

# 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. 6 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 licenciario, 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 respaldada 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.