



Entre la Elevación y la Soberanía: la Cláusula Paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión y la jurisprudencia arbitral del CIADI^(*)

Between Elevation and Sovereignty: The Umbrella Clause in Bilateral Investment Treaties and ICSID Arbitral Case Law

Ricardo Vásquez Urra^(**)

Universidad de Chile (Santiago, Chile)

Resumen: Este artículo examina la cláusula paraguas en los tratados bilaterales de inversión (TBI), una disposición que exige a los Estados contratantes respetar los compromisos asumidos frente a inversores extranjeros. Se analizan sus orígenes históricos —desde el asesoramiento de Elihu Lauterpacht en la década de 1950 hasta su incorporación en los primeros TBI—, su evolución en la práctica convencional de los Estados, las divergencias en su redacción y ubicación dentro de los tratados, y las principales posiciones doctrinarias sobre su alcance. Asimismo, se realiza un examen detallado de la jurisprudencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con especial atención a los casos seminales SGS c. Pakistán y SGS c. Filipinas, así como a decisiones posteriores que han oscilado entre la teoría de la elevación y el enfoque de la acción soberana. Se concluye que, pese a la ausencia de consenso, la tendencia mayoritaria de los tribunales arbitrales favorece una interpretación amplia de la cláusula paraguas cuando esta se encuentra redactada en términos inclusivos.

Palabras clave: Cláusula Paraguas - Tratados Bilaterales de Inversión - Arbitraje de Inversiones - CIADI - Protección de Inversiones - Pacta Sunt Servanda - Derecho Internacional de las Inversiones - Jurisdicción Arbitral - Chile

Abstract: This article examines the umbrella clause in bilateral investment treaties (BITs), a provision requiring contracting States to honour commitments undertaken vis-à-vis foreign investors. It analyses its historical origins —from Elihu Lauterpacht's advisory work in the 1950s to its incorporation in the earliest BITs—, its evolution in State treaty practice, drafting and placement divergences within treaties, and the main doctrinal positions on its scope. A detailed review of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) case law is conducted, with particular focus on the seminal SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines cases, as well as subsequent decisions that have oscillated between the elevation theory and the sovereign action approach. It concludes that, despite the lack of consensus, the prevailing trend among arbitral tribunals favours a broad interpretation of the umbrella clause when drafted in inclusive terms.

Keywords: Umbrella Clause - Bilateral Investment treaties - Investment Arbitration - ICSID - Investment Protection - Pacta Sunt Servanda - International Investment Law - Arbitral Jurisdiction - Chile

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 7 de abril de 2026 y su publicación fue aprobada el 1 de agosto de 2026.

(**) Abogado Universidad de Chile. LL.M The University of Sydney, Australia. Socio fundador de Vásquez Urra Abogados. Especialista en litigios y arbitrajes comerciales y de inversión. Árbitro en la lista del CIADI, del Centro de Arbitraje de Beijing y del CAM Santiago. ORCID: FALTA. Correo electrónico: rv@vua.cl.



1. Introducción

Uno de los asuntos controvertidos del arbitraje entre inversores y Estados ha sido la interpretación de la denominada «cláusula paraguas» que figura en muchos tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBI).

Dichas cláusulas exigen a las partes que respeten los compromisos contraídos con los nacionales de la otra parte con el fin de proporcionar una protección adicional a los inversores extranjeros. Esa protección adicional se traduce en una extensión de la protección otorgada por el TBI más allá de incumplimientos de las disposiciones contenidas en dichos acuerdos —producto de medidas adoptadas o mantenidas por el Estado receptor de la inversión— sino también de aquellas cláusulas incorporadas en los contratos firmados con el inversor extranjero.

Desde la perspectiva del derecho internacional, un Estado es una entidad unitaria y la separación interna entre los diferentes poderes —legislativo, ejecutivo y judicial— es en gran medida irrelevante en lo que respecta a sus compromisos con otro Estado. Sin embargo, cuando un órgano del Estado celebra un contrato con una parte privada, en este caso con un inversionista, no lo hace en nombre del Estado como sujeto de derecho internacional. Normalmente es el Gobierno, u otra manifestación del poder ejecutivo, el que celebra contratos con partes privadas, y ello ciertamente no vincula a los poderes legislativo o judicial cuando lo hace. Esto se deriva tanto de la distinción entre el Estado como sujeto de derecho internacional y el «gobierno» como división interna del Estado que celebra contratos con particulares, como del hecho de que dichos contratos suelen regirse por el derecho interno y no por el derecho internacional (Douglas, 2023, pp. 472–483).

En palabras de Schwebel (1994):

Si bien el mero incumplimiento por parte de un Estado de un contrato con un extranjero (cuya ley aplicable no es el Derecho internacional) no constituye una violación del Derecho internacional, un acto «no comercial» de un Estado contrario a dicho contrato sí puede constituirlo. Es decir, el incumplimiento de dicho contrato por parte de un Estado en el marco de las relaciones comerciales ordinarias no constituye, según la opinión predominante, una violación del derecho internacional, pero el uso de la autoridad soberana de un Estado, contrario a las expectativas de las partes, para anular o violar un contrato con un extranjero, sí constituye una violación del derecho internacional. (pp. 431–432).

La falta de uniformidad en cuanto a la competencia *rationae materiae* en virtud de los TBI, expresada en diversas formulaciones que figuran en dichos tratados, ha llevado a tribunales arbitrales constituidos bajo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el CIADI), a resolver reclamaciones de inversores asociadas a esta disyuntiva en direcciones diferentes, teniendo en cuenta distintos fundamentos y llegando a resultados distintos y algunas veces opuestos.

Este trabajo examina la denominada «cláusula paraguas», sus orígenes, su inclusión en los TBI, su lugar en la doctrina, su interpretación bajo el derecho internacional y la interpretación que le han dado los tribunales del CIADI.

2. Los Orígenes

Conocida como cláusula espejo, de ascensor (SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistán, 2003, párr. 163), de efecto paralelo o *pacta sunt servanda* (i.e., cláusula de inviolabilidad del contrato), la cláusula paraguas es una disposición que se encuentra en varios TBI y que exige a cada Estado contratante que respete cualquier compromiso u obligación que haya asumido dicho Estado, incluidos los compromisos contractuales, con respecto a los inversores del otro Estado contratante (Wong, 2006, p. 142).

El origen de la idea de que un tratado internacional puede utilizarse eficazmente para elevar un contrato entre un inversor y un Estado receptor de dicha inversión al nivel de una obligación interestatal entre el Estado receptor y el Estado de origen del inversor se remonta al asesoramiento prestado por Elihu Lauterpacht a finales de 1953 y principios de 1954 a la Anglo-Iranian Oil Company en relación con la resolución del conflicto sobre la nacionalización del petróleo iraní (Sinclair, 2004, p. 412).

Se volvió a proponer una cláusula paraguas en el asesoramiento prestado por Lauterpacht en 1956-1957 a un grupo de empresas petroleras que contemplaban la construcción de un oleoducto principal desde Irak, en el Golfo Pérsico, a través de Siria y Turquía, hasta el Mediterráneo Oriental (Sinclair, 2004).

Sin embargo, la primera aparición de la cláusula paraguas como cláusula de protección de inversiones distinta (Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales de la OCDE, 2006, p. 4) se remonta al artículo 4 del Proyecto de Convenio Internacional para la Protección Mutua de los Derechos de Propiedad Privada en Países Extranjeros de 1956-59 (Abs, 1958, p. 33, como se citó en Sinclair, 2004), que establece:



En la medida en que se prometa un trato más favorable a los no nacionales que a los nacionales, ya sea en virtud de acuerdos intergubernamentales u otros acuerdos, o mediante decretos administrativos de una de las Altas Partes Contratantes, incluidas las cláusulas de nación más favorecida, prevalecerán dichas promesas.

Este enfoque se reformuló (Sinclair, 2004) en el Proyecto de Convenio Abs-Shawcross de 1959 sobre Inversiones Extranjeras, en su artículo II: “cada Parte garantizará en todo momento el cumplimiento de cualquier compromiso que haya contraído en relación con las inversiones realizadas por nacionales de cualquier otra Parte.

En el caso de los TBI, la primera cláusula marco (Wong, 2006, p. 147) se encuentra en el acuerdo Alemania-Pakistán de 1959, artículo 7: “cada Parte observará cualquier otra obligación que haya contraído con respecto a las inversiones realizadas por nacionales o empresas de la otra Parte”.

Es significativo que el borrador Abs-Shawcross influyera posteriormente (Wong, 2006, p. 146) en el borrador de la Convención de la OCDE de 1967 sobre la protección de la propiedad extranjera (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 1967), cuyo artículo 2 establece: “cada Parte garantizará en todo momento el cumplimiento de los compromisos contraídos por ella en relación con los bienes de los nacionales de cualquier otra Parte”.

Las notas y comentarios del artículo 2 del proyecto de convenio establecían que: “(...) el artículo 2 representa una aplicación del principio general de *pacta sunt servanda*”, principio que es “sin duda la norma básica de cualquier ordenamiento jurídico” y aplicable a los acuerdos entre Estados y nacionales extranjeros. Esta protección debe concederse a la propiedad de los nacionales extranjeros y al sucesor legítimo del título de propiedad al que se refieren, “a menos que el compromiso lo excluya expresamente”. Según lo expresan los comentarios, el término “propiedad” debe entenderse en su sentido más amplio, lo que incluye, entre otros, las “inversiones” definidas en el artículo 9 como: “todos los bienes, derechos e intereses, ya sean directos o indirectos, incluidos los intereses que se considere que un socio de una sociedad tiene en los bienes de la sociedad”.

De los principales convenios multilaterales de inversión actuales, la cláusula paraguas no figuraba en el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ni en el capítulo 14 del nuevo acuerdo denominado T-MEC, que reemplazó al TLCAN, pero sí se incluyó en el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). La última frase del artículo 10(1) establece que: “Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante”.

Esta disposición se complementa, sin embargo, con una cláusula de excepción incluida en su anexo IA, que permite a las Partes Contratantes excluirse de la aplicación de la última frase del artículo 10(1), al no permitir que sus inversores sometan a arbitraje internacional una controversia relativa a esta disposición. Cuatro Partes Contratantes del TCE optaron por aplicar esta excepción, a saber: Australia, Canadá, Hungría y Noruega (Tratado sobre la Carta de la Energía, 1994). Sin perjuicio de que lo siguiente excede con creces el alcance de este artículo, el lector debe tener en cuenta que, producto del fallo en el caso República Eslovaca c. Achmea (Asunto C-284/16, EU:C:2018:158), el Tribunal de Justicia Europeo declaró una cláusula de arbitraje de un acuerdo internacional de inversión celebrado por los Estados miembros de la Unión Europea incompatible con el derecho de la UE. Este fallo fue seguido por República de Moldavia c. Komstroy LLC (Asunto C-741/19) y República de Polonia c. PL Holdings Sàrl (Asunto C-109/20), que reafirmaron este punto.

El primer caso ante el CIADI que abordó la cláusula paraguas se produjo en 1998. El caso fue Fedax N.V. c. la República de Venezuela, basado en el TBI entre los Países Bajos y la República de Venezuela. Se trató de una decisión en la que los titulares venezolanos de pagarés, que no tenían derecho a protección alguna, los transfirieron a ciudadanos extranjeros de un Estado con el que existía un tratado de inversión, quienes a su vez adquirieron el derecho a reclamar contra el Estado sobre la base de que el tratado protegía la inversión de cartera.

El artículo 3(4) del Acuerdo de 1991 sobre el fomento y la protección recíproca de las inversiones entre los Países Bajos y la República de Venezuela disponía lo siguiente: “cada Parte Contratante cumplirá cualesquiera obligaciones que pudiera haber asumido respecto al trato de las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante”.

Si bien el tribunal ordenó que Venezuela estaba obligada a «cumplir estrictamente los términos y condiciones que rigen dicha inversión» (Fedax N.V. c. República de Venezuela, Caso CIADI N.º ARB/96/3, párr.



29), establecidos principalmente en el artículo 3 del Acuerdo, así como a “cumplir los pagos específicos establecidos en los pagarés emitidos” (Fedax N.V. c. República de Venezuela, Caso CIADI N.º ARB/96/3, párr. 29), el tribunal no se pronunció sobre la existencia de una cláusula paraguas, por lo que no se produjo ningún debate significativo sobre el significado de la misma.

Sin embargo, los dos primeros laudos dictados por tribunales CIADI que examinaron detenidamente la cláusula paraguas fueron SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República Islámica de Pakistán (Caso CIADI N.º ARB/01/13) y SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República de Filipinas (Caso CIADI N.º ARB/02/6), ambas decisiones sobre competencia.

Los dos laudos adoptan enfoques algo diferentes respecto a la cuestión de la interpretación de las cláusulas tal y como figuran en los tratados correspondientes. El argumento de que la cláusula paraguas tiene relevancia fue rechazado rotundamente por el laudo en el caso SGS c. Pakistán. La cuestión quedó más abierta en el caso SGS c. Filipinas (Sornarajah, 2004, p. 433). Examinaremos estos casos en detalle más adelante.

3. Evolución de la Cláusula Paraguas en los TBI

Ya en el año 2004, se estimaba que, de los más de 2500 TBI existentes a esa fecha, aproximadamente el cuarenta por ciento contenía una cláusula paraguas (Gill et al., 2004, p. 397; Sinclair, 2004, p. 5).

La práctica de los Estados en materia de tratados bilaterales sobre inversión no apunta a un enfoque uniforme en cuanto al tratamiento de estas cláusulas. Por ejemplo, mientras que Australia y Japón incluyen cláusulas paraguas en un número reducido de sus TBI, algunos de ellos reformulados en capítulos de inversión en Tratados de Libre Comercio integrales que adoptaron otro enfoque, el Reino Unido y Alemania suelen incluir cláusulas paraguas en sus TBI. De 89 TBI del Reino Unido revisados, 87 contienen una cláusula paraguas; de los 71 TBI de Alemania revisados, 68 contienen una cláusula paraguas (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], s.f.).

En el caso de los Estados Unidos de América (en adelante, EE.UU.), la práctica en materia de tratados cambió con el modelo de TBI presentado en 2004. Aunque varios TBI contenían una cláusula paraguas, esta cláusula no figuraba en el modelo de TBI de EE.UU. de 2004. El nuevo modelo contiene disposiciones elaboradas para abordar los objetivos de negociación en materia de inversión de la Ley de Autoridad Bipartidista para la Promoción del Comercio de 2002, que incorporó muchos de los principios de los TBI estadounidenses vigentes.

Ese nuevo modelo de TBI se aplicó en las negociaciones del capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio firmado, por ejemplo, entre Chile y EE.UU. (en vigor desde el 1 de enero de 2004). En adelante, es ese modelo el que ha sido integrado en sus negociaciones, incluido, por ejemplo, en T-MEC que reemplazó al TLCAN.

El nuevo modelo limitó la aplicación de esta cláusula para que cubriera únicamente aquellas derivadas de un acuerdo de inversión y no otras obligaciones contractuales. Así, el artículo 24(1)(c) del modelo de TBI de EE.UU., que es idéntico al artículo 10.15(1)(c) del TLC entre Chile y EE.UU., establece que: “(...) el demandante [...] podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación por incumplimiento por parte del demandado de... c) un acuerdo de inversión”.

A su vez, el artículo 26 del TBI modelo de EE.UU., similar al artículo 10.17(2)(b)(i) del TLC entre Chile y EE.UU., prevé una renuncia explícita a este derecho:

No podrá someterse a arbitraje ninguna reclamación en virtud de la presente sección a menos que: ...b) la notificación de arbitraje vaya acompañada i) en el caso de las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del artículo 24(1) a, de la renuncia por escrito del demandante... a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal administrativo o judicial en virtud de la legislación de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier procedimiento relativo a cualquier medida que se alegue que constituye un incumplimiento a que se refiere el artículo 24.

El modelo de TBI de EE.UU. ofrece una definición detallada de «acuerdo de inversión» en su artículo 1:

“Acuerdo de inversión” significa un acuerdo escrito que entre en vigor en la fecha de entrada en vigor del presente Tratado o después de ella, entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversor de la otra Parte, que otorgue a la inversión cubierta o al inversor derechos: (a) con respecto a los recursos naturales u otros activos que controla una autoridad nacional; y (b) en los que se basa la inversión cubierta o el inversor para establecer o adquirir una inversión cubierta, distintos del propio acuerdo escrito.



Por “acuerdo escrito” se entiende un acuerdo por escrito, firmado por ambas partes, ya sea en un único instrumento o en varios, que da lugar a un intercambio de derechos y obligaciones, vinculante para ambas partes en virtud de la ley aplicable. Para mayor certeza, (a) un acto unilateral de una autoridad administrativa o judicial, como un permiso, licencia o autorización expedida por una Parte únicamente en su capacidad reguladora, o una sentencia, por sí sola; y (b) un decreto o resolución administrativa o judicial de consentimiento, no se considerarán un acuerdo escrito. Esta definición tiene su equivalente en el artículo 10.27 del TLC entre Chile y EE.UU.

3.1. Incorporación y ubicación de la cláusula paraguas en el marco del tratado

La ubicación de la cláusula paraguas dentro del marco del tratado bilateral de inversión es un punto de divergencia en la práctica de los Estados. Por ejemplo, el Reino Unido, Nueva Zelanda, Japón, Suecia y EE.UU. incluyen la cláusula paraguas en un artículo que detalla las protecciones sustantivas previstas en el Tratado. Por el contrario, el modelo suizo de TBI sitúa la cláusula paraguas en una disposición titulada «otros compromisos» y la separa de las disposiciones sustantivas mediante dos cláusulas de solución de controversias y una cláusula de subrogación (UNCTAD, s.f.).

3.2. El efecto de la ubicación de la cláusula paraguas dentro del marco general del TBI

El efecto de la ubicación de la cláusula paraguas dentro del marco general del TBI sigue siendo incierto. Por ejemplo, el tribunal bajo el CIADI en el caso SGS c. Pakistán determinó que el artículo 11 no estaba «incluido junto con las obligaciones sustantivas asumidas por las Partes Contratantes en los artículos 3 a 7» (SGS c. Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 169); por lo tanto, «dada la estructura y secuencia anteriores del resto del Tratado, [si] Suiza y Pakistán hubieran tenido la intención de incorporar una obligación sustantiva de “primer orden”, lógicamente habrían situado [la cláusula] entre las obligaciones sustantivas de “primer orden” establecidas en los artículos 3 a 7» (SGS c. Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 170).

Por otra parte, el tribunal bajo el CIADI en el caso SGS c. Filipinas, no consideró decisivo el factor de la ubicación. En este caso, el tribunal sostuvo que «resulta difícil aceptar que la misma formulación en otros TBI de Filipinas sea jurídicamente operativa, pero que sea jurídicamente inoperativa en el TBI entre Suiza y Filipinas simplemente por su ubicación» (SGS c. Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6, párr. 124).

3.3. Disparidades y similitudes en su redacción

Como regla general, al interpretar un artículo de un tratado, un tribunal, en primer término, debiese atender a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), a la buena fe, al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y

teniendo en cuenta su objeto y fin. Además, y de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deben tenerse en cuenta los trabajos preparatorios de un tratado para confirmar una interpretación resultante de la aplicación de las reglas generales de interpretación de los tratados, o para determinar la interpretación adecuada cuando su significado sea ambiguo u oscuro o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo.

Al examinar la redacción de las diferentes cláusulas generales que figuran en los TBI examinados, pueden destacarse dos características comunes, a saber: a) el uso de lenguaje imperativo; y b) su relación con las obligaciones asumidas por el Estado sin hacer referencia a las obligaciones entre partes privadas.

Un uso de lenguaje imperativo se encuentra, por ejemplo, en el TBI Modelo del Reino Unido, artículo 2, que establece: “cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte Contratante”.

En términos similares, el artículo 8(2) del Tratado Modelo alemán de 2005 establecía que el Estado receptor «cumplirá cualquier otra obligación que haya contraído con respecto a las inversiones en su territorio realizadas por inversores del otro Estado contratante». El nuevo modelo TBI de Alemania (2008) no contiene esta cláusula. Sin perjuicio de ello, el artículo 7(2) prescribe:

Si la legislación de cualquiera de los Estados contratantes o las obligaciones internacionales existentes en la actualidad o que se establezcan en lo sucesivo entre los Estados contratantes, además del presente Tratado, contuvieran disposiciones, ya sean generales o específicas, que otorguen a las inversiones realizadas por inversores del otro Estado contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Tratado, dichas disposiciones prevalecerán sobre el presente Tratado en la medida en que sean más favorables.

Cuando Australia incluye cláusulas generales en los tratados, tiende a incorporar una disposición estándar:



Una Parte Contratante, con sujeción a su legislación, se atenderá a cualquier compromiso escrito asumido por una autoridad competente ante un nacional de la otra Parte Contratante en relación con una inversión, de conformidad con su legislación y las disposiciones del presente Acuerdo.

Pero en el artículo 10 del TBI entre Australia y Polonia de 1991 se encuentra una formulación diferente, redactada en términos menos contundentes:

Una Parte Contratante, con sujeción a su legislación, hará todo lo que esté en su mano para garantizar que se respete cualquier compromiso escrito otorgado por una autoridad competente a un nacional de la otra Parte Contratante en relación con una inversión.

En cuanto a la segunda característica común, cabe destacar una excepción en el TBI de 1995 entre la República Checa y Singapur, cuyo artículo 15(2) establece lo siguiente: “cada Parte Contratante observará los compromisos, adicionales a los especificados en el presente Acuerdo, que haya contraído con respecto a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante”.

3.4. Ámbito de aplicación de la cláusula paraguas: efecto de una redacción diferente

Las diferentes formulaciones que se encuentran en los TBI pueden llevar a un tribunal a una interpretación distinta de otro en relación a la cláusula paraguas. Es por ello que la interpretación que realicen los tribunales es crítica, entendiendo que la misma podría alterar objetivos de política pública de los Estados, o atentar contra su espacio regulatorio. Actualmente el Grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados de la CNUDMI trabaja, entre otros, en la redacción de una disposición referente al Derecho a Regular de los Estados (CNUDMI, Documento A/CN.9/WG.III/WP.263).

En el caso *Eureko B.V. c. Polonia* (2005, párr. 246), el tribunal se pronunció sobre la cláusula paraguas del TBI entre los Países Bajos y Polonia:

El significado claro —el “significado ordinario”— de una disposición que establece que un Estado “cumplirá cualquier obligación que haya contraído” con respecto a determinadas inversiones extranjeras no es oscuro. La expresión “cumplirá” es imperativa y categórica. “Cualquier” obligación es amplia [sic]; significa no solo obligaciones de un determinado tipo, sino «cualquier» —es decir, todas— las obligaciones contraídas con respecto a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante.

A su vez, el tribunal en el caso *SGS c. Pakistán* se pronunció sobre la redacción del TBI entre Suiza y Pakistán. Así, consideró que la expresión «compromisos contraídos» era lo suficientemente amplia como para abarcar obligaciones unilaterales, incluidos los actos municipales y las medidas administrativas. El tribunal sostuvo que:

Los «compromisos» cuyo cumplimiento debe «garantizar constantemente» una Parte Contratante no se limitan a los compromisos contractuales. Los compromisos a los que se

hace referencia pueden estar incorporados, por ejemplo, en las medidas legislativas o administrativas municipales u otras medidas unilaterales de una Parte Contratante. (*SGS c. Pakistán*, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 166)

El Tribunal en el caso *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Jordania* (Caso CIADI N.º ARB/02/13, párr. 126) sostuvo:

(...) Bajo artículo 2(4), cada Parte Contratante no se comprometió a “cumplir” ninguna “obligación” que hubiera asumido previamente con respecto a inversiones específicas de inversores de la otra Parte Contratante, como hizo Filipinas. Ni siquiera garantizó el cumplimiento de los compromisos que había contraído con respecto a las inversiones de los inversores de las otras Partes Contratantes, como hizo Pakistán. Solo se comprometió a crear y mantener un marco jurídico apto para garantizar el cumplimiento de todos los compromisos asumidos con respecto a cada inversor específico.

Sin embargo, algunos TBI ofrecen una mayor especificidad en cuanto a su ámbito de aplicación al identificar con mayor precisión los tipos de obligaciones cubiertas por la cláusula. Por ejemplo, los TBI de Australia celebrados con China, Papúa Nueva Guinea y Polonia se refieren todos a “obligaciones escritas”. Del mismo modo, el artículo 2(4) del TBI entre Austria y Chile de 1997 hace referencia a cualquier “obligación contractual”. Por último, la mayoría de los TBI que celebró México contienen cláusulas paraguas que parecen matizar su ámbito de aplicación, al establecer que “las controversias derivadas de tales obligaciones se resolverán con arreglo a los términos del contrato en que se base la obligación” (UNCTAD, s.f.).

4. La Cláusula Paraguas en la Doctrina

La incertidumbre sobre el efecto pretendido de esta cláusula queda ejemplificada por las numerosas y diversas metáforas utilizadas para describirla, entre ellas “ascensor”, “efecto espejo”, “efecto paralelo”, “paraguas” o “*pacta sunt servanda*”. No obstante, el término más utilizado es “cláusula paraguas”.

El primer comentarista en adoptar la metáfora del paraguas fue Ignaz Seidl-



Hohenveldern, quien, en 1961, escribió que una cláusula paraguas situaba los contratos de concesión bajo el “paraguas de protección” (Sinclair, 2004, pp. 411–412).

A pesar de lo mencionado anteriormente, parece que surge una opinión coherente entre los comentaristas sobre el alcance de la cláusula paraguas.

Prosper Weil, en su conferencia de La Haya, utilizó el término *traité de couverture* (Weil, 1961, p. 130) para presentar la idea de que un tratado de inversión transformaría una mera obligación contractual entre el Estado y el inversor en una obligación de derecho internacional, en particular si el tratado incluía una cláusula que obligara al Estado a respetar dicho contrato.

El exsecretario general del CIADI, Ibrahim Shihata, afirmó que «los tratados pueden, además, elevar los compromisos contractuales a la categoría de obligaciones de derecho internacional, al estipular que el incumplimiento por parte de un Estado de un contrato con una parte privada del otro Estado constituirá también un incumplimiento del tratado entre los dos Estados» (Shihata y Wolfensohn, 1995, p. 601).

Dolzer y Stevens, en la misma línea, afirman que:

Estas disposiciones pretenden garantizar que cada Parte del tratado respete compromisos específicos para con los nacionales de la otra Parte. La disposición reviste especial importancia porque protege los derechos contractuales del inversor frente a cualquier interferencia que pudiera causarse, ya sea por un simple incumplimiento de contrato o por actos administrativos o legislativos, y porque no está del todo claro, en virtud del derecho internacional general, si tales medidas constituyen incumplimientos de una obligación internacional. (como se citó en OCDE, 2006, p. 35)

Christoph Schreuer afirma que una cláusula paraguas es una disposición encontrada en un acuerdo de protección de inversiones que garantiza la observancia de obligaciones asumidas por el Estado receptor vis a vis el inversionista. Sostiene que el tema más controversial es si los contratos entre el Estado receptor y el inversionista pueden ser protegidos por el TBI. Ello, considera, dependerá de la interpretación sobre el consentimiento de las Partes del TBI; y la extensión de la jurisdicción del tribunal que conoce de la contienda dependerá de la interpretación de la cláusula hecha por ese tribunal (Dolzer y Schreuer, 2008, pp. 153, 246).

El análisis de la UNCTAD sobre esta disposición es menos categórico. Señala que:

La redacción de la disposición es tan amplia que podría interpretarse de manera que abarque todo tipo de obligaciones, explícitas o implícitas, contractuales o extracontractuales, contraídas en relación con la inversión en general. Una disposición de este tipo podría alterar el régimen jurídico y someter el acuerdo a las normas del derecho internacional (Naciones Unidas, 1998, p. 56).

Thomas Wälde expresa un enfoque intermedio. Considera que el principio del derecho internacional solo protegería los incumplimientos y las injerencias en los contratos celebrados con el gobierno o sujetos a las facultades gubernamentales, si el gobierno ejerciera sus prerrogativas soberanas específicas para eludir sus compromisos contractuales o para interferir de manera sustancial en dichos compromisos. Esto se aplicaría también a los contratos celebrados únicamente con partes privadas en el Estado receptor si dichos contratos fueran anulados por las facultades gubernamentales. «...Si el núcleo o el centro de gravedad de una controversia no se refiere al ejercicio de poderes gubernamentales... sino a controversias contractuales “normales”, entonces el TBI y la cláusula paraguas no tienen cabida» (Wälde, 2004).

La doctrina moderna ha profundizado este enfoque intermedio, interpretando la cláusula paraguas en concordancia con lo dispuesto en el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con las normas generales del derecho internacional y con el principio de integración sistémica de las cláusulas de contratos de inversión con el derecho internacional general.

En este sentido, el profesor Zachary Douglas (2023, pp. 472–483) ha postulado que la interpretación funcional de la cláusula paraguas se basa no en un enfoque de oposición o conflicto entre la ley contractual nacional o procedimientos domésticos para la resolución de disputas contractuales, por un lado, y las leyes de inversión internacionales y sobre tratados de arbitrajes de inversión, por el otro; sino que se funda en un enfoque más bien complementario entre ambos ordenamientos. Así, la cláusula paraguas no se dirige a los órganos o empresas de un Estado que contratan con inversionistas como sujetos privados; sino que se dirige al Estado como un sujeto de derecho internacional. En otras palabras, no está orientada a regular un sinnúmero de relaciones contractuales entre órganos ejecutivos de un Estado e inversionistas, sino que más bien regula la conducta del Estado como soberano, como cualquier otra obligación de protección propia de un TBI. Por lo tanto, el poder que tiene un



Estado en su ámbito de soberano, en el cual tiene poderes plenos sobre las personas y cosas dentro de su territorio, le permite interferir en relaciones contractuales que ha generado mediante sus órganos ejecutivos con inversionistas extranjeros. Este poder está regulado por la cláusula paraguas, para evitar abusos del Estado en uso de estos poderes.

Este enfoque se hace especialmente relevante para poder determinar cuándo un incumplimiento contractual puede ser elevado al nivel de violación o incumplimiento de obligaciones internacionales emanadas de un TBI.

En particular, la interpretación de la cláusula paraguas basada en la responsabilidad por culpa de los Estados, sostiene, se condice con el derecho internacional general relativo a la inmunidad de los Estados, que también otorga reglas relevantes de derecho internacional para efectos del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena. La regla sobre inmunidad distingue a su vez entre actos comerciales (*iure gestionis*) y actos soberanos (*iure imperii*), en una línea similar a lo postulado por el profesor Wälde sobre las facultades o prerrogativas soberanas. Esta distinción se emplea para determinar si acaso una disputa con un Estado debe resolverse por un tribunal nacional o bien ante un tribunal arbitral internacional de inversiones.

En definitiva, podemos decir que la función de la cláusula paraguas es proteger la inversión extranjera contra actos soberanos abusivos de los Estados, siendo ésta la esencia misma de la reclamación o pretensión fundada en una cláusula paraguas por parte del inversionista extranjero; todo ello, al interpretar el tratado de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a la redacción que los Estados le dieron a la cláusula, en su contexto, y teniendo en cuenta su objeto y fin.

5. Jurisprudencia del CIADI: Algunos Casos de Interés

5.1. SGS contra Pakistán

SGS alegó que Pakistán era responsable, en virtud del TBI, de todos los incumplimientos de un acuerdo (Acuerdo PSI) en virtud de una cláusula paraguas recogida en su artículo 11, que establecía: “cada Parte Contratante garantizará en todo momento el cumplimiento de los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante. (SGS c. Pakistán, Caso CIADI ARB/01/13, párr. 97)

Pakistán alegó que las reclamaciones eran esencialmente de naturaleza contractual y que SGS las estaba reformulando indebidamente como reclamaciones en virtud del TBI.

El Tribunal determinó que no tenía competencia sobre aquellas reclamaciones de SGS “basadas en supuestos incumplimientos del Acuerdo PSI que no constituían ni equivalían a incumplimientos de las normas sustantivas del TBI”

(SGS c. Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 162). Así pues, rechazó el argumento de SGS de que el artículo 11 del TBI elevaba automáticamente cualquier incumplimiento del Acuerdo PSI a una violación del TBI.

Teniendo en cuenta que el texto del artículo 11 “parece susceptible de una ampliación casi indefinida” (SGS c. Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 166), el Tribunal consideró que las consecuencias jurídicas derivadas de la interpretación de SGS “eran de un alcance tan amplio, y tan automáticas, incondicionales y radicales en su aplicación, y tan gravosas en su impacto potencial sobre una Parte Contratante... que el demandante debía aportar pruebas claras y convincentes... de que tal era, en efecto, la intención compartida de las Partes Contratantes (...)” (SGS c. Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 173).

Sin embargo, el Tribunal no encontró tales pruebas.

5.2. SGS contra Filipinas

En el caso SGS c. Filipinas, otro tribunal del CIADI llegó a una conclusión diferente al interpretar la cláusula paraguas del TBI entre Suiza y Filipinas, que establece lo siguiente: “cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya asumido con respecto a inversiones específicas en su territorio realizadas por inversores de la otra Parte Contratante” (SGS c. Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6, párr. 34).

Al examinar el texto del artículo, el tribunal señaló que, al prever “cualquier obligación” relativa a la inversión entre las partes, la cláusula paraguas podía interpretarse fácilmente en el sentido de que incluía cualquier obligación derivada de un contrato entre las partes (SGS c. Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6, párr. 115). Esta interpretación inclusiva de la cláusula era además coherente con el objetivo del TBI, que era “crear y mantener condiciones favorables para las inversiones (...)” (SGS c. Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6, párr. 115).

En consecuencia, el Tribunal declaró que tenía competencia sobre las reclamaciones derivadas del acuerdo, ya que la cláusula paraguas, interpretada correctamente,



“considera que constituye un incumplimiento del TBI que el Estado receptor no respete los compromisos vinculantes, incluidos los compromisos contractuales, que haya asumido con respecto a inversiones específicas” (SGS c. Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6, párr. 128).

Así pues, contrariamente a la decisión en el caso SGS c. Pakistán, el Tribunal en el caso SGS c. Filipinas decidió que la cláusula paraguas se aplica a todos los incumplimientos del contrato pertinente entre el inversor y el Estado y rechazó explícitamente el razonamiento subyacente de la decisión en el caso SGS c. Pakistán.

Sin embargo, aunque el Tribunal consideró que tenía competencia sobre las reclamaciones contractuales de SGS, finalmente se abstuvo de ejercer dicha competencia por considerar que no procedía hacerlo en este caso, ya que el Acuerdo contenía una cláusula de elección de foro exclusiva que designaba un foro diferente para resolver tales controversias contractuales. No voy a referirme a esta situación concreta, dado que excede el alcance de este trabajo.

5.3. Otras decisiones

Varias resoluciones de arbitraje internacional posteriores a los casos SGS también han abordado la cláusula paraguas, aunque no siempre con el mismo nivel de detalle. Estas decisiones proponen una interpretación más amplia e inclusiva de la cláusula paraguas, y se acercan más al caso SGS c. Filipinas que al de SGS c. Pakistán, pero no se pronuncian de manera unánime sobre la cuestión (Yannaca-Small, 2006, p. 40).

Así, el tribunal en Joy Mining c. Egipto (Caso CIADI N.º ARB/03/11) examinó el artículo 2(2) del TBI entre Egipto y el Reino Unido, que establece en la parte pertinente que: “cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte”.

El tribunal declaró:

En este contexto, no puede sostenerse que una cláusula general incluida en el Tratado, y de forma poco destacada, pueda tener el efecto de transformar todas las controversias contractuales en controversias de inversión en virtud del Tratado, a menos, por supuesto, que se produzca una clara violación de los derechos y obligaciones del Tratado o una violación de los derechos contractuales de tal magnitud que active la protección del Tratado, lo cual no es el caso. La conexión entre el contrato y el Tratado es el eslabón perdido que impide tal efecto. (Joy Mining c. Egipto, Caso CIADI N.º ARB/03/11, párr. 81)

Del mismo modo, el tribunal en el caso CMS c. Argentina consideró que la cláusula paraguas se aplicaba a algunas obligaciones contractuales, pero no a todas. En ese caso, el tribunal examinó el efecto del artículo II(2)(c) del TBI entre Argentina y Estados Unidos, que establece que cada parte «cumplirá cualquier obligación que haya contraído en relación

con las inversiones» (CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/01/8, párr. 296).

El Tribunal determinó que la cláusula paraguas distinguía entre «controversias comerciales» y aquellas «controversias derivadas del incumplimiento de las normas del tratado y sus respectivas causas de acción» (CMS c. Argentina, Caso CIADI N.º ARB/01/8, párr. 300). Así pues, según el Tribunal, la cláusula paraguas se aplicaba únicamente a estas últimas, lo que «probablemente» incluía situaciones que implicaran «una injerencia significativa por parte del Gobierno o de organismos públicos en los derechos de los inversores» (CMS c. Argentina, Caso CIADI N.º ARB/01/8, párr. 299).

El Tribunal, en el caso Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. República de Argelia, sostuvo que el TBI entre Italia y Argelia no contenía una cláusula paraguas, y afirmó que:

El efecto de tales cláusulas es transformar las violaciones de los compromisos contractuales del Estado en violaciones de la cláusula paraguas del tratado y, con ello, otorgar competencia al Tribunal sobre el asunto (...) (Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. República de Argelia, párr. 25(ii)).

Como se ha señalado anteriormente, el tribunal en el caso Eureko B.V. c. Polonia (2005, párr. 246) sostuvo que el significado ordinario de una disposición que prescribe que un Estado “deberá cumplir cualquier obligación que haya contraído” con respecto a determinadas inversiones extranjeras no es oscuro, afirmando que la frase «deberá cumplir» era imperativa y categórica y que la palabra “cualquier” era amplia.

En el caso Noble Ventures, Inc. c. Rumania (Caso CIADI ARB/01/11), el Tribunal examinó la cláusula paraguas del TBI entre Estados Unidos y Rumanía, que establece que “cada Parte observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones”. Aunque el Tribunal reconoció que la redacción de la cláusula paraguas constituía “una clara referencia a los contratos de inversión”, se abstuvo “de formular ninguna conclusión definitiva sobre si... [la cláusula paraguas] equipara perfectamente con un



incumplimiento del TBI cualquier incumplimiento por parte del Estado receptor de cualquier obligación contractual” (Noble Ventures c. Romania, Caso CIADI N.º ARB/01/11, párr. 61), alegando que sus conclusiones en ese caso no se verían afectadas por la resolución de dicha cuestión.

En el caso *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI N.º ARB/02/16), el tribunal sostuvo que la controversia que se le había sometido se derivaba de la forma en que “la violación de los compromisos contractuales con las licenciatarias [demandantes] que se alegan, expresados en la licencia y otros actos, repercute en los derechos que el inversionista argumenta tener a la luz de las disposiciones del Tratado y de las garantías con que realizó la inversión protegida” (*Sempra c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, párr. 100).

A continuación, sostuvo que tenía competencia sobre la reclamación del inversor, ya que

[E]l fundamento de la reclamación se relaciona, por consiguiente, tanto con el contrato como con el Tratado, independientemente del hecho de que materias puramente contractuales que no repercuten en las disposiciones del Tratado puedan ser objeto de las acciones que se encuentren disponibles en el derecho interno de la República Argentina.

Tampoco tiene el Tribunal razón alguna para apartarse de este enfoque. El hecho de que el Tratado también establezca como garantía específica una cláusula general como la del Artículo II(2)(c) (umbrella clause), obligando al respeto de los compromisos contraídos respecto de la inversión, establece un vínculo todavía más estrecho entre el contrato, el contexto de la inversión y el Tratado (*Sempra c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, párr. 101).

Dado que el Tribunal no especificó en qué disposiciones del TBI consideraba que se basaban las reclamaciones, no queda del todo claro si el Tribunal habría considerado que tenía competencia sobre reclamaciones puramente contractuales en virtud de la cláusula paraguas, y mucho menos sobre todas las reclamaciones contractuales.

En otro caso más, *Gardabani and Silk Road c. Georgia* (Caso CIADI N.º ARB/17/29), el tribunal examinó la cláusula paraguas del TBI, contenida en el artículo 3(4), que establece que: “cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante”. (*Gardabani and Silk Road c. Georgia*, Caso CIADI N.º ARB/17/29)

La mayoría del Tribunal señaló que esta disposición debía interpretarse de conformidad con los principios de interpretación de los tratados establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En cuanto al sentido corriente de esta disposición, los árbitros consideraron que el término “cualquier” sugería que la cláusula debía aplicarse de manera amplia a cualquier

obligación. Esto se veía confirmado por el hecho de que no existía una limitación expresa del alcance de las obligaciones pertinentes en el texto, según la mayoría. Los árbitros añadieron que la expresión “contratadas en relación con inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante” sugería que debe existir “un cierto grado de especificidad, en el sentido de que deben ser en relación con o referirse a inversiones de nacionales” (*Gardabani and Silk Road c. Georgia*, Caso CIADI N.º ARB/17/29, párr. 687). Sin embargo, a diferencia de otras cláusulas paraguas, el artículo 3(4) no limitaba su alcance a las obligaciones contraídas con el inversor, razonaron los árbitros.

La mayoría consideró que esta interpretación amplia se veía confirmada por el objeto y la finalidad del TBI, tal y como se reflejaba en el preámbulo, que no era otro que el de ampliar e intensificar las relaciones económicas entre los dos Estados parte.

En este contexto, la mayoría discrepó de la alegación de Georgia de que la cláusula paraguas exigía una relación contractual directa entre las partes en la controversia del tratado. Por el contrario, la mayoría consideró que la redacción de la cláusula paraguas no exigía una relación contractual directa entre una parte contratante y la inversión de un nacional, ya que las obligaciones debían ser simplemente “relativas a” una inversión. Tribunales anteriores han discrepado sobre si la expresión “en relación con” puede interpretarse en el sentido de que permite reclamaciones basadas en la cláusula paraguas por parte de filiales de empresas que hayan celebrado un acuerdo contractual pertinente (véase, por ejemplo, *Rasia FZE and Joseph Borkowski c. Armenia*, Caso CIADI N.º ARB/18/28).

La mayoría razonó además que “la legislación y la normativa pueden crear obligaciones protegidas por una cláusula paraguas”, siempre que contengan obligaciones contraídas con respecto a inversiones identificables de un inversor (*Gardabani and Silk Road c. Georgia*, Caso CIADI N.º ARB/17/29, párr. 691). Este es un interesante debate: el tribunal en el caso *Greentech and Novenergia c. Italy* (SCC Case N.º 2015/095) se mostró dividido sobre esta cuestión.



Los dos árbitros tampoco se mostraron convencidos por el argumento de Georgia de que las cláusulas paraguas solo podían infringirse mediante una conducta estatal que implicara el uso y abuso de la autoridad soberana, al no encontrar nada en el artículo 3(4) que respaldara tal interpretación.

En esta línea, recordemos que el debate entre los partidarios de una interpretación amplia de las cláusulas paraguas —la teoría de la elevación— y aquellos que consideran que las cláusulas paraguas solo pueden infringirse mediante una conducta soberana se remonta a los casos SGS c. Pakistán y SGS c. Filipinas. En épocas más recientes, el tribunal del caso Strabag c. Libia (Caso CIADI N.º ARB(AF)/15/1), por ejemplo, siguió la teoría de la elevación, mientras que tribunales como los de Supervisión y Control c. Costa Rica (Caso CIADI N.º ARB/12/4) y Pan American c. Argentina (Caso CIADI N.º ARB/03/13) siguieron el enfoque de la acción soberana.

6. Conclusiones

La cláusula paraguas, cuyo origen conceptual se remonta al asesoramiento prestado por Elihu Lauterpacht a finales de 1953 en el contexto de la nacionalización del petróleo iraní, fue concebida como un mecanismo para elevar las obligaciones contractuales asumidas por un Estado frente a un inversor extranjero al nivel de obligaciones de derecho internacional. Desde su primera aparición como cláusula de protección de inversiones distinta, en el artículo 4 del Proyecto de Convenio Internacional para la Protección Mutua de los Derechos de Propiedad Privada en Países Extranjeros de 1956-59, pasando por el Proyecto Abs-Shawcross de 1959 y el primer TBI que la incorporó —el acuerdo Alemania-Pakistán de 1959—, la cláusula ha experimentado una evolución considerable en su formulación, ubicación y alcance.

Su presencia en el universo de los Tratados Bilaterales de Inversión es significativa. Hacia el año 2004, aproximadamente el 45% de los más de 2500 TBI existentes contenía alguna variante de esta cláusula. La revisión de la práctica de los Estados revela, además, patrones diferenciados: de 89 TBI del Reino Unido examinados, 87 incorporan una cláusula paraguas; de 71 TBI de Alemania, 68 la contienen. En contraste, Australia y Japón la incluyen en un número reducido de sus acuerdos, y los Estados Unidos modificaron sustancialmente su práctica con el modelo de TBI de 2004, que limitó la cobertura del mecanismo arbitral exclusivamente a incumplimientos de un “acuerdo de inversión” —definido de manera restrictiva— y eliminó la cláusula paraguas en su formulación tradicional. Este cambio de paradigma, replicado en instrumentos como el TLC entre Chile y EE.UU. y posteriormente en el T-MEC, constituye una respuesta deliberada a los riesgos de interpretación expansiva que la cláusula había generado en la práctica arbitral.

El análisis de la doctrina permite identificar tres corrientes interpretativas principales. La primera, vinculada a la denominada teoría de la elevación, que sostiene que la cláusula paraguas transforma cualquier incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado —incluidas las contractuales— en una violación del TBI, creando para el inversor una base jurídica adicional para acceder al arbitraje internacional. Los trabajos de Prosper Weil sobre el concepto de *traité de couverture*, las afirmaciones de Ibrahim Shihata sobre la elevación de compromisos contractuales a obligaciones de derecho internacional, y las posiciones de Dolzer y Stevens, se inscriben en esta línea.

La segunda corriente, articulada con claridad por Thomas Wälde, propone un enfoque restrictivo conforme al cual la cláusula paraguas solo operaría cuando el Estado ejerce sus prerrogativas soberanas específicas para eludir compromisos contractuales o interferir de manera sustancial en ellos. Si el núcleo de la controversia se refiere a disputas contractuales «normales» sin componente soberano, el TBI y su cláusula paraguas no tendrían cabida.

La tercera corriente, desarrollada por Zachary Douglas, ofrece un enfoque funcional e integrador. La cláusula no se dirige a los órganos del Estado que contratan como sujetos privados, sino al Estado como sujeto de derecho internacional, regulando su conducta soberana para evitar abusos en el ejercicio de poderes que le permiten interferir en relaciones contractuales con inversionistas. Este enfoque se apoya en la integración sistémica del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en la distinción entre actos comerciales (*iure gestionis*) y actos soberanos (*iure imperii*) propia del derecho de inmunidades.

La jurisprudencia del CIADI, desde el primer caso que abordó tangencialmente la cláusula paraguas —Fedax N.V. c. Venezuela en 1998, donde el tribunal no desarrolló un debate significativo sobre su significado— hasta las decisiones más recientes, refleja una tensión persistente entre estas corrientes. Los dos laudos que cristalizaron la división



fueron SGS c. Pakistán y SGS c. Filipinas. El primero rechazó la elevación automática de incumplimientos contractuales, exigió pruebas claras y convincentes de la intención compartida de las partes para un efecto tan expansivo, y se apoyó en la ubicación de la cláusula fuera de las obligaciones sustantivas de “primer orden” del tratado. El segundo, con una redacción similar del TBI, concluyó que “cualquier obligación” podía abarcar compromisos contractuales, que esta lectura era coherente con el objetivo del TBI de crear condiciones favorables para las inversiones, y que la ubicación de la cláusula no era determinante.

Las decisiones posteriores no han zanjado la división, sino que la han matizado.

El tribunal en Joy Mining c. Egipto introdujo la noción del eslabón perdido entre el contrato y el tratado, exigiendo una violación de derechos del tratado o una violación contractual de magnitud suficiente para activar la protección convencional.

El tribunal en CMS c. Argentina distinguió entre controversias comerciales ordinarias y aquellas derivadas del incumplimiento de normas del tratado, vinculando la operatividad de la cláusula a situaciones de injerencia significativa del gobierno en los derechos del inversor.

El tribunal en Eureko B.V. c. Polonia aplicó una lectura textual amplia del significado ordinario de la cláusula, calificando el término “cumplirá” como imperativo y categórico, y “cualquier” como comprensivo de todas las obligaciones.

El tribunal en Noble Ventures c. Rumania, aun reconociendo que la redacción constituía «una clara referencia a los contratos de inversión», se abstuvo deliberadamente de formular una conclusión definitiva sobre la equiparación plena entre incumplimiento contractual e incumplimiento del TBI.

El tribunal en Sempra c. Argentina sostuvo que la cláusula paraguas estrechaba el vínculo entre el contrato, el contexto de la inversión y el tratado, aunque sin precisar si la competencia se extendería a reclamaciones puramente contractuales.

La decisión más reciente analizada en este trabajo, Gardabani and Silk Road c. Georgia, representa una consolidación del enfoque amplio. La mayoría del tribunal, aplicando los principios interpretativos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concluyó que el término “cualquier” sugería una aplicación amplia, que la cláusula no exigía una relación contractual directa entre el Estado y el inversor —bastando que las obligaciones fueran “relativas a” una inversión—, que incluso la legislación y la normativa podían crear obligaciones protegidas por la cláusula, y que nada en el texto respaldaba la exigencia de una conducta estatal que implicara uso y abuso de autoridad soberana como condición necesaria para su activación. No obstante, tribunales como los constituidos en Supervisión y Control c. Costa Rica y Pan American c. Argentina han seguido adhiriendo al enfoque de

la acción soberana, mientras que Strabag c. Libia ha seguido la teoría de la elevación, lo que confirma que la divergencia persiste.

Del examen realizado se desprende que la interpretación de la cláusula paraguas depende de la confluencia de múltiples variables: la redacción específica de la cláusula —en particular, el uso de lenguaje imperativo y la amplitud de los términos empleados—; su ubicación dentro de la estructura del tratado; el tipo de obligación cubierta —contractual, legislativa, administrativa o regulatoria—; la exigencia o no de una relación contractual directa con el inversor; y la conexión material entre el contrato y el tratado. Estas variables, interpretadas a la luz de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —esto es, conforme al sentido corriente de los términos, en su contexto, a la luz del objeto y fin del tratado, y con recurso a los trabajos preparatorios cuando el significado sea ambiguo—, producen resultados diversos según la configuración específica de cada caso.

A pesar de la ausencia de consenso, puede identificarse una tendencia mayoritaria. Cuando la cláusula paraguas está redactada en términos amplios e inclusivos —con expresiones como “cualquier obligación” o “cumplirá”—, la mayoría de los tribunales arbitrales adopta una interpretación que abarca todas las obligaciones del Estado, incluidas las contractuales, y que no requiere necesariamente la demostración de un ejercicio abusivo de prerrogativas soberanas. Esta tendencia, sin embargo, coexiste con decisiones que mantienen viva la exigencia de un vínculo cualificado entre la conducta estatal impugnada y el ejercicio de poderes soberanos.

La cláusula paraguas permite potencialmente a los inversores someter sus controversias contractuales con el Estado ante un tribunal arbitral internacional, en lugar de recurrir a los tribunales del Estado receptor. Este efecto, de alcance considerable para la soberanía regulatoria de los Estados, explica tanto el creciente número de reclamaciones fundadas en esta disposición, como la reacción de ciertos Estados de redefinir sus modelos convencionales para acotar su operatividad.



Cabe esperar que los inversores extranjeros continúen fundando sus reclamaciones en la cláusula paraguas, y que los trabajos en curso del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, en particular la disposición sobre el Derecho a Regular, incidan en la configuración futura de esta cláusula en nuevos instrumentos convencionales y en las decisiones sobre su alcance e interpretación.

Referencias bibliográficas

Abs, H. J. (1958). *Proposals for improving the protection of private foreign investments*. Institut International d'Etudes Bancaires.

Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos de América, 6 de junio de 2003. <https://www.subrei.gov.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/ee-uu>

Acuerdo entre el Gobierno de Australia y la República de Polonia sobre la promoción y protección recíprocas de las inversiones, 7 de marzo de 1991. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/163/download>

Acuerdo entre la República de Austria y la República de Chile sobre la promoción y protección recíprocas de las inversiones, 8 de septiembre de 1997. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/7769/download>

CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (s.f.). *Grupo de Trabajo III: Reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados* (Documento A/CN.9/WG.III/WP.263). <https://docs.un.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.263>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (s.f.). *International investment agreements navigator*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. República de Argelia. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4321.pdf>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969. https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf

Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales de la OCDE. (2006). *Interpretación de la cláusula paraguas en los acuerdos de inversión* (Documento de trabajo sobre inversión internacional). OCDE.

Dolzer, R. y Schreuer, C. (2008). *Principles of international investment law*. Oxford University Press.

Douglas, Z. (2023). The Umbrella Clause Revisited. *ICSID Review*, 38(2), 472–483. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siad013>

Eureko B.V. c. Polonia, Laudo parcial sobre responsabilidad (arbitraje ad hoc de 19 de agosto de 2005). https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf

Fedax N.V. c. República de Venezuela, Caso CIADI N.º ARB/96/3. <https://www.italaw.com/cases/432>

Gardabani and Silk Road c. Georgia, Caso CIADI N.º ARB/17/29. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw171096.pdf>

Gill, J., Gearing, M. y Birt, G. (2004). Contractual claims and bilateral investment treaties: A comparative review of the SGS cases. *Journal of International Arbitration*, 21(5), 397. <https://doi.org/10.54648/joia2004025>

Joy Mining Machinery Ltd. c. Egipto, Caso CIADI N.º ARB/03/11, Laudo sobre la competencia. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0441.pdf>

Malik, M. (2006). *Es hora de un cambio. Los tratados bilaterales de inversión de Alemania, el programa y la política de desarrollo*. IISD. Publikationen der Stiftung / Time for a change

Naciones Unidas. (1998). *Tratados bilaterales de inversión a mediados de la década de 1990*. <https://digitallibrary.un.org/record/264901?ln=en&v=pdf>

Noble Ventures, Inc. c. Rumania, Caso CIADI N.º ARB/01/11. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (1967). *Proyecto de convenio sobre la protección de la propiedad extranjera y Resolución del Consejo de la OCDE sobre el proyecto de convenio* (Publicación N.º 23081).

Pan American Energy LLC c. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/03/13. <https://www.italaw.com/cases/808>

Rasia FZE and Joseph Borkowski c. Armenia, Caso CIADI N.º ARB/18/28. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw171030.pdf>

Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Jordania, Caso CIADI N.º ARB/02/13, Decisión sobre jurisdicción, IIC 207 (2004). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>

Schwebel, S. (1994). *Justice in international law*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511551765>

Sempra Energy International c. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Decisión del Tribunal sobre las objeciones a la jurisdicción. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0769.pdf>

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6. <https://www.italaw.com/cases/1018>

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13. <https://www.italaw.com/cases/1009>



Shihata, I. F. I. y Wolfensohn, J. D. (1995). Applicable law in international arbitration: Specific aspects in case of the involvement of state parties. En I. Shihata y J. D. Wolfensohn (Eds.), *The World Bank in a changing world: Selected essays and lectures* (Vol. II, p. 601). Brill.

Sinclair, A. C. (2004). The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection. *Arbitration International*, 20(4), 411–434. <https://doi.org/10.1093/arbitration/20.4.411>

Sornarajah, M. (2021). *The International Law on Foreign Investment* (5th ed.). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316459959>

Strabag c. Libia, Caso CIADI N.º ARB(AF)/15/1. <https://www.italaw.com/cases/8447>

Supervisión y Control c. Costa Rica, Caso CIADI N.º ARB/12/4. <https://www.italaw.com/cases/2052>

TBI entre la República Checa y Singapur, 1995. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/981/download>

Tratado bilateral de inversión entre los Países Bajos y la República de Venezuela, 1991. <https://www.tradex.com.ve/wp-content/uploads/2019/07/TBI-Venezuela-Reino-de-los-Pa%C3%ADses-Bajos-1993.pdf>

Tratado Modelo del Reino Unido sobre inversiones bilaterales. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2847/download>

Tratado Modelo de Alemania sobre inversiones bilaterales (2005). <https://edit.wti.org/document/show/9d4b7e80-3cfd-4ae2-9116-1b3a090cea67>

Tratado sobre la Carta de la Energía, 17 de diciembre de 1994. <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>

U.S. Model Bilateral Investment Treaty (2004). <https://www.ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf>

Wälde, T. (2004). La cláusula «paraguas» (o de la inviolabilidad del contrato/*Pacta sunt servanda*) en el arbitraje de inversiones: Un comentario sobre las intenciones originales y los casos recientes. *Transnational Dispute Management*, 1(4).

Weil, P. (1961). Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier. En *Collected courses of The Hague Academy of International Law* (Vol. 128, Parte I, pp. 95–130).

Wong, J. (2006). Umbrella clauses in bilateral investment treaties: Of breaches of contract, treaty violations, and the divide between developing and developed countries in foreign investment disputes. *George Mason Law Review*, 14(1), 135–177.

Yannaca-Small, K. (2006). *Improving the system of investor-state dispute settlement* (OECD Working Papers on International Investment 2006/1). OCDE. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2006/02/improving-the-system-of-investor-state-dispute-settlement_g17a1771/631230863687.pdf 