

## CLÁUSULAS PARAGUAS: ESQUEMA NORMATIVO PARA SU INTERPRETACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

### UMBRELLA CLAUSES: NORMATIVE SCHEME FOR ITS INTERPRETATION IN INVESTMENT ARBITRATION

Liris Solanch ÁVILA DE LA CRUZ\*

Remberto A. SÁNCHEZ MARTÍNEZ\*\*

**RESUMEN:** En el área del Derecho Internacional, se ha manifestado con apreciable relevancia la ambigüedad entre obligaciones convencionales y obligaciones contractuales internacionales, que a su vez ha generado diversidad de criterios en determinar la jurisdicción competente, específicamente en materia de inversión extranjera, para dirimir los conflictos derivados de su incumplimiento. Estas contradicciones encuentran su basamento en la interpretación de las denominadas Cláusulas Paraguas (*Umbrella Clauses* -por su traducción en inglés-) que se incluyen en los Tratados Bilaterales de Inversiones para el acceso al arbitraje como mecanismo de solución de controversias; labor hermenéutica que se ha agrupado por la doctrina desde las tendencias restrictiva y extensiva, que servirán como sustento teórico-doctrinal para la formulación de un esquema normativo de interpretación equitativa.

**Palabras clave:** Tratados Bilaterales de Inversión, Cláusulas Paraguas, interpretación restrictiva, interpretación extensiva, equidad.

**ABSTRACT:** In International Law, it has become relevant the ambiguity between conventional obligations and international contractual obligations. This has generated diversity of criteria in determining the competent jurisdiction, specifically about foreign

---

\* Asesora Legal perteneciente a la Empresa Provincial de Servicios Legales en Holguín, Cuba. E-mail: lirissolanch@nauta.cu , liris-avila@fh.uho.edu.cu

\*\* Profesor Asistente de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. E-mail: rembertosm@gmail.com

investment conflict resolution. These contradictions find its foundation in the interpretation of the named umbrella clauses, included in the bilateral investment treaties, in order to rely on arbitration as dispute settlement mechanism. This hermeneutical approach was created by doctrine from restrictive and extensive tendencies, which will be useful as theoretic doctrinal foundation for the formulation of well-balanced equity regulation.

**Keywords:** bilateral investments treaties, umbrella clauses, restrictive interpretation, extensive interpretation, equity.

## INTRODUCCIÓN

Doctrinalmente, se ha abordado sobre la necesaria distinción que debe existir entre las obligaciones convencionales o de consenso y las obligaciones contractuales para el acceso al arbitraje de inversiones como mecanismo de resolución de controversias, lo cual ha generado grandes discrepancias.

Al respecto, se ha identificado que las obligaciones convencionales constituyen: "aquellas emanadas de las disposiciones establecidas en el marco de un tratado como contenido de un acto jurídico que les da precisamente el carácter convencional"<sup>1</sup>. Mientras que, se han definido como obligaciones contractuales, en sentido general, las que surgen de los contratos y, en materia específica de inversión, las "asumidas por uno de los Estados parte con algún inversionista en un contrato de inversión"<sup>2</sup>.

La disyuntiva antes mencionada ha originado diversidad de criterios al determinar la jurisdicción competente para dirimir los conflictos derivados del incumplimiento de dichas obligaciones. Se plantea que, "para conocer de los litigios en los que se pretende hacer valer un derecho contractual, la vía dispuesta por la cláusula de resolución de controversias contemplada en el contrato de inversión, generalmente establece que serán los tribunales del Estado de recepción de la inversión"<sup>3</sup>, a diferencia de las violaciones de lo dispuesto en el tratado o acuerdo bilateral de inversión, "en el que se escoge de forma general como competente la vía que esté dispuesta en su propio texto, pactándose al Tribunal Arbitral Internacional"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Fernández Masiá, Enrique, "Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras", en Rodríguez Jiménez, Sonia y Woss, Herfried (coords.) *Arbitraje en materia de inversiones. Memorias de las I Jornadas del Foro de Arbitraje de Inversiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 130.

<sup>2</sup> Monardes V., Rodrigo, "Las Cláusulas Paraguas en los Acuerdos Bilaterales de Inversión", Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2009, p. 31.

<sup>3</sup> Fernández Masiá, Enrique, *op. loc. cit.*

<sup>4</sup> *Ídem.*

Esa dicotomía tiene su basamento en la interpretación de las llamadas Cláusulas Paraguas, cuya inclusión dentro de los tratados bilaterales de inversiones (TBIs -por sus siglas en español-; BITs<sup>5</sup> -por sus siglas en inglés-) está encaminado a la internacionalización de los contratos y obligaciones surgidas en dichos instrumentos, al colocar en el plano internacional cualquier violación a lo dispuesto por ambos. De esto se deriva que se hayan agrupado en dos tendencias: extensiva y restrictiva, los planteamientos doctrinales y prácticos que se han pronunciado sobre este tema en cuanto a la exigencia de responsabilidad tanto al Estado como al inversionista, y su formulación en los referidos acuerdos internacionales.

La complejidad de estas contradicciones ha merecido su análisis por diferentes autores en textos académicos de relevancia en la doctrina jurídica internacional, que constituyen sus antecedentes investigativos. Tal es el ejemplo de: Sonia Rodríguez<sup>6</sup>, González de Cossío<sup>7</sup>, Rodrigo Monardes<sup>8</sup>, Yannaca-Small<sup>9</sup>, Elina Mereminskaya<sup>10</sup>, Castelo Guerrero<sup>11</sup>, Anthony Sinclair<sup>12</sup> y Fernández Rozas<sup>13</sup>.

Es por esto que, ante la ausencia de uniformidad de criterios en cuanto al tema resultante de la expresión de la contradicción externa, se considera pertinente intentar una aproximación hacia la concepción de un esquema normativo de interpretación equitativa que, según las actuales condiciones del arbitraje internacional de inversiones resulta de significativa novedad y utilidad, argumentos que a su vez configuran el basamento de esta investigación.

Por consiguiente, se presenta como cuestión de análisis el siguiente problema científico: ¿Qué incidencia tienen los modelos de interpretación de las Cláusulas Paraguas en el acceso al arbitraje de inversiones?

---

<sup>5</sup> Conocidos también como Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI).

<sup>6</sup> Rodríguez Jiménez, Sonia y Woss, Herfried (coords.), *op. cit.*

<sup>7</sup> González de Cossío, Francisco, *¿Cuándo Pacta es Servanda?: Las Cláusulas Paraguas en el Arbitraje de Inversión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

<sup>8</sup> Monardes V, Rodrigo, *op. cit.*

<sup>9</sup> Yannaca-Small, K., "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", en *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/3, *OECD Publishing*. Disponible en: <http://www.oecd.org/investment>. (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).

<sup>10</sup> Mereminskaya, Elina, "Las cláusulas paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos", en *Ensayos Revista Internacional de Arbitraje*, julio-diciembre, 2009.

<sup>11</sup> Castelo Guerrero, Daniel, "El alcance de la cláusula paragua en los tratados bilaterales de inversión", Tesis de Grado, Universidad San Francisco de Quito, 2008.

<sup>12</sup> Sinclair, Anthony A., "The origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", en *Arbitration International*, Aspen Publishers, 2004.

<sup>13</sup> Fernández Rozas, José Carlos, "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿Matrimonio de amor o matrimonio de convivencia?", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2009.

Las Cláusulas Paraguas constituyen el Objeto de Investigación, y su Campo de Acción está determinado por la interpretación de las Cláusulas Paraguas en el arbitraje de inversiones.

Se declara como Idea Científica a Defender: Los diferentes modelos de interpretación de las Cláusulas Paraguas, a partir de la diversidad de modos de su formulación, condicionan directamente el acceso al arbitraje de inversiones lo que permite sostener la proposición de un esquema normativo de interpretación equitativa.

Se establece como Objetivo General de la Investigación: Argumentar la necesidad de un esquema normativo de interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas.

Para aportar solución al problema científico y cumplir con el objetivo general se proponen los siguientes Objetivos específicos: Sistematizar los fundamentos teóricos acerca de las concepciones doctrinales de las Cláusulas Paraguas, valorar las implicaciones y argumentos de los modelos de interpretación restrictiva y extensiva de las Cláusulas Paraguas, así como, formular la propuesta de un esquema normativo de interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas en el arbitraje de inversiones.

En la realización de esta investigación los métodos teóricos utilizados son:

- Histórico-lógico: Propicia el estudio de las denominaciones que se han realizado para la formulación de las Cláusulas Paraguas a través de la evolución histórica de instrumentos jurídicos internacionales como muestra de su interpretación para la protección de las inversiones.
- Análisis-síntesis: Permite la descomposición de las definiciones de las Cláusulas Paraguas y de los argumentos doctrinales para su interpretación, a fin de analizar cada uno con sus implicaciones y lograr una definición y formulación uniformes que justifiquen la realización de una interpretación equitativa.
- Abstracción-concreción: Posibilita resaltar las particularidades y las propiedades necesarias y estables de los conceptos de las cláusulas analizadas; distinguiéndolas de lo general, lo casual, lo secundario y lo mutable.
- Inducción-deducción: Facilita, a partir de casos de inversiones, alcanzar un nivel de generalización en el que se destaca lo común de las individualidades analizadas. A partir de esta operación, se degrada y particulariza de nuevo ese conocimiento en niveles de menor totalidad.

También, se emplea como método empírico de investigación:

- Análisis de contenido: Para describir la interpretación de las cláusulas analizadas y caracterizar la información relacionada con la temática investigada en las diferentes fuentes consultadas: literatura general y jurídica, especializada y publicaciones periódicas jurídicas. Igualmente, como método particular de la investigación cualitativa de la Ciencia Jurídica se emplea:

- Hermenéutico: Para la decodificación detallada de los criterios de interpretación de las Cláusulas Paraguas en aras de comprender los argumentos realizados desde las tendencias restrictiva y extensiva para la posterior sustentación de una interpretación equitativa.

La utilización y desarrollo de los métodos anteriormente explicados posibilita asumir la obtención de los siguientes resultados:

- Sistematización teórica de las formulaciones de las Cláusulas Paraguas a través de su inclusión en instrumentos jurídicos para la protección de inversiones, no concebida unilateralmente en la actualidad por la doctrina de Derecho Internacional, que servirá en el ámbito académico como material de consulta bibliográfica.

- Proposición de un esquema normativo de interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas en el acceso al arbitraje de inversiones, a partir de la valoración de las implicaciones y los argumentos que sostienen los modelos de interpretación restrictiva y extensiva para la formulación de una concepción teórica novedosa con implicaciones en la práctica de esta vía de solución de conflictos.

## **I. Definición de Cláusula Paragua**

Ciertamente, las relaciones jurídicas surgidas entre los Estados para concertar la realización y promoción de las inversiones (como estrategias de desarrollo económico), han estado sustentadas por la inclusión, dentro de los TBIs., de ciertas cláusulas conocidas como "paraguas" por su finalidad. La cual consiste, según algunos autores, en proveerles protección adicional a los inversionistas y cubrir los acuerdos de inversiones que los Estados anfitriones, concluyen frecuentemente con los Estados de los cuales aquellos son nacionales, criterio cuestionable desde la óptica de su interpretación, que se analizará posteriormente.

En cuanto a su definición, la doctrina iusinternacionalista no es uniforme. Ello se explica en las clasificaciones que se pudieran formular al respecto como forma de agrupar los distintos criterios expuestos. De ahí que, de acuerdo a su compleja naturaleza, las

Cláusulas Paraguas han encontrado disímiles denominaciones doctrinales como: provisiones legales<sup>14</sup>, disposiciones y estándares.

Según criterios de K. Small, las Cláusulas Paraguas constituyen "provisiones legales que implican un acuerdo de respeto a lo pactado en el contrato de inversión"<sup>15</sup>. Se opina que esta denominación restringe el alcance y, por tanto, los efectos de las Cláusulas Paraguas, al significarlas como recurso legal de protección exclusiva de los contratos de inversión, excluyendo a los TBIs, escritos legales donde se regulan.

Gamboa Morales, también refiere que: "se conciben como tales las que permiten elevar al nivel de raigambre internacional, el surgido con relación a un contrato entre un inversionista y el Estado receptor."<sup>16</sup> Por el significado de esta concepción, de manera similar con la definición que le precede, se infiere el reparo de las Cláusulas Paraguas como provisiones o recursos legales. Esto se justifica al afirmar la extensión del alcance de su protección a los contratos de inversiones una vez establecidas. En otras palabras, se comprenden como una vía de internacionalización de los compromisos contractuales adquiridos entre Estado e inversionista.

Por su parte, Elina Mereminskaya entiende su denominación como: "aquellas disposiciones de tratados internacionales que obligan a los Estados signatarios a cumplir los compromisos contraídos con respecto al inversionista o la inversión"<sup>17</sup>. Con esta introduce el término Estado como parte del compromiso contractual inversionista.

Rodrigo Monardes, menciona que dichas cláusulas constituyen "disposiciones que obligan a los Estados Parte del Acuerdo a cumplir con todo tipo de obligaciones asumidas con los inversionistas de la otra Parte"<sup>18</sup>, al aportar denominaciones tales como: "cláusula de cumplimiento de compromisos o cláusulas de inviolabilidad de contratos".

Tawil Guido ha expuesto que se trata de cláusulas "... destinadas a proteger el tratamiento más favorable que pudiera haberse estipulado en otros acuerdos internacionales u obligaciones entre las partes en su legislación doméstica no sea dejado sin efecto por las previsiones de los tratados. Determina, en consecuencia, que el respeto

---

<sup>14</sup> Se incluye como sinónimo del término recursos, el que para definir Cláusula Paragua se entiende como recurso legal.

<sup>15</sup> Yannaca-Small, K., *op. cit.*, p. 3.

<sup>16</sup> Gamboa Morales, Nicolás, "Algunas consideraciones sobre antecedentes y evaluación arbitral de las Cláusulas Paraguas", en *Revista de Arbitraje y Doctrina Internacional*, núm. 22, Brasil, abril-junio de 2009, p. 117.

<sup>17</sup> Mereminskaya, Elina, *op. cit.*, p. 13.

<sup>18</sup> Monardes V., Rodrigo, *op. cit.*, p. 42.

de tales acuerdos sea considerado una obligación bajo el tratado y su violación acarree responsabilidad."<sup>19</sup>

De igual modo se refleja en esta designación la esencia que compone la finalidad de estas cláusulas: la obediencia a lo pactado para mantener la equidad entre las partes contratantes al exigirles responsabilidad sin privilegios.

En sentido contrario, Castelo Guerrero ha estimado que las Cláusulas Paraguas son "estándares<sup>20</sup> de protección de inversiones"<sup>21</sup>, o sea, modelos protectores. Se coincide con esta denominación, pero se aclara que debe contener límites, pues al ser analizada desde puntos de vista amplios o restrictivos sobre los ámbitos de aplicación de los TBIs, ningún Estado o inversionista signatarios de inversiones pueden invocarla para proteger o esgrimir un derecho que no esté consignado en el contrato o tratado de inversión, siempre y cuando esta se haya pactado.

Rafael Velázquez ha concebido que la Cláusula Paragua constituye un estándar expansivo de protección al inversor extranjero: "Por ella, los Estados receptores asumen el compromiso de respetar los acuerdos y obligaciones que han adquirido mediante un APPRI, en relación con las inversiones de los inversores de la otra Parte contratante."<sup>22</sup>

En cierto modo, el citado autor realiza una denominación expansiva de las mencionadas cláusulas. Si bien es cierto que reconoce el propósito de su regulación en los APPRI o TBIs, se infiere que coloca también bajo su amparo aquellas obligaciones que dicho Estado receptor haya asumido con los inversionistas nacionales del otro Estado parte, a través de los contratos de inversiones. Sin embargo, en materia de responsabilidad para cumplir lo pactado, le será exigible únicamente a los Estados receptores, por ser estos quienes se obligan con la redacción de la cláusula. Por lo que, si se asume este criterio, se entraría en contradicción con diferentes posiciones doctrinales que se han adoptado para la interpretación de las Cláusulas Paraguas.

Por otra parte, estas cláusulas han sido comúnmente llamadas como: "el efecto del espejo", por reflejar la protección del TBI en otras obligaciones, "el elevador", por elevar las obligaciones al ámbito internacional, "el efecto paralelo", por otorgar una protección

---

<sup>19</sup> Guido S., Tawil, "Los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional." en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2000-D, p. 1106.

<sup>20</sup> "Es una unidad de medición, un criterio, un ideal que debe buscarse." González de Cossío, Francisco, Estándares en arbitraje de inversiones, en Rodríguez Jiménez, Sonia y Woss, Herfried (coords.) *Arbitraje en materia de inversiones. Memorias de las I Jornadas del Foro de Arbitraje de Inversiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 57.

<sup>21</sup> Castelo Guerrero, Daniel, *op. cit.*, pp. 20-22.

<sup>22</sup> Velázquez Pérez, Rafael-Andrés, *Inversiones extranjeras sostenibles*, Bosch Editor, España, 2015, p. 401.

ÁVILA DE LA CRUZ, Liris Solanch y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Remberto A., “Cláusulas paraguas: esquema normativo para su interpretación en el arbitraje de inversiones”, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [http://anahuacmayab.mx/injure], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 40-74.

In Jure 

paralela, “la santidad del contrato”, por obligar el respeto de los contratos, “cláusula de respeto” por obligarse los Estados a respetar las obligaciones contraídas, “*observation of commitments*” (cumplimiento de compromisos) y “*observance of undertakings*” (cumplimiento de obligaciones).<sup>23</sup>

Después de haber analizado las diferentes denominaciones que han sido elaboradas para identificar las Cláusulas Paraguas, se puede determinar que se trata de disposiciones normativas que, al ser incluidas dentro de un tratado de inversión, encierran la obligatoriedad de ser cumplidas por las partes, otorgándoles amparo legal ante cualquier violación de lo dispuesto, posibilitar su cumplimiento de la forma y en la instancia que proceda según lo pactado, como forma de mantener la equidad en materia de derechos y condiciones jurídicas a las cuales se comprometieron.

## II. Punto de partida: interpretación de tratados

Dentro del controvertido campo del Derecho Internacional contemporáneo en el que con acrecentada dimensión se continúan produciendo relaciones de carácter jurídico entre sus sujetos, teniendo como plataforma fundamental el expansionismo económico a través de las inversiones, la modalidad mediante la cual son legitimadas y que más se impone es el tratado. Por consiguiente, se vuelve ineludible examinar qué métodos o reglas se utilizan para la interpretación de los tratados en sentido general, así como los sujetos legitimados para efectuarla. De lo que se deriva que, la exégesis de un tratado puede ser efectuada por diversos sujetos o entidades, atribuyéndoseles diversos efectos jurídicos en cada caso<sup>24</sup>, debiendo quedar esclarecido primeramente qué se entiende por interpretación de tratados.

A tenor de lo expresado por la jurista soviética L. Calenskaya, interpretar un tratado consiste en “clarificar lo que las partes han acordado en él, o sea, determinar el sentido de lo expresado en sus cláusulas”<sup>25</sup>. Ello se traduce en que constituye la operación intelectual que se debe realizar para comprender su sentido y alcance.

En apoyo a lo antes expuesto, se precisa analizar las distintas concepciones que sobre la interpretación de tratados se han formulado. Para esto, a tenor de lo regulado en la

---

<sup>23</sup> Weissenfels, A., “*Umbrella clauses*”, en Reinisch, A. (director), *Seminar on International Investment Protection*, Winter Semester 2006/2007, p. 5. Disponible en: [www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/int\\_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf](http://www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf) (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).

<sup>24</sup> Novak Talavera, Fabián. “*Los criterios para la interpretación de los tratados*”, Universidad Pontificia Católica del Perú, *Revista de Derecho-THÉMIS*, Perú, núm. 63, 2007, p. 2

<sup>25</sup> Tunkin, G. *et. al. Curso de derecho internacional*, trad. de Federico Pita, Moscú, Editorial Progreso, Vol. I, 1979, p. 255.



Convención de Viena sobre Derecho de Tratados de 1969 en su Artículo 31, la regla general de interpretación de los tratados consiste en que: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto<sup>26</sup> de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".<sup>27</sup> Como principio rector se impone la buena fe y se deja expedita a las partes la posibilidad de conferir a los términos del tratado el significado que dispongan, siempre y cuando no transgredan su objeto y fin. Esta es una forma de proteger que la voluntad expresa o manifiesta durante la redacción del acuerdo no sea vulnerada, dada la solemnidad contenida en esta clase de documentos.

Limita además, que la exégesis se realizará con exclusividad al contexto que comprende, de lo que se infiere que las partes no podrán alegar, ante cualquier incumplimiento del tratado un derecho no contenido en el mismo.

Se tendrá en cuenta conjuntamente con el contexto:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
- c) toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.<sup>28</sup> Se dará un término en sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.<sup>29</sup>

La Convención admite la posibilidad de acudir a medios de interpretación complementarios. Con esto se propone esclarecer términos cuyo sentido sea oscuro o ambiguo y puedan ocasionar incorrectas aplicaciones del tratado, e incluso consecuencias jurídicas nefastas.

Se apoya también la Convención en la teoría que la presunción del texto es la manifestación auténtica de la intención de las partes y que, por resultado, el éxodo de la interpretación está en elucidar el sentido del texto, y no en buscar *ab initio* la intención de las partes. Por tal razón, la Comisión de Derecho Internacional comentó respecto al

---

<sup>26</sup> "(...) estará constituido por el conjunto de las disposiciones convencionales con las cuales el texto en discusión se encuentra en una relación de dependencia lógica." Vid. Gómez-Robledo Verduzco, A., "Interpretación de tratados en Derecho Internacional", en *Temas selectos de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 3.

<sup>27</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Artículo 31, párrafo 1º.

<sup>28</sup> *Ibidem.*, párrafo 3º.

<sup>29</sup> *Ibidem.*, párrafo 4º.

proyecto de artículos de la Convención lo siguiente: "cuando un tratado da pie a dos interpretaciones, de las cuales una permite que el tratado surta los efectos adecuados y la otra no, la buena fe y el objeto y fin del tratado requieren que se adopte la primera interpretación."<sup>30</sup>

Con apreciable simplicidad, la Comisión se pronuncia hacia una interpretación adecuada del tratado. Lo que se entiende al deducirse que, adecuada será la interpretación que surta los efectos deseados y suscritos en el contenido del tratado de manera textual. Se impone una vez más interpretar a tenor del significado de los términos.

Indica también que cuando el citado Artículo 31 expresa el vocablo "regla" en singular y no en plural, los principios de interpretación consagrados en él deben ser aplicados integralmente en una sola operación combinada. De ahí que, todas las reglas consagradas en dicha norma deben ser tomadas en cuenta y poseen igual valor.<sup>31</sup>

En similitud de criterio con la Convención de Viena, la Corte Internacional de Justicia se afilia a una interpretación textual y además subjetiva del tratado. Deja abierta la posibilidad de aplicar otros métodos interpretativos, únicamente si el significado de las palabras es desacertado. Esta tarea sería compleja, pues acudir a otros métodos hermenéuticos para encontrar la intención inicial de las partes, cuando en su momento redactaron el acuerdo, puede no coincidir con la que transmiten los significados de los términos empleados en él. Se debe dejar claro que, entre dos interpretaciones entre las cuales una de ellas asegura al tratado una eficacia que corresponde a su objetivo real, mientras que la otra lo despoja de este, debe darse preferencia a la primera. Esto podría conducir a proporcionarle a los términos utilizados un alcance más amplio que aquel que se hubiera inferido primariamente.

Han sido propuestos por la doctrina, tres métodos para la labor hermenéutica de los tratados: el método textual, según el cual el texto de un tratado es suficiente como elemento de interpretación (anteriormente analizado en la Convención de Viena de 1969); el método subjetivo, para el cual lo importante en la labor interpretativa es descubrir la voluntad real de las partes (establecido por la Corte Internacional de Justicia) y el método funcional o teleológico, que plantea que el tratado debe interpretarse en función del objeto y el fin buscado en su conclusión<sup>32</sup>.

Para la realización de cada uno de ellos se elaboraron distintos procedimientos. Así,

---

<sup>30</sup> Proyecto de artículos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional, A/Conf.39/12/Add2, párrafo 6º, p. 41.

<sup>31</sup> Novak Talavera, Fabián. "Los criterios para la interpretación de los tratados", *op. cit.*, p. 4

<sup>32</sup> Gutiérrez Posse, Moncayo Vinuesa. "Derecho Internacional Público". Tomo I, Edit. Zavalia, Argentina, 1999, p. 120.

para el método textual sería conveniente emplear medios lingüísticos, lógicos, exegéticos o analógicos. El subjetivo, se apoya, con especial atención, en los ordenamientos históricos al poner *plus ultra* el valor de los trabajos preparatorios en los que las partes habrían dejado huellas de la real motivación que los llevó a plasmar el acuerdo de voluntades. El funcional, en el que se amparan los órganos de las organizaciones internacionales para interpretar el tratado constitutivo o marco, se sustentará en la búsqueda del objeto y fin del tratado tal como lo concibieron las partes en el momento de concluirlo, lo expresaron en su texto y se perfiló en la práctica posterior de la organización.

Al volver al comentado Artículo 31 párrafo 3 inciso c) de la Convención, se debe aclarar que, al plantear el problema surgido de determinar cuáles son las normas de Derecho Internacional aplicables a las relaciones de las partes signatarias del tratado, o sea, si lo son aquellas que se encontraban en vigor al momento de su concertación o las que se encuentran vigentes al momento de su interpretación, nada se esclarece al respecto. Para cuya solución se deja al arbitrio del intérprete el poder determinarlas, siempre y cuando haga uso de la buena fe.

También existen criterios complementarios en materia de hermenéutica que se incluyen en el Artículo 32 de la Convención de Viena de 1969, consistentes en los trabajos preparatorios, propiciada por la concepción voluntarista del Derecho Internacional. Dentro de estos se incluyen las actas que contienen las deliberaciones realizadas en la negociación y las notas diplomáticas versadas entre los Estados en las mismas circunstancias<sup>33</sup>.

Se han formulado además otros métodos de interpretación como: *la regla del efecto útil*, la cual consiste en interpretar el tratado a modo de asegurar el cumplimiento de su objeto y fin, que ha sido recepcionada por la jurisprudencia internacional en el caso sobre "La interpretación de los Tratados de Paz" de junio de 1950, y *la regla de la interpretación restrictiva*, la que se refiere al fallo sobre las zonas francas de la Corte Internacional de Justicia, donde se estableció que en caso de limitación de soberanía debe ser interpretado restrictivamente<sup>34</sup>.

También se ha deducido que, dentro del citado Artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, se incluyen otros métodos de interpretación para los tratados internacionales. Estos se fundamentan en la doctrina del sentido corriente (*ordinary meaning*) y consisten

---

<sup>33</sup> Halajczuk T., Bohdan y Moya Domínguez, María del R. *Derecho Internacional Público*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 3<sup>ra</sup> ed., Buenos Aires, 1999, p. 106

<sup>34</sup> Corte Internacional de Justicia, Serie A/B, No. 46, p. 167. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

en: la interpretación gramatical, literal, textual o natural; la interpretación sistemática y la interpretación teleológica.

Esta doctrina incluye la premisa que un significado diferente al del sentido corriente puede ser establecido, pero el partidario de un significado especial tendrá la carga de la prueba. Agrupa a su vez, los principios de contemporaneidad, *ejusdem generis* y el *expressio unius est exclusio alterius*<sup>35</sup>. Según el primero de ellos, el lenguaje del tratado debe ser interpretado a la luz de las reglas generales del Derecho Internacional en vigor durante el momento de su celebración y conforme al significado contemporáneo o actual de los términos empleados en este.

Ciertamente, al querer encontrar el sentido y alcance de cualquier norma jurídica, y específicamente las de Derecho Internacional debe tomarse en cuenta la vigencia<sup>36</sup> de las normas que serán interpretadas y bajo qué régimen u ordenamiento jurídico se someten. La cuestión radica en que, a tenor de lo regulado en la multicitada convención, amén que no se establecen los patrones o condiciones para la vigencia de los tratados y que se pueden inferir en los artículos que regulan las causales de su terminación. Regúlese para ello:

- a) conforme a las disposiciones del tratado,
- b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.<sup>37</sup>

Además que "si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

- a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o
- b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente."<sup>38</sup>

Por tanto, entiéndase con especial detenimiento en lo regulado que es condición *sine qua non* que los tratados, de manera general, deben estar vigentes para poder

---

<sup>35</sup> Utilizado en el sentido de la presunción lógica que las palabras generales seguidas o quizás precedidas de palabras especiales son limitadas al género indicado por las palabras especiales. Cfr. Brownlie, Ian. *Principles of International Law*, Oxford, 6<sup>ta</sup> ed., 2003, p. 604

<sup>36</sup> (...) tiene, a su vez, dos dimensiones: la posibilidad de su aplicación por parte de los jueces o tribunales de justicia, y la exigibilidad de obediencia a cuantos están sometidos a ella, en tanto no haya sido técnicamente derogada. Cfr. Martínez Paz, Fernando, *Introducción al Derecho*, Editorial Depalma, 2<sup>da</sup> ed., Buenos Aires, 2005, p. 315.

<sup>37</sup> Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, Artículo 54.

<sup>38</sup> Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, Artículo 59

interpretarlos. De lo contrario, se tendrá como concluida la relación convencional y no tendrá sentido alguno realizar esta función.

En relación con las reglas de interpretación general de los tratados internacionales antes expuestos, se coincide en aplicar *la regla del efecto útil*. Ello se explica al afirmar que un tratado, por contener la expresión del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en el que se pactan obligaciones de las que se derivan derechos y deberes internacionales para el cumplimiento de un objetivo común, requiere que, más allá del significado de sus términos, el contexto en que se realiza o la intención que se manifestó durante las fases de su elaboración, la instancia ante la cual se someta debe interpretar su contenido en pos de garantizar que se cumpla el verdadero objetivo del mismo, siempre y cuando no se vulnere alguna norma o principio de Derecho Internacional.

## II.1 Interpretación Restrictiva de las Cláusulas Paraguas. Implicaciones y argumentos

Según se ha adoptado por la Teoría del Derecho, la interpretación restrictiva "restringe o circunscribe el significado prima facie de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal entrarían dentro de él".<sup>39</sup>

Ahora bien, en lo concerniente a la interpretación de las Cláusulas Paraguas, C. N. Brower señaló, cuando se refirió al primer borrador de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que "estas cláusulas no se aplican a cualquier tipo de contrato, sino que sólo a inversiones de gran escala y a contratos de concesión, ya que en estos casos el Estado ejerce deliberadamente su soberanía, quedando excluidos los contratos comerciales ordinarios".<sup>40</sup>

El autor T. Wälde refiere que, "bajo estas cláusulas, sólo serán protegidas las violaciones de contratos efectuadas por el Estado, que en el ejercicio de prerrogativas soberanas busca eludir sus compromisos contractuales o interferirlos sustantivamente".<sup>41</sup>

De esta manera se ha querido comenzar a abordar lo que en cuanto a la interpretación restrictiva de las Cláusulas Paraguas se ha pronunciado desde la óptica de algunos autores iusinternacionalistas que han escrito sobre el tema. Lo común a estos discernimientos

---

<sup>39</sup> Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, p. 39.

<sup>40</sup> Brower, C. N., "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", en *Working papers on international investment*, OECD, Francia, 2006, p. 39. Disponible en: [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment) (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 40.

radica en considerar que las Cláusulas Paraguas constituyen estrategias del Estado signatario del acuerdo de inversión para el mejor y eficaz ejercicio exclusivo de su soberanía, que deberá delimitar hacia dónde se extiende dicho ejercicio, y ser de conocimiento y aprobación por el inversionista, para proteger que sus intereses no sean afectados.

Visto de esta forma, se coincide con la expresión que el Estado posee un rol significativo cuando de inversiones se trata, pero se debe dejar claro que dichas interpretaciones excluyen todo tipo de garantías de protección para los inversionistas. Estos, amparados por el principio de equidad en materia de contratos, toman partido en la consignación de dichas cláusulas.

Lo cierto es que, desde el punto de vista restrictivo, cuando la función principal de una Cláusula Paragua es la internacionalización de los acuerdos o contratos de inversión, decir que su utilización es facultad del Estado como parte del despliegue de su soberanía implicaría limitar sus efectos y aplicación dentro del terreno internacional. Además, se crea un desequilibrio en la exigencia de responsabilidad contractual por su incumplimiento al otorgarle ciertos beneficios al Estado que la establece.

Por lo que, en esencia, una interpretación restrictiva de estas disposiciones ha consistido en que por obligaciones contraídas no se debe entender cualquier obligación asumida por el Estado. De ahí que, la inobservancia de una obligación contractual inversora no implica la violación del tratado de inversión.

Esta tendencia fue sostenida también en el caso del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) de *El Paso vs. Argentina*<sup>42</sup>, sobre la cual el tribunal arbitral se pronunció al disponer que:

"En conclusión, en opinión de este Tribunal, siguiendo los importantes precedentes establecidos por Tribunales presididos por el Juez Feliciano, Juez Guillaume, y el Profesor Orrego Vicuña, una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aun los de menor importancia, se transformarían en reclamos basados en un tratado. Estas consecuencias de gran alcance derivadas de una interpretación amplia de las denominadas cláusulas paraguas, que anula prácticamente la distinción entre orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional,

---

<sup>42</sup> *El Paso Energy International Company vs. República de Argentina*, caso CIADI, No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006, párr. 84 y 85.

han sido bien entendidos y claramente explicadas por el primer Tribunal en abordar la cuestión de la denominada "cláusula paraguas" en el caso SGS vs. Pakistán que insistió en los problemas teóricos encarados. Sería, en verdad, extraño que la aceptación de un TBI entrañara que la responsabilidad internacional del Estado va más allá de la obligación de respetar los niveles de protección de las inversiones extranjeras en el Tratado y convirtiera al Estado responsable de las violaciones de cualquier compromiso de derecho nacional o internacional "con respecto a las inversiones"<sup>43</sup>.

Amparados en esta interpretación, se han formulado diversos argumentos que la sustentan, los cuales serán desarrollados a continuación.

- **Interpretación amplia perjudicial para los Estados demandados**

Uno de los principales motivos por los cuales algunos tribunales arbitrales se han negado a darle una interpretación amplia a las Cláusulas Paraguas, es la consecuencia que una aproximación de este tipo tendría para los Estados inversionistas, pues colocaría todos los contratos y las obligaciones adquiridas por los Estados con los inversionistas dentro del ámbito de un TBI, al dar la posibilidad de ser presentadas y revisadas por un tribunal arbitral, lo que favorecería que contratos, concesiones e incluso leyes locales pudieran ser atacados por un TBI, y obstaculizar las facultades de regulación de los mencionados Estados inversionistas.

En el laudo del caso SGS vs. Pakistán, el primer argumento y principal motivo por el cual el tribunal se negó a interpretar de una manera amplia la cláusula, fue que una interpretación así sería muy perjudicial para los Estados, puesto que cualquier obligación o contrato, por mínimo e insignificante que este sea, sería susceptible de ser llevada a un tribunal internacional; en palabras del propio tribunal: su alcance sería "casi de una expansión indefinida"<sup>44</sup>. Dicha situación constituiría un desbalance entre los derechos y obligaciones del Estado y el inversor<sup>45</sup>.

Advirtió además, que una interpretación que permita el reconocimiento de reclamos contractuales como internacionales pondría en riesgo y dejaría sin efecto las garantías establecidas en los TBIs. Por lo que sería suficiente una supuesta violación de un contrato u otra obligación para acudir a un tribunal arbitral, sin necesidad de invocación del resto de

---

<sup>43</sup> González de Cossío, F, *¿Cuándo Pacta es Servanda?...*, op. cit., p. 7.

<sup>44</sup> SGS Societé Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán, CIADI, No. ARB/01/03, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, párr. 166.

<sup>45</sup> UNCTAD, "Investor- State Disputes Arising from Investment Treaties: A review", en *UNCTAD series on International Investment Policies for Development*, United Nations, New York and Geneva, 2005, p. 21.

las garantías dispuestas en el tratado bilateral de inversión.<sup>46</sup>

En los laudos emitidos en los casos de El Paso y BP América contra Argentina<sup>47</sup> por los tribunales arbitrales en los que, (dos de los tres miembros del tribunal incluido el presidente, fueron los mismos en los dos casos), llegaron a la conclusión que una interpretación amplia sería "destrutivo para la distinción entre orden legal nacional y orden legal internacional". Por lo que cualquier contrato y leyes nacionales pudieran ser interpretados y juzgados por un tribunal arbitral internacional al provocar que la línea entre contratos regidos por el derecho local y el ámbito del derecho internacional se torne difícil de delimitar.

Al respecto, ante la emisión del laudo del caso Eureko vs Polonia el árbitro Rajski, al acusar a la mayoría del tribunal arbitral, del cual formó parte, de convertir una disputa puramente contractual en una internacional advirtió que tal decisión: "Podría llevar a una clase privilegiada de partes extranjeras de contratos comerciales que fácilmente pudieran transformar sus disputas contractuales con compañías del Estado en disputas en base al TBI"<sup>48</sup>.

De este modo, al aplicarse una interpretación amplia de manera exclusiva, los inversionistas que, de acuerdo a su nacionalidad estén favorecidos con un tratado que contenga una Cláusula Paragua, podrían convertir sus reclamos contractuales en disputas basadas en los TBIs. Mientras que los nacionales de ese país y otros inversores extranjeros que no estén favorecidos por ellas, únicamente podrían recurrir al método de resolución de controversias contemplados en el contrato, generándose así una "clase privilegiada".

Además, dejaría sin efecto todas las cláusulas de resolución de disputas reguladas en los contratos de inversiones. Esto se produciría porque la generalidad es que las mismas abarquen soluciones consistentes en la subordinación a cortes locales o a un centro arbitral dentro del país, lo que se favorece al interpretar restrictivamente la Cláusula Paragua por entrañar el sometimiento a la jurisdicción arbitral dispuesta en el TBI como solución de controversias.

Es significativo consignar también las palabras de Christoph Schereuer quien advirtió, en su estudio sobre las Cláusulas Paraguas que: "podrían surgir problemas si los inversionistas empezaran a valerse de las cláusulas paraguas en el caso de controversias

---

<sup>46</sup> SGS vs. Pakistán, laudo citado en nota 29, párr. 168.

<sup>47</sup> El Paso Energy International Company vs. República de Argentina, laudo citado en nota 27 y, BP America Production Company, Panamerican Sur y otros vs. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/8, 27 de julio de 2006.

<sup>48</sup> Eureko B.V. vs. Republic of Poland, Ad Hoc Investment Treaty Case, Partial Award on Liability, 19 de agosto de 2005, *Profesor Jerzy Rajski's Dissenting Opinion*, párr. 3



triviales. No puede ser la función de una cláusula paraguas convertir a todo desacuerdo de poca importancia respecto de un detalle del cumplimiento de un contrato en una cuestión para la cual se pueda disponer del arbitraje internacional"<sup>49</sup>.

Con certeza se apoya esta afirmación, pues si se toma en cuenta el objetivo de la redacción de las Cláusulas Paraguas, como mecanismo de internacionalización de contratos concertados entre inversionista y Estado para la protección de las inversiones, el hecho que se incumpla alguna disposición contenida en el TBI o contrato que no afecte directamente el objeto y fin para el cual fueron redactados, debe ser razón más que suficiente como para no invocarlas innecesariamente. De ahí que se estaría en concordancia con la regla del efecto útil para la interpretación de tratados de forma general, abordada con anterioridad.

- **En caso de cláusula de resolución de controversias en el contrato esta prevalece sobre el TBI**

El principal problema que surge al intentar aplicar una Cláusula Paragua en disputas relacionadas con un contrato ocurre ante la existencia de un método de solución de controversias establecido en el mismo que se contrapone con el determinado en el TBI. Esta situación se convierte en una disputa de reclamos contractuales frente a reclamos internacionales.

En el laudo del caso Vivendi vs. Argentina,<sup>50</sup> y su posterior anulación, es donde se trata a fondo el límite entre lo contractual y lo internacional. Si bien dicho caso fue basado en el TBI entre Francia y Argentina que no contiene una Cláusula Paragua, en muchos supuestos como los de SGS vs. Pakistán y SGS vs. Filipinas, se ha tratado este tema para aclarar la situación antes de aplicar las Cláusulas Paraguas. En el caso Vivendi, el tribunal resolvió que en procesos en que la demanda principal sea un reclamo contractual, el CIADI no tiene jurisdicción para conocerlas, pues a tenor de lo dispuesto en el contrato sus reclamos deben ser resueltos por el foro competente para dicho instrumento<sup>51</sup>.

Por lo general, una interpretación amplia de una Cláusula Paragua lleva a que se dé prioridad a lo dispuesto en el TBI, puesto que se acepta la protección del tratado en los

---

<sup>49</sup> Schereuer, C., "Travelling the BIT Route of waiting periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", en *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004, p. 225.

<sup>50</sup> Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 21 de noviembre de 2000.

<sup>51</sup> *Ibidem*, párr. 98.

contratos y obligaciones celebradas por el Estado. Para ello fundamentó su declaración en alegar que "la naturaleza de los hechos en los que se basan los reclamos presentados en este caso hace imposible para el tribunal distinguir o separar las violaciones del TBI de las rupturas del contrato de concesión, sin interpretar primero las provisiones del acuerdo"<sup>52</sup>, y se negó a resolver el caso.

Sin embargo, en el proceso de anulación del laudo, el comité ad-hoc<sup>53</sup> revirtió la decisión del primero, y criticó su posición al decir que si bien existe una diferencia entre reclamos contractuales e internacionales, un tribunal del CIADI no puede abstenerse de conocer un caso, bajo el Artículo 42 apartado 2 de sus Reglas de Arbitraje. Por lo que, para resolver sobre una posible ruptura de una garantía de un TBI, tiene toda la facultad de utilizar y analizar los términos del contrato con el fin de determinar si hubo o no una violación del TBI, sin ejercer una jurisdicción contractual: "*It is one thing to exercise contractual jurisdiction. And another to take into account the terms of a contract in determining whether there has been a breach of a distinct standard of international law, such as the reflected in Article of the BIT*"<sup>54</sup>

En donde una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato no puede operar como una barrera para la aplicación de una garantía del tratado<sup>55</sup>. A pesar de esto, el comité admitió que cuando la reclamación es esencialmente una ruptura del contrato, el tribunal debe dar efecto a la solución de controversias establecidas en el contrato.

Lo cierto es que, por el hecho que un tribunal del CIADI está facultado para determinar su propia competencia<sup>56</sup>, la cuestión que se plantea por el caso anterior, a pesar de estar referida con exclusividad al contrato deja bien claro que aunque se produzca la superposición o confusión de requerimientos respecto al contrato o al TBI, la decisión que tome el tribunal no afectará a uno ni otro. Simplemente, si el litigio es de naturaleza contractual deberá limitarse a resolver conforme se señala en el mismo.

Por otra parte, al analizar el caso SGS vs. Filipinas el criterio de este tribunal fue que "las provisiones generales del TBI no deben, a menos que esté claramente expresado,

---

<sup>52</sup> C. Schreuer. "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-The Vivendi I case considered", en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron, 2005, p. 284.

<sup>53</sup> Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión de Anulación, 3 de julio de 2002.

<sup>54</sup> *Ibidem*, párr. 98.

<sup>55</sup> *Ibidem*, párr. 101.

<sup>56</sup> Convención CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Washington, 2003, Artículo 41.

sobreponerse sobre cláusulas específicas y exclusivas de solución de controversias establecidos en los contratos entre el inversionista y el Estado"<sup>57</sup>. Por lo que una jurisdicción exclusiva determinada en un contrato debe ser respetada, salvo que haya otra disposición válida que la anule.

Por su parte, la defensa del Estado de Pakistán en el caso SGS vs Pakistán mencionó que el principio *maxim generalia specialibus non derogant*<sup>58</sup> debe ser aplicado con el objetivo que el mecanismo de solución de controversias contemplado en el contrato tenga precedencia sobre el establecido en el TBI.

De lo anterior expuesto debe analizarse que, darle precedencia o superponer las disposiciones que contienen los mecanismos de solución a los que las partes se someterán en caso de litigios, configurados tanto en el contrato de inversión como en el tratado, no constituye la mejor solución. Ambas coexisten y deben ser respetadas.

- **Sólo aplicable en los casos en que el Estado actúe como soberano y no simplemente en casos comerciales**

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

Brower<sup>59</sup>, quien en el tiempo de la redacción del borrador de la Convención de la OECD, menciona que en razón de *ratione materiae*, la Cláusula Paragua únicamente puede ser aplicable a grandes inversiones y contratos de concesión en donde el Estado esté ejerciendo su soberanía.

Sinclair asume ese criterio y reconoce que: "el principal motivo para la redacción de este tipo de cláusulas, se debía precisamente a proteger los contratos de concesión frente a los procesos de nacionalización que varios gobiernos habían llevado a cabo".

Thomas Wälde, por su parte, opta por una posición intermedia en el debate, al considerar que la cláusula únicamente protege los contratos y obligaciones realizados por el Estado

---

<sup>57</sup> SGS Sociéte Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán, laudo citado en nota 29, párr. 126.

<sup>58</sup> Refiere que "las disposiciones generales no derogar a las disposiciones especiales". *Ibidem*, párr. 141.

<sup>59</sup> Brower C. N., *op. cit.*, p. 7

en los cuales estén sujetos al poder del mismo, o sea, para él dichas cláusulas tienen efectos únicamente cuando el Estado utilice sus prerrogativas para escapar de alguna obligación adquirida con el inversionista. En caso contrario, cualquier disputa contractual debe ser resuelta por el método de resolución de conflictos establecido en el contrato.

Como ejemplo que corrobora dichos criterios, se puede adoptar el modelo de TBI del 2004 de los Estados Unidos, que en su Artículo 24 apartado 1 inciso(a), limita la jurisdicción del tribunal a reclamos contractuales en los que el Estado actúe como soberano.

- **En caso de ambigüedades, interpretación favorable al Estado**

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

Por un lado se encuentra la soberanía de los Estados y la facultad de estos de tener un margen de libertad para implantar sus políticas, mientras que por otro, el derecho de los inversores de obtener protección para sus inversiones en caso del incumplimiento de una obligación por parte del Estado. Lo que se encuentra amparado por las disposiciones establecidas en los tratados bilaterales de inversión y otros instrumentos.

Ejemplo de ello lo constituye el citado caso *SGS vs. Filipinas*, en el cual el tribunal tuvo una interpretación favorable al inversor por considerar que el propósito de un TBI es el de proteger las inversiones de los nacionales de otra parte y, en consecuencia, todas sus disposiciones deben interpretarse en el sentido que beneficie al inversor.

Criterio opuesto a que las ambigüedades deban ser interpretadas a favor del Estado con el objetivo de resguardar su soberanía, se manifiesta en el caso *Methanex*<sup>60</sup> presentado por EE.UU., cuya posición es respaldada por el principio de interpretación restrictiva o *indubio mitius*. El mismo consiste en interpretar las disposiciones que tengan un significado ambiguo o poco claro a favor de la soberanía del Estado, usado como argumentación para colocarse de forma moderada entre el inversor y el Estado.

Al tratar el tema, el tribunal que asumió los casos de *El Paso* y *BP América* contra Argentina, adoptó la posición asumida por Estados Unidos como argumento y concluyó que: "Este tribunal considera que hace falta una interpretación equilibrada, que tenga en

---

<sup>60</sup> *Metanex Corporation vs. United States, Ad hoc-ICSID arbitration rules, Decision on Jurisdiction, January 15, 2001.*

cuenta tanto la soberanía del Estado como la responsabilidad de este de un marco adaptable y en evolución para el desarrollo de las actividades económicas, así como también la necesidad de proteger la inversión extranjera y su flujo constante"<sup>61</sup>.

- **No aplicable en personalidad jurídica distinta del Estado**

Se ha apreciado como limitación igualmente, que para acudir al mecanismo de solución de controversias establecido en el TBI sólo puede ser utilizado por los dos Estados parte y los sujetos que a raíz del tratado estén legitimados para concurrir a dicho mecanismo. Estos sujetos son los nacionales de las respectivas partes que tengan inversiones dentro del otro Estado parte.

Sin embargo, aquello no impide que los Estados en el libre ejercicio de su soberanía pacten el incluir otro tipo de sujetos protegidos bajo el TBI. Pero para que el inversor de una de las partes pueda acudir a los tribunales arbitrales por una violación del tratado, necesariamente su queja debe estar dirigida al otro Estado parte.

La trascendencia de este criterio respecto a una Cláusula Paraguas, radica en que las demandas presentadas ante los tribunales arbitrales amparadas en una de estas cláusulas, son por supuestas violaciones a contratos protegidos bajo el TBI. Lo cierto es que muchos inversionistas realizan contratos de inversión no sólo con el Estado sino también con empresas estatales y, ante cualquier incumplimiento de estos son llevados al CIADI o a cualquier otro foro para dirimir conflictos en materia de inversiones, cuya solución determinará si dichos reclamos están amparados por el TBI o no.

Ello se manifiesta en los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionales Ilegales también conocidos como los artículos (ILC -por sus siglas en inglés-) de la Convención. Los mismos, no forman parte de ningún Tratado multilateral, sino que fueron presentados como un borrador para la discusión y estudio de sus miembros, con la probabilidad que en algún momento fueran adoptados como parte de un tratado multilateral.

A pesar de ser un borrador, sirven como una especie de *Soft Law*, sobre todo en el tema de inversiones, en el que aparte de los tratados bilaterales de inversión existen muy pocos textos legales en los cuales apoyarse. Tal es así que su Artículo 4 al referirse a la conducta de los órganos de los Estados establece que "la conducta de cualquier órgano del Estado

---

<sup>61</sup> El Paso vs. Argentina, laudo citado en nota 27, párr. 70.

será considerado un acto del Estado bajo el derecho internacional"<sup>62</sup>; sin importar la función que este órgano ocupe.

En los comentarios hechos por la comisión, se aclara que este artículo se rige por dos principios. El primero que consiste en que la conducta de un órgano estatal es atribuible al Estado en sí. El segundo es el principio de unidad del Estado, en el cual las cuestiones relativas a la responsabilidad estatal internacional, los actos u omisiones de cualquier órgano estatal se consideran del Estado en sí mismo.

En estas observaciones, se especifica que el término "órganos del Estado" debe ser entendido en su sentido más amplio, no sólo al gobierno central sino a "cualquier tipo o clasificación, que ejerzan cualquier función y a cualquier nivel jerárquico, incluidos aquellos a nivel provincial e incluso local. Sin distinción entre organismos legislativo, ejecutivo o judicial".

Entonces se puede concluir que, el solo hecho de ser órganos del Estado, subdivisiones o empresas, si se realiza una interpretación amplia del artículo anterior, implica que cuando cualquiera de ellos realice una violación de un contrato de inversión estará sujeto a las obligaciones adquiridas por el Estado en el TBI y particularmente de una Cláusula Paragua. Ello le permitirá al inversionista acudir ante el mecanismo de solución de controversias regulado en el TBI.

- **Sólo en garantías cubiertas por el TBI**

Se ha tenido en cuenta además por los tribunales arbitrales, que para que un reclamo contractual pueda ser llevado a un tribunal internacional en virtud de una Cláusula Paragua debe equivaler a una violación de otra garantía sustancial de un TBI (trato nacional o no discriminación).

Ello se ejemplifica a través de la posición asumida por el tribunal del caso Joy Mining vs. Egipto cuando consideró que para que una violación contractual "equivalga" a una violación del TBI, se necesitaba una clara violación de los derechos contemplados en el tratado; es decir, de las garantías del TBI.

Este argumento entra diametralmente en contradicción con el principio de efectividad (*effect utile*), el cual busca que las disposiciones sean interpretadas de una manera que las vuelvan efectivas. Por lo que, al aceptar que los reclamos contractuales en virtud de un

---

<sup>62</sup> International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts with commentaries, 2008, United Nations.

Cláusula Paraguas sólo son equivalentes a reclamos del TBI cuando se ha violado alguna garantía del tratado, se despoja de todo efecto a dicha cláusula. Razón por la cual resultaría inútil invocar esta disposición, pues al existir una violación de las garantías y derechos contemplados en el tratado, los reclamos se basan directamente en dicha violación y no en una Cláusula Paragua.

## II.2 Interpretación Amplia

Desde la óptica de la Teoría del Derecho, tal como se verificó en la tendencia restrictiva, se considera interpretación amplia o extensiva "aquella que extiende el significado *prima facie* de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal no entrarían dentro de él"<sup>63</sup>.

Así, amparados en ella, otros autores han sostenido una interpretación amplia de las Cláusulas Paraguas. Esto se evidencia en F. Mann, para quien las Cláusulas Paraguas en los acuerdos de inversión protegen al inversionista en contra de cualquier incumplimiento contractual que interfiera con sus derechos<sup>64</sup>.

Al respecto se entiende que, la protección de las Cláusulas Paraguas se circunscribe especialmente a los inversionistas tras colocar bajo el amparo del TBI a los contratos de inversión. Con ello, le otorgan mayor garantía a estos sujetos pero a su vez propician un marco de exclusividad respecto al otro sujeto, el Estado, quien quedaría desprotegido. De esta forma, el efecto de las Cláusulas Paraguas, según esta opinión, se alejaría de su objetivo real.

Para Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, estas disposiciones buscan "asegurar que cada Parte en el tratado, respetará los compromisos específicos hacia los nacionales de la otra Parte". Esta disposición tiene particular importancia porque protege los derechos contractuales de los inversionistas en contra de cualquier interferencia que pueda ser causada por un simple incumplimiento contractual o por actos administrativos y porque no está del todo claro que bajo el Derecho Internacional tales medidas constituyen violaciones de una obligación internacional."<sup>65</sup>

Ambos autores definen el contenido esencial de las Cláusulas Paraguas e igualmente particularizan el alcance de su protección a los inversionistas. También, analizan la dicotomía al plantear la ausencia de claridad en cuanto a si las medidas referidas

---

<sup>63</sup> Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 34.

<sup>64</sup> Brower C. N., *op. cit.*, p. 40.

<sup>65</sup> Dolzer, Rudolf y Stevens, Margrete, "*Bilateral Investment Treaties*", Kluwer Law International, 1995, pp. 81-82

constituyen violaciones de la obligación internacional asumida por el Estado.

Ello se podrá esclarecer en el propio texto del contrato de inversión, en el que deberán quedar regulados el alcance y los límites de su soberanía, con lo que detallará las acciones que podrá realizar, siempre y cuando no afecte los intereses de la otra parte. De ahí que, una vez pactado el contrato, cualquier acción arbitraria constituirá violación de la obligación internacional asumida.

Por su parte, Stanimir Alexandrov opina que: "el propósito y efecto de una Cláusula Paragua en un Acuerdo de Inversión es transformar el incumplimiento de las obligaciones que el Estado ha adquirido con inversionistas extranjeros y sus inversiones, incluyendo a las obligaciones contractuales, en incumplimientos del tratado o acuerdo"<sup>66</sup>.

Christoph Schreuer, en concordancia con los planteamientos anteriores, se suma a expresar que: "cláusulas de este tipo han sido agregadas en los Acuerdos de Inversión para otorgar protección adicional a los inversionistas, más allá de los estándares internacionales tradicionales. Son conocidas como Cláusulas Paraguas porque ponen a los compromisos contractuales bajo el paraguas protector del Acuerdo de Inversión. De esta forma, un incumplimiento contractual se convierte en una violación del Acuerdo de Inversión"<sup>67</sup>.

Como se puede apreciar, dirigen sus interpretaciones hacia el razonamiento basado en que la existencia de las *Umbrella Clauses* se debe a la intención de salvaguardar a los inversionistas frente a los Estados, fuera de los límites del tratado bilateral de inversión. Esto implica mayores posibilidades de acudir ante otros mecanismos de resolución de controversias que no sean los únicamente pactados en el TBI, por extender al amparo de este las obligaciones pactadas en el contrato de inversión. Con esto garantiza que les sean preservados además sus intereses como sujeto del Derecho Internacional.

De ello se deriva que la doctrina internacional se haya pronunciado para apoyar esta tendencia de interpretación, emitiéndose diversos argumentos que serán analizados a continuación:

- **Significado Ordinario de los Términos (Artículo 31 Convenio de Viena)**

El primer tribunal arbitral que al tratar el alcance de la Cláusula Paraguas se refirió a este artículo de la Convención de Viena, fue el de SGS contra el Estado de Filipinas. El mismo

---

<sup>66</sup> Alexandrov A., Stanimir, "Breaches of contract and breaches of treaty", *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, núm. 4, agosto de 2004, p. 556.

<sup>67</sup> Schreuer, Christoph, "Traveling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, núm. 2, abril de 2004, p. 250.



tenía que resolver el alcance de una Cláusula Paraguas<sup>68</sup> establecida en el TBI entre Suiza y Filipinas.

Para ello, el tribunal procedió a analizar la disposición de buena fe, de acuerdo al significado ordinario de las palabras, en su contexto y a la luz del objeto y propósito del tratado como lo dispone el Artículo 31 de la Convención.

El análisis consistió en determinar las palabras importantes de esta cláusula para delimitar su alcance. Tales fueron "*shall*" y "*any obligation*", entendidas como "deberá" y "cualquier obligación". Con ellas, el tribunal concluyó que el primero es un término mandatorio al igual que otras obligaciones sustantivas del TBI, y el segundo expande ese mandato a "cualquier obligación", dentro de la cual se incluyen las obligaciones contractuales y otros tipos de obligaciones que el Estado haya adquirido.

Finalmente, el término "*specific investments*" entendido como "inversiones específicas", limita el mandato de cumplir cualquier obligación a las relativas con las inversiones hechas por los inversores provenientes de la otra parte.

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

- **Intención de las partes**

Otro argumento, que tanto la doctrina como varios tribunales arbitrales han sostenido al analizar el alcance de las Cláusulas Paraguas, y que fue analizado igualmente para la interpretación de los tratados, ha sido dilucidar cuál es la intención de las partes al momento de redactar dichas cláusulas.

Para esto, el principal documento jurídico que lo verifica ha sido la Convención de Viena, que en su Artículo 32 sostiene como método complementario de interpretación acudir a los trabajos preparatorios y circunstancias de celebración del tratado para confirmar lo interpretado en virtud del Artículo 31, o para interpretar cuando esté redactado de una manera ambigua y oscura. Adicionalmente, hay que tomar en cuenta el numeral 4 de dicho

---

<sup>68</sup> *Each Contracting Part shall observe any obligation it has assumed with regard to specific Investments in its territory by investor soft the other Contracting Party.*

artículo, el que establece que para dar un sentido especial a un término debe tomarse en cuenta la intención de las partes.

Para determinar cuál fue el propósito de las partes al incorporar las Cláusulas Paraguas en los tratados bilaterales de inversión, la mayoría de los autores y tribunales arbitrales han acudido a su historia. Ella facilita comprender que la principal intención de su origen era lograr que los contratos de inversión celebrados entre inversionista y el Estado receptor de la inversión, fueran incorporados dentro de algún tratado internacional, con el propósito de otorgar protección jurídica internacional al inversionista en caso de una violación del contrato por parte del Estado.

De ahí que tenga significado recordar la carta que el gobierno de Suiza envió a la Secretaría del CIADI, por razón de la decisión tomada por el tribunal en el caso SGS vs. Pakistán, que interpretó restrictivamente la Cláusula Paragua contenida en el TBI entre Suiza y Pakistán. Al hacer esto declaró ausencia de jurisdicción para conocer las controversias provenientes de contratos. Ante lo que Suiza respondió en desacuerdo, amparada en el argumento que la intención de ese país al negociar el TBI y la cláusula había sido proteger los contratos de los inversionistas originarios de su país.

Sin embargo, se debe examinar el Artículo 25, apartado 1 de la Convención CIADI que contiene los requisitos o condiciones de jurisdicción del Centro. Estos consisten en: que el Estado receptor donde se ubica la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista hayan ratificado la Convención (*rationae personae*), que exista el consentimiento escrito de las partes de sometimiento al CIADI (*rationae voluntatis*) y que se esté frente a una disputa legal derivada directamente de una inversión (*rationae materiae*)<sup>69</sup>.

Como se aprecia, no se especifica que la naturaleza de la diferencia deba ser de un TBI o un contrato de inversión, basta con que su objeto sea la transgresión de alguna disposición legal relacionada con la inversión. Pero, por otra parte, a tenor de lo establecido en el Artículo 36, apartado 3 de la referida Convención, el consentimiento puede darse en las cláusulas de un contrato de inversión que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, sin la necesidad que se haga constar en un mismo instrumento.<sup>70</sup> Por tanto, se puede deducir que la actuación del tribunal CIADI en ese caso carece de fundamento legal.

---

<sup>69</sup> Kundmuller Caminiti, Franz y Rubio Guerrero, Roger. "El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte.", en *Lima Arbitration*, núm. 1, 2006, p. 79.

<sup>70</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington, Capítulo V Jurisdicción del Centro, Artículo 24, pp. 43-44.

De ahí que, la actuación del Estado suizo no estuvo desacertada cuando alegó la interpretación de la Cláusula Paragua para invocar la protección del contrato de inversión dentro de la jurisdicción del tribunal ante la presencia de un conflicto de jurisdicción. Por lo que, no debió alegarse el contenido de la Cláusula Paragua presente en el TBI como argumento para demostrar la intención inicial de Pakistán en la negociación del tratado.

Lo anterior encuentra su explicación en que el contenido de estas disposiciones faculta a las partes para someter sus disputas relativas a inversiones, sin importar su naturaleza contractual o convencional, ante la jurisdicción que estimen conveniente; siempre que para esto medie el acuerdo entre ambas. Además, los efectos de su aplicación no deberán lesionar los intereses de una o de la otra, y sí resolver la transgresión o conflicto que se origine por incumplimiento de cualquiera de las dos. Por tanto, en el caso anterior, las alegaciones del Estado suizo son ventajosas con exclusividad para los inversionistas como intención inicial de la contraparte, lo que resulta de difícil verificación y ofrece margen de dudas.

- **Principio de efectividad (*Effect Utile*)**

Forma parte del derecho consuetudinario internacional<sup>71</sup> y también ha sido considerado para interpretar las Cláusulas Paraguas. Su contenido, propone que las disposiciones legales sean interpretadas con el fin de generar un efecto jurídico.

Lo anterior se ejemplifica en el fallo emitido por el tribunal CIADI del caso Noble Ventures vs. Rumania, en donde consideró que "para que una Cláusula Paraguas cumpla con el principio de efectividad, esta debe ser interpretada ampliamente para permitir que las obligaciones y contratos celebrados por los Estados estén bajo el amparo de un TBI. Ya que en caso contrario, se estaría privando de cualquier efecto jurídico a dicha cláusula, considerando que cualquier otra interpretación la privaría de un sentido práctico".<sup>72</sup>

Resulta oportuno revisar la concepción de este principio desde la Teoría del Derecho en la óptica de uno de sus teóricos clásicos. De ahí que, para Kelsen<sup>73</sup>: "es una norma del derecho positivo internacional que determina tanto el fundamento de validez como los dominios de validez territorial, personal y temporal de los órdenes jurídicos estatales

---

<sup>71</sup> Gaffney, J. y Loftis, J. "The effective ordinary meaning of BITs and the jurisdiction of treaty – based tribunals to hear contractual claims", en *The Journal of world Investment & Trade*, Geneva, Vol. 8, núm. 1, febrero de 2007, p. 8.

<sup>72</sup> Caso CIADI No. ARB/01/11 Noble Ventures Inc. v Republic of Romania. Párrafo 53.

<sup>73</sup> Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, 2ª. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982, p. 338.

particulares (...) Significa la primacía del orden jurídico internacional".

Al comparar la definición kelseniana del principio de efectividad con la exégesis que sobre este realizó el tribunal arbitral en el caso CIADI antes mencionado se observa que la primera concibe la efectividad como sustento de validez, mientras la segunda se limita a atribuir su existencia si se interpreta de forma amplia la Cláusula Paragua. Lo cierto es que, para que un tratado sea válido, basta con que sea redactado bajo los preceptos legales y por los sujetos legitimados para ello, del Derecho Internacional que así lo estipulan, es decir, no exige que su contenido sea sometido a interpretaciones para que surta efecto jurídico y por tanto sea efectivo.

Por tanto, para que una Cláusula Paragua sea efectiva y coloque bajo su tutela las obligaciones y contratos concertados por los Estados, basta con el sólo hecho que exista en el propio texto del TBI, pues esta protección forma parte de su finalidad, que además le otorga la validez pragmática que necesita para ser respetada y cumplida. De esto se concluye que, interpretarla ampliamente no condiciona su efectividad sino la extiende, y a su vez permite afirmar que, interpretar restrictivamente esta disposición limitaría sus efectos.

Por lo que se puede deducir que, bajo la redacción de una Cláusula Paragua, no se favorece a una u otra parte signataria del contrato o tratado de inversión particularmente, porque se protegen los intereses y garantías de ambas, se generan obligaciones que contienen responsabilidades recíprocas, su cumplimiento es exigible tanto en el territorio nacional como internacional, y autoriza la aplicación de la vía de resolución de conflictos que dará solución amigable a la controversia. Argumentos que favorecen la proposición de un esquema para una necesaria interpretación equitativa.

### **III. Esquema normativo para una interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas**

Para comenzar el estudio de este epígrafe es preciso aclarar que, en lo sucesivo, se considerará como esquema normativo al conjunto de reglas que orientarán la realización de una propuesta de interpretación equitativa<sup>74</sup>.

Se impone dar inicio al estudio de lo que se ha escrito conceptualmente sobre el término equidad, el que, a los efectos de esta tesis se entenderá como criterio de operacionalización

---

<sup>74</sup> Se aclara que, en lo sucesivo, el término equilibrada podrá ser utilizado como sinónimo de equidad, dado que se ha equiparado desde la Teoría del Derecho a la justicia distributiva como equilibrio en la función jurisdiccional del juez.

mediante las reglas de interpretación que se proponen. Para ello, es imprescindible analizar las posiciones teórico doctrinales que se han formulado al respecto desde la Filosofía y Teoría del Derecho.

Máximo Pacheco, concibe "la equidad como la justicia del caso particular", en similitud con Aristóteles, para quien "lo equitativo es también justo y vale más que lo justo en determinadas circunstancias (...)" Para ambos, la equidad es equiparable a la justicia, que ha sido entendida según su naturaleza, como solución de conflictos.<sup>75</sup>

De la justicia conceptualizada por Radbruch, se han derivado dos formas de entenderla. Así, por un lado, la conmutativa o igualitaria (propia del derecho privado) y del otro, la distributiva (de relevancia en esta investigación), que considera la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, presupone al menos tres actores en la relación, de modo que uno de ellos está colocado en un plano superior para imponer cargas o conferir beneficios al resto que se le subordinan, y en tal sentido, es la característica del derecho público<sup>76</sup>.

Por lo que, el término equidad que se adoptará para la formulación de la interpretación propuesta estará sustentado en la forma de justicia distributiva, la que se ajusta a la actuación de jueces y árbitros en la solución de conflictos.

Ahora bien, Kant, por su parte, expresa que: "la equidad no es en absoluto un motivo de apelación a la obligación ética de otros, a su benevolencia o bondad, sino que aquél que exige algo basado en la equidad se apoya en su derecho, y lo único que ocurre es que le faltan las condiciones necesarias, de acuerdo con las cuales el juez podría determinar en qué medida o de qué manera deberían serle satisfechas sus pretensiones."<sup>77</sup>

Como se aprecia en la definición kantiana, la equidad consiste en un medio o instrumento de sustento jurídico sobre el cual el juez deberá apoyarse para tomar sus decisiones frente a la exigencia de derechos en un determinado litigio. De tal forma, estará obligado a considerar de qué manera lo soluciona sin afectar desproporcionadamente a la parte que incumple o sin lesionar el derecho demandado.

Desde otra perspectiva, la equidad como corrección de la ley, parte de una comprensión pragmática de las reglas positivas, una vez que el propio razonamiento del emisor del cual resultan las generalizaciones de predicados fácticos y normativos que configuran las reglas,

---

<sup>75</sup> Rodríguez Gómez, Edgardo, "La idea del Derecho en la Filosofía Jurídica de Gustav Radbruch", en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 6, Perú, julio de 2007, p. 15.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp. 41-42

<sup>77</sup> Ruiz Rodríguez, Virgilio, *Filosofía del Derecho*, Instituto Electoral del Estado de México, 2009, p. 151.

se revela como un razonamiento práctico originariamente dirigido por valores, propósitos, y fines que el decisor tiene que identificar para poder emprender su propio discurso de aplicación<sup>78</sup>. En otras palabras, se define como método de interpretación para la impartición de justicia.

En similitud de conceptualización, se ha enunciado que el vocablo equidad significa justicia distributiva; es decir, la basada en la igualdad o proporcionalidad, moderando el rigor de la letra en la aplicación de la ley, sin dejar de mencionar que se ha asumido como principio general que debe guiar la facultad discrecional del juez.

Por consiguiente, amparados en las anteriores delimitaciones, se define la equidad, como criterio de interpretación normativa para ser empleado por quien esté legitimado para la acción de impartir justicia (juez o árbitro), que posibilitará mantener el equilibrio y proporcionalidad de las acciones entre las partes en litigio, sin que ninguna quede en estado de desprotección, y otorgando a cada una lo que le corresponde legalmente cuando se transgrede la norma jurídica por la cual se invoque.

De tal modo, se podrá puntualizar entonces la interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas como aquella que realizan los árbitros que conocen de controversias surgidas por incumplimientos de estas disposiciones, que pueden ser realizados tanto por el Estado como el inversionista, cuya naturaleza sea contractual o convencional, para proteger a ambos sujetos y exigir el cumplimiento por igual de la responsabilidad surgida, a quien de ellos realice la transgresión, sin afectar los intereses de ambas partes.

La definición propia formulada *a priori* sobre lo que se entenderá como equidad, encuentra apoyo en la doctrina jurídica internacional. Ello se comprueba a través de los tres modos distintos en los que esta puede operar como criterio de interpretación de los tratados internacionales.

En primer lugar, la concibe como un medio de carácter alternativo que, con el consentimiento previo de las partes, autoriza al intérprete a decidir con arreglo al Derecho Internacional, al invocar para ello lo dispuesto en el Artículo 38.2 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia<sup>79</sup>. Paralelamente, desempeña una función complementaria o integradora, ofreciendo al juez o árbitro internacional un criterio para resolver las cuestiones de detalle que la norma aplicable no contempla de manera específica. Por último, cuando

---

<sup>78</sup> Vega, Jesús, "La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial", en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 29, Alicante, junio de 2014, p. 20.

<sup>79</sup> El apartado 2 de este artículo enuncia lo siguiente: "La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo conviniere".

forma parte de la propia regla de Derecho Internacional que se trate, en la aplicación del Derecho positivo, un tribunal puede elegir la que le parezca más conforme a las exigencias de justicia según las circunstancias del caso, entre las varias interpretaciones posibles.<sup>80</sup>

Se crean entonces los fundamentos teóricos y doctrinales para concebir el esquema normativo para la interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas, cuyo empleo se realizará durante la etapa del procedimiento ordinario Actuaciones Orales y consistirá en:

1. Proteger bajo la Cláusula Paragua las obligaciones contraídas, tanto al amparo del TBI como del contrato de inversión.
2. Tratar a las partes con igualdad, basada en darle a cada una suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, admitirles sus argumentaciones y pruebas, así como permitirles impugnar las de los contrarios.
3. El tribunal arbitral a cuyo juicio se sometan las reclamaciones por incumplimiento de una Cláusula Paragua, cuando no medie el acuerdo entre las partes, deberá aplicar la ley más justa<sup>81</sup> para resolver el fondo del asunto.
4. El árbitro que tenga a su cargo la solución del conflicto deberá analizar los límites de la soberanía del Estado<sup>82</sup> que delimitan su actuación, así como las inmunidades y concesiones que le otorga al inversionista para realizar la inversión en su territorio.
5. El árbitro tendrá el deber fundamental de apreciar con imparcialidad y buena fe las razones invocadas por las partes, sin pretender imponer juicio intransigente, aunque sea basado en la aplicación estricta del derecho. Además, se constituirá en colaborador imparcial que procure un arreglo equitativo.
6. Se exigirá en igual medida y procedimiento la responsabilidad por conducta ilícita<sup>83</sup> en lo concerniente a la transgresión de las disposiciones que establecen las obligaciones pactadas dentro del tratado o contrato de inversión amparadas bajo la

---

<sup>80</sup> Esta fórmula hace referencia a la llamada equidad contra *legem*. Pastor Ridruejo, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 6a ed., Madrid, 1996, pp. 184 y 185.

<sup>81</sup> Entiéndase como tal, a la ley que sea capaz de resolver en materia de equidad la controversia.

<sup>82</sup> Se entenderán para los efectos de esta interpretación como los límites de la soberanía del Estado, a las normas jurídicas constitucionales de su ordenamiento jurídico interno, los recursos naturales del Estado receptor de la inversión, las disposiciones jurídicas que regulen las relaciones que el inversionista establezca con los nacionales de dicho Estado en su territorio como en el del Estado del cual es nacional el inversionista, así como las normas relativas al mantenimiento de la paz, seguridad jurídica interna e internacional, independencia e integridad territorial.

<sup>83</sup> Se entiende por conducta ilícita la que ha sido llevada a cabo por un sujeto del Derecho Internacional Público (DIP) con violación a sus obligaciones y en perjuicio de otro sujeto de este Derecho.

cláusula invocada, tanto a Estado como a inversionista, o al Estado de procedencia del segundo, en correspondencia con la naturaleza de la reclamación (contractual o convencional).

7. El fin de la interpretación será lograr restablecer el equilibrio en la protección de los intereses de ambas partes para garantizar el eficaz y efectivo cumplimiento del tratado bilateral de inversión en el que quedó pactada la Cláusula Paragua.

De esta forma se ha querido concebir lo que, para la actividad arbitral, constituirá un instrumento que facilitará la tan compleja labor de solucionar litigios en materia inversionista. Favorecerá que los procedimientos arbitrales estén provistos de mayores garantías para la protección del régimen de las inversiones extranjeras en el Derecho Internacional y asegurará una mayor calidad en el ejercicio de la impartición de justicia, haciendo del arbitraje un mecanismo más garantista en la solución de conflictos internacionales.

## Conclusiones

Después de haber dado cumplimiento a los objetivos específicos que han direccionado el desarrollo de la presente investigación, cabe entonces la posibilidad de arribar a las siguientes conclusiones:

No cualquier incumplimiento contractual en materia de inversiones origina responsabilidad internacional, y por tanto internacionalización de las obligaciones contractuales, dado que las obligaciones internacionales operan a un nivel independiente y singular. No obstante, es posible que el contenido de los derechos de un tratado y de los derechos contractuales se superponga.

Se denominan Cláusulas Paraguas a las disposiciones normativas que, al ser incluidas dentro de un tratado de inversión, encierran la obligatoriedad de ser cumplidas por las partes, otorgándoles amparo legal ante cualquier violación de lo dispuesto al posibilitar su cumplimiento de la forma y en la instancia que proceda según lo pactado, como forma de mantener la igualdad de derechos y condiciones jurídicas a las cuales se comprometieron.

En relación con las reglas de interpretación general de los tratados internacionales antes expuestos, se coincide en aplicar *la regla del efecto útil*. Ello se explica al afirmar que un tratado requiere que, más allá del significado de sus términos, el contexto en que se realiza o la intención que se manifestó durante las fases de su elaboración, la instancia ante la cual se someta debe interpretar su contenido en pos de garantizar que se cumpla el verdadero



objetivo del mismo. Siempre y cuando no se vulnere alguna norma o principio de Derecho Internacional.

Con relación a los casos estudiados se infiere que bajo su redacción no se beneficia a una u otra parte signataria del contrato o tratado de inversión particularmente; sino que se protegen los intereses y garantías de ambas y se generan obligaciones que contienen responsabilidades recíprocas. Su cumplimiento es exigible tanto en el territorio nacional como internacional, y autoriza la aplicación de la vía de resolución de conflictos que dará solución amigable a la controversia.

Lo que permite afirmar que el esquema normativo de interpretación equitativa de las Cláusulas Paraguas propuesto constituirá para la actividad arbitral un instrumento que facilitará la tan compleja labor de solucionar litigios en materia inversionista. Posibilitará que los procedimientos arbitrales otorguen mayores garantías para la protección del régimen de las inversiones extranjeras en el Derecho Internacional y asegurará una mayor calidad en el ejercicio de la impartición de justicia, haciendo del arbitraje un mecanismo más garantista en la solución de conflictos internacionales.

### **Bibliografía y Hemerografía recomendada**

- ALEXANDROV A., Stanimir, "*Breaches of contract and breaches of treaty*", en *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, Núm. 4, agosto de 2004.
- BROWER, C. N., "*Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*", en *Working papers on international Investment*, OECD, Francia, 2006. Disponible en: [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment) (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).
- CASTELO GUERRERO, Daniel, "*El alcance de la cláusula paragua en los tratados bilaterales de inversión*", Tesis de Grado, Universidad San Francisco de Quito, 2008.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, "*Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras*", en Rodríguez Jiménez, Sonia y Woss, Herfried (coords.) *Arbitraje en materia de inversiones. Memorias de las I Jornadas del Foro de Arbitraje de Inversiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "*América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿Matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?*", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2009.

ÁVILA DE LA CRUZ, Liris Solanch y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Remberto A., "Cláusulas paraguas: esquema normativo para su interpretación en el arbitraje de inversiones", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [http://anahuacmayab.mx/injure], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 40-74.

In Jure 

GAFFNEY, J. y LOFTIS, J. "The effective ordinary meaning of BITs and the jurisdiction of treaty – based tribunals to hear contractual claims", en *The Journal of world Investment & Trade*, Geneva, Vol. 8, Núm. 1, febrero de 2007.

GAMBOA MORALES, Nicolás, "Algunas consideraciones sobre antecedentes y evaluación arbitral de las Cláusulas Paraguas", en *Revista de Arbitraje y Doctrina Internacional*, núm. 22, Brasil, abril-junio de 2009.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Estándares en arbitraje de inversiones", en Rodríguez Jiménez, Sonia y Woss, Herfried (coords.) *Arbitraje en materia de inversiones. Memorias de las I Jornadas del Foro de Arbitraje de Inversiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010.

\_\_\_\_\_, *¿Cuándo Pacta es Servanda?: Las Cláusulas Paraguas en el Arbitraje de Inversión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999.

GUIDO S., Tawil, "Los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional." en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2000-D.

KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, 2ª. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982.

KUNDMULLER CAMINITI, Franz y RUBIO GUERRERO, Roger. "El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte.", en *Lima Arbitration*, núm. 1, 2006.

MEREMINSKAYA, Elina, "Las cláusulas paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos", en *Ensayos Revista Internacional de Arbitraje*, julio-diciembre, 2009.

MONARDES V., Rodrigo, "Las Cláusulas Paraguas en los Acuerdos Bilaterales de Inversión", Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2009.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 6a ed., Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo, "La idea del Derecho en la Filosofía Jurídica de Gustav Radbruch", en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 6, Perú, julio de 2007.

ÁVILA DE LA CRUZ, Liris Solanch y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Remberto A., "Cláusulas paraguas: esquema normativo para su interpretación en el arbitraje de inversiones", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 5, núm. 10, ISSN 2007-6045. Pp. 40-74.

In Jure 

RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *Filosofía del Derecho*, Instituto Electoral del Estado de México, 2009.

SCHEREUER, C., "Travelling the BIT Route of waiting periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", en *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004.

\_\_\_\_\_, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-The Vivendi I case considered", en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron, 2005.

SINCLAIR, Anthony A., "The origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", en *Arbitration International*, Aspen Publishers, 2004.

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

VEGA, Jesús, "La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, Alicante, junio de 2014.

VELÁZQUEZ PÉREZ, Rafael-Andrés, *Inversiones extranjeras sostenibles*, Bosch Editor, España, 2015.

WEISSENFELS, A., "Umbrella clauses", en Reinisch, A. (director), *Seminar on International Investment Protection*, Winter Semester 2006/2007. Disponible en: [www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/int\\_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf](http://www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf) (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).

YANNACA-SMALL, K., "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", en *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/3, OECD Publishing. Disponible en: <http://www.oecd.org/investment>. (Fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).

Recepción: 29 de agosto de 2016.

Aceptación: 30 de mayo de 2017.