

Rodrigo Polanco & Jorge Luis Manrique de Lara Seminario

## I. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas paraguas son aquellas disposiciones contenidas en acuerdos internacionales de inversiones (AI) que tienen como objeto elevar una disputa contractual entre un inversionista y un Estado al nivel de una posible violación de dicho tratado. Estas disposiciones tienen entonces dos propósitos: por un lado reconocer el respeto internacional de los contratos y por otro someter las controversias relativas a contratos de inversión a un sistema obligatorio de arbitraje internacional<sup>1</sup>. Estas cláusulas han sido conocidas bajo diferentes denominaciones, como cláusulas de “efecto espejo”, “de efecto paralelo”, “de cobertura” o “cláusula ascensor”, entre otras<sup>2</sup>.

Si bien el primer Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre Alemania y Pakistán (1959) contenía lo que hoy denominamos una “cláusula paraguas” –al establecer que cada Estado debía cumplir con las obligaciones relacionadas con las inversiones de nacionales o compañías del otro Estado parte–, no fue hasta 2003 que esta disposición se hizo más conocida. Ese año, en el caso *SGS c. Pakistán* el tribunal arbitral conformado bajo las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) analizó por primera vez el significado y alcance de la cláusula paraguas contenida en el TBI entre Suiza y Pakistán (1995). El año siguiente, otro tribunal arbitral constituido bajo las reglas del CIADI emitió una decisión en el caso *SGS c. Filipinas*, en la cual se sostuvo una postura distinta en relación al alcance de las cláusulas paraguas a la efectuada por el tribunal arbitral en el caso *SGS c. Pakistán*. Lo interesante de estas decisiones es que ambas se remitieron a cláusulas paraguas similares, pero se resolvieron de manera opuesta<sup>3</sup>.

1 CL. Lim (2016) Is the Umbrella Clause Not Just Another Treaty Clause? En CL. Lim (ed), *Alternative visions of the international law on foreign investment: essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah* Cambridge: CUP, p. 351.

2 S. Lemaire (2009). La mystérieuse “Umbrella Clause”: (interrogations sur l’impact de la clause de respect des engagements sur l’arbitrage en matière d’investissements). *Revue de l’arbitrage: bulletin du Comité Français de l’Arbitrage Revue de l’arbitrage*, núm. 3, pp. 479 y 482. Probablemente el primer autor en adoptar la denominación de “cláusula paraguas” fue Ignaz Seidl-Hohenveldern, quien en 1961 escribió que una cláusula paraguas enmarcaba los contratos de concesión bajo el “paraguas de protección” de un tratado de inversiones. A. Sinclair (2004). The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection. *Arbitration International*, vol. 20 (núm. 4), p. 411, 412.

3 R. P. De Souza Fleury (2015). Umbrella clauses: a trend towards its elimination. *Arbitration International*, vol. 31 (núm. 4), p. 680.

Esta falta de consistencia en las decisiones arbitrales sobre las cláusulas paraguas ha pasado a ser una constante en la interpretación de esta disposición, generando la consecuente inseguridad jurídica. Esto se debe a que en algunos casos los tribunales arbitrales han considerado que las cláusulas paraguas pueden elevar un incumplimiento contractual al nivel de violación de un tratado y en otros han sostenido que las cláusulas paraguas también abarcan reclamos en los cuales los Estados o los demandantes no son partes del contrato<sup>4</sup>.

Este capítulo efectúa un análisis de la cláusula paraguas considerando en primer lugar sus antecedentes históricos y su relación con el derecho internacional público. A continuación, se examinan las diferentes interpretaciones que se han dado a esta disposición en reclamos contractuales y en compromisos unilaterales. Luego se estudian ciertos aspectos que han sido especialmente debatibles respecto de la cláusula paraguas como la relación entre accionistas y empresas matrices, y sus efectos en las entidades subestatales. Finalmente se expondrá como conclusión las principales razones del actual retroceso de la cláusula paraguas.

En este capítulo también se intentará responder a algunas preguntas esenciales para comprender el alcance de esta disposición: ¿Los incumplimientos contractuales pueden ser elevados al nivel del incumplimiento de un tratado? ¿Los reclamos comerciales se encuentran dentro del alcance de cobertura de la cláusula paraguas? ¿Están facultados los accionistas y las compañías matrices para presentar reclamos por incumplimiento de las obligaciones del Estado respecto de la compañía respecto de la cual ostentan acciones o de su subsidiaria? ¿Acaso la legislación interna de un Estado puede activar una cláusula paraguas o solo las obligaciones contractuales establecidas en contratos de inversión con el Estado receptor? ¿Están los inversionistas autorizados para presentar reclamos por la ruptura de obligaciones realizadas por entidades subestatales? ¿Prima en definitiva la violación de un contrato o la actuación soberana de un Estado?

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Antes de explicar el contenido e interpretación de las cláusulas paraguas es pertinente analizar el contexto en que esta disposición se presenta, en el cual importantes decisiones de tribunales nacionales e internacionales han rechazado el concepto de elevar una disputa contractual a una disputa relativa a un tratado, a menos que un acuerdo internacional así lo previera.

El caso *Affaire Martini, Italia c. Venezuela* es considerado uno de los más importantes sobre ruptura de contratos. La disputa que le dio origen está vinculada a la concesión que el gobierno de Venezuela había otorgado a la compañía Martini para la explotación de una mina de carbón en 1898, siendo su principal socio de nacionalidad italiana. Sin embargo, entre 1904 y 1905 Venezuela inició procesos judiciales en contra

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 679-680.

de esa empresa, lo cual desencadenó en una decisión de la Corte de Casación que anulaba la concesión y ordenaba pagos a Venezuela. Un tribunal arbitral fue conformado a partir de un acuerdo suscrito entre Italia y Venezuela en 1920, para determinar si en dicha decisión hubo o no denegación de justicia<sup>5</sup>. Si bien el tribunal arbitral sostuvo que cuatro de los cinco fundamentos de la Corte de Casación eran errados, decidió que la anulación de la concesión era correcta desde el derecho venezolano, debido al incumplimiento de pago de la renta por parte de la compañía Martini. En este caso se evidencia que una disputa contractual, resuelta en aplicación del derecho nacional de un Estado, no fue considerada como una violación del derecho internacional<sup>6</sup>.

Posteriormente, en 1926, en el caso *Illinois Central Railroad Co., Estados Unidos de América c. México* una comisión constituida para resolver la controversia sobre la compra venta de locomotoras a México a partir del tratado Estados Unidos-México<sup>7</sup> sostuvo que no existía una regla o práctica consistente en el derecho internacional que estableciese que los reclamos contractuales debían ser resueltos de acuerdo con los principios del derecho internacional. La comisión sostuvo que en los casos en los cuales existiese un reenvío del derecho internacional al derecho nacional los reclamos serían considerados en el marco del tratado. Según la comisión, la amplitud de la redacción del tratado permitía que se analizaran reclamos contractuales que surgiesen de contratos estatales<sup>8</sup>.

En 1927 la comisión en el caso *International Fisheries Company, Estados Unidos de América c. México* sostuvo, en su voto en mayoría, que no tenía competencia debido a la cláusula Calvo<sup>9</sup>. Además, sostuvo que la terminación de la concesión por parte de México no constituía un acto ilegal en el plano internacional. Con ello se evidencia nuevamente que no se concedió relevancia internacional a un reclamo contractual<sup>10</sup>. Es en este contexto histórico que surge la cláusula paraguas.

Uno de los primeros precedentes en los cuales un tratado confirió protección bajo el derecho internacional a derechos contractuales fue el Acuerdo de 1921 entre Reino Unido y Perú para respetar los derechos en la concesión minera de La Brea y Pariñas<sup>11</sup>. Esta concesión pertenecía a nacionales británicos y era arrendada a London and Pacific Petroleum Company. El tratado entre Reino Unido y Perú estableció un tribunal arbitral para resolver las disputas surgidas de la aplicación de un conjunto

5 Caso *Affaire Martini, Italia c. Venezuela, 1930*, pp. 978-979.

6 M. Sasson (2017). *Substantive law in investment treaty arbitration: the unsettled relationship between international law and municipal law*. Segunda ed. The Hague: Kluwer Law International, pp. 205-206.

7 Caso *Illinois Central Railroad Co., Estados Unidos de América c. México, 1926*, p. 134.

8 M. Sasson (2017). *Substantive law in investment treaty arbitration: the unsettled relationship between international law and municipal law*. Segunda ed. The Hague: Kluwer Law International, p. 206.

9 Caso *International Fisheries Company, Estados Unidos de América c. México, 1931*, pp. 702-703.

10 M. Sasson (2017). *Substantive law in investment treaty arbitration: the unsettled relationship between international law and municipal law*. Segunda ed. The Hague: Kluwer Law International, p. 207.

11 A. Sinclair (2004). The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection. *Arbitration International*, vol. 20 (núm. 4), pp. 413-414.

de decretos y de la legislación minera peruana en La Brea y Pariñas. El objetivo del tratado era elevar el estatus del laudo, entre nacionales británicos y el Estado peruano, a un laudo en el cual Perú tuviera una obligación internacional con el Reino Unido. Sin embargo, el Acuerdo de 1921 entre Reino Unido y Perú, al haber sido suscrito después del contrato de concesión, distaba de lo que se conoce hoy en día como cláusula paraguas, debido a que el tratado fue un instrumento suscrito después de que el contrato de concesión había sido incumplido; esto se realizó con la finalidad de brindar cierta garantía respecto a la implementación del laudo arbitral<sup>12</sup>.

La idea más cercana de cláusula paraguas fue incluida en un consejo provisto por Mr. Elihu Lauterpacht en 1953-1954 a la Anglo-Iranian Oil Company, en el marco de la nacionalización del petróleo en Irán, el cual si bien no fue incluido en el Iranian Oil Consortium Agreement de 1954 sentó las bases de lo que se conoce como cláusula paraguas<sup>13</sup>. La misma cláusula fue sugerida nuevamente por Lauterpacht entre 1956-1957 a un grupo de compañías petroleras que consideraban construir un oleoducto en Irak en el Golfo Pérsico a través de Siria y Turquía hacia el Mediterráneo. Sin embargo, el proyecto de oleoducto nunca se concretó y, por tanto, la propuesta de cláusula paraguas nunca fue utilizada<sup>14</sup>.

Una de las primeras iniciativas de cláusulas paraguas se puede encontrar en el borrador de la Convención Abs/Shawcross de 1959 (una iniciativa conjunta por el director del Deutsche Bank, Herman Abs y Lord Shawcross). Posteriormente las cláusulas paraguas fueron incluidas en los borradores de las Convenciones de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) sobre Protección de la Propiedad Extranjera entre 1962 y 1967<sup>[15]</sup>.

En el año 2006 se estimaba que un 40 % de los TBI (alrededor de 1.000 de un total de 2.500 TBI existentes a esa fecha) contenía una cláusula paraguas. En un mapeo de 2.573 tratados (de un total de 3.613 AII), la UNCTAD señaló la presencia de esta disposición en 1.107 AII<sup>16</sup>. Sin embargo, la práctica de los Estados no apunta a un enfoque uniforme en el tratamiento de estas disposiciones. Cláusulas paraguas se encuentran en un número importante de AII concluidos por países del G20 (58 %), principalmente Alemania, Sudáfrica, Reino Unido y Corea del Sur<sup>17</sup>, así como en Suiza y los Países Bajos. Francia, Australia y Japón incluyen cláusulas paraguas en solo una minoría de sus TBI. Estados Unidos solo incluyó cláusulas paraguas en sus tratados basados en los modelos de TBI de 1983, 1984 y 1987, práctica que fue abandonada parcialmente en el

---

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*, pp. 412, 414, 417-418.

14 *Idem.*

15 *Ibid.*, p. 412.

16 UNCTAD, (2019) Mapping of IIA Content (*Investment Policy Hub*) Recuperado de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>

17 R. Polanco Lazo (2017). G20 International Investment Agreements and Guiding Principles for Global Investment Policymaking (E15 Initiative). *International Center for Trade and Sustainable Development - Foro Económico Mundial*, p. 14.

Modelo BIT de 2004<sup>18</sup>, el que no recoge una cláusula paraguas de aplicación general y solo protege ciertos contratos<sup>19</sup>. La cláusula paraguas también ha sido recogida en tratados multilaterales de inversión como el TCE (1994)<sup>20</sup>.

En el caso de Latinoamérica, las cláusulas paraguas se encuentran en alrededor de 30 % de los AII concluidos por países de la región, particularmente por Argentina, Cuba, Nicaragua, Panamá y Venezuela con países europeos. Como se observará en el transcurso de este capítulo, un importante número de casos de arbitraje inversionista-Estado contra países latinoamericanos han involucrado el uso de la cláusula paraguas<sup>21</sup>.

TABLA I  
CLÁUSULAS PARAGUAS AII LATINOAMERICANOS

País	Número de AII	Cláusulas paraguas	%
Antigua y Barbuda	3	2	67 %
Argentina	58	17	29 %
Bahamas	1	0	0 %
Barbados	11	5	45 %
Belice	8	5	63 %
Bolivia	15	10	67 %
Brasil	20	5	25 %
Chile	60	5	8 %
Colombia	20	5	25 %
Costa Rica	32	6	19 %
Cuba	59	18	31 %
Dominica	3	2	67 %
Ecuador	18	7	39 %

18 K. Yannaca-Small (2006). Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, *OECD Working Papers on International Investment* No. 2006/03, OECD Publishing, París, pp. 4-5.

19 Véase, por ejemplo, el art. 10.27 del capítulo de inversiones del TLC entre Chile y Estados Unidos (2003), en el que se refiere a los acuerdos de inversión que otorgan “derechos con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales”. El art. 10.28 del TBI entre Colombia y EE. UU. (2006) además incluye los acuerdos escritos “para proveer servicios al público en representación de la Parte, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua o telecomunicaciones”; o “para realizar proyectos de infraestructura, tales como construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos o gasoductos, que no sean de uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno”.

20 A. Sinclair (2004). The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection. *Arbitration International*, vol. 20 (núm. 4), pp. 433-434.

21 T. Gazzini & Y. Radi. (2016). The Practice and Interpretation of “Umbrella Clauses” in the Latin-American Experience. En A. Tanzi, A. Asteriti, R. Polanco Lazo & P. Turrini (eds.), *International Investment Law in Latin America: Problems and Prospects*, Leiden: Brill Nijhoff, pp. 358-369.

País	Número de AII	Cláusulas paraguas	%
El Salvador	29	7	24 %
Granada	3	2	67 %
Guatemala	26	9	35 %
Guyana	9	4	44 %
Haití	8	2	25 %
Honduras	19	5	26 %
Jamaica	18	7	39 %
México	39	9	23 %
Nicaragua	23	10	43 %
Panamá	30	11	37 %
Paraguay	25	15	60 %
Perú	39	13	33 %
República Dominicana	15	4	27 %
San Cristóbal y Nieves	1	0	0 %
Santa Lucía	3	2	67 %
San Vicente y Las Granadinas	3	1	33 %
Surinam	4	1	25 %
Trinidad y Tobago	14	5	36 %
Uruguay	32	8	25 %
Venezuela	26	13	50 %
<i>Total</i>	674	215	32 %

Fuente: UNCTAD<sup>22</sup>.

### 3. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Muchos AII establecen en sus preámbulos como un objetivo el “crear condiciones favorables para la inversión”<sup>23</sup>, con lo cual se busca establecer un equilibrio entre los intereses del inversionista extranjero y el gobierno del Estado receptor de la inversión.

22 UNCTAD, (2019) Mapping of IIA Content (*Investment Policy Hub*) Recuperado de: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>

23 A modo de ejemplo, se pueden revisar el TBI entre Perú y el Reino Unido (1993); el TBI entre Chile y República Dominicana (2000); el TBI entre Perú y Japón (2008); el TBI entre Colombia y China (2008) y el TBI entre Colombia y Singapur (2013).

Dicho esto, resulta necesario analizar si las cláusulas paraguas necesariamente ayudan a la realización de este objetivo.

Los AII establecen una variedad de obligaciones sustantivas que las partes contratantes deben cumplir. Sin embargo, a veces es difícil sincronizar su aplicación con otras cláusulas del mismo tratado, o con otros AII concluidos por las mismas partes contratantes.

Por ejemplo, una de las obligaciones clave a este respecto es la Cláusula de Nación más Favorecida (NMF). En la OMC la cláusula de NMF obliga a sus Estados miembros a brindar los mismos beneficios a todos los miembros de la OMC<sup>24</sup>. En el derecho de las inversiones la cláusula de NMF crea un vínculo entre los TBI y los AII a partir del cual los Estados parte deben proveer al inversionista protegido por un AII un tratamiento no menos favorable al tratamiento que ellos proveen bajo otro tratado a otros inversionistas<sup>25</sup>. En algunos casos, ello puede llevar a que, para que el Estado receptor de la inversión cumpla con la cláusula de NMF, deba derogar las obligaciones que asumió al amparo de un contrato con un inversionista extranjero de un Estado con quien suscribió un AII. Esto se debe en gran medida a que muchas veces los AII y TBI son negociados y concluidos por diferentes agentes y sectores que buscan objetivos diferentes a aquellos que son buscados en los contratos de inversión<sup>26</sup>.

Según Lee, un Estado parte enfrenta un dilema similar con respecto a una cláusula paraguas, ya que se vería obligado a elegir una obligación sobre la otra, pues la cláusula paraguas establece un puente entre contratos de inversión y los AII. Sin embargo, la proliferación de AII ha generado un solapamiento de obligaciones de los AII por un lado y los contratos de inversión. Todo lo cual conlleva que en más de una situación los Estados tengan que elegir entre una y otra obligación. Ello genera la violación del principio de interpretación efectiva, pues el solapamiento de cláusulas forzará al intérprete a restarle sentido a algunas cláusulas<sup>27</sup>.

Otra crítica que se han realizado a las cláusulas paraguas es que estas establecen un doble sistema de aceptación de obligaciones internacionales por parte del Estado receptor de las inversiones. Por un lado, la manifestación de voluntad de un Estado en ser parte de un AII transcurre por un proceso de aprobación interna en la gran mayoría de casos. Este proceso consiste en su aprobación por el poder legislativo y por el poder ejecutivo. Uno de los objetivos de este sistema de aprobación dual es garantizar la coherencia de las obligaciones que asume el Estado con obligaciones internacionales previas que el Estado ha asumido y con determinados principios o

24 P. Van den Bossche & W. Zdouc (2017). *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. Cuarta ed. Cambridge: CUP, p. 306.

25 OCDE (2006). Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties. En: *International Investment Perspectives 2006*. Paris: OECD Publishing, p. 151.

26 J. Lee (2015). Putting a Square Peg into a Round Hole? Assessment of the “Umbrella Clause” from the Perspective of Public International Law. *Chinese Journal of International Law*, vol. 14 (núm. 2), pp. 351-352.

27 *Ibid.*, pp. 352-353.

valores que el Estado defiende. Por otro lado, la manifestación de voluntad de un Estado para suscribir un contrato de inversiones, cuyas obligaciones llegan a tener rango de tratados por la cláusula paraguas de los AII, por lo general solo transcurre por el poder ejecutivo. Lo cual genera que no exista un mismo proceso que garantice una coherencia en las obligaciones que asume el Estado<sup>28</sup>.

Lee también argumenta que las cláusulas paraguas alteran el derecho a la protección diplomática del Estado del inversionista. La protección diplomática de sus nacionales es un derecho de los Estados que en muchos TBI los Estados renuncian a ejercer, a cambio de otorgar a sus nacionales el derecho de iniciar un arbitraje de inversiones en contra del otro Estado parte del TBI. A través de las cláusulas paraguas los inversionistas tienen el derecho de iniciar un proceso arbitral y de esta manera el Estado del cual es nacional se ve normalmente incapacitado a ejercer su derecho a la protección diplomática a partir de los términos del TBI. Sin embargo, si el inversionista decide recurrir a otro mecanismo de solución de controversias, la posibilidad de ejercer protección diplomática todavía seguiría vigente. Con lo cual, según este autor, la existencia del derecho a la protección diplomática estaría determinado por el inversionista, lo cual sería una usurpación del derecho de protección diplomática del Estado<sup>29</sup>.

Consideramos que la última conclusión relativa a la modificación del derecho de protección diplomática por parte de los inversionistas es errada, pues este derecho no es afectado por la inclusión de cláusulas paraguas en contratos de inversión por diversas razones: en primer lugar, porque la protección diplomática es un derecho de los Estados que puede ser limitado por la decisión soberana de ellos mismos<sup>30</sup>. En segundo lugar, porque si bien es ciertos que los Estados renuncian al ejercicio de la protección diplomática siguiendo el artículo 27 (1) de la Convención de Washington<sup>31</sup>, la abrumadora mayoría de los AII nada dice sobre la prohibición explícita del uso de la protección diplomática en paralelo a los procedimientos de arbitraje inversionista-Estado<sup>32</sup>. En tercer lugar, porque en el supuesto que se estipulara en los TBI que en los casos en que los inversionistas no recurran a arbitraje los Estados estarían facultados a ejercer protección diplomática, ello no alteraría la esencia del derecho de protección diplomática, pues al ser un derecho del Estado solo estos pueden ejercerlo y, por tanto, estos pueden renunciar a este o imponer condiciones para su aplicación.

---

28 *Ibid.*

29 J. Lee (2015). Putting a Square Peg into a Round Hole? Assessment of the “Umbrella Clause” from the Perspective of Public International Law. *Chinese Journal of International Law*, vol. 14 (núm. 2), pp. 360-362.

30 G. Lourie (2015). Diplomatic Protection Under the State-to-State Arbitration Clauses of Investment Treaties. *Austrian Yearbook on International Arbitration*, vol. 33, pp. 511-512.

31 A modo de ejemplo se pueden consultar: art. X (6) del TBI entre Argentina y Chile (1991); art. IX (6) del TBI entre Chile y Costa Rica (1996) y el art. (6) del TBI entre Chile y España (1991).

32 G. Kaufmann-Kohler (2013). Chapter 15. Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration: Resurgence of Diplomatic Protection? En L. Boisson de Chazournes., M. Kohen. & J. E. Viñuales (eds.), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden: Brill | Nijhoff p. 322.



#### 4. RECLAMOS CONTRACTUALES Y COMPROMISOS UNILATERALES

Mucho se ha discutido sobre el alcance de la protección de las cláusulas paraguas. La amplitud de las cláusulas paraguas en muchos TBI, debido a la vaguedad de su redacción, ha generado que algunos tribunales arbitrales sostengan que la legislación nacional de los Estados también puede ser considerada dentro de las obligaciones pasibles de ser protegidas por una cláusula paraguas y, por tanto, elevar la controversia a una concerniente a la violación de un TBI. En esta sección se analizarán algunas decisiones arbitrales con la finalidad de determinar si existe algún acuerdo en la jurisprudencia sobre qué tipo de obligaciones están cubiertas por una cláusula paraguas y los problemas que podría causar el incluir las normas internas de un Estado como obligaciones cubiertas por una cláusula paraguas.

##### 4. I. RECLAMOS CONTRACTUALES

Los TBI facultan a los inversionistas nacionales de un Estado a iniciar un arbitraje de inversiones en contra del otro Estado parte del TBI. Sin embargo, estos tratados no facultan a los Estados a iniciar arbitrajes en contra de los inversionistas. Esto podría ser considerado injusto o desproporcionado. Sin embargo, esto se debe a que a veces también resulta complicado para los inversionistas esperar un proceso judicial justo en las cortes nacionales, pues estas son parte del Estado<sup>33</sup>. En esta sección se analizará si los tribunales arbitrales de inversión han aceptado o no la tesis de que las cláusulas paraguas son instrumentos que podrían facultar a los inversionistas a elevar violaciones de contratos a violaciones de tratados.

En el caso *SGS c. Pakistán* se inició un arbitraje con base en el TBI entre Pakistán y Suiza (1995). Pakistán cuestionó la competencia del CIADI alegando que la contienda bajo análisis era una disputa contractual. Si bien el tribunal arbitral concluyó que tenía jurisdicción respecto a los reclamos de violación del TBI antes mencionado<sup>34</sup>, también sostuvo que frente a una cláusula contractual válida de selección de foro no había necesidad de elevar reclamos contractuales al nivel de reclamos de tratado. Además, el tribunal estableció que una interpretación amplia de la cláusula paraguas podría generar un aumento de reclamos, lo cual restaría sentido a otras cláusulas del TBI y facultaría a cualquier inversionista a anular las cláusulas de elección de foro en sus contratos de inversión<sup>35</sup>. En el caso *Toto Construzioni c. Libano* el tribunal arbitral,

33 J. Lee (2015). Putting a Square Peg into a Round Hole? Assessment of the “Umbrella Clause” from the Perspective of Public International Law. *Chinese Journal of International Law*, vol. 14 (núm. 2), pp. 368–369.

34 A. Rigo Sureda (2016). The Umbrella Clause. En: M. Kinneer, G. Fischer, J. Mínguez Almeida., L. F. Torres & M. Urán Bidegain (eds.), *Building international investment law: the first 50 years of ICSID*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, p. 376.

35 Caso *Société Générale de Surveillance c. Pakistán*, CIADI, *Decisión sobre jurisdicción*, 2003, párr. 165.

al igual que el tribunal en el caso *SGS c. Pakistán*, sostuvo que la cláusula paraguas no eleva reclamos contractuales a reclamos de tratados<sup>36</sup>. Con lo cual los reclamos contractuales se mantienen sujetos a la cláusula de jurisdicción establecida en el contrato<sup>37</sup>.

De manera similar en el caso *Salini c. Jordania* el tribunal arbitral sostuvo que la ruptura del contrato tenía que ser el resultado de la ruptura del tratado para atribuirle responsabilidad al Estado<sup>38</sup>. Esta postura fue sostenida también por los tribunales arbitrales en los casos *El Paso c. Argentina*<sup>39</sup> y *Siemens c. Argentina*<sup>40</sup>, entre otros<sup>41</sup>.

En el caso *Salini c. Marruecos*, dos compañías que habían suscrito un contrato con Société Nationale des Autoroutes du Maroc (ADM) para la construcción de una autopista en Marruecos demandaron a Marruecos alegando que ADM había violado los términos del contrato y que Marruecos había incumplido con sus obligaciones bajo el TBI entre Italia y Marruecos (1990). Por su parte Marruecos argumentó, entre otras cosas, que las compañías italianas alegaban la violación del contrato y no del tratado. De esta manera Marruecos sostuvo que el tribunal arbitral carecía de jurisdicción, pues su jurisdicción solo se limitaba a los posibles incumplimientos del tratado. El tribunal arbitral concluyó que el TBI entre Italia y Marruecos (1990) le confería jurisdicción en relación a las violaciones de ese tratado y de cualquier violación del contrato que vinculara al Estado directamente. Sin embargo, esto no se extendía a las rupturas de contratos en las cuales una entidad distinta al Estado era parte. Con lo cual el tribunal arbitral se declaró competente para analizar las demandas de las compañías italianas, pero también concluyó que no era competente para analizar las posibles violaciones del contrato entre ADM y las compañías italianas que no constituyeran simultáneamente una violación a un tratado bilateral<sup>42</sup>.

Por su parte, los tribunales en los casos *Joy Mining c. Egipto*<sup>43</sup> y *CMS c. Argentina*<sup>44</sup> sostuvieron que los factores clave para que el tribunal decidiera si la ruptura del contrato debería ser asimilada a la ruptura de un tratado era la naturaleza de la magnitud de la interferencia estatal en el contrato<sup>45</sup>.

Por otro lado, en el caso *SGS c. Filipinas* el tribunal arbitral rechazó la interpretación propuesta en el caso *SGS c. Pakistán* según la cual una interpretación amplia del artículo X(2) abriría la puerta a un incremento de demandas de arbitraje inversionista-Estado<sup>46</sup>.

36 Caso *Toto Costruzioni Generali c. Libano*, CLADI, *Decisión sobre jurisdicción*, 2009, párr. 202.

37 R. P. De Souza Fleury (2015). Umbrella clauses: a trend towards its elimination. *Arbitration International*, vol. 31 (núm. 4), p. 376.

38 Caso *Salini c. Jordania*, CLADI, *Decisión de jurisdicción*, 2004, párr. 155.

39 Caso *El Paso Energy c. Argentina*, CLADI, *Decisión de competencia*, 2006, párr. 86.

40 Caso *Siemens c. Argentina*, CLADI, *Decisión sobre jurisdicción*, 2004, párr. 248.

41 R. P. De Souza Fleury (2015). Umbrella clauses: a trend towards its elimination. *Arbitration International*, vol. 31 (núm. 4), p. 681.

42 Caso *Salini c. Marruecos*, CLADI, *Laudo de jurisdicción*, 2001, párr. 61.

43 Caso *Joy Mining c. Egipto*, CLADI, *Laudo de jurisdicción*, 2004, párr. 81.

44 Caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, CLADI, *Laudo*, 2005, párr. 299.

45 R. P. De Souza Fleury (2015). Umbrella clauses: a trend towards its elimination. *Arbitration International*, vol. 31 (núm. 4), p. 681.

46 Caso *SGS c. Filipinas*, CLADI, *Decisión sobre jurisdicción*, 2004, párr. 115.

Además, el tribunal sostuvo que la redacción del artículo X(2) del BIT limitaría las demandas solo a aquellas en las que el inversionista alegaba la violación de una obligación que el Estado había asumido respecto a dicha inversión y que no se aplicaría en los casos que el Estado hubiese asumido obligaciones de carácter general<sup>47</sup>.

Además, el tribunal sostuvo, en relación a la transformación de las obligaciones contractuales a obligaciones internacionales, que una interpretación amplia de la cláusula paraguas no generaría que los contratos se conviertan en tratados. Con lo cual el tribunal concluyó que el alcance de una obligación contractual es determinado por el derecho aplicable al contrato<sup>48</sup>.

Asimismo, el tribunal sostuvo que si los compromisos asumidos por un Estado respecto a determinadas inversiones implicaban obligaciones vinculantes o compromisos bajo el derecho aplicable, se podía entender que estas estaban incorporadas dentro del marco del artículo X(2) del BIT. De hecho, el tribunal arbitral concluyó que el TBI no pretendía invalidar la cláusula de jurisdicción exclusiva establecida en el contrato u otorgarle una vía alternativa a SGS para la resolución de los problemas contractuales que surgiesen del contrato, sino que el tratado buscaba proveer un marco destinado a apoyar los acuerdos de inversión negociados entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión. El tribunal decidió, por mayoría, suspender el proceso arbitral a la espera de una decisión sobre el monto adeudado y no pagado del contrato<sup>49</sup>.

A partir de lo antes expuesto se puede evidenciar que el tribunal arbitral en el caso *SGS c. Filipinas* interpretó la cláusula paraguas en un sentido más amplio que el tribunal arbitral en el caso *SGS c. Pakistán*. Si bien el tribunal del caso *SGS c. Pakistán* no negó que los Estados puedan acordar que todas las violaciones a contratos suscritos entre el Estado y los inversionistas se conviertan en violaciones de un TBI, este no encontró una prueba concluyente de que esta había sido la intención de las partes. Por su parte, el tribunal arbitral en el caso *SGS c. Filipinas*, si bien concluyó que tenía jurisdicción para analizar incumplimientos contractuales, en la práctica restringió su jurisdicción como consecuencia de la inadmisibilidad de las pretensiones contractuales, debido a las cláusulas contractuales de jurisdicción exclusiva. Un razonamiento similar fue sostenido por el tribunal arbitral en el caso *SGS c. Paraguay*<sup>50</sup> al sostener que la cláusula paraguas y la cláusula de jurisdicción del contrato coexistían, con lo cual se reconoció competente para analizar la disputa<sup>51</sup>.

47 J. Gill (2004). Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. *Journal of International Arbitration*, vol. 21 (núm. 5), p. 406.

48 *Ibid.*, p. 407.

49 A. Rigo Sureda (2016). The Umbrella Clause. En M. Kinnear, G. Fischer, J. Mínguez Almeida, L. F. Torres & M. Urán Bidegain (eds.), *Building international investment law: the first 50 years of ICSID*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. pp. 377-378 y 381.

50 Caso *SGS c. Paraguay*, *CIADI, Decisión sobre jurisdicción*, 2010, párr.168-177.

51 A. Rigo Sureda (2016). The Umbrella Clause. En M. Kinnear, G. Fischer, J. Mínguez Almeida, L. F. Torres & M. Urán Bidegain (eds.), *Building international investment law: the first 50 years of ICSID*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 381-382 y 386.

## 4.2. COMPROMISOS UNILATERALES

La aplicación de las cláusulas paraguas no está restringida a compromisos contractuales, pues algunos AII también las extienden a compromisos unilaterales del Estado receptor de la inversión. De hecho, si se analiza las cláusulas paraguas en los TBI Países Bajos y Polonia (1992) y entre Reino Unido y Egipto (1975) se puede evidenciar que estas establecen que toda obligación que haya surgido respecto a las inversiones de los inversionistas de la otra parte contratante deberá ser respetada<sup>52</sup>. En otros casos, como en el caso del TBI entre Suiza y Filipinas (1997), la cláusula paraguas hace referencia a cualquier obligación asumida por una parte contratante con respecto a determinadas inversiones de un inversionista de la otra parte contratante<sup>53</sup>. A su vez, en el TBI entre Suiza y Pakistán (1995), la cláusula paraguas establece una obligación a cada una de las partes de garantizar constantemente las obligaciones que habían entrado en vigor respecto a las inversiones de los inversionistas de la otra parte contratante<sup>54</sup>. Finalmente, en otros TBI como el TBI entre Italia y Jordania (1996) se establece que cada parte contratante deberá crear y mantener en su territorio un marco legal adecuado para garantizar a los inversionistas el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas respecto a cada inversionista<sup>55</sup>.

En *LG&E c. Argentina* se estableció que Argentina había asumido determinadas obligaciones contenidas tanto en una licencia así como en la legislación y en la regulación promulgada por Argentina<sup>56</sup>. En este caso las tarifas de gas fueron calculadas en dólares norteamericanos y expresadas en pesos argentinos al momento de la facturación. Asimismo, se estableció que LG&E sería compensada por cualquier pérdida resultante al momento de la implementación del control de precios<sup>57</sup>.

El tribunal arbitral sostuvo que Argentina había incumplido con sus obligaciones al derogar las garantías incluidas en el marco legal (el cálculo de las tarifas en dólares antes de su conversión en pesos, la tarifa de ajuste semi-anual basadas en el PPI y la compensación de todo tipo de control de precios). Según el tribunal, Argentina había asumido estas obligaciones con inversionistas extranjeros como LG&E, al promulgar la ley de gas y otros reglamentos, y al haber promocionado estas garantías en el Memorandum de Información para inducir la entrada de capital extranjero apuntando a iniciar un programa de privatización en los sectores de servicios públicos. De esta manera, esas leyes y reglamentos se transformaron en obligaciones, según la cláusula paraguas contenida en el artículo II (2)(c) del TBI entre Estados Unidos y Argentina

52 Art. 3 (5) del TBI entre Holanda y Polonia (1992) y art. 2(2) del TBI entre Egipto y el Reino Unido (1975).

53 Art. 10 (2) del TBI entre Filipinas y Suiza (1997).

54 Art. 11 del TBI entre Suiza y Pakistán (1995).

55 Art. 2 (4) del TBI entre Italia y Jordania (1996).

56 Caso *LG&E Energy c. Argentina*, CIADI, *Decisión sobre responsabilidad*, 2006, párr. 175.

57 C. S. Miles (2008). Where's My Umbrella? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause" Debate. En T. Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington: JurisNet, p. 17.

(1991), pues se dirigieron a inversionistas extranjeros y se aplicaron directamente a sus inversiones. Todo lo cual generó responsabilidad internacional<sup>58</sup>.

A partir de lo antes explicado se puede evidenciar que las obligaciones argentinas respecto a LG&E surgieron a partir del marco legal creado por Argentina y del Memorándum de Información. Según Miles, esto sería algo muy parecido a los actos unilaterales<sup>59</sup>.

En el derecho internacional se ha reconocido que los actos unilaterales pueden generar obligaciones internacionales. Estos tienen ciertas características: (i) son obligatorios<sup>60</sup>, (ii) no existe una forma prescrita<sup>61</sup>, (iii) debe haber consentimiento del Estado que emite el acto unilateral<sup>62</sup>, (iv) el consentimiento es realizado por un solo Estado<sup>63</sup>, (v) no existe necesidad de contrapartida<sup>64</sup>, (vi) las obligaciones establecidas en el acto unilateral deben ser establecidas de manera clara y específica<sup>65</sup>, (vii) los actos unilaterales deben ser realizados por sujetos con la capacidad de comprometer al Estado en el ámbito internacional<sup>66</sup>, (viii) los actos unilaterales deben ser lícitos y (ix) los actos unilaterales son revocables<sup>67</sup>.

Si bien el tribunal arbitral en el caso *LG&E c. Argentina* concluyó que ciertas leyes y reglamentos se transformaron en obligaciones, según la cláusula paraguas contenida en el artículo II (2)(c) del TBI entre Estados Unidos y Argentina (1991), no queda claro si es que estas pueden ser consideradas actos unilaterales, pues estos últimos siempre han sido utilizados en relaciones inter-estatales. Considerar que actos legislativos de un Estado son actos unilaterales dirigidos a los inversionistas extranjeros podría llevarnos a considerar que estos últimos son sujetos de derecho internacional, pues la subjetividad de un sujeto se relaciona con su capacidad de ostentar derechos y obligaciones en un determinado sistema<sup>68</sup>.

En el caso *SGS c. Filipinas* el tribunal arbitral sostuvo que las obligaciones nacionales cubiertas por una cláusula paraguas deben ser específicas y obligatorias<sup>69</sup>. Además,

58 Caso *LG&E Energy c. Argentina*, CIADI, *Decisión sobre responsabilidad*, 2006, párr. 175.

59 C. S. Miles (2008). Where's My Umbrella? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause" Debate. En T. Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington: JurisNet, pp. 17-18.

60 Caso *Pruebas Nucleares*, CIJ, *Decisión sobre jurisdicción*, 1974, párr. 46.

61 *Ibid.*, párr. 45.

62 Caso *Disputa en la frontera (Burkina Faso/Mali)*, *Sentencia*, 1986, párr. 39.

63 *Ibid.*, párr. 43.

64 *Ibid.*, párr. 43.

65 *Ibid.*, párr. 46.

66 *Ibid.*, párr. 46.

67 Caso *relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, CIJ, *sentencia de jurisdicción*, 1984, párr. 59-60. J. L. Manrique de Lara Seminario (2016). *Estudio de los "acuerdos tácitos": hacia el surgimiento de su método de reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*. Trabajo de grado, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 100-101 Recuperado de: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/7345>.

68 A. Badia (2014). *Piercing the veil of state enterprises in international arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, pp. 17-18.

69 Caso *SGS c. Filipinas*, CIADI, *Decisión sobre jurisdicción*, 2004, párr. 119-120.

la gran mayoría de TBI cubren las obligaciones asumidas por los Estados con los inversionistas. Es por esto que resulta complicado sostener que la legislación nacional también se encuentra cubierta por la cláusula paraguas. Según Halonen, incluir la legislación interna como obligaciones pasibles de activar la cláusula paraguas podría ser problemático, pues no generaría seguridad jurídica. Afirmar esto, según la autora, implicaría imponer una obligación al Estado de no cambiar sus leyes en detrimento del inversionista<sup>70</sup>. Esto es cierto. Además, en varios tratados se suelen establecer excepciones que permiten a un Estado adoptar medidas en materia ambiental que sean necesarias para proteger la vida humana, animal o preservar recursos naturales<sup>71</sup>. Con lo cual sostener que todo tipo de legislación interna se convierta en una obligación protegible por la cláusula paraguas dejaría sin sentido este tipo de cláusulas.

Las decisiones arbitrales no han sido consistentes en este tema. Como se explicó en el caso *LG&E c. Argentina*, el tribunal arbitral sostuvo que para aplicar la cláusula paraguas se debía establecer si bajo la ley de petróleo y las regulaciones conexas Argentina había asumido obligaciones internacionales con respecto a LG&E y su inversión<sup>72</sup>. Por otro lado, en *CMS c. Argentina* el tribunal arbitral concluyó que Argentina había violado la cláusula paraguas del TBI entre Estados Unidos y Argentina (1991) incluida en dos cláusulas de estabilización contenidas en la licencia de transmisión de gas<sup>73</sup>.

Otra de las críticas que se han hecho a la decisión arbitral en el caso *LG&E c. Argentina* se relaciona con las medidas legislativas cuestionadas (la fijación de las tarifas de gas, el cálculo de las tarifas en dólares, entre otras). Estas medidas legislativas eran aplicables a todos los operadores que habían invertido en el sector gasífero. Con lo cual estas serían medidas generales que difícilmente podían encajar dentro del concepto de obligaciones en los términos de la cláusula paraguas. Además, no limitar la aplicación de las cláusulas paraguas a medidas específicas impediría que un Estado modifique el marco normativo de determinadas inversiones, lo que se asemejaría más a una cláusula de estabilización<sup>74</sup>.

Lemaire sostiene que las leyes no deben ser consideradas como actos estatales unilaterales que activen la cláusula paraguas, pues las leyes por naturaleza son generales. La mencionada autora propone seguir la distinción entre regla y decisión establecida por Mayer. Según esta distinción, una regla no podría ser usada para activar una

70 De hecho, la autora sostiene que solo aquellas normas que están destinadas a algunos inversionistas deberían poder activar una cláusula paraguas. Estas podrían ser los contratos de concesión ya que algunos de estos transcurren por el Congreso, con lo cual son una regulación del Estado y son específicas pues están dirigidas a un inversionista en particular. L. Halonen (2008). *Containing the Scope of the Umbrella Clause*. En T. Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington: JurisNet, pp. 34-35.

71 Véase: art. 10 (9) (3) (c) (i) del TBI entre Perú y EE. UU. (2006); art. 9 (9) del TLC entre Corea y Perú (2010); anexo 10-B Expropiación, del TLC entre Chile y China (2005).

72 Caso *LG&E Energy c. Argentina*, CIADI, *Decisión sobre responsabilidad*, 2006, párr. 174.

73 Caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, CIADI, *Laudo*, 2005, párr. 302.

74 S. Lemaire. (2009). La mystérieuse “Umbrella Clause”: (interrogations sur l’impact de la clause de respect des engagements sur l’arbitrage en matière d’investissements). *Revue de l’arbitrage: bulletin du Comité Français de l’Arbitrage Revue de l’arbitrage*, núm. 3, pp. 488-489.

cláusula paraguas debido a su generalidad y abstracción, mientras que la legalidad de una decisión sí podría ser analizada en el marco de una cláusula paraguas porque esta se encuentra dirigida a determinadas personas<sup>75</sup>.

Según Laura Halonen, con la finalidad de establecer límites a las cláusulas paraguas se podría adoptar un razonamiento similar al adoptado en el caso *El Paso c. Argentina*<sup>76</sup>. En este caso el tribunal arbitral sostuvo que la cláusula arbitral abarcaría protecciones adicionales a las inversiones contractualmente acordadas por el Estado en su calidad de Estado soberano, ya sea a través de un acuerdo, una autorización o un TBI<sup>77</sup>. Con lo cual solo aquellas obligaciones contractualmente acordadas por un Estado con un inversionista serían pasibles de ser protegidas por una cláusula paraguas.

#### 4.3. ¿VIOLACIÓN DE CONTRATOS O ACTUACIÓN SOBERANA?

Las cláusulas paraguas han hecho que resurja el debate sobre el tipo de actividades bajo las cuales se puede iniciar un proceso arbitral en contra de un Estado (actos de *jure gestionis* y de *jure imperii*)<sup>78</sup>. En esta sección se analizará si los actos de *jure gestionis* y de *jure imperii* pueden activar una cláusula paraguas.

El tribunal en el caso *El Paso c. Argentina* sostuvo que la cláusula paraguas no extendía la protección del tratado a los incumplimientos de un contrato comercial ordinario suscrito por el Estado o por una entidad estatal, pero sí cubría ciertas protecciones a las inversiones, insertadas en el contrato, en las cuales el Estado actuara como soberano<sup>79</sup>; por ejemplo, las cláusulas de estabilización<sup>80</sup>. Un razonamiento similar fue compartido por el tribunal arbitral en el caso *Impregilo c. Pakistán*. En este caso el tribunal arbitral sostuvo que un Estado solo podía incumplir las obligaciones de un TBI en el ejercicio de su autoridad soberana<sup>81</sup>. Con ello la protección de una inversión solo surte efectos cuando el inversionista demuestra que los daños alegados fueron consecuencia del accionar del Estado receptor de la inversión actuando en vulneración de las obligaciones que asumió bajo el TBI<sup>82</sup>. Como se puede apreciar, algunos tribunales han sostenido que existe una diferencia entre aquellas disputas en las cuales el Estado actúa como agente comercial y aquellas en las cuales el Estado

75 *Ibid.*

76 L. Halonen (2008). Containing the Scope of the Umbrella Clause. En T. Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington: JurisNet p. 38.

77 Caso *El Paso Energy c. Argentina*, CLADI, *Decisión de competencia*, 2006, párr. 81.

78 K. Hobér. Arbitration Involving States. En L. W. Newman & R. D. Hill (eds.), *'The leading arbitrators' guide to international arbitration*, Huntington: JurisNet, p. 144.

79 Caso *El Paso Energy c. Argentina*, CLADI, *Decisión de competencia*, 2006, párr. 81.

80 A. Rigo Sureda (2016). The Umbrella Clause. En M. Kinnear, G. Fischer, J. Mínguez Almeida, L. F. Torres & M. Urán Bidegain (eds.), *Building international investment law: the first 50 years of ICSID*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, p. 384.

81 Caso *Impregilo S.p.A. c. Pakistán*, CLADI, *Decisión de jurisdicción*, 2005, párr. 260.

82 L. Halonen (2008). Containing the Scope of the Umbrella Clause. En T. Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington: JurisNet, p. 33.

actúa como entidad soberana. Según Halonen la atribución de actos comerciales a los Estados no es suficiente para atribuirle responsabilidad internacional, pues para esto se necesitaría probar que estos actos han vulnerado una obligación internacional<sup>83</sup>.

Es necesario recordar que según el artículo 2 de los ASRE, elaborado por la CDI<sup>84</sup>, los elementos para determinar la responsabilidad son dos: un acto internacional ilegal (factor de ruptura de una obligación internacional) y que este sea atribuible al Estado (factor de atribución)<sup>85</sup>.

El hecho de que una cláusula paraguas pueda transformar obligaciones del derecho interno en obligaciones reconocibles en el derecho internacional genera consecuencias prácticas en la determinación del derecho aplicable para la solución de la controversia. En el caso *Noble Ventures c. Rumania* el tribunal sostuvo que la cláusula paraguas transformaba las obligaciones del derecho interno en obligaciones reconocibles en el derecho internacional, lo cual generaba que el derecho que rige el contrato y el derecho aplicable a la solución de controversias fuese el derecho internacional<sup>86</sup>. Por el contrario, en el caso *Consortium Groupement c. Algeria* el tribunal sostuvo que la cláusula paraguas transformaría la violación de la obligación contractual en una violación del TBI<sup>87</sup>. De esta manera, primero el tribunal arbitral tendría que determinar la violación del contrato con base en el derecho nacional que rige el contrato y recién el tribunal arbitral podría analizar si la violación del contrato constituiría una violación del tratado en el marco de la cláusula paraguas<sup>88</sup>. Sin importar el método que se adopte, se evidencia que no es suficiente la atribución de un acto a un Estado para que se genere un supuesto de responsabilidad internacional, sino que también se requiere que este acto constituya un acto ilícito según el derecho internacional.

## 5. PARTES BAJO LA CLÁUSULA PARAGUAS

Uno de los temas más discutidos al estudiar cláusulas paraguas es si estas abarcan solo a las partes de un contrato o si el alcance de estas podría extenderse a los accionistas, compañías matrices y entidades subestatales. Con lo cual accionistas, compañías matrices y entidades subestatales podrían demandar al Estado receptor de la inversión por la violación de un derecho de la empresa de la cual se ostenta un derecho accionario

83 *Ibid.*, pp. 32-34.

84 CDI (2008) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries. Report of the International Law Commission, 53rd Session (A/56/10). *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, p. 31.

85 R. D. Bishop, J. Crawford & W. M. Reisman (2014). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. Segunda ed. The Hague: Kluwer Law International, pp. 576-577.

86 Caso *Noble Ventures c. Rumania*, CIADI, Laudo, 2005, párr. 53.

87 Caso *Consortium Groupement c. Algeria*, CIADI, Laudo, 2005, párr. 25 (ii).

88 S. Lemaire (2009). La mystérieuse "Umbrella Clause": (interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements). *Revue de l'arbitrage: bulletin du Comité Français de l'Arbitrage Revue de l'arbitrage*, núm. 3, pp. 490-491.



y de la empresa subsidiaria. En la siguiente sección se analizarán estos temas y el alcance de las cláusulas paraguas.

### 5.1. ACCIONISTAS Y COMPAÑÍAS MATRICES

La inversión extranjera directa se puede realizar de diferentes maneras. En algunos casos esta se realiza mediante la compra de acciones en empresas públicas o empresas subsidiarias. Es de esta manera que en algunas ocasiones el inversionista que inicia el proceso arbitral alegando la violación de la cláusula paraguas al amparo de un TBI es una subsidiaria incorporada en el Estado receptor o un accionista de una empresa pública<sup>89</sup>.

En el caso *Continental Casualty c. Argentina*, la empresa subsidiaria del inversionista (CNA) concluyó varios contratos con Argentina que eran la base para invocar la cláusula paraguas. El tribunal sostuvo que, dado que estas obligaciones habían sido registradas en relación a las inversiones, estas pudieron haber sido registradas con personas o entidades distintas a los mismos inversionistas extranjeros. Por ello, un compromiso entre el Estado receptor con CNA no estaba excluido en principio de la competencia del tribunal<sup>90</sup>. En *CMS c. Argentina* el tribunal concluyó que Argentina incumplió la cláusula paraguas en el TBI entre Argentina y Estados Unidos (1991) al no cumplir con las obligaciones registradas con TGN (la compañía argentina en la cual CMS era una accionista minoritaria). Según el tribunal arbitral, con fines de determinar si había jurisdicción, no importaba si el inversionista era parte del acuerdo de concesión con el Estado receptor<sup>91</sup>, porque había un derecho de acción de los accionistas<sup>92</sup>.

Según Lim, esto dependerá de si el tribunal arbitral decide analizar el tratado de manera separada al contrato o no. Según este autor, en el caso *SGS c. Filipinas* el tribunal analizó el tratado de manera separada al contrato; lo cual no sucedió en el caso *El Paso c. Argentina*<sup>93</sup>.

La protección de empresas subsidiarias usando la cláusula paraguas ha tenido interpretaciones extremadamente amplias. En el caso *EDF c. Argentina* el inversionista —una empresa francesa— era un accionista mayoritario de EDEMSA (una compañía que había contratado con la provincia de Mendoza), pero el TBI entre Argentina y Francia (1991) no incluía una cláusula paraguas. El tribunal arbitral importó, a través de la cláusula de NMF de este último tratado, la cláusula paraguas del TBI entre Argentina y la

89 R. P. De Souza Fleury (2015). Umbrella clauses: a trend towards its elimination. *Arbitration International*, vol. 31 (núm. 4), pp. 683-684.

90 Caso *Continental Casualty Company c. Argentina*, CIADI, Laudo, 2008, párr. 297.

91 Caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, CIADI, Decisión sobre jurisdicción, 2003, párr. 65.

92 R. P. De Souza Fleury (2015). Umbrella clauses: a trend towards its elimination. *Arbitration International*, vol. 31 (núm. 4), pp. 684-685.

93 CL. Lim (2016). Is the Umbrella Clause Not Just Another Treaty Clause? En CL. Lim (ed.), *Alternative visions of the international law on foreign investment: essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge: CUP, p. 373.

Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (1990) y del TBI entre Argentina y Alemania (1991), reconociendo el derecho de EDF para iniciar el arbitraje inversionista-Estado<sup>94</sup>.

En la misma línea, en el caso *Enron c. Argentina* el tribunal arbitral concluyó que la empresa Enron fue invitada por el Gobierno Argentino a participar en la inversión conectada con la privatización de Transportadora de Gas del Sur (TGS), como accionista minoritario, pero con cierto poder de decisión en el control de TGS debido a su experiencia técnica<sup>95</sup>. Además, el tribunal concluyó que debido a que la participación de los demandantes fue buscada por el Gobierno, ellos estaban incluidos dentro del consentimiento de arbitraje otorgado por Argentina<sup>96</sup>.

Pero existen otros casos que han adoptado una interpretación más restrictiva de la cláusula paraguas, sosteniendo que solo las partes del contrato podían presentar reclamos bajo esta disposición y por lo tanto este derecho no podía ser atribuido a los accionistas o compañías matrices.

En el caso *Azurix c. Argentina*, una compañía registrada en los Estados Unidos constituyó una empresa (Azurix Buenos Aires o ABA) para ejecutar una concesión con la provincia de Buenos Aires relacionada con la administración del servicio provincial de agua por 30 años. El tribunal arbitral rechazó las pretensiones de Azurix, las cuales se fundaban en la cláusula paraguas del TBI entre Argentina y Estados Unidos (1991), debido a que esta empresa no era parte del acuerdo de concesión<sup>97</sup>. Además, el tribunal sostuvo que si bien Azurix podía presentar demandas al amparo del TBI por violaciones contractuales cometidas por Argentina, no existía obligación de parte de Argentina hacia Azurix distinta de las establecidas en el TBI<sup>98</sup>. De manera similar en el caso *Siemens*<sup>99</sup> el tribunal sostuvo que una compañía matriz no podía reclamar, bajo la cláusula paraguas, la ruptura de una obligación contractual perteneciente a la subsidiaria<sup>100</sup>.

Según Miles, la gran mayoría de TBI establecen un marco de protección a las inversiones de los Estados parte y/o a las inversiones de los inversionistas de los Estados parte. Con lo cual todo tipo de vulneración a estas inversiones debe de ser protegida por el TBI sin importar si quien reclama es el inversionista que realizó la inversión o es un accionista del inversionista<sup>101</sup>. El problema más grande que podría traer que un

94 Caso *EDF c. Argentina*, *CIADI, Laudo*, 2012, párr. 921-937.

95 Caso *Enron c. Argentina*, *CIADI, Decisión sobre jurisdicción*, 2004, párr. 54.

96 R. P. De Souza Fleury (2015). Umbrella clauses: a trend towards its elimination. *Arbitration International*, vol. 31 (núm. 4), pp. 685-686.

97 C. S. Miles (2008). Where's My Umbrella? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause" Debate. En: T. Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington: JurisNet, p. 20.

98 Caso *Azurix c. Argentina*, *CIADI, Laudo*, 2006, párr. 384.

99 Caso *Siemens c. Argentina*, *CIADI, Laudo*, 2007, párr. 204.

100 C. S. Miles (2008). Where's My Umbrella? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause" Debate. En: T. Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington: JurisNet, p. 20.

101 *Ibid.*, p. 21.

accionista inicie un proceso arbitral alegando la violación de los derechos que ostenta la empresa en la cual tiene acciones sería que cada uno de los accionistas inicie un proceso arbitral y que se emitan laudos contradictorios. Sin embargo, esto podría ser resuelto con la acumulación de procesos arbitrales.

## 5.2 LAS ENTIDADES SUBESTATALES

En ciertas ocasiones los Estados autorizan a sus entidades a suscribir contratos con inversionistas que incluyen cláusulas arbitrales. En el caso *Impregilo c. Pakistán*<sup>102</sup> la parte demandante suscribió un contrato con la Autoridad Pakistán de Agua y Desarrollo de Energía (APADE); si bien el TBI en el cual se amparaba no incluía una cláusula paraguas, el demandante trató de importar una a través de la cláusula de NMF contenida en el TBI entre Italia y Pakistán (1997). Sin embargo, el tribunal arbitral concluyó que la APADE era una entidad legal distinta a Pakistán y que Pakistán no había participado en estos contratos<sup>103</sup>.

Por otro lado, en algunos casos los tribunales arbitrales han incluido a entidades subestatales bajo el ámbito de acción de la cláusula paraguas. Así en el caso *Eureko c. Polonia*, el demandante suscribió un contrato con el Tesoro Público de Polonia. De hecho, en la decisión del tribunal se hizo referencia a James Crawford, quien en el caso actuaba como abogado de Polonia, pero como miembro de la CDI en el grupo de trabajo sobre Responsabilidad del Estado, y quien había mencionado que para fines de la atribución de responsabilidad internacional del Estado era irrelevante que la conducta de un órgano del Estado fuese clasificada como comercial o como *acto jure gestionis*<sup>104</sup>. El tribunal siempre trató al Tesoro Público de Polonia como una extensión del gobierno<sup>105</sup>.

De manera similar, en los casos *Bureau Veritas c. Paraguay*<sup>106</sup> y *Noble Ventures c. Rumania*<sup>107</sup> el tribunal atribuyó al Estado las acciones de una de sus instituciones gubernamentales<sup>108</sup>.

Pero otros tribunales arbitrales han arribado a conclusiones distintas. En *Joy Mining c. Egipto*, el tribunal arbitral sostuvo que el hecho de que un Estado sea parte de un contrato relativo a una transacción comercial no modificaba la naturaleza del contrato. En este caso en particular, la naturaleza del contrato bajo análisis era pura-

102 Caso *Impregilo S.p.A. c. Pakistán*, CIADI, *Decisión de jurisdicción*, 2005, párr. 139 y 291.

103 R. P. De Souza Fleury (2015). Umbrella clauses: a trend towards its elimination. *Arbitration International*, vol. 31 (núm. 4), p. 686.

104 C. S. Miles (2008). Where's My Umbrella? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause" Debate. En: T. Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, Huntington: JurisNet, p. 11.

105 Caso *Eureko B.V. c. Polonia*, *Laudo arbitral parcial*, 2005, párr. 134.

106 Caso *Bureau Veritas c. Paraguay*, CIADI, *Decisión sobre jurisdicción*, 2009, párr. 134-142.

107 Caso *Noble Ventures c. Rumania*, CIADI, *Laudo*, 2005, párrs. 68-86.

108 R. P. De Souza Fleury (2015). Umbrella clauses: a trend towards its elimination. *Arbitration International*, vol. 31 (núm. 4), 687-688.

mente comercial, lo cual impedía que fuese tratado como inversión<sup>109</sup>. Por su parte el tribunal en el caso *El Paso c. Argentina* limitó el efecto de las cláusulas paraguas estableciendo una diferencia entre aquellos actos en los cuales el Estado actuaba como entidad soberana y aquellos en los cuales actuaba como entidad privada<sup>110</sup>. De esta manera el tribunal sostuvo que los actos puramente privados del Estado receptor de la inversión no tenían relación con los compromisos de inversión del Estado<sup>111</sup>.

## 6. CLÁUSULAS PARAGUAS: PROTECCIÓN CONTRACTUAL O PROTECCIÓN DE TRATADOS

Una de las grandes controversias que han surgido a partir de las cláusulas paraguas es si estas elevan disputas contractuales al nivel de disputas relativas a tratados o si las disputas deben seguir siendo tratadas como disputas contractuales. Lo antes dicho tiene una importancia tanto teórica como práctica. Desde el punto de vista teórico las personas y personas jurídicas no están facultadas para suscribir tratados. Con lo cual afirmar que las disputas contractuales pueden ser catalogadas como disputas relativas a tratados podría ser entendido como una elevación de los contratos a un nivel de tratados y considerar que todas las personas jurídicas, que suscriban contratos con Estados que contengan cláusulas paraguas o que se encuentren protegidos por las cláusulas paraguas contenidas en algún TBI aplicable en el caso, son sujetos de derecho internacional. Desde un punto práctico se podría argumentar que esto facultaría a los individuos y personas jurídicas no solo a suscribir tratados, sino también a denunciarlos. Además, surgiría la interrogante de cuál sería el derecho aplicable a la controversia. Es por esto que es importante determinar si las disputas surgidas a partir de la ruptura de un contrato en el marco de un TBI con cláusula paraguas son disputas contractuales o disputas relativas a tratados.

En el caso *Asuntos de empréstitos serbios*, la CPJI concluyó que tenía jurisdicción para analizar la disputa, pese a que la controversia concernía a un conjunto de contratos de préstamo entre un Estado y un conjunto de particulares, pues había sido presentada por dos Estados. De hecho, la CPJI concluyó que tenía jurisdicción debido a la amplitud con que fue redactado el artículo 38 del Estatuto de la CPJI. Sin embargo, dado que la disputa giraba en torno a los préstamos entre particulares y un Estado, la CPJI no aplicó derecho internacional para resolver la disputa, sino que solo aplicó derecho local<sup>112</sup>.

En el caso *Noble Ventures c. Rumania* el tribunal arbitral sostuvo que por lo general se considera que las cláusulas paraguas transforman las obligaciones del derecho

109 Caso *Joy Mining c. Egipto*, CIADI, *Laudo de jurisdicción*, 2004, párr. 71-82.

110 Caso *El Paso Energy c. Argentina*, CIADI, *Decisión de competencia*, 2006, párr. 79.

111 C. L. Lim (2016). Is the Umbrella Clause Not Just Another Treaty Clause? En: C. L. Lim (ed.), *Alternative visions of the international law on foreign investment: essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge: CUP, pp. 367-368.

112 Caso *sobre el pago de varios préstamos serbios emitidos en Francia*, CPJI, *Sentencia*, 1929, párr. 18 y 20.

interno en obligaciones reconocibles en el derecho internacional. Además, el tribunal sostuvo que en la medida en que la violación de un contrato a nivel nacional vulnera uno de los principios existentes en el derecho internacional consuetudinario o en el tratado aplicable entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista, esto generaría la responsabilidad internacional del Estado receptor. Sin embargo, esta responsabilidad coexistirá con la responsabilidad configurada en el derecho nacional<sup>113</sup>.

Por otro lado, en el caso *Consortium Groupement c. Algeria* el tribunal arbitral sostuvo expresamente que las cláusulas paraguas tenían por objetivo transformar las violaciones de los contratos suscritos por el Estado en violaciones del TBI y, por tanto, dar competencia al tribunal arbitral de conocer la disputa en virtud del tratado<sup>114</sup>.

En el caso *Vivendi c. Argentina* el tribunal arbitral respaldó una estipulación contractual que requería que la disputa fuera resuelta localmente ante las cortes administrativas de Tucumán. El tribunal arbitral sostuvo que los derechos en disputa bajo el TBI entre Francia y Argentina (1991) eran inseparables a los derechos contractuales contenidos en el contrato de concesión<sup>115</sup>. Sin embargo, el comité de anulación consideró que el tratado y los derechos contractuales eran separados y distintos. De hecho, el comité de anulación sostuvo que el TBI entre Francia y Argentina (1991) habilitaba al demandante a presentar reclamos contractuales<sup>116</sup>. Asimismo, el comité de anulación concluyó que el artículo 8 del TBI no requería que se alegara la violación del TBI, pues era suficiente que la disputa se relacionara a una inversión hecha en el marco del TBI<sup>117</sup>. De manera similar, el comité de anulación en el caso *CMS c. Argentina*<sup>118</sup> sostuvo que el efecto de la cláusula paraguas no era transformar la obligación en algo diferente a lo establecido en su derecho, con lo cual el contenido de la obligación se mantenía sin ningún cambio<sup>119</sup>.

Las dos posturas antes explicadas generan consecuencias prácticas distintas. Por un lado, la decisión sostenida en el caso *Noble Ventures c. Rumania* de que las cláusulas paraguas transforman las obligaciones del derecho interno en obligaciones reconocibles en el derecho internacional, genera que el derecho que rige el contrato y, por tanto, el derecho aplicable para resolver la controversia, sea el derecho internacional. Por otro lado, según la decisión sostenida en *Consortium Groupement c. Algeria*, la cláusula paraguas transformaría la violación de la obligación contractual en una violación del

113 Caso *Noble Ventures c. Rumania*, CLADI, *Laudo*, 2005, párr. 53.

114 Caso *Consortium Groupement c. Algeria*, CLADI, *Laudo*, 2005, párr. 25.

115 Caso *Vivendi c. Argentina*, CLADI, *Laudo*, 2000, párr. 81.

116 Caso *Vivendi c. Argentina*, CLADI, *Decisión de Anulación*, 2002, párr. 110-115.

117 J. Gill (2004). Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. *Journal of International Arbitration*, vol. 21 (núm. 5), pp. 410-411.

118 Caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, CLADI, *Decisión del Comité Ad Hoc*, 2007, párr. 95.

119 CL. Lim (2016). Is the Umbrella Clause Not Just Another Treaty Clause? En: CL. Lim (ed.), *Alternative visions of the international law on foreign investment: essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge: CUP, pp. 354-355.

TBI. Con lo cual el tribunal arbitral tendría que determinar la violación del contrato usando el derecho nacional que rige el contrato. Solo después de haber determinado esto, el tribunal arbitral estaría autorizado a considerar la violación del contrato como una violación del tratado en referencia a la cláusula paraguas<sup>120</sup>.

## 7. CONCLUSIÓN

Como se ha evidenciado en este capítulo, las cláusulas paraguas son disposiciones de larga data en los AII, aunque no siempre se encuentran contempladas en estos acuerdos. Como se explicó, sus primeros precedentes de la protección de derechos contractuales por parte del derecho internacional se remontan ya al Acuerdo de 1921 entre Reino Unido y Perú para respetar los derechos en la concesión minera de la Brea y Pariñas. El rol de las cláusulas paraguas en el desarrollo del derecho de las inversiones ha sido de tal importancia que estas fueron incluidas en el primer TBI que se suscribió entre Alemania y Pakistán. Sin embargo, estas recién adquirieron notoriedad desde el año 2003 con la primera decisión acerca de su implementación, en el caso *SGS c. Pakistán*.

Existe diversidad en la forma en que la cláusula paraguas se formula en los acuerdos de inversión. Debido a esta diversidad, la interpretación adecuada de la cláusula depende de la redacción específica del tratado en particular, su significado ordinario, el contexto, el objeto y el propósito del tratado, así como en la historia de la negociación u otras indicaciones de la intención de las partes<sup>121</sup>. La proliferación de tratados y la falta de coordinación en la negociación de estos han generado críticas a los TBI y en especial a las cláusulas paraguas por aumentar el riesgo de contradicciones en el derecho internacional. Asimismo, las cláusulas paraguas han establecido un sistema doble de aceptación de obligaciones internacionales: uno que transcurre ante el Poder Ejecutivo y Legislativo y otro que solo transcurre ante el Poder Ejecutivo.

Por otro lado, tampoco existe claridad respecto al tipo de obligaciones protegidas por las cláusulas paraguas, así como a la naturaleza de la disputa que emerge de la aplicación de ellas. Respecto al primer tema se ha podido evidenciar que en algunos casos solo las obligaciones contractuales han sido pasibles de ser protegidas por las cláusulas paraguas. Sin embargo, en algunos laudos se ha sostenido que la amplitud de las cláusulas paraguas ha permitido que la legislación interna de los Estados también permita generar obligaciones bajo el ámbito de protección de las cláusulas paraguas. Respecto al segundo tema, en algunos casos se ha sostenido que las cláusulas paraguas transforman las obligaciones de derecho interno en obligaciones reconocibles en el

---

120 S. Lemaire (2009). La mystérieuse “Umbrella Clause”: (interrogations sur l’impact de la clause de respect des engagements sur l’arbitrage en matière d’investissements). *Revue de l’arbitrage: bulletin du Comité Français de l’Arbitrage Revue de l’arbitrage*, núm. 3, pp. 490-491.

121 K. Yannaca-Small (2006). Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, *OECD Working Papers on International Investment* No. 2006/03, OECD Publishing, Paris, p. 22.

derecho internacional, y en otros casos se ha sostenido, incluso, que las cláusulas paraguas transforman la violación de una obligación contractual en una violación de un TBI.

Los casos revisados han evidenciado una posición más progresista respecto a la determinación de los sujetos habilitados para iniciar procesos arbitrales que involucran cláusulas paraguas. Como se ha explicado en varios laudos, los tribunales arbitrales han sostenido que no solo las partes en los contratos de inversión están habilitadas para iniciar procesos arbitrales. De esta manera, en algunas decisiones arbitrales se ha sostenido que las empresas matrices y los accionistas pueden iniciar procesos arbitrales al amparo de las cláusulas paraguas. Asimismo, varias decisiones arbitrales han evidenciado una postura favorable a iniciar procesos arbitrales en contra de entidades subestatales.

La falta de claridad sobre los temas antes explicados y la diversidad de decisiones arbitrales han generado un retroceso en la inclusión de cláusulas paraguas en recientes TBI y en tratados multilaterales, posiblemente motivando a los Estados a ser más precavidos respecto a las obligaciones que asumen.

Algunos países, como Francia, Canadá y Colombia, han evitado incluir cláusulas paraguas en sus TBI más recientes. Para otros Estados, como los Estados Unidos, la práctica de incluir cláusulas paraguas en sus TBI ha cambiado a una de no incluir cláusulas paraguas<sup>122</sup>. UNCTAD ha reportado la omisión de esta disposición en AII concluidos en los últimos años<sup>123</sup>, y no es una cláusula frecuente en los tratados de libre comercio con capítulos de inversión de los países que integran la Alianza del Pacífico (Chile, Colombia, México y Perú)<sup>124</sup>.

Este cambio también se ha visto reflejado en el ámbito multilateral. Acuerdos de libre comercio como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1992) y el tratado de libre comercio entre la ASEAN, Australia y Nueva Zelanda (2009) no incluyen cláusulas paraguas<sup>125</sup>, las que tampoco se encuentran presentes en tratados más recientes como el Acuerdo Transpacífico (2016) o el Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea (2016). Incluso los pocos tratados multilaterales que la incluyen restringen su aplicación. En particular la cláusula paraguas establecida en el artículo 10 (1) del TCE solo se limita a aquellas obligaciones de carácter gubernamental que han sido implementadas con relación a un inversionista o de una inversión. Con lo cual las obligaciones comerciales están fuera del campo de

122 R. P. De Souza Fleury (2015). Umbrella clauses: a trend towards its elimination. *Arbitration International*, vol. 31 (núm. 4), pp. 688-689.

123 UNCTAD (2015). *World Investment Report 2015: reforming international investment governance*. Ginebra: Las Naciones Unidas, p. 112.

124 R. Polanco Lazo (2016). 2 Two Worlds Apart: The Changing Features of International Investment Agreements in Latin America/Dos mundos aparte: las cambiantes características de los tratados internacionales de inversión en América Latina. En: A. Tanzi, A. Asteriti, R. Polanco Lazo & P. Turrini (eds.), *International Investment Law in Latin America / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*, Leiden: Brill | Nijhoff, pp. 82-84.

125 R.P. De Souza Fleury (2015). Umbrella clauses: a trend towards its elimination. *Arbitration International*, vol. 31 (núm. 4), p. 689.

acción de la cláusula paraguas. Frente a esto resurge la interrogante de dónde trazar la línea entre compromisos comerciales y compromisos en los cuales el Estado actúa como ente soberano<sup>126</sup>.

Con todo, algunos autores aún sostienen que las cláusulas paraguas no son un anatema, concebidas solo para ampliar las posibilidades de éxito en una reclamación contra un Estado. En la medida que su protección solo se aplique en los estrictos términos en los que ha sido redactada y únicamente a obligaciones preexistentes, pueden considerarse como una herramienta válida para fomentar la atracción de inversión extranjera, otorgando una garantía adicional al cumplimiento de contratos por parte del Estado receptor<sup>127</sup>.

---

126 J. Gill (2004). Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. *Journal of International Arbitration*, vol. 21 (núm. 5), p. 407.

127 A. Sinclair (2015). Umbrella Clause. En M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe & A. Reinisch (eds.), *International Investment Law: A Handbook*, Múnich: C.H Beck/Hart/Nomos, pp. 957-958.