstos en él. “By virtue of the pacta sunt servanda clause, violations of contract amount to breaches of the BIT.”<sup>35</sup>

La doctrina ha sostenido que esta disposición transforma las violaciones contractuales en violaciones del tratado:

---

<sup>32</sup>Christopher Dugan, Don Wallace Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi. *Investment State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press 2008 . Pág. 542.

<sup>33</sup>Ole Spiermann. “Applicable Law”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 18.

<sup>34</sup>Luis Alberto Erize. “La Protección de Inversiones y el Arbitraje Internacional”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 78.

<sup>35</sup>Reinisch, August. “Umbrella Clauses”. *Seminar on International Investment Protection*, 2006/2007. Pág. 17.

[t]here seems to have been no doubt in the mind of contemporary observers that the effect of the clause in an investment treaty was to transform what might have been an obligation, arguably for some only under domestic law, into a justiciable obligation under the international law of the treaty<sup>36</sup>

Sin embargo, como se explicará más a fondo a continuación, no se trata de una transformación si no de un estándar sustantivo que tiene como presupuesto de hecho la violación de una obligación legal por parte del Estado.

Lo anterior es igualmente válido para la aplicación de la cláusula paraguas: lo que juzga el tribunal arbitral es la observancia de una obligación sustantiva asumida por el Estado en virtud del tratado, la que consiste en tener que asumir la responsabilidad por todo tipo de incumplimientos contractuales sin que fuera necesario que su magnitud los transformara en violaciones de estándares de trato plasmados en el TBI.<sup>37</sup>

Zoila concuerda con este criterio al considerar a esta cláusula como un estándar distinto e independiente que debe ser interpretado como cualquier otra disposición del tratado de acuerdo a las reglas interpretativas.

This is why the “umbrella clause” may be considered as introducing a self-contained treaty standard, which must be interpreted independently and “in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”<sup>38</sup>

La definición acertada de la cláusula paraguas se da a la luz del principio de buena fe y como aplicación de *pacta sunt servanda*, haciendo vinculantes bajo el Derecho de las Inversiones las obligaciones frente al inversionista o la inversión, dotándoles al mismo tiempo de un derecho a un foro internacional previsto en el tratado bilateral de inversión.

---

<sup>36</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 38.

<sup>37</sup> Elina Mereminskaya. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 48.

<sup>38</sup> V. Zoila. “Effect and Purpose of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Unsolved Issues”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 45.

### 1.3 Esfera de protección.

El tema más controvertido respecto a la cláusula paraguas consiste en la esfera de protección o el alcance de la misma. A partir de la invocación de esta disposición por parte de los inversionistas, se ha elaborado abundante doctrina y jurisprudencia sobre el tema, sin llegar a un consenso; dejando en evidencia que no existe claridad respecto al amparo brindado por esta cláusula, creando una gran confusión que ha dado lugar a interpretaciones diametralmente diferentes en todos los aspectos, desde la negación absoluta de un efecto hasta la extensión de la jurisdicción del tribunal del tratado a disputas contractuales.

Respecto a este último punto cabe hacer una aclaración de suma importancia. Como se mencionó anteriormente, una parte destacada de la doctrina sostiene que la cláusula paraguas tiene la facultad de extender la jurisdicción del tribunal internacional a violaciones contractuales. “Also, umbrella clauses will covert contract breaches into treaty breaches, although this point is not undisputed.”<sup>39</sup>

We believe that if state contracts are not automatically internationalized and continue to be subject, as we think they are, to national and/or transnational law, the role of “umbrella clauses” in bilateral investment treaties may precisely be to fulfil the internationalization of contractual commitments.<sup>40</sup>

Siguiendo esta línea de pensamiento: “The consequence of an umbrella / pacta sunt servanda clause in a BIT may therefore be to convert a breach of an investment contract into a treaty breach”.<sup>41</sup> Incluso Schreuer sostiene que el consentimiento para resolver disputas, dado al tribunal internacional, es ampliado a disputas contractuales por esta

---

<sup>39</sup> Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. Pág. 220.

<sup>40</sup> V. Zoila. “Effect and Purpose of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Unsolved Issues”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 16.

<sup>41</sup> Anthony Connerty. “Investor-State Disputes and Investment Treaty Arbitration”. *A Manual of International Dispute Resolution*. 1 de Enero de 2006. <<http://vlex.com/vid/investor-disputes-treaty-arbitration-445342#ixzz18fPWO6I>>

cláusula. “The scope of consent offered in a BIT may also be affected by an umbrella clause contained in the treaty.”<sup>42</sup> Connerty apoya esta visión:

Another technique found in investment treaties, which may extend the scope of their protection, is the so called ‘umbrella clause’. By this technique, the host State guarantees by treaty the specific undertakings which it has entered into by contract or otherwise with investors of the other contracting State, bringing those undertakings under the umbrella of protection of the treaty.<sup>43</sup>

Reinisch, por otro lado, argumenta que la cláusula paraguas es un estándar del TBI, y que por lo tanto la violación de las obligaciones contraídas por el Estado es una violación del tratado que puede ser conocido por un tribunal internacional.<sup>44</sup> La cláusula paraguas no eleva las disputas contractuales a disputas del tratado, sino que la violación contractual o de obligación unilateral, provoca que se viole un estándar del tratado que es la cláusula paraguas. Reconoce así la protección que brinda la cláusula a las obligaciones contractuales e incluso unilaterales.

By contrast, the umbrella clause’s wording does *by no means indicate that it “elevates” the contractual claim to a treaty claim*. This interpretation leads to the erroneous appearance that contract claim and treaty claim become one and that the original contract claim would disappear.<sup>45</sup>

Por lo mencionado antes, el tribunal internacional previsto en el tratado bilateral de inversiones, tiene jurisdicción, ya que se trata de una verdadera disputa bajo el tratado que tiene como presupuesto la violación de una obligación que puede ser contractual.

Since “umbrella clauses” are embodied in treaties, they are therefore a source of international law. The obligation they create toward contracting states (that requires them to observe commitments they have entered into with investors of other contracting states) is one of international law<sup>46</sup>

Si bien, aparentemente, parece no existir contradicción, hay una diferencia nada sutil, que es de gran importancia, sobre todo porque los tribunales arbitrales han tendido a

---

<sup>42</sup> Christoph Schreuer. “Consent to Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 11.

<sup>43</sup> Campbell McLachlan, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. Pág. 92.

<sup>44</sup> August Reinisch. “Umbrella Clauses”. *Seminar on International Investment Protection*, 2006/2007. Pág. 14,

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> V. Zoila. “Effect and Purpose of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Unsolved Issues”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 3.

desechar las demandas basadas en esta cláusula y a remitirlas al tribunal previsto en el contrato. “A violation of a contractual provision gives thus rise not only to a contractual claim but also – thanks to the umbrella clause—to a treaty claim.”<sup>47</sup> Argumentando un conflicto simétrico de jurisdicción erróneo, entre la cláusula de solución de conflicto, prevista en el contrato, y la otra, prevista en el tratado; cuando en realidad existen dos tribunales competentes que resolverán sobre los mismos hechos, diferentes disputas que nacen de diferentes causas de acción, como se explicará en el siguiente capítulo. “Por lo anterior, el incumplimiento de un compromiso asumido a nivel del derecho interno, constituye tan solo un requisito para corroborar la existencia de un ilícito internacional consistente en la infracción de la cláusula paraguas.”<sup>48</sup>

Aclarado este punto, cabe señalar, como ya se mencionó, que la doctrina se ha dividido respecto a la esfera de protección de la cláusula paraguas. Existen algunas aproximaciones al efecto de la cláusula paraguas. Emmanuel Gaillard habla de tres; la primera niega todo efecto a estas cláusulas, la segunda les otorga un efecto solo en ausencia de una cláusula de selección de foro y la tercera les otorga un efecto en cualquier caso.<sup>49</sup> James Crawford explica muy ilustrativamente cuatro tendencias, adoptando una visión que concuerda plenamente con la de Reinisch. La primera tendencia le quita efecto a la cláusula paraguas, la segunda limita el efecto a actos soberanos del Estado, la tercera le brinda el efecto de internacionalización del contrato y la cuarta a la que se adhiere Crawford le da el efecto de un estándar sustantivo que puede llevar a un reclamo bajo el tratado.

La primera tendencia reduce extremadamente la esfera de protección de la cláusula paraguas, dejándola como un mero enunciado y le atribuye operatividad solo en el caso de

---

<sup>47</sup> August Reinisch. “Umbrella Clauses”. *Seminar on International Investment Protection*, 2006/2007. Pág. 14.

<sup>48</sup> Elina Mereminskaya. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 22 y 23.

<sup>49</sup> Emmanuel. Gaillard. “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims- the SGS Case Considered”. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Todd Weiler. Londres: London Commerce, Mayo 2005. Pág. 340, 341, 342.

que se pueda probar, efectivamente, que la intención de las partes fue brindar un efecto y además, se atribuye la carga de la prueba al inversionista.

The first camp adopts an extremely narrow interpretation of umbrella clauses, holding that they are operative only where it is possible to discern a shared intent of the parties that any breach of contract is a breach of the BIT.<sup>50</sup>

Esta visión ha sido compartida por el tribunal de *SGS v Pakistán*.

Considering the widely accepted principle with which we started, namely, that under general international law, a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law, and considering further that the legal consequences that the Claimant would have us attribute to Article 11 of the BIT are so far-reaching in scope, and so automatic and unqualified and sweeping in their operation, so burdensome in their potential impact upon a Contracting Party, we believe that clear and convincing evidence must be adduced by the Claimant. Clear and convincing evidence of what? Clear and convincing evidence that such was indeed the shared intent of the Contracting Parties to the Swiss-Pakistan Investment Protection Treaty in incorporating Article 11 in the BIT. We do not find such evidence in the text itself of Article 11. We have not been pointed to any other evidence of the putative common intent of the Contracting Parties by the Claimant.<sup>51</sup>

Este mismo autor explica la falencia de esta tendencia, que va en contra de los principios y normas de interpretación de los tratados.

The first is that there is no a priori limitation on the scope or content of treaty obligations, even those concerning what would otherwise be internal affairs. There is no a priori definition of what is or is not international. Nor is there any presumption of the restrictive interpretation of treaties.<sup>52</sup>

De acuerdo con los principios de interpretación, debe brindarse efecto a todas las cláusulas.

“The first effectively deprives the umbrella clause of any content, contrary to the principle of *effet utile* and to the apparent intent of the drafters.”<sup>53</sup> Apoyando esta crítica a la primera tendencia, Thomas Wälde argumenta: “BITs placed particular emphasis on obligations that are effectively enforceable – rather than on good-will declarations”<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde, Enero 2008. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 18 y 19.

<sup>51</sup> *SGS Société Générale de Surveillance SA v Pakistán*, Decisión de Jurisdicción. CIADI Caso No ARB/01/13; IIC 223, 2003. Para 167. *Supra* 28.

<sup>52</sup> *Ibid.* Pág. 3 y 4.

<sup>53</sup> *Ibid.* Pág. 19

<sup>54</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 50.

En esta línea de pensamiento concuerda con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El sentido corriente de las palabras en las cláusulas paraguas nos lleva a argumentar que los Estados se están comprometiendo a respetar las obligaciones, sin limitaciones, más allá de las impuestas por el lenguaje de la cláusula. Se volverá sobre este punto más adelante. En cuanto al objetivo y fin la doctrina ha sostenido que, justamente los tratados bilaterales de inversión buscan proteger, lo cual lleva a interpretar que las cláusulas paraguas crean obligaciones internacionales.

Because the acknowledged purpose of most treaties is that very protection, a mandatory umbrella clause should at a minimum create a strong presumption that any specific host state undertaking to an investor that can reasonably be construed as within the scope of the particular treaty term (commitment, obligation) is indeed a treaty obligation.<sup>55</sup>

Dolzer sostiene que la cláusula paraguas busca brindar una protección a los derechos contractuales.

[S]eek to ensure that each Party to the treaty will respect specific undertakings towards nationals of the other Party. The provision is of particular importance because it protects the investor’s contractual rights against any interference which might be caused by either a simple breach of contract or by administrative or legislative acts, and because it is not entirely clear under general international law whether such measures constitute breaches of an international obligation<sup>56</sup>

De acuerdo a la interpretación no restrictiva, a la regla del efecto útil de las disposiciones, el lenguaje corriente utilizado por las cláusulas paraguas, al objetivo y fin de los tratados bilaterales de inversión; la primera postura, respecto al alcance de esta cláusula, no es acorde con el derecho internacional. Y ha sido duramente criticada por la doctrina más autorizada en el tema.

La segunda tendencia, como se mencionó antes, limita el alcance de la cláusula paraguas a violaciones contractuales por actos soberanos en ejercicio de *ius imperii*. “The second camp seeks to limit umbrella clauses to breaches of contract committed by the hot

---

<sup>55</sup> Christopher Dugan, Don Wallace Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi. *Investment State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press 2008. Pág. 559.

<sup>56</sup> Rudolf Dolzer y Margrete Stevens. *Bilateral Investment Treaties*. La Haya: Kluwer Law International, 1995. Pág. 81y 82.



State in the exercise of sovereign authority.”<sup>57</sup> Tribunales como *El Paso Energy v Argentina* han apoyado esta tendencia.

En vista de la necesidad de distinguir al Estado en su calidad de comerciante, sobre todo cuando actúa a través de sus dependencias, del Estado en su calidad de soberano, el Tribunal considera que la cláusula paraguas del TBI Argentina — Estados Unidos, en la que se dispone que “[cada] Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”, puede interpretarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo VII (1), que claramente incluye entre las controversias en materia de inversión en virtud del Tratado a todas las diferencias resultantes de una violación de un compromiso asumido por el Estado en su calidad de Estado soberano, ya sea mediante un acuerdo, una autorización o el TBI [...] Según esta interpretación, la cláusula paraguas del Artículo II del TBI, leída junto con las disposiciones del Artículo VII, no extenderá la protección del Tratado a los incumplimientos de un contrato comercial ordinario celebrado por el Estado o una entidad estatal, aunque sí abarcará protecciones adicionales de la inversión acordadas contractualmente por el Estado en calidad de soberano —como una cláusula de estabilización— incluidas en un acuerdo de inversión.<sup>58</sup>

A una conclusión similar llegó el tribunal en el caso *Pan American Energy v Argentina*:

Sin embargo, no cabe duda de que si el Estado interviene en los derechos contractuales con un acto unilateral, ya sea que estos derechos contractuales surjan de un contrato celebrado por un inversionista extranjero con una parte del sector privado, una entidad autónoma estatal o el Estado mismo, de manera tal que la medida adoptada por el Estado pueda interpretarse como una violación de los niveles de protección incorporados en un TBI, el Tribunal de Arbitraje con base en el tratado tiene jurisdicción sobre todas las reclamaciones de los inversionistas extranjeros, incluidos las reclamaciones que surgen de la violación de sus derechos contractuales. Asimismo, en el Artículo II, leído junto con las disposiciones del Artículo VII (1), también se consideran como reclamaciones basadas en el tratado los incumplimientos de un acuerdo de inversión celebrado entre la República Argentina y un nacional una sociedad de los Estados Unidos.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde, Enero 2008. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 18 y 19.

<sup>58</sup> *El Paso Energy International Company v Argentina*. Decisión de Jurisdicción. CIADI Caso No ARB/03/15, IIC 83, 2006. Para 81.

El Paso Energy International Company es un empresa estadounidense propietaria del 99.92 % de Servicios El Paso SRL, que es accionista de varias compañías petroleras asociadas en Argentina. La disputa se da por varias medidas tomadas a partir del 2001 por el gobierno de Argentina; debido a la crisis, estas medidas iban en contra del programa de privatización. Entre ellas está la devaluación del peso convertible, la prohibición de transferir fondos más allá de un límite legal y la pesificación de los contratos. El inversionista alegó que las medidas tomadas por Argentina violaron los compromisos con respecto al inversionista y el marco regulatorio que el motivo para invertir.

<sup>59</sup> *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Co v Argentina*. Decisión en objeciones preliminares. CIADI Caso Nos ARB/03/13, ARB/04/8; IIC 183; 2006, para 112

*Pan American Energy y BP Argentina* son compañías estadounidenses con subsidiarias argentinas, que tenían varios contratos de concesión en temas de gas y petróleo. Las medidas tomadas por el gobierno argentino debido a la crisis, de acuerdo a los inversionistas violó sus derechos bajo el TBI al igual que sus derechos contractuales.

Importantes autores como Thomas Wälde, a lo largo de su artículo: “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”, apoya esta visión y establece, justamente, como límite de la cláusula paraguas los actos en los que el Estado o sus órganos actúan como una mera parte contractual.<sup>60</sup> Sin embargo, la regla de interpretación sobre el significado corriente de las palabras (Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), mencionada anteriormente, desvirtúa esta tendencia ya que no existe indicio alguno, en el lenguaje de la cláusula paraguas, que nos lleve a pensar que existe tal límite.

[I]s directed in particular at investment agreements that host countries frequently conclude with individual foreign investors ... Indeed, the language of the provision is so broad that it could be interpreted to cover all kinds of obligations, explicit or implied, contractual or non-contractual, undertaken with respect to investment generally<sup>61</sup>

Este análisis fue hecho por el tribunal en *Eureko v Polonia*:

The plain meaning — the “ordinary meaning” — of a provision prescribing that a State “shall observe any obligations it may have entered into” with regard to certain foreign investments is not obscure. The phrase, “shall observe” is imperative and categorical. “Any” obligations is capacious; it means not only obligations of a certain type, but “any” — that is to say, all — obligations entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party<sup>62</sup>

Por otro lado la costumbre internacional ha establecido que las violaciones al contrato pueden ser violaciones al derecho internacional en ciertas circunstancias, como actos discriminatorios, arbitrarios, en ejercicio de potestad soberana.

Jurisprudence and authorities support the proposition that a breach of contract by a State may well be, and often is, a breach of an investment treaty obligation. States incur international responsibility when they violate a contract in a manner that constitutes a “clear a discriminatory departure” from the governing law of the contract or an “unreasonable departure from the principles recognized by the principal legal systems of the world” States are internationally responsible when they untimely terminate a contract and when a

---

<sup>60</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>.

<sup>61</sup> UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990*, (United Nations 1998) Legal Authorities. Pág. 56.

<sup>62</sup> *Eureko BV v Polonia*. Fallo Parcial. Ad hoc—UNCITRAL, IIC 98, 2005. Para 246.

El grupo PZU era una empresa estatal, la aseguradora más grande de Polonia. En un proceso de privatización se decide vender las acciones y se selecciona como comprador a Eureko BV una compañía holandesa. Se firma un acuerdo de adquisición de acciones y dos adendas. El inversionista alega que se violaron dichos acuerdos.

termination is effected “by the exercise of sovereign power instead of claimed contractual right”<sup>63</sup>

Por este amparo brindado por el derecho internacional, se ha establecido que las cláusulas paraguas buscan brindar una protección extra de la contemplada en la costumbre internacional y no puede ser un limitante el ejercicio del *ius imperii*. “The umbrella clause is not intended to take something away from protection already available, but rather to add and expand such protection”.<sup>64</sup>

[S]eek to ensure that each Party to the treaty will respect specific undertakings towards nationals of the other Party. The provision is of particular importance because it protects the investor’s contractual rights against any interference which might be caused by either a simple breach of contract or by administrative or legislative acts, and because it is not entirely clear under general international law whether such measures constitute breaches of an international obligation<sup>65</sup>

Existen otras críticas que serán tratadas en el punto 1.3.1, dentro de la protección a los derechos contractuales brindada por estas cláusulas y sus límites.

La tercera tendencia le brinda una esfera de protección muy amplia a las cláusulas paraguas, e incluso le otorga la facultad de internacionalizar los contratos, “international law rules are applicable to such contracts, even where host State law is otherwise considered to be applicable to the contract”;<sup>66</sup> además, extiende la jurisdicción del tribunal internacional previsto en el tratado a disputas contractuales.

A third view goes to the other extreme: the effect of umbrella clauses is to internationalise investment contracts, thereby transforming contractual claims into treaty claims directly subject to treaty rules.<sup>67</sup>

A esta conclusión han llegado tribunales como en el caso *Eureko v Polonia*:

---

<sup>63</sup>Stanimir Alexandrov. “Breaches of Contract and Breaches of Treaty- The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claim in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 3 Num. 5, Diciembre 2006. Pág. 564-565.

<sup>64</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 48.

<sup>65</sup> Rudolf Dolzer y Margrete Stevens. *Bilateral Investment Treaties*. La Haya: Kluwer Law International, 1995. Pág 81 y 82.

<sup>66</sup> Campbell McLachlam, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. Pág. 93.

<sup>67</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde, Enero 2008. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 18 y 19.

The immediate, operative effects of Article 3.5 are two. The first is that Eureko's contractual arrangements with the Government of Poland are subject to the jurisdiction of the Tribunal, a conclusion that reinforces the jurisdictional conclusions earlier reached in this Award. The second is that breaches by Poland of its obligations under the SPA and its First Addendum, as read together, that are not breaches of Articles 3.1 and 5 of the Treaty nevertheless may be breaches of Article 3.5 of the Treaty, since they transgress Poland's Treaty commitment to "observe any obligations it may have entered into" with regard to Eureko's investments.<sup>68</sup>

Schreuer, comentando este fallo: "The Tribunal found that Poland's actions constituted a violation of the umbrella clause. The breaches by Poland of its obligations under the contracts were breaches of the BIT's umbrella clause, even if they did not violate the BIT's other standards."<sup>69</sup> Otro tribunal que acogió esta tendencia, fue el tribunal en el caso *Noble Ventures v Rumania*:

That being said, none of the above mentioned general rules is peremptory in nature. This means that, when negotiating a bilateral investment treaty, two States may create within the scope of their mutual agreement an exception to the rules deriving from the autonomy of municipal law, on the one hand and public international law, on the other hand. In other words, two States may include in a bilateral investment treaty a provision to the effect that, in the interest of achieving the objects and goals of the treaty, the host State may incur international responsibility by reason of a breach of its contractual obligations towards the private investor of the other Party, the breach of contract being thus "internationalized", i.e. assimilated to a breach of the treaty. In such a case, an international tribunal will be bound to seek to give useful effect to the provision that the parties have adopted<sup>70</sup>

Cabe mencionar que esta tendencia es la mayoritaria, apoyada por renombrados autores como Schreuer y Dugan:

An umbrella clause is a provision in a treaty under which the State parties undertake to observe any obligations they may have entered into with respect to investments. In other words, contractual obligations are put under the treaty's protective umbrella. It is widely accepted that under the regime of an umbrella clause violations of a contract between the host State and the investor are treaty violations.<sup>71</sup>

[T]here would be no need to demonstrate a violation of a substantive treaty standard if a simple breach of contract, or of municipal statute or regulation, by itself, could suffice to

---

<sup>68</sup> Eureko BV v Polonia. Fallo Parcial. Ad hoc—UNCITRAL, IIC 98, 2005. Para 250. Supra 63.

<sup>69</sup> Christoph Schreuer. "Consent to Arbitration". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num. 5, Noviembre 2005. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 13.

<sup>70</sup> Noble Ventures Inc. v Rumania. Fallo CIADI Caso No ARB/01/11; IIC 179, 2005. Para 54.

Esta disputa se da entre una compañía estadounidense que adquirió acciones de una empresa estatal siderúrgica en un proceso de privatización. El Estado se negó a hacer la reestructuración de deudas de dicha empresa minera, violando, de acuerdo al inversionista, el contrato.

<sup>71</sup> Christoph Schreuer. "Consent to Arbitration". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num. 5, Noviembre 2005. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 11.

constitute a treaty violation on the part of a Contracting Party and engage the international responsibility of the Party<sup>72</sup>

In particular, [...], for those Bits that contain sweeping, mandatory umbrella clauses, a breach of a contract with host state, and especially an investment contract, may ipso facto breach the BIT as well.<sup>73</sup>

Las críticas a esta visión van desde un sentido práctico, que extiende en exceso la esfera de protección, lo cual no puede ser considerado como un argumento válido para desvirtuar esta tendencia; la única crítica que genera, es la asimilación de los efectos de la cláusula paraguas a las cláusulas de solución de controversias amplias en los tratados bilaterales de inversión; bajo esta tendencia las dos tienen como consecuencia la posibilidad de llevar reclamos contractuales ante el tribunal internacional previsto en el tratado.

Finalmente, la cuarta postura, llamada por Crawford, integracionista, le brinda el efecto de un estándar subjetivo del tratado, como cualquier otro, concordando con la visión mayoritaria sobre la no limitación de las violaciones contractuales por actos soberanos, pero evitando los conflictos de jurisdicción con tribunales previstos en el contrato, que ha sido explicada a detalle anteriormente.

Finally there is the view that that an umbrella clause is operative and may form the basis for a substantive treaty claim, but that it does not convert a contractual claim into a treaty claim. On the one hand it provides, or at least may provide, a basis for a treaty claim even if the BIT in question contains no generic claims clause[...] on the other hand, the umbrella clause does not change the proper law of the contract or its legal incidents, including its provisions for dispute settlement.<sup>74</sup>

Algunos fallos han apoyado esta visión. En el caso *Duke v. Ecuador*, el tribunal ha dado pleno efecto a la cláusula paraguas, pero han tenido cuidado de no otorgar doble compensación.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Christoph Schreuer “Travelling the BIT Rout: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Fork in the Road”. *Offprints of the Journal of World Investment & Trade*. Vol.5 Num. 2. Ginebra, 2004. Pág. 252.

<sup>73</sup> Christopher Dugan, Don Wallace Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi. *Investment State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. Pág. 391.

<sup>74</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde, Enero 2008. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 18 y 19.

<sup>75</sup> Paul C. Connors. “Investor-State Arbitration--ICSID Suggests Caution in Resting Treaty Claims on Disputes Over Which Tribunals Can Decline Jurisdiction--Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award”. *Suffolk Transnational Law Review* .Vol. 32 Num. 2, Junio 2009.

In connection with the third requirement, the Tribunal finds that the Respondent violated its obligations vis-à-vis Electroquil under the PPAs and Ecuadorian law in respect of the late establishment of the Payment Trusts, their poor implementation, the irregular imposition of fines and the non-payment of interest for late payment arising under the 96 Liquidation Agreement. In this manner, the Respondent breached its obligations under the umbrella clause of Article II(3)(c).<sup>76</sup>

El tribunal en el caso *Burlington v Ecuador* siguió esta misma tendencia:

Como primera objeción adicional, Ecuador enfatiza que Burlington retiró sus reclamos contractuales. Si bien esto es cierto, el Tribunal advierte que el reclamo de Burlington bajo la cláusula paraguas es un reclamo fundado en el Tratado, no en el contrato. Tal como lo enunciara el tribunal en *Bayindir c. República de Paquistán* ("Bayindir"), la distinción entre reclamos convencionales y reclamos contractuales, la cual se remonta a la decisión del comité ad hoc en *Vivendi v. Argentina*, "se encuentra a esta altura bien establecida" (*Bayindir*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 148). Por ello, la objeción de Ecuador no puede ser acogida.<sup>77</sup>

El tribunal de anulación en el caso *CMS v. Argentina*, de igual forma apoyó esta visión sobre la cláusula paraguas.

(c) The effect of the umbrella clause is not to transform the obligation which is relied on into something else; the content of the obligation is unaffected, as is its proper law. If this is so, it would appear that the parties to the obligation (i.e., the persons bound by it and entitled to rely on it) are likewise not changed by reason of the umbrella clause<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil SA v Ecuador*. CIADI Caso No ARB/04/19; IIC 333, Agosto 2008. Para 325.

Este caso es sobre una disputa de inversión entre una empresa estadounidense Duke, que compró acciones de una empresa ecuatoriana Electroquil, en contra de la República de Ecuador. Esta disputa se da en el sector energético, Electroquil se dedicaba a la generación de energía termoeléctrica y debido a la crisis energética fue contratada por INECEL, se firmaron una serie de acuerdos en el 95 y 96 en el que se estipulaba el pago, la ejecución y penalidades. El inversionista argumenta que se incumplió con los acuerdos, los pagos fueron irregulares y parciales; además ciertas penalidades fueron impuestas por retrasos no imputables al inversionista. Existe una alegación de violaciones contractuales cubiertas por la cláusula paraguas.

<sup>77</sup> *Burlington Resources Inc. v Ecuador*. Decisión de Jurisdicción. CIADI Caso No ARB/08/5; IIC 436, 2010. Para 189.

En los años 90 Ecuador creó un marco legal para los hidrocarburos e introdujo el contrato de participación como modelo. Burlington una compañía estadounidense, adquirió participaciones en diversos contratos de participación desde el 2000 al 2006 en los bloques 7, 21, 23, 24. Los contratos contenían cláusulas de garantías impositivas entre otras. La controversia se suscita por una supuesta falta de protección en los bloques por la oposición de comunidades indígenas y la promulgación de la Ley 42 y sus respectivos decretos.

<sup>78</sup> *CMS Gas Transmission Company v Argentina*. Anulación. CIADI Caso No ARB/01/8; IIC 303, 2007. Para 95.

*CMS Gas Transmission Company*, una empresa estadounidense, adquirió 25 % y luego el 4.42% de una empresa argentina transporte de gas, Transportadora de Gas del Norte (TGN), bajo las normas del programa de privatización energética. TGN tenía una licencia para operar la red de transporte de gas por el norte de Argentina, dentro de este contrato se estipuló una cláusula de solución de controversias ante las Cortes Federales de Argentina. Dentro del programa de privatización del sector energético, las tarifas de transporte de gas debían ser calculadas en dólares y luego convertidas a pesos de acuerdo al cambio al tiempo de

Una vez analizadas las diferentes posturas, queda claro que un verdadero límite a la esfera de protección es el lenguaje y redacción de las cláusulas paraguas. “When determining the proper effect of an umbrella clause, proper care and attention must be given to the particular language used and the structure of the relevant treaty.”<sup>79</sup> Este límite reconoce la amplitud del lenguaje de la mayoría de las cláusulas paraguas. Philippe Sand menciona la preocupación de los Estados y su deseo por revisar sus tratados bilaterales de inversión ya que los estándares de protección de inversión, sobre todo la cláusula paraguas, están redactados en una manera muy amplia.<sup>80</sup>

Some investors have asserted that breaches of State contracts constitute a breach of BITs. Some recent ICSID arbitrations involving Argentina claim that alleged breaches of concession contracts amount to a breach of the host State's obligation under international law and thus rise to a violation of a BIT. Whether this argument will prevail seems ultimately to depend on the language of the BIT in question and the facts of the case.<sup>81</sup>

Rubins y Kinsella en su libro *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution* establecen claramente las diferencias que existen en el lenguaje de la cláusula paraguas y en consecuencia su mayor o menor amplitud:

The effect of an umbrella clause will depend [...]also upon the text of the particular applicable clause. [...]. The most salient variations include:

- Coverage of “any” obligation undertaken by the State, or only of “specific” or “particular” obligations.<sup>82</sup>

---

facturación, además debían ser ajustadas semestralmente de acuerdo al US Producer Price Index (PPI). En 1990 el peso estaba a la par del dólar. En 2000 debido a la crisis se suspendió el ajuste de acuerdo al PPI. En el 2002 se emitió una normativa de emergencia que inició la pesificación convirtiendo a pesos, permanentemente devaluados, todos los contratos. CMS inició el arbitraje antes de la pesificación y luego la incluyo en la disputa. El primer fallo fue parcialmente anulado por falta de argumentación para determinar que la violación de las obligaciones contractuales conllevaron a la violación de la cláusula paraguas.

Happ, Richard y Noah Rubins. *Digest of ICSID Awards and Decisions 2003-2007*. Oxford NY: Oxford University Press, 2009. Pág 23, 24, 304 y 305,

<sup>79</sup> Anthony Sinclair. "The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num 4, Agosto 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág 34

<sup>80</sup> Philippe Sands. "The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: The Coexistence of Local and International Remedies". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vo l2 Num. 4, Agosto 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 14.

<sup>81</sup> Bernardo Cremades. "Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues". *Dispute Resolution Journal* .Vol. 59 Num. 2, Mayo 2004. <<http://vlex.com/vid/disputes-arising-calvo-jurisdictional-61758215#ixzz18fQsXqif>>

<sup>82</sup> Noah Rubins y Stephan Kinsella. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*. Nueva York: Oceana Publications, 2007. Pág. 236.

El primer análisis se realiza sobre la cobertura de cualquier compromiso o en específico. Dentro de las cláusulas paraguas en los tratados bilaterales de inversión suscritos por el Ecuador, el tratado con Reino unido contiene el tipo de cláusula paraguas que habla de cualquier obligación: “Las Partes Contratantes deberán observar cualquier obligación [...]”<sup>83</sup>, que es más amplia que la disposición del tratado entre Ecuador e Italia que habla de compromisos específicos: “compromisos asumidos en relación con cada inversionista específico”<sup>84</sup>.

El segundo análisis sobre el lenguaje se refiere a si la cláusula habla de acuerdos u obligaciones (más restrictivamente), o a compromisos en general.

- Coverage of “agreements” and “obligations” only, or “commitments” and “undertakings” more generally.<sup>85</sup>

La cláusula paraguas en el TBI Ecuador- Alemania es del tipo más amplia, en este aspecto, ya que habla de compromisos: “Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso”<sup>86</sup>, mientras que la de Paraguay es más restrictiva, refiriéndose a obligaciones: “Cada Parte Contrastante respetará y hará respetar de conformidad con su legislación, las obligaciones.”<sup>87</sup>

El tercer aspecto contempla, si las obligaciones o compromisos asumidos son con los inversionistas o inversión, o solamente en relación con los inversionistas o inversión.

- Coverage of obligations assumed in connection with investor and investments, or only in relation to “investments” or “investors”.<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> Art. 2(2) Convenio entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con el Gobierno de La República del Ecuador para la promoción y protección de inversiones. El subrayado no es parte del texto original.

<sup>84</sup> Art. 2(4). Convenio entre el Gobierno de la República de Ecuador y el Gobierno de la República de Italia, sobre Promoción y Protección de Inversiones. El subrayado no es parte del texto original.

<sup>85</sup> Noah Rubins y Stephan Kinsella. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*. Nueva York: Oceana Publications, 2007. Pág. 236.

<sup>86</sup> Art. 7(2). Tratado entre la República de Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital. El subrayado no es parte del texto original.

<sup>87</sup> Art. 10. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Ecuador y La República de Paraguay. El subrayado no es parte del texto original.

<sup>88</sup> Noah Rubins y Stephan Kinsella. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*. Nueva York: Oceana Publications, 2007. Pág. 236.



No existen cláusulas paraguas en los TBIs suscritos por Ecuador que contengan la frase los compromisos con los inversionistas o la inversión. En cambio, en relación con los inversionistas o inversión. El TBI con Alemania: “contraído con relación a las inversiones”<sup>89</sup>, con Italia: “compromisos asumidos en relación con cada inversionista específico”.<sup>90</sup>

Finalmente, el último criterio diferenciador, es el lugar en el que se sitúa la cláusula, siendo más amplio cuando se encuentra dentro de los estándares sustantivos, o más restrictivo, cuando se encuentra entre las cuestiones misceláneas.

- The location of the clause among the other substantive standards of investment protection, in a separate section dealing with “non-derogation,” or in more general provisions of the treaty dealing with miscellaneous issues.<sup>91</sup>

En el caso de los TBIs con Inglaterra, Italia y Paraguay se encuentran dentro de los estándares sustantivos y en el caso de Alemania y Países Bajos dentro de cláusulas más generales.

Existen pequeñas variaciones en el lenguaje de cada cláusula paraguas, que generan una esfera de protección más o menos amplia. No hay disentimiento ni controversia respecto a la importancia que tiene el lenguaje, para determinar el alcance de cada cláusula paraguas; sin embargo, la aplicación concreta de las cláusulas no ha sido uniforme, a pesar de que el lenguaje sea el mismo. En ningún caso, el lenguaje impone un límite en las obligaciones o compromisos asumidos, excluyendo la protección en temas contractuales o limitándolos a acciones soberanas con ejercicio de *ius imperii*.

Queda como inquietud la posibilidad de un abuso por parte del inversionista de la cláusula paraguas, y de esta manera, que se someta al tribunal internacional, previsto en el tratado, todo tipo de discrepancia en la ejecución de un contrato de inversión. Esta inquietud ha sido analizada por la doctrina, en este caso, Schreuer sostiene que no todo mínimo desacuerdo en el contrato y su ejecución está cubierto por la cláusula paraguas, por

---

<sup>89</sup> Art. 7(2). Tratado entre la República de Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital. El subrayado no es parte del texto original.

<sup>90</sup> Art. 2(4). Convenio entre el Gobierno de la República de Ecuador y el Gobierno de la República de Italia, sobre Promoción y Protección de Inversiones. El subrayado no es parte del texto original.

<sup>91</sup> Noah Rubins y Stephan Kinsella. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*. Nueva York: Oceana Publications, 2007. Pág. 236.

ejemplo, un retraso en el pago no sería susceptible de violar la cláusula paraguas.<sup>92</sup> “At the same time, an umbrella clause is not unduly burdensome to the host State. It will provide a remedy only if there has been a breach of the host State’s legal obligations towards the investor”.<sup>93</sup> Este límite que parece no tener importancia, es el que permitirá a los tribunales determinar si la violación invocada por el inversionista llega a ser, verdaderamente, de tal naturaleza, que viola el estándar del tratado llamado cláusula paraguas.

Una doctrina, del derecho interno, que puede dar luz a este tema, es la doctrina del incumplimiento relevante. Si bien los tribunales internacionales no están obligados a aplicar derecho interno, no existe prohibición para hacerlo, si éste es compatible con el derecho internacional. Esta doctrina, que es aplicada a la acción resolutoria en el derecho civil, sostiene que para resolver un contrato, el incumplimiento tiene que ser relevante para la economía del contrato. En este sentido, Valencia Zea plantea: “distinguir si la parte de prestación incumplida tiene importancia para la economía del contrato, de suerte que no sirve para satisfacer los intereses del acreedor, o si el cumplimiento parcial es de escasa importancia. Sólo en el primer caso tiene lugar el derecho de resolución”<sup>94</sup>; Luis Parraguez Ruiz concuerda con este planteamiento: “el criterio del *factor determinante*. Desde este punto de vista tendría lugar la acción resolutoria si la obligación incumplida fue determinante para la celebración del contrato”<sup>95</sup>. A pesar, de que esta doctrina pertenezca al derecho interno y a una parte muy específica del derecho civil, puede ser un parámetro interesante para limitar la cláusula paraguas al incumplimiento de obligaciones contractuales o unilaterales relevantes.

En conclusión, la esfera de protección de la cláusula paraguas está limitada por el lenguaje de la misma. De este análisis, al igual que del histórico, se desprende que, precisamente se busca proteger derechos contractuales e incluso obligaciones unilaterales. La doctrina concuerda con esta conclusión pero existen discrepancias respecto a cuáles

---

<sup>92</sup> Christoph Schreuer “Travelling the BIT Rout: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Fork in the Road”. *Offprints of the Journal of World Investment & Trade*. Vol.5 Num. 2. Ginebra, 2004. Pág. 255

<sup>93</sup> *Ibíd.*

<sup>94</sup> Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil: De las Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1978. Pág. 166.

<sup>95</sup> Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Teoría de las Obligaciones*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006. Pág. 235.

violaciones contractuales están protegidas por la cláusula paraguas y cuales escapan de su protección; al igual que si la legislación nacional y en ese caso, cuál legislación nacional está cubierta por los compromisos unilaterales asumidos por el Estado frente a los inversionistas, de acuerdo a esta disposición. Ambos puntos serán tratados a continuación.

### 1.3.1 Derechos contractuales

La doctrina especializada en Derecho de las Inversiones, casi unánimemente admite que, la cláusula paraguas protege los derechos contractuales de los inversionistas de un Estado contratante del tratado bilateral de inversión, frente al otro Estado contratante. “But there is little if any serious disagreement that the clause was intended to cover, and should be read to cover, contracts between foreign investors (including their domestic subsidiaries) and states relating to an investment.”<sup>96</sup>, “the fact that commitments may also include other non-contract forms does not detract from the fact that of all forms of commitment a contract is surely the most formal and explicit.”<sup>97</sup> La jurisprudencia se ha pronunciado en igual sentido.

Considering that Art. II (2)(c) BIT uses the term “shall” and that it forms part of the Article which provides for the major substantial obligations undertaken by the parties, there can be no doubt that the Article was intended to create obligations, and obviously obligations beyond those specified in other provisions of the BIT itself. Since States usually do not conclude, with reference to specific investments, special international agreements in addition to existing bilateral investment treaties, it is difficult to understand the notion “obligation” as referring to obligations undertaken under other “international” agreements. And given that such agreements, if concluded, would also be subject to the general principle of *pacta sunt servanda*, there would certainly be no need for a clause of that kind. By contrast, in addition to the BIT, what are often concluded concerning investments are so-called investment contracts between investors and the host State. Such agreements describe specific rights and duties of the parties concerning a specific investment. Against this background, and considering the wording of Art. II (2)(c) which speaks of “any obligation [a party] may have entered into with regard to investments”, it is difficult not to regard this as a clear reference to investment contracts. In fact, one may ask what other obligations can the parties have had in mind as having been “entered into” by a host State with regard to an investment. The employment of the notion “entered into” indicates that specific commitments are referred to

---

<sup>96</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 34.

<sup>97</sup>Ibíd. Pág. 51.

and not general commitments, for example by way of legislative acts. This is also the reason why Art. II (2)(c) would be very much an empty base unless understood as referring to contracts. Accordingly, the wording of Article II(2)(c) provides substantial support for an interpretation of Art. II (2) (c) as a real umbrella clause<sup>98</sup>

Sin embargo, al momento de determinar qué tipo de violaciones de los derechos contractuales son susceptibles de activar la protección de la cláusula paraguas, existen dos tesis bien marcadas. La primera, sostiene que si bien no cabe duda que esta disposición cubra violaciones contractuales, dentro de su esfera de protección, solo pueden entrar violaciones por parte del Estado en ejercicio de *ius imperii*, actos soberanos; dejando fuera a los actos comerciales. La segunda, brinda una esfera más amplia, y sostiene que no existe tal distinción en el lenguaje, la historia, ni la costumbre internacional, y por lo tanto la cláusula paraguas cubre todo tipo de violaciones contractuales. Esta visión es mayoritaria.

Dentro de la primera tesis, se encuentran autores que la sostienen, como Thomas Wälde, quien al igual que los autores que apoyan la segunda tesis, ha criticado los fallos que han negado efecto a la cláusula paraguas. Este autor sostiene que los tribunales han dejado en un mero enunciado a esta disposición, por miedo de que la cláusula tenga una amplitud ilimitada e inunde a los tribunales internacionales de casos, sin darse cuenta que bastaba con excluir violaciones meramente comerciales.<sup>99</sup> James Crawford critica esta postura con dos argumentos. El primero de ellos consiste en que la determinación de una conducta como soberana o en ejercicio de *ius imperii*, no es un test confiable ni determinado y deja al tribunal la labor de apreciar el motivo. El segundo plantea que brinda un escape al Estado del efecto de la cláusula, con la defensa de que su actuación se debió a una razón comercial.

There are two obvious responses to this. The first is that it does not provide a reliable or even a determinate test for determining whether a tribunal has jurisdiction. Instead it calls for an appreciation of the character of or motive for the breach which in most cases would require a hearing on the merits. The second response is that it would be very odd indeed if a State

---

<sup>98</sup> Noble Ventures Inc. v Rumania. Fallo CIADI Caso No ARB/01/11; IIC 179; 2005. Para 51. Supra 71.

<sup>99</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 52.

could defend itself against a claim for repudiation of an investment agreement by arguing that it was acting for commercial reason.<sup>100</sup>

De acuerdo a esta tesis, el primer argumento consiste en que la cláusula paraguas nace como un remedio ante la nacionalización de sectores o recursos. Esto es cierto, sin embargo, como se explicó en el punto 1.1 la historia de esta disposición nos muestra que esta disposición nace para garantizar los derechos contractuales, pero no existe evidencia alguna que haya sido la intención de las partes limitar la esfera a acciones gubernamentales.

[T]he “umbrella clause” envisaged not a commercial law breach, but rather governmental action abrogating a long-term – mostly concession-like – agreement. The institutional recommendations emerging out of this debate – ultimately resulting in bilateral and multilateral investment protection treaties, ICSID-MIGA and contractual internationalization – all related to governmental conduct nationalizing directly or undermining indirectly such foreign direct investment; the “concession contract” was the most frequently used form to organize foreign investment activities of the period<sup>101</sup>

Por otro lado, un argumento apoyado esta tesis, se basa en el propósito de los tratados bilaterales de inversión: “The purpose and target of investment treaties is not normal, business-like conduct of government agencies acting as the “fisc”, but rather the exercise of state powers.<sup>102</sup>

Finalmente, sostener que la cláusula paraguas protege contra violaciones de índole comercial sería, por un lado negar la capacidad de negociación de los inversionistas, y por otro hacer inútiles las cláusulas de estabilización de los contratos.

This was done under the assumption that investors should not have to rely on their own negotiating strength and ability, but be able to rely on a general, treaty-provided remedy – much as judicial review against administrative action is usually granted by law, not waivable, and not dependent on an individual jurisdiction agreement with the state<sup>103</sup>

[T]he idea that an investment treaty would transform a mere contractual obligation between state and investor into an international law obligation in particular if the treaty included a clause obliging the state to respect such contract. The Treaty’s umbrella clause (or, as I would prefer to call it, “sanctity of contract” or “pacta sunt servanda” clause) thus replaces

---

<sup>100</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde, Enero 2008. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 19.

<sup>101</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 16.

<sup>102</sup> *Ibíd.* Pág. 53.

<sup>103</sup> *Ibíd.* Pág. 35.

partly the need to negotiate in the contract with the host state an internationalization regime consisting of stabilisation, arbitration and international law clause.<sup>104</sup>

La segunda tesis plantea que la cláusula paraguas protege los derechos contractuales de violaciones sin que exista ninguna distinción. Y extiende la esfera de protección incluso frente a violaciones meramente comerciales. “[T]he very purpose and the effect of an umbrella clause in an investment treaty is to transform breaches of obligations the State has undertaken with respect to the foreign investor and its investment, including contractual obligations, into treaty breaches”.<sup>105</sup> Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer, dos de los más importantes exponentes de esta tesis: “The crucial point lies in the recognition that certain (or all) types of violations of contracts between the state and the investor will, in the presence of an umbrella clause, amount to a violation of the investment treaty.”<sup>106</sup>

The clause may refer more specifically to the contractual commitments that a state or a public entity like the investment board screening the application of the investor prior to entry may have made in the course of initial contact with foreign investor. Liability will arise where these commitments are not met. They could also refer to contractual commitments made to the foreign party.<sup>107</sup>

Otros autores han enfatizado en la inclusión de actos comerciales y han argumentado que el propósito de los tratados de inversión es justamente la protección. “La mayoría de la doctrina, cuando se encuentra frente a una cláusula paraguas que se refiere a todos los compromisos, entiende que son arbitrables las diferencias de origen contractual, e incluso las meramente comerciales”<sup>108</sup>

[T]he very purpose of these legal instruments--- to create for a foreign investor the juridical standing to bring international claim on its own behalf, when in the past such standing was limited to espousal by states. Elevating “mere” contractual disputes involving foreign investors to international level is fully consistent with a central goal for both international

---

<sup>104</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 37.

<sup>105</sup> Stanimir A. Alexandrov. “Breaches of Contract and Breaches of Treaty- The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claim in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 3 Num. 5, Diciembre 2006. Pág. 556.

<sup>106</sup> Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. Pág. 160.

<sup>107</sup> M. Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press 2004. Pág. 249.

<sup>108</sup> Javier Robalino. “Globalización de los contratos administrativos mediante las cláusulas paraguas”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010. Pág. 501.

commercial arbitration system and the investment treaty regime: to create a neutral, impartial forum for the resolution of transnational disputes.<sup>109</sup>

Además, se debe respetar la voluntad de las partes de extender dicha protección:

If the parties choose to extend the scope of the agreement beyond the confines of the classical understanding of an ‘investment treaty’ and also cover to some extent, operations previously deemed ‘commercial’ or ‘contractual’ in nature, the conventional terminology cannot stand in the way of the parties’ intentions.<sup>110</sup>

Otros argumentos que apoyan esta tesis fueron expuestos en el punto 1.3, cuando se habló de las cuatro tendencias de interpretación de la esfera de protección de la cláusula paraguas. El primer argumento utilizado fue el propio lenguaje de estas disposiciones y la interpretación dada por el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que nos lleva a concluir que no existe la exclusión de actos comerciales. El segundo argumento, antes mencionado, es que la costumbre internacional ya protege violaciones contractuales cuando existe ejercicio de potestades estatales y que la cláusula paraguas, como una disposición en el tratado, pretende brindar una protección extra al inversionista.

Siguiendo la argumentación bajo la costumbre internacional, este sector de la doctrina se ha sustentado en los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados para establecer que la distinción entre actos en ejercicio de potestad administrativa y sin ella, no afecta la responsabilidad del Estado.

Dado que en definitiva se aplica la responsabilidad internacional del Estado y esta no depende de la distinción entre *iure imperii* o *iure gestionis*, sería irrelevante si al incumplir con el contrato el Estado había actuado en el ejercicio de sus funciones soberanas.<sup>111</sup>

El mismo argumento es utilizado por James Crawford, que además establece que bajo el principio de Responsabilidad solo se debe determinar cuál era la obligación del estado.

The fourth proposition, also drawn from the law of State responsibility, concerns breach. In general a finding of a breach of international law does not depend on the characterization of the conduct in question as “governmental”, or as involving the exercise of sovereign

---

<sup>109</sup> Christopher Dugan, Don Wallace Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi. *Investment State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press 2008. Pág. 559 y 560.

<sup>110</sup> Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Oxford NY: Oxford University Press, 2008. Pág. 161.

<sup>111</sup> Elina Mereminskaya. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 22 y 23.

authority. There are only two questions: what is the State obliged to do or refrain from doing, and has it complied with that obligation? Unless the primary rule which is the source of the obligation requires it, there is no third question, how to characterize the breach.<sup>112</sup>

Los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, es un instrumento no vinculante, sin embargo, cabe el análisis porque recoge principios generales del derecho y plasma la costumbre internacional. De acuerdo a estos, los Estados son responsables internacionalmente por cualquier hecho ilícito “Artículo 1.- Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.” Además, existe un hecho ilícito cuando hay una violación de una obligación internacional atribuible al Estado.

#### Artículo 2.- Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

En el caso de la cláusula paraguas, la violación del contrato por parte del Estado conllevaría a la violación de un estándar de protección bajo el TBI, una obligación internacional, y por lo tanto acarrearía responsabilidad internacional. Finalmente el artículo 12 claramente establece que no existe distinción entre el origen o la naturaleza de la obligación.

#### Artículo 12.- Existencia de violación de una obligación internacional

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

Bajo este instrumento no existe una distinción entre actos comerciales y soberanos para atribuir responsabilidad a los Estados por violaciones a obligaciones internacionales.

Del análisis anterior se desprende que, efectivamente, los derechos contractuales están protegidos por la cláusula paraguas, y que existen argumentos fuertemente sustentados, para sostener que esta protección abarca tanto actos soberanos, como actos comerciales y que por lo tanto, la tesis mayoritaria brinda una esfera de protección más amplia a esta

---

<sup>112</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde, Enero 2008. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 6.



disposición en los tratados bilaterales de inversión. Solo resta hablar sobre los compromisos unilaterales, que es el punto que sigue a continuación.

### 1.3.2 Compromisos unilaterales

La cláusula paraguas en su lenguaje se refiere a compromisos u obligaciones frente al inversionista o la inversión. La historia nos ha mostrado que se buscaba proteger derechos contractuales, pero esto, bajo ningún concepto excluye a obligaciones unilaterales. “States assume obligations not merely by way of treaties and contracts. Unilateral declarations may, under certain circumstances, also be a source of obligation for States”.<sup>113</sup> La jurisprudencia se ha manifestado en igual sentido. “It is well recognized that declaration made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have effect of creating legal obligations”.<sup>114</sup>

La controversia en este punto se sitúa en, si esto incluye legislación nacional y qué tipo de legislación. Es una cuestión indiscutible, que los tribunales internacionales resuelven sobre relativos a legislación y regulación es cuando tratan otros estándares como; expropiación y trato justo y equitativo.

The more detailed argument in support of these claims may be summarized as follows. States, by concluding investment treaties that allow foreign investors (for the most part multinational firms) to advance international claims against states have given arbitrators the authority to resolve regulatory disputes between investors and the state.<sup>115</sup>

Tratándose de la cláusula paraguas, la cuestión de si la legislación está cubierta, no es tan pacífica. “It follows that, where a treaty for the protection of investments containing an umbrella clause is applicable, the violation of a unilateral undertaking, made through

---

<sup>113</sup> María Cristina Gritón Salias. “Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings”. *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century: essay in honor of Christoph Schreuer*. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch y Stephan Wittich. Oxford NY: Oxford University Press, 2009. Pág. 491.

<sup>114</sup> Corte Internacional de Justicia. Casos de Pruebas Nucleares (Australia/ Nueva Zelanda v France). Juicio 20 Diciembre 1974. Para 253.

<sup>115</sup> Gus Van Harten. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. Pág. 4 y 5.

legislation or otherwise, would amount to a violation of the treaty.”<sup>116</sup> Algunos tribunales, como el de anulación en *CMS v Argentina*, ha rechazado la posibilidad de que el Estado sea responsable por normas locales, que no fueron compromisos directos con el inversionista.

In the end it is quite unclear how the Tribunal arrived at its conclusion that CMS could enforce the obligations of Argentina to TGN. It could have done so by the above interpretation of Article II(2)(c), but in that case one would have expected a discussion of the issues of interpretation referred to above. Or it could have decided that CMS had an Argentine law right to compliance with the obligations, yet CMS claims no such right; and Argentine law appears not to recognize it.<sup>117</sup>

Otros como *Noble Energy Corp y Machala Power v Ecuador y LG&E Energy Corp. v Argentina* han admitido la posibilidad siempre y cuando se refieran normas que crearon expectativas para el inversionista y fueron razones de peso para contratar.

Sobre esa base, el Tribunal observa que al parecer las obligaciones de Ecuador con respecto a las Demandantes emanan no sólo de los Contratos, sino también de leyes y reglamentos. También observa que el Contrato de Inversión parece contener una cláusula de estabilización que puede constituir una obligación de un Estado comprendida dentro de los límites de la cláusula paraguas<sup>118</sup>

Con el objeto de determinar la aplicabilidad de la cláusula paraguas, el Tribunal deberá establecer si en virtud de las disposiciones de la Ley del Gas y su Reglamento, el Estado Argentino ha asumido obligaciones internacionales relativas a LG&E y a su inversión. Para ello es necesario tener presente que las disposiciones de la Ley del Gas y su Reglamento establecían y regulaban el régimen tarifario que daba valor a la inversión de las Demandantes; que el propósito de la inversión de las Demandantes era incrementar el valor de sus acciones en las licenciatarias mediante un delicado balance del manejo de costos y de ganancias, representadas por las tarifas fijadas por Argentina a la luz de la mencionada Ley del Gas y de su Reglamento. En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que estas

---

<sup>116</sup> María Cristina Gritón Salias. “Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings”. *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century: essay in honor of Christoph Schreuer*. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch y Stephan Wittich. Oxford NY: Oxford University Press, 2009. Pág. 495.

<sup>117</sup> CMS Gas Transmission Company v Argentina. Anulación. CIADI Caso No ARB/01/8; IIC 303 2007 para 96. Supra 79.

<sup>118</sup> Noble Energy Inc. y MachalaPower Cía. Ltd. v Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad. Decisión de jurisdicción. Case No ARB/05/12; IIC 320, 5 de Marzo 2008. Para 157.

Noble Energy Corp es una compañía estadounidense que indirectamente es dueña de Machala Power, una compañía constituida en las Islas Caimán con una subsidiaria en Ecuador de generación termoeléctrica. En 1996 Ecuador inició un programa de privatización del sector eléctrico que derogaba normas en este sector y disolvió INECEL. En el 2001 se firmó un contrato de concesión entre Machala Power y el Estado ecuatoriano a través de CONELEC para la construcción, instalación y operación de una planta de generación eléctrica. En ese momento Samedan Oil Corporation una subsidiaria de Noble Energy Corp era dueña de Machala Power y firmó un acuerdo de inversión con Ecuador. Los reclamos se dieron bajo el BIT y el acuerdo de inversión. De acuerdo al demandante una serie de regulaciones, políticas y medidas alteraron marco regulatorio que fue el que indujo a la inversión. Una de estas regulaciones fue la exclusión del IVA pagado en la compra de gas como costo de producción. El cambio en el mecanismo de pago que llevó a atrasos y no pagos, entre otras regulaciones.

disposiciones no fueron simples obligaciones legales de naturaleza general. Por el contrario, eran muy específicas con respecto a la inversión de LG&E en Argentina y derogarlas resultaba violatorio de la cláusula paraguas.<sup>119</sup>

La doctrina ha sostenido que el cambio de legislación está cubierto por la cláusula paraguas solo cuando se trata de compromisos específicos con los inversionistas y no leyes generales financieras.<sup>120</sup>

[G]uarantees such as the guarantee against expropriation without compensation or guarantees as to repatriation of profit made in investment codes which are general commitments are not covered by the clause. It may, however, be possible to argue that these general commitments are addressed to the particular foreign investor as well and hence fall within the protection of the clause.<sup>121</sup>

En conclusión, la violación de obligaciones unilaterales será una violación del estándar del TBI llamado cláusula paraguas; la legislación y regulaciones activarán dicha cláusula si fueron compromisos hechos en específico con el inversionista o si el Estado generó con ellos, una razonable expectativa en el inversionista. Este fue el caso de Argentina que atrajo inversión extranjera con incentivos a través de normas y regulaciones en sectores estratégicos.

#### **1.4 Ejemplos de Cláusulas Paraguas en tratados con Ecuador**

Como se mencionó al inicio de este capítulo el Ecuador ha suscrito varios tratados bilaterales de inversión, de estos tratados 3 vigentes y 3 denunciados tienen cláusulas paraguas. Es pertinente, para finalizar el capítulo, analizar cada una de ellas, para determinar cuál es el alcance de acuerdo al lenguaje empleado. Este análisis se realizará de

---

<sup>119</sup> LG&E Energy Corp y otros v Argentina, Decisión de Responsabilidad, CIADI Caso No ARB 02/1; IIC 152. 2006; 2007 46 ILM 3. Para 174.

LG&E Energy Corp es una compañía estadounidense que posee acciones en diferentes compañías argentinas distribuidoras de gas. Las reformas de los años 90 para privatizar algunos sectores ofrecía una legislación favorable a la inversión como fijación de tarifas en dólares, reajustes semestrales entre otros. Todo el marco regulatorio generó expectativas a los inversionistas que posteriormente por las medidas tomadas por Argentina, debido a la crisis, se vieron frustradas.

<sup>120</sup> Elina Mereminskaya. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 31 y 32.

<sup>121</sup> M. Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press 2004. Pág. 249.

acuerdo con los criterios planteados por Noah Rubins y Stephan Kinsella, ya que un análisis exhaustivo de cada cláusula podría ser materia para una tesina.

#### **1.4.1 TBI vigentes**

Convenio entre el Gobierno de la República de Ecuador y el Gobierno de la República de Italia, sobre Promoción y Protección de Inversiones:

Art. 2.- Promoción y protección de inversiones

4. Cada una de las Partes Contratantes creará y mantendrá en su territorio un marco adecuado para garantizar a los inversionistas la continuidad del tratamiento legal, incluyendo el cumplimiento, de buena fe, de todos los compromisos asumidos en relación con cada inversionista específico.

Esta cláusula se encuentra dentro de los estándares subjetivos de trato, lo cual le brinda amplitud, de acuerdo con los criterios de Rubins y Kinsella.<sup>122</sup> Habla de compromisos que es un término más general y amplio que obligaciones, pero limita a compromisos específicos y en relación con el inversionista, descartando la redacción más amplia que se refiere a cualquier compromiso con el inversionista o la inversión.

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones: “3. c) Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones.” Esta cláusula también se encuentra dentro de las disposiciones del trato a la inversión. Habla de compromisos en general pero limita a los compromisos con respecto a la inversión. Es una redacción muy amplia.

Convenio para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Ecuador y el Reino de los Países Bajos: “Art. 3.- Tratamiento general: 4. Cada una de las Partes Contratantes respetará cualquier obligación que pueda haber asumido con relación de inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante.” Esta disposición es amplia por cuanto habla de cualquier obligación, está localizada entre los estándares subjetivos; pero restringe el alcance a obligaciones y en relación con la inversión o el inversionista.

---

<sup>122</sup>Noah Rubins y Stephan Kinsella. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*. Nueva York: Oceana Publications, 2007. Pág. 236.

### 1.4.2 TBI denunciados

Tratado entre la República de Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital: “Art. 7.- Aplicación de otras normas: (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 territorio”. Esta cláusula paraguas de este TBI denunciado es menos amplia en cuanto está localizada en el tratado entre aplicación de normas, y habla de compromisos en relación a las inversiones, pero amplía su esfera de protección en cuanto habla de cualquier compromiso y justamente de compromisos en lugar de obligaciones.

Convenio entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con el Gobierno de La República del Ecuador para la promoción y protección de inversiones: “Art. 2.- PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES: (2) [...] Las Partes Contratantes deberán observar cualquier obligación que puedan haber adquirido en relación con inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante”. Esta cláusula restringe a obligaciones en relación con los inversionistas, pero amplía en cuanto a la localización entre los otros estándares y al hablar de cualquier obligación.

Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Ecuador y La República de Paraguay: “Art. 10.- OBSERVANCIA DE OBLIGACIONES: Cada Parte Contrastante respetará y hará respetar de conformidad con su legislación, las obligaciones contraídas con respecto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante”. La cláusula paraguas en este tratado es una cláusula separada, habla de obligaciones con respecto a la inversión o inversionista, pero no restringe a específicas.

Habiendo analizado el lenguaje de las cláusulas, existen diferencias en la redacción de las mismas, que amplían o restringen ligeramente la esfera de protección, pero que en ningún caso limitan derechos contractuales u obligaciones unilaterales

## 1.5 Sumario Capítulo 1

A lo largo del Capítulo I se analizó la cláusula paraguas, iniciando con la definición de la misma por diferentes autores. Se analizó en el marco de la situación del Derecho de las Inversiones y en específico de los tratados bilaterales de inversión en el Ecuador, concluyendo que, a pesar de la tendencia actual, los efectos de estos tratados, al igual que la cláusula paraguas, seguirán estando presentes en las disputas por muchos años más. Para entender el alcance de esta cláusula se recorrió la historia, desde la primera implementación en el acuerdo de la compañía Anglo-iraní por la nacionalización del petróleo. Ésta mostró que la intención de las partes fue siempre proteger derechos contractuales y llevar las disputas a tribunales internacionales. Se estableció la relación entre la cláusula paraguas y el principio *pacta sunt servanda*. Con la ayuda de Reinisch y Crawford se aclaró dudas y confusiones, otorgando a la cláusula paraguas su carácter de estándar subjetivo de trato y como tal, la jurisdicción de tribunales internacionales para conocer las disputas que se desprendan de esta disposición, por tratarse de reclamos bajo el tratado. Se delimitó el alcance de este estándar, con el lenguaje y redacción de cada cláusula, al igual que se propuso un límite basándose en una doctrina llamada el incumplimiento relevante. Se instituyó dentro de la esfera de protección a los derechos contractuales como a las obligaciones unilaterales, dejando a salvo la legislación y normas generales. Finalmente se analizaron las cláusulas paraguas en los tratados suscritos por el Ecuador. Todo esto para brindar una idea clara de los compromisos del Ecuador al incorporar estas disposiciones en los tratados, lo cual facilita la comprensión y transición hacia el segundo capítulo.

## 2 Jurisdicciones Paralelas

La proliferación de tratados bilaterales de inversión y de cláusulas de selección de foro en los contratos de inversión, “[i]t frequently occurs that during the negotiations between host state and investor, the former insists on introducing into the contract a dispute resolution clause referring any dispute arising from the contract to its domestic courts or arbitration under its domestic law”,<sup>123</sup> han generado la posibilidad de la existencia de procedimientos paralelos, donde dos tribunales distintos, que basan su jurisdicción en instrumentos igualmente distintos, conocen sobre los mismos hechos. Por un lado el tratado bilateral y por el otro una cláusula contractual. A todo esto se suma la aparición de la cláusula paraguas para complicar aún más el panorama.

Cabe destacar que la existencia de esta posibilidad de jurisdicciones paralelas no debe ser confundida con conflicto simétrico de competencias, que será explicado en el siguiente punto. “Esta situación no es característica para el fenómeno de la “fragmentación de derecho internacional, dado que una de los tribunales involucrados se desempeña a nivel de un ordenamiento jurídico nacional. Tampoco se trata de un problema de duplicidad”.<sup>124</sup> Este último fenómeno como explica Fernández Masiá,<sup>125</sup> es producido cuando el mismo reclamo puede ser llevado ante diferentes tribunales internacionales, esto se debe a la concurrencia de instrumentos internacionales suscritos entre los mismos estados, o a la fragmentación subjetiva. Un ejemplo de esto es cuando reclama una compañía que tiene una nacionalidad y se acoge a un TBI determinado y por otro lado, reclama el inversionista accionista de dicha compañía que tiene una nacionalidad distinta y por lo tanto se acoge a otro TBI; en este segundo caso, se discute si existe una verdadera duplicidad.

---

<sup>123</sup> August Reinisch. “Umbrella Clauses”. *Seminar on International Investment Protection*, 2006/2007. Pág. 8.

<sup>124</sup> Elina Mereminskaya. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 52.

<sup>125</sup> Enrique Fernández Masiá. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 60.

La doctrina, en general, ha aceptado que la coexistencia de las cláusulas de selección de foro, conocidas también de solución de controversias, en los contratos y los tratados bilaterales de inversión, ha llevado a la aparición de procedimientos paralelos. Lo cual, no siempre es visto como un inconveniente.

Nevertheless, it will be appreciated that the underlying dispute between an investor and its host State may give rise to multiple claims. If there is a contract between State and investor, that contract will create its own justiciable rights and duties, the breach of which may give rise either to litigation before host State courts or to arbitration before a tribunal to whose jurisdiction the parties have submitted. [...] in this context, the very nature of investment arbitration gives rise to the possibility of parallel proceedings, or of determination in another forum which may be said to affect the issue to be determined by the investment tribunal.<sup>126</sup>

Por otro lado, otros autores han visto este paralelismo como una dificultad y una fragmentación del Derecho, susceptible de crear fallos contradictorios y doble compensación.

The central difficulty is that even when parties to an investment contract choose national courts or nontreaty arbitration as the exclusive forum for resolving their disputes, an applicable investment treaty can create an independent, parallel forum to which investors may bring disputes for adjudication.<sup>127</sup>

La cláusula paraguas es concebida como un elemento capaz de causar conflictos jurisdiccionales. Sin embargo, como se explicará en los puntos siguientes, esto no es del todo preciso.

In so doing it is obvious that there is a potential for parallel proceeding where an investor pursues a case, on the one hand, under the dispute resolution clause that may have been agreed in the particular contract and, on the other hand, on the strength of the umbrella clause contained in the treaty opening up alternative routes of treaty arbitration.<sup>128</sup>

Una visión más conciliadora entre la cláusula de selección de foro o de solución de controversias y el tratado bilateral de inversión es la de jurisdicciones concurrentes. “In essence, it assumed there was a concurrent jurisdiction – the domestic arbitration on the contract under domestic law, the ICSID tribunal on the conduct of the parties under the

---

<sup>126</sup> Campbell McLachlam, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. Pág. 80.

<sup>127</sup> Christopher Dugan, Don Wallace Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi. *Investment State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. Pág. 380.

<sup>128</sup> Christer Söderlund. *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*. Clarisse Ribeiro. Nueva York: JurisNet, 2006. Pág. 251.



BIT-standards.<sup>129</sup> Esta visión sin desconocer la existencia de posibles procedimientos paralelos, de hecho lo reafirma, establece que ambos tribunales, tanto el establecido en el contrato como el del tratado, tienen jurisdicción para conocer la disputa que se derive de su causa de acción. El tribunal en *SGS v Filipinas* argumentó a favor de la coexistencia de procedimientos paralelos aunque el fallo sea cuestionado.

To summarize, for present purposes Article X(2) includes commitments or obligations arising under contracts entered into by the host State. The basic obligation on the State in this case is the obligation to pay what is due under the contract, which is an obligation assumed with regard to the specific investment (the performance of services under the CISS Agreement). But this obligation does not mean that the determination of how much money the Philippines is obliged to pay becomes a treaty matter. The extent of the obligation is still governed by the contract, and it can only be determined by reference to the terms of the contract.<sup>130</sup>

Comentando este fallo: “Esta posición abogaría, en consecuencia, por el abandono de la idea de las competencias mutuamente exclusivas entre los dos métodos de solución de controversias para resolver los distintos tipo de acciones en estas situaciones.”<sup>131</sup>

La coexistencia entre la cláusula de selección de foro en el contrato y el tratado bilateral de inversión es apoyada, de igual manera, por Schreuer:

A better approach might have been to abandon the idea of mutually exclusive competences. The jurisdictions of international tribunals and of domestic courts do not necessarily override or replace one another. Arbitrator Antonio Crivellaro’s dissent points out that, where several dispute settlement clauses co-exist, the claimant has the right to select amongst the alternative fora. The existence of two clauses does not necessarily make them mutually exclusive.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 46.

<sup>130</sup> *SGS Société Générale de Surveillance SA v Filipina*. Decisión de jurisdicción. CIADI Caso No ARB/02/6, IIC 224, 2004. Para 127

SGS, una empresa suiza, celebró un acuerdo de prestación de servicios de inspección y certificación de mercaderías importadas en aduana, la compañía debía recibir una comisión. Este acuerdo contenía una cláusula de solución de controversias que otorgaba jurisdicción a todas las disputas relativas al acuerdo a las cortes regionales de Makati o Manila en Filipina. En el 2000 el acuerdo expiró y SGS solicitó al Estado pagar su comisión de \$140 millones. Se creó una comisión para determinar el monto adeudado que llegó a la conclusión que se debía el 95% de la deuda. El Departamento de Finanzas de Filipina emitió un comunicado reconociendo la deuda y expresando la intención de negociar el plan de pagos. Solo \$20000 fueron pagados. En 2002 SGS inició el arbitraje ante el CIADI.

<sup>131</sup> Enrique Fernández Masiá. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 71.

<sup>132</sup> Christoph Schreuer. "The relationship between local Courts and Investment Treaty Arbitration: The Coexistence of local and International Law Remedies." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde. Vol 2 Num. 4. Agosto 2005 6-16. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 9.

De igual forma, se ha sostenido que no existe un verdadero paralelismo en el sentido estricto de la palabra: “the existence of a contractual jurisdiction clause in a contract between host State and Investor, have proved capable of resolution mainly on the grounds of a lack of true parallelism;”<sup>133</sup> ya que se trata de dos disputas que se basan en instrumentos distintos y en diferentes esferas. En el caso de la cláusula paraguas se trata de un reclamo bajo derecho internacional y en el caso de la cláusula de resolución de controversias bajo derecho local.

Esta posición está apoyada por tema indiscutible, en la actualidad, que los mismos hechos puedan dar origen a reclamos bajo distintos instrumentos y que un incumplimiento contractual pueda llevar a la violación de estándares de protección. “In other words, the same set of facts, namely the non-renewal of license, gave at the same time rise to a BIT claim and to a contract claim.”<sup>134</sup> Posición que ha sido reiterada por los tribunales arbitrales desde el fallo de *Vivendi* y su respectiva anulación.

Again it is evident that a particular investment dispute may at the same time involve issues of the interpretation and application of the BIT's standards and questions of contract. Article 8 (4), by expressly empowering the Tribunal to base its ruling on the provisions of the BIT as well as on the terms of any private agreements concluded on the subject of the investment, clearly acknowledges that possibility. So too does Article 8 (2), which contemplates that the very same dispute may be submitted either to the domestic courts of the Contracting Party (to be determined in accordance with the domestic law of that State), or to international arbitration (to be determined in accordance with the applicable law identified in Article 8 (4))<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Campbell McLachlam, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. Pág. 109.

<sup>134</sup> August Reinisch. “Umbrella Clauses”. *Seminar on International Investment Protection*, 2006/2007. Pág. 12.

<sup>135</sup> Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SA v Argentina, Decisión de Anulación, CIADI Caso No ARB/97/3, IIC 70, 2002. Para 60

El gobierno de Tucumán, una provincia argentina, decidió privatizar el servicio de alcantarillado y agua potable. Se firmó un contrato de concesión por 30 años con el demandante. La disputa surge por una serie de medidas tomadas por el gobierno de la provincia de Tucumán que redujo las tarifas y fomentó el no pago de dichas tarifas, debido a la calidad del agua. Cuando falló la renegociación del contrato de concesión se inició arbitraje. El primer fallo fue anulado por declararse incompetentes omitiendo su deber de juzgar violaciones bajo el tratado.

El tribunal, en el caso *SGS v Pakistán*, ha reconocido esta posición: “As a matter of general principle, the same set of facts can give rise to different claims grounded on differing legal orders: the municipal and the international legal orders”<sup>136</sup>

La diferenciación entre los reclamos contractuales y bajo el tratado, se ha conocido como causa de acción y será tratada en el punto 2.2.1. “En consecuencia, una controversia en el ámbito de inversiones internacionales puede dar lugar a dos tipos diferentes de acciones, lo que repercutirá de forma directa en cuál será el método de solución de diferencias que será competente para dilucidarlas.”<sup>137</sup>

La jurisdicción del tribunal internacional para conocer las disputas que surjan de violaciones del tratado es igualmente indiscutible, aunque se trate de hechos que conduzcan igualmente a una violación contractual. “Poco importa para que el tribunal arbitral pueda declararse competente para conocer de una acción convencional que el mismo tenga que enjuiciar hechos que puedan suponer un incumplimiento contractual.”<sup>138</sup> Este tema será desarrollado en el punto 2.2.

Esta línea argumental nos lleva a establecer que los mismos hechos pueden generar diversos reclamos y violaciones, bajo el tratado y bajo el contrato. Así mismo, el tribunal arbitral internacional previsto en el tratado, tiene jurisdicción para conocer de las violaciones de estándares de protección aún cuando se deriven de violaciones contractuales y exista una cláusula de selección de foro en el contrato de inversión. Esto se debe a que las jurisdicciones no son excluyentes, si no por el contrario concurrentes, “la posibilidad de que existan procedimientos judiciales paralelos en la medida en que no haya identidad de parte o identidad en la materia exacta.”<sup>139</sup>

[L]os mismos hechos podrían estar sometidos a procedimientos contenciosos paralelos, pero, a diferencia de lo que se planteó en *SGS v. Filipinas*, no se produce una contienda de

---

<sup>136</sup> *SGS Société Générale de Surveillance SA v Pakistán*, Decisión de Jurisdicción. CIADI Caso No ARB/01/13; IIC 223. 2003. Para 147. Supra 28

<sup>137</sup> Enrique Fernández Masiá. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 48 y 49.

<sup>138</sup> *Ibíd.* Pág. 50

<sup>139</sup> Luis Alberto Erize. “La Protección de Inversiones y el Arbitraje Internacional”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 108.

competencia entre ellos. Más bien la jurisdicción de cada uno de los tribunales se deduce de una causa de acción independiente.<sup>140</sup>

Estas argumentaciones son refutadas cuando se trata de la cláusula paraguas, ya que ven esta disposición como la creadora de verdaderos conflictos jurisdiccionales que ponen en boga la convivencia pacífica con la cláusula de selección de foro en los contratos. Esto se debe, principalmente, a la errónea interpretación de la cláusula paraguas. En el capítulo anterior se analizó a profundidad este estándar de protección, llegando a la conclusión de que no extiende la jurisdicción de los tribunales arbitrales previstos en el tratado bilateral de inversión, para conocer disputas contractuales; entonces la confusión se da porque esta cláusula protege en contra de la falta de cumplimiento de un compromiso con el inversionista, convirtiéndola una violación del tratado, susceptible de ser conocida por un tribunal internacional, al igual que cualquier otra violación de un estándar de protección, lo que nos lleva a la conclusión de que la cláusula paraguas no produce conflictos simétricos de jurisdicción, pero puede generar procedimientos paralelos y convivir pacíficamente con la cláusula de selección de foro establecida en el contrato.

## **2.1 Conflictos de Jurisdicción**

La cláusula paraguas, como se planteó anteriormente, no genera conflictos de jurisdicción. Partiendo de esta premisa se vuelve necesario determinar a qué específicamente se refiere este tema. Los conflictos de jurisdicción se diferencian de los procedimientos paralelos en que no existe concurrencia de jurisdicciones, sino, por el contrario, dos tribunales se declaran competentes para conocer una misma causa y por lo tanto son excluyentes. Esto conlleva un mayor riesgo de doble compensación, fallos contradictorios y duplicidad de reclamaciones, como lo señala Fernández Masiá: “Tal y como ya hemos planteado con anterioridad, la existencia de las jurisdicciones nacionales y

---

<sup>140</sup> Elina Mereminskaya. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 52.

del arbitraje internacional como métodos para la solución de controversias en este ámbito puede dar lugar a un verdadero riesgo de duplicidad de reclamaciones.”<sup>141</sup>

Estos conflictos nacen cuando, tanto el tribunal, establecido por el tratado, como el tribunal establecido por la cláusula contractual tienen jurisdicción para conocer reclamos contractuales.

Conflictos que pueden plantearse, primeramente, cuando coexisten un contrato de inversión que vincula al inversor con el Estado receptor de la inversión y donde se ha incluido una cláusula de solución de controversias [...] y una oferta de consentimiento al arbitraje internacional en un TPPI.<sup>142</sup>

Por esta razón, como se explicó anteriormente, la confusión en el alcance de la esfera de protección de la cláusula paraguas, como creadora de conflictos jurisdiccionales, ha llevado al rechazo por parte de los tribunales de brindarle un efecto.

Para reafirmar la premisa ya planteada, se debe introducir un tema, que servirá para mejorar el entendimiento del rol de la cláusula paraguas en la generación de procedimientos paralelos y conflictos. Los tribunales han tendido a diferenciar los reclamos contractuales, de los reclamos bajo el tratado; utilizando la causa de acción como principal punto de distinción.

### **2.1.1 Causa de acción**

Una práctica común de los Estados, durante las negociaciones de los contratos de inversión, es incluir una cláusula de selección de foro o de resolución de disputas, que sometan todas las diferencias relacionadas al contrato, a los tribunales nacionales o a un arbitraje bajo derecho local, distinto del tribunal o tribunales previstos en el tratado. Con este antecedente, cuando los inversionistas iniciaban un procedimiento arbitral internacional bajo el tratado, los Estados objetaban la jurisdicción de dicho tribunal argumentando que existía una cláusula de selección de foro y por lo tanto, solo las cortes locales o el tribunal estipulado en el contrato, era competente para conocer cualquier

---

<sup>141</sup> Enrique Fernández Masía. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 39

<sup>142</sup> *Ibíd.* Pág. 32.

disputa originada de éste. Algunos tribunales aceptaron esta argumentación<sup>143</sup> y sus fallos fueron posteriormente anulados.<sup>144</sup> Desde entonces, los tribunales internacionales, han aceptado su jurisdicción para conocer reclamos bajo el tratado, incluso ante la existencia de una cláusula de selección de foro en los contratos, distinguiendo los reclamos contractuales de los reclamos bajo el tratado.

In order to counter this argument tribunals usually hold that contract claims as claims based on alleged violation of contract on the one hand and treaty claims as claims as claims based on alleged violation of the BIT on the other hand must be distinguished and that the effect of the dispute settlement clause in the contract on the tribunal's jurisdiction needs to be considered separately for either type of claim.<sup>145</sup>

En la actualidad los tribunales no discuten y han aceptado las diferencias entre estos dos tipos de reclamos. “This distinction is today now well-recognised in investment treaty arbitration”.<sup>146</sup> Argumentando que existen diferentes causas de acción. La causa de acción se refiere al fundamento legal de las disputas, “[t]he decisive reason for this finding was that contract claims and BIT claims have to be distinguished because they have different legal bases”<sup>147</sup>; mientras los reclamos contractuales se basan en derecho local, los reclamos bajo el tratado tienen como fundamento derechos internacionales otorgados por el tratado bilateral de inversión.

Para resolver dicho conflicto, los tribunales arbitrales vienen diferenciando, a nivel conceptual, entre dos tipos de acciones. Así, en primer lugar, si en el litigio se quiere hacer valer únicamente un derecho contractual, ha de prevalecer la cláusula de resolución de controversias contemplada en el contrato de inversión. Estaríamos en presencia, por lo tanto, de meras acciones contractuales que serían solventadas, tal y como hemos visto, generalmente, ante los tribunales del Estado de recepción de inversión. En segundo lugar, es preciso diferenciar a éstas, de aquellas acciones en las que el inversor estima la existencia de una violación por parte estatal de una obligación contemplada en el TPPI, solicitando que dicho Estado ha incurrido en responsabilidad internacional, [...] derivadas directamente del

---

<sup>143</sup> Compañía de Aguas del Aconquija SA y Compagnie Générale des Eaux v Argentina, Fallo, CIADI Caso No ARB/97/3, IIC 68, 2000. Supra 136.

<sup>144</sup> Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SA v Argentina, Decisión de Anulación, CIADI Caso No ARB/97/3, IIC 70, 2002. Supra 136.

<sup>145</sup> August Reinisch. “Umbrella Clauses”. *Seminar on International Investment Protection*, 2006/2007. Pág. 8 y 9.

<sup>146</sup> *Ibíd.* Pág. 9

<sup>147</sup> Christoph Schreuer. “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims- the Vivendi I Case Considered”. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Todd Weiler. Londres: London Commerce, Mayo 2005. Pág. 288.

convenio internacional. Este segundo caso, en consecuencia, el mecanismo de resolución de controversias competente para entender de las mismas sería aquel contemplado específicamente en el propio TPPI.<sup>148</sup>

Esta tendencia, reafirma la posición de que los mismos hechos pueden generar más de un reclamo y que el tribunal internacional tiene jurisdicción para conocer, siempre y exclusivamente, los reclamos que se deriven de las violaciones a los estándares de protección amparados por el TBI.

The general notion, of course, is that the BIT tribunal has been created in order to arbitrate so-called treaty claims; i.e. claims based on a breach of rights granted to the investor by the host State. Contrariwise, merely contract-based claims where the investor alleges nothing else than a breach of the commercial contract by the State party to this contract should principally not be brought before the BIT stipulated panel.<sup>149</sup>

Este tribunal, además, está obligado a evaluar, dichos hechos, bajo la esfera del derecho internacional, que es el aplicable para este tipo de reclamos. Igualmente, concuerda con la posición conciliadora entre ambas jurisdicciones, como conjuntas e independientes.

[U]na distinción entre la violación de un Tratado y el incumplimiento de un contrato de inversión y la diferenciación que ha de realizarse entre los dos planos jurídicos que se han de tomar en consideración en estos casos y se han de considerar independientes: el Derecho internacional y el Derecho interno. Por ello, es posible que un Estado pueda violar sus obligaciones contempladas en un TPPI y por lo tanto estar incurriendo en responsabilidad internacional sin considerarse que ha incumplido sus obligaciones contractuales de acuerdo al Derecho interno y viceversa, y además, que los mismos hechos pueden ser fundamento para considerar que ha existido tanto una violación del Tratado como un incumplimiento contractual.<sup>150</sup>

La cláusula paraguas es relevante para este punto porque se trata de un estándar de protección, por lo tanto, tiene como causa de acción el tratado bilateral de inversión; como fundamento legal y derecho aplicable el derecho internacional. Siguiendo el razonamiento de los tribunales, el tribunal internacional tendría jurisdicción exclusiva sobre las disputas que surjan de la violación de la cláusula paraguas, como se explicará con mayor profundidad en el punto 2.2, lo cual nos lleva por deducción, a sostener que la cláusula de selección de foro o de solución de controversias del contrato y la jurisdicción del tribunal

---

<sup>148</sup> Enrique Fernández Masiá. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 42.

<sup>149</sup> G. Zeiler. “Treaty v. Contract: Which Panel?”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 4 Num. 5. Septiembre 2007. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 5.

<sup>150</sup> Enrique Fernández Masiá. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 45.

previsto en éste es irrelevante, al igual que es irrelevante cuando se trata de un reclamo bajo el tratado, por violación de cualquier otro estándar.

Un sector importante de la doctrina que está en crecimiento, rechaza esta división entre reclamos bajo el tratado, y reclamos contractuales, reconoce las diferentes causas de acción, pero establece que en la práctica las diferencias no son tan evidentes, que hay muchas zonas grises, que el fraccionamiento es artificial y que de hecho existe una falta de economía procesal que la disputa se divida entre dos tribunales.

[P]or lo que sería mucho más conveniente por razones de seguridad jurídica y una mayor armonía en las decisiones en este ámbito, que ante la existencia de una controversia donde se planteasen ambos tipos de acciones –contractuales y convencionales—se optase porque la misma fuese resuelta por aquel foro que cuenta con un ámbito material de consentimiento más amplio.<sup>151</sup>

Autores como Christoph Schreuer se inclinan por esta tendencia y a favor de que el tribunal internacional conozca todos los reclamos:

The idea that contract claims and BIT claims are conceptually separate and are subject to different standards is intellectually attractive but whether it is practicable to assign them to different judicial processes is another matter. Despite the fact that the causes of action may differ, it seems uneconomical to employ parallel judicial processes, one domestic and one international, to settle what is essentially the same legal dispute.<sup>152</sup>

Esta idea de someter a un solo tribunal, lejos de ser descabellada ha sido recogida por algunos instrumentos internacionales de inversión, un ejemplo de ello es TLCAN o NAFTA que en su artículo 11 21 establece la necesidad de una renuncia por parte del inversionista a iniciar, o continuar en un procedimiento ante cortes o arbitraje local. Los adeptos a esta tendencia sostienen que el tribunal internacional debe conocer la totalidad de la disputa y basan esta afirmación en que se trata de un fuero más conveniente. “If competing competences exist it makes more sense to have the entire dispute heard by one forum, preferably the one with the most comprehensive jurisdiction”.<sup>153</sup> Se inclinan por este tribunal, porque tiene jurisdicción para reclamos bajo el tratado y puede tenerla para

---

<sup>151</sup> Enrique Fernández Masiá. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 71.

<sup>152</sup> Christoph Schreuer, "The relationship between local Courts and Investment Treaty Arbitration: The Coexistence of local and International Law Remedies." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde. Vol 2 Num. 4. Agosto 2005 <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 10.

<sup>153</sup> *Ibíd.*



reclamos contractuales, mientras que el tribunal previsto en el contrato no tiene jurisdicción para reclamos sobre violaciones de estándares del TBI.

Zachary Douglas en su artículo: “The Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration” realiza una clasificación entre conflictos simétricos y asimétricos de jurisdicción, ésta se basa justamente en la causa de acción. Sin embargo, la descripción de conflictos asimétricos coincide con el término procedimientos paralelos, que es preferible utilizarlo, porque elimina la connotación negativa de conflictividad entre el tribunal internacional y el contractual, que como ha sido explicado anteriormente, pueden coexistir y no son mutuamente excluyentes.

Whether a conflict of jurisdiction is to be properly classified as ‘asymmetrical’ or ‘symmetrical’ thus depends on the investor's cause of action. If it is objectively based on the minimum standards of treatment set out in the treaty, then the possibility of an asymmetrical conflict arises; whereas in the case of a cause of action founded upon municipal law, or a delocalised body of rules catering for commercial contracts such as the *lex mercatoria*, the only potential conflict will be symmetrical<sup>154</sup>

Después de analizar el concepto de causa de acción y la diferenciación entre reclamos bajo el tratado y contractuales, se vuelve pertinente señalar la diferencia entre conflictos simétricos y procedimientos paralelos o asimétricos. Todo esto con el fin de apoyar la premisa, antes planteada, de que la cláusula paraguas, entendida bajo la perspectiva largamente desarrollada por el capítulo anterior, no genera un conflicto simétrico de jurisdicción.

### **2.1.2 Conflictos simétricos y procedimientos paralelos o asimétricos.**

Los conflictos como se explicó, se dividen en simétricos y asimétricos. Los conflictos simétricos surgen cuando, tanto el tribunal arbitral bajo el tratado y el tribunal previsto en el contrato de inversión tienen jurisdicción para conocer sobre una disputa contractual. “Symmetrical conflicts of jurisdiction arise when a treaty tribunal is seized of a claim based upon a private law obligation and a different judicial forum has jurisdiction

---

<sup>154</sup> Zachary Douglas. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*. 2003. Pág. 71.

over the same claim.”<sup>155</sup> En contraposición los conflictos asimétricos surgen cuando dos tribunales, conocen disputas que surgen de los mismos hechos, pero que producen violaciones, por un lado, del contrato y por otro, del tratado bilateral de inversión.

In these circumstances, the potential overlap between the investment tribunal's jurisdiction to adjudge issues pertaining to the nature and extent of the investment and the jurisdiction of other courts and tribunals to do the same gives rise to what will be termed as ‘asymmetrical conflicts’, in recognition of the different roles played by municipal law in these fora.<sup>156</sup>

Este tipo de conflictos, que desde la tendencia conciliadora son en realidad una coexistencia de jurisdicciones, es el tipo que puede dar origen la cláusula paraguas.

Si bien la cláusula paraguas no produce un conflicto simétrico de jurisdicción, otra disposición en el tratado puede hacerlo, y de hecho sucede en muchos de los casos, se debe a la extensión de la jurisdicción de los tribunales internacionales a disputas contractuales. “Some investment treaties also create the potential for ‘symmetrical conflicts’ by allowing an investor to bring contractual claims or other causes of action based on municipal law before an investment treaty tribunal.<sup>157</sup> Esto puede suceder cuando existen cláusulas de solución de controversias, en el tratado bilateral de inversión, que son de una naturaleza tan amplia que incluyen reclamos contractuales. “Of course, contractual jurisdiction can only be asserted if the terms of the BIT were wide enough to encompass claims under investment contracts.”<sup>158</sup> En estos casos se produce un conflicto simétrico.

Si la cuestión anterior aparentemente quedaría zanjada teóricamente en el ámbito arbitral, tras una delimitación de la naturaleza de la acción ejercitada y la aplicación de su correspondiente método de solución de controversias, tal idea se desvanece si observamos que en la actualidad se plantea en la práctica la posibilidad de que los tribunales arbitrales internacionales puedan conocer de meras controversias contractuales basándose en el lenguaje empleado por las cláusulas de solución de controversias de los TPPI.<sup>159</sup>

Un gran sector de la doctrina, apoya la visión de que una cláusula amplia, le brinda jurisdicción al tribunal internacional sobre disputas contractuales; sin embargo, los tribunales no han sostenido un criterio uniforme. “The implication of all this is that

---

<sup>155</sup> Zachary Douglas. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*. 2003. Pág. 70

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde, Enero 2008. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 12

<sup>159</sup> Enrique Fernández Masiá. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 52 y 53.

contractual jurisdiction can be invoked under any sufficiently clear generic dispute settlement clause in a BIT, such as Article 8 of the Argentina-France Treaty which was applied in the Vivendi case”.<sup>160</sup>

Schreuer nos explica que, al igual que las cláusulas paraguas las cláusulas de arreglo de controversias, en los tratados bilaterales de inversión, tienen un lenguaje variado entre unas y otras. La doctrina las ha clasificado en dos tendencias, unas amplias y otras restringidas. Las segundas restringen a disputas sobre violaciones del tratado, mientras que las amplias, versan sobre cualquier o todas las disputas relacionadas a la inversión.

The scope of consent to arbitration offered in BITs varies. Many BITs in their consent clauses contain phrases such as "all disputes concerning investments" or "any legal dispute concerning an investment". These provisions do not restrict a tribunal's jurisdiction to claims arising from the BITs' substantive standards. By their own terms, these consent clauses encompass disputes that go beyond the interpretation and application of the BIT itself and would include disputes that arise from a contract in connexion with the investment.<sup>161</sup>

La doctrina y jurisprudencia están igualmente divididas entre, quienes brindan el efecto a estas cláusulas amplias y quienes lo niegan.

En consecuencia, tras la lectura de las decisiones arbitrales que se han ocupado de esta cuestión, la discusión parece seguir abierta, aunque una posición mayoritaria aboga por conceder una interpretación extensiva a las cláusulas «amplias» de solución de controversias contempladas en los TPPI, de tal manera que el tribunal arbitral instituido de acuerdo a las previsiones del TPPI podría conocer tanto las reclamaciones derivadas de dicho Tratado como igualmente de las meras reclamaciones basadas en incumplimientos contractuales.<sup>162</sup>

Partiendo del mismo análisis realizado en el capítulo anterior sobre la cláusula paraguas, y el sentido ordinario de las palabras, establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se puede concluir que estas cláusulas protegen incluso disputas contractuales. Y no existe razón para limitar la esfera de protección, conferida por estas cláusulas, a disputas sobre estándares sustantivos del tratado.

---

<sup>160</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde, Enero 2008. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 13.

<sup>161</sup> Christoph Schreuer. “Consent to Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num. 5. Noviembre 2005. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 9

<sup>162</sup> Enrique Fernández Masiá. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 61.

This potential jurisdiction warrants consideration because some investment treaties contain dispute settlement clause that, by their terms, appear broad enough to indicate that the Contracting Parties intended unilaterally to offer to submit to a tribunal constituted under the treaty disputes arising out of an investment-related State contract with a foreign investor, even though such claims do not involve any allegation that the treaty itself also has been violated.<sup>163</sup>

Analizando los tratados bilaterales de inversión suscritos por el Ecuador, la cláusula de solución de disputas entre el Estado y el inversionista del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, se encuentra en el artículo 6:

Art. 6.- 1. A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

- a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o
- b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convertido, o
- c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

- i) Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("el Centro") establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio del CIADI"), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o
- ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o
- iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o
- iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia.

---

<sup>163</sup> Anthony Sinclair. "Bridging the Contract/Treaty Divide". *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century: essay in honor of Christoph Schreuer*. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch y Stephan Wittich. Oxford NY: Oxford University Press, 2009. Pág. 92.

b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes.<sup>164</sup>

Esta cláusula, claramente incluye disputas contractuales a la jurisdicción del tribunal arbitral. Sin embargo, introduce la figura llamada *fork in the road*, por la cual una vez iniciado un proceso ante las cortes locales o arbitraje local, no se puede iniciar otro ante un tribunal internacional.

Otra cláusula de solución de controversias que si bien no incluye expresamente disputas contractuales, es lo suficientemente amplia para suponer que estarían incluidas, se encuentra en el artículo 11 del Convenio para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Ecuador y el Reino de los Países Bajos:

Art. 11.- Arreglo de Disputas Legales entre un Inversionista y una Parte Contratante

1) Cualquier disputa legal entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativa a una inversión en el territorio de la segunda Parte Contratante será, en la medida de lo posible, resuelta de forma amistosa.

2) Si la disputa legal no puede ser resuelta de forma amistosa en un plazo de seis meses desde la fecha de la solicitud de arreglo amistoso, cada una de las partes en la disputa tendrá derecho a someter el caso o bien a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a arbitraje internacional. En el último caso, el inversionista tiene la opción de someter el caso a:

a. El Centro Internacional para el Arreglo de Disputas por Inversiones (CIADI), establecido de conformidad con la Convención para el Arreglo de Disputas por Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta para su firma en Washington el 18 de marzo de 1965; o,

b. Un Tribunal de Arbitraje ad hoc, que a menos que las partes en la disputa acuerden lo contrario, será establecido en virtud de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

3) Cada una de las Partes Contratantes consiente por el presente a someter cualquier disputa legal surgida entre dicha Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante relativa a una inversión de dicho inversionista en el territorio de la primera Parte Contratante a la Convención CIADI.

4) Una persona jurídica que es inversionista de una de las Partes Contratantes y que antes de que surja dicha disputa es controlada por inversionistas de la otra Parte Contratante, será tratado como nacional de la otra Parte Contratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 (2) (b) de la Convención CIADI.

5) El laudo será definitivo y vinculante sobre las partes en la disputa y será ejecutado de conformidad con la ley nacional

Por el contrario otros tratados bilaterales de inversión limitan la jurisdicción del tribunal, previsto en el tratado a disputas a los estándares previstos en el tratado, este es el caso del

---

<sup>164</sup> El subrayado no pertenece al texto original.

Tratado entre la República de Ecuador y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones de capital:

Art. 10.- Solución de divergencias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión

(1) Las divergencias relativas a las disposiciones del presente Tratado entre una Parte Contratante y nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas.

(2) Si una divergencia no puede ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contados desde la fecha en que una de las Partes en litigio la haya hecho valer, será sometida a petición del inversionista:

a) A un tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión.

b) A un tribunal arbitral cuya competencia haya sido previamente convenida por las Partes Contratantes.

En la medida en que las partes en litigio no lleguen a un arreglo en otro sentido las divergencias se someterán a un procedimiento arbitral conforme al Convenio sobre "Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados" de 18 de marzo de 1965.

(3) Cuando el inversionista hubiere sometido la controversia a un Tribunal competente de la Parte Contratante, en cuyo territorio se realizó la inversión, solo podrá acudir posteriormente a un tribunal de arbitraje en los siguientes casos:

a) Si el tribunal nacional competente no hubiere decidido sobre el fondo del asunto planteado en el plazo de 18 meses; o,

b) Si el tribunal nacional competente no hubiere observado en su resolución las disposiciones del presente Convenio.

(4) El laudo arbitral según el numeral 2, literal b, será obligatorio y se ejecutará con arreglo al derecho nacional. Un laudo arbitral promulgado conforme al Convenio sobre "Arreglo de Diferencias

Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados" de 18 de marzo de 1965 no podrá ser objeto de otros recursos o acciones legales que los previstos en el mencionado convenio.

(5) La Parte Contratante implicada en el litigio no podrá alegar durante un procedimiento arbitral o la ejecución de un laudo arbitral el hecho de que el nacional o la sociedad de la otra Parte Contratante haya recibido una indemnización resultante de un seguro por una parte del daño o por el daño total.<sup>165</sup>

Las cláusulas de solución de controversias amplias en los tratados bilaterales de inversión, pueden conllevar a un conflicto simétrico porque otorgan jurisdicción sobre disputas contractuales, a los tribunales internacionales previstos en ese tratado. En este punto, los tribunales deben decidir sobre el efecto de la cláusula de selección de foro en los contratos. Las opiniones están divididas, James Crawford sostiene que bajo el principio de buena fe los inversionistas deben respetar el pacto hecho con el estado de someter las

---

<sup>165</sup> El subrayado no pertenece al texto original.

diferencias contractuales al foro establecido en el contrato.<sup>166</sup> Mientras otros autores, argumentan que el Estado no puede excusarse utilizando su derecho interno para incumplir con sus obligaciones internacionales, y por lo tanto, e la cláusula de selección de foro no tiene injerencia en la jurisdicción del tribunal internacional.

Con respecto a la cláusula paraguas no debería existir esta disquisición, ya que como se ha explicado a lo largo de este capítulo y del anterior, esta disposición no extiende la jurisdicción del tribunal arbitral a disputas contractuales. Los tribunales se han dividido entre aceptar o negar la jurisdicción en temas contractuales cuando existe una cláusula paraguas, por la confusión en la esfera de protección de la misma, cuando en realidad la cláusula paraguas no debe ser tratada como un tema de jurisdicción sino de méritos, asimilable al trato justo y equitativo, la no expropiación sin compensación, la protección y seguridad, entre otros. Si el incumplimiento de una obligación contractual o unilateral ha llevado al incumplimiento de la cláusula paraguas debe ser evaluada en méritos, otorgando la calidad de verdadero estándar de protección. La cláusula de solución de controversia, sea amplia o restrictiva, es la que brindará la jurisdicción al tribunal para conocer sobre la disputa por violación de la cláusula paraguas.

[S]i ha existido tal reiteración en el propio TPPI mediante la inclusión expresa de una «umbrella clause», el incumplimiento de dichos compromisos se transforma en un incumplimiento de las obligaciones contempladas en el propio TPPI, permitiendo que el tribunal arbitral instituido con base en la cláusula de resolución de controversias contenida en el Tratado pueda conocer de los mismos.<sup>167</sup>

En este subtema se ha analizado los conflictos de jurisdicción producidos por la coexistencia de una cláusula de selección de foro y un tratado bilateral de inversión, concluyendo que el tratado puede dar origen a un conflicto simétrico entre el tribunal del contrato y el del tratado, cuando existe una cláusula de solución de controversias en el tratado bilateral de inversión, amplia que otorga jurisdicción sobre disputas contractuales. Además pueden surgir procedimientos paralelos que tienen diferentes causas de acción, por un lado, la violación de estándares de protección bajo el derecho internacional y por el otro

---

<sup>166</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde, Enero 2008. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 13.

<sup>167</sup> Enrique Fernández Masiá. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 65.

la violación del contrato bajo derecho local. La cláusula paraguas no genera conflictos simétricos porque no extiende la jurisdicción del tribunal a disputas contractuales, como estándar de protección brinda jurisdicción al tribunal arbitral del tratado para dilucidar si existió una violación o no, de la misma. Con todo este análisis, la cláusula de selección de foro en el contrato, no tiene ningún efecto frente a la cláusula paraguas y pueden coexistir pacíficamente.

## **2.2 La jurisdicción exclusiva de tribunales internacionales para conocer disputas sobre cláusula paraguas.**

La cláusula paraguas es un verdadero estándar de protección. Se ha venido sosteniendo que puede subsistir junto con la cláusula de solución de controversias, prevista en el contrato y que las jurisdicciones entre el tribunal del contrato y el tratado no son mutuamente excluyentes: “[t]he jurisdiction of international tribunals and of domestic courts do not necessarily «override» or «replace» one another.”<sup>168</sup> Esto aboga por que el tribunal competente para conocer las disputas sobre la violación de la cláusula paraguas es exclusivamente el tribunal internacional, previsto en el tratado y en cualquier caso, la cláusula de selección de foro en el contrato es irrelevante.

Existe unanimidad en cuanto a la irrelevancia en la jurisdicción del tribunal internacional, cuando existe una cláusula de selección de foro en el contrato, si los reclamos del inversionista se basan en estándares protegidos por el tratado. “If there is a real treaty claim the forum chosen in the contract is not valid anymore. The tribunal in the treaty arbitration is obliged to decide and to face those treaty claims”.<sup>169</sup> Esto se debe a las diferencias entre las dos disputas.

[U]na cláusula de ese tipo no limita las oportunidades del inversionista para hacer valer sus derechos bajo el tratado, dado que los hechos en análisis serían apreciados no dese la perspectiva del derecho aplicable al contrato, sino desde el derecho internacional.

---

<sup>168</sup> Christoph Schreuer. “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration”. *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, Vol. 4, 2005. Pág. 11.

<sup>169</sup> Bernardo Cremades. “The Coexistence of Local and International Law Remedies: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 4, Agosto 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 46.



En la medida en que la demanda se base en estándares jurídicos propios del tratado ni siquiera una cláusula contractual que establezca una jurisdicción exclusiva diferente puede operar como impedimento para la aplicación de dichos estándares.<sup>170</sup>

La jurisprudencia se ha pronunciado en igual forma.

This being so, the fact that the Concession Contract referred contractual disputes to the contentious administrative courts of Tucumán did not affect the jurisdiction of the Tribunal with respect to a claim based on the provisions of the BIT. Article 16 (4) of the Concession Contract did not in terms purport to exclude the jurisdiction of an international tribunal arising under Article 8 (2) of the BIT; at the very least, a clear indication of an intention to exclude that jurisdiction would be required<sup>171</sup>

Otros autores han sostenido la misma posición, August Reinisch explica que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han sostenido que la cláusula de selección de foro en los contratos de inversión es irrelevante cuando se trata de reclamos bajo el tratado. Reiteradamente se ha sostenido que los inversionistas tienen un derecho internacional a buscar un remedio ante un tribunal internacional, bajo el tratado por las violaciones de los estándares de protección previstos en los Tratados bilaterales de inversión.<sup>172</sup> En la misma línea de pensamiento, Luis Alberto Erize sostiene: “la irrelevancia de la determinación de un pacto de jurisdicción exclusiva en algún acuerdo con el inversor, frente a la invocación de una violación del derecho internacional materia de los tratados”<sup>173</sup> y Zeiler: “[c]ontractually agreed dispute resolution clauses never deprive a BIT tribunal of its jurisdiction.”<sup>174</sup> Esto refuerza la idea de foros concurrentes que brindan alternativas al inversionista para presentar su reclamo:

A forum selection clause just provides an alternative and once the consent is perfected, the open offer to the treaty with a later acceptance by an investor that falls within the definition

---

<sup>170</sup> Elina Mereminskaya. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 39.

<sup>171</sup> Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SA v Argentina, Decisión de Anulación, CIADI Caso No ARB/97/3, IIC 70, 2002. Para 76. Supra 136.

<sup>172</sup> August Reinisch. “Umbrella Clauses”. *Seminar on International Investment Protection*, 2006/2007. Pág. 9.

<sup>173</sup> Luis Alberto Erize. “La Protección de Inversiones y el Arbitraje Internacional”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 106

<sup>174</sup> G. Zeiler. “Treaty v. Contract: Which Panel?”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 4 Num. 5. Septiembre 2007. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 8.

of investment, then there is a parallel, an option for the investor to use that provision over and above the contractual rights or the contractual dispute resolution provision<sup>175</sup>

Una vez más, este acuerdo entre la doctrina y la jurisprudencia, no se reitera cuando se trata de la cláusula paraguas, y una vez más se debe a la errónea interpretación como facultada a extender la jurisdicción del tribunal previsto en el tratado:

The justification lacking in Vivendi, but present in the SGS cases and others, is an umbrella clause. An ICSID tribunal cannot accept jurisdiction over a contract claim based on Vivendi's fundamental basis test, but an umbrella clause changes the analysis. Similarly, a tribunal that follows Vivendi and takes the opposite stance giving effect to the forum-selection clause based solely on the contractual nature of the claim-may be ignoring an important variable. The presence of an umbrella clause raises difficult questions about its application, and while tribunals have reached divergent answers, one of its clear effects is to alter the stand-alone status of Vivendi. In short, the clause is a fulcrum with the potential to alter Vivendi's "fundamental basis" categories.<sup>176</sup>

Bajo la perspectiva de que existe una diferencia, llamada causa de acción, entre las disputas contractuales y la violación de la cláusula paraguas, que fue discutida en el punto 2.1.1; se apoya la irrelevancia de la cláusula de selección de foro, que fue sostenida anteriormente. “Ante la naturaleza distinta de las demandas contractuales y aquellas basadas en la cláusula paraguas, no es posible que la cláusula de solución de controversias pactada entre el Estado y el inversionista prive a este último de su derecho a invocar la cláusula paraguas.”<sup>177</sup> Esta autora explica que las diferencias son de carácter objetivo y subjetivo:

[L]a cláusula contractual de solución de controversias se refiere a disputas distintas, en sus aspectos subjetivos y objetivos, de aquellas cubiertas por la cláusula paraguas. La naturaleza diferente de las demandas impide que, en virtud de la cláusula contractual de solución de disputas, se efectúe una renuncia al acceso a los tribunales establecidos en virtud del tratado.<sup>178</sup>

De igual forma expone la diferencia que existe entre lo que busca garantizar el contrato y la cláusula paraguas. Por un lado, el instrumento local busca generar obligaciones con

---

<sup>175</sup> Nigel Blackaby. "The Coexistence of Local and International Law Remedies: Conclusion". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 4, Agosto 2005. Pág.45

<sup>176</sup> Matthew Wendlandt. "Sgs V. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes". *Texas International Law Journal* . Vol. 43 Núm. 3, Julio 2008. <http://vlex.com/vid/sgs-philippines-icsid-tribunals-investor-65173901#ixzz18fNzZpg2>

<sup>177</sup> Elina Mereminskaya. "La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos". *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 50

<sup>178</sup> *Ibíd.*

prestaciones específicas; mientras que la cláusula paraguas, forja una obligación internacional de hacer, que implica respetar esas otras obligaciones con prestaciones específicas creadas por el contrato, además de obligaciones unilaterales que no provienen de un instrumento contractual.

[D]ado que el contrato crea obligaciones específicas de dar, hacer o no hacer. En cambio la cláusula paraguas obliga al Estado a responder—siempre—por violaciones contractuales atribuibles, no obstante que tal responsabilidad no vaya envuelta en los estándares de trato que le debe garantizar al inversionista acorde al derecho internacional.<sup>179</sup>

No se debe confundir, el hecho de que el tribunal arbitral internacional, debe juzgar el derecho interno, para determinar si se violó esta obligación internacional de hacer; a pesar, de que su ley aplicable es el derecho internacional. No existe prohibición al respecto, “the standard applicable law clause in BITs – however it may be formulated – mandates and may even require the tribunal to apply the law of the host State alongside international law”.<sup>180</sup>

Thomas Wälde, agrega otro argumento a la irrelevancia de la cláusula de selección de foro en el contrato, sosteniendo que la principal virtud de la cláusula paraguas es brindar al inversionista un derecho internacional de acudir a un tribunal internacional, previsto en el tratado para proteger derechos contractuales: “This strategy sees the umbrella clause as a tool to obtain a neutral arbitration right which the contractor could not achieve when the contract was negotiated.”<sup>181</sup>

The “umbrella clause” was, as all evidence indicates, meant to be a principal instrument protect investor rights arising out of government contracts by way of an investor-triggered option to internationalize protection – substantive law (rule against governmental abrogation of contracts) and procedural remedy (direct, not mediated and not secondary, access to an international arbitral tribunal)<sup>182</sup>

This link is so close that the best way to emasculate an investor right against a host state is to sever the link between an international-law based right and an international enforcement

---

<sup>179</sup> Elina Mereminskaya. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 49.

<sup>180</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde, Enero 2008. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 2.

<sup>181</sup> Clarisse Ribeiro. *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*. Nueva York: JurisNet, 2006. Pág. 213.

<sup>182</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 78

procedure and to compel the investor to seek justice before domestic courts. Right and procedural remedy are, in practical and effectiveness terms, one.<sup>183</sup>

El objetivo, de esta cláusula, es justamente esta protección en la esfera internacional, “to provide an international judicial review facility even if the investor did not, or was unable, to negotiate such an international recourse in the first place”,<sup>184</sup> igualmente, es acorde con la historia antes analizada. Este autor, reconoce una desigualdad al momento de negociar el contrato entre el inversionista y el Estado; que busca ser remediada por el tratado bilateral de inversión:

Is this the fault of the investor because it had accepted an exclusive domestic jurisdiction clause for its contract? But it is precisely this weakness of investors in project negotiations that the Treaty-based access to arbitration seeks to correct by providing an investor right, without any need to go to domestic courts first. Treaty-based access to arbitration should be automatic, i.e. not requiring a specific arbitration agreement, but also not waivable by a contrary jurisdiction agreement. Otherwise, its purpose would be easily thwarted by governments with superior bargaining power.<sup>185</sup>

Si la desigualdad se da o no en la práctica en todos los casos, no tiene importancia porque de cualquier forma, el Estado no puede ni debe utilizar disposiciones internas, en este caso la cláusula de selección de foro o solución de controversias, para incumplir sus obligaciones internacionales, llamada aquí cláusula paraguas. “Any other solution would allow governments to use an exclusive jurisdiction clause in favor of domestic courts to make investors waive the Treaty protection”.<sup>186</sup> Este principio está ampliamente reconocido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados lo establece en el artículo 27: “**El derecho interno y la observancia de los tratados.** Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” La doctrina ha apoyado ese principio, en el tema de inversiones; Luis Alberto Erize argumenta: “Por ello, existiendo una cuestión de derecho internacional, ninguna disposición interna ni acuerdo con el inversor, aun de jurisdicción exclusiva, puede evitar la

---

<sup>183</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 6 y 7.

<sup>184</sup> *Ibíd.* Pág. 77.

<sup>185</sup> *Ibíd.* Pág. 78.

<sup>186</sup> *Ibíd.* Pág. 46.

caracterización de tal conducta como internacionalmente ilícita bajo el tratado.”<sup>187</sup> En este mismo sentido, otros autores han expuesto: “[t]he stating-point in analyzing this distinction is to recall the basic principle that rights created by treaty exist on the plane of international law. Consequently, no provision of national law may constitute a defense to such claim.”<sup>188</sup>

Recientemente se ha hecho un análisis exhaustivo de la relación de los derechos humanos y Derecho de las Inversiones. Este análisis permite recordar que la propiedad también es un derecho humano. Además bajo estos dos sistemas, el individuo posee *ius standi* para acudir directamente a los tribunales internacionales. Esta perspectiva lleva a la doctrina a sostener la imposibilidad de renunciar a la protección del tratado internacional. Por lo tanto, a pesar de que la posibilidad de renuncia por parte del inversionista es todavía un tema muy discutido, armonizando con esta relación con los derechos humanos; se llega a la conclusión de que la cláusula de selección de foro no pretende una renuncia a derechos internacionales bajo el tratado.<sup>189</sup>

Se ha venido sosteniendo que el tribunal internacional previsto en el tratado es el único competente para conocer disputas sobre la violación de la cláusula paraguas y que la cláusula de solución de controversias es irrelevante para determinar la jurisdicción de dicho tribunal. Se han expuesto algunas razones como, la diferencia entre las disputas, el derecho internacional para perseguir violaciones de obligaciones contractuales que impliquen violaciones de la cláusula paraguas y el principio de no invocación del derecho interno para incumplir obligaciones internacionales. Existen, así mismo, otras razones y principios que apoyan esta proposición.

---

<sup>187</sup> Luis Alberto Erize. “La Protección de Inversiones y el Arbitraje Internacional”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. Pág. 107.

<sup>188</sup> Campbell McLachlam, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. Pág. 99.

<sup>189</sup> Diana Carolina Olarte Bácares. “El Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: el Reencuentro con los Derechos Humanos”. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2010. Pág. 686.

### 2.2.1 Inexistencia de Litispendencia y *res judicata*

Un argumento a favor de la irrelevancia de la cláusula de solución de controversias en el contrato, y la jurisdicción exclusiva del tribunal del tratado, para conocer las disputas en las que se invoque la violación de la cláusula paraguas, es la ausencia de litispendencia y la imposibilidad de la alegación de *res judicata*. Estas instituciones del derecho procesal son ampliamente aceptadas, y tienen similitudes, como impedir la duplicidad y favorecer la economía procesal.

Las excepciones de cosa juzgada y litispendencia en el Derecho Procesal civil internacional tienen un objetivo similar: impedir la posibilidad de que pueda desarrollarse un mismo litigio ante dos tribunales de distintos Estados. Por un lado, por tanto, cumplen la función de proteger a cada parte frente a comportamientos abusivos de la otra, de tal manera que se impide que una parte que se pueda considerar perjudicada por el foro que ha conocido o está conociendo de la controversia pudiera buscar una solución diferente ante otro foro que considerase más conveniente para sus intereses. Por otro lado, además, dichas instituciones procesales tienen la función de economizar los costes asociados a la litigiosidad internacional<sup>190</sup>

Además, coinciden ambas instituciones procesales, en la relación a los presupuestos de aplicación de estas excepciones: identidad de objeto, causa y partes.<sup>191</sup>

No existe duda de que las figuras de litispendencia y *res judicata* sean aplicables al derecho internacional

In public international law, outside the sphere of investment arbitration, the principle of *res judicata* has long been accepted as a general principle of law common to civilized nations applicable to international courts and tribunals in accordance with Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice. However, the doctrine only applies to decisions within the same legal order, namely those of other international tribunals applying public international law.<sup>192</sup>

Estas instituciones se diferencian en que la litispendencia opera en procedimientos paralelos, para evitar que un segundo tribunal conozca la misma disputa que se encuentra pendiente para resolver ante otro tribunal. Mientras que la *res judicata* es el principio de

---

<sup>190</sup> Enrique Fernández Masiá. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Pág. 110.

<sup>191</sup> *Ibíd.* Pág. 111.

<sup>192</sup> Campbell McLachlam, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. Pág. 84.

cosa juzgada, una excepción que permite al demandado no ser sometido a una disputa que ya fue solucionada por otro tribunal anterior.

Res judicata and lis pendens have been recognised as general principles of international law. Res judicata is a claim, issue or cause of action which is the subject of a judgment, award or other determination considered final as to the rights, questions and facts which are the subject of the dispute. Re-litigation or reconsideration of the particular matters decided, between the same parties, is generally barred, principally on public policy considerations. A "triple identity" test is normally applied; of parties, cause and subject matter. Lis pendens (suit pending) operates to prevent two juridical bodies dealing with the same dispute at the same time, on similar public policy grounds i.e. to prevent multiplicity of actions and to ensure legal certainty.<sup>193</sup>

En el Derecho de las Inversiones ya se han presentado estas figuras, la *res judicata* ha sido considerada por los tribunales y aceptada: “*Res judicata*. The requirements to recognize the preclusive effect of other international arbitral awards has been considered and approved in principle in several recent cases”<sup>194</sup>. Un ejemplo, es el caso *Waste Management v México*:

Por consiguiente, si un demandante en el ámbito del TLCAN opta por litigar en los tribunales locales en torno a uno o más componentes locales de una reclamación conforme al TLCAN, no existe perjuicio. Si prevalece, su reclamación en el ámbito del TLCAN se reduce pro tanto salvo, por supuesto, que se planteen elementos adicionales (y nuevos), por ejemplo, denegación de justicia o acceso apropiado a la justicia. Es difícil imaginar cómo puede suscitarse un elemento adicional de esa índole si el demandante en el marco del TLCAN ha logrado un resultado satisfactorio al acudir a los recursos de la jurisdicción local. Por otro lado, en la medida que los recursos locales resulten infructuosos, como en este caso, la base de reclamación del demandante en el ámbito del TLCAN contra el gobierno contendiente también se reduciría en virtud de la aplicación del principio de *res judicata* del resultado local desfavorable, salvo y en la medida en que se considerara que ese resultado local desfavorable constituye, de por sí, una denegación internacional de justicia<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> David Howell. “International Investment Arbitration”. *Mondaq Business Briefing*. Enero 2006. <<http://vlex.com/vid/international-investment-arbitration-part-2-55817066#ixzz18fRUI4gw>>

<sup>194</sup> Campbell McLachlam, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. Pág. 91 y 92.

<sup>195</sup> *Waste Management, Inc. v México*, Fallo CIAD Caso No ARB (AF)/98/2; IIC 27, 2000. Para 51

La disputa surge entre la compañía estadounidense y México, debido a un contrato de concesión para el manejo de desechos y la limpieza de calles, entre la compañía Acaverde subsidiaria de Waste Management Inc. y la ciudad de Acapulco. La ciudad se comprometió a brindar exclusividad a la compañía en la zona concesionada, para lo cual promulgó una ordenanza. En 1995 Acaverde empezó a prestar el servicio; sin embargo el acuerdo de exclusividad no fue cumplido al igual que la ordenanza. La ciudad tampoco cumplió con la obligación de proporcionar un terreno para depositar la basura, ni con el pago de facturas. Las obligaciones de la ciudad estaban garantizadas por un banco estatal que tampoco pagó las facturas. La ciudad alegó que Acaverde no había cumplido su obligación de mantener la ciudad limpia. La compañía enjuició al Banco por el no pago, además inició el procedimiento arbitraje local y Waste Management inició arbitraje

La litispendencia, por el contrario, se ha considerado como un argumento opcional para declinar la jurisdicción: “*Lis pendens*. Tribunals have also recently heard arguments on the application of a doctrine *lis alibi pendens* in investment arbitration. [...] . It may operate as a discretion to decline jurisdiction, rather than a binding rule”.<sup>196</sup>

En el presente análisis no puede existir litispendencia ni *res judicata*, entre el tribunal internacional y el previsto por el contrato, porque no se cumple con los requisitos de estas figuras que son; la identidad en las partes y en la causa. Si bien, puede existir identidad en las partes, no en la causa, ya que cuando se habla de la cláusula paraguas se trata de una obligación internacional distinta de las violaciones contractuales que le dan origen. A esta conclusión han llegado otros autores hablando del fallo *SGS v. Pakistán*<sup>197</sup>:

There was no litispendence: The factual situation may have been the same, but the applicable law was on one side domestic law, on the other the BIT. The existence of a state-investor contractual arrangement can not affect the legal qualification of his claim on the international level<sup>198</sup>

## 2.2.2 Responsabilidad Internacional del Estado

El principio de responsabilidad del Estado, recogido por la costumbre internacional, está plasmado tanto en el derecho local como internacional. “[E]l derecho de la responsabilidad internacional se refiere a la incidencia y consecuencias de actos ilegales en el orden internacional y a la compensación por los daños causados.”<sup>199</sup> El tema fue abordado en el punto 1.3.1, para argumentar que la esfera de protección de la cláusula paraguas no limita a violaciones contractuales en ejercicio de *ius imperii* o actos soberanos. En ese punto se analizó a profundidad los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados. Como resumen se puede concluir los

---

internacional que fue rechazado por existir procesos pendientes pero volvió a someter la disputa ante el CIADI cuando los reclamos de Acaverde fueron rechazados.

<sup>196</sup> Campbell McLachlam, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. Pág. 91 y 92.

<sup>197</sup> *SGS Société Générale de Surveillance SA v Pakistán*, Decisión de Objeciones a la Jurisdicción. Jurisdiction, ICSID Case No ARB/01/13; IIC 223, 2003. Supra 28.

<sup>198</sup> Campbell McLachlam, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. Pág. 91 y 92.

<sup>199</sup> González Campos, Julio; Luis I. Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Civitas, 2003. Pág. 329.



hechos ilícitos internacionalmente, por parte de un Estado, conllevan a la responsabilidad internacional. Un hecho ilícito, de esta clase, es aquel que viola una obligación internacional contraída por un Estado, atribuible al mismo, sin importar la fuente de donde provenga la mencionada obligación. La responsabilidad está compuesta por “elemento subjetivo atribución y objetivo violación de una obligación internacional”<sup>200</sup>

Estos artículos son relevantes, porque como se ha indicado anteriormente, constituyen costumbre internacional. Esta fuente del derecho se compone de dos elementos; uno objetivo: la repetición del acto, y otro subjetivo: creencia de que la conducta es vinculante. “The prevailing view is that these facts are to be grouped in two elements, an objective one, the repeated behaviour of States (diuturnitas), and a subjective one, the belief that such behaviour depends on a legal obligation (opinio juris sive necessitatis).”<sup>201</sup> Habiendo aclarado y recordado estos puntos, cabe establecer la relevancia de este principio para otorgar jurisdicción exclusiva al tribunal internacional para conocer las disputas que nazcan de la violación de la cláusula paraguas.

De acuerdo a la costumbre internacional, los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional cuando las violaciones contractuales son discriminatorias, arbitrarias y el Estado actúa con *ius imperii* o realiza actos soberanos y no como un simple parte contractual.<sup>202</sup> Esta idea es reconocida por la doctrina: “According to the main view of customary international law a state commits no international tort giving rise to state responsibility by a “mere breach of contract”.”<sup>203</sup> Esto no quiere decir que la violación de obligaciones contractuales no pueda generar responsabilidad internacional, por el contrario, James Crawford argumenta que, la cláusula paraguas, justamente, hace que la violación del contrato sobrelleva la violación de una obligación internacional.

To summarise, State responsibility for breach of international law is distinct from the liability of a State for breach of its contracts. But there may be important overlaps: for example, a

---

<sup>200</sup> González Campos, Julio; Luis I. Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Civitas, 2003. Pág. 337.

<sup>201</sup> Tullio Treves. “Customary International Law”. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. <[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)>. Pág. 3.

<sup>202</sup> Clarisse Ribeiro. *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*. Nueva York: JurisNet, 2006. Pág. 209.

<sup>203</sup> *Ibíd.*

State may commit by treaty to comply with a contract, in which case its failure to do so is (subject to any circumstance precluding wrongfulness) also a breach of an international obligation.<sup>204</sup>

Al existir una violación de una obligación internacional, el tribunal internacional debe conocerla y por lo tanto, bajo el principio de responsabilidad internacional del Estado, se reafirma la jurisdicción exclusiva sobre la violación de la cláusula paraguas por parte del tribunal del tratado.

### 2.2.3 Buena fe

La buena fe es un principio muy importante, al igual que el principio de responsabilidad internacional del Estado, ya fue tratada anteriormente, ésta brindó una definición apropiada de la cláusula paraguas. Una vez más, la buena fe contribuye, esta vez, para reafirmar la jurisdicción exclusiva del tribunal internacional del tratado. Primero la cláusula paraguas otorga al inversionista un derecho internacional, y por lo tanto, un foro internacional: “[a] *pacta sunt servanda*” clause makes the investor’s contractual arrangements with the host state justiciable by Treaty arbitration, thus protecting the investor’s recourse to international justice”.<sup>205</sup> Bajo el principio de buena fe y *pacta sunt servanda*, el Estado debe respetar las obligaciones contraídas, en el tratado, con respecto al inversionista. Una de ellas le obliga, a su vez, a respetar las obligaciones contractuales (cláusula paraguas), otra, le obliga a resolver las disputas conforme lo indica el tratado (cláusula de solución de controversias del TBI). Ninguna de estas obligaciones puede ser desconocida por el Estado.

The contracting states are free to determine the scope of investor protection when entering into a bilateral or multilateral treaty. It is difficult to understand why a state party should not

---

<sup>204</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde. Enero 2008. 1-22. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 7.

<sup>205</sup> Thomas Wälde. “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <www.transnational-dispute-management.com>. Pág. 66.

hold to what it has promised in the BIT, the same way as one would expect it from any private party to a contract.<sup>206</sup>

El argumento de que la cláusula de selección de foro, en el contrato, priva de jurisdicción al tribunal previsto en el tratado bilateral de inversión, sería ir en contra del principio de buena fe. Este principio se extiende para los dos lados, así como el Estado no puede desconocer sus compromisos, tampoco el inversionista. “It is an undisputed maxim of law, both internationally and nationally, that all the words and clauses of a legal instrument should be given effect.”<sup>207</sup> Este principio está, igualmente, recogido por los Principios UNIDROIT:

ARTÍCULO 4.5

(Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

Por lo tanto el inversionista no puede desconocer la cláusula de selección de foro, que acordó en el contrato de inversión.

An investor invoking contractual jurisdiction pursuant to an offer made by the State must itself comply with its contractual arrangements for dispute settlement with that State. The principle *pacta sunt servanda* is not a one-way street. This was the basis for the majority holding in *SGS v Philippines* that a contractual claim under a BIT cannot be pursued in breach of an applicable exclusive jurisdiction clause.<sup>208</sup>

Tratándose de la cláusula paraguas, el inversionista no está incumpliendo con dicho compromiso, ya que el tribunal previsto por el contrato, seguirá teniendo jurisdicción sobre las disputas contractuales, y el tribunal internacional analizará las violaciones contractuales, solo como presupuesto de hecho, para determinar si se violó el estándar de protección del TBI. Si se crean, efectivamente, procedimientos paralelos; y si el tribunal del contrato determina que existió incumplimiento, esto podría ser utilizado como argumento a favor de que se ha violado la cláusula paraguas en el arbitraje internacional y viceversa.

---

<sup>206</sup> H.J. Schramke. “The Interpretation of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 4 Num. 5, Septiembre 2007. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 22.

<sup>207</sup> Christopher Dugan, Don Wallace Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi. *Investment State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press 2008. Pág. 560.

<sup>208</sup> James Crawford. “Treaty and Contract in Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde. Enero 2008. 1-22. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 13.

Los principios UNIDROIT, recogen de igual forma el principio de buena fe. Este instrumento no es vinculante, a menos que las partes lo incluyan como norma aplicable, pero recogen principios generales del derecho.

ARTÍCULO 1.7

(Buena fe y lealtad negocial)

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Un derivado del principio de buena fe es la teoría de los actos propios. De acuerdo a esta teoría las partes no pueden ir en contra de sus propios actos. Si el Estado firmó un tratado bilateral de inversión, en el que ofrecía al otro Estado que las disputas de inversión, con sus nacionales, se someterían a un tribunal internacional, posteriormente no puede firmar un acuerdo, en el que someta esas mismas disputas a un tribunal distinto, bajo el contrato. Si se tratan de disputas diferentes, como se ha sostenido, no existiría violación a la doctrina de los actos propios. Esta teoría esta igualmente incorporada:

ARTÍCULO 1.8

(Comportamiento contradictorio. *Venire contra factum proprium*)

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

#### ***2.2.4 Lex Generalia specialibus non derogant***

Esta máxima del derecho, que se podría traducir como, lo universal no va en detrimento de lo específico. Es utilizada para hablar del consentimiento, ha sido invocada por los tribunales, para dar efecto a la cláusula de solución de controversias del contrato; y declararse incompetentes frente a reclamos contractuales, en ocasiones, incluso para reclamos bajo el tratado. Los tribunales han argumentado que el consentimiento dado en la cláusula del contrato, es más específico que el otorgado en el tratado bilateral de inversión; ya que el consentimiento otorgado en el tratado, se refiere a todas las disputas relacionadas con la inversión (en el caso de las cláusulas amplias), y el del contrato solamente a las disputas que resulten del mismo. Por lo tanto, debe prevalecer la cláusula de solución de controversias del contrato.

Utilizando este mismo principio, Schreuer argumenta que, el consentimiento más específico se encuentra en el arbitraje internacional bajo el tratado, ya que esta oferta de consentimiento se perfecciona solo con la aceptación del inversionista; y que ésta solo se da cuando surge una disputa específica; por eso, si la cláusula del contrato se refiere a cualquier disputa y la del TBI a una específica, esta última debe prevalecer.

BIT is merely a standing offer to investors. By accepting that offer an investor perfects a specific arbitration agreement. Whereas the contract clause refers to any dispute arising from the contract, the ICSID arbitration agreement applies only to the specific dispute. It follows that the ICSID arbitration agreement is the more specific one. Therefore, the principle *lex generalia specialibus non derogat*, that the Tribunal invoked, should work against the contractual forum selection clause and in favor of ICSID<sup>209</sup>

No existe una verdadera necesidad de invocar este principio, si se sostiene que las jurisdicciones no son excluyentes, de igual manera, bajo este principio las violaciones a la cláusula paraguas deben ser escuchadas por el tribunal internacional por tratarse de una disputa específica.

### **2.3 Sumario Capítulo 2**

En el segundo capítulo de la tesis hemos analizado el fenómeno de los procedimientos paralelos que pueden surgir de la coexistencia de una cláusula de solución de controversias en el contrato que prevé un tribunal y el tratado bilateral de inversión que establece un tribunal distinto. Se ha optado por una visión conciliadora en donde ambos tribunales tienen jurisdicción y no son mutuamente excluyentes. Se ha partido del análisis anterior sobre la cláusula paraguas, para sostener que ésta al ser un estándar de protección no puede generar conflictos simétricos, ya que las disputas que nacen por su violación, tienen una causa de acción distinta de las disputas contractuales. Al ser la cláusula paraguas un verdadero estándar de protección, el tribunal internacional previsto en el tratado bilateral de inversión es el único competente para resolver estas disputas. Esta idea se ha apoyado en la no invocación del derecho interno para incumplir obligaciones internacionales, el objetivo

---

<sup>209</sup> Christoph Schreuer, "The relationship between local Courts and Investment Treaty Arbitration: The Coexistence of local and International Law Remedies." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde. Vol 2 Num. 4. Agosto 2005 <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 9.

de la cláusula paraguas de brindar un derecho internacional a acudir a un foro internacional, el principio de responsabilidad del estado por el cual los hechos ilícitos internacionalmente deben ser juzgados bajo este derecho, el principio de buena fe que obliga a respetar los compromisos, incluyendo la cláusula paraguas y la cláusula de solución de disputas en el TBI; la inexistencia de litispendencia y *res judicata* por falta de identidad en la causa de las disputas y la máxima de derecho *lex generalia specialibus non derogant* que sostiene que el consentimiento específico (TBI) prevalece sobre el general.

### 3 Integración del derecho internacional y local: enriquecimiento de un derecho administrativo global

En el primer capítulo se ha analizado una figura, en el Derecho de las Inversiones, muy importante para la protección de derechos contractuales bajo el derecho internacional, la cláusula paraguas. En el segundo capítulo se analizó la coexistencia de remedios locales e internacionales aplicables para dichas violaciones a través de los procedimientos paralelos. Todo esto para culminar con el planteamiento fenómeno de suma importancia, como es la integración del derecho internacional con el local y la generación de un derecho administrativo global.

Orrego Vicuña en su libro *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*, analiza el fenómeno de la globalización y su implicación en la integración de los sistemas jurídicos internacionales, partiendo del enfoque vertical y horizontal que se ha dado entre el derecho local e internacional. El primero jerarquiza ambos sistemas, mientras que el segundo, se basa en la coexistencia de remedios y la aplicación de ambos. Este autor toma una posición intermedia y argumenta que esta integración se encuentra en el medio de los dos enfoques, por el predominio del enfoque horizontal, pero existe una verticalidad en cuanto al sometimiento de los Estados al sistema internacional del “*rule of law*” y el *ius cogens*:

The reality appears to be somewhere in between. Because changes in international society tend to affirm the prevalence of human values, there are areas of the law that take the shape of a vertical structure. To some degree, this vertical structure subjects states and other actors of the international system to a rule of law that develops independently from their express consent. But this “verticality” is still the exception.<sup>210</sup>

Tribunales internacionales, como en el caso *Phoenix Action Ltd. v. República Checa*, han apoyado esta visión, sosteniendo que la inversión no debe ser protegida bajo un tratado bilateral de inversión si se ha realizado en violación del *ius cogens*, “should not be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human

---

<sup>210</sup> Francisco Orrego Vicuña. *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Pág. 5.

rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs”.<sup>211</sup>

Este mismo autor señala los cambios que se han dado en el derecho internacional y su relación con el derecho local. El primero, es la aceptación por parte de los Estado de limitar su soberanía en beneficio de organizaciones internacionales y el rol de los individuos; como consecuencia de esta limitación, se da la transferencia de poderes y cesión de competencias a organizaciones internacionales y de integración. Uno de los más importantes cambios que se ha dado, es la puesta en vigencia a través de instrumentos internacionales de los principios internacionales del derecho internacional al derecho local; esto se denomina el fenómeno de integración de sistemas. Finalmente, Orrego Vicuña señala como cambio en esta relación, el aumento de transparencia, en general, en todos los procesos de los Estados, por escrutinios internacionales y la utilización directa de derecho internacional por las cortes locales.<sup>212</sup> Todos los cambios permiten una verdadera integración.

En este fenómeno de integración, el derecho internacional juega un rol fundamental de cooperación con el derecho local y formación de un derecho administrativo global. “Within this overall framework it is possible to realize that, as Wolfgang Friedman had anticipated, the international law has developed from a structure of coordination to one of cooperation.”<sup>213</sup> Se destaca, además, el incremento del rol del individuo en la creación de lo que este autor llama la sociedad global. De igual forma, resalta el Derecho de las Inversiones como un vehículo para este fenómeno.<sup>214</sup> Además, la necesidad de unificar el derecho internacional en principios comunes que eviten la dispersión. “The identification of the basic principles of international law has become a renewed priority. These principles

---

<sup>211</sup> Phoenix Action Ltd. v República Checa. CIADI Caso No. ARB/06/5, Abril 2009. Para 78

Phoenix Action es una compañía israelí. que suscribió dos contratos para adquirir las compañías BP y BG. Estas compañías tenían negocios complementarios en el mercado de aleaciones de hierro. Estas compañías tenían disputas legales pendientes BG con el dueño de terceras compañías adquiridas por este grupo y que les llevó a la banca rota. El inversionista alegó que República Checa es responsable por sus cortes y el retardo en la solución del conflicto que le llevó a la privación de su propiedad. BP estaban en disputa con la policía y las autoridades por la congelación de fondos de la compañía debido a una investigación criminal por evasión de impuestos.

<sup>212</sup> Francisco Orrego Vicuña. *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Pág. 7 y 8

<sup>213</sup> *Ibíd.* Pág. 5.

<sup>214</sup> *Ibíd.* Pág. 63.



should hold the normative structure together in an integrated manner, avoiding the negative effects of the dispersion of international law.”<sup>215</sup>

Ole Spiermann explica que el principio de *pacta sunt servanda*, permite la aplicación de los principios generales del derecho internacional a los contratos, siendo este un mecanismo de integración de los sistemas.

Once the principle *pacta sunt servanda* has been admitted as relevant in deciding when to apply general principles of law, having no bearing on any particular system of national law, it would be a simplification rather than a revolution to apply the principle directly as part of the proper law of contract.<sup>216</sup>

Otros autores sostienen que esta integración, se puede dar a través del ejercicio de poderes discrecionales del Estado: “The “hole in the donut” of executive discretion may well provide a channel for both the integration of the external state and internal executive and of international and domestic law norms.”<sup>217</sup> Además, de políticas públicas y compromisos por parte de los gobiernos, que han generado expectativas en los individuos, como los compromisos unilaterales que fueron tratados en el punto 1.3.2, hablando de las cláusulas paraguas. Estas políticas y compromisos permiten una permeabilidad del derecho local a los valores del derecho internacional establecidos por los tribunales.

Increasingly as a matter of domestic administrative law, executive undertakings by way of published policies, and specific representations to individuals, have been found by the courts to give rise to legal obligations. Such developments contribute to enhancing the permeability of domestic administrative law to international law values and processes. Commitments made by the executive in the international sphere have at least as much, if not more, claim to legal significance as these domestic undertakings. The common administrative law motivation here is to maintain the consistency and integrity of, and the citizens’ ability to rely on, executive undertakings in whichever sphere they are made. The effect, in the international law cases, is to unify the executive qua external state persona and the executive qua internal persona, with the assistance of the domestic courts.<sup>218</sup>

Sin importar cuál es el mecanismo de integración, ya sea el principio de *pacta sunt servanda*, políticas públicas o compromisos unilaterales. Los autores concuerdan con la

---

<sup>215</sup>Francisco Orrego Vicuña. *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Pág. 6 y 7.

<sup>216</sup>Ole Spiermann. “Applicable Law”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 8

<sup>217</sup>Janet McLean. “Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law”. *International Law and Justice Working Papers*. Nueva York: Institute for International Law and Justice New York University School of Law; 2005. Pág 11

<sup>218</sup>Ibíd. Pág 11 y 12.

existencia de un fenómeno de integración entre el derecho local y el derecho internacional. Esto se explica por el impacto global de las decisiones tomadas por los diferentes Estados, en la esfera local. “Due to market integration, decisions made by states in the exercise of their internal sovereignty progressively acquire a direct external relevance. These have, as it has been suggested, a “global impact”.”<sup>219</sup> Esto genera el enriquecimiento de un derecho administrativo global con principios comunes: “Esa progresiva convergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales hacia un eventual sistema jurídico cada vez más globalizado, se realiza en un contexto donde tienden a primar los valores.”<sup>220</sup>

Battini señala que el fenómeno de impacto global revela la incapacidad de los instrumentos tradicionales para hacer frente a una economía globalizada, y la dificultad de la creación de un derecho administrativo global y eficiente por la falta de penetración en el derecho local debido al concepto de poderes soberanos.

The new dimensions of the phenomenon reveal the inadequacy of old instruments. What the traditional instrument to influence the domestic policies of other States has already been stated: international administrative law. Established already in the nineteenth century, it developed significantly over the course of the following one. There no longer exists an area of domestic policy (and therefore a subject of national administrative law) on which international regulation does not press upon, often over abundantly. However, international administrative law is an instrument that comes across as more and more inefficient, because its penetration into domestic legal systems is, according to the canons of legal dualism, left to the mediation power of states. There is the filter of state sovereignty between international rules and their domestic applications.<sup>221</sup>

Este autor señala, además, que se produce un desbalance entre la economía global y las regulaciones internacionales.

This creates an unbalance. While the economy becomes *global*, its legal regulation remains *international*. The state loses control over economic fluxes, but maintains control over the

---

<sup>219</sup> Stefano Battini. “International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?”. *International Law and Justice Working Papers*. Nueva York: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, 2005. Pág. 13

<sup>220</sup> Agustín Gordillo. “Hacia la Unidad del Orden Jurídico Mundial”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 110

<sup>221</sup> Stefano Battini. “International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?”. *International Law and Justice Working Papers*. Nueva York: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, 2005. Pág 13

legal ones. As wind and rain in the known metaphor, goods and capital can enter without permission in the hut of the (poor) state, but not rules.<sup>222</sup>

Desbalance que de cierta manera es corregido por la creciente integración entre el derecho local e internacional. “More recent developments show a tendency to correct such unbalance at many international organizations and particularly at those geared toward the governance of economics. The ability of international rules to penetrate domestic legal systems thus grows.”<sup>223</sup> Por esta razón, el fenómeno de integración y de generación del derecho administrativo global están ligados: “The strategies for transnational government most likely to be successful are those that integrate the state in its international and domestic personas. One such strategy is the use of domestic administrative and constitutional law as a channel for fundamental norms.”<sup>224</sup> Autores como; Zuleta Jaramillo, Rincón y Jaramillo explican que la interacción de las fuentes de los ordenamientos jurídicos locales e internacionales genera regulaciones únicas pertenecientes al derecho administrativo global.

Finally, this interaction between sources of public international law and domestic law has created regulations of a unique nature. Global administrative law encompasses both rules and principles. It is not a uniform legal system, but a divergent group of binding and nonbinding norms.<sup>225</sup>

En la esfera particular del Derecho de las Inversiones observamos que éste toma particular importancia de dos vías. Por un lado, el derecho internacional, transnacional y global puede ser adoptado, por tribunales internacionales al momento de resolver controversias entre un Estado e inversionista; sobre todo cuando hablamos de violaciones contractuales. “In particular, “transnational” law, in the form of trade usages, the UNIDROIT Principles, or a *lex mercatoria*, may find sympathy with an arbitral tribunal resolving a dispute between a state and a foreign investor, perhaps to a higher degree than

---

<sup>222</sup> Stefano Battini. “International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?”. *International Law and Justice Working Papers*. Nueva York: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, 2005. Pág 13

<sup>223</sup> *Ibid.* Pág 14

<sup>224</sup> Janet McLean. “Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law”. *International Law and Justice Working Papers*. Nueva York: Institute for International Law and Justice New York University School of Law 2005. Pág. 27.

<sup>225</sup> Eduardo Zuleta Jaramillo, Rafael Rincón y Santiago Jaramillo. “Global Administrative Law and International Jurisprudence”. *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*. Javier Robalino Orellana y Javier Rodríguez-Arana Muñoz. Londres: CMP Publishing, 2010. Pág. 220

in international commercial arbitration in general”.<sup>226</sup> Y por otro lado, la aplicación e interpretación de los estándares de protección, de los tratados bilaterales de inversión han generado verdaderos principios de derecho administrativo global, como lo sostienen varios autores, aunque no es indiscutido. Este punto será explicado a profundidad en el punto 3.2.

Otro modo de integración y convergencia entre sistemas, que adquiere cada vez mayor relevancia, es el contrato de inversión. Esto se debe a la protección internacional de este instrumento local. Como se explicará a continuación el contrato de inversión está protegido por el Derecho de las Inversiones desde la perspectiva; que se trata de una inversión, que la violación de los derechos contractuales es susceptible de violar otros estándares de trato del tratado bilateral de inversión, y desde la esfera de protección de la cláusula paraguas. Esta protección se reafirma en las dos esferas, local e internacional, con el principio de responsabilidad del Estado y su relación con el principio de soberanía sobre los recursos naturales y de autorregulación.

### **3.1 Integración del derecho local e internacional por la protección del contrato bajo la cláusula paraguas en el Derecho de las Inversiones**

Los contratos de inversión están protegidos por las leyes nacionales del país donde se suscriben, como cualquier contrato administrativo. Además, este tipo de contrato está protegido por el Derecho de las Inversiones debido a varios aspectos, por tratarse de una inversión; no existe duda de que los derechos contractuales son inversión, aunque esta no es materia de la presente tesina. El Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversión entre la República de Ecuador y El Reino de España reafirma lo dicho:

Art. 1.- Definiciones.- A los efectos del presente Acuerdo:

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

- Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la Ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

---

<sup>226</sup> Ole Spiermann. “Applicable Law”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 29.

El Convenio entre el Gobierno de la República de Ecuador y el Gobierno de la República de Italia, sobre Promoción y Protección de Inversiones también incluye los derechos contractuales dentro de la definición de inversión:

Art. 1.- Definiciones

Para los fines del presente convenio

1. El término "inversión" será interpretado en el sentido de cualquier tipo de bien invertido, antes o después de la entrada en vigor de este convenio, por una persona natural o jurídica de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con las leyes y reglamentos de dicha Parte, independientemente de la forma legal escogida o del marco legal respectivo.

Sin limitar la generalidad de lo anterior, el término "inversión" incluye en particular, pero no exclusivamente:

e) Cualquier derecho económico al que tenga derecho por ley o bajo contrato y cualquier licencia y franquicia acordada de conformidad con las disposiciones vigentes sobre actividades económicas, incluyendo el derecho de exploración, extracción y explotación de recursos naturales; y

Partiendo de que los derechos contractuales son una inversión, éstos están protegidos por todos los estándares de trato del tratado bilateral de inversión. De tal forma que, una violación contractual puede ascender a, dependiendo de las circunstancias, violaciones de trato justo y equitativo, expropiación, discriminación, protección plena y seguridad. El tribunal internacional será el llamado a determinar si la violación del contrato importó una violación de algunos de los estándares de trato.

Finalmente, el contrato está protegido por un estándar muy particular que es la cláusula paraguas. En el primer capítulo se analizó la esfera de protección de esta cláusula para llegar a la conclusión de que protege derechos contractuales, a pesar de que ciertos tribunales hayan limitado su efecto, como el caso de *SGS v Pakistán*.<sup>227</sup> Esta disposición tiene una especial relevancia ya que permite una integración entre el Derecho local e internacional. Esta integración se realizará mediante el enfoque *top-down*, ya que las decisiones de los tribunales internacionales penetrarán en el derecho local. Este enfoque, como se explicará en el punto 3.2.3, es una forma de construir el derecho administrativo global. Incluso la integración se puede dar, de igual forma, en el otro sentido *bottom-up*,

---

<sup>227</sup> *SGS Société Générale de Surveillance SA v Pakistán*, Decisión de Jurisdicción. CIADI Caso No ARB/01/13; IIC 223,2003. Para 173. *Supra* 28.

por la adopción de conceptos locales.<sup>228</sup> Si bien el tribunal, previsto en el tratado, no está limitado por el derecho local, para determinar si existió una violación del contrato y por lo tanto una violación de la cláusula paraguas, se requerirá de todas formas un análisis del derecho aplicable al contrato.<sup>229</sup>

Public international law provides standards by which to judge actions taken by host states in relation to contracts with foreign investors, but standards external to the contract and so distinct from the proper law of the contract. From this point of view, the question is not so much where to situate the contract, the legal system of the host state being treated as a trivial starting-point, but rather to consider to what extent the effects produced by this system should be recognised. It suggests a two-step analysis of first national law and then public international law.<sup>230</sup>

Desde esta perspectiva el Derecho de las Inversiones podrá nutrirse de ciertos conceptos locales. Sería interesante la adopción de doctrinas, como la ya mencionada del incumplimiento relevante. De igual forma, el derecho local se nutre y deberá hacerlo de las interpretaciones dadas en fallos internacionales, respecto a violaciones contractuales y de otros estándares. Muchos de ellos ya han sido recogidos por la legislación nacional en el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones; como el trato no discriminatorio, no ser objeto de medidas arbitrarias la protección y seguridad, trato nacional, al igual que la no confiscación y expropiación sin compensación. El Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones dispone:

Art. 17.- Trato no discriminatorio.- Los inversionistas nacionales y extranjeros, las sociedades, empresas o entidades de los sectores cooperativistas, y de la economía popular y solidaria, en las que éstos participan, al igual que sus inversiones legalmente establecidas en el Ecuador, con las limitaciones previstas en la Constitución de la República, gozarán de igualdad de condiciones respecto a la administración, operación, expansión y transferencia de sus inversiones, y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias. Las inversiones y los inversionistas extranjeros gozarán de protección y seguridades plenas, de tal manera que tendrán la misma protección que reciben los ecuatorianos dentro del territorio nacional.

---

<sup>228</sup> Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart. “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 53. *Infra* 292.

<sup>229</sup> Se ha discutido, especialmente a raíz del reciente fallo *Paushok v Mongolia* (*Infra* 269), la aplicación de la cláusula paraguas en una disputa donde el tratado bilateral de inversión no contiene esta disposición, a través de la cláusula de la nación más favorecida. En el caso ecuatoriano, la posibilidad de invocar la cláusula paraguas vía la cláusula de la nación más favorecida dependerá del lenguaje de cada cláusula.

<sup>230</sup> Ole Spiermann. “Applicable Law”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 8.

Art. 18.- Derecho de propiedad.- La propiedad de los inversionistas estará protegida en los términos que establece la Constitución y demás leyes pertinentes. La Constitución prohíbe toda forma de confiscación. Por lo tanto, no se decretarán ni ejecutarán confiscaciones a las inversiones nacionales o extranjeras.

El Estado podrá declarar, excepcionalmente y de acuerdo a la Constitución, la expropiación de bienes inmuebles con el único objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, de manera no discriminatoria y previa a la valoración y pago de una indemnización justa y adecuada de conformidad con la Ley.

Además, del trato no discriminatorio y el derecho de propiedad, este código establece otros derechos para los inversionistas:

Art. 19.- Derechos de los inversionistas.- Se reconocen los siguientes derechos a los inversionistas:

a. La libertad de producción y comercialización de bienes y servicios lícitos, socialmente deseables y ambientalmente sustentables, así como la libre fijación de precios, a excepción de aquellos bienes y servicios cuya producción y comercialización estén regulados por la Ley;

b. El acceso a los procedimientos administrativos y acciones de control que establezca el Estado para evitar cualquier práctica especulativa o de monopolio u oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal;

c. La libertad de importación y exportación de bienes y servicios con excepción de aquellos límites establecidos por la normativa vigente y de acuerdo a lo que establecen los convenios internacionales de los que Ecuador forma parte;

d. Libre transferencia al exterior, en divisas, de las ganancias periódicas o utilidades que provengan de la inversión extranjera registrada, una vez cumplidas las obligaciones concernientes a la participación de los trabajadores, las obligaciones tributarias pertinentes y demás obligaciones legales que correspondan, conforme lo establecido en las normas legales, según corresponda.

e. Libre remisión de los recursos que se obtengan por la liquidación total o parcial de las empresas en las que se haya realizado la inversión extranjera registrada, o por la venta de las acciones, participaciones o derechos adquiridos en razón de la inversión efectuada, una vez cumplidas las obligaciones tributarias y otras responsabilidades del caso, conforme lo establecido en las normas legales;

f. Libertad para adquirir, transferir o enajenar acciones, participaciones o derechos de propiedad sobre su inversión a terceros, en el país o en el extranjero, cumpliendo las formalidades previstas por la ley;

g. Libre acceso al sistema financiero nacional y al mercado de valores para obtener recursos financieros de corto, mediano y largo plazos;

h. Libre acceso a los mecanismos de promoción, asistencia técnica, cooperación, tecnología y otros equivalentes; e,

i. Acceso a los demás beneficios generales e incentivos previstos en este Código, otras leyes y normativa aplicable.<sup>231</sup>

Art. 20.- Régimen Tributario.- En materia impositiva, las inversiones nacionales y extranjeras estarán sujetas al mismo Régimen Tributario, con las excepciones previstas en este Código.

---

<sup>231</sup> El subrayado no pertenece al texto original.

Art. 21.- Normas obligatorias.- Los inversionistas nacionales y extranjeros y sus inversiones están sujetos, de forma general, a la observancia y fiel cumplimiento de las leyes del país, y, en especial, de las relativas a los aspectos laborales, ambientales, tributarios y de seguridad social vigentes.

Estos derechos reconocidos en el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversión son similares a los estándares de trato previstos en los tratados bilaterales de inversión. Todo esto fomenta el fenómeno de integración, ya mencionado, y la formación de principios y reglas comunes creadoras de un derecho administrativo global; tema que será expuesto más adelante en este capítulo. Ahora se debe profundizar y enfatizar en un principio fundamental del derecho como es la responsabilidad. El “*rule of law*”, como sistema al que se encuentran sometidos los Estados,<sup>232</sup> se vuelve una mera utopía sin el respeto de este principio.

### **3.1.1 Principio de Responsabilidad del Estado**

El Estado como persona jurídica es responsable, tanto en la esfera local como internacional. Existen diversas teorías para fundamentar jurídicamente este principio. Entre las más importantes está la teoría de la igualdad ante las cargas públicas, que se basa en el principio de igualdad ante la ley. Esta teoría se apoya en el artículo 13 de la Declaración de los derechos del Hombre y el Ciudadano: “Para el mantenimiento de la fuerza y para los gastos de la administración es indispensable una contribución común, que debe ser repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus medios”. La igualdad ante las cargas públicas, tiene como principio ninguna persona está obligada a soportar perjuicios a favor del Estado, más allá de los impuestos por ley.<sup>233</sup>

Otros instrumentos internacionales de derechos humanos, recogen el principio de igualdad ante la ley. La Declaración Universal de Derechos Humanos en el Art. 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y

---

<sup>232</sup> Francisco Orrego Vicuña. *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Pág. 5.

<sup>233</sup> María Graciela Reiriz. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1969. Pág. 29



contra toda provocación a tal discriminación.” Asimismo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José, dispone: “Art. 24.- Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Estos mismos instrumentos reconocen el derecho a la propiedad, que fundamenta otra teoría sobre responsabilidad del Estado. El Art. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”. De igual forma, el Art. 17.2: “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.” El Pacto de San José también reconoce el derecho a la propiedad privada en su artículo 21:

#### Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, antes mencionados, son sumamente importantes en nuestro derecho local, ya que la Constitución de Ecuador otorga jerarquía constitucional a estos instrumentos y supraconstitucional, si los tratados reconocen derechos más favorables que los reconocidos por la Constitución.

Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.<sup>234</sup>

---

<sup>234</sup> El Ecuador es signatario de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, publicada en Registro Oficial 6 de 28 de Abril de 2005. Por lo tanto se genera una discusión respecto a la invocación de esta norma constitucional frente a obligaciones internacionales adquiridas con anterioridad a la promulgación de la Constitución.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:

9. Reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de estos.<sup>235</sup>

La Constitución establece los principios de aplicación e interpretación de los derechos humanos. Entre estos, se encuentra el principios de aplicación directa y progresiva, de interpretación más favorable y *pro homini*, de no restricción. Además califica a los derechos humanos como: inalienables, irrenunciables, interdependientes y de igual jerarquía.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o

---

<sup>235</sup> El ordenamiento ecuatoriano no desconoce el rol del derecho internacional consuetudinario.

desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.<sup>236</sup>

Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

Todas estas normas, nos llevan a concluir que los derechos de igualdad ante la ley y de propiedad, que fundamentan la responsabilidad, están plenamente reconocidos por nuestro sistema. Las inversiones extranjeras son un tipo de propiedad y deben estar protegidas.

La Constitución reconoce la responsabilidad del Estado y de sus agentes y poderes.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:  
9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

La Norma Suprema reconoce, además, el principio de motivación, de doble instancia y de seguridad jurídica:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:  
1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en

---

<sup>236</sup> El subrayado no pertenece al texto original.

la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.<sup>237</sup>

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competente.

En la esfera internacional, los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos son sumamente importantes ya que recogen el principio de responsabilidad y la costumbre internacional en este tema; como se ha reiterado anteriormente. Estos artículos han sido mencionados en el punto 1.3.1 para determinar la esfera de protección de la cláusula paraguas y en el punto 2.2.2 para determinar la jurisdicción del tribunal internacional, previsto en el tratado para conocer disputas sobre la violación de dicha cláusula. En este punto es necesario volver a este instrumento internacional para ahondar en el tema de la responsabilidad internacional del Estado.

Los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos es un instrumento de derecho internacional no vinculante, pero que tiene gran relevancia en todas las esferas del derecho internacional y el de las inversiones no es la excepción, el Derecho de las Inversiones se ve influenciado por este instrumento, ya que estos artículos no se limitan a obligaciones contraídas entre Estados, por el contrario, se extienden a cualquier violación de una obligación internacional, aún cuando, el beneficiario sea un individuo, como es el caso del inversionista; además, este instrumento aclara que las obligaciones pueden ser de cualquier origen, no solo provenientes del tratado. Asimismo estos artículos son pertinentes porque reflejan la costumbre internacional.<sup>238</sup>

Están divididos en tres partes. La primera parte versa sobre el hecho internacionalmente ilícito del Estado y contiene cinco capítulos. El primer capítulo, de esta primera parte, trata los principios generales entre los que se encuentra; la responsabilidad

---

<sup>237</sup> El subrayado no pertenece al texto original

<sup>238</sup> Kaj Hobér. "State Responsibility and Investment Arbitration". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 5 y 6,

internacional de los Estados por todos sus hechos internacionalmente ilícitos,<sup>239</sup> que tienen como elementos; una acción u omisión atribuible al Estado bajo el derecho internacional y esta acción u omisión debe violar una obligación internacional.<sup>240</sup> La calificación se hace de igual forma bajo el derecho internacional<sup>241</sup>.

Before discussing the rules of attribution, it is important to emphasise that the characterization of an act as internationally wrongful is made on the basis of *international law*, irrespective of how such act is characterized by municipal law. One obvious consequence of this fundamental rule is that even though a particular act is lawful under municipal legislation, it may nevertheless constitute a violation of an international obligation of the State in question.<sup>242</sup>

El segundo capítulo trata la atribución de un comportamiento al Estado, es atribuible al Estado todo comportamiento realizado por un órgano del Estado. La calificación de órgano debe hacerse de acuerdo al derecho interno<sup>243</sup>.

Since States are abstract juristic persons they can act only through its agencies, institutions, officials and employees. All of them are in general collectively referred to as state organs. As a matter of principle, all acts of state organs are attributable to the State and may therefore engage the responsibility of the State.<sup>244</sup>

Sin embargo, el Estado no puede eludir su responsabilidad, argumentando que dicho órgano no lo es, bajo su derecho interno.

Even though paragraph 2 of Article 4 refers to the internal law of the State for purposes of identifying an organ of the State, it is clear that it is not sufficient to look at the internal law of the State to determine the status of a state organ. A State cannot avoid responsibility for the activities of one of its organs simply by denying it such status under its own law.<sup>245</sup>

Es igualmente atribuible el comportamiento de personas o entidades que ejercen de hecho o derecho atribuciones de poder público aún cuando exceda sus competencias de acuerdo al

---

<sup>239</sup> Artículo 1. “Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”. *Comisión de Derecho Internacional*. 12 de Diciembre de 2001.

<sup>240</sup> *Ibíd.* Artículo 2.

<sup>241</sup> *Ibíd.* Artículo 3.

<sup>242</sup> Kaj Hobér. “State Responsibility and Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 3 y 4.

<sup>243</sup> Artículo 4. “Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”. *Comisión de Derecho Internacional*. 12 de Diciembre de 2001.

<sup>244</sup> Kaj Hobér. “State Responsibility and Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 7 y 8.

<sup>245</sup> *Ibíd.* Pág. 9

derecho local<sup>246</sup>. También es atribuible al estado el comportamiento de personas o entidades que sin ejercer atribuciones de poder público actúan bajo el control o dirección de Estado<sup>247</sup>; de movimientos insurreccionales que se conviertan en el nuevo gobierno del Estado o formen un Estado dentro del territorio.<sup>248</sup> Finalmente es atribuible cualquier comportamiento que el Estado adopte como propio<sup>249</sup>.

El tercer capítulo de esta primera parte, habla sobre las violaciones de una obligación internacional; y establece que éstas se producen cuando el hecho no está conforme con la obligación adquirida por un Estado, sin importar su naturaleza u origen, este hecho debe producirse durante la vinculación del Estado, a esta obligación internacional.<sup>250</sup> En el caso, de hechos no continuos, la violación se produce al momento del hecho, en el de los continuos, la violación se extiende durante todo el tiempo que el hecho continúe; y cuando la obligación es de prevenir un acontecimiento, se extiende durante todo el acontecimiento, y hasta que se cumpla con la obligación. En el hecho compuesto la violación se produce con la acción u omisión, dentro del conjunto, que es capaz de configurarse como hecho ilícito.<sup>251</sup> El cuarto capítulo habla de la responsabilidad por el hecho de otro Estado que se da principalmente por ayuda o asistencia, coacción o control y dirección. El último capítulo de esta primera parte habla sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho. Entre ellas menciona el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo, estado de necesidad y cumplimiento de normas imperativas; regula cada una de estas figuras. La invocación de estas circunstancias obliga a los Estados a cumplir con las obligaciones una vez que haya cesado la medida y a indemnizar las pérdidas efectivas<sup>252</sup>.

La segunda parte de estos artículos, versa sobre la responsabilidad internacional del Estado. El primer capítulo, hace referencia a principios generales; la responsabilidad

---

<sup>246</sup> Artículo 5, 7 y 9. “Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”. *Comisión de Derecho Internacional*. 12 de Diciembre de 2001

<sup>247</sup> *Ibíd.* Artículo 8.

<sup>248</sup> *Ibíd.* Artículo 10.

<sup>249</sup> *Ibíd.* Artículo 11.

<sup>250</sup> *Ibíd.* Artículo 12 y 13.

<sup>251</sup> *Ibíd.* Artículo 14 y 15.

<sup>252</sup> *Ibíd.* Artículo 27.

generada por el hecho internacionalmente ilícito, no afectan la continuidad del deber de cumplir con la obligación internacional<sup>253</sup>. El Estado debe ponerle fin al hecho y evitar la repetición<sup>254</sup>. Además, está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado.<sup>255</sup> Este instrumento reconoce el principio de irrelevancia del derecho interno: “Artículo 32: El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte”. El segundo capítulo, se refiere a la reparación del perjuicio y explica los distintos modos de reparación y su aplicación. La restitución, cuando sea posible y no genere un perjuicio desmesurado en comparación con el beneficio<sup>256</sup>. La indemnización, que deberá cubrir todo daño, incluyendo el lucro cesante<sup>257</sup>. La satisfacción, que consisten en el reconocimiento y disculpa; se aplicará, exclusivamente, cuando los otros tipos de reparación sean imposibles<sup>258</sup>. Se deberá además los intereses<sup>259</sup>. La tercera parte, se refiere a las violaciones graves emanadas de normas imperativas de derecho internacional, que se verifica por el incumplimiento flagrante o sistemático.

La tercera parte de este instrumento internacional versa sobre los modos de hacer efectiva la responsabilidad. El primer capítulo, establece el modo de invocación y el procedimiento. El segundo capítulo, define las contramedidas, que consisten en el incumplimiento temporario de las obligaciones del Estado lesionado, frente al Estado infractor, para inducirlo a cumplir con sus obligaciones<sup>260</sup>. Existen obligaciones que no pueden ser incumplidas como contramedidas<sup>261</sup>; se establece una medida de proporcionalidad, condiciones y la terminación de estas contramedidas<sup>262</sup>.

La cuarta parte, versa sobre disposiciones generales. Analizando los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos se puede concluir que,

---

<sup>253</sup> Artículo 29. “Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”. *Comisión de Derecho Internacional*. 12 de Diciembre de 2001

<sup>254</sup> *Ibíd.* Artículo 30.

<sup>255</sup> *Ibíd.* Artículo 31.

<sup>256</sup> *Ibíd.* Artículo 35.

<sup>257</sup> *Ibíd.* Artículo 36.

<sup>258</sup> *Ibíd.* Artículo 37.

<sup>259</sup> *Ibíd.* Artículo 38.

<sup>260</sup> *Ibíd.* Artículo 49.

<sup>261</sup> *Ibíd.* Artículo 50.

<sup>262</sup> *Ibíd.* Artículo 51, 52 y 53.

compilan una base sólida de principios. Se ha analizado el principio de responsabilidad del Estado desde sus diversas teorías, que justifican el fundamento jurídico, instrumentos internacionales de derechos humanos y la propia constitución para concluir con la responsabilidad internacional. Este análisis, es de suma importancia para el siguiente punto a tratar, la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y como estos dos principios se relacionan.

### **3.1.2 Soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y autorregulación.**

La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales nace en un contexto histórico donde la explotación de los recursos naturales de los Estados, sobre todos los en vías de desarrollo, estaban en manos de compañías multinacionales, por contratos de concesión por un larguísimo periodo, con condiciones no tan favorables para los Estados, que terminó con la nacionalización de ciertos sectores y la expropiación de las concesiones.

The first half of the 20th century saw the creation and then rapid growth of the international energy industry. Many governments granted generous concessions in the early years to multinational oil corporations in which title to the oil in place was conveyed to the companies, the concession covered large areas, the terms of the concessions were very long (e.g., 60 years or more) and the royalties payable to the government were low. Not surprisingly, developing nations soon decided to reverse course.

Accordingly, the second half of the 20th century was characterized by the nationalization of the oil industry, the termination of those same concession agreements and the expropriation of the assets connected to the concessions.<sup>263</sup>

Instrumentos internacionales han recogido este principio. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966:

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

---

<sup>263</sup> Daniel E. Vieilleville y Baiju Simal Vasani. "Sovereignty over Natural Resources versus Rights under Investment Contracts: Which one Prevails?". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 5 Num. 2, Abril 2008. Pág. 2 y 3.



La más importante, es sin duda, la Resolución 1803 de 1962 sobre Soberanía Permanente sobre Recursos Naturales. Esta contiene 8 principios, el primero es una declaración de la soberanía y la utilización de los recursos para el bienestar común: “Declara lo siguiente: 1. El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado”. El segundo y tercero brindan la potestad de los países, para fijar las condiciones de explotación de los recursos y las ganancias deberán ser compartidas entre los inversionistas y el Estado. El cuarto, establece la expropiación, fundamentada en la utilidad pública y lo más importante con indemnización:

4. La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero. En estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional. En cualquier caso en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas. No obstante, por acuerdo entre Estados soberanos y otras partes interesadas, el litigio podrá dirimirse por arbitraje o arreglo judicial internacional.

El quinto principio es el mutuo respeto e igualdad soberana entre los Estados, el sexto habla sobre cooperación internacional, para países en vías de desarrollo a través de; inversión, intercambio de bienes y servicios, asistencia técnica intercambio de información científica respetando la soberanía sobre sus recursos. El séptimo establece que la violación de este principio va en contra de la Carta de las Naciones Unidas y el último establece el principio de buena fe.

8. Los acuerdos sobre inversiones extranjeras libremente concertados por Estados soberanos o entre ellos deberán cumplirse de buena fe; los Estados y las organizaciones internacionales deberán respetar estricta y escrupulosamente la soberanía de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales de conformidad con la Carta y los principios contenidos en la presente resolución

La Constitución también recoge este principio:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.  
La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Se ha discutido, de igual forma, sobre el alcance del derecho para regular la explotación de los recursos naturales, el derecho a expropiar, la responsabilidad del Estado y la relación con los tratados bilaterales de inversión.

Among the existing principles of international law that these countries attempted to diminish was the principle of *pacta sunt servanda* underlying contractual commitments. Developing states argued that their sovereignty over natural resources superseded any contractual promise, including express commitments by the State not to impair those contractual rights. Furthermore, they proposed that any agreement with a foreign investor was subject to modification or termination based on national interest motives alone. In the face of these stark positions, industrialized nations and developing nations were forced to come together to espouse positions that would meet the needs of both developing nations and international investors.<sup>264</sup>

Daniel E. Vielleville y Baiju Simal Vasani sostienen que no existe duda respecto a que los Estados son soberanos en cuanto a sus recursos naturales y que pueden expropiar las inversiones extranjeras, pero bajo el principio de responsabilidad analizado en la sección anterior, deben compensar dicha expropiación. “There is no question, therefore, that under international law, States have the right to nationalize their own natural resources but that the right is subject to the corresponding obligation to compensate the investor whose property is expropriated”.<sup>265</sup> Este principio es recogido por la *lex petrolea* que se tratara en el punto 3.2.2.

Estos autores, además, resaltan las divergentes posiciones sobre la autorregulación de los Estados y su responsabilidad por la violación de los tratados bilaterales de inversión. Reconociendo la soberanía de los Estados para autorregularse, emitir normas de acuerdo con sus necesidades, pero haciendo hincapié, en su deber de indemnizar, si dichas normas violan estándares en los tratados bilaterales o en los contratos de inversión.

In summary, and notwithstanding some divergent views as to the State conduct prohibited by a stabilization clause, arbitration practice demonstrates that in the presence of an express commitment not to alter the parties’ legal relationship, a State cannot invoke its sovereignty to disregard obligations acquired with respect to foreign investors. In addition, it cannot,

---

<sup>264</sup> Daniel E. Vielleville y Baiju Simal Vasani. “Sovereignty over Natural Resources versus Rights under Investment Contracts: Which one Prevails?”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 5 Num. 2, Abril 2008. Pág. 4.

<sup>265</sup> *Ibíd.* Pág. 12

through measures based on its domestic law, terminate or substantially affect the contractual rights of the investor.<sup>266</sup>

La jurisprudencia ha reconocido la responsabilidad del Estado en casos de regulaciones o normas. “Actions by legislative assemblies are not beyond the reach of bilateral investment treaties. A State is not immune from claims by foreign investors in connection with legislation passed by its legislative body, unless a specific exemption is included in the relevant treaty”.<sup>267</sup> Sin embargo, ha dejado en claro que no toda alteración en el marco regulatorio puede ser visto como una violación del TBI ni del contrato; si no existen cláusulas de estabilidad o compromisos directos con los inversionistas.

This being said, foreign investors are acutely aware that significant modification of taxation levels represents a serious risk, especially when investing in a country at an early stage of economic and institutional development. In many instances, they will obtain the appropriate guarantees in that regard in the form of, for example, stability agreements which limit or prohibit the possibility of tax increases. As a matter of fact, GEM attempted, although without success, to obtain such an agreement in 2001, a few years after Claimants’ initial investment and, in 2002, Vostokneftegaz — a company controlled by Claimants — did secure a stability agreement on a certain number of taxes. In the absence of such a stability agreement in favor of GEM, Claimants have not succeeded in establishing that they had legitimate expectations that they would not be exposed to significant tax increases in the future.<sup>268</sup>

Se reconoce el derecho de los Estados de cambiar su legislación, y adecuarla a sus necesidades y requerimientos.

---

<sup>266</sup> Daniel E. Vieilleville y Baiju Simal Vasani. “Sovereignty over Natural Resources versus Rights under Investment Contracts: Which one Prevails?”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 5 Num. 2, Abril 2008. Pág. 14.

<sup>267</sup> Paushok v Mongolia. Decisión de jurisdicción y responsabilidad. Ad hoc—UNCITRAL .IIC 490, 2011. Para 288

El señor Paushok .de nacionalidad rusa. es dueño de varias compañías en Mongolia; incluyendo GEM una compañía minera dedicada a la extracción de oro. GEM aplica para un acuerdo de estabilización pero no se llega a firmar dicho acuerdo. En el 2002 el precio del oro aumenta considerablemente y el gobierno de Mongolia decide promulgar una ley WPT que impone un impuesto del 68% a cualquier venta de oro que exceda el precio de \$500. Que fue posteriormente modificada. Otra medida por el Estado es la reducción del personal extranjero en las compañías mineras de oro, lo cual llevó a GEM a pagar grandes sumas por penalidades al incumplir dicha disposición. En el 2006 firma un contrato de custodia y compraventa de metales preciosos con el Banco de Mongolia y deposita oro al banco para mantenerlo en custodia. Las cortes de Mongolia niegan las demandas de devolución del impuesto pagado por GEM argumentando que la reforma legal no tiene efectos retroactivos. El fisco de Mongolia realiza una auditoría a GEM y establece que las ganancias obtenidas por el contrato de custodia y compraventa con el Banco de Mongolia deben pagar el impuesto establecido en la ley WPT. GEM impugna estas decisiones. Debido al problema tributario instituciones retiran el financiamiento para el proyecto de construcción de un Refinería. Adicionalmente el Banco de Mongolia había refinado y exportado el oro depositado.

<sup>268</sup> *Ibíd.* Para 302

An investor, without an agreement which limits or prohibits the possibility of tax increases,, should not be surprised to be hit with tax increases in subsequent years and such an event could not be considered as "unpredictable". Mongolia is far from being the only country in the world where dramatic unforeseen increases in the price of certain commodities has led to major changes in taxation regimes of those commodities. Before concluding that a particular taxation level alters "the predictability of the business and legal framework" of a country, an international arbitration tribunal will want to see a clear demonstration that, absent such an agreement, such increase in taxation constitutes a breach of an international obligation of that country. The Tribunal is of the view that Claimants have not succeeded in doing so in the present case.<sup>269</sup>

Se ha analizado la soberanía de los recursos naturales por parte de los Estados, al igual que la soberanía de autorregulación en relación con el principio de responsabilidad, y a la luz del Derecho de las Inversiones; concluyendo que si bien los Estados tienen derecho a expropiar y a emitir normas; los perjuicios que causen a los inversionistas deben ser reparados. Los Estados no pueden, ni deben, usar estos principios como eximentes de responsabilidad. Solo respetando este principio se puede generar una verdadera sociedad global como lo menciona Orrego Vicuña.<sup>270</sup>

### **3.2 Formación de un derecho global**

Se ha mencionado el fenómeno de globalización y su impacto en el derecho a través de los cambios en el derecho internacional, la permeabilización del derecho local y su integración. Enfocándonos en la cláusula paraguas como un mecanismo de globalización. Este fenómeno de convergencia de sistemas jurídicos ha generado la necesidad y el crecimiento de un derecho administrativo global

Subyacente al surgimiento del derecho administrativo global se encuentra el vasto incremento del alcance y formas de la regulación transgubernamental y de la administración diseñada a enfrentar las consecuencias de la interdependencia globalizada en áreas tales como la seguridad, las condiciones del desarrollo y la asistencia financiera a los países en desarrollo, la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, el cumplimiento de las leyes, las telecomunicaciones, el comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual, los estándares laborales, los movimientos transfronterizos de poblaciones, incluyendo a los refugiados. Cada vez más, estas consecuencias no pueden ser adecuadamente afrontadas a

---

<sup>269</sup> Paushok v Mongolia. Decisión de jurisdicción y responsabilidad. Ad hoc—UNCITRAL .IIC 490, 2011. Para 305

<sup>270</sup> Francisco Orrego Vicuña. *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

través de medidas nacionales regulatorias y administrativas aisladas. Como resultado de ello, se han establecido diversos sistemas transnacionales de regulación o de cooperación regulatoria a través de tratados internacionales y de redes intergubernamentales de cooperación más informales, desplazando muchas decisiones regulatorias del nivel nacional al nivel global.<sup>271</sup>

Un sector de la doctrina ha negado la existencia actual de un derecho global e incluso la posibilidad y eficacia del mismo. Sin embargo, la mayoría de la doctrina admite, al menos, una tendencia hacia la creación de un orden jurídico global que pueda ser capaz de regular, apropiadamente, el orden económico y las relaciones que ya están globalizadas.

El fenómeno y la tendencia parecen pues irreversibles, como lo indicara hace décadas Pierre Pescatore, que hemos citado desde 1990 en la primera ed. de nuestro libro *Derechos Humanos*. Ello se aplica tanto a los tratados de derechos humanos como a los tratados de integración económica y a todas las nuevas modalidades, tratados, organizaciones y redes formales e informales que estamos mencionando.

Podremos o no estar ya inmersos en un orden jurídico mundial, eso es materia de interpretación, pero en todo caso la tendencia hacia él parece indubitable. No hay vuelta atrás en el creciente orden jurídico mundial.<sup>272</sup>

El derecho global se ha desarrollado en diferentes ramas, para este análisis es pertinente hablar de la *lex mercatoria* y *lex petrolea*.

### 3.2.1 La *lex mercatoria*

La *lex mercatoria* es quizá la forma más antigua de derecho global. Sus orígenes parecen provenir de la Edad Media, sus ferias y mercados donde comerciantes de diferentes reinos, con normas distintas, confluían, quienes se vieron en la necesidad de crear reglas comunes que rijan sus relaciones. “A number of scholars trace the origins of the new law merchant to medieval times, to the resolution of merchant disputes by medieval fair and market courts. During the eleventh and twelfth centuries, commercial activity began to

---

<sup>271</sup> Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart. “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 22 y 23.

<sup>272</sup> Agustín Gordillo. “Hacia la Unidad del Orden Jurídico Mundial”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág 109.

expand, and along with it the need for governing rules.”<sup>273</sup> Sin embargo, la *lex mercatoria*, como la entendemos ahora, es un fenómeno más reciente que retoma y reinventa la antigua.

De acuerdo, con Christopher Drahoza, existen tres conceptos de *lex mercatoria*; el primero, es un ordenamiento autónomo, creado por las regulaciones de las partes al estar envueltas en el comercio internacional, independiente del derecho local. El segundo, describe a la *lex mercatoria*, como un cuerpo de reglas alternativas al derecho local, capaces de resolver una disputa; y finalmente, puede ser visto como reglas de aplicación complementaria, que consolidan gradualmente los usos mercantiles en el comercio internacional.

As used in modern international arbitration practice, the phrase “law merchant” or “lex mercatoria” has at least three possible meanings, as described by Craig et al.: Lex mercatoria seems to mean different things to different people. . . .

[T]he various notions may usefully be distinguished and grouped under three headings. First, the most ambitious concept of lex mercatoria is that of an autonomous legal order, created spontaneously by parties involved in international economic relations and existing independently of national legal orders. Second, lex mercatoria has been viewed as a body of rules sufficient to decide a dispute, operating as an alternative to an otherwise applicable national law. Third, it may be considered as a complement to otherwise applicable law, viewed as nothing more than the gradual consolidation of usage and settled expectations in international trade<sup>274</sup>

La primera concepción ha sido aceptada por otros autores.

The idea underlying the lex mercatoria and the Troika is to overcome this uncertainty by excluding the applicability of state laws. Being the legal relationship that they regulate international, and not national, it is sometimes affirmed that international commercial contracts should not be subject to a domestic system of law; being the interests and requirements of international transactions in continuous development, international contracts should be subject to a system that is equally capable of developing in a flexible way. The lex mercatoria, as a spontaneous system of law that arises outside of the boundaries of domestic law and derives from the practice of international business, is according to this approach affirmed to be the proper system to govern international commercial contracts.<sup>275</sup>

El concepto relevante, más allá de las disquisiciones doctrinarias, es la *lex mercatoria* como un conjunto de principios que regulan las relaciones comerciales, basadas en usos

---

<sup>273</sup> Christopher R. Drahoza. “Contracting Out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 4.

<sup>274</sup> *Ibíd.* Pág. 5.

<sup>275</sup> Giuditta Cordero Moss. “The “Troika” and Its Effects on the Harmonisation of Contract Law - Illustrated by the Duty of Good Faith Between the Parties”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 6 Num. 1, Marzo 2009 <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 16 y 17

mercantiles. Que se nutre de instrumentos internacionales y locales. Si bien la *lex mercatoria* tiene un contenido comercial, se cree que sus principios pueden ser aplicados a disputas en materia de inversión sobre derechos contractuales<sup>276</sup>.

### 3.2.2 La *lex petrolea*

La *lex petrolea* es un conjunto de principios y reglas en materia de explotación y producción petrolera y de energía, que se desarrolló a través de la extracción y compilación de estos principios de laudos arbitrales internacionales en esta materia. Doak Bishop en su artículo “International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a *Lex Petrolea*”, publicado en 1998, fue el primero en sostener que las prácticas de los tribunales han dado origen un derecho global en materia de petróleo y energía. Desde entonces se ha ido desarrollando la *lex petrolea*.

Doak Bishop’s groundbreaking 1998 article entitled International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea. The underlying thesis of both articles is that the published awards relating to the international exploration and production industry have created a ‘lex petrolea’ or customary law comprising legal rules adapted to the industry’s nature and specificities.<sup>277</sup>

La *lex petrolea* establece varios principios y reglas; Doak Bishop, reafirma el principio de la potestad de los Estados para nacionalizar sus recursos naturales, y la consecuencia que es la indemnización, de acuerdo con el principio de responsabilidad. Sin embargo, este autor señala la confusión que se ha dado entre la expropiación legal e ilegal. Aclarando que en ambos casos se debe indemnizar, pero que esta indemnización puede aumentar si se trata de una expropiación ilegal.

The lawfulness of nationalizations has been the subject of considerable confusion over the years in arbitral decisions. There is no question under international law today that States have the right to nationalize their own natural resources, but that right comes with a corresponding obligation to compensate the party whose property is confiscated. The modern issue is the amount of compensation payable for a nationalization. In that context, the lawfulness or

---

<sup>276</sup> Ole Spiermann. “Applicable Law”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Pág. 29.

<sup>277</sup> Thomas C.C. Childs. “Update on Lex Petrolea: The Continuing Development of Customary Law Relating to International Oil and Gas Exploration and Production”. *The Journal of World Energy Law & Business*, Agosto 2011. Pág 1

unlawfulness of a nationalization may affect the standard for compensating, as well as the amount of compensation payable.<sup>278</sup>

De igual forma se establecen los requisitos para que una expropiación sea calificada de ilegal. Estos son la discriminación, la falta de un interés público, si no es compensada de acuerdo a lo pactado.

These cases stand for the proposition that an expropriation is unlawful if it is discriminatory, it is not motivated by the public interest of the expropriating country, it breaches stabilization clauses of the parties' contract, or if no compensation is paid, offered or other provision for it made. The modern effect of such illegality, however, is merely to permit an award of additional compensation.<sup>279</sup>

Además, este autor, establece que las cláusulas de estabilización en los contratos, no limitan la potestad del Estado para expropiar las concesiones, pero sí vuelve a esta expropiación ilegal.

The purpose of these clauses was to ensure that the concessions would be operative for the full term provided in the contract. The modern consequence of the classic stabilization clause aimed at prohibiting an expropriation is not to invalidate a nationalization, but to make it unlawful, which in turn affects the amount of compensation that may be awarded.<sup>280</sup>

Otra discusión, se ha dado respecto al carácter administrativo del contrato de concesión, y la potestad del Estado de terminar unilateralmente, como eximente de responsabilidad. Esta alegación, por parte de los Estados, ha sido unánimemente rechazada. Lo que lleva a concluir, que si bien los Estados pueden terminar las concesiones, deberán de cualquier forma, indemnizar a los inversionistas.

Some governments have claimed that Petroleum concessions were administrative contracts, which allow the governments unilaterally to amend or terminate the agreements. These Claims have been uniformly rejected by international arbitral tribunals, except for the *BP v. Libya* case, in which the Government did not argue that an administrative contract allows it unilaterally to modify or terminate the agreement.<sup>281</sup>

La *lex petrolea* ha establecido varios principios en cuanto a la reparación, debido a una disquisición, respecto a la posibilidad de que la expropiación sea reparada como restitución o cumplimiento específico; se ha llegado a la conclusión de que, la forma de reparación en caso de expropiación es la indemnización, la restitución y el cumplimiento específico solo

---

<sup>278</sup> Doak Bishop. "International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a 'Lex Petrolea'". *YCA*, 1998. Pág. 1157

<sup>279</sup> *Ibíd.* Pág. 1159

<sup>280</sup> *Ibíd.* 1159 y 1160

<sup>281</sup> *Ibíd.* Pág. 1171.



pueden ser aplicados en ciertos casos de expropiación ilegal o cuando el Estado sea incapaz de indemnizar.

Some petroleum companies have asserted as their principal remedy in nationalization cases the right to restitution in kind (*restitutio in integrum*) or specific performance. These assertions touched off a debate over whether restitution in kind or specific performance is recognized in international law as a remedy for a nationalization. In modern practice, restitution in kind does not appear to be generally recognized as a remedy for an expropriation, although it might be applied if the expropriation is unlawful or the Government is incapable of discharging its obligations<sup>282</sup>

En cuanto a la indemnización, se ha establecido que el daño emergente siempre debe ser reparado.

*Dammum emergens*, which refers to out-of-pocket costs and losses, is the least controversial element of damages awardable for an expropriation. It is universally held that if any compensation is due, at a minimum, the *dammum emergens* must be paid by the expropriating State.<sup>283</sup>

Tratándose del lucro cesante, no existe un consenso, pero se ha establecido que por lo menos, en el caso de una expropiación ilegal este debe ser otorgado.

Considerable controversy surrounds the question of whether lost profits may be awarded for an expropriation, although it is likely that lost profits may be included in the compensation if the expropriation is unlawful under international law. Because of this dispute, some arbitral tribunals have noted that parties have resorted to creative ways to claim lost profits, without calling them such.<sup>284</sup>

Estos principios, que ha formado la *lex petrolea*, han provenido principalmente de fallos arbitrales de tribunales internacionales. Es de esta manera, como el Derecho de las Inversiones puede nutrir y lo hace, al derecho global. Además, la absorción de estos principios y su incorporación en el derecho local, fortalecen ese proceso de integración.

### 3.2.3 Derecho administrativo global

El derecho administrativo global nace en este proceso de globalización mundial y dentro de los cambios que se han dado en la soberanía de los Estados y el derecho

---

<sup>282</sup> Doak Bishop. "International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a 'Lex Petrolea'". YCA, 1998. Pág. 1174

<sup>283</sup> *Ibíd.* Pág. 1176

<sup>284</sup> *Ibíd.* Pág 1177

internacional; éste es definido como principios prácticas y mecanismos que regulan las instituciones globales.

Estos desarrollos nos llevan a definir al derecho administrativo global como aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la *accountability*<sup>285</sup> [...] asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban.<sup>286</sup>

Eduardo Zuleta Jaramillo, Rafael Rincón y Santiago Jaramillo definen al derecho administrativo en igual sentido.

It can be said to be the law that governs the exercise of recognizable administrative and regulatory functions by global institutions. These functions, once performed by domestic state entities with executive powers, are now under the sphere of “global entities”, which may be regarded as international organizations under public international law.<sup>287</sup>

Battini explica la evolución y cómo se llegó a este derecho administrativo global. En un periodo inicial tomo la forma de derecho administrativo internacional, como derecho internacional público, creado por los Estados y aplicado en sus relaciones; sin embargo, como explica este autor, al tratarse de temas administrativos afectó e influyó el derecho local.

There was initially a first phase dominated by legal dualism. During this phase, ultra-state administrative law took shape as *international administrative law*. This is a type of law that belongs to the genus of international law because it is produced by states and is enforceable in their reciprocal relations. It is however a species of it because the reciprocal obligations between States deal with administrative matters and therefore affect national administrative laws.<sup>288</sup>

El siguiente periodo el derecho internacional administrativo se desarrolló paralelamente al derecho administrativo internacional, relación entre administración y administrado.

---

<sup>285</sup> El concepto de *accountability* no tiene una palabra exacta en español pero es la rendición de cuentas, la ejecutabilidad de la responsabilidad.

<sup>286</sup> Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart. “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 24.

<sup>287</sup> Eduardo Zuleta Jaramillo, Rafael Rincón y Santiago Jaramillo. “Global Administrative Law and International Jurisprudence”. *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*. Javier Robalino Orellana y Javier Rodríguez-Arana Muñoz. Londres: CMP Publishing, 2010. Pág. 220.

<sup>288</sup> Stefano Battini. “International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?”. *International Law and Justice Working Papers*. Nueva York: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, 2005. Pág 5.

There followed a period during which changes in political and legal affairs required a revisiting and refining of traditional dualistic schemes. In this phase, *administrative international law* gained footing alongside international administrative law. This is a type of law that belongs to the genus of administrative law because it regulates relationships between administrations and private parties. It is distinct from the species of state administrative law, however, because it is a law that is internal to the order of an international organization.<sup>289</sup>

Finalmente, se ha abandonado esta visión dualista y ambos derechos se han nutrido mutuamente para el surgimiento de un derecho administrativo global que regula tanto las relaciones entre Estado como con individuos.

A new phase is now dawning in which the evolution of the system of international organizations appears in many respects to renounce its legal representation in dualistic terms. In this phase, we are witnessing the emergence of a *global administrative law*. I will attempt to demonstrate that this results from the development and fusion of the preceding two forms of ultra-state administrative law. It is a type of law that belongs to a legal order that includes amongst its subjects states as well as individuals.<sup>290</sup>

Kingsbury, Krisch y Stewart explican dos formas de integración para la creación del derecho administrativo global. Uno desde abajo hacia arriba y otro desde arriba hacia abajo.

Two general approaches to constructing global administrative law are evident in current practice. One focuses on the application of domestic administrative law to global administration “bottom-up”, the other on constructing international mechanisms “top-down”. A threshold question is whether and to what extent any approach to the development of global administrative law can sensibly begin with approaches developed for the legal control of administration in domestic context.<sup>291</sup>

La cláusula paraguas, como mecanismo de integración, generaría derecho administrativo global desde arriba hacia abajo (*top-down*), ya que protege los derechos contractuales, otorgados en el derecho local, bajo el derecho internacional; como se explicó con anterioridad. Este derecho administrativo global se nutre de diferentes regulaciones que sirven como fuentes:

Se pueden distinguir cinco tipos principales de regulación administrativa globalizada: (1) Administración por parte de organizaciones internacionales formales; (2) administración basada en la acción colectiva de redes transnacionales de acuerdos de cooperación entre

---

<sup>289</sup> Stefano Battini. “International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?”. *International Law and Justice Working Papers*. Nueva York: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, 2005. Pág 6

<sup>290</sup> *Ibíd.*

<sup>291</sup> Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart. “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 53.

funcionarios reguladores nacionales; (3) administración distribuida llevada a cabo por reguladores nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes cooperativos; (4) administración por acuerdos híbridos intergubernamentales-privados; y (5) administración por instituciones privadas con funciones regulatorias. En la práctica, muchas de estas capas se superponen o se combinan.<sup>292</sup>

Otros autores, mencionan que la fuente más importante debería ser un nuevo *ius gentium*.

Un mejor reflejo de las fuentes legales de las prácticas normativas existentes en la administración global podría basarse en una versión revitalizada del *ius gentium* que englobaría normas que emergen entre una gran variedad de actores y en escenarios muy diversos, en lugar de depender de un *ius inter gentes* construido sobre acuerdos entre Estados<sup>293</sup>

Meilán concuerda con este criterio, y considera que el derecho administrativo global es la revitalización del *ius gentium*.

As a result, we speak of a revitalization of the *ius gentium*, which supersedes a *ius inter gentes*<sup>22</sup> of the classical international law, and includes a return to the natural law not merely for ethical reasons – by faith – but also by fear<sup>23</sup> It is not advisable to stay out of the system.<sup>294</sup>

Benedict Kingsbury y Stephan Schill explican que, el derecho administrativo global es una estructura conformada por mecanismos, principios y prácticas que requieren brindar reglas comunes para no afectar la *accountability*<sup>295</sup> ante los individuos y Estados. Para esto, se han fijado principios y estándares que se deben seguir. Entre ellos se destacan la transparencia, participación, decisiones razonadas, legalidad y revisión.

Global administrative law is emerging as the evolving regulatory structures are each confronted with demands for transparency, consultation, participation, reasoned decisions and review mechanisms to promote accountability. These demands, and responses to them, are increasingly framed in terms that have a common normative character, specifically an administrative law character. The sense that there is some unity of proper principles and practices across these issue areas is of growing importance to the strengthening, or eroding, of legitimacy and effectiveness in these different governance regimes. Endeavouring to take account of these phenomena, one approach understands global administrative law as the legal mechanisms, principles and practices, along with supporting social understandings, that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular

---

<sup>292</sup> Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart. “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 28

<sup>293</sup> *Ibíd.* Pág 40

<sup>294</sup> Jose Luis Meilán Gil. “Global Administrative Law and Human Rights”. *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*. Javier Robalino Orellana y Javier Rodríguez-Arana Muñoz. Londres: CMP Publishing, 2010. Pág, 19.

<sup>295</sup> *Supra* 287

by ensuring that these bodies meet adequate standards of transparency, consultation, participation, rationality and legality, and by providing effective review of the rules and decisions these bodies make.<sup>296</sup>

Los principios son la base fundamental del derecho administrativo global, como lo explica

José Luis Meilán Gil:

Global administrative law will be based fundamentally on principles and, in this sense, human rights may provide a significant contribution to the universality of the general principles of law and common principles existing in the administrative procedures and institutions. Indications normally pertaining to global administrative law are a proof of this affirmation.<sup>297</sup>

Los instrumentos de derechos humanos, de acuerdo con este autor, proveen de algunos de estos principios y generan un auténtico sistema legal global.

To aspire to a global administrative law is something more than wishful thinking or a utopian idea. Declarations of human rights provide principles and rules to inform the transnational relations of globalization and make up an authentic legal system.<sup>298</sup>

Otros autores, establecen a la jurisprudencia internacional como una fuente de derecho administrativo global. El Derecho de las Inversiones aporta sustancialmente, en el campo jurisprudencial, como se profundizará a continuación.

Summing up, international jurisprudence is a binding form of global administrative law to those parties involved in a dispute. It will also be a non-binding form of global administrative law to third parties who are not part of such dispute. Hence, international jurisprudence may support the emergence of a global administrative law, but without altering the rules contained in Articles 38 and 59 of the ICJ Statute. Global administrative law is, as mentioned earlier, different from public international law.<sup>299</sup>

Eduardo Zuleta Jaramillo, Rafael Rincón y Santiago Jaramillo en su artículo: “Global Administrative Law and International Jurisprudence” analizan principios de derecho administrativo global reconocidos por los tribunales internacionales. Entre estos, se encuentran; el debido proceso desde la perspectiva del Derecho de las Inversiones y los

---

<sup>296</sup> Benedict Kingsbury y Stephan Schill. “Investor- State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the emerging Global Administrative Law”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 228

<sup>297</sup> Jose Luis Meilán Gil. “Global Administrative Law and Human Rights”. *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*. Javier Robalino Orellana y Javier Rodríguez-Arana Muñoz. Londres: CMP Publishing, 2010. Pág. 17.

<sup>298</sup> *Ibíd.* Pág., 31

<sup>299</sup> Eduardo Zuleta Jaramillo, Rafael Rincón y Santiago Jaramillo. “Global Administrative Law and International Jurisprudence”. *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*. Javier Robalino Orellana y Javier Rodríguez-Arana Muñoz. Londres: CMP Publishing, 2010. Pág. 221 y 222

derechos humanos, la no expropiación sin compensación y el equilibrio económico en los contratos administrativos.<sup>300</sup>

Recientemente, Gus Van Harten y Martin Loughlin, han sostenido que la creciente ola de arbitraje internacional bajo TBIs, debería ser vista como “a powerful species of global administrative law.”<sup>301</sup> Estos autores brindan cuatro razones para concebir el Derecho de las Inversiones como un tipo de derecho administrativo global. La primera es que los inversionistas tienen *ius standi* y por lo tanto pueden reclamar a los estados directamente, lo han llamado “principio de individualización”. La segunda es el “principio de daños” ya que los reclamos otorgados por daños y su compensación, son típicos del derecho administrativo. Existe una ejecución directa, y finalmente, los tratados bilaterales de inversión brindan diferentes opciones para que el inversionista elija el foro.<sup>302</sup>

Esta visión del Derecho de las Inversiones como una forma de derecho administrativo global ha sido criticada, especialmente por Jorge A. Barraguirre en su artículo: “Los Tratados Bilaterales de Inversión y el Convenio CIADI: ¿La evaporación del Derecho Administrativo doméstico?”. A pesar, de esta discrepancia, incluso este autor reconoce la permeabilidad del derecho local. “Sin embargo, si tuviera que dar una respuesta a la pregunta si el arbitraje de inversión es parte del derecho administrativo global diría que la razón más poderosa para concebirlo de ese modo es la presión disciplinaria (o el impacto) que tiene sobre los programas administrativos domésticos”.<sup>303</sup>

La mayoría de la doctrina sostiene, por lo menos, que el derecho administrativo global y la *lex administrativa* se nutre del Derecho de las Inversiones y sus fallos arbitrales. “Through publicly available and widely studied awards, investor-State arbitral tribunals are

---

<sup>300</sup> Eduardo Zuleta Jaramillo, Rafael Rincón y Santiago Jaramillo. “Global Administrative Law and International Jurisprudence”. *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*. Javier Robalino Orellana y Javier Rodríguez-Arana Muñoz. Londres: CMP Publishing, 2010. Pág. 223 -233.

<sup>301</sup> Gus Van Harten,. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. Pág. 159 y 160.

<sup>302</sup> *Ibíd.*

<sup>303</sup> Jorge A. Barraguirre. “Los Tratados Bilaterales de Inversión y el Convenio CIADI: ¿La evaporación del Derecho Administrativo doméstico?”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 212,

helping to define specific principles of global administrative law and set standards for States in their internal administrative processes”.<sup>304</sup> Además, este derecho que ha sido una vía importante, de integración entre los ordenamientos locales e internacionales.

The standards thus reinforced or created by arbitral tribunals reflect general principles for the exercise of public power that are applicable not only to State conduct, but likely will be applied over time, *mutatis mutandis*, to the activities of arbitral tribunals themselves. Investor-State arbitration is thus developing into a form of global governance.<sup>305</sup>

Santiago Mott, en su artículo: “What International Investment Law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation”, apoya la visión, de que los estándares de trato establecidos en el TBI, constituyen principios de buena gobernanza.<sup>306</sup> Un ejemplo de ello son los elementos que ha desarrollado la jurisprudencia del trato justo y equitativo. Que vienen a convertirse en principios del derecho administrativo global.

Five clusters of normative principles recur in the more detailed specification by arbitral tribunals of elements of fair and equitable treatment.<sup>23</sup> These principles are (1) the requirement of stability, predictability and consistency of the legal framework, (2) the protection of legitimate expectations, (3) the requirement to grant procedural and administrative due process and the prohibition of denial of justice, (4) the requirement of transparency, and (5) the requirement of reasonableness and proportionality. These principles also figure prominently as sub-elements or expressions of the broader concept of the rule of law in many domestic legal systems.<sup>307</sup>

Este autor, además otorga a los tratados bilaterales de inversión la capacidad de generar una jurisprudencia constitucional, entendida en el sentido de los sistemas del *common law*; por el cual a través de un proceso judicial (o arbitral) se genera contenido a normas amplias, como las constitucionales, que en este caso son disposiciones de los tratados. “The combination of these two aspects signifies that BIT interpretation is giving rise to a genuine

---

<sup>304</sup> Benedict Kingsbury y Stephan Schill. “Investor- State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the emerging Global Administrative Law”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 222,

<sup>305</sup> *Ibíd.* Pág. 223

<sup>306</sup> Santiago Montt. “What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other. Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág 319

<sup>307</sup> Benedict Kingsbury y Stephan Schill. “Investor- State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the emerging Global Administrative Law”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 234

constitutional jurisprudence, by which I mean a process of judicial norm-creation that gives actual specific content to the overly general provisions of the treaties”.<sup>308</sup> Este derecho administrativo global es el punto de convergencia, entre el Derecho de las Inversiones y el derecho local.

BITs and their system of dispute resolution constitute not only a mechanism of global governance, but also one that is producing a new global constitutional and administrative law (GCL & GAL.) This new global public law complements and even corrects (in a descriptive sense) domestic public law. The balance/tension of property rights and the public interest, a key dimension of both constitutional and administrative law, is now present at the global plane.<sup>309</sup>

En relación con Latinoamérica el Derecho de las Inversiones le exige establecer y mantener un marco normativo apropiado que ha sido reconocido como requisito indispensable, para el éxito de la iniciativa privada.<sup>310</sup> Este es un reto, para estos países, que deberán evaluar este derecho desde la perspectiva de un derecho administrativo global.

Therefore, as I will try to show in this paper, developing countries in general and Latin America in particular face the challenge to think about the BIT generation in terms of global governance and global constitutional and administrative law, and to assess whether or not this new structural pillar of the world order is advancing essential goals such as economic development, the rule of law, and, more generally, personal autonomy and welfare.<sup>311</sup>

La idea es que Latinoamérica logre introducir estos estándares a su legislación local que se logre la integración, elevando a los inversionistas nacionales a los mismos estándares establecidos por el derecho internacional

If BITs really contain international minimum standards and not an unjustified commitment to the status quo, then those standards should necessarily be extended, sooner or later, to domestic investors. [...]

The idea today is not to level foreign investors down to the potentially precarious condition of national investors, but to demand reasonable principles of international investment law, and to then level national investors up to those standards.<sup>312</sup>

El derecho administrativo global, se compone de principios como; la transparencia, predictibilidad, decisiones razonadas, la participación entre otros; que han nacido de una interacción entre el derecho administrativo internacional y el derecho internacional

---

<sup>308</sup> Santiago Montt. “What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other. Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009. Pág. 305

<sup>309</sup> *Ibíd.* Pág. 311

<sup>310</sup> *Ibíd.* Pág. 320

<sup>311</sup> *Ibíd.* Pág. 296

<sup>312</sup> *Ibíd.* Pág. 302



administrativo recogiendo muchos principios del derecho local. El Derecho de las Inversiones, juega un papel fundamental en la creación de este derecho, a través de fallos arbitrales que desarrollan estándares de trato en la inversión. A la vez que se fomenta el fenómeno de integración con el derecho local por la adopción de éste de dichos estándares.

### **3.3 Sumario Capítulo 3**

En este tercer capítulo se analizó un tema muy actual y de avanzada, como es la integración del derecho internacional y local a través de la sujeción de los Estados al “*rule of law*” y al *ius cogens*. Con mecanismos que facilitan dicho proceso, como son; la inclusión del principio *pacta sunt servanda*, de la adopción de principios internacionales dentro del ejercicio de poderes discrecionales, políticas públicas y compromisos unilaterales. Se examinó principalmente, la protección del contrato en la esfera internacional como vehículo integrador y la cláusula paraguas. Se profundizó en principios trascendentales como el de responsabilidad del Estado desde los derechos humanos, constitución y la responsabilidad internacional. Al igual que, el principio de soberanía permanente de los Estados de sus recursos naturales y la autorregulación. Para finalizar en el derecho administrativo global como un conjunto de reglas principios, mecanismos que pretenden regular un mundo globalizado. Se empezó con la *lex mercatoria*, y se analizó su posible relación con el Derecho de las Inversiones. Luego se trató la *lex petrolea* en la cual el derecho internacional y la práctica jurisprudencial dieron origen a principios que deben ser adoptados por el derecho local.

#### 4 Conclusiones

En la introducción, se planteó la hipótesis de que la cláusula paraguas, en el Derecho de la Inversiones, es un medio para la globalización del derecho, ya que es un mecanismo de integración entre el derecho local e internacional; y enriquece a un derecho administrativo global. A lo largo de esta tesina, se logró demostrar dicha hipótesis al igual que las premisas que la sostenían. La primera premisa, es que la cláusula paraguas protege a los inversionistas, frente a las violaciones contractuales y les brinda un derecho a acudir a tribunales internacionales. La segunda premisa, sostiene la ausencia de conflictos de jurisdicción entre dicha cláusula y la cláusula de solución de controversias en el contrato.

Partiendo de dicha hipótesis se analizó la cláusula paraguas, figura prevista en el 40% de los tratados bilaterales de inversión, y en seis suscritos por el Ecuador. Se estudió la historia de la cláusula paraguas para dilucidar la intención que tuvieron los creadores. De la historia, se desprende la conclusión que, esta cláusula pretendía proteger los derechos contractuales, en especial los contratos de concesión, bajo el derecho internacional y brindar al inversionista el derecho para acudir a un tribunal internacional. Esta afirmación se sustenta en la primera cláusula paraguas, que incorporó las obligaciones nacidas de un acuerdo entre una compañía privada y el Gobierno de Irán, a un tratado entre este país (y Reino Unido). Otros tratados modelos y el primer TBI confirman, mediante su lenguaje la protección de los derechos contractuales.

Además de la historia, se reafirmó la protección de los derechos contractuales por vía de la cláusula paraguas, analizando el lenguaje y redacción de las cláusulas en los tratados bilaterales suscritos por el Ecuador, los cuales mostraron que no existe razón para limitar la esfera de protección de esta disposición. También, se estableció que de acuerdo a los principios de interpretación; del significado ordinario de las palabras y el principio del efecto útil de las disposiciones en un tratado; no existe una limitación de la protección de esta cláusula a los derechos contractuales.

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

Una vez establecido que la cláusula paraguas protege los derechos contractuales bajo el derecho internacional. Se determinó que esta protección no limita a violaciones hechas en ejercicio del *ius imperii* ya que de acuerdo al lenguaje de las mismas y los principios del derecho internacional como: la interpretación no restrictiva y los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos; no existe justificación para excluir de la esfera de protección a las violaciones contractuales que no sean producto del ejercicio de potestades estatales. Sin embargo, se puso en evidencia la necesidad de limitar la esfera de protección, a través de la jurisprudencia, para evitar que todo mínimo desacuerdo sea llevado ante un tribunal internacional, para esto se propuso la utilización de la doctrina de incumplimiento relevante.

Se demostró que esta cláusula protege los compromisos unilaterales, dejando a salvo la potestad de los Estados de autorregularse; y excluyendo de la esfera de protección el cambio en la legislación, que no comprenda un compromiso específico con el inversionista. Este análisis de la cláusula paraguas comprobó la premisa de que esta disposición protege derechos contractuales bajo el Derecho de las Inversiones.

En relación con esta cláusula, se determinó la jurisdicción exclusiva del tribunal internacional, previsto en el tratado, para conocer sobre la violación de la cláusula paraguas. Al tratarse de un estándar de protección, el tribunal del contrato no puede tener jurisdicción sobre estas disputas. Esta afirmación, fue apoyada con la no invocación del derecho interno para incumplir las obligaciones internacionales, prevista en la Convención de Viena y los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. También se encontró soporte, en el principio de responsabilidad internacional del

Estado, por el cual, las violaciones de obligaciones internacionales, como la cláusula paraguas, deben ser juzgadas por el derecho internacional. Además, el principio de buena fe que obliga a respetar los compromisos asumidos. Finalmente se utilizó otras instituciones como la litispendencia, *res judicata* y *lex generalia specialibus non derogant*.

Si bien el tribunal se concluyó que internacional tiene jurisdicción exclusiva sobre las disputas sobre la violación de la cláusula paraguas, esto no produce un conflicto de jurisdicción con la cláusula de solución de controversias prevista en el contrato, ya que los mismos hechos pueden dar origen a dos controversias, lo que se ha llamado procedimientos paralelos, pero estas disputas tienen causas de acción diferentes y se fundan en derechos distintos. Por esta razón, los procedimientos paralelos no generan conflicto y se demuestra la coexistencia de remedios en el derecho local e internacional que no son mutuamente excluyentes, que es la segunda premisa de la que parte la hipótesis.

Después de comprobar que los derechos contractuales están protegidos por el derecho internacional, y que existe una concurrencia de remedios; se estableció la existencia de un fenómeno de integración del derecho internacional con el local y la creación de un derecho administrativo global. Para esto, se comprobó la integración a través de cambios en el derecho internacional y la adopción de principios de éste en el derecho local. Se estableció la sujeción de los Estados al “*rule of law*” y el *ius cogens*. Se mencionó algunos mecanismos por los que se produce esta integración, entre ellos la protección de los derechos contractuales en la esfera internacional, por vía de la cláusula paraguas, por la cual, el derecho interno se ve influenciado por las decisiones jurisprudenciales de los tribunales internacionales.

Se demostró la tendencia de crear un derecho global acorde con el mundo en que se desenvuelven las relaciones jurídicas. Este derecho es un conjunto de principios, reglas, instituciones y mecanismos capaz de regular el mundo globalizado. Finalmente, se demostró el desarrollo y enriquecimiento del derecho administrativo global, se determinó sus principios como; transparencia, motivación, participación, legalidad entre otros. Igualmente se estableció la influencia del Derecho de las Inversiones en la generación y

enriquecimiento del derecho administrativo global gracias al desarrollo jurisprudencial. Este desarrollo, ha permitido establecer los principios de buena gobernanza, ya mencionados.

En síntesis a lo largo de esta tesina se ha demostrado la hipótesis planteada. La cláusula paraguas, efectivamente, es un medio de globalización del derecho ya que otorga jurisdicción al tribunal internacional, para juzgar si las violaciones contractuales conllevan violaciones del tratado. Esto crea una integración de sistemas jurídicos, a través, de la permeabilidad del derecho local, que adopta criterios y principios de los tribunales internacionales. Este fenómeno es el enfoque *top-down*, mencionado por Kinsbury, son un modo de construcción del derecho administrativo global.

## Bibliografía

- Alexandrov, Stanimir A. “Breaches of Contract and Breaches of Treaty- The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claim in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 3 Num. 5, Diciembre 2006. 551-557. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Barraguirre, Jorge A. “Los Tratados Bilaterales de Inversión y el Convenio CIADI: ¿La evaporación del Derecho Administrativo doméstico?”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009
- Battini, Stefano. “International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?”. *International Law and Justice Working Papers*. Nueva York: Institute for International Law y Justice New York University School of Law, 2005
- Bishop, Doak. “International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a 'Lex Petrolea'”. *YCA*, 1998
- Bishop, Doak, James Crawford y Michael Reisman. *Foreign Investment Disputes*. La Haya: Kluwer Law International, 2005.
- Blackaby, Nigel. "The Coexistence of Local and International Law Remedies: Conclusion". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 4, Agosto 2005. 44-46. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Childs, Thomas C.C. “Update on Lex Petrolea: The Continuing Development of Customary Law Relating to International Oil and Gas Exploration and Production”. *The Journal of World Energy Law & Business*, Agosto 2011.

- Connerty, Anthony. "Investor-State Disputes and Investment Treaty Arbitration". *A Manual of International Dispute Resolution*. 1 de Enero de 2006. <<http://vlex.com/vid/investor-disputes-treaty-arbitration-445342#ixzz18fPWO6I>>
- Connors, Paul C. "Investor-State Arbitration--ICSID Suggests Caution in Resting Treaty Claims on Disputes Over Which Tribunals Can Decline Jurisdiction--Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award". *Suffolk Transnational Law Review* .Vol. 32 Num. 2, Junio 2009
- Cordero Moss, Giuditta. "The "Troika" and Its Effects on the Harmonisation of Contract Law -Illustrated by the Duty of Good Faith Between the Parties". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 6 Num. 1, Marzo 2009 <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Corell, Hans. "Introduction to the Energy Charter Treaty". *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*. Clarisse Ribeiro. Nueva York: JurisNet, 2006.
- Crawford, James. "Treaty and Contract in Investment Arbitration". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde, Enero 2008. 1-22. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Cremades, Bernardo. "The Coexistence of Local and International Law Remedies: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 4, Agosto 2005. 33-44. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Cremades, Bernardo. "Disputes Arising Out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues". *Dispute Resolution Journal* .Vol. 59 Num. 2, Mayo 2004. <<http://vlex.com/vid/disputes-arising-calvo-jurisdictional-61758215#ixzz18fQsXqif>>
- Dolzer, Rudolf y Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008.

- Dolzer, Rudolf y Margrete Stevens. *Bilateral Investment Treaties*. La Haya: Kluwer Law International, 1995
- Drahoza, Christopher R. “Contracting Out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Dugan, Christopher, Don Wallace Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi. *Investment State Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- Erize, Luis Alberto. “La Protección de Inversiones y el Arbitraje Internacional”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. 61-128.
- Fernández Masiá, Enrique. *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Gaillard, Emmanuel. “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims- the SGS Case Considered”. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Todd Weiler. Londres: London Commerce, Mayo 2005
- Gordillo, Agustín. “Hacia la Unidad del Orden Jurídico Mundial”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009
- González Campos, Julio; Luis I. Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Civitas, 2003.
- Gritón Salias, María Cristina. “Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings”. *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century: essay in honor of Christoph Schreuer*. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch y Stephan Wittich. Oxford NY: Oxford University Press, 2009.



- Happ, Richard y Noah Rubins. *Digest of ICSID Awards and Decisions 2003-2007*. Oxford NY: Oxford University Press, 2009.
- Hobér, Kaj. “State Responsibility and Investment Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Howell, David. “International Investment Arbitration”. *Mondaq Business Briefing*. Enero 2006.<<http://vlex.com/vid/international-investment-arbitration-part-2-55817066#ixzz18fRUI4gw>>
- Kingsbury, Benedict; Nico Krisch y Richard B. Stewart. “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009
- Kingsbury, Benedict y Stephan Schill. “Investor- State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the emerging Global Administrative Law”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009
- McLachlam, Campbell; Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007.
- McLean, Janet. “Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law”. *International Law and Justice Working Papers*. Nueva York: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, 2005
- Meilán Gil, Jose Luis. “Global Administrative Law and Human Rights”. *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*. Javier Robalino Orellana y Javier Rodríguez-Arana Muñoz. Londres: CMP Publishing, 2010. 11-33.

- Mereminskaya, Elina. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia Para Los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, Julio-Diciembre 2009. 13-59.
- Montt, Santiago. “What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other. Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation”. *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*. Buenos Aires: Institute for International Law and Justice New York University School of Law, Universidad de San Andrés y Res Publica Argentina, 2009
- Olarte Bácares, Diana Carolina. “El Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: el Reencuentro con los Derechos Humanos”. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2010.
- Orrego Vicuña, Francisco. *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Parraguez Ruiz, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Teoría de las Obligaciones*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006
- Reinisch, August. “Umbrella Clauses”. *Seminar on International Investment Protection*, 2006/2007.
- Reinisch, August y Christina Knahr. *International Investment Law*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2008.
- Reiriz, María Graciela. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1969
- Ribeiro, Clarisse. *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*. Nueva York: JurisNet, 2006.
- Robalino, Javier. “Globalización de los contratos administrativos mediante las cláusulas paraguas”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010.

- Rubins, Noah y Stephan Kinsella. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*. Nueva York: Oceana Publications, 2007.
- Sands, Philippe. "The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: The coexistence of local and international remedies". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num. 4, Agosto 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>.
- Schramke, H.J. "The Interpretation of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 4 Num. 5, Septiembre 2007. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Schreuer Christoph. "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration". *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, Vol. 4, 2005. 1-17.
- Schreuer Christoph. "Consent to Arbitration". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num. 5. Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>.
- Schreuer, Christoph. "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims- the Vivendi I Case Considered". *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Todd Weiler. Londres: London Commerce, Mayo 2005
- Schreuer, Christoph. "The relationship between local Courts and Investment Treaty Arbitration: The Coexistence of local and International Law Remedies." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde. Vol 2 Num. 4, Agosto 2005 6-16. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>.
- Schreuer, Christoph. "Travelling the BIT Rout: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Fork in the Road". *Offprints of the Journal of World investment & Trade*. Vol.5 Num. 2. Ginebra, 2004.

Sinclair, Anthony. "Bridging the Contract/Treaty Divide". *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century: essay in honor of Christoph Schreuer*. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch y Stephan Wittich. Oxford NY: Oxford University Press, 2009.

Sinclair, Anthony. "The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num 4, Agosto 2005. 33-44. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>

Söderlund, Christer. *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*. Clarisse Ribeiro. Nueva York: JurisNet, 2006.

Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Spiermann, Ole. "Applicable Law". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>

Suárez, Ignacio: "Particularidades del Acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión Suscritos por la República del Ecuador". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010.

Treves, Tullio. "Customary International Law". *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. <[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)>

UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990*, (United Nations 1998) Legal Authorities.

Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil: De las Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1978

Van Harten, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2007.

- Vielleville, Daniel E. y Baiju Simal Vasani. "Sovereignty over Natural Resources versus Rights under Investment Contracts: Which one Prevails?". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 5 Num. 2, Abril 2008. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Wälde, Thomas. "The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Wälde, Thomas. "Contract Claims under the Energy Charter Treaty's Umbrella Clause: Original Intentions versus Emerging Jurisprudence". *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*. Clarisse Ribeiro. Nueva York: JurisNet, 2006.
- Wendlandt, Matthew. "Sgs v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes". *Texas International Law Journal* . Vol. 43 Num. 3, Julio 2008. <<http://vlex.com/vid/sgs-philippines-icsid-tribunals-investor-65173901#ixzz18fNzZpg2>>
- Zachary, Douglas. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*. 2003.
- Zeiler, G. "Treaty v. Contract: Which Panel?". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 4 Num. 5. Septiembre 2007. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Zoila, V. "Effect and Purpose of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Unsolved Issues". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 2 Num. 5, Noviembre 2005. <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>
- Zuleta Jaramillo, Eduardo; Rafael Rincón y Santiago Jaramillo. "Global Administrative Law and International Jurisprudence". *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*. Javier Robalino Orellana y Javier Rodríguez-Arana Muñoz. Londres: CMP Publishing, 2010.

## **Plexo Normativo**

Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Ecuador y La República de Paraguay. Registro Oficial 782 de 15 de Septiembre de 1995.

Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Ecuador entre la República del Ecuador y el Reino de España. Registro Oficial 782 de 11 de Julio de 1997.

Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

Adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su 53° Periodo de sesiones (A/56/10) y anexado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83 el 12 de Diciembre de 2001

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de Diciembre de 2010.

Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Registro Oficial 452 de 27 de Octubre de 1977.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969. Convenio entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con el Gobierno de La República del Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones. Registro Oficial 778 de 11 de Septiembre de 1995.

Convenio entre el Gobierno de la República de Ecuador y el Gobierno de la República de Italia, sobre Promoción y Protección de Inversiones. Registro Oficial 406 de 15 de Julio de 2003.

Convenio para la Promoción y Protección Reciproca de Inversiones entre el Ecuador y el Reino de los Países Bajos. Registro Oficial 406 de 6 de Septiembre de 2001.

Constitución de la Republica del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Energy Charter Treaty. Lisboa Diciembre 1994

Estatuto de la Corte de Justicia Internacional. San Francisco 26 de junio de 1945. Registro Oficial 502 de 6 de Febrero de 1946.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Registro Oficial 101 de 24 de Enero de 1969.

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. 2010

Convención Modelo para la Protección de Propiedad Extranjera. Resolución C (67)102 del Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico 12 de Octubre 1967.

Declaración de la Soberanía Permanente de los Estados sobre Recursos Naturales. Resolución 1803 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1962.

Tratado entre la República de Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital. Registro Oficial 84 de 11 de Junio de 1997.

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Registro Oficial 49 de 22 de Abril de 1997.

## **Jurisprudencia**

CIADI. Compañía de Aguas del Aconquija SA y Compagnie Générale des Eaux v Argentina, Fallo, Caso No ARB/97/3, IIC 68, 2000

CIADI. Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SA v Argentina, Decisión de Anulación, Caso No ARB/97/3, IIC 70, 2002

CIADI. Burlington Resources Inc. v Ecuador. Decisión de Jurisdicción. Caso No ARB/08/5; IIC 436, 2010.

CIADI. CMS Gas Transmission Company v Argentina. Anulación. Caso No ARB/01/8; IIC 303, 2007

CIADI. Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil SA v Ecuador. Caso No ARB/04/19; IIC 333, Agosto 2008

CIADI. El Paso Energy International Company v Argentina. Decisión de Jurisdicción. Caso No ARB/03/15, IIC 83, 2006

CIADI. LG&E Energy Corp y otros v Argentina, Decisión de Responsabilidad, Caso No ARB 02/1; IIC 152. 2006; 2007 46 ILM 3

CIADI. Noble Energy Inc. y Machala Power Cía. Ltd. v Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad. Decisión de Jurisdicción. Case No ARB/05/12; IIC 320, 5 de Marzo 2008

CIADI. Noble Ventures Inc. v Rumania. Fallo. Caso No ARB/01/11; IIC 179, 2005

CIADI. Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Co v Argentina. Decisión en Objeciones Preliminares. Caso No ARB/03/13, ARB/04/8; IIC 183, 2006

CIADI. Phoenix Action Ltd. v República Checa. Caso No. ARB/06/5, Abril 2009.

CIADI. SGS Société Générale de Surveillance SA v Filipina. Decisión de Jurisdicción. Caso No ARB/02/6, IIC 224, 2004



CIADI. SGS Société Générale de Surveillance SA v Pakistán, Decisión de Jurisdicción.  
Caso No ARB/01/13; IIC 223, 2003.

CIADI. Waste Management Inc. v México, Fallo. Caso No ARB (AF)/98/2; IIC 27, 2000

Corte Internacional de Justicia. Casos de Pruebas Nucleares (Australia/ Nueva Zelanda v  
France). Juicio 20 Diciembre 1974.

UNCITRAL. Eureka BV v Polonia. Fallo Parcial. Ad hoc—, IIC 98, 2005

UNCITRAL. Paushok v Mongolia. Decisión de Jurisdicción y Responsabilidad. Ad hoc—;  
IIC 490, 2011