

JUAN GUILLERMO FALKONERTH ROZO

**INCONVENIENCIA DE INCLUIR O MANTENER LA CLÁUSULA
PARAGUAS EN LOS AII Y TLC CON CAPÍTULO DE INVERSIÓN DE
COLOMBIA**

(Maestría en Derecho del Estado con Énfasis en Derecho Público)

Bogotá D.C., Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON
ÉNFASIS EN DERECHO PÚBLICO

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinstrosa Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

Directora Departamento
Derecho Constitucional: **Dra. Magdalena Correa Henao**

Director de Tesis: **Dr. Federico Suárez Ricaurte**

Presidente de Tesis: **Dr. Federico Suárez Ricaurte**

Examinadores: **Dr. Eric Tremolada Álvarez**
Dr. José Julián Tole Martínez

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	v
1. MARCO GENERAL DE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS CONTENIDAS EN LOS AII Y TLC CON CAPÍTULOS DE INVERSIÓN	1
1.1 PRIMEROS REFERENTES DE LA CLÁUSULA PARAGUAS	1
1.2 DEFINICIONES DOCTRINARIAS DE LA CLÁUSULA PARAGUAS	6
1.3 CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA PARAGUAS DESDE UNA MIRADA DOCTRINAL	10
1.4 OBLIGACIONES CONTENIDAS EN LA CLÁUSULA PARAGUAS Y SU INTERPRETACIÓN NORMATIVA	16
1.5 INCUMPLIMIENTOS DE ORIGEN CONTRACTUAL Y QUE SON OBJETO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PARAGUAS	20
2. DECISIONES ARBITRALES FRENTE A LA CLÁUSULA PARAGUAS	24
2.1 DECISIONES RAZONADAS Y LIMITADAS DE LA CLÁUSULA PARAGUAS	25
2.2 DECISIONES ARBITRALES QUE CONSIDERAN QUE LAS DIFERENCIAS DE ORIGEN CONTRACTUAL SI SE PUEDEN ELEVAR A ESCENARIO INTERNACIONAL	28
2.3 CONTEXTO DE LAS DECISIONES RESTRICTIVAS Y AMPLIAS SOBRE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS	30
2.4 APLICACIONES RESTRICTIVAS DE LA CLÁUSULA PARAGUAS ...	32
2.5 APLICACIONES AMPLIAS DE LA CLÁUSULA PARAGUAS	34
3. COLOMBIA FRENTE A LOS AII Y LOS TLC CON CAPÍTULOS DE INVERSIÓN	45

3.1 CLÁUSULAS PARAGUAS EN LOS AII Y TLC CON CAPÍTULOS DE INVERSIÓN SUSCRITOS Y VIGENTES EN COLOMBIA.....	51
3.2 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD A LOS AII Y TLC CON CAPÍTULOS DE INVERSIÓN QUE CONTIENEN CLÁUSULAS PARAGUAS	53
3.3 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD TBI COLOMBIA – SUIZA...	55
3.4 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD TBI COLOMBIA – JAPÓN	58
3.5 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD TBI COLOMBIA Y FRANCIA.....	59
3.6 MODELO ESTÁNDAR DE NEGOCIACIÓN DE LOS TBI EN COLOMBIA	62
CONCLUSIONES	64
BIBLIOGRAFÍA.....	69

INTRODUCCIÓN

Los acuerdos internacionales de inversión (AI) y los tratados de libre comercio con capítulos de inversión (TLC), son quizá, los mayores estándares de protección para el inversionista extranjero y su inversión en el Estado anfitrión. Estos instrumentos internacionales han permitido que un particular que sea reconocido como inversionista bajo la protección de uno de estos tratados pueda llevar a un Estado a una instancia de arbitramento internacional.

Esta relación gestada en el marco del derecho internacional de las inversiones resulta preocupante, por generar solo obligaciones a cargo del Estado receptor de la inversión extranjera, mientras que para el inversionista solo existen derechos que protegen sus intereses¹. Bajo ese entendido, empieza a abrirse el debate en torno a dos planteamientos, el primero si realmente estos instrumentos internacionales atraen la inversión extranjera directa (IED)² y el segundo si ratificarlos resulta conveniente para los Estados.

Las obligaciones adquiridas junto con el creciente número de demandas internacionales que se están dando en el marco de estos acuerdos internacionales de inversión, lleva a pensar la manera como se están concibiendo estos instrumentos internacionales y si los mismos, están alterando el orden jurídico interno de los Estados, ya que los países empiezan a verse limitados en sus potestades soberanas, sus facultades regulatorias y en la toma de decisiones, toda vez que, si cualquiera de estas afecta de

¹ DORÍN, Noelia Giselle, Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional. DOI: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derecho-internacional-publico-noelia-dorin.pdf>

² PETERSON, L. Bilateral Investment Treaties and Development Policy Making. International Institute for Sustainable Development; disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2004/trade_bits.pdf

manera directa o indirecta al inversionista, se abre la puerta para que estas actuaciones sean consideradas como un ilícito internacional y, por tanto, se puedan discutir en tribunales internacionales, con las connotaciones que esto conlleva³.

En el tema colombiano, debe decirse que se llegó tarde a la suscripción de estos AII y TLC con capítulos de inversión, comparado con los otros países de la región. Lo que llama la atención de esta situación no es la adopción tardía de estos, sino la razón por la cual el Estado demoró tanto tiempo en el diseño e implementación de la defensa jurídica frente a estas demandas⁴. Lo cual lleva a preguntarse si realmente el Estado colombiano está preparado para sumir estas obligaciones y si es capaz de defender sus intereses en instancias de arbitramento internacional.

Sumado a esta preocupación, se encuentra la inclusión de una disposición normativa en estos AII y TLC con capítulos de inversión que amplía el espectro de aplicación de sus estándares, incluyendo, nuevas obligaciones de naturaleza jurídica que son ajenas a estos instrumentos internacionales, estas se denominan cláusulas paraguas.

Bajo este lineamiento, se ahondará en el problema jurídico de investigación que se plantea en este trabajo ¿dada la manera en que se ha interpretado la cláusula paraguas, así como la forma en que se ha incorporado en el derecho internacional por parte de Colombia es conveniente para el país incluir o mantener dicha cláusula en los AII y TLC vigentes o futuros? Este

³ GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria. La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 12: 85-120, January-December 2019. DOI: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429558483004/index.html>

⁴ CASTRO PEÑA, M. 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. *Revista Derecho del Estado*. 38 (jun. 2017), 23-66. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>

planteamiento obedece a una mirada objetiva, no solo de la proliferación de estos instrumentos internacionales y su real eficacia para atraer inversión extranjera directa (IED), sino al exponencial número de demandas y exorbitantes pretensiones económicas alegadas en centros de arbitramento internacional por incumplimientos amparados bajo estos tratados.

Es en este punto donde cobra gran relevancia la cláusula paraguas, ya que esta permite incluir obligaciones diferentes a las del tratado y llevarlas a instancias internacionales para su discusión. Esto motiva a que se haga un estudio más exhaustivo de esta cláusula con el fin de entender la razón de ser de su incorporación y los alcances que le han venido dado los tribunales de arbitramento internacional.

Y es que dentro de las razones que se encuentran para justificar su existencia e incorporación en estos AII y TLC con capítulos de inversión, están la volatilidad de algunos Estados, los cuales al experimentar cambios políticos, económicos, sociales o de orden público pueden adoptar medidas cuyos efectos resulten contrarios a los intereses de los inversionistas extranjeros, por lo cual, algunas veces se ha entendido que la cláusula paraguas funge en estos casos como una norma de estabilización jurídica⁵. Dentro de los efectos perseguidos con la inclusión de esta norma está la de facultar al inversionista extranjero para alegar el incumplimiento del Estado en jurisdicción internacional⁶.

El argumento central para cuestionar la incorporación de la cláusula paraguas en estos AII y TLC con capítulos de inversión, es que estos ya *per se*,

⁵ EAFIT, Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del estado colombiano? January - June 2011 Colombia | Vol.2, 01. Enlace: <http://www.eafit.edu.co/revistas/ejil/Documents/ejil-jan-jun-2011/Los-Contratos-de-Estabilidad-Juridica-en-Colombia.pdf>

⁶ Ibídem.

contienen estándares suficientemente favorables para los intereses de los inversionistas, como lo son las cláusulas de la Nación Más Favorecida (NMF), Trato Justo y Equitativo (TJE) y Nivel Mínimo de Trato (NMT), entre otros. Por lo cual, no debería incluirse una cláusula de esta naturaleza que llegado el momento, podría ampliar el marco de aplicación de estas disposiciones normativas, variarlas e incluso transformarlas. Es claro entonces, que ya de por sí con estos instrumentos internacionales existe un desequilibrio entre los Estados y los inversionistas extranjeros a favor de estos últimos, con la incorporación de esta cláusula paraguas lo que se está generando es agravar esta situación y generar un ambiente de incertidumbre, en el cual cualquier obligación puede ser ventilada en foros de solución de controversias internacionales, con las implicaciones que esto conlleva.

Existen riesgos adicionales que deben ser mencionados por las fuertes implicaciones que pueden tener en el ordenamiento jurídico de los Estados la existencia de la cláusula paraguas en los acuerdos internacionales, entre esos están, i) que, llegado el caso se le pueda aplicar el sentido más amplio de interpretación dado por los tribunales de arbitramento internacional; ii) que, al no existir unanimidad de criterio sobre esta disposición normativa se tenga un marco de discrecionalidad más amplio por parte de los árbitros que dificulta la defensa jurídica del Estado; iii) que, las pretensiones del inversionista puedan ser más onerosas al no existir un límite proporcional para tasarlo como sí ocurre en la jurisdicción doméstica y; iii) que, se pueda generar inseguridad jurídica por desconocer el juez natural de las obligaciones pactadas entre las partes y el foro de solución de controversias. Riesgos que serán objeto de estudio en el presente trabajo.

Se toma como referente la cláusula paraguas ya que a partir de esta se puede no solo cuestionar todo el sistema de inversiones, sino, además, porque permite estudiar el consentimiento y la voluntad de las partes para su adopción

y aplicación, ya que los Estados usualmente la excepcionan en su defensa argumentando que su interés no era que a partir de esta disposición normativa se ventilaran asuntos internos en foros de solución de controversias internacionales, como viene ocurriendo. A eso se debe sumar que la cláusula paraguas está presente en un gran número de estos acuerdos internacionales. De un mapeo realizado en la página web de IIA Mapping Project de la UNCTAD se encontró que de 2.577 AII y TLC con capítulos de inversión existían 1.108 con cláusulas paraguas⁷.

Cifras que motivan a reflexionar sobre la presencia de estas disposiciones normativas en los AII y TLC con capítulos de inversión. Con estos parámetros establecidos, se procederá a indicar en cuales se abordará y se desglosará el argumento de esta problemática, comenzando con el efecto que esta disposición normativa produce para ampliar los otros estándares del tratado y la facultad para elevar controversias domésticas a instancias internacionales. Desde estas perspectivas se propone hacer una crítica a todo el sistema de inversiones ya que son varias las concesiones que los Estados hacen a favor de los inversionistas en procura de ser más atractivos y que parecen no guardar una relación directa con la llegada de la inversión extranjera, pensándose que podrían evitarse y tener menos riesgos.

De esta manera se encuentra otro de los argumentos más sólidos para cuestionar la suscripción de estos AII y TLC con capítulos de inversión, está el de sí realmente las suscripciones de estos instrumentos internacionales atraen la IED. Un estudio del Banco Mundial observó por 20 años el comportamiento de países que suscribieron estos acuerdos y los que no, concluyendo que la

⁷ UNCTAD, IIA Mapping Project, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-mapping>

IED no llega necesariamente a través de estos acuerdos⁸. Este es un referente de gran relevancia ya que los Estados en América Latina suscriben mayoritariamente estos acuerdos internacionales con esa intención.

Un referente adicional para el debate es la cláusula de solución de controversias, la cual habilita a los inversionistas para elevar estas diferencias a instancias internacionales, toda vez que, despoja de esta competencia al Estado, quien debería ser el primero y el único en resolverlas por ser obligaciones de naturaleza jurídica local. Adicional, se encuentra una tendencia de condenar mayoritariamente a los países que reciben la inversión. Esto resulta cuestionable si se observa desde la óptica del rol que asumen cada una de las partes que interactúan en esta relación, por un lado, los inversionistas que persiguen lucro y por el otro, los Estados que están en procura del bienestar general de sus administrados, solo por este motivo no deberían ser tratados en igualdad de condiciones.

Quizá por esta razón, países de América Latina como Venezuela, Bolivia y Ecuador, han considerado que las diferencias suscitadas con ocasión a estos acuerdos deben ser resueltas en instancias locales, recordando la Doctrina Calvo y, denunciado el convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)⁹.

Esto lleva a la imperiosa necesidad de cuestionar si los Estados: i) están en la capacidad de asumir y cumplir estas obligaciones internacionales; ii) si el proceso de negociación de estos AII y TLC con capítulos de inversión, se hizo no solo contemplando aspectos técnicos sino también de conveniencia; iii) si

⁸ PETERSON, L. Bilateral Investment Treaties and Development Policy Making. International Institute for Sustainable Development; disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2004/tra_de_bits.pdf

⁹ CASTRO PEÑA, M. 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Revista Derecho del Estado. 38 (jun. 2017), 23-66. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>

el ingreso de estas obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico de los Estados cumple rigurosamente los trámites legales y controles constitucionales respectivos y; iv) si la materialización de estos acuerdos representan el interés nacional. Problemáticas que reclaman atención por parte de los sujetos de derecho que intervienen en esta relación. Basta con observar las estadísticas que están entregando los centros de arbitramento internacional, para concluir que se requiere un debate profundo sobre la materia. A continuación, algunos datos para el análisis.

Para promover corrientes de IED, los Estados en vía de desarrollo o de economías en transición comenzaron a suscribir varios acuerdos internacionales de AII y TLC con capítulos de inversión, con el fin de hacer atractivos sus países para los inversionistas extranjeros y sus capitales, este fenómeno creció en el decenio de los 80 y se pronunció para los 90¹⁰. A 2017 se tenía conocimiento de 3.322 AII firmados en todo el mundo¹¹.

Producto de esta proliferación de AII, entre esos, los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de inversiones (APPRI) y Tratados de Libre Comercio (TLC), se aumentó significativamente la activación de mecanismos de solución de diferencias entre inversionistas y Estados¹², alegando principalmente indemnización, expropiación, uso y goce de propiedad privada, entre otros estándares de protección¹³.

¹⁰ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO EL PAPEL DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN EN LA ATRACCIÓN DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA HACIA LOS PAÍSES EN DESARROLLO, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, Ginebra y New York, 2009. Página 10.

¹¹ UNCTAD, Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2018 La inversión y las nuevas políticas industriales, página 21. https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2018_overview_es.pdf

¹² TOLE MARTÍNEZ, Julián, Solución de Controversias en los TLC, aportes del derecho de la OMC, página 200.

¹³ DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete, Bilateral Investment treaties the international centre for settlement of investment disputes.

Obsérvese como las cifras muestran un preocupante incremento en el número de demandas, inversionista - Estado, el CIADI, tuvo para el año 2018, 279 casos¹⁴, el más alto de su historia, así mismo, reportó a 30 de junio de 2019, un total de 728 casos¹⁵, datos que complementados con los suministrados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) llegan a los 855 casos¹⁶. Aunque aún no se conocen los datos completos de 2019 por estar en curso, Colombia ya hace parte de los Estados que han sido condenados, con el caso Glencore y Prodeco¹⁷.

Según datos del CIADI, el 60% de estas demandas obedecen a tratados bilaterales de inversión (TBI), 16% a Contratos de inversión entre el inversionista y el Estado receptor, 9% al Tratado sobre la Carta de la Energía, 8% a la ley de inversiones del Estado receptor, 3% al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 3% a otros tratados y 1% a Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos¹⁸. Estas cifras motivan un estudio profundo sobre lo que está ocurriendo con estos AI y su impacto para los Estados receptores de esta inversión.

Colombia tiene actualmente más de 13 AI vigentes, entre los cuales también están los TLC con capítulos de inversión¹⁹, 11 demandas en curso a 31 de agosto de 2018, por los AI y TLC suscritos con Suiza, México, Estados Unidos, Canadá, España y Reino Unido, los cuales ascienden a un valor aproximado

¹⁴ CIADI, Informe Anual 2018, página 11. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2018ICSIDAnnualReport.SPA.pdf>

¹⁵ CIADI, CARGA DE CASOS DEL CIADI — ESTADÍSTICAS EDICIÓN 2019-2, página 7. [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(Spanish).pdf)

¹⁶ UNCTAD, Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2018 La inversión y las nuevas políticas industriales, página 22. https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2018_overview_es.pdf

¹⁷ CIADI, GLENORE INTERNATIONAL A.G. AND C.I. PRODECO S.A. (Claimants) and REPUBLIC OF COLOMBIA (Respondent) ICSID Case No. ARB/16/6

¹⁸ CIADI, CARGA DE CASOS DEL CIADI — ESTADÍSTICAS EDICIÓN 2019-2, página 11. [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(Spanish).pdf)

¹⁹ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, Acuerdos Internacionales de Inversión Vigentes en Colombia. <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos>

de 5.498 millones de dólares²⁰, una de estas ya con laudo arbitral en contra y, 9 intenciones de demanda en etapa de arreglo directo que están en curso para ser oficializadas en tribunales de arbitramento internacional.

Sobre el primer laudo arbitral proferido por el CIADI contra Colombia, en el cual se le ordenó pagar 19,1 millones de dólares a favor de la multinacional Glencore y Prodeco²¹, lo más importante no fue la decisión adoptada, sino los recursos económicos del erario público que estuvieron en riesgo y que hacían parte de las pretensiones secundarias de la accionante, las cuales ascendían a los 600 millones de dólares y que de haber prosperado habrían generado una situación muy compleja en términos fiscales para el país. Debe anotarse que, Glencore y Prodeco ya anunció una segunda demanda contra Colombia.

Las implicaciones que se desprenden de este fallo permiten observar también un inminente riesgo de la política pública del país, ya que gran parte de la defensa del Estado se basó en explicar y defender a la Contraloría General de la República, órgano de vigilancia y control fiscal que hace parte de la estructura orgánica y funcional del país y quien fue finalmente la que adoptó la decisión que terminó motivando la demanda internacional. Esto es cuestionable en el entendido de que un país deba dar explicaciones en tribunales de justicia internacional sobre su marco institucional y aún más grave, recibir un fallo en contra por las decisiones que una corporación interna adopte en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.

Con este escenario, se requiere entonces, hacer un análisis de cómo se están incorporando estas obligaciones internacionales en el ordenamiento jurídico interno de Colombia, desde su etapa de negociación, elaboración de la ley

²⁰ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Balance de Gestión 2018, página 26.

²¹ CIADI, GLENCORE INTERNATIONAL A.G. AND C.I. PRODECO S.A. (Claimants) and REPUBLIC OF COLOMBIA (Respondent) ICSID Case No. ARB/16/6

aprobatoria de tratado y control de constitucionalidad, en las cuales convergen el poder ejecutivo, legislativo y judicial respectivamente. Dado que, no es suficiente surtir solo los trámites para la aceptación de la norma internacional, se debe poder aplicar y cumplir en términos reales, así mismo, debe hacerse en los controles mencionados, un análisis de prevención y del riesgo con relación a la responsabilidad internacional²², para de esta manera incursionar en debida forma al Estado en el derecho de las inversiones sin alterar su seguridad jurídica y preservando siempre el interés nacional.

Sin embargo, una decisión reciente de la Corte Constitucional de Colombia, adoptada mediante Sentencia C 252 de 2019²³, en la cual se revisa la constitucionalidad de la Ley 1840 de 12 de julio de 2017, muestra por primera vez un cambio de viraje frente a las obligaciones internacionales que ingresan al país a través de estos instrumentos.

A diferencia de decisiones anteriores, de este alto tribunal de justicia, los cuales también serán objeto de estudio en este trabajo, puede evidenciarse como en este caso la Corte Constitucional, por primera vez adopta un test de razonabilidad, que permite una verdadera revisión sobre las obligaciones contenidas en el AII a la luz de la constitución política, se revisan las disposiciones normativas adscritas a este acuerdo, su interpretación internacional y la eficacia del juez constitucional²⁴.

²² ROBAYO GALVIS, Wilfredo, ¿El Estado Constitucional en Jaque? El principio de seguridad jurídica como mecanismo de control de ingreso de las obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico colombiano, páginas 160 y 161.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C252 de 2019, control de constitucionalidad al Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones

²⁴ DERECHO A LA CARTA, PODCAST, 331 - EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL TRATADO DE LIBRE INVERSIÓN ENTRE COLOMBIA Y FRANCIA, Universidad Externado de Colombia, 2019. <https://www.spreaker.com/user/externadoradio/331-el-control-constitucional-en-el-tbi->

Esto implica en la práctica que este alto tribunal de justicia condicionó el ingreso de este instrumento internacional a la realización conjunta entre Francia y Colombia, de una declaración interpretativa, sobre los resolutivos de la sentencia referida. Acto sin precedentes en Colombia. Esta decisión también obliga al ejecutivo a tener presente lo decidido en esta sentencia para la entrada en vigor de este acuerdo, insta al Estado a construir una verdadera política de negociación internacional y da unos parámetros para el ingreso de obligaciones internacionales de otra naturaleza. Aunque falta mucho por hacer puede entenderse esta decisión como un primer paso hacía el camino correcto.

Expresado lo anterior, para realizar el análisis propuesto, se tomará como referente y hoja de ruta la cláusula paraguas contenida en varios AII y TLC con capítulos de inversión. La cláusula paraguas es una disposición normativa que garantiza el cumplimiento de cualquier obligación protegida bajo tratado que verse sobre la inversión, adicionando incluso, las contenidas en otras fuentes de obligaciones como los contratos, este efecto se produce cuando su protección se extiende como un paraguas que se abre y crea un perímetro adicional de cubrimiento²⁵, su tutela puede cobijar obligaciones de naturaleza jurídica diferente a las del acuerdo internacional como las administrativas, legales y judiciales entre otras.

Si bien es cierto, este no es el único estándar que existe y los otros también son altamente cuestionables en el estudio de la conveniencia de suscribir estos instrumentos internacionales por parte de los Estados, se tomará como marco de referencia la cláusula paraguas, por considerarse, una de las disposiciones normativas no solo más cuestionable, sino porque a diferencia

²⁵ SCHREUER, Christoph, Investments, International Protection, página 40, párrafo 80. https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf

de las otras, puede elevar cualquier controversia al escenario internacional, incluso desconociendo su naturaleza jurídica.

Se encuentra que la inserción de esta disposición normativa en el cuerpo de los AII y los TLC con capítulos de inversión, contiene variables que hacen que sea muy controvertida, entre esas que, i) no se señala expresamente que se está frente a la cláusula paraguas, como si ocurre con otras disposiciones normativas, ii) puede estar ubicada en cualquier parte del tratado internacional y, iii) puede estar de forma independiente y autónoma, inmersa en otra disposición normativa o estar incluida en la cláusula de solución de controversias, entre otras, pasando de manera inadvertida; lo cual sugiere un profundo análisis de la razón por la cual esta norma se presenta de manera abstracta en el cuerpo del tratado y si esta pudo en algún momento, afectar el consentimiento y la voluntad de las partes, por desconocer su existencia.

Para cumplir estos propósitos, se hará un estudio de las primeras cláusulas paraguas incorporadas en los AII y los TLC con capítulos de inversión, en el cual se observará la situación geopolítica y el contexto histórico de las partes contratantes al momento de suscribir estos acuerdos. Así mismo, se abordará lo expresado por la doctrina y los tribunales de arbitramento internacional, al momento de referirse a esta disposición normativa.

Posteriormente, se hará un estudio sucinto de la estructura de la cláusula paraguas, en la cual se busca identificar cuáles son los elementos que la componen y que regularmente están presentes. Así mismo, se estudiarán las diferentes interpretaciones que se hacen con base en su redacción y ubicación en el cuerpo del AII y los TLC con capítulo de inversión. En este punto se propone observar algunas decisiones arbitrales en las cuales se encuentran contradicciones en su interpretación y ámbito de aplicación, incluso, en situaciones similares.

Una vez desarrollado esto, se procederá a revisar el caso colombiano, en el cual se tendrán en cuenta las cláusulas paraguas contenidas en los AII y los TLC con capítulos de inversión, sus características, su proceso de incorporación y su control de constitucionalidad, prestando principal atención a la última decisión de la Corte Constitucional en la ley aprobatoria de tratado de Francia y Colombia. Culminado esto, se realizará una revisión de las demandas que se conocen contra Colombia y que incluyen la cláusula paraguas y la reciente decisión contra el país en el caso de la multinacional Glencore y Prodeco.

Finalmente, se emitirán algunas consideraciones que respondan el interrogante planteado en este trabajo y se propondrán algunas medidas que ayuden a mitigar los riesgos que asume el Estado cuando ratifica estos AII y TLC con capítulos de inversión.

El método de investigación utilizado para este trabajo es el de la dogmática jurídica, por incluir elementos teóricos y prácticos y por ser un conocimiento que busca no solo el conocimiento, sino a este conocimiento darle practicidad en la consecución de objetivos²⁶. Se caracteriza porque no es meramente descriptivo, los enunciados pertenecen o se desarrollan en un contexto institucional, revisa enunciados anteriores y por proponer premisas y por mantener las definiciones más conocidas en derecho²⁷.

Por esta razón, se acudió a lo expresado por la doctrina, y se hizo una dimensión analítica, conceptos claves que se explicarán en la tesis y, empírica, fuentes y datos estudiados, con el fin de construir una serie de argumentos sólidos que contribuyan al estudio de esta problemática y a la consecución de soluciones que finalmente contribuyan en la construcción de país.

²⁶ COURTIS, Christian, OBSERVAR LA LEY, Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, El marco teórico en la investigación jurídica, SARLO, Oscar, página 177, 178 y 179.

²⁷ *Ibíd.*

1. MARCO GENERAL DE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS CONTENIDAS EN LOS AII Y TLC CON CAPÍTULO DE INVERSIÓN

En este capítulo se abordará el estudio de los antecedentes de la cláusula paraguas a partir de referentes históricos contenidos en la doctrina, decisiones arbitrales y en los AII y TLC con capítulos de inversión. Esta revisión permitirá conocer su origen, evolución y comprender las motivaciones que llevaron a las partes a incluir estas disposiciones normativas en instrumentos internacionales y las connotaciones que esto conlleva en el contexto internacional.

Acá se pretende demostrar que la inclusión de la cláusula paraguas en los primeros AII se vio influenciada en gran medida a factores políticos y económicos de dominación más que de conveniencia auténtica para las partes. Con lo cual, se comienza a evidenciar lo negativo que puede resultar incorporar estas disposiciones normativas en estos instrumentos internacionales.

1.1 PRIMEROS REFERENTES DE LA CLÁUSULA PARAGUAS

Para conocer cuál fue el origen y las razones que motivaron la creación e incorporación de la cláusula paraguas en los AII y TLC con capítulos de inversión, se debe hacer un análisis que tome como punto de partida, la primera vez que se obtuvo registro de su existencia y las necesidades que se pretendían satisfacer con esta disposición normativa desde ese momento y, con posterioridad. Así mismo, observar el contexto geopolítico y las circunstancias en las cuales se llevaron a cabo estos procesos de adopción en el texto de estos instrumentos internacionales, para establecer su eventual incidencia en su incorporación.

Si bien es cierto, los primeros referentes oficiales datan de los años cincuenta, existe un precedente que es importante mencionar y es el que está contenido en el *“treaty to confer the protection of international law on domestic legal rights”*, celebrado entre Perú y el Reino Unido en 1921, en el cual, por primera vez, se protegían obligaciones contractuales a través de un instrumento internacional²⁸. Dicho protocolo, permitía activar la competencia de un tribunal de arbitramento internacional para dirimir las diferencias suscitadas con ocasión a la ejecución de los contratos mineros que contenían inversión inglesa, en territorio INCA.

Para esta época la tradición constitucional de Perú contenía una clara prohibición para ventilar asuntos internos en centros de arbitramento internacional y, por tanto, todas las controversias debían dirimirse en instancias domésticas. Esta situación motivó a que el gobierno peruano de ese entonces, en contravía de preceptos constitucionales y legales, suscribiera de manera atípica un protocolo con el Reino Unido, cuyo propósito era proteger su inversión extranjera en territorio INCA, esto obedeció en gran medida a que el presidente de la época era indulgente en materia de relaciones internacionales.

Suscrito el protocolo, se esperaba que quien dirimiera las diferencias suscitadas de los contratos en comento fuese el Tribunal de Justicia de la Haya, el cual gozaba de alto prestigio y credibilidad para la época, sin embargo, esto tampoco se respetó y en cambio se pactó la conformación de un sistema de justicia *Ad Hoc*, hecho a la medida de los intereses ingleses y en detrimento de los peruanos²⁹.

²⁸ SUÁREZ DÁVALOS, Leyre, La Cláusula Paraguas bajo el Derecho de las Inversiones como Mecanismo de Integración y Generación de un Derecho Administrativo Global, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Quito, noviembre de 2011, página 8 y 9.

²⁹ PAREDES M, Jorge G, LA BREA Y PARIÑAS”, AN ANCIENT AND COMPLICATED CONTROVERSY IN PERUVIAN HISTORY, páginas 17 y ss., Lima, Perú. <http://www.alberdi.de/Brea-Parinas-Paredes.pdf>

Esta actuación de los ingleses obedeció a una preocupación compartida por los países desarrollados de la época, quienes veían una creciente política de nacionalización de los recursos naturales, en especial en el sector de los hidrocarburos, en territorios donde tenían asentadas sus inversiones. Por otra parte, tampoco se compartía la idea de resolver las controversias que tuviesen relación con sus inversiones en tribunales de justicia nacional y, por tanto, se dio la creación de un tribunal externo, que conociera de las diferencias bajo tratado³⁰.

El segundo referente es el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) firmado por Irán y Reino Unido en 1951. En esta oportunidad y bajo el amparo de dicho AI, se había celebrado un contrato de concesión de explotación minera entre la Compañía Petrolera Anglo Iraní – AIOC (inversionista) y el gobierno de Irán, el cual sufrió un revés cuando el Estado optó por nacionalizar los hidrocarburos y poner en riesgo la operación en mención. Esta situación obligó a que en 1954 se hiciera un acuerdo que fue anexado al TBI para que protegiera de incumplimientos contractuales la inversión extranjera proveniente del Reino Unido, conociéndose como la primera cláusula paraguas³¹.

Este acuerdo anexado al TBI contenía la posibilidad de que, ante un incumplimiento contractual por parte del Estado anfitrión, referente a la inversión, la compañía podría activar el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias o hacer que el Reino Unido elevará la disputa ante la Corte Internacional de Justicia³². Es decir, elevar una disputa de origen doméstico a una instancia internacional y con ello, cambiar el juez

³⁰ WÄLDE Thomas, "The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases". Transnational Dispute Management. Thomas W. Wälde Vol. 1 Num. 4, Octubre 2004.

³¹ Anthony Sinclair. "The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties." Transnational Dispute Management. Thomas W. Walde Vol 2 Núm. 4, página 36 y ss. Agosto 2005.

³² *Ibidem*.

natural. Lo que debe revisarse en este particular, es la razón por la cual, se hace un nuevo acuerdo y se anexa al TBI, incluyendo una disposición normativa con una alta protección a favor del inversionista extranjero y en contravía a los intereses iraníes.

Para comprender este fenómeno deben analizarse algunas circunstancias que ocurrían en territorio iraní y que quizá influyeron en esta sorpresiva decisión. Bajo el mandato del primer ministro Mohammad Mosaddeq (1951 – 1953) se adelantaron fuertes políticas gubernamentales para la nacionalización de los hidrocarburos, las cuales afectaron los intereses que tenían en ese momento los gobiernos del Reino Unido y el de los Estados Unidos, incluso, se llegó a pensar que estas medidas favorecían a los soviéticos. Para el año de 1954, se promovió un golpe de Estado que derrocó a Mosaddeq y que le permitió a Shah Mohammad Reza Pahlavi, alzarse con el poder, lo cual benefició a los dos gobiernos extranjeros que resultaron ser aliados del nuevo gobernante³³, momento histórico que coincidió con la inclusión del nuevo acuerdo que es anexado al TBI.

Un tercer referente es el “*Convenio Internacional para la Protección Mutua de los Derechos de Propiedad Privada en el Extranjero*”³⁴, en el cual, se encuentra contenida la cláusula paraguas, dentro de la disposición normativa de la Nación Más Favorecida (NMF)³⁵. Este apartado normativo contempla que siempre que un Estado se comprometa a dar un trato privilegiado a los nacionales de la parte contratante, estas prevalecerán siempre en cualquier relación legal que se origine, evidenciándose la inclusión de la protección de

³³ BBC News, La CIA admite su intervención en golpe de Estado en Irán en 1953, 20 agosto 2013, https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2013/08/130820_ultnot_cia_iran_am

³⁴ Yannaca-Small, K. (2006), “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>

³⁵ International Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries, article 4.

la cláusula paraguas cuando hace alusión a “cualquier obligación legal”. Este también es un claro ejemplo, de cómo puede variar la aparición de la cláusula paraguas en un tratado internacional, como en este caso, adherido al artículo 4, que pertenece a la disposición normativa de la NMF.

Con relación a la cláusula de la NMF, es necesario decir que, es un estándar que busca limitar la actividad soberana de los Estados frente a otros y proteger unos beneficios ya pactadas en igualdad de condiciones a los nacionales de otros países en el país anfitrión³⁶, disposición que en principio es altamente proteccionista y que suele usarse en las disputas sobre inversiones. Este es un estándar que es fácilmente identificable en el cuerpo del tratado por estar señalado expresamente que se está frente a él. Sobre este caso concreto debe anotarse que, no solo se incluye, sino que hasta pasa desapercibida la presencia de la cláusula paraguas, por estar contenida en la disposición normativa de la NMF.

El cuarto referente histórico sobre la cláusula paraguas se encuentra contenido en el TBI celebrado entre Alemania y Pakistán del año 1959, cuya disposición normativa establece que: “ambas partes deberán observar cualquier otra obligación, que se hayan comprometido con respecto a las inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte”³⁷, este es el referente más claro que se tiene de la existencia de la cláusula paraguas en un acuerdo internacional y que al día de hoy, conserva en gran medida sus mismas características.

³⁶ RAMÍREZ HERRERA, Viviana, The surprising effects of the most favored nation clause (MFN) in regards to foreign investment (a study of the jurisprudence of the International Center for Settlement of Investment Disputes –ICSID–, página 42.

Obsérvese la redacción de esta norma:

“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”.

³⁷ TBI celebrado entre Alemania y Pakistán del año 1959.

1.2 DEFINICIONES DOCTRINARIAS DE LA CLÁUSULA PARAGUAS

En este capítulo se estudiarán algunas definiciones que ofrece la doctrina y los laudos arbitrales sobre la cláusula paraguas, prestando principal atención a los elementos más representativos de esta disposición normativa que ayuden a establecer cuando estamos frente a una cláusula de esta naturaleza y como suele interpretarse.

Esto obedece a la situación de que la cláusula paraguas no está señalada de manera taxativa en el cuerpo de los AII y TLC con capítulos de inversión, sino que aparece de manera diversa y poco clara con relación a otras disposiciones normativas que si se identifican plenamente.

Se pretende establecer entonces, que la cláusula paraguas es un estándar de protección que tiene la capacidad de elevar cualquier disputa al escenario internacional, incluso, desconociendo su naturaleza jurídica, como lo son las de origen contractual, administrativo, legal y judicial entre otros, los cuales en principio deberían discutirse en foros de solución de controversias nacionales pero que, bajo el amparo de esta, son ventiladas en instancias internacionales. Expresado esto, se comenzará con el análisis propuesto.

Como lo señala el profesor Rudolf Dolzer, la cláusula paraguas es una disposición normativa de un tratado o acuerdo internacional que busca garantizar el cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado frente al inversionista y su inversión, se denomina así, porque su protección incluye otras obligaciones como las contractuales, administrativas y legales entre otras³⁸.

³⁸ Dolzer and Schreuer, Principles of International Investment Law, University of Oxford, capítulo VII, página 166. <https://global.oup.com/academic/product/principles-of-international-investment-law-9780199651801?cc=co&lang=en&#>

Autores como Sommer³⁹ y Castro Peña⁴⁰, coinciden con esta definición y centran su atención en las obligaciones que se suscitan en sede contractual y que afectan el ámbito de interés de los inversionistas y su inversión, señalando que estas son de carácter residual y que no comprometen necesariamente algunas actuaciones estatales, advirtiendo en todo caso que, si llegan a tener injerencia directa o indirecta con el concepto de inversión se estaría habilitando al inversionista para trasladar la disputa local al escenario internacional.

González De Cossio, refiere a la cláusula paraguas como una capa adicional de protección para observar y atender los compromisos de quienes son sujetos de tutela de esta⁴¹, mientras que Eliana Mereminskaya, establece una relación intrínseca de la cláusula paraguas con los principios de buena fe y el *pacta sunt servanda*⁴². Gamboa Morales, las considera como un mecanismo instituido para cambiar la naturaleza jurídica de una obligación nacional y convertirla en una internacional⁴³.

Alex Weissenfels prefiere en cambio definir la cláusula paraguas utilizando las siguientes expresiones: *“also labelled pacta sunt servanda clause, mimor effect clause, observation of commitments clause, observance of undertakings clause or sanctity of contract clause”*⁴⁴. El autor advierte que, por falta de

³⁹ SOMMER, C. La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentino. *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Universidad del Rosario. Vol. 6, 2014, 95-130. El Paso Energy International Co. vs. Argentina, Caso CIADI n.º Arb/03/15, Laudo del 27 de abril de 2006, pár. 82.

⁴⁰ CASTRO PEÑA, M. N. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. *Derecho del Estado* n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017, pp. 23-66. <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>

⁴¹ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, ¿Cuándo Pacta es Servanda? Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión, Universidad Autónoma de México.

⁴² MEREMINSKAYA, Eliana. “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, julio-diciembre 2009. Pág. 13.

⁴³ GAMBOA MORALES, Nicolás, “Algunas consideraciones sobre antecedentes y evaluación arbitral de la cláusula paraguas”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2009.

⁴⁴ WEISSENFELS, Alex, UMBRELLA CLAUSES, Seminar on International Investment Protection.

unanimidad en los conceptos y en su redacción, se hace más compleja su interpretación y por ende su aplicación.

Una vez expuestos estos conceptos, se propone la siguiente definición de cláusula paraguas para los fines académicos de este trabajo:

“Disposición normativa contenida en algunos acuerdos internacionales de inversión (AI) y tratados de libre comercio (TLC) con capítulos de inversión, que busca hacer cumplir todas las obligaciones pactadas entre las partes, incluso, las que están por fuera del acuerdo, elevándolas a instancias internacionales, sin importar su naturaleza jurídica, siempre que los incumplimientos alegados versen sobre el concepto de inversión extranjera, estos además deberán ser resueltos en los foros establecidos para dicho fin, los cuales suelen ser centros de arbitraje internacional”.⁴⁵

A manera de conclusión, la cláusula paraguas es una disposición normativa que garantiza el cumplimiento de cualquier obligación protegida bajo tratado que verse sobre la inversión extranjera. Adicionando incluso, las contenidas en otras fuentes de obligaciones como los contratos, este efecto se produce cuando su protección se extiende como un paraguas que se abre y crea un perímetro adicional de cubrimiento⁴⁶, su tutela incluso puede cobijar obligaciones de naturaleza jurídica diferente a las del acuerdo internacional como las administrativas, legales y judiciales entre otras⁴⁷.

Otros símiles que se usan para definirla son los que le otorgan un efecto ascensor, que permite elevar las obligaciones domésticas a foros de solución

⁴⁵ Definición propuesta por el autor de esta línea de investigación.

⁴⁶ SCHREUER, Christoph, Investments, International Protection, página 40, párrafo 80. https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf

⁴⁷ CASTRO PEÑA, M. N. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017, pp. 23-66. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>

de diferencias internacionales⁴⁸, también debe decirse que estas suelen superponerse a los principios rectores de trato justo y equitativo contenidos en los TBI⁴⁹.

Esta cláusula comenzó a abrir el debate en torno a si un tribunal de arbitramento internacional podría conocer disputas de origen contractual y si esta decisión afectaba las jurisdicciones pactadas y contenidas en los contratos⁵⁰. Esta discusión fue abordada por algunos autores, quienes fueron conscientes de su existencia en el cuerpo del tratado, luego este debate se trasladó a los tribunales de arbitramento, que empezaron a pronunciarse sobre sus efectos.

Las definiciones encontradas denotan que las características más importantes de las cláusulas paraguas pueden estar contenidas en su redacción y el marco de interpretación que tiene cada una de estas, las cuales, no son uniformes y su estructura puede variar ostensiblemente. Dentro de los elementos que deben destacarse son aquellos que tienen que ver con la sede de contratos y la selección de foro en torno a la voluntad y el consentimiento de las partes al momento de solucionar una controversia. Se menciona la sede de contratos, pero se aclara que no es la única que se ve afectada bajo la activación de esta disposición normativa.

Empiezan a suscitarse entonces, los primeros interrogantes frente al juez natural de las obligaciones, la complejidad de la ambigüedad de las

⁴⁸ AUST, Anthony, PACTA SUNT SERVANDA, Oxford Public International Law. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1449>

⁴⁹ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3769/1/S2010545_es.pdf

⁵⁰ WÄLDE Thomas, The Journal of World Investment and Trade, Vol. 6 No 2, April 2005, Geneva.

expresiones utilizadas en estas cláusulas y la capacidad de los Estados de cumplir con las exigencias de la parte que alega la afectación.

1.3 CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA PARAGUAS DESDE UNA MIRADA DOCTRINAL

Con el propósito de ahondar en el estudio que nos ocupa, se centrará la atención en las características generales de las cláusulas paraguas, con el fin de establecer unos parámetros de identificación que permitan tener una idea de su marco de interpretación y aplicación. También se busca conocer las diversas formas en que esta puede encontrarse, ya que esta no solo aparece de manera autónoma e independiente, sino que puede estar incorporada en otros estándares del tratado, cumpliendo entre otras, la función de elevar su rango de alcance.

Entrando en materia, se entiende que a diferencia de otras disposiciones normativas contenidas en el cuerpo de los AII y TLC con capítulos de inversión, esta cláusula no se menciona taxativamente, sino que debe interpretarse si se está o no frente a esta disposición normativa. Esto dificulta la labor dado que, no se tiene un título que indique que es una cláusula paraguas como si ocurre con otras cláusulas tipo.

Se pretende entonces, establecer unas características mínimas que actúen como parámetros de identificación que permita a las partes interesadas conocer si un acuerdo internacional tiene dentro de sus estándares la cláusula paraguas.

Es necesario recordar que no existe un modelo estándar de redacción de la cláusula paraguas y, por tanto, se puede encontrar estipulada de diversas maneras. Incluso, contenida en otros estándares de protección. Esto a

diferencia de otras cláusulas que sí guardan elementos similares en los tratados que las contienen, como lo son las disposiciones normativas de la Nación Más Favorecida, Trato Justo y Equitativo y la Cláusula de Expropiación entre otras, las cuales tienen un título que señala expresamente que se está frente a ellas.

Teniendo esto claro, se propone usar los siguientes criterios de reconocimiento de la cláusula paraguas, haciendo la salvedad que los mismos, no son únicos ni universales, sino son propuestos por el autor, con base en los resultados de esta investigación. A continuación, se presentan: i) contienen términos imperativos a cargo del Estado, ii) usan expresiones generales con referencia a obligaciones no contenidas en el AII y TLC con capítulo de inversión y, iii) tienen la facultad de elevar obligaciones ordinarias a instancias internacionales, sin importar su naturaleza jurídica. Se procederá a revisar cada una de estas características.

Con relación a la primera característica que versa sobre el uso de términos imperativos con obligaciones a cargo solo del Estado, debe decirse que, se entiende por la expresión imperativo, aceptado por las partes contratantes (los Estados en este caso) y que no admite condición en contrario, dicho de otra manera, son obligaciones que deben acatarse sea cual sea su razón de existir y estas estarán a cargo del Estado y a favor del inversionista extranjero. Puede resumirse como una relación de una sola vía, del Estado hacía el inversionista se encuentran las obligaciones y del lado del inversionista hacía el Estado solo convergen derechos.

En el siguiente ejemplo puede observarse como la expresión: “cada parte...”, hace alusión a los Estados que suscriben el APPRI, en ningún momento se traslada responsabilidad alguna al inversionista ni su inversión.

“Cada parte *cumplirá cualquier obligación que haya asumido con respecto a las inversiones en su territorio por inversiones de la otra parte*⁵¹, *Subrayas y negrillas fuera del texto.*

Con relación a la segunda característica, se observa que las expresiones que hacen mención la obligación son generales e infinitas, lo que resulta un alto estándar de protección sobre el inversionista y su inversión. Por esa razón, puede pensarse que se está frente a una disposición normativa de esta naturaleza cuando se encuentran las siguientes expresiones: *“cada parte contratante deberá cumplir con cualquier obligación que haya asumido con respecto a las inversiones”, “cualquier disputa relativa a inversiones”, “cumplir con cualquier obligación que haya contraído”, “cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra parte”, “la observancia de sus obligaciones en materia de inversiones” o alguna redacción similar*⁵², dado que, incluyen en su ámbito de protección absolutamente todo incumplimiento que afecte a la inversión y al inversionista extranjero.

Obsérvese el siguiente ejemplo:

“Cada parte *cumplirá los compromisos* que haya contraído con respecto a las inversiones⁵³, *negrillas y subrayas propias.*

En este apartado de la cláusula paraguas se evidencia claramente como la amplitud de la expresión “cumplirá los compromisos”, no tiene límite alguno, solo una simple alusión y es que verse sobre la inversión.

⁵¹ APRI México y Suiza artículo 10 -2.

⁵² MONARDES V., Rodrigo. *Las cláusulas paraguas en los acuerdos internacionales de inversiones* [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2009 [Fecha consulta: 1 de marzo 2018]. Disponible en < <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/110985>>

⁵³ TBI Estados Unidos y Ecuador artículo II.3

La otra característica que se desarrollará en este capítulo es la referente al poder de elevación que se le atribuye a esta cláusula cuando se encuentra frente a una obligación de origen doméstico y la lleva a instancia internacional. Esta situación provoca que situaciones como relaciones estrictamente contractuales, expedición de leyes, medidas de regulación, actos administrativos y demás, que tienen su juez natural en el país de origen, sean conocidos por instancias internacionales, debido a que varía la jurisdicción y competencia, en virtud de su aplicación.

Acá se puede observar la inclusión de esta línea elevadora de obligaciones:

*(2)... “Each Contracting Party **shall observe any obligation** it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party”⁵⁴. Negrillas y subrayas propias.*

Con lo anteriormente expresado, se entrará a examinar ahora, otra de las formas en las cuales suele presentarse la cláusula paraguas y que a primera vista no es muy evidente y es cuando se encuentra articulada a otro estándar del tratado. Para poder identificar su presencia en estos casos se requiere aplicar las herramientas mencionadas en este acápite y leer minuciosamente cada apartado del tratado ya que cuando se presenta de esta manera puede pasar desapercibida. La razón para que se incorpore de dicha forma es para cumplir con la función de ampliar el campo de aplicación del estándar al que se adhiere.

Un ejemplo de estos casos lo encontramos en el artículo del TJE contenido en el tratado de la Carta de Energía, el cual, no solo contiene el desarrollo del estándar mencionado, sino que además, incluye la cláusula paraguas que funge como un mecanismo de expansión de este. Se identifica en este caso

⁵⁴ Australia -Hong Kong BIT 1993, article 2 Promotion and Protection of Investment and Returns.

porque además de contemplar medidas que eviten acciones discriminatorias en torno a la inversión y la prohibición de un trato menos favorable, desarrolla el precepto de observar las obligaciones contraídas con el inversionista extranjero⁵⁵. Haciendo más generosa la aplicación de esta disposición normativa.

Otro referente lo encontramos en el APPRI celebrado entre Colombia y Japón, en su artículo de NMF, en el cual se encuentra contenida la cláusula paraguas, surtiendo los mismos efectos referidos en el inciso anterior. Esto permite ver una vez más, que esta disposición normativa no actúa de manera independiente y ajena de los otros estándares sino que por el contrario los complementa y les permite llegar a otro tipo de obligaciones que en principio no podían acceder por no hacer parte de las obligaciones derivadas del tratado.

Y es como se ha afirmado, la cláusula paraguas *“suele insertarse en los TBIs cuyo alcance se superpone substancialmente con el principio de tratamiento justo y equitativo y la cláusula de seguridad y protección”*⁵⁶, haciendo que su poder amplificador permita a los otros estándares ser más efectivos en la tutela a favor de los inversionistas.

Al respecto el tribunal de arbitramento de Silverport América c. Federación de Monterroso, estableció con referencia al tema de estudio que:

“Se han agregado cláusulas paraguas a algunos TBIs para mejorar la protección adicional al inversor, más allá de los estándares internacionales tradicionales. A menudo se les conoce como

⁵⁵ Christoph Schreuer, Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral, Revista Nº 5 Jul.-Dic. 2006, Legis.

⁵⁶ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)

*"cláusulas paraguas" porque ponen compromisos contractuales bajo el paraguas protector del TBI"*⁵⁷. Subrayas y negrillas propias.

Con lo cual queda claro que una de las funciones más importantes que desarrolla la cláusula paraguas en los AII y TLC con capítulos de inversión, es hacer más extensivo los estándares de estos acuerdos. Por esta razón, es normal no encontrar siempre esta disposición normativa de manera autónoma sino más bien incluida o adherida a otros estándares.

Pero sin duda, el caso más controvertido de esta presentación se encuentra en el reciente AII celebrado entre Colombia y Francia⁵⁸, donde el estándar de la NMF la incluye de manera desproporcionada no solo contemplando el conocimiento de obligaciones locales en instancias internacionales sino además, permitiendo invocar disposiciones normativas de otros instrumentos internacionales para cumplir su cometido de tutela a favor del inversionista extranjero.

Por todo lo anterior, se encuentra que las cláusulas paraguas *"permiten a los árbitros de un tribunal realizar interpretaciones extensivas y expansivas sobre el significado de algunas cláusulas del tratado"*⁵⁹, explicando la razón por la cual se halla inmersa de esta manera.

Regresando al tema de identificación de estas disposiciones normativas, se considera importante el uso de estos instrumentos identificadores para la cláusula paraguas ante la incertidumbre de si un AII o un TLC con capítulo de inversión contiene o no realmente esta disposición normativa y de existir,

⁵⁷ Silverport América c. Federación de Monterroso.

⁵⁸ AII Colombia y Francia.

⁵⁹ ALCALDÍA DE BOGOTÁ, RECOMENDACIONES DE BOGOTÁ PARA LA NEGOCIACIÓN DE UN TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS, Colección Competitividad, Inversiones.

cuáles son sus contenidos generales o más usuales, todo un desafío si se habla de una norma que no es tipo.

Así las cosas, se puede concluir que, estas disposiciones normativas no son cláusulas tipo y, por tanto, el intérprete tendrá que valerse de otros elementos para identificarlas, por lo cual, debe acudir a varias técnicas entre ellas, la redacción del tratado para poder establecer si existe, cuál es su grado de vinculatoriedad y el ámbito de aplicación.

Las técnicas de identificación expuestas en este acápite son las del tipo de redacción que puede llevar a la construcción de la cláusula y la segunda que gira en torno a su grado de protección según su ubicación en el cuerpo normativo. Estos elementos pueden llegar a ser determinantes al momento en el que el Estado busque elaborar su defensa frente a una pretensión que verse sobre esta disposición normativa.

Es por esta razón que, al momento de la negociación y de las etapas de elaboración de la ley aprobatoria de tratado y del control de constitucionalidad debe observarse con detenimiento si en algún apartado normativo se encuentra inmersa esta cláusula y si la misma representa efectivamente la voluntad de las partes.

1.4 OBLIGACIONES CONTENIDAS EN LA CLÁUSULA PARAGUAS Y SU INTERPRETACIÓN NORMATIVA

Para estudiar las obligaciones contenidas en la cláusula paraguas, deben tomarse como puntos de referencia el principio del *pacta sunt servanda* y el de buena fe, los cuales son invocados constantemente cuando se debate el tema. Esto es importante en la medida en que se estudien las obligaciones pactadas

y amparadas bajo tratado y la interpretación que se hace de ellas cuando están inmersas en esta disposición normativa.

Debe establecerse que, se habla de estos principios cuando se hace alusión a cumplir lo pactado, invocando el principio universal de todo marco legal: *pacta sunt servanda*, que no es cosa distinta al cumplimiento de las obligaciones pactadas como factor estabilizador de las relaciones jurídicas⁶⁰. Es decir, los compromisos adquiridos por las partes y que resultan vinculantes, este principio al igual que el de *buena fe*, que atañen íntimamente el estudio de la cláusula paraguas son reconocidos por la Convención de Viena de 1969⁶¹ y son, por tanto, pilares de interpretación para estudiar su existencia y alcance en el marco de protección de los AII y TLC con capítulos de inversión.

Se aclara que el incumplimiento de la obligación debe necesariamente trasgredir el tratado. Este punto cobra gran relevancia en la razón de ser y existir de la cláusula paraguas si se piensa en las actuaciones por parte del Estado, cuando no respeta el orden nacional e internacional, entonces esta disposición normativa funge o hace sus veces como una cláusula de estabilización jurídica para atender cambios abruptos que alteren la relación de las partes⁶².

Para realizar una adecuada interpretación de esta cláusula se debe acudir al estudio de su redacción, el significado de los términos empleados, el contexto de la negociación, la naturaleza y objetivo del tratado y la voluntad de las

⁶⁰ AUST, Anthony, PACTA SUNT SERVANDA, Oxford Public International Law. <https://opil.oup.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1449>

⁶¹ Ibídem.

⁶² CASTAÑO Juliana, GALEANO Paola, Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del estado colombiano? EAFIT, Colombia.

partes para celebrarlo⁶³, solo de esta manera podrá establecerse que significado real querían darle los Estados firmantes en el acuerdo a esta disposición normativa.

Una de las mayores valoraciones que deben hacerse en este contexto es establecer cuál es la piedra angular del análisis interpretativo de la cláusula paraguas y si ella está amparada en una esfera de expresión literaria o sí, por el contrario, las reglas que se utilizan para este son de carácter jurídico y van encaminados a lo que se conoce como el “espíritu de la norma”.

Para este ejercicio planteado, se traerán a consideración varios elementos que se han utilizado desde la doctrina y los tribunales de arbitramento, con el fin de obtener un acercamiento que permita ilustrar las técnicas que se acogen en esta interpretación normativa. Como punto inicial de este análisis, se hará una lectura de la Convención de Viena de 1969, la cual versa sobre el “Derecho de los Tratados”, con el fin de poder comprender los elementos de interpretación de los apartados normativos contenidos en estos instrumentos internacionales.

Al tenor del artículo 31 del Convenio de Viena del 69, se entiende que todo tratado internacional se interpretará partiendo de la buena fe de las partes y utilizando el sentido corriente de las palabras empleadas en su construcción⁶⁴. De esta primera regla de interpretación se puede decir que, la expresión “sentido corriente que haya que atribuírsele a los términos”, hace reflexionar

⁶³ “OECD. Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Octubre 2006, en https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf página 9.

⁶⁴ Convención de Viena de 1969, derecho de los tratados:

“(…) 31. *Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (…)*”. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

sobre una definición textual de lo firmado por las partes. Esto según la Convención, podría complementarse con la articulación del preámbulo y las consideraciones del tratado. Se revisará a continuación el uso de las palabras más comunes en esta cláusula, los términos que se definen y que cobran mayor sentido a la luz de los casos y de las interpretaciones que hacen los arbitros de las respectivas cláusulas y disposiciones.

Este uso de palabras puede hacer la diferencia entre resolver una diferencia en una instancia local o en una internacional, alterando factores determinantes para el derecho, como el juez natural y el debido proceso. Por esta razón, se debe tener presente los términos empleados y la redacción de los articulados, con el fin de incluir únicamente lo que las partes desean fijar y de las cuales entienden sus alcances. Como se ha afirmado en líneas anteriores, no existe un estándar de la norma y la misma incluso puede variar su redacción y ubicación en el cuerpo del acuerdo. Existen elementos muy valiosos para poder detectarla y atajarla a tiempo, también para conocer plenamente sus alcances.

Para poder realizar este ejercicio metodológico, se debe tener presente el uso de las expresiones ya mencionadas: “cualquier obligación” y en “relación con”, así mismo, en el análisis debe observarse si se está haciendo referencia a acuerdos u obligaciones y si estas guardan relación con el inversionista y la inversión⁶⁵, por otra parte, se debe tener en cuenta que no se use la expresión o se haga alusión al AII y TLC con capítulo de inversión sino deje el espectro de protección abierto a otras fuentes de obligaciones como lo son los contratos, las leyes, las ordenanzas y los actos administrativos, entre otros.

⁶⁵ MONARDES V., Rodrigo. *Las cláusulas paraguas en los acuerdos internacionales de inversiones* [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2009 [Fecha consulta: 1 de marzo 2018]. Disponible en < <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/110985>>

Para ir concluyendo el debate, debe considerarse entonces que, “solo es viable someter tal controversia al mecanismo de solución de conflictos del tratado si el objeto de la controversia es relativo al concepto de inversión”⁶⁶. Otro elemento de juicio empleado por los tribunales de arbitramento para determinar el grado de importancia de la cláusula en un AI y un TLC con capítulo de inversión tiene que ver con su ubicación, ya que esto puede elevar o disminuir su nivel de protección. A groso modo, se establece que, si la cláusula está ubicada en la parte superior del instrumento internacional su marco de protección es más alto ya que las partes contratantes quisieron resaltar su contenido, contrario sensu, si está ubicada en la parte inferior es porque le restaron importancia⁶⁷.

1.5 INCUMPLIMIENTOS DE ORIGEN CONTRACTUAL Y QUE SON OBJETO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PARAGUAS

Como punto de partida del estudio de las obligaciones de naturaleza contractual que se discuten en foros de solución de diferencias internacionales, se debe hacer mención a lo expresado por el profesor August Reinisch, quien afirma que la reclamación de origen contractual no es en principio la que constituye la causal para acudir a la jurisdicción internacional, sino que, de la misma, se predica un incumplimiento o violación estándar del tratado de inversión que es la que posibilita este proceder⁶⁸.

⁶⁶ CASTRO PEÑA, M. N. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017, pp. 23-66. <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>

⁶⁷ SUÁREZ DÁVALOS, Leyre, La Cláusula Paraguas bajo el Derecho de las Inversiones como Mecanismo de Integración y Generación de un Derecho Administrativo Global, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Quito, noviembre de 2011.

⁶⁸ REINISCH, August. “Umbrella Clauses”. Seminar on International Investment Protection, 2006/2007.

Esta precisión es relevante dado que, las diversas interpretaciones doctrinales y arbitrales, muchas veces contradictorias entre sí, llevan a pensar que las “simples” obligaciones contractuales pueden ser resueltas en escenarios internacionales indistintamente de los mecanismos contenidos en los tratados de inversión, más concretamente en los artículos de resolución de conflictos, que proponen agotar o resolverlas en instancias diferentes. Sobre el particular se ha sostenido que se limita la protección de la inversión a las medidas que el gobierno adopté⁶⁹.

Debe recordarse que esta cláusula goza de facultades para tomar una disputa y sacarla del régimen nacional para someterla a estudio en un foro internacional, en contravía de cómo debería ocurrir con las controversias de origen contractual que en principio se predica son de asunto doméstico, tanto así, que los contratos contienen cláusulas de selección de foro de resolución de conflictos, que incluso pueden verse trasgredidos por esta disposición normativa. De lo expresado hasta el momento, podría decirse que lo más importante con relación a la cláusula paraguas es quizá, la manera como esta extiende la jurisdicción de las obligaciones contraídas⁷⁰, cambiándolas del ámbito doméstico al internacional.

Es en este punto donde se plantea la tesis de que la aplicación de la cláusula paraguas puede vulnerar la voluntad y el consentimiento de las partes de diversas formas, como, por ejemplo, cuando desconoce lo que pactaron los actores mediante contrato o cuando se hace una interpretación errónea del campo de aplicación de esta norma contenida en un AII y TLC con capítulo de inversión. Asunto que enviste amplia complejidad.

⁶⁹ CASTRO PEÑA, M. N. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. *Derecho del Estado* n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017, pp. 23-66. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>

⁷⁰ SEGURA ESPAÑA, María Beatriz, ¿Un incentivo para la inversión extranjera directa? *Revista de derecho privado Universidad de los Andes* – María Beatriz Segura España – 2014 pág. 12 a la 14.

Se debe estudiar cuándo y cómo los Estados otorgan competencia contenciosa a los tribunales de arbitraje internacional, ya que para estos fines existen solemnidades tales como hacerlo vía tratado, por ejemplo. Al respecto es necesario entender que el consentimiento de las partes versa en torno a cómo acceden a la jurisdicción internacional las partes contratantes (es decir los Estados que suscribieron el tratado internacional) quienes previamente deben haber reconocido competencia contenciosa al tribunal de justicia o centro de arbitraje⁷¹. En cada AII y TLC con capítulo de inversión se establece una cláusula de jurisdicción que normalmente contiene una serie de procedimientos, entre ellos, los acuerdos y negociaciones que deben surtirse previamente para buscar un arreglo de transacción amigable o una conciliación con miras a resolver las diferencias, si estas no se logran, se acude al foro de resolución de controversias contenido en este cuerpo normativo y que fue pactado por los Estados partes.

Debe decirse entonces que, si el instrumento internacional contempló una serie de procedimientos que en principio deben agotarse previamente para acceder a la jurisdicción internacional (no siempre es así), deben surtirse para tal fin. No toda diferencia o disputa derivada de la inversión puede elevarse a instancias internacionales ya que únicamente se considerarán las que agreden o vulneren el tratado, lo difícil es entonces establecer: ¿Cuáles actuaciones estatales contienen estas características? ¿Cómo se delimitan los incumplimientos que trasgreden el acuerdo? Ya que pareciera que todo encaja perfecto para ser alegado mediante esta cláusula.

⁷¹ En el caso del CIADI: Capítulo II Jurisdicción del Centro 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. Subrayas propias.

Es decir, el quid del asunto radica en que tanto puede llegar a materializarse el fenómeno de que cambie la naturaleza jurídica de la controversia y con ella su selección de foro. Mucho se dice frente al tema, una de las afirmaciones que más llama la atención es la que dice que la cláusula paraguas no transforma una disputa comercial en una de inversión⁷², aunque muy loable parece no ser del todo cierta, recuérdese que uno de los debates que más se da en el ámbito del derecho de las inversiones gira entorno a la denominada: “internacionalización de los contratos”, la cual propone el análisis de que si una obligación de naturaleza contractual se eleva a foros internacionales se estaría convirtiendo el contrato en un tratado internacional o un símil, lo cual sería una transformación con efectos perjudiciales para el derecho.

Para cerrar este acápite es menester hacer alusión a las diversas posiciones que el mismo tribunal de arbitraje internacional, ha adoptado sobre la aplicación de la cláusula paraguas entorno a si esta permite elevar diferencias contractuales a instancias internacionales. Dicha situación reafirma la postura crítica frente al ámbito de discrecionalidad con la cuentan los árbitros para la interpretación de esta disposición normativa y para otorgarse jurisdicción sobre el particular.

Bajo estas dinámicas, se debe cuestionar la viabilidad y conveniencia de estas cláusulas en los AII y TLC con capítulos de inversión y más cuando se tiene en riesgo tantos intereses nacionales. Esta cláusula le, confiere mayor amplitud a los árbitros y al ISDS para decidir y para adoptar mayores temas bajo su competencia.

⁷² MEREMISKAYA, Eliana, La Cláusula Paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos, Revista Internacional de Arbitraje, julio a diciembre de 2009.

2. DECISIONES ARBITRALES FRENTE A LA CLÁUSULA PARAGUAS

Para ver en la práctica los verdaderos efectos que produce la cláusula paraguas, debe acudir a las decisiones contenidas en los laudos arbitrales, en los cuales los árbitros se han arrogado o no competencia para conocer de ella y han adoptado decisiones para establecer la responsabilidad internacional del Estado. Esto con el fin de poder evidenciar la advertida falta de unanimidad de criterio que se encuentra en la toma de decisiones que sobre esta disposición normativa se hacen, incluso, después de señalar que existieron hechos fácticos similares.

Uno de los primeros referentes se encuentra en el caso Fedax NV c. República de Venezuela, resuelto bajo el amparo del TBI de los Países Bajos y la República de Venezuela⁷³. El gobierno venezolano adoptó medidas expropiatorias bajo el argumento del interés nacional, afectando a la empresa OI EUROPEAN GROUP B.V, perteneciente al grupo Owens-Illinois Group, Inc., de origen holandés, quienes, para el momento, lideraban el mercado de envases en el país sudamericano. Esto motivó una reclamación por parte de los inversionistas extranjeros ante el CIADI por la presunta: i) expropiación ii) vulneración de trato justo y equitativo, iii) desprotección ante la ley iv) incumplimientos contractuales y v) falta de garantías para las transferencias de pagos. En este caso, aunque no se hace mención expresa a la cláusula paraguas, se concluye que la manera como se abordó el incumplimiento contractual fue producto de la activación de sus efectos. Finalmente se encontró responsable al Estado de Venezuela por estos hechos.

Posterior a esta decisión, se encuentran una serie de laudos arbitrales que no tuvieron el mismo nivel de protección que el referido, incluso, se restringió en amplio margen su aplicación. Estos casos fueron: SGS Société Générale de

⁷³ Caso de Fedax NV c. República de Venezuela basada en el TBI entre los Países Bajos y la República de Venezuela, discutido en el CIADI.

Surveillance, SA c. Pakistán⁷⁴, Joy Mining Machinery Limited c. La República Árabe de Egipto⁷⁵ y Salini Costruttori SPA y Italstrade SPA c. El Reino Hachemita de Jordania⁷⁶, entre otros; en los cuales, las decisiones estuvieron orientadas a determinar que fueron simples diferencias contractuales y comerciales y, por tanto, no activó la protección de la cláusula paraguas. En cambio, la interpretación amplia de la cláusula paraguas, vino con los casos: Sempra Energy International c. Argentina⁷⁷, Eureko BV c. Polonia⁷⁸ y LG&E c. Argentina⁷⁹. A continuación, se procederá al estudio de algunas decisiones arbitrales sobre la materia.

De estos laudos arbitrales es importante anotar que, a partir de su referencia se pasó de una práctica razonada de interpretación a una amplia y casi desbordada aplicación. Este punto de quiebre es el que se advierte como riesgoso para los Estados que deciden incluir este estándar de protección tan elevado en sus acuerdos internacionales.

2.1 DECISIONES RAZONADAS Y LIMITADAS DE LA CLÁUSULA PARAGUAS

SGC VS PAKISTAN⁸⁰

La disputa de SGC contra el Estado de Pakistán se da por el incumplimiento de varias disposiciones normativas contenidas en el TBI celebrado entre Suiza y Pakistán. En el acápite de los hechos se narra la existencia de varios contratos en curso, uno de ellos, sobre control de aduanas que consistía en la

⁷⁴ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13

⁷⁵ Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11

⁷⁶ Salini Costruttori SPA y Italstrade SPA c. El Reino Hachemita de Jordania.

⁷⁷ Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16

⁷⁸ Eureko BV c. Polonia.

⁷⁹ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1

⁸⁰ CASO CIADI No. ARB / 01/13 SGS Société Générale de Surveillance SA (Demandante) versus República Islámica de Pakistán (Demandado) 2001.

clasificación e inspección de bienes en el extranjero y en los puertos de entrada al país, el cual fue terminado de manera unilateral por parte del Estado. Sobre este particular alegó la parte actora: i) el derecho de promoción de la inversión, ii) la protección legal de la inversión, iii) el trato justo y equitativo a la inversión extranjera y v) la no expropiación; pidiendo la activación de la cláusula paraguas bajo el supuesto de hecho de que si se incumple un contrato sobre inversión se estaría trasgrediendo el TBI.

Dentro de los elementos de análisis que propuso el accionante para la activación de la cláusula paraguas fue traer los hechos ocurridos en el caso *Vivendi*, en el cual, el tribunal de arbitraje admitió que estos dos incumplimientos podrían estar fuertemente vinculados. Sin embargo, finalmente, el tribunal de arbitramento consideró que no se encontró una argumentación sólida para establecer que las partes contratantes hubiesen querido elevar disputas de origen contractual a foros internacionales y optó por rechazar la pretensión sobre esta disposición.

JOY MINING VS EGIPTO⁸¹

En este caso la empresa Joy Mining Machinery Limitada, inversionista extranjero, había celebrado un contrato con la Organización General de Proyectos Industriales y Mineros de la Región Árabe, con el Estado de Egipto, para prestar el servicio de aprovisionamiento de sistemas y equipos para la explotación de fosfato en las minas. Una de las obligaciones contractuales era la instalación de un equipo, el cual registro varias fallas técnicas desde el principio, motivando a las partes contratantes a explorar varias opciones e incluso modificar el contrato inicial. Finalmente, el inversionista extranjero solicitó al Estado la activación de las pólizas recibiendo una negativa, lo que desató la reclamación ante el tribunal de arbitramento internacional.

⁸¹ Joy Mining Machinery Limited (CLAIMANTS) and The Arab Republic of Egypt (RESPONDENT) (ICSID Case No. ARB/03/11) 2004.

Aducía la empresa extranjera que el Estado le había vulnerado los estándares de protección contenidos en el TBI de Estados Unidos y Egipto, los cuales estaban desarrollados en la relación contractual y en el deber de no expropiación. La accionada en cambio, contra argumento que no era posible que el CIADI conociera de diferencias de origen contractual.

Para este tribunal de arbitramento no resultó claro que existiera una interferencia en el desarrollo del contrato que generara perjuicio al inversionista, como tampoco que el eventual incumplimiento contractual fuera en sí un incumplimiento de tratado y, por tanto, respeto la selección de foro de solución de diferencias pactado en el contrato.

EL PASO VS ARGENTINA⁸²

El Paso Energy International Company, quien es el accionante, realizó varias operaciones en el sector eléctrico y de hidrocarburos de la Argentina, acogiendo a las políticas gubernamentales que buscaban atraer la IED. Sin embargo, el Estado adoptó una serie de medidas posteriores que ocasionó varias pérdidas a quienes hacían parte de este grupo económico. Se alegó violación del TBI Estados Unidos y Argentina, bajo la concepción de expropiación indirecta e incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo.

Con relación a la cláusula paraguas, el tribunal de arbitramento desestimó aplicar la protección amplia de esta disposición normativa, por considerar que rompía el equilibrio entre las partes, además porque no respetaba el sentido puro y simple de las expresiones usadas en el acuerdo internacional. Este tribunal recordó algunos pronunciamientos en los cuales establecía que la expropiación y los incumplimientos contractuales no son lo mismo, así tengan origen similar y, por tanto, no es obligatorio reconocer ambas pretensiones, como fue el caso *Generation Ukraine c. Ucrania Waste Management II (Waste Management, Inc. c. México)*.

⁸² El Paso Energy International Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/15) 2003

2.2 DECISIONES ARBITRALES QUE CONSIDERAN QUE LAS DIFERENCIAS DE ORIGEN CONTRACTUAL SI SE PUEDEN ELEVAR A ESCENARIO INTERNACIONAL

SGS VS FILIPINAS⁸³

La empresa SGC tenía un contrato con el Estado filipino para la prestación del servicio integral de supervisión de importaciones, el cual fue prorrogado en varias oportunidades. Sin embargo, en la última actuación contractual este fue interrumpido por insatisfacción del servicio prestado, por parte de la Oficina de Aduanas de este país. Esto motivó a que la parte actora alegará el no pago de los valores contenidos en el último otrosí del contrato.

En la controversia se discutió la interpretación de la cláusula paraguas, toda vez que, para el Estado, esto consistía en un complemento de las obligaciones y no como lo veía el inversionista extranjero en una oportunidad para ventilar asuntos contractuales en foros internacionales. Bajo la argumentación del Estado se presentaron documentos propios del proceso de negociación para demostrar que la voluntad y el consentimiento de las partes fue distinto al invocado por el accionante. En contra posición el inversionista sostuvo que sí debía conocerse de incumplimientos contractuales para determinar responsabilidad internacional.

En este caso se dio una aplicación amplia de la cláusula paraguas y se determinó que la existencia de un foro de selección de controversias en un contrato no es razón suficiente para privar de competencia al tribunal de arbitramento internacional, aún más, cuando esta tiene relación directa con el TBI.

⁸³ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/02/6) 2002

ENRON VS ARGENTINA⁸⁴

ENRON CORPORATION Y PONDEROSA ASSETS, L.P, reclamó varios incumplimientos del Estado de la Argentina derivados de la negativa de ajustar las tarifas a los IPP, producto de la expedición de varias normas que prohibieron expresamente estas operaciones y su cálculo en dólares americanos; el gobierno adujo que estas medidas obedecieron a una respuesta institucional para atender la crisis económica que enfrentaba el país.

Con relación a la cláusula paraguas, sostuvo el accionante que es un mecanismo de protección cuando el Estado anfitrión de la inversión decide hacer cambios institucionales abruptos que ponen en riesgo la IED, parafraseando lo expresado por el árbitro Higgins, en su momento. Bajo esta argumentación se pide la aplicación más amplia de esta disposición normativa, para proteger la expectativa legítima del inversionista extranjero. En contra posición el Estado argumentó que no estableció obligaciones directamente con el inversionista y que aparte de esta razón, las obligaciones contractuales tampoco eran obligaciones internacionales, según el derecho consuetudinario.

Para este particular, se estableció que el significado común de las palabras primaba, dándole mayor alcance a la expresión: “cualquier obligación”. Se tomó la decisión de otorgar responsabilidad internacional al Estado de la Argentina por los hechos alegados por el accionante.

EUREKO VS POLONIA⁸⁵

Esta disputa consistió en que el accionante adquirió un porcentaje de las acciones de la empresa de seguros polaca PZU, una vez surtida esta negociación, en la cual hizo parte el Estado, se debía poner en la bolsa de

⁸⁴ Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3) 2001

⁸⁵ Eureko B.V. v. Republic of Poland 2003

valores las acciones de la empresa, operación que estaría a cargo del Tesoro Nacional. Sin embargo, esta operación no se realizó, motivando la reclamación por parte del inversionista, quien adujo que este incumplimiento contractual trasgredió el TBI.

Durante las actuaciones procesales el tribunal de arbitramento encontró suficientemente probados los incumplimientos sobre expropiación indirecta, trato justo y equitativo y estándar mínimo de tratamiento, cláusula paraguas y medidas arbitrarias, irrazonables y discriminatorias. En la parte resolutive se optó por hacer una interpretación literal de las disposiciones contenidas en la cláusula paraguas y activar su mayor marco de protección.

2.3 CONTEXTO DE LAS DECISIONES RESTRICTIVAS Y AMPLIAS SOBRE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS

Después de revisar las diferentes posturas asumidas por los tribunales de arbitramento internacional, con relación a la cláusula paraguas, denotando la falta de unidad de criterio sobre esta y sus alcances, se propone ahora revisar estas decisiones a la luz de las teorías de la aplicación restrictiva y amplia de esta disposición normativa, no sin antes, hacer algunas consideraciones sobre el particular.

Los tribunales de arbitramento internacional son justicia privada y se paga por acceder a la misma, de igual manera, arrogarse competencia en algunos asuntos puede representar mayores sumas de dinero. Así finalmente en la parte resolutive se concluya que no existió responsabilidad internacional amparada en esta activación del estándar de protección. Esto es importante tenerlo presente, dado que, como se advirtió en casos anteriores, en las decisiones de jurisdicción se aceptó conocer de la cláusula paraguas, aunque

finalmente se haya restado o anulado su grado de vinculatoriedad en la parte resolutive.

Teniendo esto claro, se puede comprender la razón por la cual, existe una variada gama de decisiones sobre la cláusula paraguas con situaciones fácticas similares, pero con conclusiones diferentes. Casi podría sugerirse que estas decisiones obedecen más a factores mediáticos que jurídicos y que para poder contrarrestar este fenómeno debería existir el precedente arbitral y ser vinculante, como ocurre con las decisiones judiciales.

Por esta razón, hoy en día no se tiene claridad de sí las obligaciones con diferente naturaleza jurídica a la del AII y del TLC con capítulo de inversión, son o no son objeto de debate en escenarios internacionales y si sus efectos elevan el incumplimiento a un foro transnacional o lo convierten en ilícito internacional.

Hechas estas consideraciones preliminares, se procederá a revisar la aplicación de las cláusulas paraguas. La aplicación restrictiva y amplia de la cláusula paraguas, no es cosa diferente al marco de interpretación y alcance que se le da a esta disposición normativa al momento de resolver una diferencia. Como se evidenció en acápite precedentes, estas difieren en algunos casos según lo que entienda el tribunal ad hoc que conozca de la diferencia.

Es por esto que, se procederá a realizar un análisis de estas dos aplicaciones prácticas de la cláusula paraguas, bajo el entendido que el de carácter restrictivo puede entenderse como aquel en el cual el tribunal de arbitramento exige que todo sea probado con rigor ante la duda del alcance que verdaderamente querían darle las partes a la disposición normativa, como ocurrió en el caso SGS v Pakistán, cuando se afirmó que el texto del artículo

de esta disposición normativa no necesariamente convertía una obligación contractual en una internacional ⁸⁶. De este caso, se resalta la posición de endurecer la carga probatoria antes de activar su protección⁸⁷.

Contrario sensu, el carácter amplio de la estipulación normativa hace referencia a la interpretación generosa que se hace sobre la cláusula, extendiendo el margen de las obligaciones contraídas por parte del Estado anfitrión frente al inversionista y su inversión. Un ejemplo claro de interpretación amplia se encuentra en la lectura del caso Noble Ventures, Inc. v. Romania, en el cual el tribunal de arbitramento concluyó que la efectividad de la cláusula recaía en la posibilidad cierta de convertir obligaciones contractuales en obligaciones internacionales, con todo lo que ello demande⁸⁸. A continuación, se procederá a estudiar con mayor detalle la aplicación restrictiva de la cláusula paraguas.

2.4 APLICACIONES RESTRICTIVAS DE LA CLÁUSULA PARAGUAS

Podría decirse que, en consonancia con la aplicación restrictiva de la cláusula paraguas, se encuentran varios referentes que lo que buscan es reducir su ámbito de aplicación, incluso a estados en los que pareciera no estar contenida

⁸⁶ SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. Pakistan, ICSID case No ARB/01/13, decision on Jurisdiction, 6 August 2003, 18 ICSID rev- F.I.L.J. 307 (2003) :

The text itself of Article 11 does not purport to state that breaches of contract alleged by an investor in relation to a contract it has concluded with a State (widely considered to be a matter of municipal rather than international law) are automatically 'elevated' to the level of breaches of international treaty law

⁸⁷ Katia Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT, OECD 2006. Enlace: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf

⁸⁸ Caso CIADI Noble Ventures, Inc. v. Rumania:

Any other interpretation would deprive Article II (2) (c) of practical content, reference has necessarily to be made to the principle of effectiveness..." On this point, it stated that "a clause that is readily capable of being interpreted in this way and which would otherwise be deprived of practical applicability is naturally to be understood as protecting investors also with regard to contracts with the host State generally in so far as the contract was entered into with regard to an investment.

o ser muy discutida. Uno de los mayores referentes en estos casos encuentra su asiento en la posibilidad de reducir o anular su campo de aplicación, incluso, remitiendo o validando únicamente los términos del contrato⁸⁹.

El mejor ejemplo de lo expuesto es el caso SGS c. Pakistán, en el cual, sobre la decisión de jurisdicción, estableció el tribunal de arbitramento, que no era competente para conocer de asuntos contractuales, pese a lo alegado por el inversionista extranjero, que aducía que esta disposición normativa surtía un efecto espejo frente a las obligaciones contenidas bajo tratado internacional. En este particular solo se discutió de fondo sobre las obligaciones directas del AII.

En el caso Philip Morris contra la República Oriental de Uruguay, se realizó una revisión de anteriores interpretaciones de la cláusula paraguas por parte de otros tribunales de arbitramento internacional para definir esta diferencia. Desestimando finalmente las pretensiones amparadas bajo la activación de la cláusula paraguas.

De lo anterior puede decirse entonces que, la aplicación restrictiva de la norma consiste en no convertir obligaciones contractuales en internacionales y no dar una interpretación de esta, más allá de lo que las partes consintieron al momento de celebrar el TBI. Se encuentra ajustada la interpretación de la

⁸⁹ BANDRÉS DE LUCAS, Jaime, Universidad Rey Juan Carlos Martínez, Umbrella clauses: uncertain contract protection under IIAS1, GCG GEORGETOWN UNIVERSITY – UNIVERSIA, Enlace: <https://gcg.universia.net/article/viewFile/1882/1930>

The “restrictive umbrella clause” group refers to umbrella clauses that are so narrowly drafted that is clear that they try to exclusively include investment contracts, often by remitting to the terms of the contract itself. Their purpose is to reduce the scope of the umbrella clause as much as possible, up to the point that we might question whether they actually constitute an umbrella clause. Examples of clauses pertaining to this group can be found –among many others- on the 2005 Iceland Mexico BIT7, where article 8 reads as follows: “Article 8 Application of other Rules Each Contracting Party shall observe any other obligation it may have assumed in writing, with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party. However, disputes arising from such obligations shall be settled only under the terms of the contracts underlying the obligations.” (emphasis added)

cláusula paraguas en el entendido de que no desnaturaliza las obligaciones locales y respeta la voluntad de las partes contratantes.

Debe decirse que esta interpretación restrictiva de la cláusula paraguas tuvo mayor presencia en las primeras decisiones arbitrales sobre la materia, posteriormente, se inclinó la balanza a la aplicación amplia de las mismas.

2.5 APLICACIONES AMPLIAS DE LA CLÁUSULA PARAGUAS

En este acápite se abordará el campo de aplicación amplio de la cláusula paraguas a partir de varios casos y el desarrollo de uno para mejor comprensión. Debe decirse en este punto que la interpretación y aplicación amplia y general de la cláusula paraguas pone en riesgo la balanza de obligaciones del AII y del TLC con capítulo de inversión, toda vez que, adiciona de manera desproporcionada obligaciones jurídicas de distinta naturaleza al instrumento internacional. Es decir, todo podría convertirse en incumplimiento que trasgrede el acuerdo.

Para comenzar debe revisarse el caso SGS v Paraguay, en el cual, el tribunal de arbitramento consideró que el incumplimiento de pago producto de una relación contractual si afectaba los estándares de protección del AII, en el entendido de que el inversionista extranjero y sujeto de amparo sufría una afectación económica.

En el caso Eureko contra Polonia, la reclamación arbitral consistió en que el accionante adquirió el 21% de las acciones de la empresa de seguros polaca “PZU”, una vez surtida esta negociación, en la cual hizo parte el Estado, el Tesoro Nacional debía poner en bolsa las acciones de la compañía, lo cual no ocurrió, pese a estar contenido expresamente en el contrato. El inversionista

extranjero adujo que el incumplimiento de esta relación contractual trasgredió el TBI y lo elevó a instancias internacionales.

En esta ocasión el tribunal de arbitramento optó por la interpretación textual de las palabras contenidas en el TBI, dando la aplicación más alta a la cláusula paraguas. Para mejor comprensión del lector se trae la cláusula paraguas de este caso:

*“cada parte **observará** cualquier obligación asumida con respecto a inversiones de inversionistas de otra parte”, subrayas y negrillas propias.*

Denotándose que, las expresiones amplificadoras de derecho no se circunscribían al cumplimiento de obligaciones de “cierto tipo”, por tanto, en el caso concreto se determinó la configuración de responsabilidad internacional por parte del Estado receptor de la inversión.

En el caso Noble Ventura contra Rumania, se dio la disputa entre una empresa de origen estadounidense que realizó operaciones en Rumania y luego fue objeto de expropiación. Todo inició cuando el accionante participó en la privatización y compra de la empresa estatal Combinatul Siderurgic Resita - CSR, tiempo después y bajo un cambio de gobierno variaron las medidas gubernamentales y se desprotegió al accionante quien fue víctima de saqueos, huelgas y demás actos de violencia y posterior expropiación, en contravía de las normas internacionales. Para este particular se concluyó en la decisión de jurisdicción, que cualquier incumplimiento contractual sería entendido como violación del tratado.

Revísese la cláusula paraguas de este All:

“Cada parte observará cualquier obligación en que se haya con respecto a las inversiones”.

A pesar de que el tribunal de arbitramento internacional se arrogó competencia en un amplio marco de interpretación de la cláusula paraguas, las pretensiones no prosperaron porque se rechazaron asuntos de fondo mal argumentadas por la parte accionante.

A manera de conclusión puede decirse que, la aplicación amplia de la cláusula paraguas representa un enorme desafío institucional por contener en sí, una vocación de desnaturalización de obligaciones jurídicas domésticas y elevarlas a instancias internacionales, con todo lo que esto conlleva. Por esta razón se debe tratar con mucha precaución la inclusión de estas disposiciones normativas en los AII y TLC con capítulo de inversión.

Y es que basta con observar las consideraciones de la UNCTAD en la cual se advierten algunos riesgos que asumen los Estados cuando incluyen estos estándares de protección en estos instrumentos internacionales. Obsérvese la siguiente reflexión.

“Las principales dificultades con las cláusulas “paraguas” son que (1) efectivamente amplían el alcance del AII al incorporar obligaciones del Estado receptor que no forman parte del tratado, lo que puede aumentar el riesgo de enfrentarse a costosos procedimientos judiciales, y (2) han dado lugar a interpretaciones contradictorias por tribunales inversor-Estado, resultando en un alto grado de imprevisibilidad”⁹⁰.

Riesgos que son alarmantes para los Estados que deciden incluir estos estándares de protección sin pensar en que su activación los expone al arbitrio de tribunales internacionales que pueden arrogarse competencias sobre

⁹⁰ UNCTAD, Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el Desarrollo Sostenible 2015.

obligaciones que por su naturaleza jurídica deberían ventilarse en escenarios nacionales. Esta preocupación se incrementa si se analiza con detenimiento como los tribunales de arbitramento internacional han ido cambiando su percepción sobre la cláusula paraguas, pasando de una interpretación restrictiva a una interpretación amplia. Obsérvese el siguiente cuadro en donde se puede evidenciar los casos en los cuales se dio este viraje interpretativo.

Interpretación restrictiva	Interpretación amplia
SGS Société Générale de Surveillance, SA c. Pakistán ⁹¹	Sempra Energy International c. Argentina ⁹²
Joy Mining Machinery Limited c. La República Árabe de Egipto ⁹³	Eureko BV c. Polonia ⁹⁴
Salini Costruttori SPA y Italstrade SPA c. El Reino Hachemita de Jordania ⁹⁵	LG&E c. Argentina ⁹⁶

Estas decisiones amplias de la cláusula paraguas fueron el punto de quiebre en el cual se pasó de una lectura sensata de esta disposición normativa para otorgarle facultades exorbitantes que incluso, rompieron el equilibrio de las relaciones que se gestaban en el marco de estos AII y TLC con capítulos de inversión. Se insiste favoreciendo al inversionista extranjero que asienta su inversión en el país anfitrión.

Y es que el interés en que existan estas disposiciones normativas en estos acuerdos internacionales está dado por dos razones claves, la primera que como ya se ha expresado en este documento es elevar disputas domésticas a instancias internacionales y la segunda es el monto de las pretensiones, toda vez que, la jurisdicción del país no le concedería el pago de valores tan

⁹¹ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13

⁹² Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16

⁹³ Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11

⁹⁴ Eureko BV c. Polonia.

⁹⁵ Salini Costruttori SPA y Italstrade SPA c. El Reino Hachemita de Jordania.

⁹⁶ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1

elevados al accionante ya que los perjuicios se tasarían proporcionalmente al daño real y no a las expectativas legítimas que alegan los inversionistas en escenarios internacionales. Este quizá, es el mayor móvil para que los inversionistas quieran ventilar cualquier disputa en jurisdicciones diferentes a la nacional.

Basta con observar algunos apartes de las decisiones resaltadas en este acápite para corroborar lo expresado. En el caso *Sempra Energy International c. Argentina*, el tribunal de arbitramento interpretó que la cláusula de selección de foro contenida en un contrato no limitaba el acceso de la justicia arbitral, por tanto, podía activarse la jurisdicción internacional. Es decir, el contrato no podía anular el tratado⁹⁷. Afirmación que es cuestionable ya que bajo esta argumentación, no importaría lo pactado en un contrato con relación a la solución de controversias y la selección de foro ya que a través de una cláusula paraguas podría desconocerse lo pactado en el contrato y elevarse a la justicia arbitral de orden internacional. Si se observa bien la consideración de este tribunal, bajo esta tesis todo podría ser de conocimiento de ellos, incluso, temas de naturaleza jurídica doméstica.

Más adelante el mismo tribunal señala que, una controversia puede tener origen en un contrato y afectar directamente el tratado. En el presente caso no se presentó demanda en un tribunal local, lo cual, permitió a una de las partes decidirse por el foro arbitral, aclara este tribunal que la alternativa no es una opción a favor de la justicia local sino a favor de la justicia internacional. Bajo esta argumentación se estarían desconociendo los lineamientos básicos de todo acuerdo internacional que señalan que, las relaciones jurídicas entre las partes se regirán por el derecho del Estado anfitrión. Esta decisión pone fin a las buenas prácticas internacionales.

⁹⁷ *Sempra Energy International c. Argentina*, decisión de jurisdicción, numeral 123 y siguientes.

Pese a todos los esfuerzos de la Argentina para cuestionar la interpretación de esta cláusula paraguas, por decidir temas contractuales de naturaleza doméstica en foro de arbitramento internacional, este tribunal consideró que existían razones suficientes para declarar responsable internacionalmente al Estado. En este caso se evidencia como se interpreta esta disposición normativa con un amplio marco de acción a favor del inversionista extranjero. Obsérvese la siguiente consideración hecha por el tribunal de arbitramento con relación a los alcances de esta norma.

“Specific obligations undertaken not to freeze the tariffs or subject them to price controls, to compensate for any resulting differences if such actions were in fact taken, and not to amend the License without the licensee’s consent are among the obligations that typically come under the protection of the umbrella clause. There are other obligations contained in the License and the law that could also eventually fall under the protection of the umbrella clause, such as those concerning detailed aspects of the tariff regime. As some of these relate more closely to the breach of fair and equitable treatment, they have been considered above”⁹⁸.

De esta cita textual, se desprenden varios elementos que deben ser valorados para poder comprender la dimensión que el tribunal le dio a la cláusula paraguas, i) se da por cierto que el marco regulatorio del Estado es objeto de aplicación de la cláusula paraguas; ii) se abre la posibilidad de que otras normas de naturaleza legal puedan ser objeto de su conocimiento y; iii) se reconoce que pese a que otros estándares del tratado ya abordaron el incumplimiento, este no es obstáculo para que se revise a la luz de esta disposición normativa; con lo cual, se puede entender que el tribunal de arbitramento otorgo facultades exorbitantes a la disposición en comento, para con esto, poder conocer de temas legales y regulatorios que son propios de los Estados pero que se trasladaron a foro internacional.

⁹⁸ Sempra Energy International c. Argentina.

Sin mayor reparo sobre el particular, el tribunal concluye que se incumplió el tratado a la luz de la cláusula paraguas. Resultado muy cuestionable si se analiza desde la óptica de la autonomía de los Estados para legislar y regular sobre temas estratégicos y que hacen parte de sus intereses nacionales, quedando anulada por completo en este laudo arbitral.

En el caso Eureka BV c. Polonia⁹⁹, el tribunal de arbitramento optó por darle una interpretación pura y simple a las palabras que componían la cláusula paraguas, llegando a la conclusión de que la expresión “cualquier” comprendía todas las obligaciones contraídas por una de las partes con el inversionista extranjero, esta es sin duda, la interpretación más amplia que se hace de esta disposición normativa. En este particular, a diferencia de casos recientes, se busca darle una interpretación autónoma de otros estándares de protección, así mismo, se busca establecer que bajo su mandato se entiende que todas las obligaciones contractuales que versen sobre la inversión serán competencia de este tribunal.

En reiteradas oportunidades este tribunal se refiere al análisis y a la decisión del caso SGS Société Générale de Surveillance, SA c. Pakistán, por considerarla equivocada, recuérdese que esta decisión fue de aplicación restrictiva de la cláusula paraguas. No se comparte la apreciación de reducir el marco de aplicación de esta disposición normativa bajo el pretexto de que al hacerlo se convertirían los contratos en tratados. Agrega este tribunal que su aplicación no es indefinida ya que debe existir una relación legal entre las partes con relación a la inversión que es objeto de la protección del tratado¹⁰⁰. De esta interpretación debe destacarse que bajo lo esgrimido y contrario *sensu* de lo que afirma este tribunal, “cualquier obligación”, en el sentido simple de las palabras sí hace que todo entre en la jurisdicción internacional,

⁹⁹ Eureka BV c. Polonia.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

representando un riesgo para el Estado anfitrión de la inversión extranjera. Obsérvese la siguiente cita textual del laudo arbitral referido.

*"The Tribunal adds to the considerations advanced in the Philippines Award its conclusion that to give effect to the plain meaning of an umbrella clause by no means renders the other substantive protections of a BIT superfluous. As Professor Schreuer points out in his cited article, "The BIT's substantive provisions deal with non-discrimination, fair and equitable treatment, national treatment, MFN treatment, free transfer of payments and protection from expropriation. These issues are not normally covered in contracts." (At p. 253.) This Tribunal feels bound to add that reliance by the Tribunal in SGS v. Pakistan on the maxim in dubio mitius so as effectively to presume that sovereign rights override the rights of a foreign investor could be seen as a reversion to a doctrine that has been displaced by contemporary customary international law, particularly as that law has been reshaped by the conclusion of more than 2000 essentially concordant bilateral investment treaties"*¹⁰¹.

En este apartado puede notarse la línea argumentativa de este tribunal de arbitramento, el cual considero que las obligaciones emanadas de un contrato no se resuelven únicamente por él y se requiere resolverlas en las instancias que corresponda, como en este caso el internacional. Además, afirma que de no hacerse se estaría regresando en el tiempo a doctrinas que desconocían los derechos de los inversionistas extranjeros, con lo cual, lo que se requiere es mantener la confianza inversionista con la línea de decisiones adoptadas sobre el particular. Quedando claro que se le otorga un amplio margen de acción a la cláusula paraguas a través de la interpretación simple de las palabras.

Por otro lado, se observa como a pesar de ser desarrollado por otros estándares del tratado, esto no impide a que se haga el examen a la luz de esta disposición normativa. En este punto valdría cuestionar al tribunal en el

¹⁰¹ Eureko BV c. Polonia.

entendido de que, si bien es cierto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dice que los tratados deben interpretarse con el sentido puro y simple de las palabras, también establece que deben tenerse en cuenta su objeto y fin¹⁰². Es más, de ser necesario podrán consultarse los documentos de su etapa de elaboración. Lo cual no parece hacerse con el rigor esperado en este tipo de decisiones.

En el caso LG&E c. Argentina, el tribunal de arbitramento inicia su análisis señalando que, las disposiciones de la cláusula paraguas refieren a todas las obligaciones que versen sobre el tratado, incluidas las de origen contractual¹⁰³. Es decir, se parte del hecho de que todas las obligaciones que guarden relación con la inversión extranjera podrán ser ventiladas en foros de solución de controversias internacionales. En el caso que nos ocupa, las obligaciones amparadas y alegadas tenían que ver con un nuevo marco legal que derogaba leyes anteriores y con eso afectaba la inversión de los accionantes, este tribunal consideró que, si existía una relación directa entre la ley derogada y las obligaciones asumidas por el Estado con el inversionista extranjero, aceptando la responsabilidad de este en el marco del TBI¹⁰⁴. Este es un claro ejemplo de cómo opera la cláusula paraguas no solo ampliando su espectro de acción a los contratos, sino a los marcos legales y potestades regulatorias de un Estado que está en procura de la protección estratégica de sus intereses nacionales, lo que resulta más preocupante. Obsérvese la siguiente cita del laudo arbitral.

“El punto de partida de este análisis es recordar cuales fueron los actos ilícitos. En su Decisión sobre Responsabilidad, el Tribunal identificó la revocación de las garantías específicas otorgadas por Argentina en el marco regulatorio del gas como el acto fundamental que generó el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el

¹⁰² Convención de Viena de 1969, Sección tercera, interpretación de los tratados.

¹⁰³ LG&E c. Argentina.

¹⁰⁴ LG&E c. Argentina.

*Tratado. En particular, el Tribunal consideró que: i) la abolición del derecho a calcular tarifas en dólares antes de la pesificación, ii) el abandono de los ajustes por PPI, iii) la suspensión de las revisiones tarifarias y iv), renegociación forzosa de las licencias, **violaron el principio de trato justo y equitativo y la cláusula paraguas**, resultando en un trato discriminatorio contra las empresas distribuidoras de gas”¹⁰⁵. Subrayas y negrillas propias.*

Denotándose una vez más como las potestades legales y regulatorias se ven reducidas en el marco de la aplicación de esta cláusula paraguas, que, sumado a otros estándares del tratado, ocasionan un fenómeno que podría describirse como la pérdida de soberanía de los Estados en temas estratégicos. Sumado a esto, se desprende del análisis referido, una vocación sin límite aparente para interpretar la cláusula paraguas en el caso particular.

Otro elemento al que es necesario referirse es que convergen dos estándares o principios contenidos en el acuerdo internacional, como lo son el TJE y la cláusula paraguas, los cuales, según el tribunal de arbitramento, terminan dando un trato discriminatorio a las empresas del inversionista extranjero. Esto hace pensar que estas disposiciones normativas están siendo interpretadas de manera integral con el fin de poder ampliar el marco de aplicación, una haciendo mención al trato que deben recibir los inversionistas extranjeros en el Estado anfitrión y el otro elevando obligaciones de naturaleza ajena al tratado a foros de solución de controversias internacionales, resultando gravoso para el país que es cuestionado, en este caso la Argentina.

La decisión de este tribunal de arbitramento fue considerar que el cambio legal de la Argentina si afectó directamente los intereses del inversionista y su inversión, por tanto, se le atribuyó responsabilidad internacional.

¹⁰⁵ LG&E c. Argentina.

En estos casos mencionados, se encuentra sustentada la preocupación por lo que representa la cláusula paraguas incorporada en los AIJ y TLC con capítulos de inversión que tiene y que pueda seguir suscribiendo el Estado colombiano, toda vez que, podría darse la interpretación y aplicación de algunos de estos laudos en controversias que deba afrontar Colombia y que tendría efectos negativos para la soberanía del país.

3. COLOMBIA FRENTE A LOS AII Y LOS TLC CON CAPÍTULO DE INVERSIÓN

En este acápite se busca hacer claridad de cuál es la situación actual de Colombia frente a los AII y TLC con capítulos de inversión, las demandas y los montos a los cuales ascienden las pretensiones de los inversionistas extranjeros, quienes amparados en estos instrumentos internacionales buscan la protección de sus intereses. Por otra parte, se hará un análisis de los acuerdos internacionales que contienen cláusulas paraguas y su debate y control para ser incursionadas en el ordenamiento jurídico interno, finalmente, se emitirán unas consideraciones sobre la conveniencia de que existan estas disposiciones normativas en el cuerpo de estos tratados suscritos por Colombia.

Si bien es cierto, no han prosperado las pretensiones basadas en estas cláusulas o no se alega siempre su protección, esto no es un factor para reducir el riesgo que representan estas disposiciones normativas, las cuales siguen presentes y podrán ser activadas por los inversionistas extranjeros en cualquier momento. Dicho esto, se procede con el análisis planteado.

Colombia cuenta actualmente con cerca de 16 AII y TLC con capítulos de inversión, de estos se encuentran 12 demandas internacionales, una de ellas ya resuelta de manera desfavorable para el país, las cuales se discriminan así, 4 por APPRI y 8 por TLC con capítulo de inversión; por otro lado, las 8 intenciones de demandas a la espera de formalización en tribunales de arbitramento internacional son por 7 APPRI y por un protocolo internacional¹⁰⁶; con lo que empieza a dilucidarse un panorama poco favorable para el país.

¹⁰⁶ AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, Respuesta derecho de petición 20191030178881-OAJ fecha de radicado 12-09-2019

Las pretensiones de las demandas que están en firme y la ya resuelta, suman \$15.300.002.170.596, pendiente por tasar e incluir solo una de las pretensiones que registra como indeterminada. Con relación a las intenciones de demandas internacionales que están en arreglo directo, los valores oscilan alrededor de \$20.493.509.000.000¹⁰⁷, pendiente por tasar algunos perjuicios alegados por los inversionistas extranjeros; lo cual permite tener un contexto más amplio del impacto fiscal que se tendría de llegar a prosperar las pretensiones en comento.

Por el TLC de Colombia y Estados Unidos están en curso las demandas de: i) Alberto, Enrique y Felipe Carrizosa, ii) Ángel Samuel Seda y otros y; iii) Astrida Benita Carrizosa; por el APPRI Colombia y España: i) Gas Natural Fenosa; ii) Telefónica S.A.; por el TLC Colombia y Canadá: i) Eco Oro Minerals; ii) Red Eagle Exploration Ltda., iii) Galway Gold Inc. y; iv) Gran Colombia Gold Corp.; por el TLC Colombia y México: i) América Móvil y; por el APPRI Colombia y Suiza i) Glencore y Prodeco 1, ya resuelto y; ii) Glencore y Prodeco 2.

De estas demandas mencionadas, solo en dos se ha solicitado la activación de la cláusula paraguas, la primera en el caso Glencore contra Colombia, en el cual se desestimó esta pretensión y la otra, la alegada por el inversionista extranjero Foster Wheeler, que busca incorporarla bajo el amparo del APPRI de Colombia y Suiza¹⁰⁸.

Estas cifras resultan ser alarmantes si se toman en consideración los siguientes datos registrados por la UNCTAD, ya van 942 casos por incumplimientos de AII y TLC con capítulos de inversión en todo el mundo, de estos casos los que ya han sido resueltos condenan al Estado en un 61% de

¹⁰⁷ Ibídem.

¹⁰⁸ AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, Respuesta derecho de petición 20191030178881-OAJ fecha de radicado 12-09-2019.

las veces¹⁰⁹. Así mismo, en estos casos la experiencia demuestra que los grandes perdedores son los países en vía de desarrollo mientras los ganadores son las grandes multinacionales protegidas bajo estos instrumentos internacionales¹¹⁰.

Para analizar esta problemática más a fondo, se debe acudir a la primera y hasta el momento única decisión en contra de Colombia por el incumplimiento de un AI. De este laudo arbitral se desprenden algunos elementos que, aunque parecieran satisfactorios para los intereses del país, lo cierto es que estuvieron en riesgo cerca de 600 millones de dólares del erario público y que de haber prosperado se habría generado un fuerte impacto fiscal. A continuación, se procede a este estudio.

En el caso de Glencore y Prodeco contra Colombia, que se resolvió recientemente en el CIADI, los hechos de la disputa se generaron por la renegociación de la explotación minera de la mina Calenturitas, que se llevó a cabo entre el 2008 y el 2010 y se materializó con el artículo 8 del contrato. Para 2015, la Contraloría General de la República de Colombia (CGR), en un juicio por responsabilidad fiscal determinó que se había configurado un detrimento del erario público y emitió un acto sancionatorio contra el inversionista extranjero por cerca de 60.000 millones de pesos.

Dentro de las pretensiones presentadas por el accionante se encontraron la intención de declarar responsabilidad internacional de Colombia por trasgredir el TBI entre Colombia y Suiza, determinar que la CGR hizo mal uso de sus

¹⁰⁹ UNCTAD. (2018). *World investment report: Investment and new industrial policies*. UNCTAD: Geneva. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf

¹¹⁰ SUÁREZ RICAURTE, Federico, Sentencia C-252 del 2019 de la Corte Constitucional de Colombia: Cambio de precedente en el control a los TBI, *Investment Treaty News*, https://iisd.org/itn/es/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/?fbclid=IwAR3kXrZB6AsWlbgVTnsviPz23ARriYNIbtmEmY_Rq3xK4rfWjclZNzLJVnw#_ftn7

facultades fiscales y obtener entre otras la reversión de la sanción, pago de intereses y protección de la expectativa legítima. Por su parte el Estado colombiano adujo en su defensa que era muy importante en la estructura del Estado el control de responsabilidad fiscal de la CGR y que la medida fue ajustada, es más, que existen varias transnacionales en este proceso. Finalmente, el Estado es condenado por violar el estándar de TJE¹¹¹.

Sobre esta decisión que es la primera contra Colombia por tema de derecho de inversiones, existen varias posturas, entre esas la del profesor de Arbitraje Internacional, Sebastián Salazar, de la, quien la considera muy positiva para el país ya que del total de las pretensiones esgrimidas por la parte actora solo se concedieron cerca del 3% de las mismas; por su parte, Ana María Ordoñez, directora de defensa internacional de la ANDJE, manifestó que solo prosperaron las pretensiones de devolver los valores de la sanción fiscal, junto con intereses y su respectiva corrección monetaria, incluso, señala que la CGR estaría habilitada para adelantar un nuevo proceso de ser necesario, concluyendo que esta decisión fue positiva para los intereses del país¹¹².

Como complemento a lo anterior, agrega Ordoñez, que el trabajo interinstitucional fue clave para reconstruir los hechos del caso y para la recolección de pruebas. Con relación a este caso afirma que se deben repensar los AIJ sobre todo en lo referente al estándar de “poco razonable”, toda vez que, el acuerdo establece que no se pueden tomar medidas de esta naturaleza y que no se necesita que la decisión adoptada sea arbitraria para encajar en este estándar, con lo cual todo podría estar inmerso ahí¹¹³.

¹¹¹ Caso Glencore y Prodeco v Colombia.

¹¹² Derecho a la Carta, podcast 336 - CASO GLENCORE Y PRODECO vs COLOMBIA, Universidad Externado de Colombia. <https://www.spreaker.com/user/externadoradio/336-caso-glencore-y-prodeco-vs-colombia?fbclid=IwAR3doBRf81uMDs2RJYjBi4hdGsZk57cTaa33Gy6lF9-Tayl1yg-yKlwYzlk>

¹¹³ *Ibidem*.

Lo cierto es que actualmente se encuentra en etapa de arreglo directo, una segunda intención de demanda internacional, por parte de este mismo inversionista extranjero del cual se desconocen los valores alegados. Lo que lleva a pensar que estos AII y TLC con capítulos de inversión podrían convertirse en un mecanismo para que estos actores lleven a los Estados a instancias internacionales y prueben al azar sus pretensiones.

Otro referente preocupante para el país, en el cual, pareciera que bajo el marco de estos AII y TLC con capítulos de inversión el país está obligado a renovar concesiones o actuar bajo los intereses de los inversionistas, incluso, en contravía del marco legal nacional, se encuentra con la solicitud de “medidas cautelares urgentes de carácter internacional” que se solicita contra Colombia por el dominio de las páginas web .CO, en el cual básicamente se quiere obligar al Estado a renovar la concesión a favor de Neustar INC, solo porque la empresa transnacional no logró las ganancias esperadas, para esto, activo la protección del TLC de Colombia y Estados Unidos¹¹⁴.

En este caso lo que se pretende básicamente es que se desconozca el estatuto de contratación pública del país a favor de un inversionista extranjero, con lo cual, se acabaría la institucionalidad del país. Este es un claro ejemplo de la concepción que usan algunos inversionistas extranjeros al momento de motivar sus demandas internacionales contra el país que los ha recibido. En nuestro concepto es un tema grave que requiere la atención de todos.

Esbozado lo anterior, se concluye entonces que, el panorama de Colombia frente a los AII y los TLC con capítulos de inversión no solo no es favorable, sino que es altamente preocupante, por los intereses nacionales que se

¹¹⁴ Demanda de arbitraje internacional de inversión de acuerdo con la sección B del capítulo 10 del Tratado de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América.

encuentran en juego, entre esos, la soberanía nacional, la potestad regulatoria, la administración de justicia, entre otras. Se sigue insistiendo en la necesidad de revisar los acuerdos internacionales que están vigentes, no renovarlos y denunciar los que definitivamente no van en concordancia con los intereses nacionales.

Otro elemento que no puede pasar desapercibido es el interés de los particulares en llevar estas controversias a escenarios internacionales y no resolverlos en instancias locales con su juez natural. Esto obedece a la tasación de los perjuicios por los daños alegados por el inversionista, en el Estado colombiano, se establecen límites razonables y proporcionales derivados de la fuente jurídica de la obligación, en los cuales se reconoce un porcentaje o la totalidad de lo causado, sin embargo, en instancias internacionales, el accionante tiene la posibilidad de alegar las expectativas legítimas las cuales desbordan usualmente el valor de los perjuicios alegados y rompen el equilibrio económico entre las partes.

Es en este punto donde se advierte el interés de incluir una disposición normativa que eleva obligaciones naturales a instancias internacionales y lo desproporcionado que puede llegar a ser esta relación, recuérdese el caso de la Argentina, cuando tuvo que entrar en cesación de pagos por las elevadas obligaciones de carácter pecuniario que tenía en el exterior¹¹⁵.

En el caso referido de la Argentina, en la década de los noventa, este Estado decidió hacer apertura de sus mercados y convertirse en un territorio atractivo para la IED, por esta razón celebro en este lapso y a 2007, cerca de 56 acuerdos internacionales de esta naturaleza, posterior a esto, surgieron los

¹¹⁵ KOSACOFF, Bernardo, Crisis, recuperación y nuevos dilemas La economía argentina 2002-2007, páginas 156 y siguientes. Enlace: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4234/S2007021_es.pdf

incumplimientos bajo tratado que desató un número significativo de demandas, para ese entonces, eran 42 demandas con pretensiones que oscilaban alrededor de los 20 mil millones de dólares¹¹⁶.

3.1 CLÁUSULAS PARAGUAS EN LOS AII Y TLC CON CAPÍTULO DE INVERSIÓN SUSCRITOS Y VIGENTES EN COLOMBIA

Con relación a los TBI que suscribió Colombia y que se encuentran vigentes se identificaron tres cláusulas paraguas, las cuales están contenidas en los acuerdos celebrados con Suiza, Japón y Francia, estas se hallaron con los parámetros establecidos en el acápite de generalidades de esta disposición normativa de este trabajo académico.

A continuación, se relacionan:

Suiza	Japón	Francia
Artículo 10 - 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 (...)"	Artículo 4 numeral 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.	Cuando las leyes de una de las Partes 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 en que sean más favorables

Estas dos disposiciones normativas guardan gran similitud con las estudiadas anteriormente, manteniendo una redacción amplia, general y ambigua con

¹¹⁶ KOSACOFF, Bernardo, Crisis, recuperación y nuevos dilemas La economía argentina 2002-2007, páginas 156 y siguientes. Enlace: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4234/S2007021_es.pdf

relación a la protección que brindan al inversionista extranjero. Nótese como en la cláusula del TBI de Suiza se conserva la expresión: “deberá respetar cualquier obligación”, a su vez, la cláusula del TBI de Japón incluye en su estándar de protección: “observará cualquier obligación”, ambas con amplios márgenes de protección a favor de la inversión extranjera. La disposición normativa contenida en el TBI Colombia y Francia es una fusión de cláusula paraguas y NMF.

Los verbos rectores amplificadores de la protección en este caso son:

Suiza	Japón	Francia
Cada Parte <u>deberá</u> respetar cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito	Cada Parte Contratante, <u>observará</u> cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito	estas disposiciones <u>aplicarán</u> en la medida en que sean más favorables

Las expresiones “deberá”, “observará” y “aplicará”, son las que activan la protección de esta disposición normativa. Estas son las cargas impositivas para el Estado anfitrión de la inversión extranjera y que protegen al inversionista. Como se mencionó en el primer capítulo esta es una relación de una sola vía en la cual solo hay obligaciones para el Estado y derechos para el inversionista, siendo este otro factor de identificación de la cláusula paraguas.

El otro elemento identificador propuesto es la ambigüedad sobre la cual recae la protección:

Suiza	Japón	Francia
“cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito”	“cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito”	“contengan disposiciones tanto generales como específicas que otorguen a los inversionistas, un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo”

En este caso las expresiones: “cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito” incluidas de manera idéntica en los dos primeros acuerdos internacionales, denotan que la generalidad de la protección es amplia y sin límites, ya que con esta redacción podría pensarse que todas las obligaciones podrían encajar en estos parámetros y por ende ser reclamadas en instancias internacionales, acá confluyen dos elementos de identificación de la cláusula, el primero que versa sobre la generalidad de la norma de protección y la segunda la potestad para elevar toda obligación sin importar su naturaleza jurídica al nivel internacional. Estas dos cláusulas paraguas mantienen un amplio estándar de protección capaz de transformar obligaciones con las implicaciones que esto conlleva. La tercera cláusula incluye de manera atípica cualquier obligación internacional, actual o futura.

Es innegable entonces, que la cláusula paraguas está presente en estos tres AII y que son estándares de protección muy elevados. Por lo cual, es menester indagar sobre el proceso de creación e incorporación de estas y su armonización con el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de establecer si los controles se surtieron en debida forma.

3.2 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD A LOS AII Y TLC CON CAPÍTULOS DE INVERSIÓN QUE CONTIENEN CLÁUSULAS PARAGUAS

En este acápite se observará el proceso de revisión en sede constitucional de tres leyes aprobatorias de tratado que permitan establecer el rigor y los avances que se han tenido sobre la materia, igualmente, se hará énfasis en el cambio de precedente que adoptó recientemente la Corte Constitucional para la incorporación de estas obligaciones internacionales en el ordenamiento jurídico interno.

Para iniciar este estudio, deben hacerse primero algunas precisiones conceptuales y metodológicas de este proceso, el primero de estos es que debe crearse una ley aprobatoria de tratado, la segunda es que debe surtir un control constitucional y el tercero y último es la ratificación. En algunos casos excepcionales y en tratados internacionales de orden económico su aplicación puede ser provisional mientras se surte el trámite definitivo¹¹⁷.

A este procedimiento se le han hecho varias críticas desde la doctrina, toda vez que, se cuestiona la verdadera necesidad de que exista una ley aprobatoria de tratado, ya que su grado de vinculatoriedad no se le atribuye a ella, por eso, se debe replantear este proceso¹¹⁸. Así mismo, se advierte que la naturaleza de la ley aprobatoria de tratado es ordinaria y que, en ese orden de ideas, esta podría quedar sin efectos mediante otra ley de igual jerarquía o superior, o por orden decisión de derogatoria, lo cual a todas luces no es verídico¹¹⁹.

Otro debate que surge a raíz de la incorporación de obligaciones internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano, es la contradicción que se presenta entre varios instrumentos internacionales suscritos por el Estado, por lo cual, los controles respectivos deben contemplar no solo lo concerniente a la ley aprobatoria de tratado, sino hacer un ejercicio de revisión de las estipulaciones de cada uno, con el fin de no suscribir acuerdos que resulten contrarios entre sí, como ocurre actualmente¹²⁰. Un claro ejemplo de

¹¹⁷ RIVAS RAMÍREZ, Daniel, Un cambio necesario en el control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales de contenido económico, El Estado Constitucional y el Derecho Interno. ¿El Estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, 2018.

¹¹⁸ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, La naturaleza jurídica de las leyes aprobatorias de tratados y su impacto en el sistema normativo de la Constitución colombiana de 1991, El Estado Constitucional y el Derecho Interno. ¿El Estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, 2018.

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ ROBAYO GALVIS, Wilfredo, El principio de seguridad jurídica como mecanismo de control de ingreso de las obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico colombiano, El Estado

este fenómeno son las obligaciones internacionales que piden protección ambiental, los de derechos humanos y los de inversiones, que van en direcciones no solo diferentes sino contrarias.

Como resultado de esto, se propone hacer un estudio integral que incluya no solo las obligaciones internas del Estado sino las contenidas en instrumentos internacionales, como bien lo señala el profesor Robayo Galvis, cuando menciona las diferencias suscitadas entre el régimen internacional de los derechos humanos y el régimen del derecho de las inversiones, en el caso de la protección de los páramos, por ejemplo¹²¹.

Una vez hechas estas consideraciones y reflexiones, se abordará el estudio de las leyes aprobatorias de tratado de los AII celebrados entre Colombia y Suiza, Colombia y Japón y Francia y Colombia, las cuales contienen cláusulas paraguas y permiten establecer el avance en el rigor de estos controles constitucionales. En los primeros se evidenciará un vacío grande y unas referencias sin mayor impacto legal, hasta llegar a un importante cambio de precedente constitucional.

3.3 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD TBI COLOMBIA – SUIZA

En esta discusión no se aportan en principios grandes elementos de análisis, toda vez que, se presta atención a requisitos formales de construcción de la ley aprobatoria tanto en el congreso de la república como en la Corte Constitucional, como prueba de ello, es la incorporación sin mayores objeciones. Sin embargo, a diferencia de otras decisiones, se encuentra el que

Constitucional y Derecho Internacional, ¿El Estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, 2018.

¹²¹ Ibídem

parece ser el primer referente de la cláusula paraguas, aunque no se haga mención expresa de la misma.

Esta se da en la aclaración de voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, quien en su intervención sobre el capítulo de solución de controversias y la competencia que asumen los tribunales de arbitramento internacional, advierte que, estos pueden llegar a ser contrarios a lo contenido en la Constitución Política, por despojar de sus funciones la administración de justicia y afectar la soberanía nacional. Incluye además que estos mecanismos de administración de justicia son de carácter privado y que son subsidiarios.

Dentro de su argumentación establece que este carácter subsidiario desaparece cuando se incorpora la cláusula de solución de controversias, la cual establece que, una vez surtido el término de acuerdos y negociaciones sin ningún resultado satisfactorio para las partes, se activa inmediatamente la jurisdicción internacional, lo que a su juicio es abiertamente inconstitucional. Pero lo más relevante para el tema de estudio que nos convoca es lo expresado a continuación:

*“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**”¹²², negrillas y subrayas propias.*

De esta referencia del pronunciamiento del magistrado Vargas Silva, se podría establecer que hace mención a la cláusula paraguas, por citar “cualquier clase

¹²² Corte Constitucional, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-150-09.htm>

de controversias entre las partes” y su implicación frente a la vulneración del orden nacional y de derechos fundamentales. Si bien, el jurista no menciona textualmente por su nombre esta disposición normativa, los elementos que cita permiten establecer que se refiere a ella.

Este puede tomarse como el primer referente que hace la Corte Constitucional sobre la cláusula paraguas, ya que en anteriores decisiones el debate pasa de manera inadvertida con lo que concierne a esta disposición normativa. Por esta razón, resulta importante esta aclaración de voto, aunque carezca de efecto vinculante.

Con relación a la mención de vulneración de derechos fundamentales que hace el jurista, se interpreta que hacen alusión al debido proceso. Al respecto es necesario establecer que este principio y derecho constitucional es concebido en Colombia de la siguiente manera:

“En el ámbito internacional, el debido proceso se ha institucionalizado en diversos convenios y pactos que forman parte del derecho internacional de los derechos humanos. Estas normas convencionales se refieren a aspectos como los principios de legalidad, juez natural, favorabilidad y permisibilidad para el sindicado o procesado, a la obligación que corre a cargo del Estado de poner al alcance del sindicado defensores de oficio, a la prohibición de autoincriminación, al derecho de acceso a la justicia y derecho a la segunda instancia entre otros¹²³”

De esta apreciación doctrinal, se debe hacer énfasis en lo referente a los principios de legalidad y de juez natural, que, sumados a las preocupaciones expresados por el magistrado, estarían siendo trasgredidos con la activación de la cláusula paraguas.

¹²³ BERNAL PULIDO, Carlos, El Derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia.

3.4 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD TBI COLOMBIA – JAPÓN

Concomitante con lo expresado en líneas anteriores, en este All no se encuentran mayores referentes para el debate, con relación a la cláusula paraguas, sumado a esto, se evidencian serias inconsistencias en la adopción de este texto y de las obligaciones allí contenidas, entre esas, la de poner al mismo nivel ambas economías, siendo la de Japón una de las más sólidas del mundo, por otro lado, se hace mención a la protección de pre – establecimiento que se incorporó de manera atípica ya que es propia de los TLC.

En primera medida debe decirse que, debió improbarse en su totalidad el All al advertirse las serias inconsistencias que este contenía y que afectaban el interés nacional, lo cual no ocurrió y en cambio se dejaron consignados en la sentencia de constitucionalidad con aclaraciones de votos, no vinculantes para los efectos prácticos que se pretenden en este trabajo.

Un primer pronunciamiento sobre el tema se encuentra en el salvamento de voto de los magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva, en el cual advierten que se presentaron vicios de forma en la construcción de la ley aprobatoria de tratado. Lo más preocupante del salvamento de voto, se encuentra en lo referente al artículo 5 del All que versa sobre los requisitos de desempeño, el cual señala que ambas naciones gozan de igualdad de condiciones y están en capacidad de asumir igual número de compromisos, situación que a juicio de los magistrados es incomprensible por las grandes diferencias económicas que atañen a estos países entre sí.

Por su parte, la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, reitera en su aclaración de voto la decisión de haber votado afirmativamente la constitucionalidad de la ley aprobatoria de tratado, sin embargo, advierte que se requería mayor rigor para las consecuencias de orden constitucional que traería la incorporación de

estas obligaciones internacionales, También incluye en su discurso el malestar por la renuncia de la corporación de haber estudiado el estándar de protección de la NMF.

De lo expresado hasta el momento, se derivan varios interrogantes sobre el control de constitucionalidad en torno a la rigurosidad del estudio de las disposiciones normativas contenidas en el AIJ y sus implicaciones frente al interés nacional, evidenciando el incumplimiento del artículo 145 de la carta política¹²⁴. Más allá del estudio formal lo que faltó realmente fue un examen de fondo. Tampoco se discute en ningún momento el *status quo* que adquiere el AIJ de pre-establecimiento, propios de los TLC y que se caracterizan por brindar mayor protección al inversionista extranjero al momento de traer su inversión.

3.5 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD TBI COLOMBIA Y FRANCIA

Hasta antes de proferirse la sentencia C - 252 de 2019, la Corte Constitucional venía realizando un examen de constitucionalidad sin mayor rigor y sin mayores referentes de análisis, incluso, faltando a sus deberes más importantes de salvaguardar la carta política y los intereses nacionales. Con este cambio de precedente constitucional se encuentra un camino de esperanza frente a los compromisos internacionales que asume Colombia al incorporar estos AIJ y TLC con capítulos de inversión, aunque se advierte que aún falta mucho camino por recorrer.

¹²⁴ Constitución Política de 1991 - Artículo 145. El Congreso pleno, las Cámaras y sus comisiones no podrán abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente.

Uno de los mayores avances en esta materia fue que la Corte dejó de realizar un control comparativo frente a la carta política a un control sustancial sobre los efectos que traen estas disposiciones normativas contenidas en el acuerdo, así mismo, estudio uno a uno sus artículos y se fijó en las decisiones arbitrales que sobre la materia se han hecho, por último, como elemento innovador, la Corte revisó los avances que se han tenido en otras latitudes del mundo para establecer si en el país se viene haciendo de manera correcta o no la adopción de estos instrumentos internacionales¹²⁵.

Con relación a la disposición normativa contenida en el artículo 16 de este AI, se suscitaron varios debates por considerarse que su alcance pondría en riesgo los intereses nacionales, esta es la denominada cláusula paraguas, la cual figura insertada en otro estándar de protección que es aparentemente la de la NMF, se dice aparente, porque si bien cumple todos los requisitos para serlo esta tiene su desarrollo propio en el artículo 5 del acuerdo.

Sobre este controvertido artículo se recibieron varios conceptos de la academia, entre los cuales destaca, el proferido por la Universidad del Rosario, quien en su argumentación señala que esta disposición normativa hace mucho más amplio el acuerdo incluyendo obligaciones internacionales diferentes a las pactadas por las partes, así mismo, se advierte que de encontrarse un estándar más proteccionista al mencionado, incluso en otro instrumento internacional, este podría aplicarse a los inversionistas de Francia y Colombia; por otra parte, señala la Universidad Externado de Colombia que este artículo promueve la inseguridad jurídica y la pérdida de soberanía, toda vez que, es indeterminable el derecho internacional aplicable y porque se habla de

¹²⁵ SUÁREZ RICAURTE, Federico, Sentencia C-252 del 2019 de la Corte Constitucional de Colombia: Cambio de precedente en el control a los TBI, Investment Treaty News, https://iisd.org/itn/es/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/?fbclid=IwAR3kXrZB6AsWlbgVTnsviPz23ARriYNlbtmEmY_Rq3xK4rfWjclZNzLJVnw#_ftn7

estándares de protección actuales y futuros. Diana Correa, por su parte, advierte que esta norma es un híbrido de la cláusula paraguas y la NMF, señalando que esto es atípico ya que esta última tiene su desarrollo en el artículo 5 del acuerdo¹²⁶.

En este punto puede advertirse que, se reiteran las características propias de la cláusula paraguas, en especial, la de incorporarse a otro estándar de protección y pretender pasar desapercibida por las partes contratantes, por lo cual, se cuestiona si realmente esta representa la verdadera voluntad de las partes para incorporarla asumiendo todo lo que ello conlleva.

Debería existir entonces, una política económica internacional del Estado, que permita establecer primero que se está frente a esta disposición normativa y segundo, su rechazo en el proceso de incorporación, esto por considerarse inconveniente e innecesaria, para la defensa de los intereses nacionales.

Dentro de la aclaración de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido, se expone la preocupación por la ausencia de pronunciamiento de la Corte Constitucional con relación a la solución de controversias y el consentimiento para elevarlas a instancias internacionales, preguntándose el jurista que pasaría si una de las partes se negara a dar su aceptación para activar el tribunal arbitral. Por otra parte, se advierte el desconocimiento de este tribunal de justicia sobre la no existencia de precedentes arbitrales, toda vez que, cita varios laudos que no son vinculantes para terceros Estados, entre esos Colombia.

Los estándares de protección que fueron revisados con mayor rigor fueron los del Trato Justo y Equitativo (TJE), NMF y expropiación; en este caso se hizo alusión a la Cláusula Paraguas sin tener mayor desarrollo en su limitación.

¹²⁶ Corte Constitucional Sentencia C 252 de 2019.

Finalmente, se concluye en este control de constitucionalidad que las partes deberán realizar una declaración interpretativa, atendiendo los resolutivos del 1 al 7 de esta providencia, con el fin de precisar las observaciones hechas por este tribunal de justicia, así mismo, tener este pronunciamiento como referente para futuros acuerdos internacionales.

3.6 MODELO ESTÁNDAR DE NEGOCIACIÓN DE LOS TBI EN COLOMBIA

En el marco de los retos que ha asumido Colombia frente a los TBI se encuentra muy conveniente que exista un modelo estándar de negociación de estos instrumentos internacionales para el país, del cual se podrá medir su efectividad en el escenario de las futuras negociaciones con otros Estados.

De este modelo debe advertirse que no se hace alusión expresa de la cláusula paraguas, ni parece estar incorporada en la misma, sin embargo, se considera pertinente que si debería manifestarse una posición sobre esta disposición normativa y de ser posible una prohibición expresa de ella. Esto con el fin de no dejar la posibilidad de que sea incluida en el proceso de elaboración del TBI.

En el marco de la solución de controversias de manera amistosa (negociaciones) se contempla un periodo de enfriamiento que comprende 6 meses para que las partes logren encontrar mecanismos alternativos de solución de disputas, una vez cumplido este término sin que las partes logren un acuerdo podrá convocarse el tribunal de arbitramento *ad hoc*. Sobre este término establecido se sigue considerando que es un lapso muy reducido para lograr acuerdos sobre problemáticas que tienen implícita recursos importantes, por tanto, se hace el reparo para que este sea ampliado por lo menos a 18 meses.

En el documento se evidencia también, un primer interés en solucionar algunas de las preocupaciones expresadas en este trabajo académico como es el caso de que converjan varias jurisdicciones sobre una misma controversia. Para atender este particular se ha incluido en el cuerpo del modelo del TBI una disposición que corrige esta situación cerrando la posibilidad de que el accionante pueda acudir a varios tribunales de justicia. Esto se encuentra en el formulario de anexo 3 que versa sobre: *elección de vías o fork in the road*.

Otro de los aspectos relevantes se enmarca en el anexo 6 el cual contempla que las medidas que se adopten en el marco de la implementación del proceso de paz en Colombia, deberá ser aceptada por las partes, siempre que las mismas no sean arbitrarias o vayan en contravía de los intereses de los inversionistas. Esto obedece a una política de Estado que busca garantizar que el proceso de paz logre cumplir sus cometidos institucionales y del cual se predica deberá diseñar un marco normativo especial.

Sin embargo, se debe anotar que, esta estrategia de tener un marco estructural no es suficiente si no se estudia el verdadero problema de fondo, el cual tiene que ver con la conveniencia o no de tener cada vez más AII y TLC con capítulos de inversión y la manera como estos se vienen negociando.

El profesor Tole Martínez, manifiesta al respecto que el problema no es la proliferación de estos acuerdos internacionales, sino su proceso de negociación y los mercados con que se crean estas obligaciones¹²⁷. Así las cosas, se espera una construcción de una política de Estado más sólida para la construcción de estos AII y TLC con capítulos de inversión en torno a los intereses auténticos del Estado.

¹²⁷ TOLE MARTÍNEZ, Julián, La “neutralidad” de la constitución económica colombiana. ¿Cómo racionalizar la economía social de mercado con la proliferación de tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión?, El estado Constitucional y El Derecho Internacional. ¿El Estado Constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, 2018.

CONCLUSIONES

“Hablar de la mar y en ella no entrar”¹²⁸

Las cláusulas paraguas son estipulaciones normativas contenidas en los AI y TLC con capítulos de inversión que protegen de manera “amplia” a los inversionistas y la inversión que llegan al Estado receptor, frente a posibles incumplimientos que afectan el estándar del tratado. Esta elevación de categoría de la obligación ordinaria al escenario internacional resulta entonces una amplificación del derecho.

De los primeros referentes de la cláusula paraguas, puede evidenciarse una fuerte influencia económica y política en la adopción de esta disposición normativa en varios tratados internacionales, lo que lleva a cuestionar no solo su incorporación bajo estos lineamientos sino la afectación de la voluntad y del consentimiento de las partes. Piedra angular en el marco de las obligaciones internacionales.

Las recientes incorporaciones de esta cláusula no se han dado sobre hechos tan marcados de influencia y dominio, esto no quiere decir que no existan, solo que no son tan evidentes como en esas épocas. Lo cierto es que esta norma pareciera una imposición que solo beneficia a los inversionistas extranjeros provenientes de países que son fuertes en el escenario internacional y que son capaces de imponerse sobre países como los de América Latina, que aceptan complacientemente la inclusión de estas. Sin embargo, países como Venezuela, Ecuador y Bolivia ya han comenzado a rechazar estos AI y TLC

¹²⁸ Expresión extraída del Discurso leído ante la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA el día 23 de junio de 1963, en su recepción pública, por el Excmo. Sr. D. JULIO F. GUILLEN y contestación del Excmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER SANCHEZ-CANTON.

con capítulos de inversión desconociendo los foros de solución de controversias como el CIADI¹²⁹.

Una de las características más importantes de la cláusula paraguas es su manera de converger con los otros estándares de protección contenidos en los AII y TLC con capítulos de inversión, complementándolos e incluso ampliando su marco de aplicación, se encuentra que los casos más recurrentes son con los capítulos que versan sobre el Trato Justo y Equitativo, NMF, Mínimo Trato y Expropiación; en los cuales su presencia fue determinante, sin embargo, esta disposición normativa también se encuentra de manera independiente.

La razón de ser de esta situación es que la cláusula paraguas también funge como un amplificador de los estándares del tratado a los cuales se adhiere, permitiendo que asuntos que antes no alcanzaban a estar en su órbita de aplicación sean incluidos y con esto, garantizar el cometido de la protección de los intereses a favor del inversionista extranjero.

Otro cuestionamiento que se encuentra de esta cláusula paraguas versa sobre su redacción y la manera como es incursionada en el cuerpo de los AII y los TLC con capítulos de inversión, toda vez que, pareciera que quisiera ocultarse su inclusión o que la misma por lo menos pasará desapercibida, dejando un fuerte manto de duda. Se afirma esto, al encontrar el fuerte interés por no identificar plenamente esta disposición normativa en el cuerpo del tratado, incluso, adhiriéndola a otros estándares de protección. Este proceder pareciera entonces, afectar la voluntad y el consentimiento de las partes, quienes no parecen plenamente conscientes de su existencia o por lo menos

¹²⁹ Castro Peña, M. 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. *Revista Derecho del Estado*. 38 (jun. 2017), 23-66. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>

de ámbito de aplicación. La gran mayoría de los Estados que buscan excepcionar esta cláusula alegan que esta no representa el interés de elevar cualquier disputa al escenario internacional.

Se observa como en el transcurrir del tiempo se da un importante cambio de percepción sobre la cláusula paraguas, pasando de una interpretación mesurada a una interpretación amplia, generando incertidumbre sobre sus efectos e inclinando la balanza a favor de los inversionistas extranjeros quienes a partir de esta pueden alegar cualquier obligación en el escenario internacional.

Esto puede evidenciarse en los laudos arbitrales que sin duda alguna dieron un viraje a la manera como se venía interpretando este estándar, entre ellos, el caso *Sempra Energy International c. Argentina*, en el cual se concluyó que la selección de foro de un contrato no impide ni limita la jurisdicción de un tribunal de arbitramento internacional para conocer de la controversia¹³⁰; En el caso de *Eureko BV c. Polonia*, se dio una interpretación pura y simple de las palabras entendiendo que cualquier obligación obedecía a todo acuerdo legal celebrado entre las partes, incluso, los contratos. El tribunal de arbitramento de *LG&E c. Argentina*, optó por ir más allá de los contratos y estableció que la expedición o derogación de leyes que afecten la IED y al inversionista también podrán ser revisadas en el marco de la cláusula paraguas.

Decisiones que como puede verse activan el mayor marco de aplicación de la cláusula paraguas, denotando un inminente riesgo para países como Colombia, los cuales incluyeron esta disposición normativa en varios de sus AII y TLC con capítulos de inversión.

¹³⁰ *Sempra Energy International c. Argentina*.

Después de revisar varias decisiones contenidas en laudos arbitrales que se pronunciaban sobre la cláusula paraguas, pudo observarse la falta de unanimidad y el alto grado de discrecionalidad con el que cuenta el tribunal de arbitramento que conozca sobre ella, lo cual, es preocupante porque los Estados prácticamente no saben a qué se enfrentan cuando se basan las pretensiones en esta disposición normativa.

Con respecto a las pretensiones debe decirse también que, estas varían ostensiblemente según el foro en el que se discutan, si es en el escenario doméstico los perjuicios suelen tasarse proporcionalmente con el daño y existen límites establecidos para estos, si estos asuntos se ventilan en tribunales de arbitramento internacional se incrementan ostensiblemente los valores ya que no se tienen en cuenta los principios de proporcionalidad de la sanción o pena, sino que se protege la expectativa legítima, argumento que le permite al inversionista solicitar valores exorbitantes.

En el caso colombiano, aunque no se ha alegado ni han prosperado las pretensiones basadas en esta norma, lo cierto es que el peligro no se ha mitigado, por el contrario, y con base en la experiencia internacional, se tiene un alto grado de riesgo de elevar disputas nacionales a escenarios internacionales y como es bien sabido, estos foros de solución de controversias son muy benévolo con los intereses particulares de los inversionistas¹³¹. En realidad, no se justifica asumir estos riesgos y mucho más cuando estos AII y TLC con capítulos de inversión ya son lo suficientemente proteccionistas, por esta razón, se reitera la necesidad de repensar los acuerdos internacionales suscritos y vigentes y los que vienen.

¹³¹ SUÁREZ RICAURTE, Federico, Sentencia C-252 del 2019 de la Corte Constitucional de Colombia: Cambio de precedente en el control a los TBI, Investment Treaty News, https://iisd.org/itn/es/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/?fbclid=IwAR3kXrZB6AsWlbgVTnsviPz23ARriYNIbtmEmY_Rq3xK4rfWjclZNzLJVnw#_ftn7

Sin embargo, no todo son retrocesos, existen avances que, aunque no son definitivos si llevan a pensar en que se está adquiriendo algún grado de conciencia sobre estos temas. La Corte Constitucional en su reciente pronunciamiento sobre el AIJ de Colombia y Francia planteó unos elementos importantes en torno a la interpretación de este instrumento internacional y la forma como se vienen adoptando, así mismo, exigió la realización de una declaración interpretativa, lo cual es un primer referente de muchos que se deben ir adoptando. Se requiere avanzar en la construcción sólida de una política económica internacional que defina unos parámetros mínimos y básicos para negociar acuerdos internacionales, no basta con un modelo estándar de TBI.

Con relación a la defensa jurídica del Estado, surgen varios interrogantes de cómo se están interpretando los avances o los retos que hay sobre la materia, se dice esto, ya que el gobierno nacional celebra la última decisión del CIADI en el caso Glencore y Prodeco contra Colombia, en el cual se condenó al país al pago de 19,1 millones de dólares, más los costos de procedimientos, defensa e intereses sobre ambas cantidades, sin prosperar las pretensiones secundarias que oscilaban entre los 600 millones de dólares, lo cual parece satisfactorio pero que en realidad es una alerta de lo que puede seguir ocurriendo. Si se observa con rigor este laudo arbitral, gran parte de la defensa del Estado consistió en explicarle a un tribunal de arbitramento internacional la razón de ser y existir de la CGR y su importancia en el ordenamiento jurídico interno, como si se hubiese perdido por completo la soberanía y la libre auto determinación de los pueblos.

Por las razones esgrimidas, se considera inconveniente que Colombia firme nuevos AIJ y TLC con capítulos de inversión y renueve los existentes, es más, debería abrirse el debate nacional en torno a la posibilidad de denunciar los existentes. Ya se ha logrado establecer que la llegada de la IED no obedece necesariamente al número de acuerdos internacionales firmados, aparte, bajo estas condiciones resulta peligroso mantenerlos.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, La naturaleza jurídica de las leyes aprobatorias de tratados y su impacto en el sistema normativo de la Constitución colombiana de 1991, El Estado Constitucional y el Derecho Interno. ¿El Estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, 2018.

AUST, Anthony, PACTA SUNT SERVANDA, Oxford Public International Law.
<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1449>

AUST, Anthony, PACTA SUNT SERVANDA, Oxford Public International Law.
<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1449>

BERNAL PULIDO, Carlos, El Derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia.

CASTAÑO Juliana, GALEANO Paola, Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del estado colombiano? EAFIT, Colombia.

COURTIS, Christian, OBSERVAR LA LEY, Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, El marco teórico en la investigación jurídica, SARLO, Oscar, página 177, 178 y 179.

Derecho a la Carta, podcast 336 - CASO GLENCORE Y PRODECO vs COLOMBIA, Universidad Externado de Colombia.

DERECHO A LA CARTA, PODCAST, 331 - EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL TRATADO DE LIBRE INVERSIÓN ENTRE COLOMBIA Y FRANCIA, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Dolzer and Schreuer, Principles of International Investment Law, University of Oxford, capítulo VII, página 166.

DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete, Bilateral Investment treaties the international center for settlement of investment disputes.

EAFIT, Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del estado colombiano? January - June 2011 Colombia | Vol.2, 01.

GAMBOA MORALES, Nicolás, “Algunas consideraciones sobre antecedentes y evaluación arbitral de la cláusula paraguas”, Revista Brasileira de Arbitragem, 2009.

GARCIA ORJUELA, Carlos, Senador de la República de Colombia. Ponencia presentada al Congreso por el durante los debates sobre el Tratado de Libre Comercio, agosto de 2005, COMPETENCIAS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, EN MATERIA DE TRATADOS INTERNACIONALES PROCEDIMIENTO Y CARACTERISTICAS DE LA APROBACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, ¿Cuándo Pacta es Servanda? Las cláusulas paraguas en arbitraje de inversión, Universidad Autónoma de México.

International Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries, article 4.

KOSACOFF, Bernardo, Crisis, recuperación y nuevos dilemas La economía argentina 2002-2007

MEREMISKAYA, Eliana, La Cláusula Paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos, Revista Internacional de Arbitraje, julio a diciembre de 2009.

RAMÍREZ HERRERA, Viviana, The surprising effects of the most favored nation clause (MFN) in regards to foreign investment (a study of the jurisprudence of the International Center for Settlement of Investment Disputes –ICSID-, página 42.

REINISCH, August. “Umbrella Clauses”. Seminar on International Investment Protection, 2006/2007.

RIVAS RAMÍREZ, Daniel, Un cambio necesario en el control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales de contenido económico, El Estado Constitucional y el Derecho Interno. ¿El Estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, 2018.

ROBAYO GALVIS, Wilfredo, ¿El Estado Constitucional en Jaque? El principio de seguridad jurídica como mecanismo de control de ingreso de las obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico colombiano, páginas 160 y 161.

ROBAYO GALVIS, Wilfredo, El principio de seguridad jurídica como mecanismo de control de ingreso de las obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico colombiano, El Estado Constitucional y Derecho Internacional, ¿El Estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, 2018.

SCHREUER, Christoph, Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral, Revista Nº 5 Jul.-Dic. 2006, Legis.

SEGURA ESPAÑA, María Beatriz, ¿Un incentivo para la inversión extranjera directa? Revista de derecho privado Universidad de los Andes – María Beatriz Segura España – 2014 pág. 12 a la 14.

SINCLAIR, Anthony. "The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Núm. 4, página 36 y ss. Agosto 2005.

SINCLAIR, Anthony. "The relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration: Contractual Claims, Courts and Bilateral Investment Treaties." *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Walde Vol 2 Núm. 4, agosto 2005.

SOMMER, C. La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentino. *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Universidad del Rosario. Vol. 6, 2014, 95-130. *El Paso Energy International Co. vs. Argentina*, Caso CIADI n.º Arb/03/15, Laudo del 27 de abril de 2006, pár. 82.

SUÁREZ DÁVALOS, Leyre, La Cláusula Paraguas bajo el Derecho de las Inversiones como Mecanismo de Integración y Generación de un Derecho Administrativo Global, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Quito, noviembre de 2011, página 8 y 9.

SUÁREZ DÁVALOS, Leyre, La Cláusula Paraguas bajo el Derecho de las Inversiones como Mecanismo de Integración y Generación de un Derecho Administrativo Global, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Quito, noviembre de 2011.

TOLE MARTÍNEZ, Julián, La "neutralidad" de la constitución económica colombiana. ¿Cómo racionalizar la economía social de mercado con la proliferación de tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión?, *El estado Constitucional y El Derecho Internacional. ¿El Estado Constitucional en jaque?* Universidad Externado de Colombia, 2018.

TOLE MARTÍNEZ, Julián, Solución de Controversias en los TLC, aportes del derecho de la OMC, página 200.

WÄLDE Thomas, "The Umbrella Clause in the Investment Arbitration: A comment on Original Intention and Recent Cases". *Transnational Dispute Management*. Thomas W. Wälde Vol. 1 Núm. 4, Octubre 2004.

WÄLDE Thomas, The Journal of World Investment and Trade, Vol. 6 No 2, April 2005, Geneva.

WEISSENFELS, Alex, UMBRELLA CLAUSES, Seminar on International Investment Protection.

DOCUMENTOS EN INTERNET

BANDRÉS DE LUCAS, Jaime, Universidad Rey Juan Carlos Martínez, Umbrella clauses: uncertain contract protection under IIAS1, GCG GEORGETOWN UNIVERSITY – UNIVERSIA, Enlace: <https://gcg.universia.net/article/viewFile/1882/1930>

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3769/1/S2010545_es.pdf

CASTRO PEÑA, M. N. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017, pp. 23-66. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>

DORÍN, Noelia Giselle, Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional. DOI: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/derecho-internacional-publico-noelia-dorin.pdf>

GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria. La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 12: 85-120, January-December 2019. DOI: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429558483004/index.html>

MONARDES V., Rodrigo. *Las cláusulas paraguas en los acuerdos internacionales de inversiones* [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2009 [Fecha consulta: 1 de marzo 2018]. Disponible en < <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/110985>>

PAREDES M, Jorge G, LA BREA Y PARIÑAS”, AN ANCIENT AND COMPLICATED CONTROVERSY IN PERUVIAN HISTORY, páginas 17 y ss., Lima, Perú. <http://www.alberdi.de/Brea-Parinas-Paredes.pdf>

SCHREUER, Christoph, Investments, International Protection, página 40, párrafo 80. https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf

SUÁREZ RICAURTE, Federico, Sentencia C-252 del 2019 de la Corte Constitucional de Colombia: Cambio de precedente en el control a los TBI, Investment Treaty News, https://iisd.org/itn/es/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precendent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/?fbclid=IwAR3kXrZB6AsWlbgVTnsviPz23ARriYNIbtmEmY_Rq3xK4rfWjclZNzLJVnw#_ftn7

YANNACA-SMALL, K. (2006), “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>

YANNACA-SMALL, Katia. Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT, OECD 2006. Enlace: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf

INSTITUCIONES INDEPENDIENTES

BBC News, La CIA admite su intervención en golpe de Estado en Irán en 1953, 20 agosto 2013, https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2013/08/130820_ultnot_cia_iran_am

PETERSON, L. Bilateral Investment Treaties and Development Policy Making. International Institute for Sustainable Development; disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2004/trade_bits.pdf

INSTITUCIONES DEL ORDEN NACIONAL

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, Balance de Gestión 2018, página 26.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, Respuesta derecho de petición 20191030178881-OAJ fecha de radicado 12-09-2019.

Constitución Política de 1991.

ALCALDÍA DE BOGOTÁ, RECOMENDACIONES DE BOGOTÁ PARA LA NEGOCIACIÓN DE UN TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS, Colección Competitividad, Inversiones.

Corte Constitucional Sentencia C 252 de 2019.

Corte Constitucional Sentencia C 551 de 2003, Corte Constitucional.

Discurso leído ante la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA el día 23 de junio de 1963, en su recepción pública, por el Excmo. Sr. D. JULIO F. GUILLEN y contestación del Excmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER SANCHEZ-CANTON.

GARCIA ORJUELA, Carlos, Senador de la República de Colombia. Ponencia presentada al Congreso por el durante los debates sobre el Tratado de Libre Comercio, agosto de 2005, COMPETENCIAS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, EN MATERIA DE TRATADOS INTERNACIONALES PROCEDIMIENTO Y CARACTERISTICAS DE LA APROBACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, Acuerdos Internacionales de Inversión Vigentes en Colombia.

Respuesta a derecho de petición de carácter particular por parte de la Corte Constitucional colombiana de fecha 29 de mayo de 2018.

LAUDOS ARBITRALES

Caso CIADI No. ARB / 01/13 SGS Société Générale de Surveillance SA (Demandante) versus República Islámica de Pakistán (Demandado) 2001.

Caso CIADI Noble Ventures, Inc. v. Rumania.

Caso de Fedax NV c. República de Venezuela basada en el TBI entre los Países Bajos y la República de Venezuela, discutido en el CIADI.

Caso Glencore y Prodeco v Colombia.

El Paso Energy International Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/15) 2003.

Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3) 2001.

Eureko B.V. v. Republic of Poland 2003.

Eureko BV c. Polonia.

Joy Mining Machinery Limited (CLAIMANTS) and The Arab Republic of Egypt (RESPONDENT) (ICSID Case No. ARB/03/11) 2004.

Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc.v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1

Salini Costruttori SPA y Italstrade SPA c. El Reino Hachemita de Jordania.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/02/6) 2002.

SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. Pakistan, ICSID case No ARB/01/13, decision on Jurisdiction, 6 August 2003, 18 ICSID rev- F.I.L.J. 307 (2003).

Silverport América c. Federación de Monterroso.

ORGANISMOS INTERNACIONALES

CIADI, CARGA DE CASOS DEL CIADI — ESTADÍSTICAS EDICIÓN 2019-2, página 11. [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(Spanish).pdf)

CIADI, CARGA DE CASOS DEL CIADI — ESTADÍSTICAS EDICIÓN 2019-2, página [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(Spanish).pdf)

CIADI, Informe Anual 2018, página 11.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO EL PAPEL DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN EN LA ATRACCIÓN DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA HACIA LOS PAÍSES EN DESARROLLO, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, Ginebra y New York, 2009. Página 10.

Convención de Viena de 1969, derecho de los tratados.

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2018ICSIDAnnualReport.SPA.pdf>

https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2018_overview_es.pdf

https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2018_overview_es.pdf

https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

UNCTAD, Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2018 La inversión y las nuevas políticas industriales, página 21.

UNCTAD, Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el Desarrollo Sostenible 2015.

UNCTAD, IIA Mapping Project, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>

UNCTAD. (2018). *World investment report: Investment and new industrial policies*. UNCTAD: Geneva. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf