

# La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos

por Elina Mereminskaya

Una inversión extranjera constituye una relación jurídica compleja que muchas veces se estructura a través de una figura jurídica contractual propia de un determinado derecho nacional a la vez que goza de protección en normas del derecho internacional público. La separación conceptual entre ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho internacional, se traduce en la coexistencia de diversas fuentes normativas aplicables a un proyecto de inversión. Una consecuencia de la duplicidad anterior es, en el plano jurisdiccional, la existencia de tribunales nacionales e internacionales potencialmente competentes para resolver las disputas que surjan de la inversión<sup>1</sup>. La distinción entre las demandas contractuales y aquellas basadas en un tratado internacional hace patente la necesidad de comprender si la relación entre esos sistemas jurídicos es de autarquía o de confluencia. El presente trabajo aborda uno de los puntos de contacto entre los dos ordenamientos, el de las cláusulas paraguas.

En términos generales, se denominan cláusulas paraguas a aquellas disposiciones de tratados internacionales que obligan a los Estados signatarios a cumplir los compromisos contraídos con respecto al inversionista o la inversión. Se estima que las cláusulas paraguas están incluidas en cerca del 40% de los tratados bilaterales de inversión

---

<sup>1</sup> Shany, Yuval. Note and Comment: Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between Decisions on Multisourced Investment Claims. En: *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 835-851.

vigentes<sup>2</sup>. Sin embargo, recién a partir del año 2004 se hacen visibles en la práctica arbitral los múltiples desafíos que presenta su aplicación.

El primer capítulo de este artículo analiza, a la luz de la jurisprudencia arbitral más relevante, los distintos matices de las cláusulas paraguas, dividiéndolas en cinco grupos. En el segundo capítulo, se evalúa el eventual rol de esas cláusulas como mecanismo de integración más profunda entre contratos y tratados<sup>3</sup>. Para ello, se analiza la forma en que ellas se relacionan con las cláusulas de solución de disputas incluidas en los contratos celebrados entre los Estados y los inversionistas. El trabajo termina con breves conclusiones.

## 1. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA CLÁUSULA PARAGUAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL

Para que una demanda de un inversionista extranjero sobre un supuesto incumplimiento contractual por parte del Estado receptor pudiera ser conocida por un tribunal arbitral, establecido en virtud de un tratado internacional de protección de inversión extranjera, la relación objeto de la controversia debe calificarse como inversión<sup>4</sup>. Los tratados bilaterales de inversión —TBI— usualmente definen ese concepto en términos amplios: abarca los derechos contractuales o demandas monetarias<sup>5</sup>. Si la disputa se somete al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

2 Tawil, Guido Santiago. *The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview*, Conferencia dictada en Montreal en International Council for Commercial Arbitration—ICCA—Congress 2006 - International Arbitration 2006: Back to Basics?, pp. 1-53.

3 Orrego Vicuña, Francisco. *Of Contracts and Treaties in the Global Market*. En: Max Planck UNYB, vol. 8, 2004, pp. 341-357; Schill, Stephan. *Enabling Private Ordering – Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*. En: ILLJ Working Paper 2008/09, pp. 1-76. Disponible en: [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com).

4 Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Aranzadi, Navarra: 2006, p. 650.

5 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, Ciadi n.º ARB/00/4. Decisión sobre la jurisdicción, 16 de julio del 2001, párr. 45. Esta

Relativas a Inversiones —Ciadi—, creado por el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* —Convenio de Washington—, debe tratarse de una controversia que surge “directamente de una inversión”<sup>6</sup>, dejándose la definición de ese concepto a las partes<sup>7</sup>. En este contexto se discute la existencia de ciertos criterios implícitos que permitirían distinguir la inversión de una relación comercial, tales como el volumen de la contribución hecha por el inversionista, una cierta duración de la relación contractual, la presencia del factor riesgo asumido por el inversionista y la contribución al desarrollo económico del Estado receptor —test Salini—<sup>8</sup>. Si bien esta visión ha tenido seguidores entre algunos tribunales arbitrales<sup>9</sup>, ha sido rechazada por otros<sup>10</sup>. Indagar el concepto de inversión desbordaría los límites del presente trabajo.

Cont. 5 y todas las demás sentencias citadas a continuación están disponibles en <http://ita.law.uvic.ca>. *Mytilienos Holdings v. State Union of Serbia and Montenegro*, Decisión sobre la jurisdicción, 8 de septiembre del 2006, párr. 102.

6 Artículo 25 (1) del Convenio de Washington.

7 Schreuer, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: 2001, p. 124.

8 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, ob. cit., párr. 52.

9 *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, Ciadi n.º ARB/03/11, Decisión sobre la jurisdicción, 6 de agosto del 2004, párrs. 53-63; *Noble Energy, Inc. y Machalpower Cia. Ltda. v. La República de Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Ciadi n.º ARB/05/12, Decisión sobre jurisdicción, 5 de marzo del 2008, párr. 132; *Mytilienos Holdings v. State Union of Serbia and Montenegro*, Decisión sobre la jurisdicción, 8 de septiembre del 2006, párrs. 120-124; *Helnan International Hotel A/S v. The Arab Republic of Egypt*, Ciadi n.º 05/19, Decisión sobre jurisdicción, 17 de octubre del 2006, párrs. 77-79; *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, Ciadi n.º ARB/06/5, laudo del 15 de abril del 2009, párrs. 81-95.

10 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Ciadi n.º Arb/05/22, laudo del 24 de julio del 2008, párrs. 314-322; *RSM Production Corporation v. Grenada*, caso Ciadi n.º ARB/05/14, laudo del 13 de marzo del 2009, párrs. 239-265; *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, Ciadi n.º ARB/05/10, Decisión del comité ad hoc, 16 de abril del 2009, párrs. 61-73.

Sin embargo, es necesario subrayar que, dado que las cláusulas paraguas son consagradas en tratados internacionales, una relación contractual, que aspira a ser protegida por ellas, necesariamente debe calificarse como inversión a la luz del tratado aplicable.

A continuación, se analizan los alcances sustantivos y subjetivos de la cláusula paraguas, a partir de aquellas decisiones arbitrales que negaron, a nivel conceptual, la posibilidad de aplicarla a las demandas contractuales sometidas a su conocimiento (1.1.). Según la vertiente jurisprudencial presentada, la responsabilidad bajo la cláusula paraguas depende de si los actos presuntamente violatorios habían sido realizados por el Estado en el ejercicio de sus funciones soberanas (1.2.). A diferencia de las sentencias anteriores, en un número importante de juicios, los tribunales recurrieron al significado ordinario de las palabras empleadas en las cláusulas paraguas, y con ello confirmaron su aplicabilidad a los compromisos contractuales del Estado receptor (1.3.). Sin embargo, la posibilidad de hacer efectiva

tal responsabilidad muchas veces depende de quiénes son los sujetos de la relación contractual en cada caso (1.4.). Por último, del tenor literal amplio de la mayoría de las cláusulas paraguas surge la pregunta de si abarcan también los compromisos unilaterales del Estado plasmados en su legislación interna (1.5.).

### **1.1. Rechazo conceptual a la responsabilidad del Estado bajo la cláusula paraguas**

El emblemático caso *Société Générale de Surveillance S.A. —SGS— v. Islamic Republic of Pakistan* fue el que dio inicio a la intensa discusión sobre el tema en análisis. Junto con ser la primera sentencia internacional que realiza un tratamiento dogmático coherente, sigue siendo una de las pocas que han declinado la responsabilidad del Estado bajo la cláusula paraguas por razones conceptuales. El conflicto entre la empresa suiza SGS y el gobierno de Pakistán surgió a raíz del contrato de prestación de servicios de inspección de las mercaderías importadas por este país<sup>11</sup>. El artículo 11

11 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Ciadi n.º ARB/01/13, Decisión sobre la jurisdicción, 6 de agosto del 2003, párr. 11.

del TBI celebrado entre Suiza y Pakistán establecía que: "Cada Parte Contratante garantizará constantemente la observancia de los compromisos —*commitments*— en los que haya entrado con respecto a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante"<sup>12</sup>.

El tribunal arbitral observó que la expresión "*commitments*" no se restringía únicamente a obligaciones contractuales, más bien abarcaba también medidas legislativas o administrativas, siendo susceptible de expansión indefinida<sup>13</sup>. Sin embargo, el artículo 11 se encontraba separado de los preceptos dedicados a las obligaciones sustantivas del Estado receptor y estaba ubicado después de los artículos sobre la solución de con-

troversias, lo que indicaría que la norma contemplaba nada más que un compromiso del Estado de implementar medidas normativas para cumplir con las obligaciones legales o contractuales asumidas a favor del inversionista<sup>14</sup>. Al mismo tiempo, consagraría una obligación de no tomar acciones que entorpecieran las facultades del inversionista para demandar al Estado ante los foros internacionales<sup>15</sup>. Por las razones expuestas, e invocando el principio de interpretación menos onerosa, *in dubio mitius*<sup>16</sup>, el tribunal rechazó la demanda de SGS basada en la cláusula paraguas<sup>17</sup>.

Por su parte, en el caso *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*<sup>18</sup>, el artículo 2.4 del TBI

12 Ibid., párr. 53.

13 Ibid., párr. 166.

14 Ibid., párr. 170.

15 Ibid., párr. 172.

16 Ibid., párr. 171.

17 Ibid., párr. 173.

18 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, n.º ARB/02/13, Decisión sobre jurisdicción, 29 de noviembre del 2004.

entre Italia y Jordania estipulaba que: "Cada Parte contratante deberá crear y mantener en su territorio un marco jurídico apto para garantizar a los inversionistas la continuidad en el trato legal, incluyendo el cumplimiento, de buena fe, de todas las obligaciones asumidas con respecto a un inversionista determinado"<sup>19</sup>. A juicio del tribunal arbitral, el tenor literal de esta norma no permitiría concluir que la observancia de los compromisos contractuales estaba garantizada a nivel del tratado<sup>20</sup>.

Las decisiones anteriores han sido criticadas por haber privado la cláusula paraguas de un contenido autónomo<sup>21</sup>. Sin embargo, del tenor literal de las cláusulas aplicables en esos casos efectivamente no parece derivarse un compromiso del Estado respecto de las obligaciones de índole contractual<sup>22</sup>. Más bien contempla un compromiso indirecto —cuyo cumplimiento o incumplimiento es de difícil medición— dado que se refiere a la creación o mantención de condiciones jurídicas favorables para la implementación de las inversiones<sup>23</sup>.

19 Ibid., párr. 123.

20 Ibid., párrs. 126-127.

21 Tawil, Guido Santiago, ob. cit., p. 43; Shreuer, Christoph. *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*. En: *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n.º 2, 2004, pp. 231-256; Wälde, Thomas. *The 'Umbrella' (or Sanctity of Contracts/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases*. En: *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n.º 4, 2004, pp. 25-38. Disponible en: [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com); Gaffney, John y Loftis, James. *The 'Effective Ordinary Meaning' of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims*. En: *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n.º 1, 2007, pp. 5-67. Los autores sostienen que el principio de interpretación restrictiva no logró su entrada al *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados* y por eso no forma parte de la costumbre internacional contemporánea.

22 Gaffney, John y Loftis, James, ob. cit., p. 13.

23 Fernández Masía, Enrique. *Una relación compleja: Competencia de los tribunales arbitrales y los Tratados de Protección y Promoción de Inversiones*. En: *International Investment Law*, vol. 4, n.º 5, 2007, pp. 1-31. Disponible en: [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com).

### 1.2. Aplicación de la cláusula paraguas sujeta a la conducta del Estado en calidad de soberano

Según se ha adelantado, una serie de decisiones hicieron depender la responsabilidad del Estado, bajo la cláusula paraguas, de si su conducta supuestamente ilícita fuese expresión de su carácter soberano, siendo insuficiente el considerar que actuaba como una parte contratante ordinaria.

En el caso *El Paso Energy International Company v. Argentina*<sup>24</sup>, la cláusula paraguas del artículo II (2)(c) del TBI entre EE. UU. y Argentina estipulaba que "cada Parte observará cualquier obligación en la que haya entrado con respecto a las inversiones"<sup>25</sup>. El tribunal arbitral abogó por una interpretación balanceada de la cláusula, rechazando aplicar el principio *in dubio mitius*, o inter-

pretarla predominantemente a favor del inversionista<sup>26</sup>. A juicio del tribunal, la cláusula paraguas no podría tener el efecto de elevar todas las demandas contractuales al plano del derecho internacional<sup>27</sup>. Más bien, era necesario distinguir entre los actos del Estado efectuados en su calidad soberana y aquellos realizados en virtud de sus facultades *jus gestionis*. La protección prevista por el tratado no se extendería a violaciones de contratos comerciales ordinarios, más bien cubriría tan solo los acuerdos de inversión pactados con el Estado en su calidad de soberano<sup>28</sup>. Para invocar la aplicación de la cláusula paraguas, las demandas contractuales deberían estar fundadas en los estándares sustantivos establecidos en el TBI, tales como el principio de trato nacional, la nación más favorecida, trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, protec-

24 *El Paso Energy International Company v. Argentina*, Ciadi n.º ARB/03/15, Decisión sobre la jurisdicción, 27 de abril del 2006, párr. 30.

25 *Ibid.*, párrs. 66-67.

26 *Ibid.*, párrs. 68-70.

27 *Ibid.*, párrs. 71-74.

28 *Ibid.*, párr. 81.

ción contra las medidas expropiatorias o de nacionalización<sup>29</sup>.

Una conclusión prácticamente idéntica alcanzó el tribunal del caso *Pan American Energy v. Argentina*<sup>30</sup>, al sostener que la cláusula paraguas no haría extensiva su jurisdicción a toda reclamación contractual cuando dicha reclamación no estuviese basada en una violación de los niveles de protección del TBI<sup>31</sup>.

La distinción anterior no impidió reconocer la responsabilidad del Estado en el juicio *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, en el que el inversionista estadounidense alegaba que la inversión que había efectuado en dos compañías argentinas de distribución de gas

natural fue afectada por la suspensión de los aumentos de tarifa de las compañías licenciatarias y por la posterior pesificación de esas tarifas<sup>32</sup>. Invocaba la responsabilidad de Argentina bajo la cláusula paraguas por haber violado los compromisos contraídos con respecto a las inversiones<sup>33</sup>.

El tribunal arbitral se mostró de acuerdo con sus antecesores que relacionaban la responsabilidad del Estado con su conducta en calidad de soberano y señaló que el incumplimiento contractual de índole comercial no podía identificarse con violaciones del tratado<sup>34</sup>. Reconoció que en algunos casos era complejo efectuar dicha distinción, sin embargo, las medidas discutidas correspondían a mayores cambios legislativos y

29 Ibid., párr. 84.

30 *Pan American Energy LLC, BP Argentina Exploration Company v. Argentina*, Ciadi n.º ARB/03/13, Decisión sobre las excepciones preliminares, 27 de julio del 2006, párr. 19.

31 Ibid., párr. 112.

32 *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, Ciadi n.º ARB/02/16, Decisión sobre jurisdicción, 11 de mayo del 2005, párr. 1-20.

33 *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, laudo del 28 de septiembre del 2007, párr. 305.

34 Ibid., párr. 310.

regulatorios introducidos por el Estado. Sostuvo que “solamente un Estado, no una parte ordinaria de contrato, puede decidir tales cambios radicales como parte de su función pública. Las violaciones al contrato cometidas en este contexto, resultan lejos de ordinarias, y pueden por sí solas constituir una fuente de violaciones al tratado si afectan derechos amparados en este”<sup>35</sup>. El contrato de licencia correspondería a la expresión última de una serie de complejos arreglos relativos a la inversión, realizados con la específica intención de canalizar el flujo del capital hacia las compañías privatizadas<sup>36</sup>. Las obligaciones específicas de no congelar las tarifas o no someterlas al control de precios y no enmendar la licencia sin el consentimiento del licenciataria, se encontraban protegidas por la cláusula paraguas, la cual había sido vulnerada por Argentina<sup>37</sup>.

En sintonía con esta postura jurisprudencial, se ha planteado que las tempranas codificaciones del derecho internacional de inversión extranjera, automáticamente suponían la presencia de un elemento público en la relación entre el Estado y el inversionista. Los compromisos que los creadores de la cláusula paraguas tenían en mente eran contratos semipúblicos de concesiones, y la función principal de la cláusula consistía en prevenir el riesgo de su eventual revocación<sup>38</sup>. Las normas de los años sesenta estaban enfocadas principalmente en la “inversión extranjera directa”, existiendo por lo demás una filtración de las inversiones entrantes a través de los mecanismos de admisión<sup>39</sup>.

Esta visión ha sido criticada, dado que pasa por alto la regla general de interpretación de tratados contemplada en el artículo

35 *Ibid.*, párr. 311.

36 *Ibid.*, párr. 312.

37 *Ibid.*, párrs. 313 y 314.

38 Wälde, Thomas, *ob. cit.*, p. 14.

39 *Ibid.*, p. 16.

31 (1) del *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, que llama a atenerse al significado corriente de las palabras, y, así mismo, no se ve respalda por las normas del derecho internacional sobre la responsabilidad internacional de Estado<sup>40</sup>. El Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos contempla la codificación progresiva del derecho internacional en esta materia. El artículo 4.º del proyecto, que contiene reglas de atribución de los actos de órganos estatales a la conducta del Estado, no conoce la distinción entre los actos de *iure imperii* o de *iure gestionis*. Según la comisión, para los propósitos de atribución, era irrelevante si la conducta del órgano del Estado podía ser calificada como “comercial” o *acta iure gestionis*. En lo que se refiere a las demandas contractuales, la celebración del contrato o el incumplimiento contractual por un órgano del Estado es “un acto del Estado para los propósitos del artículo 4.º y en ciertas circunstancias puede ser equiparado a un ilícito internacional”<sup>41</sup>. A través de la cláusula paraguas, el Estado asume una obligación internacional de cumplir con un contrato, por lo que el incumplimiento contractual “constituye también una violación de una obligación internacional. La responsabilidad por la violación del tratado es conceptualmente distinta de la responsabilidad por la violación contractual – pero esta última puede, dependiendo del contexto, contemplar o implicar a la primera”<sup>42</sup>. 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

40 Crawford, James. *Treaty and Contract in Investment Arbitration*. En: The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration, Londres, 29 de noviembre del 2007, pp. 1-22. Disponible en: [www.lcil.cam.ac.uk/Media/lectures/pdf/Freshfields%20Lecture%202007.pdf](http://www.lcil.cam.ac.uk/Media/lectures/pdf/Freshfields%20Lecture%202007.pdf).

41 Comentario al artículo 4 (6) del proyecto, p. 41. Disponible en: [www.un.org/law/ilc](http://www.un.org/law/ilc).

42 Crawford, James, ob. cit., pp. 7-8.

cláusula paraguas. 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.

### 1.3. El recurso al significado corriente del tenor literal de la cláusula paraguas

Un conjunto importante de sentencias arbitrales ha interpretado las cláusulas paraguas a la luz del sentido corriente de sus términos, sin efectuar las distinciones recién analizadas. En el juicio arbitral *Eureko B.V. v. Republic of Poland* el inversionista holandés invocaba que Polonia había violado sus obligaciones bajo un acuerdo de adquisición de acciones<sup>43</sup>. El artículo 3.5 del respectivo tratado estipulaba que

cada parte “observará cualquier obligación asumida con respecto a inversiones de inversionistas de la otra Parte”<sup>44</sup>. El tribunal arbitral recurrió al artículo 31 del Convenio de Viena para establecer el significado ordinario de los términos empleados, a la luz de los objetivos del TBI aplicable y considerando que la interpretación debería brindar un efecto útil a la norma<sup>45</sup>. A su juicio, la expresión “observará” —“*shall observe*”— era imperativa y categórica, la expresión “cualquier” —“*any*”— era “caprichosa” y no se circunscribía al cumplimiento de obligaciones de un cierto tipo, sino que abarcaba la totalidad de ellas<sup>46</sup>. La cláusula paraguas no podría ser pasada por alto o equiparada a otras normas del tratado que contemplaban determinados estándares sustantivos, más bien tenía que significar algo por sí misma<sup>47</sup>. Finalmente, el tribunal

43 *Eureko B.V. v. Polonia*, arbitraje ad hoc, laudo parcial del 19 de agosto del 2005.

44 *Ibid.*, párr. 244.

45 *Ibid.*, párrs. 246-248.

46 *Ibid.*, párr. 246.

47 *Ibid.*, párr. 249.

arbitral confirmó la responsabilidad del Estado demandado bajo la cláusula paraguas<sup>48</sup>.

Un conflicto semejante se planteó en el juicio arbitral *Noble Ventura v. Rumania*, iniciado por un inversionista norteamericano que había adquirido acciones de una empresa estatal minera. El gobierno rumano se negó a efectuar una reestructuración de deudas de la empresa de la forma esperada por el inversionista<sup>49</sup>. El artículo II.2 (c) del TBI entre EE. UU. y Rumania establece: "Cada Parte observará cualquier obligación en que haya entrado con respecto a las inversiones"<sup>50</sup>. Al analizar el alcance de este precepto, el tribunal arbitral recalcó el principio de efecto útil de la norma que debería buscarse a través de la interpretación<sup>51</sup>. A la luz de la expresión "observará" —"*shall observe*"—, concluyó que el pre-

cepto indudablemente creaba verdaderas obligaciones, las que tendrían un alcance más extenso que las obligaciones consagradas en el tratado mismo. Las partes del tratado difícilmente podrían haber tenido en mente una categoría de obligaciones distinta a la de los contratos de inversión. El tenor literal de la cláusula en cuanto a las obligaciones contraídas "con respecto a las inversiones" abarcaría los compromisos específicos y no, por ejemplo, los actos legislativos en general. A menos que fuese entendido como relativo a las obligaciones contractuales, el artículo II.2(c) se tornaría inútil —"*empty base*"—<sup>52</sup>.

El tribunal se refirió a la separación entre el derecho internacional y los derechos domésticos, en virtud de la cual la violación contractual por parte de un Estado no provocaba su responsabilidad

48 Ibid., párrs. 258-259.

49 *Noble Ventura Inc. v. Rumania*, Ciadi n.º ARB/01/11, laudo del 12 de octubre del 2005, párr. 38.

50 Ibid., párr. 32.

51 Ibid., párr. 50.

52 Ibid., párr. 51.

internacional a menos que fuese grave y obviamente arbitraria<sup>53</sup>. Para el tribunal, sin embargo, lo anterior no impide que se establezca, a través de un tratado, la responsabilidad internacional del Estado por violación de sus obligaciones contractuales. En tal caso, la violación contractual se "internacionalizaría", esto es, se asimilaría a la violación del tratado<sup>54</sup>. Con ello, la cláusula paraguas constituye una excepción a la separación entre el derecho internacional y doméstico<sup>55</sup>. Por las razones expuestas, se concluyó que cualquier violación contractual por parte de Rumania constituía una violación del tratado<sup>56</sup>. Sin embargo, las demandas del inversionista fueron rechazadas por razones de fondo<sup>57</sup>.

En el caso *Duke Energy Electroquil Partners y Electro-*

*quil S.A. v. República del Ecuador*, los demandantes alegaban el incumplimiento de los contratos de compraventa de potencia y energía eléctrica y violación del derecho ecuatoriano, dado que Ecuador habría demorado la constitución de los fideicomisos de pago e incumplido con el régimen contractual acordado respecto de las multas y penalidades. Junto con el TBI entre EE. UU. y Ecuador invocaban el convenio arbitral a través del cual las partes declararon que ciertas pretensiones relativas a multas y penalidades contractuales se consideraban disputas originadas en la inversión y se sometían a la jurisdicción del Ciadi<sup>58</sup>.

La cláusula paraguas del artículo II.3 (c) del tratado establece que "cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído

53 *Ibid.*, párr. 53.

54 *Ibid.*, párr. 54.

55 *Ibid.*, párr. 55.

56 *Ibid.*, párr. 62.

57 *Ibid.*, párrs. 158-159.

58 *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. v. República del Ecuador*, Ciadi n.º ARB/04/19, laudo del 18 de agosto del 2008, párr. 202.

con respecto a las inversiones". El tribunal arbitral recordó que la práctica arbitral seguía dividida en torno a la necesidad de comprobar la conducta de un ente soberano para poder darle cumplimiento a la cláusula paraguas<sup>59</sup>. Sin embargo, sostuvo que en lugar de contestar a esa pregunta<sup>60</sup>, procedía analizar los requisitos de la norma, a saber, i) si existía un "compromiso" del Estado; ii) "contraído con respecto a las inversiones" y iii) que este haya sido incumplido<sup>61</sup>.

El tribunal destacó la redacción amplia de la expresión "compromisos"<sup>62</sup>. Hizo alusión a un decreto ejecutivo dictado en relación al proyecto objeto del litigio, cuyo preámbulo incluía una referencia a la "obligación del Estado de honrar las

obligaciones contraídas" con las empresas mencionadas en el decreto"<sup>63</sup>. Por lo anterior, y dado que el concepto de "inversión" del tratado era de alcance amplio, no cabía duda de la existencia de una obligación del Estado frente a la subsidiaria Electroquil, por lo cual existía un compromiso "contraído con respecto a las inversiones"<sup>64</sup>. Finalmente el tribunal arbitral confirmó la responsabilidad de Ecuador bajo la cláusula paraguas<sup>65</sup>.

La metodología empleada por las sentencias arriba citadas se apoya en los principios fundamentales de interpretación de tratados internacionales, plasmados en el *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. La interpretación de la cláusula paraguas acorde al tenor literal de las palabras

---

59 Ibid., párr. 320.

---

60 Ibid., párr. 321.

---

61 Ibid., párr. 318.

---

62 Ibid., párr. 321.

---

63 Ibid., párr. 322.

---

64 Ibid., párr. 323.

---

65 Ibid., párr. 325.

empleadas cuenta con un amplio apoyo de los comentaristas quienes se basan tanto en reglas de derecho internacional<sup>66</sup> como en las investigaciones históricas<sup>67</sup> o en visiones de política pública que permitan al Estado hacer promesas vinculantes frente a los inversionistas extranjeros<sup>68</sup>.

La interpretación amplia de la cláusula paraguas

todavía no logra transformar la naturaleza de una disputa de índole comercial en una controver-

La interpretación de la cláusula paraguas todavía no logra transformar la naturaleza de una disputa de índole comercial en una controversia relativa a la inversión

sia relativa a la inversión. Por lo anterior, el concepto adecuado de lo que constituye una inversión adquiere una relevancia particular para la operación correcta de

las cláusulas paraguas<sup>69</sup>. Si, no obstante su aplicación, resulta distorsionante para el derecho internacional de la inversión extranjera —al incentivar una gran cantidad de demandas por parte de

los inversionistas o al desincentivar a los Estados a celebrar los TBI— corresponde evaluar la

66 Crawford, James, ob. cit., pp. 4 y ss.; Gaffney, John y Loftis, James, ob. cit., pp. 5-67; Tawil, Guido Santiago, ob. cit., p. 49; Zolia, Vlad, *Effect and Purpose of "Umbrella Clauses" in Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues*. En: *International Investment Law*, vol. 2, n.º 5, 2005, pp. 1-48. Disponible en: [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com); Schramke, Hein-Jürgen. *The Interpretation of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties*. En: *International Investment Law*, vol. 4, n.º 5, 2007, pp. 1-24. Disponible en: [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com).

67 Sinclair, Anthony. *The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection*. En: *Arbitration International*, 2004. Disponible en: [www.accessmylibrary.com](http://www.accessmylibrary.com).

68 Schill, Stephan, ob. cit., pp. 6 y ss.

69 Wälde, Thomas, ob. cit., p. 25; Schramke, Hein-Jürgen, ob. cit., p. 24; Schill, Stephan, p. 33.

pertinencia de excluirla de los acuerdos internacionales o de acotar su alcance, tal como ocurre en el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* o en la última versión del *Tratado Modelo de EE. UU. sobre inversiones*<sup>70</sup>. Hasta que el tenor de las cláusulas paraguas haya sido modificado, el presente trabajo aboga por su interpretación acorde al significado corriente de las palabras empleadas. La cláusula paraguas otorga la protección internacional a las obligaciones asumidas por el Estado receptor de la inversión en el plano del derecho nacional. El ordenamiento jurídico nacional y el internacional confluyen en el marco de la cláusula paraguas y contribuyen, cada uno con sus elementos propios, a la determinación de los alcances de ésta. Su aplicación requiere recurrir al derecho nacional para determinar la existencia de un compromiso y su posible infracción. Al mismo tiempo, al tratarse

de una obligación internacional, las reglas de esta última disciplina son responsables para determinar si dichos compromisos son atribuibles al Estado.

#### 1.4. Aspectos subjetivos de la cláusula paraguas

El alcance subjetivo de la cláusula paraguas presenta un interrogante doble y requiere determinar, en primer lugar, cuándo se le atribuye al Estado la conducta de sus órganos, entidades territoriales o empresas estatales, en otras palabras, si tal atribución se efectúa a la luz del derecho internacional o interno —1.4.1.—. En segundo lugar, debe determinarse si las cláusulas paraguas amparan los compromisos del Estado asumidos frente a una empresa local de propiedad del inversionista —1.4.2.—. Las respuestas de la jurisprudencia arbitral han sido contradictorias<sup>71</sup>.

70 Malik, Mahnaz. *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*. En: Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators' Forum Singapore, October 1-2, 2007, pp. 1-37. Disponible en: [www.iisd.org/pdf/2007/inv\\_expanding\\_jurisdiction.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_expanding_jurisdiction.pdf).

71 Véase un detallado análisis del tema por Gallus, Nick. *An Umbrella just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract*. En: *Arbitration International*, vol. 24, n.º 1, 2008, pp. 157-169.

*1.4.1. Compromisos asumidos por entidades públicas jurídicamente independientes del Estado*

En el caso *Impregilo S.p.A v. Islamic Republic of Pakistan*, el inversionista italiano alegaba la responsabilidad del Estado pakistaní por violaciones del respectivo TBI y de dos contratos de concesión celebrados con una entidad gubernamental, llamada WAPDA. Después de analizar el estatus de WAPDA, su modo de funcionamiento y su relación con el gobierno pakistaní<sup>72</sup>, el tribunal concluyó que aunque el gobierno ejerciera un estricto control sobre la agencia, esta era un ente autónomo, legal y financieramente distinto del Estado<sup>73</sup>. Atribuirle al Estado la responsabilidad por la conducta ilegal de sus entidades, era impertinente, dado que no se trataba de una violación del derecho internacional, sino del

doméstico<sup>74</sup>. La entrega del sitio en condiciones geológicas insatisfactorias que dificultaban la construcción, constituiría una simple violación contractual, por lo cual el tribunal declinó su jurisdicción sobre lo particular<sup>75</sup>. *Impregilo* alegaba que la cláusula de la nación más favorecida —MFN— del TBI, hacía aplicable al caso las cláusulas paraguas contempladas en otros tratados suscritos por Pakistán. Frente a ello, el tribunal arbitral negó que su aplicación pudiera cambiar el desenlace del juicio, porque “aunque asumiéramos que en virtud de la cláusula MFN y el TBI entre Suiza y Pakistán, este último tuviera la obligación de garantizar la observancia de todos los compromisos contractuales que haya asumido frente a los inversionistas italianos, tales garantías no cubrirían los contratos analizados, dado que son acuerdos que no había celebrado”<sup>76</sup>.

72 *Impregilo S.p.A v. Islamic Republic of Pakistan*, Ciadi n.º ARB/03/3, Decisión sobre la jurisdicción, 22 de abril del 2005, párrs. 199-208.

73 *Ibid.*, párr. 209.

74 *Ibid.*, párr. 210.

75 *Ibid.*, párrs. 268 y 269.

76 *Ibid.*, párrs. 220-223.

La conclusión fue diferente en el juicio *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*<sup>77</sup>, en el cual el tratado aplicable era la Carta Energética Europea —*Energy European Charter*, ECT—, que contempla la siguiente cláusula paraguas: “Cada Parte Contratante observará cualquier obligación en la que haya entrado con el Inversionista o la Inversión de cualquier otra Parte Contratante” —artículo 10.1—. El inversionista sueco demandó al Estado de Latvia por violar los derechos legales y contractuales a recibir una determinada tarifa por el suministro eléctrico, pactada en un contrato entre su subsidiaria establecida en Latvia y la empresa estatal Latvenergo. Para corroborar si el Estado era responsable por la conducta de Latvenergo, el tribunal invocó las reglas de atribución del derecho internacional. Destacó que Latvenergo era una sociedad anónima, perteneciente en un 100% al Estado y supervisada por

el Ministerio de Economía. Latvenergo era el principal productor de electricidad del país y su único distribuidor, sin embargo, carecía de facultades para operar con libertad comercial o para fijar los precios de sus transacciones. En otras palabras, era “claramente un instrumento del Estado en un mercado eléctrico altamente regulado”<sup>78</sup>. Si bien por razones de economía procesal el tribunal no llegó a aplicar la cláusula paraguas<sup>79</sup>, sería lógico si hubiera alcanzado la misma conclusión respecto a la atribución de la conducta de Latvenergo al Estado de Latvia.

Dos de las sentencias citadas anteriormente recurren en forma más explícita al Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, con el resultado de atribuir la conducta de entidades de derecho interno al Estado como sujeto del derecho internacional. Así, concluye la

77 *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, laudo del 16 de diciembre del 2003.

78 *Ibid.*, punto 4.2.

79 *Ibid.*, puntos 4.3., 4.3.1 y 4.3.2.

sentencia *Eureko B.V. v. Republic of Poland*: "Cualquiera que pueda ser el estatus de Tesoro del Estado bajo la ley polaca, desde la perspectiva del derecho internacional que el tribunal está obligado a aplicar, la República de Polonia es responsable frente a Eureko, por los actos del Tesoro. Esos actos, en el caso de que sean equiparables a un ilícito internacional, claramente son atribuibles al demandado"<sup>80</sup>. En *Noble Ventura v. Rumania*, el tribunal arbitral primero descartó la posibilidad que las entidades involucradas constituyeran *de jure* los órganos del Estado en el sentido del artículo 4.º del proyecto<sup>81</sup>, sin embargo, confirmó que se trataba de entidades dotadas de facultades para ejercer funciones gubernamentales, siendo sus actos atribuibles al Estado de conformidad con el artículo 5.º del mismo proyecto<sup>82</sup>. Cuando la conducta de una agencia gubernamental es atribuible al

Estado, las violaciones del contrato que había celebrado constituirían una violación del derecho internacional a través de la violación de la cláusula paraguas<sup>83</sup>.

Efectivamente, una cláusula paraguas se consagra a través de un instrumento internacional, por lo cual parece coherente recurrir a las normas del derecho internacional para los propósitos de definir su alcance subjetivo respecto del Estado. Tal como ya se ha expresado más arriba, el incumplimiento contractual es uno de los requisitos de responsabilidad acorde con esa obligación internacional. Con ello, los contratos celebrados e incumplidos por órganos del Estado, entidades federales o municipales, agencias gubernamentales con facultades de ejercer funciones soberanas del Estado, se atribuyen al Estado<sup>84</sup>. Nuevamente se manifiesta la dualidad que presenta la cláusula

80 *Eureko B.V. v. Polonia*, arbitraje ad hoc, laudo parcial del 19 de agosto del 2006, párrs. 125-133, párr. 134.

81 *Ibid.*, párr. 69.

82 *Ibid.*, párrs. 70-80.

83 *Ibid.*, párr. 85.

84 Crawford, James, *ob. cit.*, p. 6.

paraguas en su forma de operar: constituye una disposición del derecho internacional, se interpreta y se aplica como tal, sin embargo, el elemento que desencadena tal responsabilidad radica en un ordenamiento jurídico nacional. Ahora bien, como se argumentará con mayor detalle en el capítulo 2 de este trabajo, lo anterior no significa que una obligación contractual se transforma en una internacional y viceversa. La cláusula paraguas les ofrece a los sistemas jurídicos una posibilidad de colaboración, sin que alguno de ellos tenga que perder su autonomía.

#### *1.4.2. Compromisos asumidos frente a las empresas subsidiarias del inversionista*

El segundo aspecto subjetivo de la cláusula paraguas indaga en su aplicabilidad a los compromisos contraídos por el Estado con las empresas locales de propiedad del inversionista. Particularmente elocuente resulta

ser para este tema el caso *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*<sup>85</sup>, que involucra a un inversionista norteamericano que había adquirido acciones de la compañía Transportadora del Gas del Norte —TGN—, propietaria de una licencia de transporte de gas. Las operaciones de TGN se sujetaban a un marco regulatorio específico que fijaba las tarifas en dólares estadounidenses. El conflicto surgió a raíz de las medidas de pesificación adoptadas por Argentina. El tribunal arbitral confirmó la responsabilidad del Estado demandado bajo la cláusula paraguas por haber infringido los compromisos legales y contractuales "contraídos con respecto a las inversiones"<sup>86</sup>. Argentina presentó una solicitud de nulidad del fallo y el comité ad hoc anuló la decisión del tribunal arbitral relativa a la cláusula paraguas por omisión en la expresión de motivos<sup>87</sup>.

El comité sostuvo que los argumentos de CMS se basaban

85 CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, Ciadi n.º ARB 01/8, laudo del 12 de mayo del 2005.

86 Ibid., párr. 303.

87 Comité ad hoc, Decisión sobre anulación, 25 de septiembre del 2007.

en una interpretación literal del artículo II (2)(c), entendiendo que Argentina, en virtud del contrato de licencia, había contraído obligaciones "con respecto a las inversiones". No obstante, bajo el derecho argentino, CMS no estaba facultado, como accionista minoritario, para hacer valer dichas obligaciones al no ser titular del derecho<sup>88</sup>. El tribunal arbitral habría omitido aclarar si compartía este razonamiento<sup>89</sup>. A juicio del comité, la interpretación amplia del artículo II (2) (c) conlleva varias dificultades. Así, la expresión "compromisos contraídos" apunta a obligaciones específicas asumidas a través de acuerdos que no se contraen *erga omnes*, como sería en el caso de una legislación. Dado que el efecto de la cláusula paraguas no podría consistir en transformar la obligación en la que se basa en algo distinto, las obligaciones tampoco son afectadas en razón

de la cláusula paraguas, manteniéndose inalterado su contenido y por ello también las partes de la obligación —i. e., personas vinculadas por ella y facultadas para invocarla—<sup>90</sup>.

La problemática, así mismo, ha sido objeto de análisis en una serie de sentencias basadas en la Carta Energética Europea —ECT, por sus siglas en inglés—. Según lo señalado, la cláusula paraguas del artículo 10 (1) de la ECT hace referencia a cualquier obligación del Estado en la que haya entrado "con el Inversionista o la Inversión". Por su parte, el inciso 6.º del artículo 1.º de la ECT contempla una noción amplia de "Inversión"<sup>91</sup> que incluye "todo tipo de bienes, de propiedad o bajo control directo o indirecto el Inversionista", por ejemplo, una compañía o una empresa. Se trata de un control de facto, que abarca tanto los intereses pecuniarios del

88 *Ibid.*, párr. 92.

89 *Ibid.*, párr. 94.

90 *Ibid.*, párr. 95.

91 Gaillard, Emmanuel. *Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty*. En: Ribero, Clarissa (ed.) *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*. JurisNet, 2006, pp. 54-73.

inversionista como su capacidad de designar a los administradores y miembros de los órganos superiores de las empresas<sup>92</sup>.

Este tenor literal más explícito refuerza conclusiones distintas de las del comité ad hoc del caso CMS *v.* Argentina, al abarcar expresamente las obligaciones asumidas por el Estado frente a las empresas subsidiarias<sup>93</sup>. Así, en el juicio Limited Liability Company Amto *v.* Ukraine, entre un inversionista latvio y el Estado ucraniano<sup>94</sup>, el tribunal arbitral sostuvo que el artículo 10.1 de la ECT “imponía obligaciones no solamente con respecto al inversionista, lo cual sería usual en el contexto de los tratados de inversión extranjera, sino también vis-a-vis la compañía subsidiaria establecida en el Estado receptor”<sup>95</sup>. Con

ello, la cláusula paraguas abarcaba el contrato perfeccionado con la empresa local de propiedad del inversionista. La demanda finalmente no prosperó por razones analizadas en 1.4.1.: el tribunal arbitral negó atribuir a Ucrania la conducta de un ente público legalmente autónomo<sup>96</sup>.

A diferencia del caso anterior, en la controversia Plama Consortium Limited *v.* Republic of Bulgaria, que había surgido de un acuerdo de privatización celebrado entre el Estado receptor y una empresa chipriota, el tribunal arbitral no se atuvo al lenguaje más amplio de la ECT. Inspirado en la decisión del comité ad hoc de CMS *v.* Argentina, señaló que, para sustentar la responsabilidad basada en la cláusula paraguas, el contrato objeto de la controversia

92 Acto final de la conferencia, Entendimientos, p. 26. Disponible en: [www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf#page=211](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=211).

93 Wälde, Thomas, ob. cit., p. 24.

94 Limited Liability Company Amto v. Ukraine, arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, laudo del 26 de marzo del 2008.

95 Ibid., párr. 110.

96 Ibid.

debió haber sido concluido con el inversionista mismo<sup>97</sup>.

Abstrayéndose del problema de las decisiones arbitrales contradictorias, se puede concluir que la aplicabilidad de la cláusula paraguas respecto de las empresas subsidiarias depende del sentido corriente del tenor literal empleado. El argumento del comité ad hoc de CMS *v.* Argentina —que los compromisos solo pueden ser asumidos frente a contrapartes determinadas— parece particularmente convincente. Sin embargo, la distinción conceptual entre demandas contractuales y aquellas basadas en la cláusula paraguas permite plantear una visión distinta respecto de los elementos subjetivos de tal decisión. El inversionista, efectivamente, no es titular de derechos bajo la legislación doméstica, pero sí lo es bajo la cláusula paraguas. El cumplimiento de un compromiso asumido por el Estado respecto de una empresa local debe ser analizado conforme a la ley interna, pero constituye nada más que un requisito que desencadena la responsabilidad del Estado bajo la

cláusula paraguas. En el caso de confirmarse el incumplimiento contractual de una obligación contraída con respecto a las inversiones, la titularidad de la demanda bajo la cláusula paraguas le pertenece siempre al inversionista. Lo anterior no atenta contra la restricción del artículo 25 (2) (b) del Convenio de Washington que autoriza la participación de las empresas locales en los juicios arbitrales del Ciadi una vez que así lo declare el Estado signatario, dado que el sujeto que posee el *jus standi* activo sigue siendo el inversionista extranjero, quien hace valer los derechos que a él le otorga la cláusula paraguas.

#### **1.5. Responsabilidad del Estado bajo la cláusula paraguas con respecto a los compromisos asumidos unilateralmente**

La posibilidad de que la responsabilidad del Estado bajo la cláusula paraguas surja no de un contrato, sino de su legislación interna —descartada por el comité ad hoc del caso CMS *v.* Argentina y potencialmente negada por el

97 Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Ciadi n.º ARB/03/24, laudo del 27 de agosto del 2008, párr. 186.

tribunal del caso *Noble Ventura v. Rumania*— fue confirmada en el arbitraje *LG&E Energy Corp. v. Argentina*<sup>98</sup>. Las empresas demandantes, constituidas bajo las leyes norteamericanas, sostenían que el diseño de las reformas del sistema económico argentino realizadas a principios de los años noventa, contemplaban la participación necesaria de inversionistas extranjeros, quienes fueron inducidos a invertir “con promesas de tasas de retorno que siempre serían razonables; protecciones contra las fluctuaciones cambiarias y la inflación; el ajuste de las tarifas teniendo presente índices internacionales; la prohibición de hacer cambios unilaterales y de no controlar los precios sin indemnización. Argentina materializó estas promesas en forma de obligaciones legales”<sup>99</sup>.

Para determinar si las disposiciones de la *Ley del Gas* y de su

Reglamento efectivamente contenían garantías amparadas por la cláusula paraguas, el tribunal arbitral analizó si dichas garantías “constituyen (i) ‘obligaciones’, (ii) ‘relativas a’ LG&E, en su calidad de inversionista extranjero, y (iii) a ‘su inversión’”<sup>100</sup>. Finalmente sostuvo que esas normas “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”<sup>101</sup>. En vista de lo anterior, estas disposiciones no eran simples obligaciones legales de naturaleza general, sino que eran compromisos específicos asumidos con respecto a la inversión de LG&E en Argentina y

98 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. República Argentina*, Ciadi n.º ARB 02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre del 2006.

99 *Ibid.*, párr. 165.

100 *Ibid.*, párr. 172.

101 *Ibid.*, párr. 174.

su derogación violaba la cláusula paraguas<sup>102</sup>.

El tribunal arbitral del caso *Continental Casualty Company v. Argentine Republic* hizo varias referencias a la sentencia anterior, sin embargo, concluyó que la legislación cuya modificación se cuestionaba no se encontraba amparada por la cláusula paraguas<sup>103</sup>. *Continental Casualty*, una compañía estadounidense, tenía bajo su control a CNA ART, una compañía de seguros establecida en Argentina. Antes de la crisis financiera del año 2001, las principales inversiones de CNA ART se habían efectuado, según lo que exige la ley argentina, en el territorio de ese Estado y su portafolio estaba dominado por valores expresados en moneda nacional<sup>104</sup>. El demandante alegaba que la cláusula paraguas cubría tales inversiones realizadas en los instrumentos contractuales de endeudamiento

del Estado argentino, y que este incumplía su obligación de pago en dólares estadounidenses<sup>105</sup>.

Al analizar el alcance de la cláusula paraguas —“Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”— el tribunal arbitral destacó que tales compromisos deben haber sido asumidos “con respecto” a las inversiones —“*with regard to*”—, por lo cual deben haber tenido un cierto grado de especificidad. Tales compromisos no se limitaban únicamente a obligaciones contractuales, y la misma expresión “*with regard*” indicaba que podrían haber sido contraídas con una persona o una entidad que no fuera el inversionista mismo. Con ello, las obligaciones asumidas por el Estado frente a CNA, en principio, no estaban excluidas del ámbito de aplicación de la cláusula paraguas<sup>106</sup>. Sin embargo, esta no se

102 *Ibíd.*, párr. 175.

103 *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, Ciadi n.º ARB 03/9, laudo del 5 de septiembre del 2008.

104 *Ibíd.*, párrs. 16-18.

105 *Ibíd.*, párrs. 287-292.

106 *Ibíd.*, párr. 297.

aplicaría a una eventual violación de obligaciones genéricas que surgirían del derecho interno del Estado demandado<sup>107</sup>. Los compromisos unilaterales del Estado que surgían de la legislación sectorial, o de aquella que estuviera dirigida específicamente a los inversionistas extranjeros en lo relativo a sus inversiones, podrían estar cubiertos, tal como se había concluido en el caso LG&E<sup>108</sup>. A diferencia de ello, la legislación financiera no podría ser considerada una fuente de obligaciones asumidas por Argentina específicamente con respecto a la compañía de propiedad del inversionista. Una modificación legal tenía como destinatarios la totalidad del público argentino o un rango muy amplio de personas que hubiesen participado de los instrumentos financieros. Únicamente un determinado tipo de los instrumentos emitidos por el Estado y suscritos por CNA tenía el carácter

más específico y contractual y podría ser considerado cubierto por la garantía de la cláusula paraguas. Sin embargo, Argentina estaba eximida de su responsabilidad en virtud del estado de necesidad en el que se encontraba<sup>109</sup>.

El tribunal del caso LG&E Energy Corp. *v.* Argentina parece atribuirle a la cláusula paraguas un rol semejante al de una cláusula de estabilización<sup>110</sup>, su precursora<sup>111</sup>. Sin embargo, parece complejo equiparar una ley interna a una obligación asumida por el Estado, dado que "la aprobación de una ley por un Estado, sea una específica o general, no constituye la asunción de un compromiso distinto a la ley misma. Sin duda un Estado está vinculado por sus propias leyes, pero tan solo mientras están en vigor. En ausencia de una cláusula de estabilización, los inversionistas asumen el riesgo que las obligaciones del Estado receptor bajo su

---

107 *Ibid.*, párr. 300.

---

108 *Ibid.*, párr. 301.

---

109 *Ibid.*, párr. 302.

---

110 Zolia, Vlad, *ob. cit.*, p. 19.

---

111 Wälde, Thomas, *ob. cit.*, p. 10.

propia ley puedan cambiar, la cláusula paraguas no hace diferencia con respecto a esta proposición<sup>112</sup>. Por lo anterior, las cláusulas paraguas no cubren los derechos de los inversionistas que nazcan de la legislación nacional. Una posible técnica que permitiría lograr ese resultado podría consistir en que el Estado se obligara en forma contractual a mantener inalteradas las leyes que regulan el marco específico de la inversión. A través de un pacto de esta índole estaría asumiendo un compromiso con respecto a la inversión, y en virtud de la cláusula paraguas sería responsable por su incumplimiento.

## 2. EFECTO DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS FRENTE A LA CLÁUSULA PARAGUAS

Si la inversión extranjera se efectúa a través de un contrato celebrado entre el inversionista

y el Estado, es frecuente que este último incluya una cláusula de solución de controversias entre las partes. Eventualmente, el foro designado sería distinto de aquel previsto en el TBI aplicable al caso, con lo cual posiblemente se realizaría una renuncia al acceso a la justicia arbitral internacional. De acuerdo con la jurisprudencia, una 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 desde la perspectiva del derecho aplicable al contrato, sino desde el derecho internacional<sup>113</sup>. En la medida en que la demanda se base en los 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>114</sup>.

112 Crawford, James, ob. cit., p. 20.

113 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. Argentina*, Ciadi n.º ARB/97/3, comité ad hoc, Decisión sobre la anulación, 3 de julio del 2002, párrs. 95 y 96.

114 *Ibid.*, párrs. 98 y 101. En el mismo sentido *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Ciadi n.º ARB/01/12, Decisión sobre la jurisdicción, 8 de diciembre del 2003, párrs. 76-80; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, caso Ciadi n.º ARB/03/29, Decisión sobre la jurisdicción, 14 de noviembre del 2005, párrs. 166-167.

Sin embargo, en el contexto de una cláusula paraguas, lo que se discute es justamente el incumplimiento de las obligaciones contractuales, con lo cual, a primera vista, se crea una posibilidad real de que la misma controversia sea sometida a dos foros diferentes. Frente a ello, surge el interrogante de si una estipulación contractual sobre la solución de disputas equivale a una renuncia al derecho de discutir el incumplimiento contractual ante los tribunales competentes bajo el tratado; y, de no operar la renuncia, si uno de los foros involucrados podría tener la primacía para evitar procedimientos paralelos con sus temidas consecuencias, tales como eventuales sentencias contradictorias o la doble indemnización hacia el inversionista<sup>115</sup>, poniéndose finalmente en riesgo la credibilidad del sistema de

solución de disputas<sup>116</sup>. En otras palabras, interesa determinar si, en presencia de constelaciones como estas, el derecho nacional y el derecho internacional mantienen su cabida independiente o, más bien, el carácter específico de la cláusula paraguas requiere una especie de fusión entre los dos sistemas, en virtud de la cual uno de los ordenamientos tendría que sucumbir ante el otro.

### 2.1. Reseña de la jurisprudencia

El caso *Société Générale de Surveillance S.A. —SGS— v. República de Filipinas* versaba sobre el incumplimiento de dos contratos de prestación de servicios de inspección y certificación de mercaderías importadas en aduana, celebrados entre la empresa suiza SGS y el Estado de Filipinas<sup>117</sup>.

115 Cremades, Bernardo y Cairo, David J. A. *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*, pp. 7-9. Disponible en: [www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf).

116 Bjorklund, Andrea. *Private Rights and Public International Law: Why Competition Among International Economic Law Tribunals Is Not Working*. En: *Hastings Law Journal*, vol. 59, 2007, pp. 241-307.

117 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de Filipinas*, Ciadi n.º ARB/02/6, Decisión sobre la jurisdicción, 29 de enero del 2004, párrs. 13 y 15.

La cláusula paraguas contenida en el artículo X (2) del respectivo TBI estipulaba: "Cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya asumido con respecto a las inversiones específicas en su territorio [hechas] por inversionistas de la otra Parte Contratante". El tribunal arbitral subrayó que el objetivo y propósito del TBI consistía en crear y mantener condiciones favorables para las inversiones extranjeras y la interpretación de la cláusula paraguas debería buscar otorgarle un efecto útil a esa norma<sup>118</sup>. La expresión "observará" —"*shall observe*"— indicaría que se trataba de una verdadera obligación legal con carácter imperativo<sup>119</sup>. Para definir si una promesa constituía un compromiso jurídicamente vinculante o un anuncio publicitario, correspondería recurrir

al derecho interno del Estado receptor<sup>120</sup>. Si las promesas fueran legalmente exigibles, de conformidad al objetivo y propósitos del TBI y acorde al artículo X (2), se encontrarían incorporadas al tratado<sup>121</sup>. No obstante, el tribunal declaró la demanda inadmisibles dado que el contrato contenía una cláusula de solución de disputas a favor de la justicia ordinaria de Filipinas. Ante la posibilidad de que el conflicto fuese resuelto en ese foro, la demanda fue considerada prematura<sup>122</sup>.

El laudo fue aprobado con un voto disidente, que rechazaba el concepto de inadmisibilidad de la demanda<sup>123</sup>, con base en el carácter sustancialmente distinto de las demandas contractuales *versus* una demanda por violación de la cláusula paraguas<sup>124</sup>, y consi-

118 Ibid., párrs. 116 y 115.

119 Ibid., párr. 115.

120 Ibid., párr. 117.

121 Ibid.

122 Ibid., párr. 155.

123 SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de Filipinas. Declaración del árbitro Antonio Crivellaro.

124 Ibid., párr. 11.

derando que los contratos habían sido suscritos con anterioridad a la firma del TBI, por lo cual no podían contemplar una renuncia al derecho de optar por la justicia internacional<sup>125</sup>.

La sentencia fue criticada dado que si bien no exige el agotamiento de los remedios domésticos, en términos prácticos, impone la misma exigencia<sup>126</sup>. El tribunal internacional se desempeñaría como un tribunal de última instancia para los casos de denegación de justicia, una figura jurídica marcada por un alto grado de discreción y vaguedad. En cambio, el enfoque disidente recibió el apoyo de los comenta-

ristas<sup>127</sup>. A fines del 2007, considerando que la controversia entre las partes aún seguía en pie, el tribunal arbitral levantó la suspensión del procedimiento<sup>128</sup>.

La controversia del caso *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*<sup>129</sup> surge de un contrato celebrado entre el Estado de Egipto y una compañía británica, que le había vendido e instalado, a dicho país, un equipamiento para la extracción de fosfato. La instalación y el funcionamiento de la maquinaria se vieron permanentemente afectados por distintos problemas de carácter técnico, los cuales cada una de las partes atribuía al in-

125 *Ibid.*, párrs. 7, 9 y 10.

126 Schreuer, Christoph. *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*. En: *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 1-17; Wälde, Thomas, *ob. cit.*, p. 42; Foster, David. *Umbrella clauses – a retreat from the Philippines?* En: *International Arbitration Law Review*, 2006, p. 4. Disponible en: [www.wfw.com/pubs/UmbrellaClauseArticle\\_DavidFoster.pdf](http://www.wfw.com/pubs/UmbrellaClauseArticle_DavidFoster.pdf); Schramke, Hein-Jürgen, *ob. cit.*, p. 23. Una evaluación positiva en Shany, Yuval, *ob. cit.*, p. 850.

127 Schreuer, Christoph. *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*, *ob. cit.*, p. 42.

128 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de Filipinas*, Decisión del 17 de diciembre del 2007.

129 *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, n.º ARB/03/11, Decisión sobre la jurisdicción, 6 de agosto del 2004, párr. 92.

cumplimiento de la otra<sup>130</sup>. Frente a la demanda de Joy Mining, el tribunal arbitral del Ciadi declinó su jurisdicción, porque el contrato objeto de la controversia no constituía una inversión a la luz de los requisitos del test-Salini<sup>131</sup>. La cláusula paraguas no podría producir el efecto de transformar todas las disputas comerciales en disputas basadas en el tratado, a menos que la violación de las obligaciones contractuales alcanzase una magnitud suficiente para activar la protección prevista en él<sup>132</sup>. A falta de lo que podría calificarse como inversión, ante la inexistencia de demandas basadas en el tratado y en ausencia de una cláusula arbitral a favor del Ciadi, mantenía su validez la cláusula compromisoria contemplada en el contrato, la que remitía las partes a un arbitraje comercial<sup>133</sup>.

Si bien la pertinencia de recurrir al test-Salini para corroborar la existencia de una inversión

se cuestiona a menudo, una vez que el tribunal establecido en virtud de un TBI niega que se trata de una inversión, consecuentemente carece de jurisdicción para conocer la aplicación de la cláusula paraguas y por ello debe primar el foro pactado contractualmente. Sin embargo, es contraproducente la suposición del tribunal de que la cláusula paraguas cubre únicamente violaciones contractuales que presenten mayor gravedad. Con ello, la cláusula paraguas se estaría asemejando a los estándares sustantivos de trato previstos en el TBI, negándole un significado autónomo.

A diferencia de las soluciones anteriores, el tribunal arbitral de *Eureka B.V. v. Republic of Poland*, asignó a cada una de las dos cláusulas de solución de disputas su propio ámbito de aplicación y confirmó la responsabilidad del Estado demandado bajo la cláusula paraguas, no obstante que el

130 Ibid., párrs. 17-18.

131 Ibid., párrs. 53-63.

132 Ibid., párr. 81.

133 Ibid., párr. 89.

contrato incluía una cláusula de solución de disputas a favor de los tribunales polacos<sup>134</sup>. Ello no constituía un impedimento para la jurisdicción del tribunal, dado que lo que se iba a discutir en ese juicio no era la interpretación del contrato, sino las violaciones del tratado internacional<sup>135</sup>.

## 2.2. El efecto de la separación conceptual entre el derecho nacional e internacional

La cláusula paraguas consagra una obligación internacional del Estado receptor de la inversión, pero juzgar su observación no es viable sin analizar previamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el marco del ordenamiento jurídico interno. Parafraseando al tribunal del caso *Duke Energy v. República del Ecuador*, la responsabilidad bajo la cláusula paraguas requiere reunir dos requisitos: a) el incumplimiento contractual y b) la asunción y el incumplimiento

del compromiso atribuibles al Estado. Para corroborar el primero de los requisitos, el derecho internacional efectúa una especie de remisión al derecho nacional. Sin embargo, por tratarse de una obligación internacional, la atribución de la responsabilidad debe efectuarse según las reglas de derecho internacional. Ese análisis en dos niveles es, así mismo, determinante para definir el rol de las cláusulas contractuales de solución de disputas.

Para determinar si el Estado demandado ha violado un compromiso asumido con respecto a la inversión, el tribunal debe estarse a los términos del contrato mismo y a lo dispuesto en la normativa que lo regule<sup>136</sup>. Usualmente se trataría de la legislación nacional del Estado receptor, pero no es de excluir que la ley propia del contrato pueda ser una normativa no nacional, como es la *lex mercatoria* o los Principios de Unidroit para los Contratos Mercantiles Interna-

134 *Eureko B.V. v. Polonia*, arbitraje ad hoc, laudo parcial del 19 de agosto del 2005, párrs. 258-259.

135 *Ibid.*, párrs. 93-113.

136 Schill, Stephan, *ob. cit.*, p. 47.

cionales<sup>137</sup>. En esa etapa, el efecto de la cláusula paraguas "no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto; el contenido de la obligación se mantiene inalterado, tal como su derecho aplicable"<sup>138</sup>.

Ahora bien, ¿podría entenderse que el tribunal estaría resolviendo acerca del incumplimiento contractual propiamente tal? Constituye un principio generalmente reconocido que la competencia del tribunal arbitral depende de los límites establecidos por el consentimiento de las partes de la disputa. Es posible que ellas se sometan al mismo foro que aquel previsto en el tratado, pero si no lo hacen, el tribunal arbitral deriva su jurisdicción únicamente del TBI. El consentimiento se perfecciona a través de la aceptación, por parte

del inversionista extranjero, de la oferta unilateral irrevocable del Estado, expresada a través del TBI, y se forma en los términos allí establecidos<sup>139</sup>. Su alcance material es acorde a la cláusula de solución de controversias entre inversionista y Estado. El tenor literal de esas cláusulas varía entre los distintos TBI y puede abarcar "cualquier disputa relacionada con la inversión", como también "cualquier disputa relacionada con el acuerdo de inversión" o bien "cualquier disputa que surja de este tratado"<sup>140</sup>. El significado ordinario de las palabras empleadas en los dos primeros ejemplos, podría suponer que las demandas sobre cualquier tipo de incumplimiento contractual estarían incluidas desde ya dentro de la competencia del tribunal arbitral<sup>141</sup>. La jurisprudencia tiende

137 Gaillard, Emmanuel y Banifatemi, Yas. The Meaning of "and" in Article 42(1). Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process. En: *ISCID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 375, 2003, pp. 375-411.

138 *GMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, Decisión del comité ad hoc, 25 de septiembre del 2007, párr. 95.

139 Schreuer, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*, ob. cit., pp. 210 y 238.

140 Malik, Mahnaz, ob. cit., pp. 3 y ss.

141 En este mismo sentido *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, Ciadi n.º ARB/00/4, Decisión sobre la jurisdicción, 16 de julio del

a favorecer una lectura amplia de esas cláusulas, confirmando a nivel teórico su competencia sobre demandas contractuales, aunque finalmente negándola por razones *rationae materiae* o haciendo prevalecer las cláusulas contractuales de solución de controversias<sup>142</sup>.

Sin embargo, la expresión "cualquier disputa relativa a la inversión" no podría significar, al mismo tiempo, una disputa bajo cualquier normativa. Tal como señaló el tribunal arbitral del caso *SGS v. Pakistán*, esa expresión alude a la sustancia de la disputa,

pero no a la normativa competente<sup>143</sup>. Parece impropio deducir su significado de una comparación con otros tratados que emplean disposiciones más restrictivas. Corresponde respetar el tenor literal de la norma pero dentro del contexto del instrumento internacional que la contempla, sin despegarla de su ámbito sustantivo. De lo contrario, surge la posibilidad de que, en virtud del tratado, se constituya un tribunal ante el cual no se discutiría la observancia del mismo<sup>144</sup>. Esta situación cambia tan solo ante una cláusula paraguas<sup>145</sup>, pero únicamente por-

Cont. 1412001, párr. 59 y potencialmente *Imregilo S.p.A v. República Islámica de Pakistán*, Ciadi n.º ARB/03/3, Decisión sobre la jurisdicción, 22 abril del 2005, párrs. 188-209. Afirmativamente con respecto al acuerdo de inversión: *Lanco International Inc. v. Argentina*, Ciadi n.º ARB 97/6, Decisión sobre la jurisdicción, 8 de diciembre de 1998, párr. 17 y *Noble Energy, Inc. y Machalpower Cía. Ltda. v. La República de Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Ciadi n.º ARB/05/12, Decisión sobre jurisdicción, 5 de marzo del 2008, párr. 140; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, arbitraje bajo el Reglamento de la Uncitral, párrs. 37 y ss.

142 Gaillard, Emmanuel. *Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses*. En: *New York Law Journal*, vol. 234, n.º 68, pp. 1-3. Disponible en: [www.nylj.com](http://www.nylj.com).

143 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Ciadi n.º ARB/01/13, Decisión sobre la jurisdicción, 6 de agosto del 2003, párrs. 161-162.

144 Gaillard, Emmanuel. "Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses", ob. cit., p. 3.

145 Gaillard, Emmanuel. *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - the SGS Cases Considered*. En: Weiler, Todd (ed.) *Inter-*

que esta consagra una obligación propia del tratado.

Lo anterior no pretende negar la facultad de los tribunales arbitrales para aplicar el derecho nacional elegido por las partes, o el que sea competente en subsidio y de conformidad con lo que establecen el artículo 42 (1) del Convenio de Washington, el artículo 33 (1) del Reglamento de Arbitraje de la Uncitral, reglamentos institucionales y leyes nacionales sobre arbitraje. Más aún, dado que la proliferación de los TBI es un fenómeno relativamente reciente, los primeros casos presentados ante el Ciadi versaban mayormente sobre las demandas

contractuales<sup>146</sup>. Sin embargo, la posibilidad de aplicar la ley interna está circunscrita al tipo de pronunciamiento que debe emitir el tribunal, y éste depende de si existe el consentimiento de las partes.

Por otro lado, la existencia de un contrato no es un obstáculo para invocar las normas del tratado, pero el incumplimiento contractual solo será juzgado desde el punto de vista de los estándares de trato en él incluido<sup>147</sup>. De suponerse que en virtud de una cláusula amplia de solución de disputas, el Estado asume la responsabilidad internacional por cualquier violación contractual, la

Cont. 145 *National Investment Law And Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Cameron May, pp. 325-346.

146 Parra, Antonio, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*. En: Rovine, Arthur (ed.) *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 1-15. Disponible en: [www.arbitration-icca.org/articles.html](http://www.arbitration-icca.org/articles.html).

147 *Lanco International Inc. v. Argentina*, Ciadi n.º ARB 97/6, Decisión sobre la jurisdicción, 8 de diciembre de 1998; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, Ciadi n.º ARB/97/3, laudo del 21 de noviembre del 2000 y comité ad hoc Vivendi, Decisión sobre la anulación del 3 de julio del 2002; *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Ciadi n.º ARB/01/12, Decisión sobre la jurisdicción, 8 de diciembre del 2003; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Ciadi n.º ARB/01/13, Decisión sobre la jurisdicción, 6 de agosto del 2003; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Pakistan*, n.º ARB/03/29, Decisión sobre la jurisdicción, 14 de noviembre del 2005.

cláusula paraguas carecería de una función autónoma<sup>148</sup>. Por lo tanto, a falta de una prórroga de competencia a través del contrato, el tribunal arbitral creado en virtud del tratado únicamente es competente para pronunciarse sobre las disputas basadas en el tratado. 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 violación de estándares de trato plasmados en el TBI.

De lo anterior se desprende que el tribunal del tratado no es competente para *resolver* las disputas contractuales, el incumplimiento contractual es tan solo uno de los requisitos de la responsabilidad bajo las normas

del tratado. De ello se sigue que, si bien el Estado podría oponer las excepciones exonerantes que reconozca la normativa aplicable al contrato —tales como la fuerza mayor, la excepción del contrato no cumplido, la prescripción de la pretensión— al no tratarse del foro competente para resolver las disputas contractuales, no deberían admitirse demandas reconventionales en contra del inversionista<sup>149</sup>.

Confirmado el incumplimiento contractual ocurrido en el plano del derecho nacional, el análisis sería conceptualmente distinto tomando en consideración su carácter atribuible al Estado receptor. Dado que la cláusula paraguas contempla una obligación internacional, tanto el compromiso asumido como su rompimiento deben ser atribuibles al Estado en virtud de las reglas del derecho internacional. De acuerdo con las normas del Proyecto de la Comisión de

148 Sin embargo, esa es la proposición de John Gaffney y James Loftis, en la obra anteriormente citada, p. 26.

149 A favor de la admisibilidad de las demandas reconventionales Crawford, James, *ob. cit.*, pp. 10-17. Expresamente reconocida esa posibilidad en *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, arbitraje bajo el Reglamento de la Uncitral, Decisión sobre jurisdicción, 7 de mayo del 2004.

Derecho Internacional en la materia, serían atribuibles al Estado receptor los compromisos asumidos por sus órganos legislativos, administrativos, judiciales, sean ellos centrales o regionales —art. 4.º—, por personas o entidades que en virtud de la ley ejerzan elementos de autoridad gubernamental —art. 5.º— y, así mismo, los actos de personas o grupos de personas que actúen de acuerdo con las instrucciones del Estado, o bajo su dirección o control —art. 8.º del proyecto—, una arreglo probablemente menos recurrente en el ámbito contractual. En este contexto, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, el estatus legal independiente de una agencia del Estado, o la posibilidad de que este último hubiese “orquestrado” la infracción o el carácter de *jure imperii* de la cuestionada conducta, son irrelevantes<sup>150</sup>. En esta etapa de análisis, el Estado podría ser exonerado de responsabilidad por causales propias del derecho internacional, por ejemplo, apli-

cando el concepto de necesidad, tal como ocurre en el caso *Continental Casualty v. Argentina*.

Conforme con lo anterior, una demanda contractual difiere de aquella basada en la cláusula paraguas en cuanto a las fuentes del derecho, las partes de la reclamación, la normativa aplicable, el tipo de responsabilidad del Estado y el contenido de las obligaciones<sup>151</sup>. Si bien la obligación bajo la cláusula paraguas podría considerarse idéntica a la contractual al exigir la observancia de los términos pactados en el contrato<sup>152</sup>, también es posible distinguir entre ellas, dado 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 que le son atribuibles, no obstante que tal responsabilidad no vaya envuelta en los estándares de trato que le debe garantizar al inversionista acorde al derecho internacional.

150 En ese sentido, característico el planteamiento del caso *Bewater Gauff —Tanzania— Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Ciadi n.º ARB/05/22, laudo del 24 de julio del 2008, párrs. 458 y 492.

151 Cremades, Bernardo y Cairos, David J. A., ob. cit., pp. 3-6.

152 *Ibid.*, p. 4.

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. El artículo 25 (1) del Convenio de Washington establece que "si las partes han otorgado su consentimiento, ninguna de ellas podría retirarlo de manera unilateral". Se ha planteado que, *a contrario sensu*, las partes podrían retirar su consentimiento de común acuerdo<sup>153</sup>. Considerando que los TBI le confieren derechos individuales al inversionista, este debería poder renunciar a ellos, esto es, renunciar a través de un contrato al acceso a la justicia internacional. Para producir tal efecto, el pacto debería cumplir con el principio

Ante el tribunal  
establecido en virtud del  
tratado, el inversionista  
no invocará la  
violación contractual  
(...), más bien, el  
quebrantamiento  
del tratado

de libre negociación, que eventualmente no sería observado estándose frente a un poder desigual de negociación<sup>154</sup>. Sin embargo, la 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 de-

mandas 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 para

hacer valer los derechos bajo la cláusula paraguas.

Una conclusión semejante se impone en el contexto de la cláusula de exclusividad de foro, llamada '*fork-in-the-road*', que hace escoger al inversionista entre la justicia del Estado receptor y el ar-

153 Spiermann, Ole. Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties. En: *Arbitration International*, vol. 20, n.º 2, 2004, pp. 179-211.

154 *Ibid.*, pp. 208-209.

bitraje internacional. Si la demanda por el incumplimiento contractual se presentara ante la justicia local, el inversionista eventualmente podría verse imposibilitado para recurrir al arbitraje internacional<sup>155</sup>. Sin embargo, para que la cláusula de exclusividad produzca sus efectos, las demandas presentadas ante la justicia nacional deben involucrar a partes idénticas y ser equivalentes a las alegadas ante el tribunal internacional, situación que no se produce si se recurre a la justicia ordinaria meramente por el incumplimiento contractual, sin invocar el TBI<sup>156</sup>. En cambio, ante el tribunal establecido en virtud del tratado, el inversionista no invocará la violación contractual propiamente tal, más bien tendrá que alegar el quebrantamiento del tratado, esto es, de la cláusula paraguas.

El carácter derivativo de la responsabilidad internacional del Estado con respecto a la responsabilidad bajo el contrato no es idéntico a la idea de "demandas primarias" y "demandas secundarias", expresado por el tribunal en *SGS v. Pakistán*, que conllevaría a otorgar la primacía a la cláusula contractual de solución de disputas<sup>157</sup>. La distinción conceptual entre las demandas contractuales y aquellas que surgen de la cláusula paraguas, significa que la jurisdicción del foro internacional competente en virtud del tratado se mantiene inalterada. Con ello, los 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 competencia entre ellos<sup>158</sup>. Más bien la jurisdicción

---

155 Tawil, Guido Santiago. *The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview*, ob. cit., p. 24.

---

156 Shreuer, Christoph. *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, ob. cit., p. 248.

---

157 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Ciadi n.º ARB/01/13, Decisión sobre la jurisdicción, 6 de agosto del 2003, párr. 54.

---

158 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de Filipinas*, Ciadi n.º ARB/02/6, Decisión sobre la jurisdicción, 29 de enero del 2004, párr. 171.

de cada uno de los tribunales se deduce de una causa de acción independiente<sup>159</sup>.

Esta situación no es característica para el fenómeno de la "fragmentación de derecho internacional"<sup>160</sup>, dado que uno de los tribunales involucrados se desempeña a nivel de un ordenamiento jurídico nacional. Tampoco se trata de un problema de "duplicidad"<sup>161</sup> como podrían describirse los casos *Lauder v. República Checa*<sup>162</sup> y *CME República Checa v. República Checa*<sup>163</sup>, en los cuales los mismos hechos fueron analizados por dos tribunales arbitrales establecidos bajo dos TBI distintos. Los procedimientos paralelos se desarrollan ante dos foros que no presentan entre ellos una estructura jerárquica

determinada. A fin de evitar procedimientos paralelos, se plantea la posibilidad de recurrir a principios jurídicos desarrollados por el derecho internacional privado, tales como *lis pendens*, *forum non conveniens*, abuso de derecho o *comity*<sup>164</sup>. Sin embargo, se puede cuestionar en qué medida esos principios —que operan en un plano horizontal de ordenamientos jurídicos nacionales, distribuyendo las competencias judiciales con base en criterios espaciales— serían aptos para establecer el foro competente entre aquellos que no pertenezcan a un único sistema jurídico.

Algunos tratados contemporáneos contemplan una solución pragmática al exigir que el inversionista extranjero renuncie,

159 Gaillard, Emmanuel. *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered*, ob. cit., p. 345.

160 Véase [http://untreaty.un.org/ilc/guide/1\\_9.htm](http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm).

161 Bjorklund, Andrea, ob. cit., pp. 258-259.

162 Arbitraje ad hoc, laudo del 3 de septiembre del 2001.

163 Arbitraje ad hoc, laudo del 14 de marzo del 2003.

164 Orrego Vicuña, Francisco. *Lis Pendens Arbitralis*, pp. 1-14. Disponible en: [www.arbitration-icca.org/articles.html](http://www.arbitration-icca.org/articles.html); Cremades, Bernardo y Cairos, David J. A. ob. cit., pp. 9-10; Shany, Yuval, ob. cit., pp. 850-851; Bjorklund, Andrea, ob. cit., pp. 303-305, con observaciones que demuestran la dificultad de aplicar el principio de *litis pendencia* y de *forum non conveniens*.

al momento de solicitar el arbitraje, a todos los foros alternativos<sup>165</sup>. Mientras una disposición semejante no haya sido acogida por los demás acuerdos internacionales, los procedimientos paralelos en el contexto de la cláusula paraguas son posibles y, así mismo, lícitos. Tales procedimientos podrían ser indeseables "desde el punto de eficiencia, pero desde el punto de vista de justicia, el demandante debe tener la oportunidad de hacer valer sus derechos ante distintos tribunales bajo distintas normativas"<sup>166</sup>. La opción de foros múltiples que hoy en día se observa en contextos más diversos<sup>167</sup>, es consecuencia de la coexistencia de regímenes jurídicos ontológica-

mente estratificados<sup>168</sup>. Dicha situación se ha ido ahondando a partir de la segunda mitad del siglo XX debido al surgimiento de regímenes jurídicos espontáneos y la consolidación de un derecho supranacional, diferenciado de la voluntad política de los Estados. Ese fenómeno se enmarca en la forma de operar de la sociedad moderna, la cual reacciona frente a la creciente complejidad con más especialización de las estructuras encargadas de resolverlos<sup>169</sup>. Así, los nuevos regímenes jurídicos abordan los desafíos sociales de manera parcial, no pretenden elaborar soluciones generales que pudieran ser incorporadas en una estructura jerárquica de fuentes

165 Por ejemplo, el artículo 1121 del Nafta, el inciso 2.º del artículo 10.17 del Tratado de Libre Comercio —TLC— entre Chile y EE.UU. o el inciso 2.º letra b) del artículo G-22 del TLC entre Chile y Canadá.

166 Bjorklund, Andrea, ob. cit., p. 302.

167 Véase Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Günther. *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Suhrkamp, Frankfurt: 2005; Teubner, Günther. *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?* En: Dieter, Simon y Weiss, Manfred (eds.) *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*. Nomos, Baden-Baden: 2000, pp. 437-453.

168 Mascareño, Aldo. *Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial*. En: *Política Criminal*, n.º 4, 2007, A3, p. 1-39. Disponible en: [www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl).

169 Luhmann, Niklas. *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*. Trotta, Madrid: 1998, p. 72.

normativas<sup>170</sup>. Por lo tanto, cada uno de esos regímenes —primariamente a través de los tribunales que constituyen el núcleo de sus operaciones—<sup>171</sup> observan los mismos sucesos aplicando las distinciones y juicios que les son inherentes. Conceptualmente visto, sus dictámenes no pueden ser contradictorios, ya que no se refieren a las mismas materias, más bien, sus decisiones son fraccionadas y abordan segmentos aislados de la valoración jurídica en cada caso particular. Establecer una estructura jerárquica única entre ellos, exigiría declarar algunas de las materias sustantivas más relevantes que otras, una tarea compleja a nivel nacional y prácticamente imposible en el plano supranacional.

### 3. CONCLUSIÓN

El análisis anterior demuestra la diversidad de soluciones que la jurisprudencia arbitral ha dado a la interpretación de las cláusulas paraguas. Conforme con las deci-

siones que resultan más convincentes, la cláusula paraguas cubre todos los compromisos contractuales asumidos por las entidades cuya conducta es atribuible al Estado según las reglas del derecho internacional. La principal norma de interpretación contemplada en el artículo 31 (1) del *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, requiere recurrir al significado ordinario de las palabras, dentro de su contexto y a la luz de sus objetivos y fines. Los objetivos de los TBI usualmente se definen en términos de protección y promoción de inversiones, con lo cual el Estado receptor debería ofrecer a los inversionistas extranjeros de la otra Parte, algunos atractivos y ventajas que sirvan de incentivo para la inversión y que sobrepasen las garantías reconocidas por el derecho internacional consuetudinario. El incumplimiento de la obligación asumida no requiere ser resultado del ejercicio de las funciones soberanas del Estado, dado que este elemento es irrelevante para la aplicación de las

170 Mascareño, Aldo, *ob. cit.*, p. 23.

171 Mereminskaya, Elina y Mascareño, Aldo. *La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno*. En: Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, Presente y Futuro de la Codificación. LexisNexis, Santiago: 2005, pp. 1391-1427.

normas acerca de la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, dependerá del tenor literal de la cláusula paraguas si el compromiso en cuestión debe ser asumido con el inversionista mismo o con la empresa local de propiedad de este.

Por último, las cláusulas contractuales de solución de disputas no contemplan una renuncia a una demanda bajo la cláusula paraguas, dado que se trata de demandas distintas en cuanto a sus elementos normativos, sustantivos y subjetivos. Las conclusiones contradictorias a que llegan los tribunales no implican una falla del sistema, de todas formas no más de que lo sucede con los matrimonios, divorcios, contratos y laudos arbitrales válidos según el derecho nacional de un Estado y nulos según otro.

El pluralismo de sistemas jurídicos es característico para el desarrollo del derecho contemporáneo, y en esta etapa la convivencia entre el derecho interno e internacional adopta la forma de un desenvolvimiento autónomo de cada uno de ellos. La cláusula paraguas exige a los sistemas jurídicos una cierta tolerancia que les permite coexistir manteniendo intactos sus límites conceptuales. En otras palabras, desde el punto de vista teórico la cláusula paraguas no provoca una colisión de sistemas jurídicos. De ello deriva el problema de la ineficiencia de juicios paralelos. El camino a seguir en este contexto podría ser la búsqueda de herramientas teóricas modernas que permitan lograr una fusión más profunda entre los sistemas jurídicos en un derecho caracterizado por el pluralismo legal.

#### BIBLIOGRAFÍA

BJORKLUND, Andrea. "Private Rights and Public International Law: Why Competition Among International Economic Law Tribunals Is Not Working". En: *Hastings Law Journal*, vol. 59, 2007, pp. 241-307.

CRAWFORD, James. "Treaty and Contract in Investment Arbitration". En: *The 22nd Freshfieldes Lecture on International Arbitration*, Londres, 29 de noviembre del 2007, pp. 1-22. Disponible en: [www.lcil.cam.ac.uk/Media/](http://www.lcil.cam.ac.uk/Media/)

lectures/pdf/Freshfields%20Lecture%202007.pdf.

CREMADES, Bernardo y CAIROS, David J. A. "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", [www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf).

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. "Una relación compleja: Competencia de los tribunales arbitrales y los Tratados de Protección y Promoción de Inversiones". En: *International Investment Law*, vol. 4, n.º 5, 2007. Disponible en: [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com), pp. 1-31.

FISCHER-LESCANO, Andreas y TEUBNER, Günther. *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 2005.

FOSTER, David. "Umbrella clauses – a retreat from the Philippines?". En: *International Arbitration Law Review*, 2006. Disponible en: [www.wfw.com/pubs/Umbrella-ClauseArticle\\_DavidFoster.pdf](http://www.wfw.com/pubs/Umbrella-ClauseArticle_DavidFoster.pdf).

GAFFNEY, John y LOFTIS, James. "The 'Effective Ordinary Meaning' of BITs and the Jurisdiction of

*Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims*". En: *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n.º 1, 2007, pp. 5-67.

GAILLARD, Emmanuel y BANIFATEMI, Yas. "The Meaning of 'and' in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process". En: *ISCID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 375, 2003, pp. 375-411.

— "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered". En: Weiler, Todd (ed.) *International Investment Law And Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Cameron May, pp. 325-346.

— "Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty". En: Ribero, Clarissa (ed.) *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*. JurisNet, 2006, pp. 54-73.

— "Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses". En: *New York Law Journal*, vol. 234, n.º 68, pp. 1-3. Disponible en: [www.nylj.com](http://www.nylj.com).

- GALLUS, Nick. "An Umbrella just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract". En: *Arbitration International*, vol. 24, n.º 1, 2008, pp. 157-169.
- LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, 1998.
- MALIK, Mahnaz. "The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators". En: *Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators' Forum* Singapore, October 1-2, 2007, pp. 1-37. Disponible en: [www.iisd.org/pdf/2007/inv\\_expanding\\_jurisdiction.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_expanding_jurisdiction.pdf).
- MASCAREÑO, Aldo. "Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial". En: *Política Criminal*, n.º 4, 2007, A3, pp. 1-39. Disponible en: [www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl).
- MEREMINSKAYA, Elina y MASCAREÑO, Aldo. "La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno". En: *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*. Pasado, Presente y Futuro de la Codificación. Santiago: LexisNexis, 2005, pp. 1391-1427.
- ORREGO VICUÑA, Francisco. "Lis Pendens Arbitralis", pp. 1-14. Disponible en: [www.arbitration-icca.org/articles.html](http://www.arbitration-icca.org/articles.html).
- "Of Contracts and Treaties in the Global Market". En: *Max Planck UNYB*, vol. 8, 2004, pp. 341-357.
- PARRA, Antonio. "Applicable Law in Investor-State Arbitration". En: *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 1-15. Disponible en: [www.arbitration-icca.org/articles.html](http://www.arbitration-icca.org/articles.html).
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantie. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Aranzadi, 2006.
- SCHILL, Stephan. "Enabling Private Ordering – Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties". En: *IIJ Working Paper 2008/09*, pp. 1-76. Disponible en: [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)

- SCHRAMKE, Hein-Jürgen. "The Interpretation of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties". En: *International Investment Law*, vol. 4, n.º 5, 2007, pp. 1-24. Disponible en: [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com).
- SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge, 2001.
- "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration". En: *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 1-17.
- "Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road". En: *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n.º 2, 2004, pp. 231-256.
- SHANY, Yuval, "Note and Comment: Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between Decisions on Multisourced Investment Claims". En: *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 835-851.
- SINCLAIR, Anthony. "The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection". En: *Arbitration International*, 2004. Disponible en: [www.transnational-accessmylibrary.com](http://www.transnational-accessmylibrary.com).
- SPIERMANN, Ole. "Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties". En: *Arbitration International*, vol. 20, n.º 2, 2004, pp. 179-211.
- TAWIL, Guido Santiago. "The Distinction Between Contract Claims and Treaty Claims: An Overview". En: Conferencia dictada en Montreal en International Council for Commercial Arbitration (ICCA) Congress 2006 - International Arbitration 2006: Back to Basics?, pp. 1-53.
- TEUBNER, Günther. "Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?". En: Dieter, Simon y Weiss, Manfred (eds.) *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*. Baden-Baden: Nomos, 2000, pp. 437-453.
- WÄLDE, Thomas. "The 'Umbrella' (or Sanctity of Contracts/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases". En: *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n.º 4, 2004. Disponible en: [www.transnational-accessmylibrary.com](http://www.transnational-accessmylibrary.com).

dispute-management.com; www.wfw.com/pubs/UmbrellaClauseArticle\_DavidFoster.pdf.

ZOLIA, Vlad. *Effect and Purpose of "Umbrella Clauses" in*

*Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues*". En: *International Investment Law*, vol. 2, n.º 5, 2005, pp. 1-48. Disponible en: <http://www.transnational-dispute-management.com>.