

# ¿QUÉ SON LAS ‘UMBRELLA CLAUSES’ EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN?

Jaime Andrés Nieto Criado

## I. Introducción.

Este artículo tiene por objeto abordar el concepto de *‘umbrella clauses’*, anotando de antemano que es uno de los términos más importantes y a la vez más polémicos, en el marco del arbitraje de inversión. Para el efecto, se propone presentar la definición del concepto, así como precisar su utilidad e importancia, seguido de una breve reseña histórica de su origen, para continuar con la explicación de sus efectos de cara al arbitraje de inversión; posteriormente, se presenta una reseña de las decisiones arbitrales más relevantes sobre esta materia, para finalizar con una crítica respecto de la redacción de estas cláusulas y las conclusiones del artículo.

## II. ¿Qué son las ‘umbrella clauses’?

Es probable que, al acercarse a un libro, artículo de investigación científica o laudo, relacionado con el arbitraje de inversión, el lector encuentre que se hace referencia a este concepto, en ocasiones también denominado “*mirror effect*”, “*elevator*”, “*parallel effect*”, o simple y llanamente “*pacta sunt servanda clause*” (Gazzini & Radi, 2016).

La cláusula *umbrella*, paraguas o sombrilla, es una estipulación generalmente incorporada en tratados bilaterales de inversión (TBI’s) y en algunos capítulos de inversión de tratados de libre comercio (TLC). Aunque su alcance, como se verá adelante, depende de su redacción, en términos generales, a través de estas cláusulas, los estados contratantes acuerdan elevar, al nivel de obligación internacional, cualesquiera otras obligaciones a las que eventualmente se comprometa el estado receptor de inversión, respecto de los inversionistas del otro estado contratante, o sus inversiones (Siwy, 2016).

Por ejemplo, el artículo 7(2), del Acuerdo de Promoción y Protección recíproca de inversiones suscrito entre Alemania y Perú, incorpora la siguiente cláusula:

*“Cada parte contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra parte contratante en su territorio”*

Por su parte, el Reino de Dinamarca suele incorporar la siguiente cláusula, o una similar, en los tratados bilaterales de inversión que suscribe (Yannaca, 2006):

*“Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Contracting Party”.*

En consecuencia, al incorporar este tipo de cláusulas, se entiende que el tratado **cobija** o **cubre** (de ahí el término *umbrella*), la protección de las obligaciones que el estado receptor de la inversión adquiere con los inversionistas del otro estado. De esta manera, por ejemplo, la transgresión de un contrato celebrado entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, en principio, no implicaría solamente la violación del contrato, sino el incumplimiento del tratado.

Al respecto, el profesor Emmanuel Gaillard comentaba sobre las cláusulas *umbrella*:

*“An historical examination of the origins of observance of undertakings clauses – clauses with a mirror effect– shows in the clearest manner that the intention of States negotiating and drafting such clauses is to permit a breach of contract to be effectively characterized as the breach of an international treaty obligation by the host state. The effect of the clause is to reflect at the level of international law what is analyzed at the level of applicable private law as simple contractual violation”* (Yannaca, 2006, pág. 8).

En principio, el concepto de *‘umbrella clauses’* parecería sencillo. Sin embargo, como se verá adelante, la cláusula *umbrella* tiene múltiples efectos con mayores complejidades y dificultades interpretativas. No obstante, antes de entrar en detalle al respecto, resulta pertinente conocer, al menos someramente, el origen de esta cláusula en el arbitraje internacional.

### III. Origen de las *‘umbrella clauses’*

Los cambios políticos y económicos en los países, sean estos desarrollados o en vías de desarrollo, son inevitables y hacen parte regular del proceso histórico de cada sociedad y pueblo. Con el fin de la segunda guerra mundial, aprovechando los procesos de reconstrucción de las potencias coloniales y la lógica bipolar de la guerra fría, una ola de independencias y revoluciones tuvo lugar en diferentes partes del globo, particularmente en África y el Medio Oriente, en donde el sentimiento panarabista y nacionalista floreció.

El caso de Irán es particularmente relevante, pues es comúnmente aceptado en la literatura relacionada con el arbitraje de inversión que fue en este país en el que el término '*umbrella clause*' tuvo su génesis (Sinclair, 2004).

Desde 1908, la *Anglo-Iranian Oil Company-AIOC* (denominada hoy *British Petroleum*) obtuvo una concesión para la exploración y explotación de petróleo en Irán. A partir de 1913, y a raíz de una iniciativa de un joven Winston Churchill, el Gobierno Británico inyectó dos millones de libras en la empresa, obteniendo un porcentaje mayoritario en las acciones de la compañía. Desde entonces, la influencia británica en la monarquía iraní y la política del país sería palmaria, a pesar de que, estrictamente hablando, Irán no era colonia o protectorado británico (Mohaddes & Pesaran, 2012).

Sin embargo, a raíz de las protestas de marzo de 1951 y el asesinato del Primer Ministro Iraní Ali-Razmará, el Shah, cediendo a la presión popular, designó como Primer Ministro a Mohammad Mosaddeq, quien era abiertamente partidario de los procesos de nacionalización, y procedió, a su inmediata designación, a nacionalizar la exploración y explotación de petróleo en el país (Sinclair, 2004, pág. 415).

A la postre, el gobierno de Mossadeq no duró. En 1953, un golpe de estado respaldado por Estados Unidos y Gran Bretaña, depuso el gobierno nacionalista, poniendo en su reemplazo al General Fazlollah Zahedi, quien era partidario del régimen del Shah y de los intereses británicos y americanos en el país. Por esta razón, el General se mostraba proclive a arreglar las diferencias existentes entre, por una parte, el gobierno iraní o su compañía administradora de los activos petroleros (National Iranian Oil Company-NIOC) y, por otra parte, la AIOC o el gobierno británico (Sinclair, 2004).

Elihu Lauterpacht, asesor de la Anglo-Iranian Oil Company, previendo el riesgo inminente de un nuevo proceso de nacionalización, aconsejó en 1954 a la AIOC y al gobierno británico que al eventual acuerdo para zanjar sus diferencias, se sumara la suscripción de un tratado

*umbrella* (“*umbrella treaty*”), por virtud del cual se pactara, expresamente, que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión petrolera o el arreglo al que llegaran las partes, implicaría una transgresión del tratado y del derecho internacional, generando en consecuencia la responsabilidad internacional de Irán, incluso facultando al gobierno británico para acudir a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia:

*“The idea that any contract made between, on the one hand, the Company and such other oil companies as may be concerned in the settlement, and NIOC and/or the Iranian Government on the other, shall be incorporated or referred to in a treaty between Iran and the United Kingdom in such a way that a breach of the contract or settlement shall be ipso facto deemed to be a breach of the treaty”* (Sinclair, 2004, pág. 415).

Si bien la propuesta de Lauterpacht no fue adoptada, la idea caló en los ámbitos académicos. En 1959, un grupo de abogados y banqueros germanos, bajo la dirección de Hermann Abs y el británico Hartley Shawcross, publicó un proyecto de convención, denominado *Convention on Investments Abroad*, en el que se propuso, por primera vez, el texto de una ‘*umbrella clause*’:

*“Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other Party”* (Sinclair, 2004, pág. 416).

Finalmente, también en el año de 1959, el primer Tratado Bilateral de Inversión, suscrito entre la República Federal Alemana y Pakistán (Footer, 2017), incorporaba en su texto y, por primera vez en un tratado internacional, una ‘*umbrella clause*’:

*“Each Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party”* (Sinclair, 2004, pág. 417).

A partir de entonces, las cláusulas *umbrella* son una estipulación de regular análisis en el arbitraje de inversión, a pesar de que no necesariamente se encuentran tan generalizadas como suele creerse:

*“It is estimated that, of the 2500 or more BITs currently in existence approximately forty per cent contain an umbrella clause. Treaty practice of States does not point to a uniform approach to the treatment of these clauses. While Switzerland, the Netherlands, the United Kingdom and Germany, often include umbrella clauses in their BITs, France, Australia and Japan include umbrella clauses in only a minority of their BITs. Of 35 French BITs examined, only 4 contain an umbrella clause while only 5 out of 20 Australian BITs and 2 of the 9 Japanese BITs examined. Canada is the only OECD member state examined in this study which has never included an umbrella clause in its BITs”* (Yannaca, 2006, pág. 5).

#### **IV. Consecuencias del efecto elevador en las ‘umbrella clauses’:**

El arbitraje internacional de inversión es un escenario de responsabilidad internacional del Estado. En efecto, los TBI's suelen incorporar cláusulas de solución de controversias, por virtud de las cuales remiten a un tribunal arbitral internacional la resolución de un conflicto derivado de la interpretación, ejecución o incumplimiento de un tratado. Es una cuestión de derecho internacional.

Al respecto, suele reiterarse en diversas decisiones de tribunales internacionales, que la responsabilidad de un Estado depende de la confluencia de dos elementos, a saber: a) un hecho atribuible al Estado según el derecho internacional, el cual, a su vez, b) configure una violación de una obligación internacional del Estado (Feit, 2012).

Tratándose del arbitraje de inversión, se debe distinguir entre el tratado internacional suscrito entre dos Estados como sujetos de derecho internacional y el acuerdo de inversión suscrito entre el Estado receptor de la inversión, y el inversionista extranjero.

En principio, el incumplimiento del acuerdo o contrato de inversión por parte del Estado receptor de la inversión no implica la configuración de un hecho internacionalmente ilícito y, por tanto, no da lugar a la responsabilidad internacional del Estado (Siwy, 2016). Por esta razón, la jurisprudencia arbitral distingue entre reclamaciones derivadas de un tratado

(*treaty claims*) y reclamaciones derivadas de un contrato (*contract claims*) (Agirrezabalaga, 2009).

En principio, un tribunal arbitral constituido por virtud de un tratado bilateral de inversión solo es competente para pronunciarse respecto de reclamaciones derivadas del tratado (*treaty claims*):

*“It is well established under international law that the conclusion of a contract by a State does not create any legitimate expectations of the investor protected by international law that the State will perform its obligations”* (Siwy, 2016, pág. 211).

Sin perjuicio de lo anterior, es posible encontrar múltiples decisiones arbitrales, en los que los tribunales han reconocido que la violación de un contrato o acuerdo de inversión por parte del Estado, puede configurar un hecho internacionalmente ilícito y, en consecuencia, dar lugar a la responsabilidad del Estado. Lo anterior puede suceder con ocasión del a) ejercicio del *iure imperii* por parte del Estado y b) la existencia de una *umbrella clause*. (Siwy, 2016).

#### **a) Ejercicio del *iure imperii*:**

De acuerdo con algunos laudos, una de las circunstancias en la que el incumplimiento del contrato por parte del Estado receptor de la inversión puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado, ocurre, cuando dicho accionar del Estado obedece a una actuación de *iure imperii*, esto es, un acto de autoridad pública, ejecutado por el Estado en ejercicio de su poder soberano y no simple y llanamente como parte contractual:

*“In order that the alleged breach of contract may constitute a violation of the BIT, it must be the result of behaviour going beyond that which an ordinary contracting party could adopt. Only the State in the exercise of its sovereign authority (‘puissance publique’), and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT. In other words, the investment protection treaty only provides a remedy to the investor where the investor proves that the alleged damages were a consequence of the behaviour of the Host State acting in breach of the obligations it had assumed under the treaty”* (*Impregilo vs. Pakistan* - CIADI No. ARB/03/3).

## **b) Existencia de una ‘umbrella clause’:**

Otro escenario en el que el incumplimiento de un contrato puede dar lugar a una reclamación derivada de un tratado (*treaty claim*), al menos de forma preliminar, es el evento en el que se ha pactado la ‘umbrella clause’.

En este punto, se puede percibir más fácilmente el trascendental efecto de la ‘umbrella clause’: si las obligaciones de los contratos se elevan al nivel del tratado, su transgresión podría constituir un hecho internacionalmente ilícito (pues es una violación del tratado mismo) y, en consecuencia, extender *ratione materiae* el alcance de la jurisdicción del tribunal arbitral a las ‘contract claims’:

*“The main questions have focused on whether such tribunals can hear claims based on the breach of a contract as a preliminary question to determining a breach of a treaty, the jurisdiction of treaty-based tribunals to hear claims for the breach of contracts not amounting to breaches of international law and the relevance of contractually agreed dispute resolution provisions”* (Siwy, 2016, pág. 210)

Aunque esto parecería claro, la interpretación de las ‘umbrella clauses’, por parte de los tribunales arbitrales, no ha sido siempre pacífica, y ha dado lugar a diversas posiciones jurisprudenciales respecto de su función y alcance, en especial, cuando en los acuerdos de inversión se ha pactado una cláusula de elección del foro (*forum selection*) que remite las disputas derivadas del contrato a un juez o tribunal doméstico del Estado receptor de la inversión.

En ese sentido, las decisiones arbitrales han intentado conciliar la intención de los Estados, incorporada en las ‘umbrella clauses’, con las cláusulas de elección del foro pactadas en los acuerdos de inversión individualmente considerados.

## **V. Principales decisiones arbitrales en relación con las ‘umbrella clauses’:**

Aunque, como se mencionó anteriormente, desde 1959 las ‘umbrella clauses’ ya eran incorporadas en tratados internacionales, no fue sino hasta 2001, cuando por primera vez un tribunal abordó en detalle el alcance y contenido de esta estipulación. Al resolver el pleito entre la *Société Générale de Surveillance* (SGS) vs Pakistán, el Tribunal concluyó:

*“Disputes arising from claims grounded on alleged violation of the BIT, and disputes arising from claims based wholly on supposed violations of the PSI Agreement, can both be described as ‘disputes with respect to investments’, the phrase used in Article 9 of the BIT. That phrase, however, while descriptive of the factual subject matter of the disputes, does not relate to the legal basis of the claims, or the cause of action asserted in the claims. In other words, from that description alone, without more, we believe that no implication necessarily arises that both BIT and purely contract claims are intended to be covered by the Contracting Parties in Article 9” (SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Pakistan - CIADI No. ARB/01/13).*

De acuerdo con esta decisión, que en múltiples oportunidades ha sido señalada de limitada o restrictiva, a pesar de haberse pactado la cláusula *umbrella*, se consideró que las ‘*contract claims*’ alegadas por SGS, no podían convertirse en ‘*treaty claims*’ y, por tanto, la competencia del tribunal *rationae materiae* no podría extenderse a aquellas. El tribunal estimó que los efectos de las ‘*umbrella clauses*’ son de tal calibre para los Estados receptores de inversiones, que debía ser ignorada, salvo que se probara que, en efecto, había una clara intención recíproca por cada parte contratante, de permitir que las ‘*contract claims*’, pudieran alegarse como ‘*treaty claims*’, lo cual, según el tribunal, en este caso no ocurría.

Esta posición fue ampliamente criticada por la academia y por posteriores tribunales arbitrales, pues en esencia, al interpretar la ‘*umbrella clause*’ de esa manera, el tribunal la dejaba sin efecto, transgrediendo con ello la regla de efecto útil aplicable a la interpretación de los tratados, dispuesta tácitamente por la Convención de Viena de 1969 (Sisi, 2019).

No obstante, en el laudo SGS vs Filipinas, el tribunal expresamente se aparta de la posición asumida por el tribunal de SGS vs Pakistán, para en su lugar, concluir que, contrario a lo afirmado por el laudo SGS vs Pakistán, a través de una ‘*umbrella clause*’ sí se elevan las ‘*contract claims*’ al nivel de ‘*treaty claims*’, razón por la cual el tribunal sí tendría competencia *rationae materiae*, para decidir el asunto. Sin embargo, tomando en cuenta que en el dicho caso, el acuerdo de inversión suscrito entre la SGS y Filipinas pactaba expresamente una cláusula *forum selection*, la cual remitía a los tribunales domésticos filipinos las disputas derivadas del contrato, el Tribunal suspendió el procedimiento hasta que el juez natural del



contrato se pronunciara sobre su presunto incumplimiento, pues el hecho de tener jurisdicción para conocer las *'contract claims'* como si fueran *'treaty claims'*, no era causa suficiente para dejar sin efecto la cláusula de elección del foro, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes del contrato habían acordado. Como consecuencia de lo anterior, el tribunal SGS vs Filipinas estimó que la cláusula de elección del foro suscrita por las partes daba lugar a la inadmisión de las reclamaciones del inversionista (*Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas* - CIADI No. ARB/03/11).

A partir de estos laudos, múltiples decisiones se han dictado, en uno y otro sentido, pues, como se indicó al inicio de este documento, la interpretación de una cláusula dependerá, esencialmente de la forma en la que esta fue redactada. Tomando en consideración que el arbitraje de inversión es difuso y no existe un tribunal de cierre o de unificación jurisprudencial, es posible que sobre cláusulas relativamente similares existan interpretaciones disímiles.

## **VI. La redacción de las *'umbrella clauses'***

Tratándose de tratados internacionales, al igual que al analizar la redacción de un contrato, se debe prestar especial atención a sus palabras, sus vacíos y sus silencios. Después de todo, en este tipo de acuerdos es tan importante lo que se dice, como lo que no se dice. Para evitar la incertidumbre interpretativa, resulta necesario que los encargados de la política y el comercio exterior asuman un papel protagónico y no simplemente una actitud pasiva en la redacción y negociación de estas cláusulas.

Por ejemplo, no es lo mismo que una *'umbrella clause'* proteja las “obligaciones asumidas por un Estado”, a que proteja las “obligaciones contractuales de un Estado”, o que proteja “las obligaciones asumidas por escrito por un Estado”. En efecto, una palabra de más o de menos puede ser vital al momento de interpretar el alcance y aplicar un tratado. El lenguaje y las palabras tienen poder y es deber de quienes participan en la negociación de acuerdos internacionales tomar en consideración estas circunstancias, para proteger, en la mayor medida posible, los intereses de un Estado (Sisi, 2019).

Tal vez por esta razón Colombia asume una posición expresamente celosa respecto de las ‘*umbrella clauses*’, tal como se observa en el texto de los tratados bilaterales de inversión suscritos por nuestro país, que a la fecha se encuentran vigentes y tal como fue mencionado en el reciente laudo arbitral *Glencore vs Colombia*:

*“Respondent submits that it is a matter of policy for Colombia to exclude umbrella clauses from the scope of its consent to arbitrate, so as to avoid extending the jurisdiction of an international investment tribunal over claims arising out of contract breaches”. (Glencore vs. Colombia – CIADI No. ARB/16/6).*

## **VII. Conclusiones**

El debate alrededor de las cláusulas *umbrella* es uno de los más profusos en el arbitraje de inversión. La discusión alrededor de estas cláusulas tuvo sus raíces con ocasión de la inestabilidad política y los procesos de nacionalización adelantados a partir de la segunda mitad del Siglo XX. Las ‘*umbrella clauses*’, permiten, en principio, que una ‘*contractual claim*’, pueda elevarse como ‘*treaty claim*’, permitiendo la extensión de la competencia de los tribunales internacionales *rationae materiae*. Sin embargo, su interpretación y alcance no ha sido pacífico en la jurisprudencia arbitral, ante lo cual resulta pertinente reforzar las habilidades de los encargados de la política y comercio exterior de los países, con el objeto de lograr negociar y redactar cláusulas que disminuyan el riesgo de interpretación ambigua e incertidumbre frente a eventuales escenarios de litigio internacional.

### **Bibliography**

- Agirrezabalaga, I. I. (2009). Contract Claims y Treaty Claims: relación entre las cláusulas *umbrella* y los acuerdos contractuales de atribución de competencia exclusiva. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 3, 797-811.
- Feit, M. (2012). Attribution and the Umbrella Clause - Is there a way out of the deadlock? *Minnesota Journal of International Law*, 21, 20-41.
- Footer, M. (2017). Umbrella Clauses and widely-formulated arbitration clauses: discerning the limits of ICSID Jurisdiction. (L. University, Ed.) *The law and practice of international courts and tribunals*, 87-107.

- Gazzini, T., & Radi, Y. (2016). Practice and Interpretation of 'Umbrella Clauses' in the Latin American experience. In A. Tanzi, A. Asteriti, R. Polanco, & P. Turrini, *International Investment Law in Latin America* (pp. 341-369). Nijhoff International Investment Law Series.
- Mohaddes, K., & Pesaran, H. (2012). One hundred years of oil income and the Iranian economy: a curse or a blessing? Cambridge, United Kingdom. Retrieved from <http://www.econ.cam.ac.uk/people-files/emeritus/mhp1/wp12/100-Iranian-Oil-27-December-2012.pdf>
- Sinclair, A. (2004). The origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection. *Arbitration International*, 20, 411-434.
- Sisi, T. (2019). The endangered Umbrella Clause: to save it or to leave it? *Journal of WTO and China*, 92-127.
- Siwy, A. (2016). Contract Claims and Treaty Claims. In C. Baltag, *ICSID Convention after 50 years* (pp. 209-226). Kluwer Law International.
- Yannaca, S. (2006). *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*. OECD Working papers on International Investment.