

CLÁSULAS PARAGUAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN:  
EFECTOS, ALCANCE E INTERPRETACIÓN.

Umbrella Clauses in International Investment Arbitration: Effects, Scope, and  
Interpretation.

LAURA ISAZA MORENO

Monografía

Asesor

JOSÉ ALBERTO TORO VALENCIA

Escuela de Derecho EAFIT

Pregrado en Derecho

Medellín (Colombia)

2024

## Resumen

Este trabajo presenta un análisis de los efectos, alcance e interpretación de las cláusulas paraguas en el arbitraje internacional de inversión, gracias a las discusiones que se han presentado sobre su presencia en los acuerdos internacionales de inversión (AII). Así, en primer lugar, abordará la definición de las cláusulas paraguas, sus orígenes y principales ejemplos, para luego examinar las discusiones presentadas en la justicia arbitral sobre sus efectos, las cuales se resumen en (i) si las cláusulas paraguas permiten elevar incumplimientos contractuales al nivel de violación de AII, y qué tipo de incumplimientos se han considerado relevantes para tal efecto, (ii) si se pueden elevar los incumplimientos de compromisos domésticos al nivel de violación de AII, (iii) cuál es el alcance personal de las cláusulas paraguas, (iv) si las cláusulas paraguas pueden afectar cláusulas de selección del foro y (v) si las cláusulas paraguas pueden ser importadas a través de las cláusulas de la nación más favorecida. Por último, para aterrizar la aplicación de las cláusulas paraguas, se realizará un estudio sobre la presencia de cláusulas paraguas en los AII firmados por Colombia y la posición de la Corte Constitucional respecto de éstas.

**Palabras clave:** cláusulas paraguas, cláusulas elevador, acuerdos internacionales de inversión, arbitraje, incumplimiento de tratados, y Corte Constitucional.

### Abstract

This paper presents an analysis of the effects, scope and interpretation of umbrella clauses in international investment arbitration, thanks to the discussions that have been presented on their presence in international investment agreements (IIAs). Thus, it will first address the definition of umbrella clauses, their origins and main examples, and then examine the discussions presented in arbitration on their effects, which are summarized in (i) whether umbrella clauses allow to elevate contractual breaches to the level of IIA violations, and what type of breaches have been considered relevant for such purpose, (ii) whether breaches of domestic commitments can be raised to the level of an IIA breach, (iii) what is the personal scope of umbrella clauses, (iv) whether umbrella clauses can affect forum selection clauses, and (v) whether umbrella clauses can be imported through most-favored-nation clauses. Finally, in order to ground the application of umbrella clauses, a study on the presence of umbrella clauses in IIAs signed by Colombia and the position of the Constitutional Court with respect to them will be carried out.

**Key words:** umbrella clauses, elevator clauses, international investment agreements, arbitration, breach of treaties, and Constitutional Court.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>2. LAS CLÁUSULAS PARAGUAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1. Definición.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2. Orígenes.....</b>	<b>13</b>
<b>2.3. Ubicación y ejemplos .....</b>	<b>22</b>
<b>3. EFECTOS, ALCANCE, E INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN: PRINCIPALES DISCUSIONES.....</b>	<b>27</b>
<b>3.1. Internacionalización de incumplimientos contractuales.....</b>	<b>28</b>
3.1.1. Incumplimientos soberanos y no soberanos. ....	35
3.1.2. Concurrencia de las cláusulas paraguas con cláusulas de jurisdicción exclusiva. ....	44
<b>3.2. Internacionalización de los compromisos domésticos de los Estados .....</b>	<b>51</b>
<b>3.3. Alcance personae de las cláusulas paraguas o “the privity issue”. .....</b>	<b>55</b>
<b>3.4. Importación de las cláusulas paraguas a través de las cláusulas de la nación más favorecida. ....</b>	<b>68</b>
<b>4. EXISTENCIA DE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS EN LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN FIRMADOS POR COLOMBIA: UN ESTUDIO DE LOS ACUERDOS VIGENTES.....</b>	<b>76</b>
<b>4.1. Los AII ratificados por Colombia .....</b>	<b>79</b>

4.2. El análisis de la Corte Constitucional sobre las cláusulas paraguas.....	89
5. CONCLUSIÓN .....	100
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	103
1. Doctrina .....	103
2. Instrumentos jurídicos nacionales .....	106
3. Instrumentos jurídicos internacionales .....	107
4. Decisiones arbitrales internacionales.....	113
5. Jurisprudencia constitucional .....	118
6. Bases de datos nacionales e internacionales .....	120

## 1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con Collins<sup>1</sup> el derecho internacional de inversión es el campo del derecho internacional público que se ocupa de los tratados que rigen las actividades comerciales de las empresas multinacionales que se llevan a cabo en Estados extranjeros. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una empresa decide establecer una filial u operar en un país distinto al de su origen, como sucede con las compañías petroleras, mineras y textiles, entre otras, en países como Colombia.

El crecimiento de este campo del derecho es una consecuencia directa del orden económico mundial y del papel crucial que juega la inversión extranjera en ese sistema, especialmente debido a la necesidad que tienen muchos países de atraer capital externo para impulsar su desarrollo. Ello pues, si bien existen discusiones sobre si éstos fomentan directamente la inversión extranjera directa (IED), los acuerdos internacionales de inversión (AII) y los tratados de libre comercio (TLC) con capítulos de inversión fueron ideados como un mecanismo de protección y fomento de la IED.

Antes de la década de 1990, la regulación de las inversiones internacionales era limitada, y la resolución de conflictos entre inversionistas y Estados receptores se llevaba a cabo, en su mayoría, de manera informal. Sin embargo, en la actualidad, el derecho internacional de inversión ha evolucionado, abarcando un gran número de tratados y procedimientos formales de resolución de controversias, lo que ha generado un amplio análisis por parte de la doctrina internacional y permitiendo someter a los estados receptores de inversión a procesos de arbitraje internacional.

El creciente número de demandas internacionales en el marco de estos acuerdos de inversión ha puesto de relieve la forma en que se conciben dichos instrumentos. Esto plantea la pregunta de si está alterando el orden jurídico interno de los Estados, ya que estos comienzan

---

<sup>1</sup> COLLINS, David. *An Introduction to International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 207-212. ISBN 9781009245692.

a enfrentar limitaciones en sus potestades soberanas, facultades regulatorias y capacidad de toma de decisiones<sup>2</sup>. Cualquier acción que afecte directa o indirectamente al inversionista puede ser interpretada como un ilícito internacional, lo que abre la posibilidad de que dichas acciones sean llevadas ante tribunales internacionales, con todas las implicaciones que ello conlleva.

En el caso de Colombia, es importante señalar que el país suscribió tardíamente AII y TLC con capítulos sobre inversión, en comparación con otros países de la región. Lo llamativo de esta situación no es solo la demora en la adopción de estos instrumentos, sino la falta de celeridad en el diseño e implementación de una estrategia jurídica sólida para defenderse ante posibles demandas<sup>3</sup>. Esto genera dudas sobre la capacidad del estado para cumplir los AII y TLC con capítulos de inversión, así como para proteger sus intereses en litigios internacionales<sup>4</sup>.

En el marco de lo anterior, uno de los asuntos que ha dado lugar a debate por parte de tribunales arbitrales y doctrina internacional es aquel relativo a los efectos, interpretación e implicaciones de incluir cláusulas paraguas en AII y tratados con capítulos de inversión. Las cláusulas paraguas son, en principio, disposiciones que obligan a los Estados huéspedes de inversiones a respetar todas las obligaciones o compromisos contraídos con los inversionistas protegidos, sin especificar cuáles son esas obligaciones o compromisos ni dónde pueden encontrarse.

---

<sup>2</sup> FALKONERTH, Juan Guillermo. Inconveniencia de incluir o mantener la cláusula paraguas en los AII y YLC con capítulos de inversión de Colombia. Bogotá, 2019, 78p. Tesis (Maestría en Derecho del Estado con Énfasis en Derecho Público) Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2f9360b2-c4a2-428a-85cd-572248911fa4/content>

<sup>3</sup> Debe tenerse en cuenta que, no solo el primer modelo de negociación colombiano fue establecido en el 2003, sino que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), encargada de gestionar los litigios internacionales en contra del Estado, apenas fue creada en el año 2011, a través de la Ley 1444 de 2011.

<sup>4</sup> Sin embargo, debe mencionarse que hasta ahora, aunque hay muchas controversias en curso, la mayoría han sido resueltas a favor del Estado. Ello, en parte, gracias a que Colombia pudo beneficiarse de la experiencia de países vecinos que fueron demandados con anterioridad.

Así, estas cláusulas son reproducciones del principio *pacta sunt servanda*, que constituye un principio general del derecho, esto es, que todo convenio entre las partes debe ser cumplido. En el ámbito internacional, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 lo consagró de la siguiente manera “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

A priori, las disposiciones que reproducen este principio suelen ser consideradas una obviedad que usualmente no tiene efectos a menos que exista una obligación expresa y exigible contenida en un tratado internacional, que haya sido incumplida por alguno de los Estados parte. De ahí que, en el marco de las relaciones entre Estados, en teoría se entiende que el incumplimiento de un contrato privado o de normas domésticas por parte de un Estado, no constituye un asunto sujeto a las normas de derecho internacional público, y, por ende, no hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado incumplido por ello.

Asimismo, en el derecho internacional de inversión, es el incumplimiento de los AII y sus estándares de protección aquello que tiene relevancia internacional y que puede suscitar una declaración de responsabilidad y una correspondiente indemnización de perjuicios a favor del inversionista perjudicado por parte de los tribunales arbitrales internacionales. No obstante, desde el 2003<sup>5</sup>, surgió una discusión en los tribunales arbitrales de inversión, respecto de si aquellas cláusulas generales que repiten el principio *pacta sunt servanda* y que habían sido pactadas en AII, tienen el poder de convertir los incumplimientos contractuales o de normas domésticas, como violaciones mismas de los AII.

De tal suerte que, en la actualidad se discute (i) si las cláusulas paraguas pueden elevar incumplimientos contractuales a incumplimientos de tratados, (ii) qué tipo de incumplimientos contractuales pueden tener tal magnitud, (iii) si se pueden elevar compromisos domésticos, (iv) cuál es el alcance personal de estas cláusulas, (v) si pueden

---

<sup>5</sup> Con las Decisiones de jurisdicción proferidas en SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistán, CIADI, Caso No. ARB/01/13 (8 de septiembre de 2003) y SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas, CIADI, Caso No. ARB/02/6 (29 de enero de 2004).

afectar las cláusulas de selección del foro y (vi) si pueden ser importadas a través de las cláusulas de la nación más favorecida.

Las implicaciones mencionadas, que pueden resultar muy gravosas para los Estados anfitriones, invitan a considerar la conveniencia de incluir las cláusulas paraguas en AII y TLC con capítulos de inversión. Según el mapeo realizado por la UNCTAD<sup>6</sup>, 1.110 de 2.592 tratados analizados contienen cláusulas paraguas, y, de estos, 1.065 incluyen cláusulas de arbitraje para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados. Además, de los 958 casos de arbitraje de inversión ya concluidos (conocidos por el mapeo), el 28% se ha resuelto a favor de los inversionistas, imponiendo la obligación de indemnización a los Estados anfitriones.

En la actualidad, Colombia tiene vigentes veintiséis AII y tratados con capítulos de inversión, y se encuentra actuando en calidad de demandada en doce controversias internacionales de inversión, cuyas pretensiones, según la ANDJE, ascienden aproximadamente a la suma de \$55,1 billones de pesos. Asimismo, en el pasado ha sido condenada por tribunales arbitrales de inversión, como en el caso de Glecore y Prodeco (I), en el que se le ordenó indemnizar a los inversionistas por aproximadamente 19 millones de dólares. Lo cual sorprendentemente resultó siendo favorable si se consideraba que las pretensiones de los demandantes ascendían a los 600 millones de dólares<sup>7</sup>.

De ahí que, las consecuencias que pueden desprenderse de la inclusión de cláusulas en AII no son solo aquellas relativas a los recursos económicos del erario público, sino también las relativas a políticas públicas y la soberanía, ya que se cuestionan directamente las decisiones que hayan adoptado sus organismos internos respecto de asuntos que no suelen ser objeto del derecho internacional. Por consiguiente, este trabajo pretende ahondar sobre las preguntas y

---

<sup>6</sup> CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Mapping of IIA Content* [En línea][5 de septiembre de 2024] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements#>

<sup>7</sup> GLENCORE INTERNATIONAL A.G. Y OTROS C. COLOMBIA. CIADI. Caso No. ARB/16/6 (Laudo del 27 de agosto de 2019). [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/6>

posiciones sobre el efecto, alcance e interpretación de estas disposiciones, que sin duda pueden tener implicaciones de gran envergadura para los países firmantes de los AII y, particularmente, para países como Colombia, quien es parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante “Convenio CIADI”) y está sujeto a ser demandado ante tribunales de arbitraje del CIADI por el incumplimiento de los AII y sus estándares de protección, y que suele fungir como Estado huésped de inversión.

Por lo tanto, el primer capítulo, denominado “Las cláusulas paraguas en el arbitraje internacional de inversión”, como su nombre lo indica, incluye un estudio de las cláusulas paraguas en el arbitraje internacional de inversión por lo que se expondrán las definiciones de las cláusulas paraguas, sus orígenes en los AII y en el arbitraje de inversión, y ejemplos de estas.

Luego, el segundo capítulo, llamado “Efectos, alcance, e interpretación de las cláusulas paraguas en el arbitraje internacional de inversión: principales discusiones”, aborda el grueso de los asuntos importantes que ha discutido la justicia arbitral sobre las cláusulas paraguas, esto es, la internacionalización de incumplimientos contractuales, abordando la diferenciación entre incumplimientos soberanos y no soberanos y la concurrencia de las cláusulas paraguas con las cláusulas de jurisdicción exclusiva, la internacionalización de los compromisos domésticos de los Estados, el alcance *personae* de las cláusulas paraguas o “the privity issue” y la importación de las cláusulas paraguas a través de las cláusulas de la nación más favorecida.

Finalmente, una vez examinadas las discusiones presentadas por la justicia arbitral, en el tercer capítulo “Existencia de las cláusulas paraguas en los acuerdos de inversión ratificados por Colombia: un estudio de los acuerdos vigentes”, se analizarán los AII suscritos por Colombia y la posición de la Corte Constitucional sobre las cláusulas paraguas. Así, se expondrán cuáles AII tienen cláusulas paraguas o similares, si existe alguna tendencia de Colombia respecto de las cláusulas paraguas y las consideraciones de la Corte Constitucional,

o la ausencia de ellas, respecto de las cláusulas que se encontraron en los AII suscritos por Colombia.

## 2. LAS CLÁUSULAS PARAGUAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

### 2.1. Definición

De acuerdo con Paporinskis et al.<sup>8</sup> una cláusula paraguas o cláusula de cumplimiento de los compromisos<sup>9</sup> puede definirse como una cláusula de los AII que extiende la protección independiente del tratado a los incumplimientos de compromisos contractuales o de otro tipo asumidos por el Estado huésped en relación con la inversión del inversionista extranjero.

Así, se trata de cláusulas que establecen que el Estado huésped deberá cumplir los compromisos que haya asumido frente a un inversionista protegido en el marco del AII, incluyendo, pero sin limitarse a, las obligaciones que el Estado anfitrión haya asumido en virtud de un contrato con el inversionista extranjero, como por ejemplo sucede en Colombia con los contratos de concesión minera. En consecuencia, son nombradas como cláusulas paraguas en tanto “cubren”, como lo haría un paraguas, todos los compromisos asumidos con el inversionista en virtud del tratado. Asimismo, son llamadas cláusulas elevador, en tanto elevan el estatus de controversias domésticas o contractuales al nivel de considerarlas incumplimientos de AII.

Por otro lado, han sido denominadas también como cláusulas espejo por autores como Gaillard<sup>10</sup>, quien establece que el efecto de estas disposiciones es el de reflejar a escala del derecho internacional lo que se analiza a escala del derecho privado aplicable, como lo son los simples incumplimientos contractuales. Por consiguiente, establece la doctrina que “[l]a importancia de la cláusula paraguas radica en que establece una situación muy similar a la que se pretendía establecer con la cláusula de estabilización, a saber, proteger el compromiso

---

<sup>8</sup> LIM, C.L.;HO, Jean y PAPARINSKIS, Martin. *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards, and other Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 349-373. ISBN 9781108842990.

<sup>9</sup> Conocida por su nombre en inglés como *observance of undertakings*.

<sup>10</sup> GAILLARD, Emmanuel. L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements. En: *Rev. arb.* Julio - Septiembre 2003, N° 3, p. 853-875. ISSN 0556-7440.

que se adquirió con el inversor extranjero, en el momento de la firma del tratado, de no modificar el AII mediante legislación posterior”<sup>11</sup>.

El nacimiento de estas definiciones estuvo ligado a la jurisprudencia arbitral, que comenzó a darle los efectos de elevación mencionados a las cláusulas que parecían simplemente repetir el principio *pacta sunt servanda*. Por lo tanto, en el siguiente acápite se exponen los orígenes de dichas disposiciones en los tratados internacionales y decisiones arbitrales.

## 2.2. Orígenes

De acuerdo con Sinclair<sup>12</sup> el primer vestigio de una cláusula paraguas se remonta a 1921 con el Acuerdo del 27 de agosto de 1921 entre el Reino Unido y Perú, relativo a la concesión minera “La Brea y Pariñas”, concedida a nacionales británicos y cedida a la compañía London and Pacific Petroleum Company.

Este acuerdo disponía la creación de un tribunal arbitral con competencia para resolver las cuestiones relativas a la aplicación de determinados decretos peruanos y la legislación minera peruana a la concesión minera y, en virtud de este, el simple laudo proferido por dicho tribunal en la disputa entre el inversionista británico y Perú sería elevado al estatus internacional en tanto obligaría a Perú frente a Reino Unido.<sup>13</sup>

Sin embargo, este acuerdo difiere de la protección que confieren las cláusulas paraguas modernas, ya que era una creación posterior al incumplimiento del contrato de concesión minera, proporcionando seguridad de ejecución al laudo arbitral al conferirle un carácter

---

<sup>11</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment* (3ra ed.). Nueva York: Cambridge University Press, 2003. p.304. ISBN 9780521747653.

Traducción propia del texto original en inglés: “The significance of the umbrella clause is that it establishes a situation very similar to the one that the stabilization clause was intended to establish, namely, to protect the commitment that was made to the foreign investor at the time of the contract not to change the bargain by subsequent legislation”

<sup>12</sup> SINCLAIR, Anthony. *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*. *Arbitration International* [En línea]. Vol. 20, No. 4 [Consultado: 30 de agosto de 2024]. Disponible en: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/20/4/411/271721?redirectedFrom=fulltext>

<sup>13</sup> *Idem*.

internacional. Mientras que las cláusulas elevador en la actualidad buscan crear la obligación de cumplir todos los compromisos derivados del tratado *ex ante*.

Según Wälde<sup>14</sup>, la cláusula paraguas surgió como consecuencia de las expropiaciones nacionalistas y socialistas, y la revocación de los acuerdos de los AII a largo plazo después de la Segunda Guerra Mundial, lo que generó una cultura del compromiso que buscaba proteger la inversión extranjera, así:

La protección de la propiedad y de los contratos se consideraba entonces, como antes y como ahora, una condición esencial para lograr la prosperidad mediante el comercio internacional, la inversión y la integración económica. La asignatura pendiente del capítulo sobre inversiones de la Carta de La Habana — es decir, la necesidad de añadir a los pilares comercial y financiero del sistema de derecho económico internacional de Bretton Woods un pilar sobre inversiones— desempeñó un papel importante.

Aunque "buena gobernanza" no se utilizaba entonces como término formal, los juristas internacionales liberales de la época relacionaban la buena gobernanza con el desarrollo económico, la prosperidad y un orden internacional para lo que ahora podríamos llamar la "economía global", de forma muy parecida a como lo hacemos ahora. No veían la protección de las inversiones extranjeras exclusivamente en el sentido tradicional de un acuerdo recíproco entre dos Estados para proteger los derechos de propiedad de los ciudadanos del otro, sino que también la consideraban una contribución a la buena gobernanza para los países en desarrollo que entonces salían de la descolonización y para todos los países que salían de los estragos de la Segunda Guerra Mundial<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> WÄLDE, Thomas. W. The Umbrella Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases. *Journal of World Investment & Trade* [En línea] Vol. 6 No.2. p.183-236 [Consultado: 30 de Agosto de 2024] Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jworldit6&collection=journals&id=183&startid=183&endid=236>

<sup>15</sup> *Ibid* p.210.

Traducción propia del texto original en inglés: "The protection of both property and contracts was then-as earlier and as again now seen as an essential condition for achieving prosperity by international trade, investment and economic integration. The unfinished business of the Havana Charter's investment chapter — that is, the need

De ahí que, los orígenes de la noción de que un AII es un medio para elevar controversias contractuales a obligaciones internacionales entre el Estado huésped y el inversionista se remontan a la década de los años 1950 con el concepto brindado por el profesor y abogado Elihu Lauterpacht a la Anglo Iranian Oil Company<sup>16</sup> (en adelante “AIOC”) en el marco de las disputas por la nacionalización del petróleo en Irán.

La concesión petrolera de AIOC en Irán era antigua, pero, tras la llegada al poder de Mohammad Mosaddeq como primer ministro, se profirió la Ley de Nacionalización del Petróleo Iraní, en virtud de la cual todas las operaciones petrolíferas en Irán serían llevadas a cabo por el gobierno. En consecuencia, AIOC recurrió a varias opciones para intentar obtener reparación gracias a la nacionalización.

Entre ellas, de acuerdo con la investigación de Sinclair<sup>17</sup>, en diciembre de 1953 el profesor Lauterpacht recomendó a la AIOC que el acuerdo a celebrar con el Gobierno de Irán comprendiera dos elementos (i) un "Acuerdo de Consorcio" contractual entre el Gobierno iraní y la National Iranian Oil Company (la “NIOC”), por una parte, y, por otra, un consorcio de empresas petroleras, incluida la AIOC, que seguiría explotando un sector de la industria petrolera iraní; y (ii) un tratado marco que incorporaría el Acuerdo de Consorcio como anexo y que contendría una disposición por la que el Gobierno iraní garantizaría en su nombre y en el de la NIOC el cumplimiento frente a la AIOC.

Así, la protección contractual se complementaría con la protección de un tratado que internacionalizaría el contrato, evadiendo la posibilidad de que el acuerdo de consorcio estuviese sujeto exclusivamente a la ley de Irán, y, por tanto, sujeto a cambios unilaterales

---

to add to the trade and finance pillars of the Bretton Woods international economic law system an investment pillar— played a role. While "good governance" was not then used as a formal term, the liberal international lawyers of the time connected good governance with economic development, prosperity, and an international order for what we might now call the "global economy", much as we do now. They did not see protection of foreign investment exclusively in the traditional sense of a reciprocal deal between two States to protect the property rights of each other's citizens, but they viewed it also as a contribution to good governance for the developing countries then emerging from decolonization and for all countries emerging from the ravages of World War II.”

<sup>16</sup> Hoy en día British Petroleum.

<sup>17</sup> SINCLAIR. Op.Cit., 6. p.415-418.

por parte del gobierno iraní. Sin embargo, la cláusula paraguas aconsejada por Lauterpacht no terminó haciendo parte del Acuerdo de Consorcio Petrolero Iraní de 1954<sup>18</sup>.

Según Wälde<sup>19</sup>, entonces, la primera ocurrencia de la cláusula paraguas como un mecanismo de protección de la inversión en un documento formal, aunque no fuese vinculante, fue la cláusula contenida en el artículo IV (4) del ABS Draft de 1958<sup>20</sup>, que establecía lo siguiente: “En la medida en que se prometa un mejor trato a los no nacionales que a los nacionales, ya sea en virtud de acuerdos intergubernamentales o de otro tipo, o de decretos administrativos de una de las Altas Partes Contratantes, incluidas las cláusulas de nación más favorecida, prevalecerán tales promesas”<sup>21</sup>.

Asimismo, como se cita en Sinclair, el artículo IV(3)(d) del mismo borrador establecía: “Un Estado no restringirá directa o indirectamente la libertad de los extranjeros "en la adquisición, administración y utilización de bienes, derechos e intereses" y, en particular, "no mediante leyes, reglamentos, medidas administrativas o de cualquier otro modo, en la medida en que puedan causar o producir la limitación o cancelación de licencias en el sentido de la del artículo 111(e)].”<sup>22</sup>

Sobre estas disposiciones, el autor resalta que:

---

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> WÄLDE, Op. Cit. p. 183-236.

<sup>20</sup> El llamado Abs Draft, formalmente llamado “Convenio Internacional para la Protección Mutua de los Derechos de Propiedad Privada en los Países Extranjeros”, fue una iniciativa de la Sociedad Alemana para el Fomento de la Protección de las Inversiones Extranjeras, entre quien se encontraba el banquero Hermann Abs.

<sup>21</sup> WÄLDE, Op. Cit. p.202.

Traducción propia del texto original en inglés: “In so far as better treatment is promised to non-nationals than to nationals either under intergovernmental or **other agreements** or by administrative decrees of one of the High contracting Parties, including most-favoured nation clauses, such promises shall prevail” (added emphasis”

<sup>22</sup> SINCLAIR. Op.Cit., p. 419.

Traducción propia del texto original en inglés: “A state shall not directly or indirectly restrict the freedom of foreign nationals 'in acquiring, administering and utilizing property, rights and interests' and in particular, 'not by laws, regulations, administrative measures or in some other way, in so far as these are apt to cause or produce the limitation or cancellation of licences within the meaning of Article 111(e)”

El lenguaje de los apartados 3 y 4 del Artículo IV no transmite la inviolabilidad de las obligaciones con la misma claridad de intención que los AII modernos, pero su intención combinada parece suficientemente clara: las licencias que confieren títulos a largo plazo a un inversor extranjero no serán limitadas ni canceladas por leyes, reglamentos o medidas administrativas, y las promesas de mejor trato contenidas en "otros acuerdos, o... decretos administrativos... prevalecerán" sobre las normas de trato menos favorable, incluidas las contenidas en el proyecto de Convenio<sup>23</sup>.

Como complementación al Abs Draft, Sir Hartley Shawcross, Hermann Abs, y un grupo de reconocidos abogados formularon un nuevo borrador (el "Abs-Shawcross Draft") en el que se incorporó una cláusula paraguas más parecida a las que se incorporaron posteriormente en AII: "Cada Parte velará en todo momento por el cumplimiento de cualquier compromiso que haya contraído en relación con las inversiones realizadas por nacionales de cualquier otra Parte"<sup>24</sup>. De acuerdo con Potts<sup>25</sup>, el uso de la expresión *any undertakings* [cualquier compromiso]<sup>26</sup> tenía como objeto transformar obligaciones, que no tenían ese carácter, en objeto del derecho del derecho internacional, lo cual fue criticado en su momento por considerarse una desviación de la legislación vigente.

Como consecuencia de este antecedente, se encuentra una cláusula elevador en el primer Tratado Bilateral de Inversión ("TBI") conocido: el Tratado entre la República Federal de

---

<sup>23</sup> SINCLAIR. Op.Cit., p. 420.

Traducción propia del texto original en inglés: "The language of Article IV(3) and (4) does not convey the sanctity of obligations with the same clarity of intention as modern BITs, but their combined intention seems clear enough: licences conferring long-term title upon a foreign investor shall not be limited or cancelled by laws, regulations or administrative measures, and promises of better treatment contained in 'other agreements, or ... administrative decrees ... shall prevail' over less favourable treatment standards including those contained in the draft Convention."

<sup>24</sup> ABS, Hermann y SHAWCROSS, Hartley. Draft Convention on Investments Abroad. Journal of Public Law (hoy Emory Law Journal) [En línea] 1(Primavera), pp. 115-118. [Consultado: 30 de agosto de 2024] Recuperado de <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf>

Traducción propia del texto original en inglés: "Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other Party."

<sup>25</sup> POTTS, Jonathan B. Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization. Virginia Journal of International Law. [En línea] Vol. 51. [Consultado el 30 de agosto de 2024] Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vajint51&div=24&id=&page=>

<sup>26</sup> Traducción propia.

Alemania y Pakistán para la Promoción y Protección de las Inversiones del 25 de noviembre de 1959, cuyo artículo 7 disponía: “Cualquiera de las Partes observará cualquier otra obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte”<sup>27</sup>.

Posteriormente, este tipo de disposición se incorporó en el borrador de la Convención para la Protección de la Propiedad Extranjera de 1967 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante la “OCDE”) en su artículo segundo: “Cada Parte velará en todo momento por la observancia de los compromisos contraídos por ella en relación con los bienes de los nacionales de cualquier otra Parte”<sup>28</sup>.

Sobre el particular, se ha establecido que:

Las Notas y Comentarios que acompañan al borrador del Convenio describen este artículo como "una aplicación del principio general de *pacta sunt servanda*" en favor de los bienes de los nacionales de otra parte, y de sus legítimos derechohabientes a menos que el compromiso excluya expresamente tal sucesión". Según los Comentarios, los "bienes" incluyen, entre otros, las inversiones, que se definen en el artículo 9 como "todos los bienes, derechos e intereses que se posean directa o indirectamente, incluido el interés que se considera que un socio de una sociedad tiene en los bienes de la sociedad"<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y PAKISTÁN PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES, 25 de noviembre de 1959. Citado por YANNACA-SMALL, Katia. Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements. OECD Working Papers on International Investment. [En línea] 2006/03 [Consultado: 30 de agosto de 2024] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>

Traducción propia del texto original en inglés: “Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party.”

<sup>28</sup> CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD EXTRANJERA DE 1967. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Citado por YANNACKA-SMALL. Op.Cit., p. 4.

Traducción propia del texto original en inglés: “Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other Party.”

<sup>29</sup> YANNACA-SMALL. Op.Cit., p. 4-5.

Asimismo, el borrador de la OCDE especificó en su artículo 5 que las consecuencias del incumplimiento del convenio, incluyendo lo dispuesto en la cláusula paraguas, conllevaría la responsabilidad del Estado incumplido de reparar los daños que esto ocasionase<sup>30</sup>. Si bien el borrador no fue aprobado por el Consejo de la OCDE, se recomendó a todos sus miembros que lo adoptaran como un modelo para sus acuerdos, por lo que múltiples miembros de esta organización han incorporado una cláusula paraguas similar a la del borrador en alguno de sus tratados<sup>31</sup>.

Con posterioridad a lo anterior, en la práctica se empleó una variedad de formas en la redacción de cláusulas paraguas, pero en su formulación más amplia, la cláusula paraguas contenida en el Artículo 10 (1) del Tratado de la Carta de la Energía (TCE) de 1994 es uno de sus ejemplos primigenios. Tal artículo consigna lo siguiente: “toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante”<sup>32</sup>.

Finalmente, y teniendo en cuenta entonces el origen de las cláusulas elevador en los AII, es preciso remontarse al origen de las controversias arbitrales que les otorgaron relevancia, pues no fue hasta 2003 que estas disposiciones se convirtieron en algo más que la manifestación directa del principio *pacta sunt servanda* con los casos de la compañía suiza Société Générale de Surveillance (en adelante “SGS”) contra la República Islámica de Pakistán y la República

---

Traducción propia del texto original en inglés “The Notes and Commentaries accompanying the draft Convention describe this article as “an application of the general principle of *pacta sunt servanda*” in favour of the property of nationals of another party, and their lawful successors in title unless the undertaking expressly excludes such succession.” According to the Commentaries, “property” included but is not limited to investments which are defined in Article 9 as “all property, rights and interests whether held directly or indirectly, including the interest which a member of a company is deemed to have in the property of the company”

<sup>30</sup> SINCLAIR. Op.Cit., p. 427-433

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE) Tratado de la Carta de la Energía. [En línea] 17 de diciembre de 1994 [Consultado el 2 de enero de 2024]. Disponible en: <https://www.energycharter.org/>

de Filipinas ante los tribunales del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante “CIADI”)<sup>33</sup>.

De acuerdo con Yannaca-Small<sup>34</sup> realmente el primer caso llevado por el CIADI que involucró un AII contentivo de una cláusula paraguas fue en 1998 entre Fedax NV y la República de Venezuela, en el que se alegó el incumplimiento del TBI celebrado entre los Países Bajos y Venezuela. Sin embargo, en este caso, el Tribunal desconocía la existencia de una cláusula paraguas, y no llevó a cabo ningún examen en profundidad de la cláusula o de su aplicación.

Ahora, el primer caso que abordó sustancialmente el alcance de una cláusula elevador fue el de SGS contra la República Islámica de Pakistán, cuya disputa emanó de un contrato para la prestación de servicios de inspección pre-embarque, que la inversionista suiza consideraba incumplido<sup>35</sup>. El 12 de octubre de 2001, SGS presentó solicitud de arbitraje ante el CIADI (alegando el incumplimiento del país huésped de varios artículos del TBI entre Suiza y Pakistán, entre los cuales se encontraba una cláusula paraguas). SGS argumentó que el incumplimiento del contrato de prestación de servicios constituía una violación al artículo 11 del TBI, la cláusula paraguas, que disponía lo siguiente: “Cualquiera de las Partes Contratantes garantizará constantemente el cumplimiento de los compromisos que contraiga con respecto a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> POLANCO, Rodrigo y MANRIQUE DE LARA SEMINARIO Jorge Luis. Capítulo XXI. Cláusulas Paraguas [En línea]. En: ALVAREZ, José Manuel y ZENKIEWICZ, Maciej. El Derecho Internacional de las Inversiones. Desarrollo actual de normas y principios. Bogotá: Universidad Externado. 2021, p. 473-496. [Consultado: 30 de agosto de 2024] Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3957252>

<sup>34</sup> YANACCA-SMALL. Op.Cit., p. 15.

<sup>35</sup> SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. PAKISTÁN. CIADI, Caso No. ARB/01/13 (Decisión sobre jurisdicción, 8 de septiembre de 2003). [En línea] [Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1009>

<sup>36</sup> *Ibid.* p. 335.

Traducción propia del texto original en inglés: “Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party”.

Sin embargo, respecto de la cláusula paraguas, el Tribunal de SGS c. Pakistán determinó, en Decisión de jurisdicción del 8 de septiembre de 2003<sup>37</sup>, que la cláusula elevador citada no podía ser interpretada como un mecanismo para elevar controversias contractuales a la violación del BIT porque la frase “constantly guarantee the observance of the commitments [garantizará continuamente el cumplimiento de los compromisos]”<sup>38</sup> no significaba necesariamente la aceptación de una obligación internacional en cabeza del Estado pakistaní, por lo que el incumplimiento del contrato de prestación de servicios pre-embarque no implicaba *per se* un incumplimiento del TBI.

La sorpresa ocurrió entonces en el segundo caso, pues al poco tiempo de surtirse la decisión del Tribunal de SGS c. Pakistán, se resolvió de manera completamente diferente esta cuestión en otra disputa de SGS ante el CIADI, esta vez contra la República de Filipinas (Caso No. ARB/02/6)<sup>39</sup>. En el litigio, derivado también de un contrato para la prestación de servicios pre-embarque, SGS nuevamente alegó el incumplimiento del TBI como consecuencia del incumplimiento de la cláusula paraguas contenida en el TBI entre Suiza y Filipinas, que dispone lo siguiente: “Cada Parte Contratante cumplirá todas sus obligaciones con respecto a una inversión realizada en su territorio por un inversionista de la otra Parte Contratante”<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Debe tenerse en cuenta que, en los procesos arbitrales ante el CIADI, las partes pueden solicitar al tribunal, o éste puede hacerlo de oficio, para que decida sobre una objeción de jurisdicción antes de emitir una decisión sobre el fondo de la demanda. Sin embargo, teniendo en cuenta que las decisiones de jurisdicción suelen versar sobre asuntos como la validez del pacto arbitral, la arbitrabilidad objetiva y subjetiva de las controversias, etc. son decisiones que pueden terminar resolviendo algunos asuntos propios del fondo de la controversia.

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 362. Traducción propia.

<sup>39</sup> SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. REPÚBLICA DE FILIPINAS. CIADI, Caso No. ARB/02/6 (Decisión sobre jurisdicción, 29 de enero de 2004) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1018>

<sup>40</sup> CONFEDERACIÓN SUIZA y REPÚBLICA DE FILIPINAS. Tratado de Libre Comercio, 1997. [En línea] Art. 10 numeral 2 [Consultado: 2 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2766/philippines---switzerland-bit-1997->

Traducción propia del texto original en francés: “Chacune des Parties contractantes se conformera à toutes ses obligations à l'égard d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur de l'autre Partie contractante”.

El tribunal, aunque reconoció que el lenguaje de la cláusula analizada en la decisión del caso SGS c. Pakistán era diferente, consideró que la interpretación sobre la misma había sido restrictiva y determinó que la cláusula paraguas del TBI entre Suiza y Filipinas: “Hace que sea una violación del TBI que el Estado anfitrión no observe los compromisos vinculantes, incluidos los contractuales, que ha asumido con respecto a inversiones específicas. Pero no convierte la cuestión del alcance del contenido de tales obligaciones en una cuestión de derecho internacional”<sup>41</sup>.

Como es claro entonces, los dos tribunales fallaron de manera completamente opuesta sobre el alcance de las cláusulas paraguas, iniciando un debate en el ámbito del derecho internacional de inversión que continúa hoy en día y que comprende el asunto a tratar en esta monografía.

### 2.3. Ubicación y ejemplos

Habiendo establecido la definición y antecedentes históricos de las cláusulas paraguas, es crucial brindar claridad sobre la ubicación de éstas en los AII y dilucidar ejemplos para su comprensión. Al respecto, Radi<sup>42</sup> menciona que, independientemente de su formulación exacta, las disposiciones de los AII que pueden caracterizarse sin duda como cláusulas paraguas se encuentran en un artículo que también puede contener, por ejemplo, la norma de Trato Justo y Equitativo (en adelante “TJE”) o en un artículo separado. En este último caso, dicho artículo, a menudo denominado "Otras disposiciones" u "Otras obligaciones", se sitúa en secuencia con otros artículos que especifican el trato que debe ofrecerse a los inversores extranjeros o después de los artículos sobre la solución de controversias. Radi<sup>43</sup> destaca que

---

<sup>41</sup> SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. FILIPINAS. Op.Cit., p. 49.

Traducción propia del texto original en inglés: “[M]akes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent of content of such obligations into an issue of international law”

<sup>42</sup> RADI, Yannick. Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 43-180. ISBN 9781107499577

<sup>43</sup> *Ídem*.

estas diferencias "estructurales" son relevantes en la medida en que la "ubicación" de la cláusula paraguas ha sido utilizada como argumento para fines interpretativos.

Ahora, si bien se han abordado algunos ejemplos de cláusulas paraguas en los acápites anteriores, se enlistan algunos ejemplos de cláusulas espejo<sup>44</sup>, vigentes a la presentación de esta monografía:

1. Numeral 1 del artículo 11 del TBI entre la República de Austria y la República de Kirguistán de 2016:

Cada Parte Contratante deberá respetar cualquier obligación que haya contraído con respecto a inversiones específicas de inversionistas de la otra Parte Contratante. **Esto significa, entre otras cosas, que el incumplimiento de un contrato entre el inversionista y el Estado receptor equivaldrá a una violación de este tratado.** (Énfasis añadido)<sup>45</sup>.

2. Artículo 6 del TBI entre la República Oriental de Uruguay y Japón de 2015:

De conformidad con sus leyes, cada Parte Contratante **hará todo lo que esté a su alcance para asegurar que un acuerdo escrito en relación a una inversión específica, entre una autoridad nacional de la Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante o su inversión que sea una empresa en el Área de la primera Parte Contratante, sea respetado**, siempre y cuando el acuerdo escrito se relacione con:

(a) recursos naturales controlados por una autoridad nacional;

---

<sup>44</sup> Para estos efectos, se excluyen los AII firmados por Colombia, pues son desarrollados a profundidad en el capítulo cuatro de este trabajo.

<sup>45</sup> REPÚBLICA DE AUSTRIA y REPÚBLICA DE KIRGUISTÁN. Agreement for the Promotion and Protection of Investment Between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Kyrgyz Republic, 2016 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3688/austria---kyrgyzstan-bit-2016->

Traducción propia del texto original en inglés: "Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to specific investments by investors of the other Contracting Party. This means, inter alia, that the breach of a contract between the investor and the host State will amount to a violation of this treaty."

- (b) la prestación de servicios al público en nombre de la primera Parte Contratante; o
- (e) proyectos de infraestructura, que no sean para el uso exclusivo o predominante y el beneficio del gobierno.

Nota 1: "Autoridad nacional" refiere a una autoridad de gobierno de nivel central.

Nota 2: "Acuerdo escrito" se refiere a un acuerdo por escrito, otorgado por ambas partes, ya sea en un único instrumento o en múltiples instrumentos, por el cual se establece un intercambio de derechos y obligaciones, vinculando a ambas partes bajo la ley aplicable prevista en el subpárrafo 14(b) del Artículo 21. Para mayor certeza, no se considerarán acuerdos escritos los siguientes: (a) actos unilaterales de una autoridad administrativa o judicial, como permisos, licencias o autorizaciones otorgadas por una Parte Contratante únicamente dentro de sus potestades regulatorias, o decretos, órdenes o sentencias, en sí mismas y (b) resoluciones u homologaciones judiciales o administrativas de consentimiento<sup>46</sup>. (Énfasis añadido).

3. Numeral 2 del artículo 12 del TBI entre la Confederación Suiza y Georgia de 2014:

Cada Parte Contratante deberá respetar cualquier obligación que haya asumido con respecto a una inversión en su territorio realizada por un inversor de la otra Parte Contratante **en el ejercicio de su autoridad soberana, en la que el inversor pudiera basarse de buena fe al realizar o modificar la inversión.**<sup>47</sup> (Énfasis añadido)

4. Numeral 2 del artículo 2 del TBI entre la República de Malta y la República de Albania de 2011:

---

<sup>46</sup> JAPÓN y REPÚBLICA ORIENTAL DE URUGUAY. Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y Japón para la Liberalización, Promoción y Protección de Inversiones, 2015. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3549/japan---uruguay-bit-2015->

<sup>47</sup> CONFEDERACIÓN SUIZA y GEORGIA. Agreement between the Swiss Confederation and Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2014 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3469/georgia---switzerland-bit-2014->

Traducción propia del texto original en inglés: "Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to an investment in its territory by an investor of the other Contracting Party in the exercise of its sovereign authority, which the investor could rely on in good faith when making or modifying the investment."

(...) Cada Parte Contratante deberá respetar cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante.<sup>48</sup>

5. Numeral 2 del artículo 8 del TBI entre Rumania y la República de Kazajistán de 2010:

Cada Parte Contratante deberá respetar cualquier otra obligación que haya asumido con respecto a las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante<sup>49</sup>.

6. Artículo 8 del TBI entre la República de Singapur y el Estado de Libia de 2009:

Cada Parte Contratante deberá respetar cualquier compromiso, de conformidad con su legislación, adicional a los especificados en el presente Acuerdo, contraído por la Parte Contratante con inversores de la otra Parte Contratante en lo que respecta a sus inversiones<sup>50</sup>.

En resumen, la ubicación de estas cláusulas dentro de los AII, ya sea en un artículo separado o junto a otras disposiciones, no es una mera cuestión de forma, sino que tiene implicaciones

---

<sup>48</sup> REPÚBLICA DE MALTA y REPÚBLICA DE ALBANIA. Agreement Between The Government of the Republic of Malta and The Council of Ministers of the Republic of Albania, 2011 2014 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/28/albania---malta-bit-2011->

Traducción propia del texto original en inglés: “(...) Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.”

<sup>49</sup> RUMANIA y REPÚBLICA DE KAZAJISTÁN. Agreement between the Government of Romania and the Government of the Republic of Kazakhstan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2010 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3654/kazakhstan---romania-bit-2010->

Traducción propia del texto original en inglés: “Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments made in its territory by investors of the other Contracting Party”.

<sup>50</sup> REPÚBLICA DE SINGAPUR y ESTADO DE LIBIA. Agreement Between the Government of the Republic of Singapore and the Great Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya on the Promotion and Protection of Investments, 2009 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2407/libya---singapore-bit-2009->

Traducción propia del texto original en inglés: “Each Contracting Party shall observe any commitment in accordance with its laws additional to those specified in this Agreement, entered into by the Contracting Party with investors of the other Contracting Party as regards their investments.”

significativas en su interpretación y aplicación. Los ejemplos contemporáneos presentados reflejan la variedad en la redacción y estructura de las cláusulas paraguas, lo que refuerza la importancia de una interpretación cuidadosa y contextualizada de estas disposiciones en el marco del derecho internacional de inversiones. Esta diversidad en la formulación de las cláusulas espejo también subraya la necesidad de un análisis detallado para determinar el alcance de las obligaciones que los Estados contraen bajo estos tratados.

### **3. EFECTOS, ALCANCE, E INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN: PRINCIPALES DISCUSIONES**

Como se ha mencionado, y de acuerdo con Silva<sup>51</sup>, en términos generales, las cláusulas paraguas son disposiciones en las que los Estados contratantes se obligan a respetar, cumplir o hacer cumplir las obligaciones o compromisos que han contraído respecto de las inversiones del otro Estado contratante. Según el autor, las cláusulas paraguas se encuentran en aproximadamente en el 40% de los AII, son disposiciones usualmente muy cortas y pueden pasar desapercibidas debido a lo aparentemente inocuo de su lenguaje.

Sin embargo, es fundamental tener en cuenta que, lejos de ser inocuas, estas cláusulas han generado impactos significativos en los Estados que reciben importantes flujos de inversión extranjera. Estas consecuencias pueden ser tanto económicas como políticas, afectando la soberanía y el desarrollo de los países receptores.

Además, resulta relevante subrayar que estas disposiciones presentan una asimetría en las obligaciones, puesto que es usual que solo los Estados anfitriones se ven comprometidos a cumplir con la cláusula paraguas. Esto, aunque no exclusivo de las cláusulas paraguas, implica una desigualdad en los derechos y responsabilidades de las partes involucradas en los AII.

Según Collins<sup>52</sup>, las cláusulas paraguas son uno de los aspectos más controvertidos de los AII y del derecho internacional de la inversión en general. Estas cláusulas permiten a los inversionistas extranjeros plantear una amplia gama de asuntos aparentemente secundarios o no relacionados con el derecho internacional, a través del AII contentivo de una cláusula

---

<sup>51</sup> SILVA, Eduardo. Clase Umbrella Clause. En: TIRANT LO BLANCH, CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA y ALARB. Diplomado Online de Arbitraje Comercial Internacional Tirant Lo Blanch, Octubre de 2021.

<sup>52</sup> COLLINS, p. 207-212.

paraguas, lo que amplía considerablemente el alcance de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, a menudo más allá de lo esperado por las partes del tratado.

Así, la importancia de la cláusula paraguas se basa en la realidad de que los Estados anfitriones pueden incurrir en muchos tipos de obligaciones legales para con el inversionista extranjero, muchas de las cuales podrían ser inadecuadas para ser llevadas ante tribunales internacionales, pero que en efecto han terminado siendo discutidas en arbitrajes internacionales de inversión, gracias a las cláusulas espejo. De ahí que, según Ho<sup>53</sup> la responsabilidad estatal por incumplimiento de contratos en el derecho internacional no ha surgido de la práctica estatal y de los tratados, sino de las decisiones arbitrales.

En consecuencia, a continuación, se exponen los principales asuntos controversiales respecto de los efectos, interpretación y alcance de estas disposiciones:

### **3.1. Internacionalización de incumplimientos contractuales**

Según Silva<sup>54</sup>, en la mayoría de los casos, cuando un inversionista invoca una cláusula paraguas, lo hace para elevar las controversias contractuales al nivel de AII. La invocación de una cláusula paraguas con base en incumplimientos contractuales por parte de un inversionista plantea cuestiones cruciales sobre la jurisdicción de los tribunales internacionales de inversión y los efectos de la suscripción de AII.

Claramente, como explica Collins<sup>55</sup> los gobiernos pueden celebrar contratos como los ciudadanos privados comunes. Dichos contratos, como acuerdos de concesión o posiblemente contratos ordinarios para servicios o bienes, inevitablemente contendrán promesas contractuales vinculantes. A menudo establecerán un mecanismo de resolución de

---

<sup>53</sup> HO, Jane. The evolution of contractual protection in international law: accessing diplomatic archives, discovering diplomatic practice, and constructing diplomatic history. En SCHILL, Stephan W., TAMS, Christian J. y HOFMANN, Rainer. *International Investment Law and History*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018. p.226-234. ISBN 9781786439956.

<sup>54</sup> SILVA, Eduardo. Clase Umbrella Clause. En: TIRANT LO BLANCH, CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA y ALARB. *Diplomado Online de Arbitraje Comercial Internacional Tirant Lo Blanch*, Octubre de 2021.

<sup>55</sup> COLLINS. *Op.Cit.*, p.207-212.

disputas en los tribunales locales o, en caso de no abordar la cuestión del foro, la ley nacional dictará que las reclamaciones por incumplimiento de contratos deben presentarse en los tribunales nacionales, como ocurre en la mayoría de las jurisdicciones.

Sin embargo, el inversionista extranjero frecuentemente deseará evitar los tribunales locales, optando en su lugar por presentar sus reclamaciones a través del arbitraje internacional de inversiones invocando la cláusula paraguas. En estas circunstancias, se plantea el interrogante de si, en presencia de una cláusula paraguas y un incumplimiento contractual, dicha controversia puede considerarse una violación del tratado y, por lo tanto, ser resuelta por un tribunal internacional de inversión.

Así, por ejemplo, en el laudo arbitral del 12 de octubre de 2005 en el caso Noble Ventures, Inc. contra Rumanía<sup>56</sup> el tribunal se cuestionó si el artículo II (2) (c) del TBI entre Estados Unidos y Rumanía de 1992 era una cláusula paraguas que transformara los compromisos contractuales entre las partes de este litigio en obligaciones de derecho internacional y, en consecuencia, convertía en violación del TBI por parte de Rumanía el incumplimiento de una obligación contractual que había contraído con Noble Ventures, Inc. El artículo II (2)(c) de tal tratado disponía lo siguiente “Cada parte deberá respetar cualquier obligación contraída en relación con las inversiones”<sup>57</sup>.

Para resolver tal pregunta, el tribunal tuvo en cuenta lo decidido en SGS c. Pakistán y SGS c. Filipinas, abordados en el acápite primero de este escrito, pero aclaró que la redacción de las cláusulas debía ser revisada caso por caso y ser interpretada de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esto es, de acuerdo con los principios de buena fe y efectividad (*effet utile*), teniendo en cuenta el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éste y considerando su objeto y finalidad.

---

<sup>56</sup> NOBLE VENTURES C. RUMANÍA. CIADI Caso No. ARB/01/11 (Laudo, 12 de octubre de 2005) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/747>

<sup>57</sup> *Ibid.* p. 47.

Traducción propia del texto original en inglés: “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”.

En virtud de ello, determinó lo siguiente:

Considerando que el Art. II (2)(c) del TBI utiliza el término "deberá" y que forma parte del artículo que establece las principales obligaciones sustanciales asumidas por las partes, **no cabe duda de que el artículo pretendía crear obligaciones, y obviamente obligaciones más allá de las especificadas en otras disposiciones del propio TBI. Dado que los Estados no suelen celebrar, con referencia a inversiones específicas, acuerdos internacionales especiales además de los tratados bilaterales de inversión existentes, es difícil entender la noción de "obligación" como referida a obligaciones contraídas en virtud de otros acuerdos "internacionales". Y dado que tales acuerdos, en caso de celebrarse, también estarían sujetos al principio general de pacta sunt servanda, ciertamente no habría necesidad de una cláusula de ese tipo. Por el contrario, además del TBI, lo que se suele celebrar en materia de inversiones son los llamados contratos de inversión entre los inversionistas y el Estado anfitrión. Tales acuerdos describen los derechos y deberes específicos de las partes en relación con una inversión concreta. En este contexto, y teniendo en cuenta la redacción del Art. II (2)(c) que habla de "cualquier obligación que [una parte] haya contraído con respecto a inversiones", es difícil no considerar que se trata de una clara referencia a los contratos de inversión. De hecho, cabe preguntarse qué otras obligaciones pueden haber tenido en mente las partes como "contraídas" por un Estado receptor con respecto a una inversión. El empleo de la noción "contraídas" indica que se hace referencia a compromisos específicos y no a compromisos generales, por ejemplo, mediante actos legislativos.** Esta es también la razón por la que el Art. II (2)(c) sería en gran medida una base vacía a menos que se entendiera que se refiere a contratos. En consecuencia, la redacción del artículo II (2) (c) proporciona un apoyo sustancial para una interpretación del artículo II (2) (c) como un "contrato". II (2)(c) como una auténtica cláusula paraguas<sup>58</sup>.(Énfasis añadido)

---

<sup>58</sup> *Ibid.* p. 61.

En este sentido, el tribunal<sup>59</sup> arguyó que cualquier otra interpretación del artículo precitado lo privaría de contenido práctico, yendo en contra del principio de eficacia. Además, a pesar de que explicó la diferencia entre los compromisos domésticos e internacionales de los Estados, y que el incumplimiento de contratos por parte de los Estados no genera responsabilidad internacional directa de éstos determinó que las cláusulas paraguas podrían hacer que tales circunstancias cambiaran; veamos:

En otras palabras, dos Estados pueden incluir en un tratado bilateral de inversión una disposición en virtud de la cual, en aras de la consecución de los objetos y fines del tratado, el Estado receptor pueda incurrir en responsabilidad internacional por razón del incumplimiento de sus obligaciones contractuales frente al inversor privado de la otra Parte, quedando así "internacionalizado" el incumplimiento contractual, es decir, asimilado a un incumplimiento del tratado. En tal caso, un tribunal internacional estará obligado a tratar de dar efecto útil a la disposición que las partes hayan adoptado<sup>60</sup>.

---

Traducción propia del texto original en inglés: “Considering that Art. II (2)(c) BIT uses the term “shall” and that it forms part of the Article which provides for the major substantial obligations undertaken by the parties, there can be no doubt that the Article was intended to create obligations, and obviously obligations beyond those specified in other provisions of the BIT itself. Since States usually do not conclude, with reference to specific investments, special international agreements in addition to existing bilateral investment treaties, it is difficult to understand the notion “obligation” as referring to obligations undertaken under other “international” agreements. And given that such agreements, if concluded, would also be subject to the general principle of *pacta sunt servanda*, there would certainly be no need for a clause of that kind. By contrast, in addition to the BIT, what are often concluded concerning investments are so-called investment contracts between investors and the host State. Such agreements describe specific rights and duties of the parties concerning a specific investment. Against this background, and considering the wording of Art. II (2)(c) which speaks of “any obligation [a party] may have entered into with regard to investments”, it is difficult not to regard this as a clear reference to investment contracts. In fact, one may ask what other obligations can the parties have had in mind as having been “entered into” by a host State with regard to an investment. The employment of the notion “entered into” indicates that specific commitments are referred to and not general commitments, for example by way of legislative acts. This is also the reason why Art. II (2)(c) would be very much an empty base unless understood as referring to contracts. Accordingly, the wording of Article II(2)(c) provides substantial support for an interpretation of Art. II (2)(c) as a real umbrella clause.”

<sup>59</sup> *Ibid.* p. 63.

<sup>60</sup> *Ibid.* p. 64.

Traducción propia del texto original en inglés: “In other words, two States may include in a bilateral investment treaty a provision to the effect that, in the interest of achieving the objects and goals of the treaty, the host State may incur international responsibility by reason of a breach of its contractual obligations towards the private investor of the other Party, the breach of contract being thus “internationalized”, i.e. assimilated to a breach of the treaty. In such a case, an international tribunal will be bound to seek to give useful effect to the provision that the parties have adopted”.

Tales razonamientos entonces llevaron a que el tribunal en el caso de Noble Ventures Inc. contra Rumanía analizara si el Estado huésped había incumplido el contrato con la empresa demandante para determinar su responsabilidad internacional, puesto que tal contrato había sido internacionalizado en virtud de la cláusula paraguas.

Posteriormente, otro caso que ilustró la postura de que las cláusulas paraguas tienen el poder de internacionalizar los compromisos contractuales fue el de BIVAC B.V. contra la República de Paraguay<sup>61</sup> en el cual se discutía si el tribunal era competente para dirimir la disputa generada por el supuesto incumplimiento de Paraguay de un contrato celebrado con la demandante, bajo el supuesto de que tal incumplimiento constituía una violación del TBI celebrado entre Paraguay y el Reino de los Países Bajos de 1992 en virtud de la cláusula paraguas contenida en su artículo 3(4).

Al respecto, el tribunal, en la Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción proferida el 19 de mayo de 2009, determinó lo siguiente:

141. Hemos considerado cuidadosamente el sentido y alcance del Artículo 3(4) del TBI. Reconocemos, en especial, que no existe una *jurisprudence* constante sobre los efectos de las cláusulas paraguas; que sobre este tema las opiniones jurídicas están divididas; que la relación entre los actos comerciales y los actos soberanos de los gobiernos no está exenta de dificultades, y que cada cláusula en particular debe ser interpretada y aplicada de acuerdo con su texto preciso y con el contexto en que haya sido incluida en un TBI. Hemos sopesado y debatido cuidadosamente los argumentos contrapuestos de las partes, tras lo cual la conclusión que ha prevalecido es que **el Artículo 3(4) del TBI impone una obligación internacional a las partes del TBI de cumplir obligaciones contractuales en relación con los inversionistas**. Un aspecto significativo, para llegar a esta conclusión, fue la amplia redacción del texto del Artículo 3(4) del TBI, que establece que el Paraguay: “cumplirá toda obligación que haya contraído en relación con inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante”. **Los términos “toda**

---

<sup>61</sup> BUREAU VERITAS, INSPECTION, VALUATION, ASSESSMENT AND CONTROL, BIVAC B.V. C. REPÚBLICA DE PARAGUAY. CIADI Caso No. ARB/07/9 (Decisión de jurisdicción, 29 de mayo de 2009) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/179>

**obligación” son omnicomprensivos. No se limitan a las obligaciones internacionales, ni a obligaciones no contractuales, por lo cual parecen no contener ninguna limitación manifiesta con respecto a compromisos que impongan obligaciones jurídicas. En su sentido llano indudablemente pueden interpretarse como inclusivos de un acuerdo contractual celebrado por BIVAC y el Ministerio de Hacienda del Paraguay en virtud del cual los supuestos incumplimientos del Ministerio son atribuibles al Estado.** Además la cláusula paraguas aparece tempranamente en el TBI, en la misma disposición que impone la obligación de dispensar un trato justo y equitativo, y está ubicada antes de la obligación relativa a la expropiación, lo que podría distinguir a este TBI de aquél al que se refiere el caso SGS c. Pakistán (aun suponiendo que sea aplicable el argumento del tribunal sobre la ubicación dentro de un tratado de cualquier texto determinado para que tenga fuerza jurídica). Además, consideramos que la cláusula paraguas debe ser interpretada de modo que posea cierto sentido y surta cierto efecto práctico: el Paraguay no ha explicado la finalidad ni el efecto de la cláusula paraguas, si los mismos difieren de los que alega BIVAC.

142. Por estas razones **concluimos que el Artículo 3(4) del TBI efectivamente surte el efecto que alega BIVAC, consistente en dar al Tribunal competencia para entender en una reclamación que surge del Contrato o está directamente relacionada con él.** No obstante, la cuestión no termina ahí. Asumiendo que el Artículo 3(4) efectivamente introdujo en el TBI las obligaciones previstas en el Contrato, haciendo a este Tribunal competente para interpretar y aplicar el Contrato como tal, entonces dicho artículo debe haber importado en el TBI todas las obligaciones frente a BIVAC que el Contrato impuso al Paraguay. Esto incluiría no sólo la obligación de efectuar el pago de facturas conforme a los requisitos del Contrato, sino también (como mínimo implícitamente) la obligación de garantizar la posibilidad de acudir a los tribunales de la Ciudad de Asunción para resolver cualquier “conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al” Contrato. Esto plantea una cuestión de admisibilidad, a la que pasamos ahora a referirnos. Una cosa es el efecto de una cláusula paraguas, y otra diferente la cuestión de si tal cláusula puede ser invocada en circunstancias en que las partes han convenido claramente en una jurisdicción exclusiva

para la resolución de diferencias contractuales que puedan estar comprendidas dentro de las disposiciones de la cláusula paraguas<sup>62</sup>. (Énfasis añadido)

De lo anterior se desprende que uno de los sentidos útiles de una cláusula paraguas que exija el cumplimiento de cualquier obligación es la internacionalización del contrato, en tanto parte del TBI .

Ahora bien, partiendo de la base de que los conflictos contractuales pueden convertirse en asuntos de relevancia internacional, hay dos interrogantes interesantes adicionales a resolver. En primer lugar, ¿basta con cualquier incumplimiento contractual para considerar que se ha incumplido la cláusula paraguas<sup>63</sup> o el incumplimiento debe recaer en obligaciones en las que el Estado se comprometa ejerciendo su poder soberano?

En segundo lugar, en el marco de las cláusulas espejo, se ha debatido si, al utilizarlas para elevar disputas contractuales, se pueden ignorar las cláusulas de selección del tribunal acordadas en los contratos y recurrir al arbitraje de inversión, así:

Evidentemente, los tribunales siguen atormentados por el fantasma de la internacionalización de los compromisos contractuales al por mayor mediante tratados. Podría decirse que las metáforas poco afortunadas de la transformación, el "efecto espejo" y la elevación han hecho un mal servicio a la claridad de pensamiento. Una vez que se acepta que el tribunal de inversiones puede ser parte en un acuerdo o tener de otro modo jurisdicción para abordar reclamaciones contractuales, nada impide (1) la idea de que las cláusulas de un tratado podrían convertir las disputas contractuales en violaciones del tratado, o (2) que al determinar una violación del tratado el tribunal de inversiones podría —de hecho, debería— realizar un *renvoi*. No existe un derecho contractual convencional, pero un tratado podría exigir a un tribunal que realizara un

---

<sup>62</sup> *Ibid.* p. 58-59.

<sup>63</sup> RADI. Op.Cit., p. 43-180.

análisis contractual en el marco de un sistema jurídico nacional apropiado. La norma del tratado apunta, a modo de *renvoi*, al análisis jurídico nacional<sup>64</sup>.

A continuación, se abordan en profundidad los interrogantes previos relacionados con la internacionalización de incumplimientos contractuales mediante el uso de cláusulas espejo, siguiendo este orden: (i) incumplimientos soberanos y no soberanos, y (ii) la coexistencia de las cláusulas paraguas con las cláusulas de jurisdicción exclusiva.

### 3.1.1. Incumplimientos soberanos y no soberanos

Como se ha mencionado, respecto a la cuestión de si las controversias contractuales pueden elevarse a violaciones de tratado a través de cláusulas paraguas, existe una postura que sostiene que para resolver este interrogante se debe diferenciar entre incumplimientos soberanos y no soberanos. En otras palabras, se debate si cualquier incumplimiento de un contrato por parte de un Estado puede elevarse a una violación del tratado, o si tal incumplimiento debe ocurrir en virtud del ejercicio del poder soberano del Estado. Según Ho<sup>65</sup>, esta última postura —que sostiene que solo los incumplimientos contractuales cometidos en la capacidad soberana de un Estado pueden constituir una violación del derecho internacional— ha llevado a numerosos tribunales a limitar el alcance de la protección contractual ofrecida por las cláusulas paraguas. Dado que incumplimientos contractuales simples, como una falta de pago, no son necesariamente actos soberanos, tales incumplimientos no podrían caracterizarse como violaciones del derecho internacional.

---

<sup>64</sup> LIM, C.L.; HO, Jean y PAPANINSKIS. Op. Cit. p. 366.

Traducción propia del texto original en inglés: “Evidently, tribunals continue to be haunted by the spectre of the internationalisation of contractual commitments wholesale by treaty. Arguably, the unfortunate metaphors of transformation, “mirror effect” and elevation have done clarity of thought a disservice. Once it is accepted that the investment tribunal may be party agreement or otherwise have the jurisdiction to address contractual claims, then nothing prevents either (1) the idea that treaty clauses could make contractual disputes breaches of treaty violation, or (2) that in determining a treaty breach the investment tribunal could – indeed, should, perform a *renvoi*. There is no treaty law of contract, but a treaty could require a tribunal to engage in contractual analysis under an appropriate domestic legal system. The treaty rule points, by way of *renvoi*, to domestic legal analysis”.

<sup>65</sup> HO. Op.Cit., p. 226-234.

Es importante destacar que la distinción entre actos soberanos y comerciales es un tema ampliamente debatido en el derecho internacional de inversiones y el arbitraje internacional. Así, no solo es crucial dilucidar si cualquier incumplimiento podría ser elevado a través de la cláusula paraguas o si debe ser un incumplimiento soberano, sino también cómo se clasifican los actos del Estado. Ello, teniendo en cuenta que, de acuerdo con Muchlinski<sup>66</sup> y Dolzer y Schreuer<sup>67</sup>, la forma en que se clasifica una acción, como soberana o comercial, podrá influir en la protección que los inversionistas reciben bajo tratados de inversión.

Por lo tanto, los casos analizados en esta discusión no solo examinan qué incumplimientos pueden ser elevados a través de las cláusulas paraguas, en cuanto a si son soberanos o no soberanos, sino también la clasificación misma de los actos soberanos y comerciales. Para una mayor comprensión, autores como Vandeveld<sup>68</sup> han definido un acto soberano como una acción realizada por un Estado en el ejercicio de su autoridad y poder soberano, relacionada con la regulación de la política pública y el interés general del Estado. Por otro lado, un acto comercial se define como una acción llevada a cabo por un Estado en el contexto de una relación comercial o contractual, orientada a cumplir con obligaciones comerciales y contractuales<sup>69</sup>.

Primero, en *SGS c. Pakistán*<sup>70</sup>, ya abordado anteriormente, el tribunal arbitral determinó que una cláusula paraguas en un TBI podría elevar cualquier incumplimiento contractual por parte del Estado a una violación del tratado. Con relación a lo estudiado en este capítulo, el tribunal argumentó que el incumplimiento en cuestión no se refería a un acto soberano sino a una simple falta contractual, destacando que la cláusula paraguas puede cubrir incumplimientos de naturaleza comercial.

---

<sup>66</sup> MUCHLINSKI, Peter. *Multinational Enterprises and the Law*. (3ra.edición) Oxford. Oxford University Press, 2021. 912 p. ISBN 9780198824145.

<sup>67</sup> DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. (2da. edición) Oxford: Oxford University Press, 2012. 454 p. ISBN 9780199651801.

<sup>68</sup> VANDEVELDE, Kenneth J., A Brief History of International Investment Agreements. En *U.C. Davis Journal of International Law & Policy* [En línea] Vol. 12, No. 1. [Consultado: 30 de agosto de 2024]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1478757>

<sup>69</sup> MUCHLINSKI. *Op.Cit.*; DOLZER y SCHREUER. *Op. Cit.* 912p.

<sup>70</sup> *SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. PAKISTÁN*. *Op.Cit.*, p.352-373.

Posteriormente, en el caso Eureka c. Polonia<sup>71</sup>, se reafirmó esta interpretación amplia de las cláusulas paraguas. En este caso, una empresa holandesa alegó que Polonia había incumplido un contrato para la venta de acciones, lo que constituía una violación de la cláusula paraguas contenida en el TBI. El tribunal arbitral dio la razón a la empresa, confirmando así la tendencia a considerar que estas cláusulas permiten a los inversionistas extranjeros someter disputas contractuales al arbitraje internacional."

En este caso, el tribunal mencionó que, a pesar de que el incumplimiento fue de naturaleza comercial, la cláusula paraguas ofrecía una protección adicional que no excluía los actos comerciales del alcance del tratado. Tal postura fue asumida con fundamento en el párrafo primero del artículo 31 de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, así:

El significado llano —el «significado ordinario»— de una disposición que prescribe que un Estado «observará cualesquiera obligaciones que haya contraído» con respecto a ciertas inversiones extranjeras no es oscuro. La frase «observará» es imperativa y categórica. «Cualesquiera» obligaciones es amplia; significa no sólo obligaciones de cierto tipo, sino “cualesquiera” — es decir, todas— obligaciones contraídas con respecto a inversiones de inversores de la otra Parte Contratante. (...) La codificación autorizada del derecho de los tratados es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado en vigor entre la gran mayoría de los Estados de la comunidad mundial. El apartado 1 del artículo 31 de dicha Convención establece que: «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin». (...) Se ha expuesto el sentido corriente del artículo 3.5 (...) De ello se deduce que el efecto del artículo 3.5 en este procedimiento no puede pasarse por alto, ni equipararse a las disposiciones del Tratado sobre trato justo y equitativo, trato nacional, trato de nación más favorecida, privación de inversiones y protección y seguridad plenas. Por el

---

<sup>71</sup> EUREKO B.V. C. RÉPUBLIQUE DE POLONIE. CIADI. Caso No. ARB/11/25 (Laudo, 19 de agosto de 2005) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/412>

contrario, el artículo 3.5 debe interpretarse en el sentido de que significa algo en sí mismo<sup>72</sup>.

El caso de Noble Ventures contra Rumanía<sup>73</sup>, ya mencionado, también es un ejemplo relevante. En este caso, el tribunal reconoció que la cláusula paraguas podía elevar incumplimientos contractuales a violaciones del tratado, dependiendo de la naturaleza de la obligación contractual y su relación con las obligaciones del Estado bajo el tratado, sin realizar ningún análisis respecto del carácter soberano del incumplimiento, veamos:

Sin embargo, es innecesario que el Tribunal exprese una conclusión definitiva sobre si, por lo tanto, a pesar de las consecuencias de la naturaleza excepcional de las cláusulas paraguas, mencionadas en el párrafo 55 supra, el Art. II(2)(c) del TBI asimila perfectamente al incumplimiento del TBI cualquier incumplimiento por parte del Estado anfitrión de cualquier obligación contractual determinada por su derecho interno o si la expresión «cualquier obligación», a pesar de su aparente amplitud, debe entenderse sujeta a alguna limitación a la luz de la naturaleza y los objetivos del TBI. Dado que, en los hechos del presente caso, como se desprenderá de lo que sigue, las conclusiones finales del Tribunal no se verían afectadas en un sentido u otro por la resolución de esa cuestión, el Tribunal procede sobre la base de que, al incluir el Art. II(2)(c) en el TBI, las Partes tenían como objetivo equiparar las obligaciones contractuales regidas por el

---

<sup>72</sup> EUREKO B.V. C. RÉPUBLIQUE DE POLONIE. Op. Cit. p.78-79.

Traducción propia del texto original en inglés: "The plain meaning — the "ordinary meaning"— of a provision prescribing that a State "shall observe any obligations it may have entered into" with regard to certain foreign investments is not obscure. The phrase, "shall observe" is imperative and categorical. "Any" obligations is capacious; it means not only obligations of a certain type, but "any" - that is to say, all - obligations entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party. (...) The authoritative codification of the law of treaties is the Vienna Convention on the Law of Treaties, a treaty in force among the very great majority of the States of the world community. Article 31, paragraph 1, of that Convention provides that: "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." (...) The ordinary meaning of Article 3.5 has been set out (...) It follows that the effect of Article 3.5 in this proceeding cannot be overlooked, or equated with the Treaty's provisions for fair and equitable treatment, national treatment, most-favored-nation treatment, deprivation of investments, and full protection and security. On the contrary, Article 3.5 must be interpreted to mean something in itself"

<sup>73</sup> NOBLE VENTURES C. RUMANÍA. Op. Cit. p.58-66.

derecho interno a las obligaciones derivadas de tratados internacionales, tal y como se establecen en el TBI<sup>74</sup>.

Igualmente, en *Azurix Corp. c. Argentina*<sup>75</sup>, y aunque en este caso no fue aplicada la cláusula paraguas, el tribunal, al analizar su competencia, expresó que su tarea consistía en determinar si las presuntas acciones u omisiones contractuales de Argentina constituían una violación del TBI, considerando que Azurix invocaba la cláusula paraguas y un contrato de concesión firmado por este país. Si bien el tribunal dictaminó que el contrato no podía ser analizado con fundamento en el principio de relatividad los contratos<sup>76</sup> — pues Azurix no era parte de éste—, dilucidó esta cuestión a manera de *obiter dictum*, en el siguiente sentido:

A ese efecto, y dado que las alegaciones de la Demandante se basan en diferencias relacionadas con el Contrato de Concesión, el Tribunal deberá determinar la medida en que la Provincia actuó en ejercicio de su autoridad soberana, como subdivisión política de la Demandada, o como parte en un contrato. Según lo declarado por el tribunal en la causa *Consortium FRCC c. Royaume du Maroc*, un Estado puede cumplir un contrato

---

<sup>74</sup> *Ibid.* p.66.

Traducción propia del texto original en inglés: “*However, it is unnecessary for the Tribunal to express any definitive conclusion as to whether therefore, despite the consequences of the exceptional nature of umbrella clauses, referred to at paragraph 55 above, Art. II(2)(c) of the BIT perfectly assimilates to breach of the BIT any breach by the host State of any contractual obligation as determined by its municipal law or whether the expression “any obligation”, despite its apparent breadth, must be understood to be subject to some limitation in the light of the nature and objects of the BIT. Since, on the facts of the present case, as will appear from what follows, the Tribunal’s ultimate conclusions would not be affected one way or the other by the resolution of that question, the Tribunal proceeds on the basis that, in including Art. II(2)(c) in the BIT, the Parties had as their aim to equate contractual obligations governed by municipal law to international treaty obligations as established in the BIT*”.

<sup>75</sup> AZURIX CORP. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI Caso No. ARB/01/12 (Laudo, 14 de julio de 2006) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/118>

<sup>76</sup> *Ibid.* p. 155.

Respecto de la cláusula paraguas, el tribunal manifestó expresamente:

“Como ya había declarado al afirmar su competencia dentro de los límites permitidos por el Convenio y el TBI, el Tribunal considera que ninguna de las reclamaciones contractuales propiamente dichas se refieren a un contrato entre las partes en este procedimiento, pues ni la Provincia ni ABA son partes en él. Si bien Azurix puede presentar una demanda con arreglo al TBI por incumplimientos cometidos por Argentina, no hay ningún compromiso con Azurix que Argentina deba respetar, salvo las obligaciones contraídas en virtud del TBI. Aún si se aceptara la argumentación de que, en virtud del Artículo II(2)(c), Argentina fuese responsable de las supuestas violaciones del Contrato de Concesión por parte de la Provincia, la parte en este Contrato no era Azurix, sino ABA.”

en forma insatisfactoria, pero sin que ello resulte en una violación de las disposiciones de un tratado, “a menos que se demuestre que el Estado o sus órganos se han extralimitado en su papel de mera parte en el contrato y han ejercido funciones propias de una entidad soberana”. Cabe señalar, no obstante, que no se trataba de un contrato ordinario entre dos partes del sector privado, sino de un contrato de concesión que contenía el régimen tarifario de la Concesión, y que las medidas en cuestión fueron adoptadas por la Provincia en su carácter de autoridad pública y mediante el dictado de resoluciones a través de su entidad reguladora y de decretos, medidas que difícilmente podrían definirse como las que toma una “mera parte en el contrato”<sup>77</sup>.

Asimismo, en *El Paso Energy International Corp. c. Argentina* el tribunal consideró preciso distinguir el papel del Estado como comerciante, del papel del Estado como soberano, veamos:

[L]a cláusula paraguas del Artículo II del TBI, leída junto con las disposiciones del Artículo VII, no extienden la protección del Tratado a los incumplimientos de un contrato comercial ordinario celebrado por el Estado a una entidad estatal, aunque si abarcan las protecciones adicionales de la inversión acordadas contractualmente por el Estado en calidad de soberano — como una cláusula de estabilización— incluidas en un acuerdo de inversión (...) En conclusión, en opinión de este Tribunal, siguiendo los importantes precedentes establecidos por Tribunales presididos por el juez Feliciano, el juez Guillaume y el profesor Orrego Vicuña, una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aun los de menor importancia, se transformarían en reclamos basados en un tratado<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> *Ibid.* p. 18.

<sup>78</sup> EL PASO ENERGY INTERNATIONAL COMPANY C. REPÚBLICA ARGENTINA, CIADI Caso No. ARB/03/15 (Decisión de jurisdicción, 27 de abril de 2006) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/382>

También, en *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto*<sup>79</sup> el tribunal determinó que, si bien cualquier respuesta respecto de la internacionalización de los contratos tenía que ser tan específica como el tratado o contrato en cuestión, podía efectuarse una distinción básica general entre los aspectos comerciales del litigio y aquellos que entrañasen la existencia de formas de intervención estatal en la operación del contrato en cuestión.

Igualmente, en *Sempra Energy International c. Argentina* el tribunal distinguió entre conducta que solo un Estado soberano podría llevar a cabo e incumplimientos comerciales ordinarios, señalando que los primeros podrían constituir violaciones del tratado, mientras que los segundos no.

Posteriormente, en *BIVAC c. Paraguay*<sup>80</sup>, y como fue esbozado anteriormente, el tribunal no hizo una distinción explícita entre actos soberanos y comerciales, sugiriendo que la sola existencia de la cláusula paraguas es suficiente para otorgarle jurisdicción respecto de los reclamos que surgen directamente en relación al contrato.

Otro caso relevante es aquel de *Burlington c. Ecuador*<sup>81</sup>. Debido a un aumento en los precios del petróleo, Ecuador intentó renegociar los términos de sus contratos con la empresa americana Burlington Oriente. Tras el fracaso de las negociaciones, Ecuador promulgó la Ley 42 en 2006, imponiendo un impuesto sobre las ganancias extraordinarias, que aumentó gradualmente hasta un 99%. Burlington Oriente solicitó a PetroEcuador que absorbiera los efectos de la Ley 42, según una garantía de estabilidad económica acordada en el contrato, pero PetroEcuador no cumplió con esta obligación. En 2009, Ecuador confiscó la producción y tomó control de las operaciones de Burlington Oriente.

---

<sup>79</sup> JOY MINING MACHINERY LIMITED C. REPÚBLICA ÁRABE DE EGIPTO. CIADI Caso No. ARB/03/11 (Decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2004) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/590>

<sup>80</sup> BIVAC B.V. C. PARAGUAY. Op.Cit., p.1-68.

<sup>81</sup> BURLINGTON RESOURCES INC. C. REPÚBLICA DE ECUADOR. CIADI Caso No. ARB/08/5 (Decisión sobre responsabilidad, 14 de diciembre de 2012) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/181>

En respuesta, Burlington inició un arbitraje bajo el AII entre EE. UU. y Ecuador, alegando que Ecuador había violado varios estándares de trato justo y expropiación. Sin embargo, el tribunal encontró jurisdicción únicamente sobre el reclamo de expropiación, determinando que Ecuador había expropiado ilegalmente la inversión de Burlington mediante la toma física, no por la promulgación de la Ley 42.

El tribunal abordó la interacción entre la garantía de estabilidad económica y la cláusula paraguas, que protege a los inversionistas frente al incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Estado. Aunque el tribunal reconoció la validez de la cláusula de indemnización fiscal como una garantía de estabilidad económica, concluyó que la negativa de PetroEcuador a absorber los efectos de la Ley 42 constituyó una violación comercial de dicha garantía, mientras que la promulgación de la ley fue considerada un acto soberano.

Burlington c. Ecuador destaca cómo la cláusula paraguas puede interactuar con otros mecanismos de protección, como las garantías de estabilidad económica. Aunque el tribunal no tuvo jurisdicción sobre el reclamo específico de la cláusula paraguas, realizó un análisis detallado de cómo esta cláusula podría aplicarse. El tribunal subrayó que, aunque la cláusula paraguas suele proteger a los inversionistas frente a incumplimientos soberanos, en este caso, la negativa de PetroEcuador a cumplir con la garantía de estabilidad económica se consideró una violación comercial. Esto sugiere un enfoque más amplio respecto a la interpretación de la cláusula paraguas, que podría extender su protección a incumplimientos comerciales, no solo soberanos.

En resumen, el Tribunal en Burlington c. Ecuador no solo abordó la aplicación de la cláusula paraguas en relación con la garantía de estabilidad económica, sino que también cuestionó la estricta distinción entre incumplimientos comerciales y soberanos en el marco de las inversiones internacionales, resaltando la posible protección que la cláusula paraguas puede ofrecer en diferentes contextos.

Asimismo, en *Strabag SE c. Libia*<sup>82</sup>, el tribunal consideró que la cláusula paraguas ofrecía protección no solo contra actos soberanos, sino también contra incumplimientos contractuales que impactaran negativamente en la inversión. El tribunal afirmó que la cláusula paraguas en cuestión estaba diseñada para proteger los derechos contractuales del inversionista de cualquier incumplimiento que pudiera menoscabar la inversión, independientemente de si el incumplimiento era de carácter soberano pues lo más importante era el lenguaje de la cláusula. Veamos:

Aunque el Tribunal siente un gran respeto por los defensores de tales puntos de vista, no puede estar de acuerdo en que los argumentos relativos al *puissance publique* o sobre los límites inherentes percibidos de la jurisdicción internacional puedan modificar o condicionar el lenguaje llano de los tratadistas en el Artículo 8( I). En cualquier caso, aunque el requisito de *puissance publique* está ausente en el Artículo 8(1) del Tratado, como se discute más detalladamente infra, las circunstancias de hecho muestran claramente que todos los contratos de Al Hani se realizaron para importantes proyectos públicos de infraestructuras en interés de Libia. La contratación de este tipo de contratos de obras públicas es, de hecho, una función típica del Estado, no una actividad comercial llevada a cabo *Jure privatorum*. Además, su ejecución implicó la actuación de una serie de órganos del Estado en el ejercicio de sus competencias gubernamentales<sup>83</sup>.

En conclusión, la cuestión de si los incumplimientos contractuales pueden elevarse a violaciones de tratados a través de cláusulas paraguas ha sido objeto de un debate significativo en el ámbito del derecho internacional de inversiones y el arbitraje internacional. La distinción entre actos soberanos y no soberanos emerge como un factor crucial en este

---

<sup>82</sup> STRABAG SE C. LIBIA. CIADI Caso No. ARB(AF)/15/1 (Laudo, 29 de junio de 2020) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/8447>

<sup>83</sup> *Ibid.* p. 50.

Traducción propia del texto original en inglés: “While the Tribunal has great respect for the proponents of such views, it is not able to agree that arguments regarding *puissance publique* or on the perceived inherent limits of international jurisdiction can amend or condition the plain language of the treaty-makers in Article 8(I). In any case, although the requirement of *puissance publique* is absent in Article 8(1) of the Treaty, as discussed more fully infra, the factual circumstances clearly show that Al Hani's contracts were all made for significant public infrastructural projects in the interest of Libya. Contracting for such public works contracts is in fact a typical State function, not a commercial activity carried out *Jure privatorum*. Further, their performance involved actions by a range of State organs exercising their governmental powers.”

debate. Como se ha discutido, la postura de que solo los incumplimientos contractuales cometidos en el ejercicio del poder soberano del Estado pueden constituir violaciones del tratado ha llevado a muchos tribunales a limitar el alcance de las cláusulas paraguas.

El análisis de estos casos revela que la aplicación de la cláusula paraguas es compleja y varía según el contexto y la interpretación de los tribunales. La diferenciación entre actos soberanos y comerciales sigue siendo un tema de debate, y la protección ofrecida por la cláusula paraguas puede depender de la naturaleza del incumplimiento y de cómo se clasifiquen los actos del Estado en cuestión.

### **3.1.2. Concurrencia de las cláusulas paraguas con cláusulas de jurisdicción exclusiva**

En el ámbito del derecho internacional de inversiones, el conflicto entre las cláusulas paraguas y las cláusulas de selección de foro ha generado importantes debates y decisiones contradictorias en diversos tribunales arbitrales. Las cláusulas de selección de foro son disposiciones contractuales específicas que establecen de manera explícita el tribunal o la jurisdicción competente para resolver cualquier disputa que surja del contrato. Estas cláusulas buscan brindar certeza y previsibilidad al determinar ex ante el foro apropiado para la resolución de conflictos entre las partes contratantes.

En otras palabras, según Born:

Una cláusula de elección de foro es un acuerdo que permite u obliga a las partes a presentar sus demandas ante un tribunal nacional designado. Los acuerdos de elección de foro pueden ser «exclusivos» (es decir, exigen que todos los litigios entre las partes se lleven a cabo únicamente en su foro contractual, y en ningún otro) o «no exclusivos» (es decir, permiten que los litigios entre las partes se lleven a cabo en su foro contractual, pero no prohíben que las demandas se presenten ante otros tribunales competentes). Los

acuerdos de selección de foro también se denominan a veces «cláusulas de jurisdicción», «acuerdos de elección de foro» o «cláusulas de foro»<sup>84</sup>.

La interacción entre estas y las cláusulas espejo ha dado lugar a decisiones divergentes en el ámbito del arbitraje internacional, especialmente en casos en los que la existencia de una cláusula paraguas en un TBI parece entrar en conflicto con una cláusula de elección de foro acordada previamente en un contrato. La falta de consenso sobre cuál de estas cláusulas debería prevalecer ha generado una significativa incertidumbre jurídica tanto para los Estados como para los inversionistas extranjeros, quienes se enfrentan a interpretaciones contradictorias sobre la jurisdicción aplicable para la resolución de sus disputas.

Este capítulo explora la concurrencia de estas cláusulas y su tratamiento por diferentes tribunales internacionales, destacando las implicaciones prácticas y jurídicas de tales decisiones. El caso SGS contra Pakistán, y otros como BIVAC y SGS contra Paraguay, han puesto de manifiesto una compleja cuestión sobre la prevalencia de las cláusulas de selección de foro en los contratos, que establecen el lugar donde se resolverán las disputas, frente a la jurisdicción de los tribunales internacionales creados por los tratados de inversión.

Las cláusulas elevador de los tratados de inversión, que suelen extender la protección a cualquier medida que afecte negativamente una inversión, han ampliado la posibilidad de que los inversores acudan a estos tribunales internacionales para resolver disputas contractuales. Sin embargo, la interpretación de estas cláusulas ha generado controversia, ya que algunos tribunales consideran que pueden anular cláusulas de selección de foro en los contratos, mientras que otros otorgan prioridad a estas últimas.

---

<sup>84</sup> BORN, Gary. *International Arbitration and Forum Selection Agreements* (6<sup>a</sup> ed.) Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2021. p.10. e-ISBN: 9789403532516

Traducción propia del texto original en inglés: “A forum selection clause is an agreement which either permits or requires its parties to pursue their claims against one another in a designated national court. Forum selection agreements can be either “exclusive” (i.e., requiring that all litigation between the parties be pursued solely in their contractual forum, and nowhere else) or “non-exclusive” (i.e., permitting litigation between the parties in their contractual forum, but not prohibiting claims from being brought in other courts which possess jurisdiction). Forum selection agreements are also sometimes referred to as “jurisdiction clauses,” “choice of forum agreements,” or “forum clauses.”

Los tres escenarios principales que se han identificado en esta materia son:

1. Ausencia de cláusula de selección de foro: En este caso, el tribunal internacional tiene plena jurisdicción para resolver la disputa.
2. Existencia de cláusula de selección de foro y respeto a la misma: El tribunal internacional reconoce la validez de la cláusula y remite la disputa al foro seleccionado en el contrato.
3. Existencia de cláusula de selección de foro pero sin respeto a la misma: El tribunal internacional decide ignorar la cláusula y asume la jurisdicción para resolver la disputa.

Tales escenarios ilustran la falta de consenso entre los tribunales internacionales sobre cómo abordar estos escenarios. Por ejemplo, en los casos SGS y BIVAC contra Paraguay, con hechos muy similares, los tribunales llegaron a conclusiones opuestas respecto a la aplicación de la cláusula de selección de foro.

Esta falta de uniformidad en la jurisprudencia genera incertidumbre jurídica para las empresas que invierten en el extranjero, ya que no pueden predecir con certeza dónde se resolverán sus disputas en caso de conflicto con un Estado anfitrión. Además, plantea interrogantes sobre el equilibrio adecuado entre la protección de las inversiones y el respeto a la autonomía de los Estados para regular sus economías.

En primer lugar, se procederá a analizar los casos en los que el tribunal arbitral ha otorgado precedencia a la cláusula de selección de foro cuando esta coexiste con una cláusula paraguas. Varios defensores de una interpretación expansiva consideran que una cláusula paraguas sería ineficaz ante la presencia de una cláusula exclusiva de selección de foro, como lo evidencian los árbitros en el caso SGS c. Filipinas<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. REPÚBLICA DE FILIPINAS. Op.Cit., p. 49-68.

En este, SGS argumentó que Filipinas había incumplido un contrato de inspección de carga y que esto constituía una violación de la cláusula paraguas del tratado bilateral entre Suiza y Filipinas. Aunque el tribunal reconoció la posibilidad de que la cláusula paraguas pudiera elevar los incumplimientos contractuales a violaciones del tratado, decidió que el foro adecuado para resolver el incumplimiento contractual específico era el tribunal nacional, no el arbitraje internacional.

De ahí que, al aceptar la jurisdicción sobre la reclamación contractual del inversionista extranjero, basándose en que la cláusula paraguas del TBI entre Suiza y Filipinas convertía la reclamación en una de tratado, el tribunal favoreció una interpretación expansiva en la jurisprudencia, mientras que declaró inadmisibile la reclamación contractual debido a la cláusula de selección de foro establecida en el acuerdo entre el inversor y el Estado anfitrión.

Ha sido considerado que lo anterior " es quitar con una mano lo que se dio con la otra, dejando a los inversionistas no menos con las manos vacías de lo que estaban en el caso SGS c. Pakistán"<sup>86</sup>. Por otro lado, autores como Wendlandt<sup>87</sup> justifican la interpretación expansiva argumentando que los tribunales del CIADI deberían tener la libertad de decidir sobre el fondo de las reclamaciones contractuales si así lo consideran, lo cual no fue considerado adecuado en el caso SGS c. Filipinas. Un tercer punto de vista sugiere que una cláusula de selección exclusiva de foro debería prevalecer sobre el mecanismo de solución de controversias del TBI, ya que los inversionistas extranjeros deberían poder negociar contratos más lucrativos con el Estado anfitrión al renunciar a la resolución de controversias establecida en el tratado.

---

<sup>86</sup> WONG, Yarrod. Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes. En: George Mason Law Review [En línea] Vol. 14, 2006. p.31 [Consultado: 30 de agosto de 2024]. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1260897](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1260897)

Traducción propia del texto original en inglés: "is to take away with one hand what was given with the other, leaving investors no less empty-handed that they were under SGS v. Pakistan"

<sup>87</sup> WENDLANDT, Matthew. SGS v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes. En Texas International Law Journal [En línea] Vol. 43 N°3, 2008. ISSN 0163-7479. Disponible en: <https://www.proquest.com/docview/213932076?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true&sourcetype=Scholarly%20Journals>

En el caso BIVAC c. Paraguay<sup>88</sup>, relacionado con facturas impagadas derivadas de un contrato entre una empresa holandesa y el Ministerio de Hacienda de Paraguay, el tribunal aceptó la jurisdicción sobre la reclamación contractual de la empresa holandesa. Sin embargo, de manera similar a SGS c. Filipinas, no decidió sobre el fondo del asunto debido a la cláusula de selección de foro exclusivo del contrato, en la que las partes habían elegido los tribunales de la Ciudad de Asunción. Aunque el tribunal declaró tener jurisdicción sobre la reclamación contractual, la consideró inadmisibile, afirmando que una interpretación amplia de la cláusula paraguas implicaba que todo el contrato, incluida la cláusula de selección de foro exclusivo, se incorporaba al TBI.

El tribunal entonces evaluó si el procedimiento debía suspenderse —como se hizo en SGS c. Filipinas— o si la reclamación contractual debía desestimarse, lo cual sería la práctica normal para una reclamación inadmisibile. Finalmente, decidió que la suspensión del procedimiento era la forma más adecuada de abordar la cuestión de la admisibileidad.

No obstante, la decisión sugirió que la reclamación contractual aún podría ser admisibile si el foro seleccionado en el contrato no cumplía las expectativas respecto a la buena administración de justicia. En conclusión, el tribunal pareció asumir un papel de supervisión, tal como defendía el demandante.

Otro tribunal del CIADI llegó a una conclusión similar en el caso Bosh c. Ucrania<sup>89</sup>. En ese caso, el tribunal no tuvo que decidir qué ocurriría tras la violación de una cláusula paraguas porque los incumplimientos contractuales alegados por el demandante no eran atribuibles al Estado anfitrión. Sin embargo, "por razones de exhaustividad", el tribunal añadió que la reclamación contractual no sería admitida debido a la existencia de una cláusula de selección de foro exclusivo en el contrato<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> BIVAC B.V. C. PARAGUAY. Op.Cit., p.1-68.

<sup>89</sup> BOSH INTERNATIONAL, INC. AND B&P, LTD FOREIGN INVESTMENTS ENTERPRISE C. UCRANIA. CIADI Caso No. ARB/08/11 (Laudo, 25 de octubre de 2012) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1563>

<sup>90</sup> *Ibid.* p. 73.

En segundo lugar, como se ha señalado anteriormente, también existe una interpretación en la que las cláusulas de selección de foro han sido ignoradas en presencia de cláusulas paraguas. Ejemplos de este enfoque se encuentran en los casos de Eureka c. Polonia, LG&E Energy Corp. c. Argentina, y SGS c. Paraguay, que se analizarán a continuación.

En el caso Eureka c. Polonia<sup>91</sup>, el tribunal arbitral decidió que las alegaciones de incumplimiento contractual eran admisibles a pesar de la cláusula de selección de foro exclusivo del contrato. El tribunal razonó que la cláusula paraguas del TBI entre los Países Bajos y Polonia tenía el efecto de elevar un incumplimiento contractual al nivel de un incumplimiento del tratado. Aplicando la legislación polaca, el tribunal concluyó que, dado que se había producido un incumplimiento del contrato, esto automáticamente constituía un incumplimiento de la cláusula paraguas del tratado.

En SGS c. Paraguay, la cláusula de selección de foro estipulaba que "Cualquier conflicto, controversia o reclamación que derive de o esté relacionado con este acuerdo, su incumplimiento, terminación o invalidez, será sometido a los Tribunales de la Ciudad de Asunción bajo la Ley de Paraguay"<sup>92</sup>.

A pesar de que este caso se derivaba de hechos similares a los de BIVAC c. Paraguay, tuvo implicaciones prácticas muy diferentes. En lugar de dar precedencia a la cláusula de selección de foro, el tribunal concluyó que remitir las reclamaciones contractuales de SGS a los tribunales paraguayos lo pondría "en riesgo de incumplir su mandato en virtud del Tratado y del Convenio del CIADI"<sup>93</sup>. Además, el tribunal destacó que necesitaría una "causa fuerte" para no ejercer su jurisdicción. Para llegar a esta conclusión, el tribunal se basó en parte en la decisión de la anulación del caso Vivendi, donde se afirmaba que un tribunal que se enfrenta a una reclamación de este tipo, y que ha declarado válidamente su competencia, está obligado a considerarla y decidirla.

---

<sup>91</sup> EUREKO C. POLONIA. Op.Cit., p. 79-85.

<sup>92</sup> SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. REPÚBLICA DE PARAGUAY. CIADI Caso No. ARB/07/29 (Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1016>

<sup>93</sup> *Ibid.* p. 61.

Aunque el Comité de Anulación de Vivendi se refería a reclamaciones tradicionales de tratados, el tribunal en el caso de SGS c. Paraguay no tuvo reparos en aplicar su razonamiento, considerando que los incumplimientos contractuales equivalían a incumplimientos de la cláusula paraguas del tratado. Así, las reclamaciones contractuales presentadas bajo una cláusula paraguas son, en opinión del tribunal, reclamaciones de tratados. A menos que se demuestre que las partes tenían una clara intención de excluir la jurisdicción del TBI, el tribunal tomará una decisión sobre el fondo del asunto.

Por último, en el caso LG&E Energy Corp. c. República Argentina<sup>94</sup>, el tribunal nuevamente basó su decisión en el fondo de la reclamación contractual. Los árbitros comenzaron su análisis afirmando que las cláusulas paraguas proporcionan una "protección adicional" a las obligaciones de un Estado hacia los inversores extranjeros, sin abordar específicamente si debía aplicarse la cláusula contractual de selección de foro. Posteriormente, pasaron directamente al fondo de la reclamación del inversionista, determinando que Argentina había incumplido las obligaciones que había contraído con respecto al demandante al derogar el régimen legal establecido para atraer a inversores extranjeros al sector de distribución de gas.

Los casos analizados muestran que, cuando un Estado anfitrión asume obligaciones contractuales con un inversionista extranjero, la inclusión de una cláusula de elección de foro exclusivo en el contrato no garantiza necesariamente que los tribunales designados en dicha cláusula resuelvan los posibles litigios derivados del contrato. El mecanismo de resolución de disputas acordado en el TBI puede prevalecer sobre la cláusula de elección exclusiva de foro del contrato. Dado que, en general, a un Estado le interesa que sus tribunales locales manejen estas disputas contractuales, el Estado anfitrión debe ser consciente de este riesgo.

---

<sup>94</sup>LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP. Y LG&E INTERNATIONAL, INC. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI Caso No. ARB/02/1 (Laudo, 25 de julio de 2007) [En línea] [Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/621>

### 3.2. Internacionalización de los compromisos domésticos de los Estados

La discusión sobre la internacionalización de los compromisos domésticos de los Estados surge, según Radi<sup>95</sup> a raíz de la existencia de cláusulas paraguas que establecen que las partes deben cumplir con "cualquier obligación" asumida. Esto lleva a la reflexión sobre si el incumplimiento de compromisos domésticos puede ser invocado en un proceso arbitral internacional a través de una cláusula espejo que refleje estos compromisos en el ámbito internacional.

Así mismo, Jonckheere<sup>96</sup> señala que varios autores proponen que la aplicación de las cláusulas paraguas se extienda más allá de los compromisos contractuales, para incluir otros tipos de compromisos, como promesas unilaterales o legislación implementada para atraer inversión extranjera. Ahora, más allá de lo que se ha discutido doctrinaria y académicamente, la justicia arbitral ha presentado diferentes matices y enfoques respecto de esta cuestión, centrando el debate en la distinción entre compromisos específicos y generales, y en la posibilidad de que los compromisos específicos, que a menudo se encuentran en leyes y actos administrativos, puedan ser elevados a través de las cláusulas paraguas.

En el caso SGS c. Filipinas<sup>97</sup>, al determinar el alcance apropiado de las palabras “cualquier obligación” contenidas en la cláusula elevador del TBI entre Suiza y Filipinas, enfatizó en que las obligaciones debían ser asumidas con respecto a una inversión específica, y no como una cuestión de aplicación de obligaciones con carácter *erga omnes*. En consecuencia, si bien la interpretación del tribunal fue expansiva, tal y como se ha abordado en esta monografía, resultaría complicado argumentar, bajo esta interpretación, que la legislación nacional esté también cubierta por una cláusula paraguas en virtud de su carácter general.

---

<sup>95</sup> RADI. Op.Cit., p.43-180.

<sup>96</sup> JONCKHEERE, Katherine. Implications from an Expansive Interpretation of Umbrella Clauses in International Investment Law. En South Carolina Journal of International Law and Business [En línea]. Vol. 11, no. 2 [Consultado: 30 de agosto de 2024] Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scjilb11&collection=journals&id=165&startid=&endid=184>

<sup>97</sup> SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. REPÚBLICA DE FILIPINAS. Op.Cit., p. 49-68.

Ahora, en el caso LG&E c. Argentina<sup>98</sup> encontramos un matiz de lo anterior, pues si bien el tribunal arbitral determinó que Argentina había asumido ciertas obligaciones tanto en la licencia otorgada al inversionista como en la legislación y regulaciones promulgadas por el país, determinó que éstas eran de carácter específico. Tales obligaciones incluían el cálculo de las tarifas de gas en dólares estadounidenses, con la posterior conversión a pesos argentinos al momento de la facturación, así como la compensación a LG&E por cualquier pérdida resultante de la implementación del control de precios.

El tribunal concluyó que Argentina había incumplido sus obligaciones al derogar las garantías establecidas en el marco legal, como el cálculo de tarifas en dólares antes de su conversión en pesos, el ajuste semestral de tarifas basado en el Índice de Precios al Productor (PPI), y la compensación por cualquier tipo de control de precios. Según el tribunal, Argentina asumió estas obligaciones directamente con inversionistas extranjeros, como LG&E, al promulgar la Ley de Gas y otros reglamentos, y al promover estas garantías en el Memorándum de Información, con el objetivo de atraer capital extranjero para la privatización de los servicios públicos. De este modo, estas leyes y reglamentos se convirtieron en obligaciones bajo la cláusula paraguas del artículo II(2)(c) del TBI entre Estados Unidos y Argentina, ya que se dirigían específicamente a los inversionistas extranjeros y sus inversiones, generando así responsabilidad internacional.

A partir de lo anterior, se observa que las obligaciones de Argentina hacia LG&E surgieron de compromisos internos. Es importante destacar que, en virtud de que el tribunal arbitral en el caso LG&E c. Argentina concluyó que ciertas leyes y reglamentos se convirtieron en obligaciones bajo la cláusula paraguas del TBI entre Estados Unidos y Argentina de 1991, ha surgido el interrogante de si estas se convierten en actos unilaterales<sup>99</sup>, en tanto fuentes de

---

<sup>98</sup> LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP. Y LG&E INTERNATIONAL, INC. C. REPÚBLICA ARGENTINA. Op.Cit.,p.56-57.

<sup>99</sup> Así es sugerido por MILES, S. Craig. Where's My Umbrella? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause" Debate. Citado por POLANCO y MANRIQUE DE LARA SEMINARIO. Op. Cit. p. 485.

derechos y obligaciones bajo el derecho internacional, ya que tradicionalmente se han aplicado en relaciones entre Estados.

Sin embargo, si se considerara que los actos legislativos de un Estado son actos unilaterales<sup>100</sup> dirigidos a inversionistas extranjeros, podríamos estar sugiriendo que estos últimos son sujetos de derecho internacional, lo que implicaría que pueden ostentar derechos y obligaciones en el sistema internacional.

Asimismo, según la interpretación que puede darse a lo expresado por el tribunal y lo determinado en *SGS c. Filipinas*, tales compromisos domésticos no parecen encuadrarse en las características de los actos unilaterales en tanto requieren estar dirigidos específicamente a los inversionistas y constituyen el ejercicio del poder soberano al interior del Estado, no así manifestaciones de comprometerlo a nivel internacional.

El profesor Somarajah, citado por Jonckheere<sup>101</sup>, señaló al respecto que "sería sorprendente en cualquier sistema de derecho contractual que el sistema regulatorio se considere parte del contrato, a menos que, por supuesto, se trate de disposiciones obligatorias que requieran su incorporación en los contratos".

En el caso *Sempra Energy International c. Argentina*<sup>102</sup>, donde se discutió el mismo marco legal, el tribunal concluyó de manera similar que la derogación por parte de Argentina de sus

---

<sup>100</sup> Al respecto, como bien ilustran POLANCO Y MANRIQUE DE LARA SEMINARIO. Op.Cit., p.485., en el derecho internacional, los actos unilaterales generan obligaciones internacionales y se caracterizan porque:

- i. Son obligatorios;
- ii. No tienen una forma prescrita;
- iii. Requieren el consentimiento de un solo Estado que emite el acto unilateral.
- iv. No requieren una contrapartida.
- v. Establecen obligaciones de manera clara y específica.
- vi. Son realizados por sujetos con la capacidad de comprometer al Estado a nivel internacional.
- vii. Deben ser lícitos y son revocables.

<sup>101</sup> JONCKHEERE, Katherine. Op.Cit., p.158.

Traducción propia del texto en inglés: "[i]t would be a startling proposition in any system of contract law that the regulatory system is a part of the contract, unless [,] of course, they were mandatory provisions that required their incorporation into contracts."

<sup>102</sup> *SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL C. REPÚBLICA ARGENTINA*. CIADI. Caso No. ARB/02/16 (Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 30 de julio de 2010) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1002>

obligaciones asumidas a través de medidas regulatorias constituía una violación de la cláusula paraguas en el TBI entre Argentina y Estados Unidos.

El caso *Enron Corp. c. Argentina*<sup>103</sup> también abordó las obligaciones de Argentina bajo el TBI, confirmando que tanto el contrato entre el Estado anfitrión y el inversionista, como el marco legal implementado por Argentina para atraer inversiones extranjeras, constituían obligaciones que habían sido elevadas mediante la cláusula paraguas en el TBI entre Argentina y Estados Unidos.

Por otro lado, en *SGS c. Paraguay*, el inversionista alegó que, además de las violaciones contractuales, los incumplimientos de los compromisos orales y escritos asumidos por funcionarios paraguayos también constituían violaciones de la cláusula paraguas. En su decisión preliminar sobre la jurisdicción<sup>104</sup>, el tribunal estuvo de acuerdo con SGS en que Paraguay no observó los compromisos que supuestamente hizo a SGS, tanto bajo el contrato como bajo sus supuestas promesas orales y escritas posteriores para saldar la deuda reclamada. Sin embargo, tal asunto no fue considerado cuando decidió sobre el fondo de la controversia<sup>105</sup>, por lo que no puede considerarse que tales compromisos hayan sido elevados a través de la cláusula paraguas.

El análisis de los casos presentados demuestra la diversidad de enfoques en la interpretación y aplicación de las cláusulas paraguas. Mientras que algunos tribunales han reconocido la transformación de compromisos legislativos en obligaciones internacionales, otros han sido más cautelosos al hacerlo, subrayando la necesidad de mantener un equilibrio que no ponga en riesgo la capacidad de los Estados para legislar en el interés público.

---

<sup>103</sup> ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI, Caso No. ARB/01/3 (Laudo, 28 de septiembre de 2007) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/401>

<sup>104</sup> SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. REPÚBLICA DE PARAGUAY. Op.Cit., p. 50-72.

<sup>105</sup> SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. REPÚBLICA DE PARAGUAY. CIADI Caso No. ARB/07/29 (Laudo, 10 de febrero de 2012) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1016>

Sostener que *cualquier* tipo de legislación interna se convierta en una obligación protegible por la cláusula paraguas podría significar graves consecuencias para los Estados huéspedes de inversión, pues no podrían cambiar sus leyes en detrimento del inversionista, ni siquiera en las excepciones que pueden contemplar los TBI con el fin de proteger la vida humana, la fauna y el medio ambiente<sup>106</sup>.

En resumen, aunque las cláusulas paraguas tienen el potencial de internacionalizar compromisos domésticos, su aplicación no es uniforme y sigue siendo una cuestión de interpretación que depende del contexto específico de cada caso. Esta falta de consistencia en las decisiones arbitrales genera incertidumbre tanto para los Estados como para los inversionistas, destacando la necesidad de una mayor claridad y precisión en los tratados internacionales para evitar interpretaciones divergentes y promover un sistema de inversión más predecible y equilibrado.

### **1. Alcance *personae* de las cláusulas paraguas o “*the privity issue*”**

Como se ha visto anteriormente, una cláusula paraguas no siempre se aplicará a las obligaciones contractuales. No obstante, si se considera que el contrato entra en el ámbito de aplicación de la cláusula paraguas, el tribunal se enfrenta a otra cuestión: ¿se aplica la cláusula paraguas únicamente a las partes del contrato (es decir, a la relación contractual directa), o se extiende el ámbito de aplicación de las cláusulas paraguas a los accionistas/empresas matrices y entidades subestatales?<sup>107</sup>

Es conocido que el arbitraje tiene fundamento en el consentimiento de las partes, asimismo, el arbitraje de inversión en principio es vinculante para las partes que lo han consentido en

---

<sup>106</sup> En relación con ella, y como se aborda a mayor profundidad en el capítulo cuarto de este trabajo de grado, es menester anunciar la profunda relevancia que la internacionalización de los compromisos domésticos tiene en un país como Colombia en virtud de su biodiversidad y riqueza natural, a la luz de casos como el de Eco Oro Minerals Corp. C. Colombia.

<sup>107</sup> DE SOUZA FLEURY, Raul Pereira. Treaty-protected investment agreements: of umbrella clauses and privity of contract. En *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* [En línea] Vol. 23(2) [Consultado: 30 de agosto de 2024] Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/wildisres23&collection=journals&id=331&startid=&enddid=346>

un AII. Sin embargo, los arbitrajes de inversión se han definido como arbitrajes sin tal vínculo entre las partes<sup>108</sup> en tanto, aunque son suscritos por los Estados, éstos a menudo ofrecen una oferta permanente para acudir al arbitraje con los inversionistas.

Las decisiones arbitrales también son incoherentes en esta cuestión, y la razón es, al igual que para los casos anteriormente expuestos, el hecho de que la redacción de las cláusulas paraguas tiende a variar de un caso a otro. En ocasiones, los AII se celebran con subentidades de los Estados, cuando dichas subentidades cuentan con la autorización del Gobierno para administrar un servicio específico. Además, es claro que las inversiones extranjeras directas (en adelante la o las “IED”) pueden llevarse a cabo de varias maneras y que muchas se realizan a través de la propiedad de acciones en empresas públicas o subsidiarias incorporadas exclusivamente para fines de inversión.

La otra cuestión sobre la relación contractual directa y las cláusulas paraguas se sitúa del lado del inversor. Los AII modernos permiten a los inversionistas realizar sus inversiones de diferentes maneras. La inversión se define a menudo como “todo tipo de activo”, incluidas, por ejemplo, las acciones de una sociedad, derechos de propiedad intelectual y derechos personales. Muchas inversiones se realizan mediante la propiedad de dichas acciones en empresas del Estado anfitrión o filiales constituidas específicamente para los fines de la inversión, lo que plantea la cuestión de si la cláusula paraguas puede extenderse o no a la filial o al propio inversionista, cuando su inversión es en realidad una acción en la empresa nacional que firmó el contrato. A este respecto, se observa una clara diferenciación de tendencias, dependiendo de si el inversionista quiere reclamar derechos debidos a su filial, o debidos a la sociedad en la que tiene participación accionaria.

En el caso *Impregilo c. Pakistán*<sup>109</sup>, el demandante había celebrado contratos con la Autoridad de Desarrollo de Agua y Energía de Pakistán (ADAEP). El TBI entre Italia y Pakistán no

---

<sup>108</sup> Según DE SOUZA FLEURY. Op.Cit., p.325 “*arbitration without privity*”.

<sup>109</sup> IMPREGILO S.P.A C. REPÚBLICA ISLÁMICA DE PAKISTÁN. CIADI Caso No. ARB/03/3 (Decisión de jurisdicción, 22 de abril de 2005) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/556>

contenía una cláusula paraguas; sin embargo, Impregilo argumentó que Pakistán había ofrecido dicha protección a los inversores en virtud de otros TBI, y, por lo tanto, a través de la cláusula de Nación Más Favorecida (en adelante “NMF”) contenida en el TBI entre Italia y Pakistán, tenía derecho a la protección de la cláusula paraguas.

El tribunal sostuvo que incluso si Impregilo pudiera de hecho invocar la cláusula paraguas a través de la vía de la cláusula NMF, esta no ofrecería ninguna protección, porque los contratos se celebraron con ADAEP y no con Pakistán, veamos: “[S]uponiendo que Pakistán, a través de la cláusula NMF y el TBI Suiza-Pakistán, haya garantizado el cumplimiento de los compromisos contractuales que ha suscrito junto con los inversionistas italianos [a través de la cláusula paraguas], dicha garantía no cubriría los presentes Contratos, ya que se trata de acuerdos que no ha suscrito [Pakistán]. Por el contrario, los Contratos fueron celebrados por una entidad separada y distinta”<sup>110</sup>.

Por otro lado, en el ya abordado caso *Azurix c. Argentina*<sup>111</sup>, el litigio no se refería al incumplimiento de un contrato de concesión con un organismo argentino, sino con la Provincia de Buenos Aires. Además, la otra parte en el contrato de concesión era una filial de Azurix, ABA. De ahí que, el tribunal rechazó la reclamación en parte porque las únicas obligaciones que debía cumplir Argentina correspondían a aquellas contenidas en el TBI y no en un contrato en el cual no solo no era parte el Estado, sino tampoco el inversionista.

Por otra parte, algunos tribunales habían ampliado los efectos de la cláusula paraguas a entidades subestatales. En *Eureko contra Polonia*<sup>112</sup>, el demandante había celebrado un contrato con el Tesoro Público, que incumplió su acuerdo. El tribunal trató al Tesoro del Estado, en todo momento, como un brazo gubernamental de Polonia, y sostuvo que todas las

---

<sup>110</sup> *Ibid.* p. 75.

Traducción propia del texto original en inglés: “[A]ssuming arguing that Pakistan, through the MFN clause and the Swiss-Pakistan BIT, has guaranteed the observance of the contractual commitments into which it has entered together with Italian investors, such a guarantee would not cover the present Contracts – since these are agreements into which it has not entered. On the contrary, the Contracts were concluded by a separate and distinct entity”.

<sup>111</sup> Véase *Supra* nota 71.

<sup>112</sup> *EUREKO C. POLONIA*. Op.Cit., p.85.

acciones e inacciones del Gobierno de Polonia contrarias a las obligaciones de Polonia en virtud del TBI también eran contrarias a su compromiso en virtud de la cláusula paraguas.

En el caso SGS c. Pakistán, el tribunal sostuvo que, en virtud de las normas de derecho internacional sobre responsabilidad del Estado, los compromisos objeto de la cláusula paraguas pueden ser compromisos del propio Estado como persona jurídica, o de cualquier oficina, entidad o, subdivisión o representante legal del mismo cuyos actos sean atribuibles al propio Estado<sup>113</sup>.

Siguiendo el mismo razonamiento, el tribunal del caso Noble Ventures c. Rumanía consideró que las obligaciones contractuales asumidas por dos empresas propiedad de Rumanía eran también sus obligaciones como Estado. El tribunal de tribunal sostuvo que:

Ambas entidades estaban claramente encargadas de representar a la Demandada en el proceso de privatización de las empresas estatales y, a tal efecto, celebrar acuerdos de privatización y contratos conexos en nombre de la Demandada. Por lo tanto, este Tribunal no puede sino concluir que los respectivos contratos fueron celebrados en nombre de la Demandada y, por lo tanto, son atribuibles a la Demandada a los efectos del Art.48 I 1(2)(c) [cláusula paraguas]<sup>114</sup>.

Por otro lado, en el reciente caso de Bosh c. Ucrania<sup>115</sup>, el tribunal interpretó lo que significaba la palabra “parte” en la cláusula paraguas. Bosh había firmado un contrato con la Universidad Nacional Taras Shevchenko, y a pesar de que la Universidad era una empresa estatal dentro de la definición proporcionada en el Artículo I(1)(f) del TBI, el tribunal concluyó que una empresa estatal no estaba incluida dentro del significado del término

---

<sup>113</sup> SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. PAKISTÁN. Op.Cit., p.363.

<sup>114</sup> NOBLE VENTURES C. RUMANÍA. Op.Cit., p.75-76.

Traducción propia del texto original en inglés: “Both entities were clearly charged with representing the Respondent in the process of privatizing State-owned companies and, for that purpose, entering into privatization agreements and related contracts on behalf of the Respondent. Therefore, this Tribunal cannot do otherwise than conclude that the respective contracts, in particular the SPA, were concluded on behalf of the Respondent and are therefore attributable to the Respondent for the purposes of Art. II(2)(c) BIT.”

<sup>115</sup> BOSH INTERNATIONAL, INC. AND B&P, LTD FOREIGN INVESTMENTS ENTERPRISE C. UCRANIA. Op.Cit., p. 68-69.

“Parte” a los efectos del TBI en tanto su preámbulo define el término “Partes” como refiriéndose a los Estados Unidos de América y Ucrania.

Por lo tanto, el tribunal sostuvo que Ucrania solo podría ser responsable bajo la cláusula paraguas si la conducta de la Universidad pudiera atribuirse a la primera; sin embargo, el tribunal ya había concluido antes que el acto de la Universidad no era imputable a Ucrania y, por lo tanto, no puede decirse que Ucrania, como “Parte”, hubiese contraído ninguna obligación contractual en materia de inversiones<sup>116</sup>.

Por otro lado, en BIVAC c. Paraguay, el tribunal recurrió a la interpretación del sentido corriente para atribuir al Estado las acciones de uno de sus brazos gubernamentales, y sostuvo que “En su sentido llano [las cláusulas elevador] indudablemente pueden interpretarse como inclusivos de un acuerdo contractual celebrado por BIVAC y el Ministerio de Hacienda del Paraguay en virtud del cual los supuestos incumplimientos del Ministerio son atribuibles al Estado”<sup>117</sup>.

Sobre este asunto, el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado, codificadas por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la “CDI”)<sup>118</sup>, tiene tres artículos que son relevantes para atribuir al Estado la conducta de sus subentidades:

1. El artículo 4 establece qué entidades poseen una vinculación suficientemente estrechas con el Estado, de modo que sus actos sean atribuibles a éste<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> *Ibid.* p.67.

<sup>117</sup> BIVAC B.V. C. PARAGUAY. Op.Cit., p.58.

<sup>118</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 56/83 del 28 de enero de 2002 [En línea][Consultado: 8 de enero de 2024] Disponible en: [https://digitallibrary.un.org/record/454412/files/A\\_RES\\_56\\_83-ES.pdf?ln=en](https://digitallibrary.un.org/record/454412/files/A_RES_56_83-ES.pdf?ln=en)

<sup>119</sup> “Artículo 4 .Comportamiento de los órganos del Estado.

1.Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.  
2.Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.”

2. El artículo 5 identifica las entidades que, aunque no tienen una conexión lo suficientemente estrecha con el Estado para quedar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 4, se les otorga una autoridad gubernamental específica, en virtud de la cual los actos que realicen son atribuibles al Estado.<sup>120</sup>.
3. El artículo 8 describe las entidades que no están suficientemente conectadas con el Estado para entrar en el ámbito de aplicación de los artículos 4 o 5, pero cuyos actos específicos son atribuibles al Estado en la medida en que son instruidas, dirigidas o controladas por el Estado<sup>121</sup>.

Tales normas son útiles, pero no obligatorias. Además, el derecho interno por el que se rige la entidad subestatal es obligatorio, y dicho derecho definirá el alcance de la autonomía de la entidad. Este último razonamiento fue aplicado por los Tribunales Azurix e Impregilo. Para los Tribunales SGS, Eureko y Noble Venture, en cambio, el enfoque correcto era el del derecho internacional público, es decir, las normas de la CDI sobre responsabilidad del Estado.

Esto da lugar a otra cuestión más controversial: ¿renuncia el Estado a su inmunidad soberana en el sentido de que el tribunal arbitral puede decidir, sin recurrir al derecho interno, si la entidad subestatal tenía autonomía para contratar con el inversor? La renuncia de un Estado a su inmunidad soberana en un TBI consiste en que los árbitros decidan si el Estado incumplió o no las obligaciones que le impone el tratado.

---

<sup>120</sup> “Artículo 5. Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.”

<sup>121</sup> “Artículo 8. Comportamiento bajo la dirección o control del Estado. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.”

Según De Souza Fleury<sup>122</sup>, cuando lo que está en juego es si el incumplimiento de la cláusula paraguas por parte de la instrumentalidad del Estado es un incumplimiento atribuible al Estado, será difícil que los árbitros no echen un vistazo a la legislación nacional, incluida la Constitución del Estado. Las normas de la CDI sobre responsabilidad del Estado tendrían mayor relevancia si la cuestión de la autonomía de la entidad subestatal está ausente en el derecho interno, o es ambigua.

De hecho, esta preocupación se aborda en los artículos 25(1) y 25(3) del Convenio del CIADI, que ofrece a los Estados contratantes la posibilidad de designar cuáles de sus subdivisiones u organismos constitutivos también han consentido a la jurisdicción del CIADI sin necesidad de la aprobación del Estado, lo que significa que un inversor podría iniciar un arbitraje directamente contra la entidad subestatal si se realiza dicha designación. Veamos:

“Artículo 25. (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. (...)

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria”<sup>123</sup>.

La otra cuestión sobre el alcance personal de las cláusulas paraguas se sitúa del lado del inversionista, tal y como se anticipó.

---

<sup>122</sup> DE SOUZA FLEURY. Op.Cit. p. 328.

<sup>123</sup> CIADI. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 1966 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/reglas-y-reglamento/convenio>

En el caso de filiales, la tendencia ha sido que los tribunales no han considerado que la cláusula paraguas les pueda ser aplicable. En el caso *Azurix c. Argentina*<sup>124</sup>, como fue esbozado, además de rechazar la reclamación en virtud de la cláusula paraguas porque el contrato se había celebrado con la Provincia de Buenos Aires y no con Argentina, el tribunal también rechazó la reclamación porque la otra parte en el contrato filial del demandante y no la propia Azurix. Del mismo modo, el Tribunal *Siemens c. Argentina*<sup>125</sup> simplemente sostuvo que el demandante no era parte en el contrato y que SITS (filial de Siemens) no era parte en el procedimiento.

Contrariamente a los tribunales en *Azurix* y *Siemens*, donde no se dio mucha fundamentación para sostener que los inversores no tenían legitimación contra el Estado, el Tribunal en *Burlington c. Ecuador*<sup>126</sup> realizó un análisis de la legislación interna de Ecuador sobre la obligación para decidir si *Burlington* podía invocar la cláusula paraguas basada en un contrato firmado por su subsidiaria. Frente a una cuestión de *privity of contract*, el tribunal decidió que, aunque la noción de obligación es utilizada en el derecho internacional, el tribunal que interpreta el tratado puede tener que referirse al derecho doméstico para darle contenido.

En este sentido, la mayoría concluyó que, según la ley ecuatoriana, no había nada que respaldara que la empresa matriz no signataria (es decir, el inversionista) pudiera hacer valer directamente los derechos de su subsidiaria, es decir, la falta de vínculo contractual de *Burlington* con Ecuador hizo que su reclamación bajo la cláusula paraguas fracasara<sup>127</sup>.

En *Burlington c. Ecuador*, el tribunal realizó un análisis más exhaustivo para establecer si *Burlington* podía basarse en la cláusula paraguas para hacer valer los derechos de su subsidiaria de propiedad absoluta en virtud de un contrato celebrado con Ecuador. El tribunal sostuvo que la palabra obligación era la palabra operativo de la cláusula paraguas, y para

---

<sup>124</sup> AZURIX C. REPÚBLICA ARGENTINA. Op.Cit.,p.155.

<sup>125</sup> SIEMENS A.G. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI, Caso No. ARB/02/8 (Laudo, 17 de enero de 2007) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1026>

<sup>126</sup> BURLINGTON C. ECUADOR. Op.Cit., p.82-92.

<sup>127</sup> Ídem.

definirla había que tener en cuenta dos elementos: el hecho de que la obligación de alguien conlleva el derecho de otro y que las obligaciones existen en el ámbito de un marco jurídico, normalmente el derecho interno. Veamos:

Por lo tanto, la palabra "compromiso" es el término operativo de la cláusula paraguas. El Tratado no define "compromiso". Las Partes concuerdan, de manera correcta, que la cláusula se refiere a obligaciones legales. No obstante, esto no permite resolver la cuestión de la relación contractual directa. Para resolver esta cuestión, el Tribunal invoca principalmente dos elementos que considera que determinan el sentido corriente de "compromiso". Primero, en virtud de su sentido corriente, el compromiso de una persona generalmente se refleja en el derecho de otra. O, en otras palabras, el incumplimiento de un compromiso acarrea la violación del derecho de otro. Un compromiso implica una parte obligada por éste y otra que se beneficia de éste, en otras palabras, un obligado y un beneficiario. En segundo lugar, un compromiso no existe en el vacío. Está sujeto a un derecho aplicable. Si bien la noción de compromiso se utiliza en un tratado internacional, la corte o el tribunal que interprete el tratado tal vez deba tener en cuenta el derecho municipal para llenarla de contenido. Esto no se aplica específicamente a un "compromiso", sino a todas las nociones de los tratados de inversiones, por ejemplo, la nacionalidad, la propiedad, el agotamiento de los recursos locales, por nombrar algunos. En el presente procedimiento arbitral, los CP están regulados por el derecho ecuatoriano. Este derecho define el contenido del compromiso, incluido su alcance y las partes involucradas en el mismo, es decir, el obligado y el beneficiario<sup>128</sup>.

La mayoría concluyó que, con base en estos dos elementos, las obligaciones de Ecuador bajo el contrato estaban correlacionadas con la subsidiaria de Burlington, y que de acuerdo con la ley ecuatoriana no había nada que apoyara el hecho de que la empresa matriz no signataria pudiera hacer valer directamente los derechos de su subsidiaria.

---

<sup>128</sup> Ibid., p.85.

Antes de Burlington, el comité ad hoc en la decisión de anulación de CMS contra Argentina<sup>129</sup>, abordó una cuestión similar de *privity of contract* al anular la parte del laudo relacionada con las conclusiones del tribunal sobre la cláusula paraguas. En este caso, el contrato de licencia subyacente a la reclamación de la cláusula paraguas, regido por la ley argentina, fue firmado por TGN, la empresa en la que CMS era un accionista minoritario.

Según el comité, una interpretación razonada de la cláusula paraguas habría abordado, entre otras, las siguientes cuestiones: (i) que la redacción de la cláusula paraguas se refería claramente a las obligaciones consensuales que surgen independientemente del TBI; (ii) que las obligaciones consensuales suelen contraerse con respecto a personas concretas; y (iii) que si el contenido y el derecho propio de la obligación no cambian por la cláusula paraguas, entonces las partes de la obligación tampoco deberían cambiar. El razonamiento del comité fue seguido por el tribunal en *El Paso c. Argentina*.

El comité de anulación de CMS y el tribunal de Burlington ciertamente dieron un estándar para analizar si se puede reclamar el incumplimiento de un contrato celebrado con la empresa intermediaria: el derecho interno que rige el contrato, que normalmente exige la existencia de un vínculo privado para afirmar que las partes se deben obligaciones mutuamente.

Por otro lado, los tribunales también han ignorado el hecho de que el inversionista reclamante no fuese signatario del contrato. En *Continental Casualty c. Argentina* y *CMS c. Argentina*<sup>130</sup>, las mismas cláusulas paraguas que en *Azurix* y *El Paso* fueron interpretadas, pero con resultados opuestos.

---

<sup>129</sup> CMS GAS TRANSMISSION COMPANY C. REPÚBLICA ARGENTINA, CIADI Caso No. ARB/01/8 (Decisión sobre anulación, 25 de septiembre de 2007) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/288>

<sup>130</sup> CMS GAS TRANSMISSION COMPANY C. REPÚBLICA ARGENTINA, CIADI Caso No. ARB/01/8 (Laudo, 12 de mayo de 2005) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/288>

En *Continental Casualty c. Argentina*<sup>131</sup>, la subsidiaria del inversionista (CNA) celebró varios contratos con Argentina que fueron la base para invocar la cláusula paraguas. En ese sentido, el tribunal sostuvo que “siempre que estas obligaciones se hayan asumido con respecto” a inversiones, pueden haberse asumido con personas o entidades distintas a los propios inversores extranjeros, de modo que un compromiso del Estado anfitrión con CNA no está excluido en principio”<sup>132</sup>.

En *CMS c. Argentina*<sup>133</sup>, antes de la anulación parcial, el tribunal determinó que Argentina violó la cláusula paraguas del TBI entre EE. UU. y Argentina al no cumplir con las obligaciones asumidas con TGN, la empresa argentina en la que CMS era accionista minoritario. Según el tribunal, para fines de encontrar jurisdicción, no importaba si el inversionista era parte del acuerdo de concesión con el Estado anfitrión porque existía un derecho directo de acción de los accionistas. En consecuencia, dictaminó que Argentina había violado la cláusula paraguas del TBI entre Estados Unidos y Argentina al incumplir las obligaciones contraídas con TGN.

Aunque sus conclusiones fueron posteriormente anuladas por falta de motivación, está claro que el tribunal encontró razones para proteger los derechos de un extranjero que poseía una participación minoritaria en una empresa nacional como era CMS. El razonamiento del tribunal fue que, a efectos de hallar jurisdicción, no importaba si el inversor era parte del acuerdo de concesión con el Estado anfitrión porque existía un derecho directo de acción de los accionistas.

---

<sup>131</sup> CONTINENTAL CASUALTY COMPANY C. ARGENTINA. Caso CIADI No. ARB/03/9 (Laudo, 5 de septiembre de 2008) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/329>

<sup>132</sup> Ibid., p. 131.

Traducción propia del texto original en inglés: “provided that these obligations have been entered “with regard” to investments, they may have been entered with persons or entities other than foreign investors themselves, so that an undertaking by the host State with a subsidiary such as CNA is not in principle excluded”.

<sup>133</sup> CMS GAS TRANSMISSION COMPANY C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI Caso No. ARB/01/8 (Laudo, 12 de mayo de 2005) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/288>

En el caso EDF International S.A. et al. c. Argentina<sup>134</sup>, el tribunal se enfrentó a una situación similar a la de Azurix. El inversor en este caso era accionista mayoritario de EDEMSA, una empresa que contrataba con la Provincia de Mendoza. Lamentablemente, el tribunal no fue claro al reconocer el derecho del inversionista, como accionista, a reclamar obligaciones adeudadas a EDEMSA. Pero sí mencionó que el incumplimiento de la Provincia era claramente un acto gubernamental, y que el contrato de concesión hacía mención explícita de los accionistas.

Finalmente, en Enron c. Argentina<sup>135</sup>, se hizo un análisis más profundo. En este litigio, el demandante también poseía una participación minoritaria en TGS, otra empresa argentina de transporte y distribución de gas. El tribunal concluyó que, de hecho, Enron fue invitada por el Gobierno de Argentina a participar en la inversión relacionada con la privatización de TGS. El tribunal consideró que la pericia técnica del inversor era uno de los elementos requeridos para materializar su participación en el proceso y que, Enron tenía cierto poder de decisión en la gestión de TGS. Tras estas constataciones, el tribunal concluyó que:

[Argentina] solicitó específicamente la participación de las Demandantes y que, por lo tanto, están incluidas en el consentimiento al arbitraje otorgado por la República Argentina. No puede considerarse que las Demandantes estén sólo remotamente vinculadas a los arreglos legales que rigen la privatización, son más allá de toda duda las propietarias de la inversión realizada y sus derechos están protegidos por el Tratado como derechos convencionales claramente establecidos y no como meros derechos contractuales relacionados con algún intermediario. El hecho de que la inversión se

---

<sup>134</sup> EDF INTERNATIONAL S.A., SAUR INTERNATIONAL S.A. Y LEÓN PARTICIPACIONES ARGENTINAS S.A. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI. Caso No. ARB/03/23 (Laudo, 11 de junio de 2012) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/372>

<sup>135</sup> ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI, Caso No. ARB/01/3 (Decisión de jurisdicción, 14 de enero de 2004) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/401>

realizara a través de CIESA y empresas vinculadas no altera en modo alguno esta conclusión<sup>136</sup>.

En el caso de Enron, por lo tanto, el tribunal se basó en los actos del Gobierno argentino como punto de referencia para afirmar la legitimación de Enron en el arbitraje, de manera similar a un enfoque de expectativas razonables, común en la interpretación del estándar de trato justo y equitativo.

En conclusión, el análisis sobre las cláusulas paraguas y su aplicación revela la complejidad inherente a determinar su alcance, tanto en términos de las partes involucradas como de las obligaciones contractuales que protegen. Aunque estas cláusulas pueden ofrecer un mecanismo de protección adicional a los inversionistas, su interpretación varía considerablemente dependiendo de los tribunales arbitrales y de la redacción específica de TBI. A lo largo de este capítulo, hemos visto cómo las decisiones arbitrales han sido incoherentes respecto a la aplicabilidad de las cláusulas paraguas, particularmente cuando involucran a subentidades estatales o contratos firmados por filiales de inversionistas.

Si bien algunos tribunales han limitado la aplicación de las cláusulas paraguas a los contratos en los que el Estado es una parte directa, otros han ampliado su alcance para incluir obligaciones asumidas por subentidades estatales o empresas matrices, atribuyendo al Estado las acciones de estas entidades bajo ciertas condiciones. En este sentido, el derecho internacional público, especialmente las normas codificadas por la CDI, proporciona una base teórica para atribuir al Estado los actos de sus subentidades, aunque no siempre es determinante, y puede depender del derecho interno del Estado involucrado.

---

<sup>136</sup> Ibid., p. 23.

Traducción del texto original en inglés: “[T]he participation of the Claimants was specifically sought and that they are thus included within the consent to arbitration given by the Argentine Republic. The Claimants cannot be considered to be only remotely connected to the legal arrangements governing the privatization, they are beyond any doubt the owners of the investment made and their rights are protected under the Treaty as clearly established treaty-rights and not merely contractual rights related to some intermediary. The fact that the investment was made through CIESA, and related companies does not in any way alter this conclusion.”

Los casos discutidos también muestran que el reconocimiento de los derechos de los accionistas en relación con sus inversiones es otro aspecto controvertido. Mientras que algunos tribunales han considerado que las filiales no pueden invocar las cláusulas paraguas, otros han reconocido el derecho de los inversionistas a reclamar directamente por las obligaciones contraídas con sus subsidiarias, en función de las circunstancias y del derecho aplicable.

Así, la cuestión del alcance personal de las cláusulas paraguas sigue siendo objeto de debate. La falta de uniformidad en su interpretación subraya la importancia de examinar cuidadosamente tanto el contenido de los TBI como el marco legal que regula la relación entre las partes para evaluar (i) si debiesen ser incluidas las cláusulas paraguas en los AII (ii) si éstas pueden o no ser invocadas con éxito en arbitrajes de inversión.

### **3.3. Importación de las cláusulas paraguas a través de las cláusulas de la nación más favorecida**

Por último, se ha presentado la discusión de si pueden importarse cláusulas paraguas a través de las cláusulas NMF. De acuerdo con Newcombe y Paradel<sup>137</sup>, las cláusulas NMF son aquellas que establecen que, en caso de que un Estado firmante de determinado convenio, pacte con un tercer Estado un mejor tratamiento, dicho tratamiento más favorable se debe hacer extensivo al convenio inicial.

Según Bonnitca:

Una cláusula de NMF permite a los inversores extranjeros cubiertos por un tratado de inversión que contenga cláusulas de nación más favorecida (NMF) acogerse a niveles más altos de protección ofrecidos por otro tratado. Por esta razón, los Estados tendrán que considerar la posibilidad de que un nivel de protección inusualmente alto ofrecido en un tratado de inversión determinado pueda generalizarse al ponerse a disposición de

---

<sup>137</sup> NEWCOMBE, Andrew, y PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009., p. 193-231 y 437-479. ISBN 9789041123510.

las inversiones extranjeras cubiertas por otro tratado de inversión. Además, se ha interpretado que varios tratados de inversión ofrecen protección a los inversionistas de la nacionalidad corporativa del Estado de origen<sup>138</sup>.

Respecto de lo anterior, se destacan tres elementos del tratamiento de la NMF<sup>139</sup>:

1. Prohíbe al Estado otorgante discriminar entre «personas o cosas» del Estado beneficiario y un tercer Estado. En el contexto de los AII, estas personas son «inversionistas » y las «cosas» son «inversiones».
2. Se aplica cuando el comparador (los inversores o las inversiones) del Estado beneficiario y del tercer Estado se encuentran en la misma relación con el Estado concedente. En otras palabras, deben encontrarse en circunstancias similares.
3. El inversor o la inversión del Estado beneficiario no debe recibir un trato menos favorable que el que el Estado concedente otorga al inversor o la inversión del tercer Estado.

Los AII no definen el término “tratamiento”, claramente muy amplio, que según el Diccionario de la Real Academia Española significa “acción y efecto de tratar”<sup>140</sup>. Sin embargo, el tratamiento de la NMF se aplica a las materias a las que se aplica la cláusula NMF y las cláusulas NMF suelen establecer que las inversiones de los inversionistas de un Estado deben recibir un trato no menos favorable que el concedido a las inversiones de los inversionistas de terceros Estados.

---

<sup>138</sup> BONNITCHA, Jonathan. *Substantive Protection under Investment Treaties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 9. ISBN 9781107042414.

Traducción propia del texto original en inglés: “An MFN clause allow foreign investors covered by one investment treaties contain most favoured nation (MFN) classes. An MFN clause allows foreign investors covered by one investment treaty to rely on higher levels of protection conferred by another treaty. For this reason, states will need to consider the possibility that an unusually high level of protection offered in any given investment treaty may become generalized by being made available to foreign investment covered by another investment treaty. Moreover, several investment treaties have been interpreted as providing protection to investors of the corporate nationality of the home state.”

<sup>139</sup> NEWCOMBE, Andrew, y PARADELL, Op. Cit., p. 196.

<sup>140</sup> Véase la definición de tratamiento: <https://dle.rae.es/tratamiento> y de trato: <https://dle.rae.es/trato#FfatZqI>

Por lo tanto, el debate surge ante el caso en el que un Estado pacte con un tercer Estado una cláusula paraguas y posteriormente, los inversionistas de tal Estado pretendan que sea extensiva al convenio inicial. En otras palabras, la pregunta en este punto es: cuando el TBI entre el Estado A y el Estado B tiene cláusulas paraguas, y el TBI entre el Estado A y el Estado C no tiene cláusulas paraguas, ¿puede el inversionista en el Estado C invocar la cláusula paraguas del TBI entre el Estado A y el Estado B sobre la base del tratamiento de la NMF? A continuación se exponen los casos más relevantes sobre esta cuestión.

En el caso de EDF International S.A. et al. c. Argentina<sup>141</sup>, el inversionista francés, EDF, invocó la cláusula NMF contenida en el Artículo 4 del TBI argentino-francés para beneficiarse de la protección del Artículo 10(2) del TBI argentino-BLEU (Unión Económica Bélgica-Luxemburgo) y del Artículo 7(2) del TBI argentino-alemán, y remitió su reclamo por incumplimiento de contrato con el gobierno argentino al CIADI para su resolución. El tribunal aceptó este enfoque, encontrando que la cláusula NMF otorgaba al inversionista todos los derechos dentro del alcance de la protección proporcionada por el TBI y que la cláusula paraguas, de acuerdo con el significado del término "compromisos especiales" contenido en ella, estaba diseñada para proteger a los inversores de violaciones de sus derechos legales.

El Tribunal aceptó que el beneficio de la cláusula paraguas contenida en un tercer AII podía ampliarse. En apoyo de su conclusión, declaró en particular: “[a]l dar efecto a las disposiciones NMF, el Tribunal no concede en modo alguno a los inversores «más que aquellos derechos que se encuentran dentro de los límites del objeto de la cláusula»”<sup>142</sup>

En el mismo sentido, el comité de anulación en EDF International S.A. et al. c. Argentina anotó:

---

<sup>141</sup> EDF INTERNATIONAL S.A., SAUR INTERNATIONAL S.A. Y LEÓN PARTICIPACIONES ARGENTINAS S.A. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI. Op.Cit. p. 233.

<sup>142</sup> Ídem.

El Comité considera que el empleo de la cláusula NMF por parte del Tribunal no involucró un error pasible de anulación. La redacción de la cláusula NMF, que se cita en el párrafo 228, supra, es lo suficientemente amplia como para abarcar el uso de una cláusula paraguas de otro TBI. La cláusula se refiere al “tratamiento” acordado a los inversores de la nación más favorecida. Si los inversores alemanes en Argentina gozan del beneficio de una disposición del tratado que exige que el Estado receptor cumpla los compromisos asumidos (o celebrados) en relación con su inversión, entonces se les está acordando un tratamiento que no se otorga expresamente a los inversores franceses conforme al TBI Argentina-Francia. Esa situación cae claramente dentro de los términos de la cláusula NMF. Aun si Argentina acierta al argumentar que las cláusulas NMF deberían sujetarse a una limitación *ejusdem generis* –respecto de lo que es innecesario que el Comité se expida–, **la cláusula paraguas es parte del mismo *genus* de disposiciones sobre la protección sustantiva de las inversiones que la cláusula de tratamiento justo y equitativo** y otras disposiciones similares contempladas en el TBI Argentina-Francia<sup>143</sup>.(Énfasis añadido)

Así, el caso EDF confirma que, bajo ciertos supuestos, la cláusula NMF puede utilizarse para incorporar protecciones no previstas explícitamente en el tratado original. El anterior enfoque fue adoptado también, por el tribunal en el caso *Teinver S.A. et al. c. Argentina*<sup>144</sup>, igualmente con respecto a una cláusula paraguas. Veamos:

En la opinión del Tribunal, al interpretar el alcance de la Cláusula de NMF receptada en el Artículo IV(2) del Tratado, ha de atribuírsele sentido a las palabras decisivas “[e]n todas las materias regidas por el presente Acuerdo”. Según las Demandantes, debería interpretarse que esta fórmula hace referencia en general a la protección de los inversores extranjeros. Esta interpretación es demasiado amplia y desestima la referencia a todas las “materias” regidas por el Tratado. **Según el Tribunal, el sentido claro y corriente de esta**

---

<sup>143</sup> EDF INTERNATIONAL S.A., SAUR INTERNATIONAL S.A. Y LEÓN PARTICIPACIONES ARGENTINAS S.A. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI. Caso No. ARB/03/23 (Decisión sobre anulación, 5 de febrero de 2016) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/372>

<sup>144</sup> TEINVER S.A, TRANSPORTES DE LA CERCANÍA S.A. y AUTOBUSES URBANOS DEL SUR S.A. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI. Caso No. ARB/09/1 (Laudo, 12 de julio de 2017) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1648>

**fórmula es para hacer referencia a los diversos derechos o formas de protección contenidos en las disposiciones individuales del Tratado. El Tribunal acepta que las partes del Tratado en toda probabilidad tenían conocimiento de la existencia de las cláusulas paraguas y si hubiesen tenido la intención de incluir una cláusula de este tipo en el Tratado, lo habrían hecho.** Según la Demandada, la utilización de la Cláusula de NMF para incorporar una cláusula paraguas en el Tratado redundaría en la incorporación de un nuevo derecho o estándar de tratamiento no previsto en el Tratado. Sobre la base del lenguaje específico utilizado por las Partes en el Tratado, el Tribunal considera que este argumento es persuasivo.

Para arribar a esta conclusión, el Tribunal ha considerado el argumento de las Demandantes de que circunscribir la aplicación de la Cláusula de NMF a las disposiciones o tratamiento que ya estén presentes en el tratado base privaría a la cláusula de todo efecto. Sin embargo, esto no parecería ser correcto ya que **la Cláusula de NMF podría “mejorar” claramente los estándares de protección contenidos en el Tratado al incorporar estándares más favorables de otro tratado.** En este sentido, la Cláusula de NMF podría llevar a la incorporación de estándares más favorables en lo que se refiere, por ejemplo, a medidas discriminatorias o injustificadas, tratamiento justo y equitativo, expropiación y transferencias de ingresos o ganancias. En consecuencia, la Cláusula de NMF no se vería privada de ningún sentido o efecto en el supuesto de que se circunscribiese su alcance a los derechos o estándares contenidos en el Tratado<sup>145</sup>. (Énfasis añadido)

En *Mr. Franck Charles Arif c.. Moldova*<sup>146</sup>, el reclamante, a través del Artículo 4 NMF del TBI Francia-Moldavia, invocó la protección proporcionada por el Artículo 2(2) del TBI Moldavia-Reino Unido y el Artículo 2(3)(c) del TBI Moldavia-EE.UU. para proteger al inversor extranjero argumentando que Moldavia había violado las disposiciones especiales del Artículo 9 del TBI Francia-Moldavia sobre "compromisos especiales". El tribunal sostuvo que el tratamiento de la NMF bajo el TBI se aplicaba a cualquier disposición del TBI que contuviera obligaciones sustantivas, lo que incluía la cláusula paraguas, que

---

<sup>145</sup> Ibid. p. 343-344.

<sup>146</sup> MR. FRANCK CHARLES ARIF C. REPÚBLICA DE MOLDAVIA. CIADI. Caso No. ARB/11/23 (Laudo, 8 de abril de 2013) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1846>

requería que el estado anfitrión cumpliera con todos los compromisos especiales hacia el inversionista.

También, en *Consutel c. República de Algeria*<sup>147</sup>, el Tribunal analizó la cláusula NMF presente en el artículo 3 del TBI Argelia-Italia, señalando que, aunque permite la invocación de la cláusula paraguas en el artículo 10(2) del TBI Argelia-Suiza, no habría violación de la cláusula paraguas en este caso. El Tribunal prefirió esta interpretación porque se basó en el caso *Arif c. Moldavia* y sostuvo que las cláusulas paraguas son de naturaleza sustantiva/material y no son cláusulas procesales. Por lo tanto, pueden importarse a través de la cláusula NMF de otro tratado firmado por el Estado.

Para ello, el Tribunal llevó a cabo un doble proceso: en primer lugar, examinó la cláusula de NMF del TBI Argelia-Italia para determinar si permite a los demandantes invocar disposiciones más favorables de otros TBI. El Tribunal observó que el alcance más amplio e inequívoco de la cláusula indicaba que esto era permisible. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que podía importarse cualquier protección sustantiva disponible para los inversores. Así, el segundo paso lógicamente era determinar si la cláusula paraguas es una protección sustantiva o procesal disponible para los inversores. A este respecto, como se mencionó anteriormente, el Tribunal se basó en el caso *Arif c. Moldova* para sostener que dichas cláusulas son de naturaleza sustantiva y pueden importarse a través de una cláusula NMF.

Existen, por supuesto, laudos en la práctica de arbitraje internacional que han rechazado la invocación de la cláusula paraguas sobre la base del tratamiento de la NMF. Por ejemplo, en *CMS c. Argentina*<sup>148</sup>, el tribunal arbitral rechazó la reclamación de compensación del

---

<sup>147</sup> CONSUTEL GROUP S.P.A. IN LIQUIDAZIONE C. REPUBBLICA DE ALGERIA. PCA. Caso No. 2017-33 (Laudo, 3 de febrero de 2020) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/5923>

<sup>148</sup> CMS GAS TRANSMISSION COMPANY C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI Caso No. ARB/01/8 (Laudo, 12 de mayo de 2005) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/288>

reclamante CMS sobre la base de una cláusula NMF, pues señaló que el TBI invocado no contenía una cláusula elevador:

Aunque la cláusula NMF contenida en el Tratado también ha sido invocada porque otros tratados hechos por Argentina no contienen una disposición similar al Artículo XI, el Tribunal no está convencido de que la cláusula tenga algún papel que desempeñar en este caso por el Demandante al del Artículo. Así, si otras cláusulas del tipo del Artículo XI hubieran previsto en esos tratados un trato más favorable al inversor, el argumento sobre el funcionamiento de la NMF podría haber sido esgrimido. Sin embargo, la mera ausencia de tal disposición en otros tratados no presta apoyo a este argumento, que en cualquier caso fracasaría en virtud de la regla *ejusdem generis* (...) <sup>149</sup>

Para ilustración de lo anterior, tal como explica Pérez-Aznar <sup>150</sup>, el principio *ejusdem generis* está codificado en el artículo 9.1 del Proyecto de Artículos de la CDI de 1978 sobre la cláusula de NMF, que establece que, bajo una disposición de NMF, el beneficiario adquiere solo aquellos derechos que se encuentran dentro de los límites del objeto de la cláusula.

Sobre este tema, según el autor <sup>151</sup>, la CDI ha aclarado que, en primer lugar, la intención común de las partes es fundamental para interpretar este concepto, ya que la cláusula solo puede aplicarse en relación con el objeto que ambos estados tuvieron en mente al incluirla en su tratado. En segundo lugar, la comparación debe llevarse a cabo de manera específica y detallada, en lugar de en términos generales. En tercer lugar, el proceso está estrictamente

---

<sup>149</sup> Ibid. p.109.

Traducción propia del texto original en inglés: “Although the MFN clause contained in the Treaty has also been invoked because other treaties done by Argentina do not contain a provision similar XI, the Tribunal is not convinced that the clause has any role to play in this by the Claimant to that of Article case. Thus, had other Article XI type clauses envisioned in those treaties a treatment more favorable to the investor, the argument about the operation of the MFNC might have been made. However, the mere absence of such provision in other treaties does not lend support to this argument, which would in any event fail under the *ejusdem generis* rule”.

<sup>150</sup> PÉREZ-AZNAR, Facundo. The use of most-favoured-nation clauses to import substantive treaty provisions in international investment agreements. En *Journal of International Economic Law* [En línea]. Vol. 20(4), 2017 [Consultado: 30 de agosto de 2024] Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jiel20&collection=journals&id=785&startid=&endid=814>

<sup>151</sup> Ídem.

restringido a los casos donde existe una identidad sustancial entre el objeto de los dos conjuntos de cláusulas en cuestión. Por último, los Estados no pueden considerarse obligados más allá de las obligaciones que han acordado. En consecuencia, se ha sostenido que el principio *ejusdem generis* proscribía que la cláusula de NMF en un TBI importe protecciones sustantivas de un tipo que no esté explícitamente contenido en el tratado mismo.

Asimismo, en *Garanti Koza c. Turkmenistán*<sup>152</sup> el tribunal afirmó que el alcance de una cláusula de NMF se limita a categorías similares de cláusulas de otros TBI, por aplicación del principio *ejusdem generis*. Sin embargo, la aplicación de la cláusula de NMF para desubicar un artículo de resolución de disputas de un TBI a otro del mismo Estado no insultaría el principio de *ejusdem generis*. Sin embargo, el Tribunal en este caso declaró que una cláusula paraguas podría importarse a través de una cláusula NMF, ya que la misma era de naturaleza sustancial y no procesal. En cualquier caso, parece que las cláusulas NMF redactadas en términos amplios permitirán la importación de normas sustantivas de protección. Aunque la jurisprudencia sobre cláusulas procesales o de resolución de conflictos es aún más escasa, el principio de *ejusdem generis* podría impedir el uso de la cláusula de NMF para importar disposiciones de otros TBI que ya están presentes en el tratado matriz de alguna forma.

En *Impregilo c. Pakistán*<sup>153</sup>, como fue brevemente abordado en el subcapítulo anterior, el tribunal arbitral sostuvo que, incluso suponiendo que la cláusula NMF en el TBI Italia-Pakistán y la cláusula paraguas en el AII Suiza-Pakistán pudieran garantizar que el gobierno paquistaní cumpliría con sus compromisos contractuales hacia el inversor italiano, tal garantía no cubriría el contrato en este caso, ya que el contrato no fue celebrado por el gobierno anfitrión. En su lugar, el contrato de inversión fue celebrado por una entidad separada del gobierno y el inversor, y dado que el sujeto de la cláusula paraguas no era el

---

<sup>152</sup> GARANTI KOZA LLP C. TURKMENISTÁN. CIADI. Caso No. ARB/11/20 (Laudo, 19 de diciembre de 2016) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2176>

<sup>153</sup> IMPREGILO S.P.A C. REPÚBLICA ISLÁMICA DE PAKISTÁN. CIADI Caso No. ARB/03/3 (Decisión de jurisdicción, 22 de abril de 2005) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/556>

mismo que el sujeto del contrato en la solicitud específica, el inversor no podía invocar la cláusula elevador basada en la cláusula NMF.

Es evidente pues, que con respecto a la aplicabilidad de la cláusula NMF a las disposiciones de solución de diferencias entre inversores y Estados, las discrepancias en la práctica del arbitraje parecen deberse en gran medida a la divergencia de opiniones jurídicas y políticas sobre el funcionamiento de las cláusulas paraguas.

Para concluir este capítulo, es evidente que el uso de las cláusulas NMF en relación con las cláusulas paraguas sigue siendo un tema controvertido y en constante evolución dentro del arbitraje internacional. Si bien en varios casos se ha permitido que las cláusulas paraguas se importen a través de disposiciones NMF, otros tribunales han rechazado esta práctica, citando el principio de *ejusdem generis*, que limita la extensión de las cláusulas NMF únicamente a disposiciones de la misma naturaleza.

Es crucial que la interpretación de estas cláusulas dependa de la intención común de las partes, el contexto del tratado y las circunstancias específicas de cada caso. La jurisprudencia muestra que las cláusulas paraguas pueden ser consideradas como protecciones sustantivas que, en ciertas situaciones, podrían ser importadas a través de las cláusulas NMF. Sin embargo, estas interpretaciones no están exentas de desafíos, y el contexto específico del tratado y el tipo de obligaciones involucradas juegan un papel fundamental.

En última instancia, la aplicabilidad de las cláusulas paraguas a través de las cláusulas NMF dependerá de los detalles precisos de los tratados involucrados y la interpretación de los tribunales, lo que sigue generando debate y evolución en la práctica del arbitraje de inversión.

#### **4. EXISTENCIA DE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS EN LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN FIRMADOS POR COLOMBIA: UN ESTUDIO DE LOS ACUERDOS VIGENTES**

En el presente capítulo se presenta el análisis realizado de los AII y tratados con capítulos de inversión suscritos por Colombia y la posición de la Corte Constitucional sobre las cláusulas

paraguas. Así, se expondrán cuáles tratados tienen cláusulas paraguas o similares, si existe alguna política o tendencia de Colombia respecto de ellas y las consideraciones de la Corte Constitucional, o la ausencia de ellas, respecto de las cláusulas que se encontraron.

La relevancia de lo anterior, como fue mencionado en la introducción de este trabajo, tiene asidero en el hecho de que Colombia cuenta con veintiséis AII y tratados con capítulos de inversión, y doce controversias internacionales de inversión en curso, cuyas pretensiones ascienden aproximadamente a la suma de \$55,1 billones de pesos<sup>154</sup>; veamos<sup>155</sup>:

<b>Reclamante</b>	<b>AII Invocado</b>	<b>Referencia</b>
Telefónica S.A.	TBI España	CIADI Caso No. ARB/18/3
Eco Oro Minerals Corp.	TLC Canadá	CIADI Caso No. ARB/16/41
Aris Mining (Anteriormente Gran Colombia Gold)	TLC Canadá	CIADI Caso No. ARB/18/23
Glencore International A.G. y otros (II)	TBI Suiza	CIADI Caso No. ARB/19/22
South32 Investments Limited	TBI Reino Unido	CIADI Caso No. ARB/20/9
Amec Foster Wheeler y otros.	APC EE.UU	CIADI Caso No. ARB/19/34

<sup>154</sup> AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Informe de Litigiosidad. Corte a junio de 2024 [En línea] [5 de septiembre de 2024] Disponible en: <https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/Paginas/default.aspx>

<sup>155</sup> CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Base de datos de casos. [En línea] [5 de septiembre de 2024]. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/>

Glencore International A.G. (III)	TBI Suiza	CIADI Caso No. ARB/21/30
Sea Search-Armada	APC EE.UU	PCA Caso No. 2023-37
Canal Extensia S.A.U.	TBI España	CIADI Caso No. ARB/23/1
Glencore International A.G. (IV)	TBI Suiza	CIADI Caso No. ARB/23/50
InfraRed Infrastructure y otros	TBI España y TBI Reino Unido	CIADI Caso No. ARB/24/3
Continental Gold Inc.	TLC Canadá	CIADI Caso No. ARB/24/25

A pesar de que las demandas basadas en estas cláusulas no siempre han tenido éxito o que no se ha invocado su protección en todos los casos, esto no hace que dichas disposiciones normativas sean menos riesgosas para los estados anfitriones, pues los inversionistas extranjeros tienen la libertad de activar estas cláusulas en cualquier momento.

Es importante señalar que, hasta la fecha, solo en dos casos de acceso público se ha solicitado la activación de la cláusula paraguas. El primero es el caso Glencore c. Colombia (I), en el que el tribunal no admitió la aplicación de la cláusula elevador <sup>156</sup>. El segundo es el caso Amec Foster Wheeler y otros c. Colombia, en donde se alega la importación de la cláusula

---

<sup>156</sup> GLENCORE INTERNATIONAL A.G. Y OTROS C. COLOMBIA. CIADI. Caso No. ARB/16/6 (Laudo del 27 de agosto de 2019). [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/6>

paraguas del TBI entre Suiza y Colombia a través de la cláusula NMF del APC entre Colombia y Estados Unidos<sup>157</sup> y que todavía no ha concluido.

Teniendo en cuenta este panorama, a continuación se presenta el resultado del análisis sobre las cláusulas paraguas en los AII ratificados por Colombia y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

#### 4.1. Los AII ratificados por Colombia

Colombia ha ratificado diversos AII y tratados con capítulos de inversión<sup>158</sup> con el objetivo de promover y proteger las inversiones extranjeras en su territorio, así como las inversiones colombianas en el exterior. En particular, en este capítulo se mencionarán los AII que tienen cláusulas NMF y se ahondará en aquellos que contienen cláusulas paraguas, por la correlación que estas dos pueden tener y que fue abordada en el subcapítulo 3.4. (3.3) de esta monografía.

Así, actualmente se encuentran vigentes veinticuatro AII y tratados con capítulos de inversión, veamos<sup>159</sup>:

##### Nombre abreviado

---

TBI Colombia y Francia<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> AMEC FOSTER WHEELER USA CORPORATION Y OTROS c. COLOMBIA. CIADI. Caso No. ARB/19/34 (*Request for Arbitration* del 6 de diciembre de 2019). [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/19/34>

<sup>158</sup> Para efectos del análisis realizado en esta monografía se tienen en cuenta los tratados con capítulos de inversión identificados por la UNCTAD en su *Work Programme on International Investment Agreements*. Véase: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping> en concordancia con la información disponible en la página oficial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo: <https://www.tlc.gov.co/>

<sup>159</sup> CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Mapping of IIA Content* [En línea][5 de septiembre de 2024] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements#> y COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. [En línea] Tratados de Libre Comercio [5 de septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.tlc.gov.co>

<sup>160</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA FRANCESA. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones,

TBI Colombia y Japón<sup>161</sup>

TBI Colombia y Reino Unido<sup>162</sup>

TBI Colombia y India<sup>163</sup>

TBI Colombia y China<sup>164</sup>

TBI Colombia y Perú<sup>165</sup>

TBI Colombia y Suiza<sup>166</sup>

TBI Colombia y España<sup>167</sup>

---

2014 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2407/libya---singapore-bit-2009->

<sup>161</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y JAPÓN. Acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversión, 2011. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1002/colombia---japan-bit-2011->

<sup>162</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE. Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia, 2010. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1010/colombia---united-kingdom-bit-2010->

<sup>163</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE LA INDIA. Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre la República de Colombia y la República de la India, 2009. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1001/colombia---india-bit-2009->

<sup>164</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA POPULAR CHINA. Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular China, 2008. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/880/china---colombia-bit-2008->

<sup>165</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE PERÚ. Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones, 2007. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1004/colombia---peru-bit-2007->

<sup>166</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y CONFEDERACIÓN SUIZA. Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la promoción protección recíproca de inversiones, 2006. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1008/colombia---switzerland-bit-2006->

<sup>167</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REINO DE ESPAÑA. Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 2005 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1007/colombia---spain-bit-2005->

TLC Colombia, Ecuador, Perú y Reino Unido<sup>168</sup>

Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico<sup>169</sup>

TLC Colombia y Israel<sup>170</sup>

TLC Colombia y Costa Rica<sup>171</sup>

TLC Colombia y República de Corea<sup>172</sup>

Acuerdo Comercial Colombia, Ecuador, Perú y Unión Europea<sup>173</sup>

TLC Colombia y AELC (EFTA)<sup>174</sup>

TLC Colombia y Canadá<sup>175</sup>

---

<sup>168</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DE ECUADOR y REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE. Tratado de Libre Comercio entre la República de Ecuador, la República de Perú y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2019 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/4951/colombia---ecuador---peru---united-kingdom-trade-agreement-2019->

<sup>169</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DE CHILE, ESTADOS UNIDOS MEXICANOS y REPÚBLICA DEL PERÚ. Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, 2014. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3409/pacific-alliance-additional-protocol-2014->

<sup>170</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y ESTADO DE ISRAEL. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y el Gobierno del Estado de Israel, 2013. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3399/colombia---israel-fta-2013->

<sup>171</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE COSTA RICA. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, 2013. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3397/colombia---costa-rica-fta-2013->

<sup>172</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE COREA. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, 2013. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3394/colombia---korea-republic-of-fta-2013->

<sup>173</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DE ECUADOR, REPÚBLICA DEL PERÚ y UNIÓN EUROPEA. Acuerdo Comercial entre Colombia, Perú y Ecuador y la Unión Europea, 2012. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3710/colombia---ecuador---eu---peru-trade-agreement-2012->

<sup>174</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y ASOCIACIÓN EUROPEA DE LIBRE COMERCIO. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), 2008. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3238/colombia---efta-fta-2008->

<sup>175</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y CANADÁ. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, 2008. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3246/canada---colombia-fta-2008->

TLC Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras<sup>176</sup>

TLC Chile y Colombia<sup>177</sup>

APC Colombia y Estados Unidos<sup>178</sup>

MERCOSUR<sup>179</sup>

TLC Colombia y México<sup>180</sup>

ACE N°24 entre Chile y Colombia<sup>181</sup>

Tratado de Montevideo (ALADI)<sup>182</sup>

Acuerdo de Cartagena<sup>183</sup>

---

<sup>176</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DEL SALVADOR, REPÚBLICA DE GUATEMALA Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de el Salvador, Guatemala y Honduras, 2007. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3746/colombia-el-salvador-guatemala-and-honduras-fta-2007->

<sup>177</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE CHILE. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile, 2006. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3390/chile---colombia-fta-2006->

<sup>178</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, 2006. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3388/colombia---united-states-tpa-2006->

<sup>179</sup> REPÚBLICA ARGENTINA, REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, REPÚBLICA DEL PARAGUAY y REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR y REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DEL ECUADOR y REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, PAISES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA. Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina, 2004. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3490/mercosur---colombia-ecuador-venezuela-complementation-agreement-2004->

<sup>180</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia, 1994. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3122/colombia---mexico-venezuela-fta-1994->

<sup>181</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE CHILE. Acuerdo de Complementación Económica N°24 entre la República de Chile y la República de Colombia, 1993. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3129/chile---colombia-economic-agreement-1993->

<sup>182</sup> ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN. Tratado de Montevideo, 1980. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3088/laia-treaty-1980->

<sup>183</sup> COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Acuerdo de Cartagena, 1969. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3079/cartagena-agreement-1969->

Ahora, de los anteriores, diecisiete AII contienen cláusulas NMF, esto es, los siguientes:

<b>Nombre abreviado</b>	<b>Artículo</b>
TBI Colombia y Francia	5
TBI Colombia y Japón	3
TBI Colombia y Reino Unido	3
TBI Colombia y India	4
TBI Colombia y China	3
TBI Colombia y Perú	3
TBI Colombia y Suiza	4
TBI Colombia y España	3
Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico	10.5
TLC Colombia y Israel	10.5
TLC Colombia y Costa Rica	12.3
TLC Colombia y República de Corea	8.4
TLC Colombia y Canadá	804
TLC Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras	12.6
TLC Chile y Colombia	9.3.
APC Colombia y Estados Unidos	10.4.
TLC Colombia y México	17-03.
TLC Colombia y AELC (EFTA)	4.3
TLC Colombia, Ecuador, Perú y Reino Unido	199 (Propiedad Intelectual)

Ahora, en algunos de los tratados negociados por Colombia aparece una disposición que muchos, incluso la Corte Constitucional, suelen pasar por alto sin un análisis detenido: la cláusula paraguas. Así, se encuentran en los siguientes AII y tratados con capítulos de inversión vigentes:

<b>Nombre abreviado</b>	<b>Texto de la cláusula</b>
-------------------------	-----------------------------

---

TBI Colombia y Japón “Artículo 4 (...) 3. Cada Parte Contratante, observará cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito concluido entre el gobierno central o agencias del mismo y un inversionista de la otra Parte Contratante con respecto a inversiones específicas del inversionista, en las cuales el inversionista pudo haber confiado al momento del establecimiento, adquisición o expansión de tales inversiones”<sup>184</sup>

---

TBI Colombia y Perú “Artículo 36: Observancia de las Obligaciones. Las Partes asegurarán que se tomen todas las medidas necesarias con el fin de dar vigencia a las disposiciones de este Acuerdo, incluyendo su observancia.”<sup>185</sup>

---

TBI Colombia y Suiza “Artículo 10. Otras Obligaciones (...) (2) Cada Parte deberá respetar cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito entre su gobierno central o agencias de este y un inversionista de la otra Parte respecto a una inversión específica en la que él pueda depender de buena fe en el establecimiento, adquisición o expansión de una inversión”.<sup>186</sup>

---

---

<sup>184</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y JAPÓN. Acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversión, 2011. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1002/colombia---japan-bit-2011->

<sup>185</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE PERÚ. Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones, 2007. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1004/colombia---peru-bit-2007->

<sup>186</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y CONFEDERACIÓN SUIZA. Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la promoción protección recíproca de inversiones, 2006. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1008/colombia---switzerland-bit-2006->

---

TLC Colombia y AELC (EFTA) “Artículo 1.6. Gobierno Central, Regional y Local. Cada Part[e] asegurará en su territorio la observancia de todas las obligaciones y compromisos en virtud de este Acuerdo por sus respectivos gobiernos y autoridades centrales, regionales y locales, y por órganos no gubernamentales que ejerzan poderes gubernamentales delegados a ellos por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales”.<sup>187</sup>

---

Acuerdo Comercial Colombia, Ecuador, Perú y la Unión Europea “Artículo 8. Cumplimiento de las obligaciones. Cada Parte es responsable de la observancia de todas las disposiciones de este Acuerdo y tomará cualquier medida necesaria para dar cumplimiento a las obligaciones que asume en virtud del mismo, incluida su observancia por gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales, así como instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por dichos gobiernos y autoridades <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Las Partes entienden que “gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales” incluyen todos los niveles de gobierno y autoridad de las Partes”<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y ASOCIACIÓN EUROPEA DE LIBRE COMERCIO. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), 2008. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3238/colombia---efta-fta-2008->

<sup>188</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DE ECUADOR, REPÚBLICA DEL PERÚ y UNIÓN EUROPEA. Acuerdo Comercial entre Colombia, Perú y Ecuador y la Unión Europea, 2012. En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3710/colombia---ecuador---eu---peru-trade-agreement-2012->

---

Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico	“Artículo 1.4: Observancia del Protocolo Adicional. Cada Parte asegurará la adopción de todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones del presente Protocolo Adicional en su territorio y en todos sus niveles de gobierno” <sup>189</sup> .
---	---

---

TLC Colombia y Chile	“Artículo 20.4: Alcance de las Obligaciones Las Partes garantizarán la adopción de todas las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de este Acuerdo en sus respectivos territorios” <sup>190</sup> .
----------------------	---

---

TLC Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras	“Artículo 1.4 Observancia Cada Parte asegurará, de conformidad con sus normas constitucionales y demás disposiciones de su legislación interna, la adopción de todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones de este Tratado en su territorio y en todos sus niveles de gobierno” <sup>191</sup> .
---	---

---

En relación con lo anterior, es fundamental mencionar que las cláusulas elevador contenidas en los tratados con capítulos de inversión, tales como el TLC entre Colombia y Chile, el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, etc. ni si quiera se

---

<sup>189</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DE CHILE, ESTADOS UNIDOS MEXICANOS y REPÚBLICA DEL PERÚ. Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, 2014. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3409/pacific-alliance-additional-protocol-2014->

<sup>190</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE CHILE. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile, 2006. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3390/chile---colombia-fta-2006->

<sup>191</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DEL SALVADOR, REPÚBLICA DE GUATEMALA Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de el Salvador, Guatemala y Honduras, 2007. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3746/colombia-el-salvador-guatemala-and-honduras-fta-2007->

encuentran contenidas en los capítulos correspondientes a inversión, sino que hacen parte de las disposiciones generales de estos tratados.

En este contexto, la identificación de las cláusulas paraguas resulta más compleja, aunque estas mantienen su plena eficacia en relación con los capítulos de inversión. Como consecuencia, siguen poseyendo el potencial de generar las discusiones que se han planteado a lo largo de este trabajo.

Por otro lado, es interesante resaltar no solo que la cláusula paraguas invocada por los inversionistas, según la información pública disponible, corresponde al TBI con Suiza — como ya se ha mencionado—, sino también que Suiza ha sido uno de los estados que consistentemente incorpora cláusulas paraguas en sus AII. De hecho, los casos que dieron origen a la discusión sobre este tema, *SGS c. Pakistán* y *SGS c. Filipinas*, involucraban la violación de AII firmados con Suiza.

Además, es destacable que, en una de las controversias de carácter público en las que se ha alegado la violación del artículo 10 del **TBI** con Suiza, *Amec Foster Wheeler y otros c. Colombia*, el tratado aplicable es el APC entre Colombia y Estados Unidos, que no contiene ninguna cláusula elevador. Sin embargo, la disposición del tratado con Suiza pretende ser importada a través de la cláusula NMF que contiene el APC en su artículo 10.4. Lo anterior, demostrando la relevancia que tiene el subcapítulo 3.4 de esta monografía, no solo para el estudio general de este asunto, sino para el contexto colombiano.

En resumen, la inclusión y aplicación de las cláusulas paraguas AII y acuerdos comerciales no solo ha demostrado ser un tema de gran relevancia en el contexto del arbitraje internacional, sino que lo es también para Colombia. Como se ha analizado en esta monografía, aunque la identificación de dichas cláusulas pueda resultar compleja, su vigencia y efectos en los capítulos de inversión son innegables, continuando así con el potencial de generar importantes controversias.

Colombia, al haber ratificado ocho tratados contentivos de cláusulas paraguas y diecisiete con cláusulas NMF, se enfrenta a una serie de desafíos legales en cuanto a la protección de

las inversiones. Casos como *Amec Foster Wheeler y otros c. Colombia* ilustran cómo los inversionistas pueden intentar importar obligaciones a través de cláusulas NMF, aun cuando el tratado aplicable no contenga explícitamente una cláusula paraguas, como en el caso del APC con Estados Unidos. Esto pone de relieve la importancia de un análisis riguroso de las disposiciones de los tratados internacionales y su aplicación en el contexto colombiano, subrayando la necesidad de realizar un control meticuloso de lo que se incluye en los AII.

En consecuencia de lo anterior, en el siguiente acápite se examina la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien es el órgano encargado de tal escrutinio.

#### 4.2. El análisis de la Corte Constitucional sobre las cláusulas paraguas

Con la adopción de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional de Colombia asumió el mandato de “guardar la integridad y supremacía de la Constitución” y, entre otras funciones, la de “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben”<sup>192</sup>. En el marco del control previo y automático de constitucionalidad de los tratados internacionales, la Corte ha emitido pronunciamientos sobre la constitucionalidad de los diferentes Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) suscritos por Colombia.

El control de constitucionalidad que ejerce la Corte respecto a estos tratados abarca tanto aspectos formales, relacionados con la validez de la representación del Estado en la negociación, celebración y suscripción del tratado, así como con el trámite legislativo de su ley aprobatoria, como aspectos materiales. En cuanto al control material de los tratados de contenido económico, la Corte llegó a establecer que este debe ser de carácter leve, dado que la suscripción de estos acuerdos forma parte del margen de discrecionalidad que posee el Presidente de la República como director de las relaciones internacionales.

Esto implica que no se debe realizar un análisis estricto sobre la conveniencia económica de sus cláusulas, limitándose el examen a la compatibilidad de las disposiciones del tratado con la Constitución<sup>193</sup>. En consecuencia, la Corte ha determinado que los AII o tratados con capítulos de inversión “no prevalecen sobre la Constitución Política ni sobre el derecho comunitario, y tampoco integran el bloque de constitucionalidad”<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política (4 de julio de 1991) [En línea]. Gaceta Constitucional número 114 del jueves 4 de julio de 1991 [Consultado el 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

<sup>193</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-608. Expediente LAT-359. (3 de agosto de 2010) M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-608-10.htm>

<sup>194</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-269. Expedientes D-9852, D-9907 y D-9886 (2 de mayo de 2014) M.P. Mauricio González Cuervo [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-269-14.htm>

De ahí que, a lo largo de su desarrollo, la jurisprudencia constitucional en materia de AII ha mostrado una tendencia limitada en su elaboración, enfocándose predominantemente en el control formal de estos instrumentos, mientras que el control material ha recibido una atención marginal. En diversas oportunidades, la Corte Constitucional ha adoptado una postura pasiva, restringiéndose a transcribir el texto del tratado bajo examen, sin añadir elementos sustanciales de análisis ni reconocer la naturaleza evolutiva y dinámica que caracteriza al derecho internacional de inversiones.

Sin embargo, en 2019, con las sentencias de control al TBI con Francia e Israel, y luego de que se registraran las primera demandas de inversión en contra de Colombia en 2016, varias de ellas impulsadas por sentencias de la Corte Constitucional, la Corte decidió estudiar la constitucionalidad de los tratados en su globalidad a través de un juicio de razonabilidad. De ahí que, con la Sentencia C-252 de 2019<sup>195</sup> se observa un cambio de precedente constitucional, ofreciendo una nueva perspectiva respecto a los compromisos internacionales que Colombia asume al incorporar estos AII y tratados con capítulos de inversión.

Por lo tanto, se puede afirmar que la jurisprudencia de la Corte en relación a los AII y tratados con capítulos de inversión ha sido poco detallada y se ha limitado al desarrollo del control formal en detrimento del control material. En contraste con la jurisprudencia constitucional en relación con otros instrumentos de derecho internacional, que se caracterizaba por estudios juiciosos y detallados de cada uno de los artículos del tratado en cuestión. El año 2019 marcó un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional, a diferencia de lo que había ocurrido con el análisis de constitucionalidad de los AII en años anteriores en la Corte Constitucional.

A continuación, se encuentran las sentencias que han efectuado el control de los AII y tratados con capítulos de inversión que contienen cláusulas paraguas:

---

<sup>195</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252. Expediente LAT-455 (6 de junio de 2019) M.P. Carlos Bernal Pulido [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm>

Nombre abreviado	Sentencia
TBI Colombia y Japón	C-286/15 <sup>196</sup>
TBI Colombia y Perú	C-377/10 <sup>197</sup>
TBI Colombia y Suiza	C-150/09 <sup>198</sup>
TLC Colombia y AELC (EFTA)	C-941/10 <sup>199</sup>
Acuerdo Comercial Colombia, Ecuador, Perú y la Unión Europea	C-335/14 <sup>200</sup>
Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico	C-620/15 <sup>201</sup>

<sup>196</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-286. Expediente LAT-433(13 de mayo de 2015) M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-286-14.htm>

<sup>197</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-377. Expediente LAT-348 (19 de mayo de 2010) M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-377-10.htm>

<sup>198</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150. Expediente LAT-328 (11 de marzo de 2009) M.P. Mauricio González Cuervo [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-150-09.htm>

<sup>199</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-941. Expediente LAT-360 (24 de noviembre de 2010) M.P. Jorge Iván Palacio Palacio[En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-941-10.htm>

<sup>200</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expediente LAT-423 (4 de junio de 2014) M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-335-14.htm>

<sup>201</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620. Expediente LAT-437 (30 de septiembre de 2015) M.P. Jorge Iván Palacio Palacio[En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-620-15.htm>

TLC Colombia y Chile

C-031/09<sup>202</sup>

TLC Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras

C-446/09<sup>203</sup>

Es importante destacar que estas sentencias se acogieron al enfoque inicial de la Corte Constitucional, lo que significa que se llevó a cabo un control leve de los tratados en cuestión, con énfasis en los requisitos formales de exequibilidad. En consecuencia, en ninguna de ellas se abordó la interpretación e implicaciones de las cláusulas paraguas, en tanto la Corte Constitucional

Sin embargo, a continuación se abordan las sentencias en las que parece haber por lo menos referentes a las cláusulas paraguas, y que son relevantes para el tema de la presente monografía:

#### 1. Sentencia C-150/09

A través de la Sentencia C-150/09<sup>204</sup> la Corte realizó el control de constitucionalidad del **TBI** entre Colombia y Suiza, que, como se mencionó, no solo contiene una cláusula elevador, sino que la misma ha sido objeto de las únicas demandas conocidas en contra de Colombia en las que los inversionistas la han invocado.

A pesar de la importancia que efectivamente tiene esta cláusula en el tratado en cuestión, en la sentencia, en principio, no se aportaron grandes elementos de análisis, ya que, siguiendo

---

<sup>202</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-031. Expediente LAT-323 (28 de enero de 2009) M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-031-09.htm>

<sup>203</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-446. Expediente LAT-338 (8 de julio de 2009) M.P. Mauricio González Cuervo [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-446-09.htm>

<sup>204</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150. Expediente LAT-328 (11 de marzo de 2009) M.P. Mauricio González Cuervo [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-150-09.htm>

la línea del control leve, se centró en los requisitos formales de construcción de la ley aprobatoria del tratado. Sin embargo, en la aclaración del voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva se encuentra lo que parece ser la primera alusión a las cláusulas elevador, a pesar de que no se mencionó de manera expresa.

El magistrado Vargas Silva, advirtió que la solución de controversias y la competencia que asumen los tribunales internacionales de arbitraje, previstas en el tratado, podría ser contrario a la Constitución en tanto despojan a la administración de justicia de sus funciones y afectan la soberanía nacional. En el marco de lo anterior, expresó lo siguiente, que parece dar a entender que se refiere a las cláusulas paraguas: “Sobre este punto, advierte igualmente el suscrito Magistrado, que en el Convenio no se dice que la resolución de controversias a través del mecanismo de tribunal de arbitramento se dé solo respecto de las inversiones, aunque el Convenio trate esencialmente sobre estas, **sino que se entiende respecto de cualquier clase de controversia entre las partes, lo cual -como ya mencioné- puede terminar afectando los derechos fundamentales de los nacionales**”<sup>205</sup> (énfasis añadido).

De lo anterior, se podría inferir que hacía referencia a la cláusula elevador al citar “cualquier tipo de controversia”, por lo que esta aclaración de voto es considerada como el primer referente<sup>206</sup> que ha hecho la Corte sobre estas disposiciones, ya que en decisiones anteriores esta disposición pasó completamente inadvertida.

Adicionalmente, de lo advertido por el magistrado Vargas Silva, se entiende que las cláusulas paraguas pueden terminar afectando los derechos fundamentales de los nacionales, particularmente, porque “no garantizan el debido proceso, la defensa, la contradicción, la publicidad y la imparcialidad”<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Aclaración de voto a la Sentencia C-150. Expediente LAT-328 (11 de marzo de 2009) M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-150-09.htm>

<sup>206</sup> FALKONERTH. Op.Cit., p. 57.

<sup>207</sup> Ibid.

Ahora, si bien la crítica del magistrado se encuentra muy enfocada en la naturaleza parcializada de los tribunales de arbitramento, que según este “favorecen intereses de los más grandes emporios”<sup>208</sup>, ciertamente su aclaración genera una reflexión respecto del principio de legalidad y juez natural que rigen en Colombia y que pueden considerarse trasgredidos ante la activación de la cláusula paraguas.

Con base en un análisis cuidadoso, podemos concluir que la Sentencia C-150/09, si bien aborda de manera limitada el análisis profundo del Tratado Bilateral de Inversión entre Colombia y Suiza al centrarse principalmente en los aspectos formales de su aprobación, ofrece un primer atisbo significativo sobre las implicaciones de las cláusulas paraguas en el marco jurídico colombiano. Esta aclaración de voto no solo representa el primer referente jurisprudencial sobre las cláusulas paraguas en el ámbito constitucional colombiano, sino que también destaca la necesidad de una reflexión más rigurosa sobre el impacto de estas disposiciones en la estructura del Estado y en la protección de los derechos fundamentales. Será necesario abordar estos temas con mayor profundidad para garantizar que la defensa de la inversión extranjera no se haga a costa de los principios esenciales que sustentan el orden constitucional, ya que Colombia sigue participando en tratados de inversión con mecanismos similares y experimenta los efectos de incorporarlos, lo cual se ha evidenciado especialmente frente al **TBI** con Suiza.

## 2. Sentencia C-286/15

En concordancia con lo que se ha explicado en la introducción de este capítulo, en esta sentencia, a través de la que se ejerció el control sobre el **TBI** con Japón, no se encuentra ninguna referencia explícita sobre las cláusulas paraguas<sup>209</sup>.

Sin embargo, esta sentencia debe destacarse por las serias inconsistencias que presentó el tratado y sus obligaciones, tanto así que tres magistrados presentaron salvamentos de voto.

---

<sup>208</sup> Ibid.

<sup>209</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-286. Expediente LAT-433 (13 de mayo de 2015) M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-286-15.htm>

En particular, lo más relevante para efectos de este trabajo es lo correspondiente al artículo 5 del AII, que dispone los requisitos de desempeño del tratado, pues los magistrados consideraron que estos presuponen la igualdad de economías de Colombia y Japón, obligándolos a asumir igual número de compromisos<sup>210</sup>.

Por otro lado, la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, aclaró su voto, reiterando su decisión de votar a favor de la constitucionalidad de la ley aprobatoria del AII, pero reparó en la falta de análisis de la cláusula NMF y consideró que la jurisprudencia sobre el control de estos tratados debía ser revisada. Así, concluyó lo siguiente:

Un cambio de la jurisprudencia vigente de la Corte, dirigido a que se realice un juicio de constitucionalidad más severo y a exigir del Presidente de la República una mayor ponderación y justificación de cada pacto bajo la cláusula NMF es plausible por: i) las implicaciones que genera cada nuevo compromiso adquirido por Colombia bajo la cláusula NMF; ii) los efectos acumulativos del compromiso y iii) los efectos *inter partes* de la cosa juzgada constitucional sobre normas previstas en tratados bilaterales<sup>211</sup>.

Hasta ahora, se han planteado numerosos interrogantes acerca del examen de constitucionalidad, en particular en lo que respecta a la profundidad del examen de las disposiciones legales contenidas en el TBI y sus consecuencias para el interés público. Lo que realmente faltó, más allá de un análisis formal, tal y como lo expresó la magistrada Gloria Stella Ortiz, fue un examen sustancial.

### 3. Sentencia C-252 de 2019

---

<sup>210</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Salvamento de voto a la Sentencia C-286. Expediente LAT-433 (13 de mayo de 2015) M. María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-286-15.htm>.

<sup>211</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Aclaración de voto a la Sentencia C-286. Expediente LAT-433 (13 de mayo de 2015) M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-286-15.htm>

Como se evidenció, antes de esta sentencia<sup>212</sup>, el tribunal constitucional colombiano solía llevar a cabo un análisis superficial de los AII, limitándose a una revisión comparativa con la Constitución sin ahondar en las posibles repercusiones que estos acuerdos podían tener en los intereses nacionales y los derechos constitucionales. No obstante, esta sentencia marcó un giro significativo en la forma en que la Corte aborda estos tratados, estableciendo un control mucho más riguroso y exhaustivo sobre su contenido.

A partir de la C-252 de 2019, la Corte dejó de realizar simples comparaciones formales y comenzó a analizar en profundidad las disposiciones de los TBI, teniendo en cuenta no solo su texto, sino también las decisiones de tribunales arbitrales internacionales y las prácticas adoptadas por otros países.

La Corte destacó la necesidad de equilibrar su papel de defensora de la supremacía e integridad de la Constitución con la deferencia que el texto constitucional le otorga al Ejecutivo en la conducción de las relaciones internacionales y la negociación de tratados. Este equilibrio implicaba que la Corte no solo debía revisar el contenido normativo de las cláusulas del tratado, sino también prestar atención a las interpretaciones dadas por jueces internacionales especializados en caso de que dichas disposiciones tuvieran relevancia constitucional. A su vez, la Corte se comprometió a ejercer un control de constitucionalidad efectivo, con el objetivo de prevenir cualquier riesgo de que el Estado asumiera compromisos internacionales que pudieran comprometer su responsabilidad o vulnerar los derechos constitucionales.

Un aspecto clave de este nuevo enfoque fue la atención particular que la Corte prestó a las primeras demandas de inversión interpuestas contra Colombia a partir de marzo de 2016, muchas de las cuales se originaron en decisiones emitidas por la propia Corte Constitucional. Este contexto llevó a la Corte a dejar de lado su enfoque más permisivo y adoptar un juicio de razonabilidad mucho más profundo y minucioso. Bajo este nuevo criterio, se volvió

---

<sup>212</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252. Expediente LAT-455 (6 de junio de 2019) M.P. Carlos Bernal Pulido [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm>

imprescindible: (i) examinar con rigor la legitimidad de los objetivos del tratado y de las cláusulas que lo conforman, y (ii) evaluar cuidadosamente la idoneidad de las medidas previstas en el tratado para cumplir con dichos objetivos. Un análisis similar se aplicó también en la revisión del Tratado de Libre Comercio firmado con Israel, abordado en la sentencia C-254/19<sup>213</sup>.

La Corte observó que, al igual que no había evidencia concluyente de que los AII promovieran la inversión extranjera, tampoco existía prueba de lo contrario, es decir, de que los TBI no generaran dicha inversión. Sin embargo, para la Corte, la importancia estratégica de la inversión extranjera proveniente de Francia, que estaba debidamente acreditada, era suficiente para compensar la falta de evidencia empírica específica.

No obstante, esta postura contrasta con las propias declaraciones de la Corte en la misma sentencia, cuando señaló que una de las premisas fundamentales para llevar a cabo el juicio de razonabilidad era que tanto el poder ejecutivo como el legislativo debían aportar razones y evidencia empírica, concreta y suficiente que justificara la suscripción del tratado. Sin embargo, la mención a lo anterior ciertamente fue un avance en comparación con la jurisprudencia existente para la época.

Este cambio de paradigma refleja un enfoque más consciente y responsable por parte de la Corte Constitucional en la protección de los intereses nacionales frente a los compromisos internacionales, asegurando que los tratados de inversión se ajusten a los parámetros constitucionales sin poner en riesgo la soberanía ni la estabilidad del país frente a posibles litigios internacionales.

Ahora, específicamente respecto de las cláusulas paraguas, y a pesar de que el TBI con Francia en principio no contiene ninguna, surgieron varios debates en el marco del artículo 16 del tratado, que contiene la siguiente cláusula: “Cuando las leyes de una de las Partes

---

<sup>213</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-254. Expediente LAT-446 (6 de junio de 2019) M.P. José Fernando Reyes Cuartas[En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-254-19.htm>

Contratantes, o las obligaciones emanadas del derecho internacional existentes o posteriores al momento del presente Acuerdo, contengan disposiciones tanto generales como específicas que otorguen a los inversionistas, un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, estas disposiciones aplicarán en la medida que sean más favorables”.

La referencia a la cláusula paraguas tuvo como origen el concepto de Diana Correa, profesora de derecho internacional de la Universidad Externado de Colombia, según el cual el artículo correspondía a una mezcla entre una cláusula NMF con una paraguas, al hacer exigible al Estado cualquier tipo de disposición (nacional o internacional) más favorable al inversionista. Lo anterior, fue justificado por la profesora en que en el artículo 5 del TBI se establece específicamente una cláusula NMF.

No obstante, en apoyo de la exequibilidad, varios académicos sostuvieron que la cláusula en cuestión es simplemente una extensión de la cláusula NMF, actuando como una cláusula de favorabilidad, lo cual es común en este tipo de tratados. Su función principal, argumentaron, es resolver conflictos entre las normas aplicables al inversionista, sin generar las mismas implicaciones que una cláusula paraguas, es decir, sin imponer al Estado nuevas obligaciones.

Por su parte, la Corte declaró la exequibilidad del artículo fundamentada en la declaración interpretativa conjunta, en los principios de trato justo y equitativo, trato nacional y de la nación más favorecida, así como en los de igualdad y no discriminación, *pacta sunt servanda* y de integración económica. De este modo, si bien no se efectuó un análisis de constitucionalidad sobre las cláusulas paraguas, esta sentencia constituye el único referente constitucional respecto de éstas, y resalta la relevancia que tiene el debate de la incorporación de cláusulas elevador a través de cláusulas NMF, expuesto en el subcapítulo 3.4.

En conclusión, la sentencia C-252 de 2019 marcó un punto de inflexión en la forma en que la Corte Constitucional colombiana aborda los AII, pasando de un análisis superficial a un control mucho más riguroso y exhaustivo. La Corte no solo empezó a revisar detalladamente las disposiciones de los **TBI**, sino que también consideró las decisiones arbitrales internacionales y las prácticas de otros países, con el fin de asegurar que dichos tratados se

ajusten a la Constitución y no comprometan los intereses nacionales ni los derechos de los ciudadanos.

## 5. CONCLUSIÓN

Este estudio ha demostrado que las cláusulas paraguas en el arbitraje internacional de inversiones no son meras disposiciones legales, sino que tienen un impacto significativo en las relaciones entre los Estados anfitriones y los inversionistas extranjeros. Estas cláusulas, presentes en AII y TLC con capítulos de inversión, elevan los incumplimientos contractuales al nivel de violaciones de tratados internacionales, ampliando de manera considerable la protección para los inversionistas. Sin embargo, su aplicación ha sido inconsistente, lo que genera incertidumbre para los Estados que las incluyen en sus acuerdos.

El segundo capítulo ha mostrado cómo estas cláusulas, originadas bajo el principio de *pacta sunt servanda*, han evolucionado para ofrecer a los inversionistas una herramienta frente a los incumplimientos contractuales de los Estados. Aunque se han incorporado en diversos tratados, su inclusión no ha sido libre de influencias económicas y políticas, particularmente en países en desarrollo. Esto plantea interrogantes sobre el grado de autonomía que realmente tienen los Estados al adoptar estas cláusulas, dado que en muchos casos parece que responden a presiones externas por parte de economías más poderosas, lo cual afecta la soberanía de los Estados receptores, como ocurre en América Latina.

En el tercer capítulo, se han examinado los efectos, el alcance y la interpretación de estas cláusulas, destacando cómo los tribunales han tratado de diferenciar entre incumplimientos soberanos y comerciales. Esta distinción ha sido crucial, ya que muchos tribunales han limitado la aplicación de las cláusulas paraguas a actos soberanos, mientras que otros han ampliado su protección a incumplimientos comerciales, como en el caso *Burlington c. Ecuador*. Además, se exploró el conflicto entre estas cláusulas y las de jurisdicción exclusiva, un tema que ha generado controversia sobre cuál es el foro adecuado para la resolución de disputas.

Otro aspecto clave fue el análisis de cómo las cláusulas paraguas pueden internacionalizar compromisos internos de los Estados, convirtiendo normativas o regulaciones nacionales en posibles violaciones de tratados. Esto plantea un desafío significativo para los Estados, que

pueden ver limitada su capacidad de legislar sin enfrentar demandas internacionales, como ocurrió en *LG&E c. Argentina*. Asimismo, se revisó cómo las cláusulas NMF permiten a inversionistas de un Estado beneficiarse de las cláusulas paraguas presentes en tratados con terceros países, ampliando aún más su alcance, como se observó en *EDF c. Argentina*.

Por último, en el cuarto capítulo, a raíz del análisis sobre los AII y tratados con capítulos de inversión ratificados por Colombia, se identificaron ocho tratados contentivos de cláusulas paraguas y diecisiete contentivos de cláusulas NMF. En el marco de lo anterior, se destacó la relevancia de la relación entre estos dos tipos de cláusulas, en cuanto los inversionistas pueden pretender importar obligaciones a través de cláusulas NMF, aun cuando el tratado aplicable no contenga cláusulas paraguas, como se pretende en *Amec Foster Wheeler y otros c. Colombia*.

Adicionalmente, luego del estudio de las sentencias de constitucionalidad de los AII y tratados con capítulos de inversión ratificados por Colombia, se identificó que, antes del 2019, la Corte Constitucional se limitaba a realizar un control leve de estos instrumentos, limitándose a compararlos con la Constitución, sin profundizar en las implicaciones que estos pudieran tener para los intereses nacionales y los derechos constitucionales. En consecuencia, no existe ningún control expreso de constitucionalidad a las cláusulas paraguas en la jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, se expuso que, desde la sentencia C-252 de 2019, la Corte dejó de enfocarse en comparaciones formales y comenzó a examinar a fondo las disposiciones de los tratados, tomando en cuenta no solo su redacción, sino también la jurisprudencia de tribunales arbitrales internacionales y las prácticas de otros países, y que en esta sentencia se abordó por primera vez, aunque de forma superficial, el asunto de las cláusulas elevador.

Esto, junto con los arbitrajes iniciados contra Colombia, evidencia la necesidad de un control minucioso sobre las disposiciones de los AII y de los tratados con capítulos de inversión, así como de su implementación en el país. La ausencia de un análisis riguroso de estas cláusulas puede comprometer la soberanía y la estabilidad económica, especialmente considerando los efectos diversos que han sido atribuidos a ellas.

En conclusión, esta monografía ha demostrado que las cláusulas paraguas, lejos de ser meras disposiciones accesorias, pueden representar un riesgo considerable para los Estados que las incluyen en sus tratados internacionales. Si bien fortalecen la protección de los inversionistas, también restringen la capacidad de los Estados para salvaguardar sus propios intereses. En el caso de Colombia, se requiere un análisis cuidadoso de estas cláusulas para determinar si los beneficios de atraer inversión extranjera justifican los riesgos asociados. En un entorno donde hay una creciente conciencia sobre sus posibles efectos, es fundamental que los Estados desarrollen una política internacional robusta que establezca criterios claros para la negociación y defensa de sus intereses.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1. DOCTRINA

ABS, Hermann y SHAWCROSS, Hartley. Draft Convention on Investments Abroad. Journal of Public Law (hoy Emory Law Journal) [En línea] 1(Primavera), p. 115-118. [Consultado: 30 de agosto de 2024] Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf>

BONNITCHA, Jonathan. Substantive Protection under Investment Treaties. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 9. ISBN 9781107042414.

BORN, Gary. International Arbitration and Forum Selection Agreements (6<sup>a</sup> ed.) Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2021. p.10. e-ISBN: 9789403532516

COLLINS, David. An Introduction to International Investment Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 207-212. ISBN 9781009245692.

DE SOUZA FLEURY, Raul Pereira. Treaty-protected investment agreements: of umbrella clauses and privity of contract. En Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution [En línea] Vol. 23(2) [Consultado: 30 de agosto de 2024] Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/wildisres23&collection=journals&id=331&startid=&enddid=346>

DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. (2da. edición) Oxford: Oxford University Press, 2012. ISBN 9780199651801.

FALKONERTH, Juan Guillermo. Inconveniencia de incluir o mantener la cláusula paraguas en los AII y YLC con capítulos de inversión de Colombia. Bogotá, 2019, 78p. Tesis (Maestría en Derecho del Estado con Énfasis en Derecho Público) Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en:

<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2f9360b2-c4a2-428a-85cd-572248911fa4/content>

GAILLARD, Emmanuel. L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements. En: Rev. arb. Julio – Septiembre de 2003, N° 3. ISSN 05567440.

HO, Jane. The evolution of contractual protection in international law: accessing diplomatic archives, discovering diplomatic practice, and constructing diplomatic history. En SCHILL, Stephan W., TAMS, Christian J. y HOFMANN, Rainer. International Investment Law and History. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018. p.226-234. ISBN 9781786439956.

JONCKHEERE, Katherine. Implications from an Expansive Interpretation of Umbrella Clauses in International Investment Law. South Carolina Journal of International Law and Business [En línea]. Vol. 11, no. 2 [Consultado: 30 de agosto de 2024] Disponible en:

<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scjilb11&collection=journals&id=165&startid=&endid=184>

LIM, C.L.; HO, Jean y PAPANINSKIS, Martin. International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards, and other Materials. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 349-373. ISBN 9781108842990.

MUHLINSKI, Peter. Multinational Enterprises and the Law. (3ra.edición) Oxford. Oxford University Press, 2021. 912 p. ISBN 9780198824145.

NEWCORBE, Andrew, y PARADELL, Lluís. Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009., p. 193-231 y 437-479. ISBN 9789041123510.

PÉREZ-AZNAR, Facundo. The use of most-favoured-nation clauses to import substantive treaty provisions in international investment agreements. En Journal of International Economic Law [En línea]. Vol. 20(4), 2017 [Consultado: 30 de agosto de 2024]

Disponible en:  
<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jiel20&collection=journals&id=785&startid=&endid=814>

POLANCO, Rodrigo y MANRIQUE DE LARA SEMINARIO Jorge Luis. Capítulo XXI. Cláusulas Paraguas [En línea]. En: ALVAREZ, José Manuel y ZENKIEWICZ, Maciej. El Derecho Internacional de las Inversiones. Desarrollo actual de normas y principios. Bogotá: Universidad Externado. 2021, p. 473-496. [Consultado: 30 de agosto de 2024] Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3957252>

POTTS, Jonathan B. Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization. Virginia Journal of International Law. [En línea] Vol. 51. [Consultado el 30 de agosto de 2024] Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vajint51&div=24&id=&page=>

RADI, Yannick. Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 43-180. ISBN 9781107499577.

SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment (3ra ed.). Nueva York: Cambridge University Press, 2003. p.304. ISBN 978-0-521-74765-3.

SILVA, Eduardo. Clase Umbrella Clause. En: TIRANT LO BLANCH, CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA y ALARB. Diplomado Online de Arbitraje Comercial Internacional Tirant Lo Blanch, Octubre de 2021.

SINCLAIR, Anthony. The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection. Arbitration International [En línea]. Vol. 20, No. 4 [Consultado: 30 de agosto de 2024]. Disponible en: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/20/4/411/271721?redirectedFrom=fulltext>

VANDEVELDE, Kenneth J., A Brief History of International Investment Agreements. En U.C. Davis Journal of International Law & Policy [En línea] Vol. 12, No. 1. [Consultado: 30 de agosto de 2024]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1478757>

WÄLDE, Thomas. W.'The Umbrella Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases. Journal of World Investment & Trade [En línea] Vol. 6 No.2. [Consultado: 30 de agosto de 2024] Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jworldit6&collection=journals&id=183&startid=183&endid=236>

WENDLANDT, Matthew. SGS v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes. En Texas International Law Journal [En línea] Vol. 43 N°3, 2008. ISSN 0163-7479. Disponible en: <https://www.proquest.com/docview/213932076?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true&sourcetype=Scholarly%20Journals>

WONG, Yarrod. Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes. En: George Mason Law Review [En línea] Vol. 14, 2006. [Consultado: 30 de agosto de 2024]. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1260897](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1260897)

YANNACA-SMALL, Katia. Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements. OECD Working Papers on International Investment. [En línea] 2006/03 [Consultado: 30 de agosto de 2024] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>

## **2. Instrumentos jurídicos nacionales**

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política (4 de julio de 1991) [En línea]. Gaceta Constitucional número 114 del jueves 4 de julio de

1991 [Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

### 3. Instrumentos jurídicos internacionales

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN. Tratado de Montevideo, 1980. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en:  
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3088/laia-treaty-1980->

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 56/83 del 28 de enero de 2002 [En línea][Consultado: 8 de enero de 2024] Disponible en: [https://digitallibrary.un.org/record/454412/files/A\\_RES\\_56\\_83-ES.pdf?ln=en](https://digitallibrary.un.org/record/454412/files/A_RES_56_83-ES.pdf?ln=en)

CIADI. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 1966 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/reglas-y-reglamento/convenio>

CONFEDERACIÓN SUIZA y REPÚBLICA DE FILIPINAS. Tratado de Libre Comercio, 1997. [En línea] Art. 10 numeral 2 [Consultado: 2 de septiembre de 2023] Disponible en:  
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2766/philippines---switzerland-bit-1997->

CONFEDERACIÓN SUIZA y GEORGIA. Agreement between the Swiss Confederation and Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2014 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en:  
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3469/georgia---switzerland-bit-2014->

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Acuerdo de Cartagena, 1969. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3079/cartagena-agreement-1969->

JAPÓN y REPÚBLICA ORIENTAL DE URUGUAY. Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y Japón para la Liberalización, Promoción y Protección de Inversiones, 2015. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3549/japan---uruguay-bit-2015->

REPÚBLICA ARGENTINA, REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, REPÚBLICA DEL PARAGUAY y REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR y REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DEL ECUADOR y REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, PAISES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA. Acuerdo de Complementación Económica suscrito entre los Gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina, 2004. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3490/mercosur---colombia-ecuador-venezuela-complementation-agreement-2004->

REPÚBLICA DE AUSTRIA y REPÚBLICA DE KIRGUISTÁN. Agreement for the Promotion and Protection of Investment Between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Kyrgyz Republic, 2016 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3688/austria---kyrgyzstan-bit-2016->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y ASOCIACIÓN EUROPEA DE LIBRE COMERCIO.

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), 2008. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3238/colombia---efta-fta-2008->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y CANADÁ. Acuerdo de Libre Comercio entre la República

de Colombia y Canadá, 2008. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3246/canada---colombia-fta-2008->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y CONFEDERACIÓN SUIZA. Convenio entre la República

de Colombia y la Confederación Suiza sobre la promoción protección recíproca de inversiones, 2006. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1008/colombia---switzerland-bit-2006->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y ESTADO DE ISRAEL. Acuerdo de Libre Comercio entre

la República de Colombia y el Gobierno del Estado de Israel, 2013. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3399/colombia---israel-fta-2013->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Acuerdo de

Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, 2006. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment->

[agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3388/colombia---united-states-tpa-2006-](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3388/colombia---united-states-tpa-2006-)

REPÚBLICA DE COLOMBIA y ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia, 1994. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3122/colombia---mexico-venezuela-fta-1994->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y JAPÓN. Acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversión, 2011. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1002/colombia---japan-bit-2011->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y REINO DE ESPAÑA. Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 2005 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1007/colombia---spain-bit-2005->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE. Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia, 2010. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1010/colombia---united-kingdom-bit-2010->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE CHILE. Acuerdo de Complementación Económica N°24 entre la República de Chile y la República de Colombia, 1993. [En

línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3129/chile---colombia-economic-agreement-1993->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE CHILE. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile, 2006. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3390/chile---colombia-fta-2006->

REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DE CHILE, ESTADOS UNIDOS MEXICANOS y REPÚBLICA DEL PERÚ. Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, 2014. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3409/pacific-alliance-additional-protocol-2014->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE COSTA RICA. Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, 2013. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3397/colombia---costa-rica-fta-2013->

REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DE ECUADOR, REPÚBLICA DEL PERÚ y UNIÓN EUROPEA. Acuerdo Comercial entre Colombia, Perú y Ecuador y la Unión Europea, 2012. En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3710/colombia---ecuador---eu---peru-trade-agreement-2012->

REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DE ECUADOR y REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE. Tratado de Libre Comercio entre la República de Ecuador, la República de Perú y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 2019 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/4951/colombia---ecuador---peru---united-kingdom-trade-agreement-2019->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE LA INDIA. Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre la República de Colombia y la República de la India, 2009. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1001/colombia---india-bit-2009->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA DE PERÚ. Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones, 2007. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1004/colombia---peru-bit-2007->

REPÚBLICA DE COLOMBIA y REPÚBLICA POPULAR CHINA. Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular China, 2008. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/880/china---colombia-bit-2008->

REPÚBLICA DE COLOMBIA, REPÚBLICA DEL SALVADOR, REPÚBLICA DE GUATEMALA Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de el Salvador, Guatemala y Honduras, 2007. [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment->

[agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3746/colombia-el-salvador-guatemala-and-honduras-fta-2007-](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3746/colombia-el-salvador-guatemala-and-honduras-fta-2007-)

REPÚBLICA DE MALTA y REPÚBLICA DE ALBANIA. Agreement Between The Government of the Republic of Malta and The Council of Ministers of the Republic of Albania, 2011 2014 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/28/albania---malta-bit-2011->

REPÚBLICA DE SINGAPUR y ESTADO DE LIBIA. Agreement Between the Government of the Republic of Singapore and the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya on the Promotion and Protection of Investments, 2009 [En línea] [Consultado: 10 de septiembre de 2023] Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2407/libya---singapore-bit-2009->

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE) Tratado de la Carta de la Energía, 1994 [En línea] [Consultado: 2 de enero de 2024] Disponible en: <https://www.energycharter.org/>

#### **4. Decisiones arbitrales internacionales**

AMEC FOSTER WHEELER USA CORPORATION Y OTROS c. COLOMBIA. CIADI. Caso No. ARB/19/34 (*Request for Arbitration* del 6 de diciembre de 2019). [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/19/34>

AZURIX CORP. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI Caso No. ARB/01/12 (Laudo, 14 de julio de 2006) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/118>

BOSH INTERNATIONAL, INC. AND B&P, LTD FOREIGN INVESTMENTS ENTERPRISE C. UCRANIA. CIADI Caso No. ARB/08/11 (Laudo, 25 de octubre de 2012) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1563>

BUREAU VERITAS, INSPECTION, VALUATION, ASSESSMENT AND CONTROL, BIVAC B.V. C. REPÚBLICA DE PARAGUAY. CIADI Caso No. ARB/07/9 (Decisión de jurisdicción, 29 de mayo de 2009) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/179>

BURLINGTON RESOURCES INC. C. REPÚBLICA DE ECUADOR. CIADI Caso No. ARB/08/5 (Decisión sobre responsabilidad, 14 de diciembre de 2012) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/181>

CMS GAS TRANSMISSION COMPANY C. REPÚBLICA ARGENTINA, CIADI Caso No. ARB/01/8 (Decisión sobre anulación, 25 de septiembre de 2007) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/288>

CMS GAS TRANSMISSION COMPANY C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI Caso No. ARB/01/8 (Laudo, 12 de mayo de 2005) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/288>

CONSUTEL GROUP S.P.A. IN LIQUIDAZIONE C. REPÚBLICA DE ALGERIA. PCA. Caso No. 2017-33 (Laudo, 3 de febrero de 2020) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/5923>

CONTINENTAL CASUALTY COMPANY C. ARGENTINA. Caso CIADI No. ARB/03/9 (Laudo, 5 de septiembre de 2008) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/329>

EDF INTERNATIONAL S.A., SAUR INTERNATIONAL S.A. Y LEÓN PARTICIPACIONES ARGENTINAS S.A. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI. Caso No. ARB/03/23 (Laudo, 11 de junio de 2012) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/372>

EDF INTERNATIONAL S.A., SAUR INTERNATIONAL S.A. Y LEÓN PARTICIPACIONES ARGENTINAS S.A. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI. Caso No. ARB/03/23 (Decisión sobre anulación, 5 de febrero de 2016) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/372>

EL PASO ENERGY INTERNATIONAL COMPANY C. REPÚBLICA ARGENTINA, CIADI Caso No. ARB/03/15 (Decisión de jurisdicción, 27 de abril de 2006) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/382>

ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI, Caso No. ARB/01/3 (Decisión de jurisdicción, 14 de enero de 2004) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/401>

ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI, Caso No. ARB/01/3 (Laudo, 28 de septiembre de 2007) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/401>

EUREKO B.V. C. RÉPUBLICA DE POLONIA. CIADI. Caso No. ARB/11/25 (Laudo, 19 de agosto de 2005) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/412>

GARANTI KOZA LLP C. TURKMENISTÁN. CIADI. Caso No. ARB/11/20 (Laudo, 19 de diciembre de 2016) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2176>

GLENCORE INTERNATIONAL A.G. Y OTROS C. COLOMBIA. CIADI. Caso No. ARB/16/6 (Laudo del 27 de agosto de 2019). [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/6>

JOY MINING MACHINERY LIMITED C. REPÚBLICA ÁRABE DE EGIPTO. CIADI Caso No. ARB/03/11 (Decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2004) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/590>

IMPREGILO S.P.A C. REPÚBLICA ISLÁMICA DE PAKISTÁN. CIADI Caso No. ARB/03/3 (Decisión de jurisdicción, 22 de abril de 2005) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/556>

LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP. Y LG&E INTERNATIONAL, INC. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI Caso No. ARB/02/1 (Laudo, 25 de julio de 2007) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/621>

MR. FRANCK CHARLES ARIF C. REPÚBLICA DE MOLDAVIA. CIADI. Caso No. ARB/11/23 (Laudo, 8 de abril de 2013) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1846>

NOBLE VENTURES C. RUMANÍA. CIADI Caso No. ARB/01/11 (Laudo, 12 de octubre de 2005) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/747>

SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI. Caso No. ARB/02/16 (Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 30 de

julio de 2010) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.italaw.com/cases/1002>

SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. PAKISTÁN. CIADI, Caso No. ARB/01/13 (Decisión sobre jurisdicción, 8 de septiembre de 2003) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.italaw.com/cases/1009>

SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. REPÚBLICA DE FILIPINAS. CIADI, Caso No. ARB/02/6 (Decisión sobre jurisdicción, 29 de enero de 2004) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.italaw.com/cases/1018>

SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. REPÚBLICA DE PARAGUAY. CIADI Caso No. ARB/07/29 (Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.italaw.com/cases/1016>

SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. C. REPÚBLICA DE PARAGUAY. CIADI Caso No. ARB/07/29 (Laudo, 10 de febrero de 2012) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.italaw.com/cases/1016>

SIEMENS A.G. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI, Caso No. ARB/02/8 (Laudo, 17 de enero de 2007) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.italaw.com/cases/1026>

STRABAG SE C. LIBIA. CIADI Caso No. ARB(AF)/15/1 (Laudo, 29 de junio de 2020) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.italaw.com/cases/8447>

TEINVER S.A, TRANSPORTES DE LA CERCANÍA S.A. y AUTOBUSES URBANOS DEL SUR S.A. C. REPÚBLICA ARGENTINA. CIADI. Caso No. ARB/09/1 (Laudo,

12 de julio de 2017) [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.italaw.com/cases/1648>

## 5. Jurisprudencia constitucional

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-031. Expediente LAT-323 (28 de enero de 2009) M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-031-09.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150. Expediente LAT-328 (11 de marzo de 2009) M.P. Mauricio González Cuervo [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-150-09.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Aclaración de voto a la Sentencia C-150. Expediente LAT-328 (11 de marzo de 2009) M.P. Luis Ernesto Vargas Silva [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-150-09.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-446. Expediente LAT-338 (8 de julio de 2009) M.P. Mauricio González Cuervo [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-446-09.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-377. Expediente LAT-348 (19 de mayo de 2010) M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-377-10.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-608. Expediente LAT-359. (3 de agosto de 2010) M.P. Humberto Antonio Sierra Porto [En línea][Consultado: 10 de

octubre de 2023] Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-608-10.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-941. Expediente LAT-360 (24 de noviembre de 2010) M.P. Jorge Iván Palacio Palacio [En línea] [Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-941-10.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-269. Expedientes D-9852, D-9907 y D-9886 (2 de mayo de 2014) M.P. Mauricio González Cuervo [En línea] [Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-269-14.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335. Expediente LAT-423 (4 de junio de 2014) M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [En línea] [Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-335-14.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-286. Expediente LAT-433 (13 de mayo de 2015) M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez [En línea] [Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-286-14.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Salvamento de voto a la Sentencia C-286. Expediente LAT-433 (13 de mayo de 2015) M. María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva [En línea] [Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-286-15.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Aclaración de voto a la Sentencia C-286. Expediente LAT-433 (13 de mayo de 2015) M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [En

línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-286-15.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620. Expediente LAT-437 (30 de septiembre de 2015) M.P. Jorge Iván Palacio Palacio[En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-620-15.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252. Expediente LAT-455 (6 de junio de 2019) M.P. Carlos Bernal Pulido [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-254. Expediente LAT-446 (6 de junio de 2019) M.P. José Fernando Reyes Cuartas [En línea][Consultado: 10 de octubre de 2023] Disponible en:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-254-19.htm>

## 6. Bases de datos nacionales e internacionales

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Informe de Litigiosidad. Corte a junio de 2024. [En línea] [Consultado: 5 de septiembre de 2024] Disponible en:  
<https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/Paginas/default.aspx>

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. Base de datos de casos. [En línea] [Consultado: 5 de septiembre de 2024] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/>

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Mapping of IIA Content* [En línea][5 de septiembre de 2024] Disponible en:  
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements#>

COLOMBIA. MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO. [En línea]  
Tratados de Libre Comercio [5 de septiembre de 2024]. Disponible en:  
<https://www.tlc.gov.co>