



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO**

**FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO**

**TÍTULO:**

**LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE  
INVERSIONES INTERNACIONAL**

**TRABAJO DE TÍTULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO  
PREVIO A OPTAR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y  
JUZGADOS DE LA REPÚBLICA.**

**NOMBRE DEL ESTUDIANTE:**

ARABELLA ADAMARY PAREDES ANDRADE

**NOMBRE DEL TUTOR:**

ABG. GABRIEL BARAHONA MOREY

**SAMBORONDÓN, DICIEMBRE, 2021.**

## **DEDICATORIA**

A mi madre por ser mi mayor inspiración y apoyo incondicional.

A mi abuela por creer en mí en todo momento (†).

A mi padre por ser un ejemplo de superación (†).

**Arabella A. Paredes Andrade, Bachiller, Universidad de Especialidades  
Espíritu Santo-Ecuador, [arbellaparedes@uees.edu.ec](mailto:arbellaparedes@uees.edu.ec), Facultad de Derecho,  
Política y Desarrollo, Universidad Espíritu Santo, Km 2.5. Vía Puntilla,  
Samborondón.**

### **Resumen**

El Derecho de Inversión desarrolla el concepto de la cláusula paraguas como un mecanismo de protección de los derechos contractuales de los inversionistas extranjeros y los Estados que adoptan la inversión, sin embargo, aún no se tiene parámetros establecidos sobre su esfera de protección y aplicación. A pesar de que la aplicación de este tipo de cláusulas surge de la controversia por incumplimientos de contratos, dicha disputa podría ser resuelta por el derecho interno del Estado huésped, pero la naturaleza jurídica de cláusula paraguas permite que se eleve la resolución de controversias a la jurisdicción internacional teniendo como consecuencia la integración de sistemas jurídicos.

En el presente trabajo de titulación se estudiará el origen, historia y finalidad de las cláusulas paraguas dentro del Derecho de Inversión Internacional, todo aquello para entender la funcionalidad de las cláusulas paraguas respecto de la competencia que tienen los tribunales internacionales para resolver respecto de incumplimientos contractuales mediante el estudio de jurisprudencia internacional.

*Palabras claves:* cláusula paraguas, derechos contractuales, inversión extranjera.

# LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE INVERSIONES INTERNACIONAL

## **Abstract**

Investment Law develops the concept of the umbrella clause as a mechanism for the protection of the contractual rights of foreign investors and the States that adopt the investment, however, there are still no established parameters on its sphere of protection and application. Despite the fact that the application of this type of clause arises from the controversy for breach of contract, such dispute could be resolved by the domestic law of the host State, but the legal nature of the umbrella clause allows the resolution of disputes to be elevated to international jurisdiction, resulting in the integration of legal systems.

In this degree work we will study the origin, history and purpose of umbrella clauses within International Investment Law, all this to understand the functionality of umbrella clauses with respect to the competence of international courts to resolve contractual breaches through the study of international jurisprudence.

*Keywords:* umbrella clause, contractual rights, foreign investment.

# LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE INVERSIONES INTERNACIONAL

## **Introducción**

A partir de la última década, el Derecho Internacional de Inversión ha cambiado radicalmente, ya que un porcentaje cada vez mayor de los litigios sobre inversiones extranjeras se resuelven a través del arbitraje internacional, en lugar de la inversión diplomática o los juicios nacionales, debido a la proliferación de Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante TBI). Los TBI son acuerdos entre dos países que regulan el tratamiento de las inversiones realizadas en sus respectivos territorios por personas y empresas de otro país.

El TBI sirve para atraer la inversión extranjera al conceder amplios derechos y flexibilidad en la resolución de conflictos relativos a la inversión. Esta flexibilidad suele incluir la posibilidad de que cualquier controversia sobre inversiones sea resuelta mediante el arbitraje internacional. El presente trabajo de titulación analiza la funcionalidad de la cláusula paraguas mediante el análisis de jurisprudencia internacional.

Una de las cuestiones más controvertidas en la doctrina como en la jurisprudencia que ha surgido en el arbitraje es respecto de la correcta interpretación de la denominada “cláusula paraguas”, una disposición que se encuentra en muchos TBI y que impone a cada Estado contratante la obligación de respetar todas obligaciones de inversión contraídas con inversores de otro Estado.

La cláusula paraguas es una herramienta que se pacta con el fin de proteger los derechos del inversionista, aunque muchas veces la redacción de la cláusula es

## LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE INVERSIONES INTERNACIONAL

genérica, la interpretación de dicha redacción puede provocar divergencias significativas al momento de su aplicación. En esencia, toda cláusula paraguas menciona que cada parte contratante deberá cumplir cualquier obligación que haya asumido con respecto de las inversiones. Dicha redacción es superficial, ya que se utilizan términos generales que no detallan el alcance de las obligaciones en relación con la inversión. Es importante recordar que la suscripción del contrato de inversión debe desarrollarse acorde al principio general de derecho "*pacta sunt servanda*". Según la norma de Derecho Internacional consuetudinario ampliamente aceptada, el incumplimiento por parte de un Estado de un contrato con un inversor extranjero compromete su responsabilidad internacional, aunque eso no es la regla general.

Conocida como cláusula espejo o de efecto paralelo, la cláusula paraguas es una disposición que se encuentra en muchos TBI y que requiere que cada Estado contratante cumpla con todas las obligaciones de inversión que ha asumido con respecto a los inversores del otro Estado contratante. La idea que subyace a la metáfora es que la cláusula pone bajo el "paraguas de protección" del tratado los acuerdos de inversión que, de otro modo, serían independientes entre un Estado contratante y los inversores privados del otro Estado contratante. Su objetivo es crear una obligación interestatal de respetar los acuerdos de inversión y conceder a los inversores el derecho directo de acceder a la jurisdicción internacional.

Aunque en el Derecho Internacional, no está claro si un Estado que incumple un contrato con un inversionista califica *per se* cómo una violación de una obligación

internacional. Dicho incumplimiento puede ser tratado simplemente como un asunto comercial interno. Sin duda alguna, la cláusula paraguas mejoró las relaciones comerciales entre la inversión extranjera y los Estados ya que antes los inversores se veían obligados a resolver cualquier disputa derivada de los contratos en los tribunales del Estado anfitrión, pero aquello representaba que el inversor sea vulnerable a la variación unilateral del Estado anfitrión.

Ahora bien, se analizará el carácter subjetivo del alcance de la cláusula paraguas, puesto que dependerá del tipo de interpretación que se otorgue que generará la responsabilidad del Estado ante el Tribunal de Arbitraje Internacional. De tal manera que este tipo de cláusulas tendrá como efecto que se conceda el derecho al inversionista de escoger el medio para la resolución de conflictos de acuerdo a sus intereses. Aunque aquello represente la desnaturalización de la cláusula de resolución de conflictos propias del contrato. Antes de continuar con el análisis respecto de la funcionalidad de la cláusula paraguas, es importante conocer su contexto histórico y conceptual.

## **1. La Cláusula Paraguas**

### **1.1. La Cláusula Paraguas a través de la historia.**

Las cláusulas paraguas son consideradas como una herramienta que garantiza la inversión extranjera. Uno de los primeros vestigios de la aplicación de la cláusula paraguas fue en 1950 cuando el gobierno iraní nacionalizó el petróleo y expropió a la compañía Anglo-Iranian Oil Company, aquello generó una disputa, en la que E. LAUTERPACHT recomendó establecer un acuerdo en el que se agregue una

cláusula que garantice a las partes de manera paralela.<sup>1</sup> Dicho acuerdo consistía en que se incorporé al tratado entre Reino Unido e Irán, una cláusula sobre los contratos celebrados entre compañías petroleras y el país iraní. De tal manera que el incumplimiento del contrato representaría también la violación directa del tratado internacional.<sup>2</sup> De esta manera si existe una controversia a raíz del incumplimiento del contrato, la compañía extranjera pueda elegir resolver la disputa en la jurisdicción del Estado Huésped –como por regla se establece en las cláusulas arbitrales de los contratos- o que dicha disputa pueda ser resuelta por Tribunales Internacionales por representar la violación a un tratado internacional.

Las finalidades de la aplicación de la cláusula paraguas son dos; a) La protección de los derechos contractuales y; b) Proporcionar a la compañía la posibilidad de escoger en que jurisdicción resolver el conflicto. A pesar de lo anterior, es importante considerar que, sin la aplicación de esta cláusula, este tipo de incumplimiento contractual no representa responsabilidad internacional ya que en teoría la compañía extranjera invirtió en el país de acogida basándose en el compromiso general de sus leyes.<sup>3</sup>

Ahora bien, dicho acuerdo jamás llegó a materializarse, de hecho, fue hasta 1959 que la Sociedad Alemana para Avanzar en la Protección de Inversionista Extranjeros elaboró el primer “borrador” de la Convención Abs, siendo dicho

---

<sup>1</sup> SINCLAIR, Anthony, “The relationship between Local Court and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Court and Bilateral Investment Treaties.” *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num 4, Agosto 2005, p. 36, URL <http://www.transnational-dispute-management.com>

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 36.

<sup>3</sup> SCHREUER, Christoph, “The relationship between local Court and Investment Treaty Arbitration: The Coexistence of local and International Law Remedies.” *Transnational Dispute Management*, Thomas W. Walde. Vol 2 Num. 4, Agosto 2005, 6-16, p.7, URL <http://www.transnational-dispute-management.com>



documento en el que por primera vez se desarrolla una cláusula paraguas con el objetivo de proteger los contratos celebrados entre el Estado y los inversionistas extranjeros. El autor de dicho Borrador fue el Dr. Herman Abs, quien creía en la necesidad de una “carta magna para regular las inversiones”. No obstante, fue hasta 1958 que nace el “borrador” de Shawcross el cual tomo las falencias en los casos en los que la inversión extranjera haya sido perjudicada en la resolución de conflictos por parte de la jurisdicción nacional.<sup>4</sup>

El aspecto más importante que desarrolla el borrador de Shawcross fue la consideración respecto de la aplicación del principio “*pacta sun servanda*” en la adquisición de obligaciones del Estado huésped respecto de la inversión extranjera. Shawcross consideraba que el sentido de la cláusula paraguas era que el Estado adopte una obligación de protección en relación a la inversión. Posteriormente, Herman Abs y Shawcross crearon un cuerpo jurídico de carácter no vinculante que buscaba que se garantice el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los países huéspedes. Autores como Sinclair consideran que este borrador tuvo una gran influencia en el desarrollo de actuales tratados bilaterales de inversión, convirtiéndose en un documento estándar para los posteriores acuerdos.<sup>5</sup>

Finalmente, fue en 1959 cuando se firmó entre Alemania y Pakistán el primer acuerdo que marca la aparición de una cláusula paraguas de carácter vinculante en el Derecho Internacional de Inversiones. Incorporando en el artículo 7 de dicho cuerpo legal la siguiente disposición:

---

<sup>4</sup> SINCLAIR, Anthony. “The origins of the umbrella clause in the international law of Investment protection”, Op cit., p.9

<sup>5</sup> Ibidem, pp. 10

*“Either party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other party”*

A pesar de que el objetivo del citado artículo era la protección de los derechos contractuales, no era suficiente, ya que fue considerado como un presupuesto muy amplio que únicamente menciona obligaciones relacionadas con la inversión, pero no detallaba que tipo de obligaciones.<sup>6</sup>

Consecutivamente, en el ECT -Energy Charter Treaty- un tratado bilateral adoptado por los países de la ex Unión Soviética, se incorporó la siguiente cláusula paraguas, que establece:

*“Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party”<sup>7</sup>*

A pesar de ser cláusulas que no delimiten las obligaciones que deberían de cumplir los Estados huésped respecto de la inversión extranjera, la finalidad de la cláusula paraguas a lo largo de la historia, es la protección específica de los derechos contractuales. Ahora bien, la adopción de la cláusula está fundamentada en la buena fe como principio general de derecho. La cláusula paraguas brinda al inversor extranjero la protección de derechos contractuales amparados en los Tratados Bilaterales Internacionales y por tanto tienen como efecto principal, la

---

<sup>6</sup> GLOBAL LEGAL GROUP, “The international legal guide to: International Arbitration 2007. A practical insight to cross-border International Arbitration work”, Global Legal Group, p. 6 URL [http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&show\\_chapter=1414&ifocus=1&kh\\_publications\\_id=56](http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&show_chapter=1414&ifocus=1&kh_publications_id=56) 14 de abril 2008

<sup>7</sup> HANS Corell, “Introduction to the Energy Charter Treaty”, *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Clarisse Ribeiro, Nueva York: JurisNet, 2006, p. 4

internalización contractual. Ya que pretenden garantizar la solución de los conflictos derivados de incumplimientos contractuales que podrían resolverse conforme derecho interno del país huésped.

## **1.2. Conceptualización de la Cláusula Paraguas**

¿Qué es la cláusula paraguas? Es un acuerdo al que las partes se obligan para respetar las obligaciones adquiridas en los contratos de inversión. La doctrina las define como “disposiciones de tratados internacionales que obliga a los Estados suscriptores a la ejecución de lo pactado con los inversionistas o la inversión”.<sup>8</sup>

Anthony Sinclair definía a la cláusula paraguas como la disposición dentro de un Tratado de Inversiones que crea una obligación internacional entre los Estados suscriptores de dicho tratado con la finalidad de proteger la inversión. De esta manera podemos definir a la cláusula paraguas como una herramienta que busca garantizar el cumplimiento de los compromisos contraídos con los inversionistas extranjeros.<sup>9</sup>

El objetivo principal es obligar a los Estados a cumplir con lo establecido en el TBI **y cualquier obligación adquirida en relación a la inversión o el inversionista.**

Las cláusulas paraguas, también son conocidas como; a) “cláusulas espejo”, debido a la extensión de la cobertura de los Tratados Bilaterales, esto es, que el incumplimiento contractual vale por incumplimiento convencional, b) “cláusulas paralelas” porque garantiza la protección paralela de los derechos de las partes, c)

---

<sup>8</sup> WÄLDE Thomas, “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”, *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol, 1 Num. 4, Octubre 2004, p. 33, URL <http://www.transnational-dispute-management.com>

<sup>9</sup> SINCLAIR, Anthony. “The origins of the umbrella clause in the international law of Investment protection”, *Op cit.*, p.9

“cláusulas de cumplimiento”, en consecuencia al principio en el que se fundamentan estas cláusulas, el “*pacta sun servanda*”.<sup>10</sup>

La aplicación de la cláusula paraguas también conocida como “cláusula de respeto de los compromisos contractuales”, implica que los incumplimientos de obligaciones contractuales equivalgan un incumplimiento de obligaciones convencionales para el Estado huésped. De tal manera, que la jurisdicción competente para la resolución de controversia por incumplimientos contractuales, sea la jurisdicción internacional amparado en lo establecido en los TBI. En base a la autonomía de las partes es perfectamente posible que se acuerde cumplir lo establecido en un TBI cuando exista disputas que surgen de la ejecución de un contrato. De hecho, en el caso *SGS vs Pakistán*, la decisión jurisdiccional del CIADI menciona que “...los Estados pueden acordar entre sí en un TBI que en lo sucesivo todos los incumplimientos de los contratos de cada Estado con los inversores sean considerados inmediatamente en violaciones del TBI”.<sup>11</sup>

En consecuencia, se manifiesta el efecto principal de la cláusula paraguas, esto es, internacionalizar las obligaciones contractuales mediante la resolución de conflicto establecida en el TBI. De lo antes mencionado, Weissenfels discute como se define el efecto de las cláusulas, puesto que no internacionaliza el contrato como tal, ya que lo se eleva a la jurisdicción internacional no es el contrato sino la infracción en la ejecución del contrato que tiene como consecuencia la cancelación del mismo.

<sup>12</sup>Ahora bien, el nombre de “cláusula paraguas” es una denominación genérica que

---

<sup>10</sup> MCLACHLAN E, “International Investment Arbitration: Substantive Principles” p. 93

<sup>11</sup> Decisión de Jurisprudencia, CIADI (*SGS Société Générale de Surveillance SA vs Pakistán*, Caso No. ARB/01/13; IIC 223, 2003)

<sup>12</sup> WEISSENFELS, Alex, *Umbrella clauses*, en A. Reinisch, Seminar on International Investment Protection, Winter Semestre 2006/2007 URL <http://www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/>

en esencia busca que cada parte contratante respete cualquier obligación que haya asumido en relación de la inversión. A pesar de que a lo largo de la historia se redacte de manera distinta, su esencia se mantiene, procurando la protección de las obligaciones contraídas en contratos, concesiones, permisos, etc.

Tomas Wälde denomina a la cláusula paraguas como cláusula *pacta sun servanda* ya que la consideran como una extensión de la misma en el régimen internacional.<sup>13</sup>

El principio de “*pacta sun servanda*” se encuentra establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena en la que se establece que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser ejecutado de buena fe”<sup>14</sup>. Este principio fundamental del Derecho Internacional es considerado norma consuetudinaria para el cumplimiento de Tratados Bilaterales y ha servido como medio para internacionalizar el derecho aplicable en el arbitraje de inversiones.<sup>15</sup> La traducción del aforismo es que lo pactado debe honrarse o lo pactado esta para cumplirse. La cláusula paraguas se desarrolla bajo el alcance de este principio, lo que se desprende del *pacta sun servanda* en la adopción progresiva de las cláusulas paraguas, es la obligatoriedad y la igualdad.

---

<sup>13</sup> WÄLDE Thomas, “The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases”, *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol, 1 Num. 4, Octubre 2004, p. 33, URL <http://www.transnational-dispute-management.com>

<sup>14</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980.

<sup>15</sup> SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, Editorial Porrúa, México D.F, 2002

## **LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE INVERSIONES INTERNACIONAL**

Las cláusulas paraguas constituyen una excepción a la separación del Derecho nacional e internacional. Dichas cláusulas constituyen una disposición del Derecho internacional, no obstante, el presupuesto que deriva tal responsabilidad radica en el ordenamiento jurídico nacional. El presupuesto de que una cláusula de este tipo sea incorporada en un TBI, genere que obligatoriamente cualquier incumplimiento de lo pactado en un contrato por parte de un Estado se convierta en una violación de un tratado, es una cuestión ampliamente debatible.<sup>16</sup>

### **2. Aplicación e interpretación de las cláusulas paraguas.**

La aplicación de la cláusula paraguas tiene carácter subjetivo, puesto que no se puede interpretar al tenor de la literalidad de lo pactado. Por lo antes mencionado, analizaremos las tendencias en la aplicación de la cláusula paraguas. Emmanuel Gaillard<sup>17</sup> establece dos ámbitos de aplicación; el amplio y el restrictivo, que serán desarrollados a continuación.

#### **2.1. Interpretación de acuerdo a su utilidad**

Emmanuel Gaillard menciona que basados en el concepto “utilidad” se restringe la aplicación literal de la cláusula paraguas<sup>18</sup>, sosteniendo que solo son operativas cuando sea posible discernir una intención compartida por las partes, de que

---

<sup>16</sup> SCHREUER, Christoph, “Traveling the BIT Rout: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Fork in the Road”, *Offprints of the Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5 Num.2, Ginebra 2004, p.255

<sup>17</sup> GAILLARD, Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims -the SGS cases considered, in *Internacional Investment Law and Arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, BITs*, 2005, pp 281

<sup>18</sup> *Ibidem* pp. 285

## LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE INVERSIONES INTERNACIONAL

cualquier incumplimiento del contrato es una violación del TBI. Cuando se demanda argumentando la aplicación de la cláusula paragua por incumplimiento de un contrato debe de probarse que la intención compartida de las partes era garantizar las declaraciones de voluntad y no únicamente las que son efectivamente ejecutables. En ese caso la carga de la prueba recae sobre el inversionista.

El CIADI en el caso *Société Générale de Surveillance S.A. vs Pakistán* menciona que “la violación de un contrato celebrado por un Estado con inversor extranjero, no es por sí misma, una violación de derecho internacional. Por ello, le corresponde a la parte demandante aportar pruebas claras y convincentes que lo incumplido era la intención compartida de las partes contratantes del Tratado de Protección de Inversiones Suiza-Pakistán”<sup>19</sup>

Dicho criterio es concordante con lo establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas, esto es, que los acuerdos de inversión celebrados libremente por los Estados soberanos se respeten de buena fe. De tal manera que se debe de interpretarse de buena fe los términos en los que se estableció el tratado considerando el objeto y la finalidad con la que fue creado.

### **2.2. Interpretación literal de la cláusula paraguas.**

De la carencia de la delimitación de conductas que constituyan el incumplimiento convencional, nace la segunda tendencia, que limita el alcance de la cláusula

---

<sup>19</sup> Decisión de Jurisprudencia, CIADI (*SGS Société Générale de Surveillance SA vs Pakistán*, Caso No. ARB/01/13; IIC 223, 2003)

## LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE INVERSIONES INTERNACIONAL

paraguas a incumplimientos específicos, es decir que se interprete acorde a la literalidad de lo pactado en el contrato.

Cuando en la cláusula paraguas se establece que el Estado deberá observar las obligaciones que haya contraído respecto de determinadas inversiones extranjeras, hace referencia a un precepto claro, imperativo y categórico. No obstante, cuando se establece que deberá observar **cualquier** obligación en relación a la inversión, es un precepto amplio, que no especifica un tipo de obligaciones. “Cualquier” -es decir todas- obligación contraída respecto de la inversión podría implicar que el incumplimiento se vea materializado mediante actos soberanos y administrativos.

Ahora bien, la interpretación de la cláusula paraguas de acuerdo al objetivo y fin de los tratados bilaterales, es en definitiva **necesaria** porque en el Derecho Internacional no está del todo claro que acciones u omisiones por parte del Estado Huésped constituye la violación de una obligación internacional.

### **3. Jurisdicción competente para resolver controversias derivadas de incumplimientos contractuales.**

En la práctica actual es muy común que el inversor y el Estado anfitrión, celebren un acuerdo por el que dotan a la inversión de un marco jurídico específico antes de que los activos se trasladen efectivamente al país anfitrión. Con frecuencia, el inversor consigue obtener del Estado anfitrión compromisos o garantías legales que van más allá de los contenidos en los TBIs existentes. Por lo general, durante las negociaciones entre el Estado anfitrión y el inversor, el primero propone incorporar



## LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE INVERSIONES INTERNACIONAL

en el contrato una cláusula de resolución de conflictos que remita que cualquier controversia derivada del contrato a sus tribunales nacionales o a un arbitraje conforme a su legislación nacional. Por ejemplo, esto ocurrió en el caso *SGS vs Pakistán*, donde SGS planteó que, en caso de controversias, sean resueltas por un Tribunal Arbitral internacional, sin embargo, Pakistán insistió en el arbitraje nacional.<sup>20</sup>

Tales cláusulas de resolución de conflicto dan a los demandados en el arbitraje internacional de inversiones motivos para objetar sobre cual es la jurisdicción competente. Por ejemplo, el Tribunal del CIADI en el caso *Vivendi I*, tuvo que lidiar con el siguiente argumento:

Los únicos reclamos presentados por los demandantes se refieren a los derechos y obligaciones de las partes en virtud del Contrato de Concesión y que, en consecuencia, el Artículo 16.4 del Contrato de Concesión exige que los demandantes presenten dichos reclamos ante los Tribunales Contenciosos Administrativos de la jurisdicción nacional. Para contrarrestar este argumento, el tribunal sostuvo que es importante definir si la cláusula de resolución de conflicto

---

<sup>20</sup> Decisión de Jurisprudencia, CIADI (*SGS Société Générale de Surveillance SA vs Pakistán*, Caso No. ARB/01/13; IIC 223, 2003).

excluye a su jurisdicción sobre los incumplimientos contractuales de los incumplimientos convencionales.<sup>21</sup>

No obstante, a lo desarrollado en jurisprudencia, el autor Gaillard menciona que el inversor tiene derecho a buscar la responsabilidad internacional del Estado anfitrión en base al TBI a pesar de lo establecido en la cláusula de resolución de conflictos.<sup>22</sup>

### **3.1. Casos en los que la jurisdicción internacional es competente.**

En el caso Vivendi I, Schreuer señala que hay varias situaciones en las que el tribunal internacional puede resolver reclamos derivados de un supuesto incumplimiento contractual.<sup>23</sup> Tras dicha afirmación describe tres casos en los que un tribunal es competente:

**Caso 1:** El primer caso se da cuando el incumplimiento del contrato equivale a la violación del Derecho Internacional. Aunque enfatiza que no todo incumplimiento de contrato por parte de un Estado equivale a una violación del Derecho Internacional”. Sin embargo, Schreuer afirma el primer caso se materializa cuando un incumplimiento de contrato viola las normas garantizadas por el TBI **aplicable.**<sup>24</sup> Así, si el incumplimiento contractual contraviene “el principio de trato justo y equitativo, la prohibición de medidas irrazonables o discriminatorias” constituye también, una violación del TBI.

---

<sup>21</sup> Decisión de Jurisprudencia, CIADI (Compañía de Aguas del Aconquija S.A and Vivendi Universal vs República de Argentina, CIADI caso No. ARB/97/3,2000)

<sup>22</sup> Gaillard, Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims -the SGS cases considered, in Internacional Investment Law and Arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, BITs, 2005, pp 281

<sup>23</sup> Ibidem pp. 87

<sup>24</sup> Schreuer, Traveling the BIT Route: of waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, in the Journal of Work Investment & Trade (2004) pp. 231

**Caso 2:** Un tribunal internacional es competente para conocer reclamos contractuales, según Schreuer, cuando la competencia del tribunal implique resolver sobre todas las controversias que se deriven de la inversión.<sup>25</sup> De hecho, muchos TBIs, contienen cláusulas de resolución de conflicto muy amplias que remiten al arbitraje internacional “cualquier controversia relativa a inversiones entre una de las partes contratantes y un inversor”. La redacción de ciertas cláusulas que se interpretan ampliamente, no excluyen las controversias que surgen de supuestas violaciones de un contrato, siempre que estén relaciones con la inversión. Sin embargo, los tribunales no siempre han aceptado este punto de vista y, en ocasiones, han rechazado la competencia sobre las reclamaciones contractuales en estas circunstancias.

**Caso 3:** En tercer lugar, Schreuer explica que un tribunal internacional es competente para conocer los reclamos contractuales si el TBI aplicable contiene una cláusula general por la que se obligue que “los Estados partes se comprometen a respetar las obligaciones que hayan contraído con respecto a las inversiones”.<sup>26</sup> Según esta disposición las violaciones del contrato se convierten en violaciones del tratado. Sin embargo, ciertos tribunales internacionales sostienen que la cláusula paraguas no puede tener en absoluto este efecto.

*3.1.1. ¿Es competente el Tribunal Internacional para resolver conflictos derivados de incumplimientos contractuales?*

Como ya se ha desarrollado previamente, los tribunales pueden ejercer su jurisdicción sobre reclamaciones contractuales si el incumplimiento del contrato

---

<sup>25</sup> Ibidem pp. 234

<sup>26</sup> Ibidem pp. 236

equivale una violación del Derecho Internacional. Ahora bien, en el caso *TECMED vs México*, el país anfitrión había garantizado contractualmente al inversor que mantendría vigente todas las licencias necesarias para la explotación de un vertedero. Sin embargo, México no renovó las licencias, lo que obligó a *TECMED* a interrumpir sus actividades sobre residuos peligrosos. En Tribunal resolvió que el hecho de negar la renovación de los permisos constituía una expropiación ilegal indirecta y por tanto la violación del TBI correspondiente.<sup>27</sup>

En esencia, la no renovación de licencias no sólo violó el TBI, sino también el contrato. Por tanto, *TECMED* pudo haber planteado ante el Tribunal un reclamo distinto por la violación directa del contrato -y no tan solo la expropiación indirecta que implica la violación del tratado-. De manera que, del mismo hecho pudo desprender, una reclamación convencional y otra distinta por la violación contractual. No obstante, la parte actora basó su reclamo únicamente en la vulneración convencional.<sup>28</sup>

Teniendo en cuenta los hechos antes descritos, en el caso *Noble Ventures*, se señaló lo siguiente:

“Cabe añadir que en la medida en que el incumplimiento de un contrato en el ámbito municipal crea al mismo tiempo la violación de uno de los principios existentes en el derecho internacional consuetudinario o en derecho convencional aplicable entre el Estado huésped y el Estado de nacionalidad

---

<sup>27</sup> Decisión de Jurisprudencia, CIADI (*Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs México*, Caso No. ARB/00/2; 2003).

<sup>28</sup> *Ibidem* pp. 92

del inversor, dará lugar a la responsabilidad internacional del Estado huésped. Pero esa responsabilidad coexistirá con la responsabilidad creada en el derecho interno y cada una de ellas seguirá siendo válida independientemente una de la otra, situación que refleja además la autonomía respectiva de los dos ordenamientos jurídicos (el municipal y el internacional) cada uno con respecto al otro”<sup>29</sup>

Lo antes mencionado, es importante para el caso en cuestión *TECMED vs México*, ya que la no renovación de licencias si representó el incumplimiento contractual que pudo ser tratado de manera autónoma como lo manifestó el Tribunal en el caso *Noble Ventures*.

En síntesis, el hecho de que un inversor pudiera haber planteado un reclamo contractual basados en el mismo conjunto de hechos que se baso para interponer un reclamo convencional no significa que el inversor haya planteado una inversión contractual y mucho menos significa que el tribunal se declara competente para resolver sobre este tipo de controversias. Lo que hace el Tribunal Internacional es examinar si los supuestos actos u omisiones del Estado constituyen violaciones sustanciales del TBI. De manera que el Tribunal Internacional no es competente para conocer reclamos naturalmente contractuales.

*3.1.2. ¿Es competente el Tribunal Internacional para resolver conflictos derivados de incumplimientos contractuales amparados en la cláusula paraguas?*

---

<sup>29</sup> Decisión de Jurisprudencia, CIADI (*Noble Ventures Inc vs Romania*, Caso No. ARB/01/11; 2005).

Uno de los efectos más discutidos de la cláusula paraguas, es sobre la “internalización del contrato” puesto que eleva los reclamos contractuales al nivel de los reclamos convencionales, o como tal transforma incumplimientos contractuales en convencionales. Ahora bien, como ya se expresó en párrafos anteriores, cuando la cláusula paraguas no tiene una redacción excluyente puede causar que un tribunal internacional sea competente para conocer incumplimientos contractuales. Pero no siempre debe ser interpretada como cláusula ascensor.

Por ejemplo, en la redacción del artículo 3 del TBI entre Belice y Países Bajos se establece que:

“Cada parte contratante observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones, el Estado con la otra parte contratante.”

Pero dicha redacción no indica que la cláusula paraguas eleve o transforme el reclamo que se desprende del incumplimiento contractual en un reclamo convencional. Las cláusulas paraguas crean un vínculo entre las reclamaciones contractuales y convencionales, pero no se puede de ninguna manera interpretar como un solo tipo de reclamación. Lo correcto es que el reclamo contractual -del cual se deriva- se mantenga y la cláusula paraguas constituye para el inversor una segunda disposición legal -una disposición del TBI-, en la que se puede fundamentar una reclamación distinta de la cual se derivó.

Por tanto, si el demandante alega el hecho de que cualquier reclamo basado en la cláusula paraguas es entonces una reclamación del tratado y las reclamaciones de tratado normalmente caen bajo jurisdicción de un tribunal arbitral internacional, la

respuesta a la pregunta sería sí. No obstante, dicho argumento no es suficiente para que un tribunal se declare competente para resolver sobre este tipo de controversias.

Por ejemplo, en el caso de SGS vs. Pakistán, aunque en el artículo 9 del TBI se estableció una cláusula de resolución de conflictos que remita la competencia al CIADI para resolver **sobre las controversias con respecto a las inversiones entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante**. El tribunal del CIADI sostuvo que aquella frase utilizada en el artículo 9 del TBI antes mencionado, era descriptiva respecto del objeto fáctico de las controversias, pero no se relacionaba con el fundamento jurídico de las reclamaciones, ni con la causa de la acción que se hace valer en las reclamaciones. En otras palabras, de esa sola descripción, sin más, establecieron que no surge necesariamente la implicación de que tanto las reclamaciones del TBI como las puramente contractuales están destinadas hacer amparadas bajo la cláusula paraguas.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Decisión de Jurisprudencia, CIADI (SGS Société Générale de Surveillance SA vs Pakistán, Caso No. ARB/01/13; IIC 223, 2003).

## **LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE INVERSIONES INTERNACIONAL**

Es decir, el Tribunal concluyó que no tenía jurisdicción con respecto a las reclamaciones presentadas por SGS y basadas en supuestos incumplimientos contractuales que no constituyen o equivalen también a incumplimientos de las normas sustantivas del TBI.

#### **4. Desnaturalización de las cláusulas arbitrales debido a la aplicación de cláusulas paraguas.**

El Tribunal en el caso *SGS vs Pakistán*, tuvo que resolver sobre un TBI que contenía una cláusula paraguas y a un contrato estatal entre SGS y Pakistán que preveía la solución de controversias en virtud de la Ley de Arbitraje de Pakistán, que establecía que cualquier disputa relacionada con el acuerdo -Acuerdo sobre IPS- se resolverá mediante arbitraje de acuerdo con la Ley de Arbitraje vigente del Territorio. De tal manera que el Tribunal del CIADI sostuvo que una de las razones por las que la cláusula paraguas debía de interpretarse de manera restrictiva era la alegación por parte de SGS de que el procedimiento del Acuerdo de IPE debe dar paso a la jurisdicción del CIADI en operación a lo establecido en el artículo 11 del TBI.

El Tribunal siguió la alegación del demandante en la medida en que desarrolló que una consecuencia de una interpretación amplia de la cláusula paraguas sería que un inversor puede, a voluntad, anular cualquier cláusula de solución de conflicto libremente negociada en un contrato estatal. La decisión del Tribunal del CIADI estaba basada en la aplicación de la teoría de amplia interpretación de la cláusula



## **LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE INVERSIONES INTERNACIONAL**

paraguas, teniendo dicha cláusula el efecto de elevar los reclamos contractuales al nivel de los reclamos derivados de incumplimientos directos del Tratado.

De tal manera que, la jurisdicción competente no correspondería a un Tribunal Arbitral del país huésped, sino al Tribunal del CIADI conocer la controversia y consecuentemente determinar si el reclamo sobre el incumplimiento contractual estaba fundamentado. Teniendo como consecuencia que la cláusula de resolución de conflictos derivados del contrato, sea desnaturalizada. De hecho, en opinión contraria a lo antes expuesto, en el caso *Eureko vs Polonia*, se plantearon preocupaciones respecto de la desnaturalización de las cláusulas de resolución de conflictos; ya que cuando las partes acuerdan que someterán todos los litigios contractuales a tribunales arbitrales estatales, dicho acuerdo puede ser fácilmente frustrado cuando se alegue la amplia interpretación de la cláusula paraguas por una contraparte extranjera.

### **5. La cláusula paraguas en la legislación ecuatoriana**

El Derecho de Inversiones global aún no delimita el alcance ni especifica que tipo de actos implican el incumplimiento contractual por parte del Estado receptor, pues se maneja de manera genérica y en términos generales. De hecho, en la práctica lo que generalmente se hace es que en los contratos de inversión se desarrollan de manera específica aquellos derechos ya reconocidos en Tratados como por ejemplo el trato nacional, no discriminación, indemnización en caso de expropiación etc. Sin embargo, es importante que el Derecho local proteja los derechos de los

## LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE INVERSIONES INTERNACIONAL

inversionistas, ya que para determinar si existió o no el incumplimiento se aplicará la legislación del Estado receptor.

Ecuador en su Carta Magna en el artículo 424 reviste de jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales. Las normas internas deben mantener una compatibilidad de forma y de fondo con la Constitución y los T.I, como requisito para su validez jurídica. El Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial 29 de diciembre del 2010 en sus artículos 17,18, 19 y 21, prevé normas que protegen derechos de los inversionistas de acuerdo a los estándares del Derecho de Inversión Global. Pero fue hasta agosto del 2018 que se agregó al COPCI, la normativa que regule la resolución de conflictos derivados de contratos de inversión. Fue así que se estableció que las partes puedan pactar a su elección arbitraje nacional o internacional para resolver controversias derivadas a partir de **incumplimientos, resoluciones o nulidades** de contratos de inversión previa autorización del Procurador General del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, e inclusive si el TBI careciere de una cláusula paraguas, la Ley de Arbitraje y Mediación regula 3 casos en los que se podrá elevar la resolución de conflicto a la jurisdicción internacional; a) Cuando el domicilio de las partes sea en Estados Diferentes al momento de la suscripción del convenio arbitral; b) Cuando el lugar del cumplimiento de la obligación este situado fuera del domicilio<sup>31</sup> de una de las partes; c) Cuando el objeto de la controversia sea materia de comercio internacional y no afecte al bien común. Si bien es cierto, permite que

---

<sup>31</sup> El domicilio será el lugar donde se ejerza el control efectivo de la inversión.

## **LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PARAGUAS EN EL DERECHO DE INVERSIONES INTERNACIONAL**

se pueda pactar arbitrajes internacionales o nacionales de conformidad a los intereses de las partes, si se diera el caso en que el Estado y el inversionista extranjero pactaren arbitraje nacional aún carece de normativa que regule la interpretación y alcance de la cláusula paraguas en la resolución de conflictos por los Tribunales arbitrales ecuatorianos, sin perjuicio del desarrollo doctrinal y jurisprudencial internacional.

### **Conclusión**

Del desarrollado en el presente trabajo pueden extraerse varias conclusiones. En primer lugar, debe considerarse que la existencia de la cláusula paraguas convierte todo incumplimiento de contrato en un incumplimiento directo del Tratado, porque como ya se mencionó, dependerá de la interpretación que se le otorgue a la redacción de la cláusula. Así mismo, la existencia de dicha cláusula no concede como regla general la competencia a jueces de Tribunales internacionales para resolver sobre conflictos derivados de incumplimientos contractuales. Es importante mencionar que la cláusula es una disposición que crea para el inversor una base jurídica adicional para una reclamación, y dicha reclamación convencional coexiste con la reclamación contractual.

El “sentido corriente” que debe darse a los términos del tratado otorga claramente a la cláusula paraguas un efecto de gran alcance; el “objeto y fin” de los TBIs es el fomento y la protección de las inversiones, por ello debe de aceptar la interpretación de la cláusula paraguas sea de efecto útil. No obstante, se puede notar el reto que

tienen a futuro los Tribunales Internacionales al momento de resolver conflictos amparados en cláusulas paraguas redactadas de manera genérica que implique una amplia interpretación, puesto que es indispensable que se establezca qué es una obligación específica, o que implica “cualquier obligación en relación a la inversión”, o simplemente que se desarrolle un barómetro relativo al grado, intensidad o calidad para determinar presupuestos para configurar la responsabilidad internacional del Estado en los incumplimientos contractuales.

Ahora bien, cuando se presenta un incumplimiento derivado de un contrato de inversión, el inversor se ve ante la multiplicidad de foros competentes o como se conoce en el Derecho anglosajón “fork in the road”, ya que como se había mencionado previamente, el inversionista acuerda con el Estado huésped derechos y obligaciones basadas en el Derecho de Inversiones del Estado receptor, que además se encuentra protegido por el marco jurídico de los Tratados Bilaterales de Inversión. El objetivo de la cláusula paraguas es proteger paralelamente los derechos contractuales de las partes permitiendo que la jurisdicción internacional resuelva sus conflictos, no obstante, aquello no implica que se desconozca la legislación interna del Estado huésped y las disposiciones que regulen los contratos administrativos. Ya que para determinar si la cláusula paraguas ha sido violada, el tribunal necesariamente debe analizar si el contrato ha sido incumplido y lo hará aplicando la ley del Estado anfitrión. Finalmente, la jurisdicción que escoja el inversor será aquella a la que se ajuste a sus intereses.

## **Bibliografía**

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (Registro Oficial 309 del 29 de diciembre del 2010).

Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008).

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980.

Decisión de Jurisprudencia, CIADI (Compañía de Aguas del Aconquija S.A and Vivendi Universal vs República de Argentina, CIADI caso No. ARB/97/3,2000).

Decisión de Jurisprudencia, CIADI (Noble Ventures Inc vs Romania, Caso No. ARB/01/11; 2005).

Decisión de Jurisprudencia, CIADI (SGS Société Générale de Surveillance SA vs Pakistán, Caso No. ARB/01/13; IIC 223, 2003).

Decisión de Jurisprudencia, CIADI (Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs México, Caso No. ARB/00/2; 2003).

DOLZER, Rudolf, *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008.

F ERNANDEZ, E, *Tribunales Nacionales, Arbitraje Internacional y Protección de Inversión Extranjera*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

GAILLARD, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims -the SGS cases considered*, in *Internacional Investment Law and Arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, BITs*, 2005, pp 281

GLOBAL LEGAL GROUP, “The international legal guide to: Internacional Arbitration 2007. Apractical insight to cross-border Internacional Arbitration work”, Global Legal Group, p. 6 URL [http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&show\\_chapter=1414&ifocus=1&kh\\_publications\\_id=56](http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&show_chapter=1414&ifocus=1&kh_publications_id=56) 14 de abril 2008.

GRITÓN, M, *Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings*, International Invesment Law for the 21th Century: essay in honor of C. Schreuer, Oxford NY: Oxford University Press, 2009

HANS Corell, “Introduction to the Energy Charter Treaty”, *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Clarisse Ribeiro, Nueva York: JurisNet, 2006, p. 4 Ley de Arbitraje y Mediación (Registro Oficial 417 del 14 de diciembre del 2006).

MCLACHLAN E, “International Investment Arbitration: Substantive Principles” p. 93.

MORALES, D, *Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la aplicación de cláusulas paraguas*, Quito, Iuris Dictio, URL <https://doi.org/10.18272/iu.v7i11.673> , 2007.

PARRAGUEZ, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Teoría de las Obligaciones*. Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, 2006.

SCHREUER, Christoph, "The relationship between local Court and Investment Treaty Arbitration: The Coexistence of local and International Law Remedies." *Transnational Dispute Management*, Thomas W. Walde. Vol 2 Num. 4, Agosto 2005, 6-16, p.7, URL <http://www.transnational-dispute-management.com>

SCHREUER, Christoph, "Traveling the BIT Rout: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Fork in the Road", *Offprints of the Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5 Num.2, Ginebra 2004, p.255.

SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, Editorial Porrúa, México D.F, 2002.

SINCLAIR, Anthony, "The relationship between Local Court and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Court and Bilateral Investment Treaties." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Num 4, Agosto 2005, p. 36, URL <http://www.transnational-dispute-management.com>

SINCLAIR, Anthony. "The origins of the umbrella clause in the international law of Investment protection", *Op cit.*, p.9

UNCITRAL, *Eureko BV vs Polonia*, Fallo Parcial. Ad hoc, ICC 98, 200.

WÄLDE Thomas,"The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases", *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol, 1 Num. 4, Octubre 2004, p. 33, URL <http://www.transnational-dispute-management.com>

WEISSENFELS, Alex, *Umbrella clauses*, en A. Reinisch, Seminar on International Investment Protection, Winter Semestre 2006/2007 URL <http://www.forschungsnewsletter.univie.ac.at/>