



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

“LAS CLAUSULAS PARAGUAS EN LOS ACUERDOS  
INTERNACIONALES DE INVERSIONES”

Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias  
Jurídicas y Sociales

Profesor Guía: Mario Ramírez N.  
Alumno: Rodrigo Monardes V.

Santiago, Diciembre 2009

## INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por objeto analizar, desde el prisma del Derecho Internacional de las inversiones, el alcance y los efectos de las denominadas cláusulas paraguas, las cuales se encuentran comúnmente en los Acuerdos Internacionales de Inversión, sean Acuerdos para la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones o sean capítulos de inversiones en el marco de un Tratado de Libre Comercio.

En primer lugar, se hará una pequeña introducción sobre los Acuerdos Internacionales de Inversión, a través de la mención de los distintos instrumentos multilaterales y bilaterales más trascendentes en materia de inversiones, tales como el Convenio de Washington que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y las Reglas de Arbitraje establecidas bajo el amparo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Fundamentalmente, se hará un análisis respecto a los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones y los Capítulos de Inversiones en el marco de un TLC, revisando sus principales disciplinas y normas de protección para la inversión extranjera, haciendo énfasis en una característica especial de esta clase de acuerdos, la que se refiere a la posibilidad que los Estados Partes en el Acuerdo le otorguen

al inversionista extranjero la facultad de recurrir ante tribunales locales o internacionales, en caso de violación de alguna de las normas contenidas en dicho Acuerdo. A través de esta disposición o facultad, se altera la regla general, en el ámbito del Derecho Internacional, que consiste en que las controversias se suscitan entre Estados, quienes son los principales sujetos de derecho internacional.

Esta característica peculiar de los Acuerdos de Inversión, reviste particular importancia tratándose de las cláusulas paraguas como lo analizaré más adelante, toda vez que éstas permiten, eventualmente, que los inversionistas protegidos por un Acuerdo de Inversión, puedan someter ante tribunales internacionales, no sólo una controversia originada por una violación de los compromisos establecidos en el Acuerdo de Inversión, sino que también se les otorga la posibilidad de someter ante tribunales internacionales, controversias basadas en una violación de algún otro compromiso adquirido por el Estado en otro instrumento, tales como autorizaciones, acuerdos o contratos suscritos con el inversionista extranjero respectivo, los que no necesariamente estén incluidos en el Acuerdo de Inversión.

En el segundo capítulo se analizará la historia y evolución de dicha cláusula en el Derecho Internacional de las Inversiones, para lo cual se revisarán distintos instrumentos internacionales que han incorporado a las

cláusulas paraguas entre sus disposiciones. Además, se examinarán las distintas opiniones legales sobre las cláusulas paraguas, de varios autores conocidos en la doctrina internacional. Entonces, trataré de establecer los elementos comunes de dichas opiniones tomando en consideración los orígenes de la cláusula y su evolución.

En el tercer capítulo, se hará una revisión de las distintas redacciones que tiene y ha tenido esta cláusula y de cómo estas redacciones distintas pueden, potencialmente, alterar la interpretación de las mismas, afectando su alcance y efectos. Especial atención tendrán los Acuerdos de Inversión suscritos por Chile, sean Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones o Capítulos de Inversión insertados en el marco de un Tratado de Libre Comercio. Al respecto se tratará de identificar la existencia o no de las cláusulas paraguas en los Acuerdos de inversión suscritos por Chile.

Posteriormente, en el cuarto capítulo, se hará un análisis de la jurisprudencia internacional que ha abordado el tema de las cláusulas paraguas, centrándose en dos casos específicos que pusieron el tema de vuelta en la discusión internacional; estos son, los casos de *SGS Société Generale de Surveillance SA* con Pakistán y Filipinas respectivamente. Sin perjuicio de revisar algunos otros laudos arbitrales que se han pronunciado al respecto.

Finalmente, trataré de dar un concepto de la cláusula paraguas y delimitaré su alcance y efectos, analizando la decisión e interpretación efectuada por los tribunales internacionales en los distintos laudos arbitrales, para luego establecer en las conclusiones de la presente memoria la conveniencia o no de incorporar dicha cláusula en los Acuerdos de Inversión suscritos por Chile.

# **CAPITULO I: LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSION**

## **1.- Consideraciones preliminares.**

Producto de la creciente globalización del siglo XXI, el comercio internacional se ha transformado en el motor principal del desarrollo económico de la región Latinoamericana. A contar de la década de los '90 se ha desarrollado, por parte de los países de nuestro continente, una creciente política de atracción de los capitales extranjeros, ya que la Inversión Extranjera Directa constituye un instrumento fundamental del desarrollo nacional y el crecimiento económico. Con ello se ha dado inicio a una verdadera competencia entre los países en vías de desarrollo, dentro de los cuales se encuentra Chile, para captar la inversión extranjera.

Dentro de los países de la región, Chile adoptó anticipadamente una estrategia de apertura a la economía internacional, la que se traduce en una participación activa en el contexto mundial a través de la suscripción de una serie de instrumentos bilaterales y multilaterales para la protección y promoción de las inversiones, rebajas arancelarias progresivas, y en general, adoptando todas las medidas tendientes a favorecer y atraer los flujos de inversión extranjera al país, asegurándole al inversionista foráneo un régimen jurídico de protección de su inversión.

A medida que se intensifican los flujos de capital extranjeros, aumentan las controversias entre inversionistas extranjeros y los Estados receptores de dicha inversión, presentándose conflictos de carácter económicos, políticos y jurídicos. Es por esta razón que es de suma importancia contar con mecanismos de solución de controversias que permitan resolver los conflictos de una manera rápida, segura y efectiva.

La primera alternativa de solución de controversias la constituyen los tribunales de justicia del país receptor de la inversión. Una segunda opción se refiere a soluciones de Derecho Internacional, las que se dividen en dos grupos: diplomáticos y jurídicos. El primero, busca la resolución de una controversia por la vía política, comprometiéndose directamente el Estado en el resultado de una gestión determinada. La solución jurídica, en cambio, busca la solución de conflictos mediante la intervención de un tercero, quien emite una decisión obligatoria sobre el fondo de la controversia. Estos son la intervención judicial y el arbitraje.

Por otra parte, si el conflicto se produce entre Estados, nos encontramos ante una controversia de derecho internacional público. A su vez, si el conflicto se presenta entre particulares nos encontramos ante una disputa de derecho internacional privado.

No obstante lo anterior, durante los últimos años, se han presentado cada vez más, conflictos de carácter mixto, entre Estados y particulares de otro Estado, dejando abierta una serie de interrogantes en cuanto a la aplicación del Derecho Internacional, toda vez que, debido a la naturaleza de la controversia, se mezclan elementos de Derecho internacional Público y Privado<sup>1</sup>.

En cuanto a la inversión extranjera, tanto en la mayoría de las leyes que la regulan, como en los acuerdos de promoción y protección de inversiones e instrumentos multilaterales, la resolución de controversias contemplan los siguientes mecanismos de solución: la negociación directa entre las partes en conflicto; la posibilidad de recurrir a los tribunales locales u organismos administrativos y; las formas de arreglo de disputas con la asistencia de una tercera parte: la conciliación y el arbitraje.

---

<sup>1</sup> Uno de los elementos más característicos ha sido la creciente aplicación de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNICTRAL por sus siglas en inglés), en los arbitrajes Inversionista – Estado. Estas reglas fueron aprobadas en el año 1976 por la CNUDMI, con el objeto de crear un régimen procesal completo, al que las partes privadas podrán hacer remisión en su acuerdo de arbitraje, para la sustanciación de las actuaciones en orden a la solución de toda controversia que surja en su relación comercial. Por lo que dichas reglas tienen un sentido marcadamente privado y desde el momento que dichas reglas comenzaron a ser aplicadas al arbitraje entre inversionistas y Estados, se le agregó un componente del Derecho Internacional Público, desconociendo si es que tales reglas podían ser o no aplicadas a los Estados.



## **2.- Solución Internacional de Controversias. Evolución Histórica**

El uso de la fuerza a través de la ocupación de los países que incumplían las obligaciones de los Estados, derivadas de los contratos celebrados con particulares extranjeros, era una medida común por parte de los países desarrollados en el Siglo XIX. En 1907, en la II Conferencia de Paz de La Haya, se suscribió el Convenio para el uso de la fuerza en el cobro de las deudas contractuales, conocido también como Convención Drago-Porter. En este tratado se limitó el uso de la fuerza a tan solo tres casos, a saber: el primero, en que el Estado deudor impugne o deje sin respuesta una oferta de arbitraje, ó, en segundo lugar, que aceptando haga imposible el establecimiento del compromiso, ó que; finalmente, después del arbitraje incumpla la sentencia dictada. Es por esta razón, el Convenio no fue suscrito por muchos países latinoamericanos.

Actualmente la Carta de las Naciones Unidas excluye y prohíbe definitivamente el uso de la fuerza para estos fines, al señalar que los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, deben abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de la Naciones Unidas.<sup>2</sup>

Paralelamente a la evolución de la protección diplomática en materia de relaciones entre Estados, se comienza a crear una serie de prácticas que permiten la participación de particulares en procedimientos arbitrales entre Estados, ya sea directa o indirectamente, y de celebrar contratos entre Gobiernos e inversionistas extranjeros, donde se establece la aplicación del derecho interno con determinadas garantías para el inversionista, o se pacta directamente la aplicación del derecho internacional.

Una expresión final de este desarrollo es la aceptación de los procedimientos de arbitraje directamente entre Estados y empresas extranjeras. En el año 1962, a través de la Resolución número 1803 la Asamblea General de la O.N.U. acordó y aceptó indirectamente la participación de particulares en estos procedimientos. Sin embargo, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de la O.N.U. de 1973, retrocedió aceptando sólo soluciones de derecho interno en la materia. Sin embargo, la Convención de Washington de 1965, fue la que estableció expresa y directamente esta posibilidad, pero cuya difusión y auge se producirían en bastante tiempo después.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Carta de las Naciones Unidas, artículo 2, párrafo 4°.

<sup>3</sup> MAYORGA Lorca, Roberto y otros, “Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias”, página 174, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.

Actualmente, es posible señalar que en derecho internacional, los medios pacíficos de solución de conflictos pueden clasificarse en dos grupos: diplomáticos y jurídicos. El primero, busca la resolución de una controversia por la vía política, comprometiéndose directamente el Estado en el resultado de una gestión determinada. Dentro de esta clase se incluyen la negociación directa, los buenos oficios, la investigación, la mediación y la conciliación. En cambio, la segunda categoría, esto es, la solución jurídica, busca la solución de conflictos mediante la intervención de un tercero, quien emite una decisión obligatoria sobre el fondo de la controversia. Estos son la intervención judicial y el arbitraje, el que a su vez puede ser institucional o ad-hoc.<sup>4</sup>

Por otra parte, si el conflicto se produce entre Estados, nos encontramos ante una controversia de derecho internacional público, donde tradicionalmente ha tenido mayor aplicación los mecanismos diplomáticos. A su vez, si el conflicto se presenta entre particulares nos encontramos de una disputa de derecho internacional privado, donde usualmente tienen mayor aplicación los instrumentos jurídicos de solución de controversias, sin perjuicio de las vías diplomáticas que puedan hacerse valer para la resolución del conflicto.

---

<sup>4</sup> POLANCO, Rodrigo “Mecanismos Jurídicos de Solución de Controversias de Inversión Extranjera en Chile y el Centro Internacional de Arreglo de diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”, página 64, Memoria de Postgrado, Universidad de Chile, Santiago, 2000.

Aunque durante los últimos años han existido comúnmente conflictos de carácter mixto, esto es, controversias entre Estados y particulares de otro Estado, en materias de gran relevancia nacional e internacional, como la inversión extranjera, se aplican para su resolución tanto medios políticos como jurídicos.

En materia de la inversión extranjera, en la mayoría de las leyes que la regulan y en los acuerdos de promoción y protección de inversiones e instrumentos multilaterales, la resolución de controversias contemplan los siguientes mecanismos de solución: en primer lugar se encuentra la negociación directa entre las partes en conflicto, en segundo lugar, está la posibilidad de recurrir a los tribunales locales u organismos administrativos y, en tercer lugar, las formas de arreglo de disputas con la asistencia de una tercera parte, como son la conciliación y el arbitraje.

### **3. Instrumentos internacionales que regulan las Inversiones**

Dentro de los instrumentos internacionales más importantes que rigen la inversión extranjera, es posible hacer una distinción preliminar entre instrumentos multilaterales e instrumentos bilaterales. Sin perjuicio de lo

anterior, cabe hacer presente que existen una serie de instrumentos tanto multilaterales como bilaterales que regulan en mayor o menor medida a las inversiones, pero que no se relacionan directamente con el objeto del estudio, tal es el caso del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio, que regula el modo 3 que se refiere básicamente a la inversión en materia de servicios y el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio de la misma Organización, que establece la prohibición de la imposición de requisitos de desempeño a las inversiones.

### **3.1. Instrumentos Multilaterales**

En materia de inversiones, los más significativos instrumentos multilaterales son: El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA<sup>5</sup>), que es una organización internacional creada al amparo del Banco Mundial, nacida en el Convenio de Seúl el 11 de Octubre de 1985. La intención de dicho organismo consiste en promover la inversión extranjera directa en los países en vías de desarrollo y economías emergentes con el objeto de mejorar las condiciones de vida de las personas y reducir la pobreza. Dicha misión es

---

<sup>5</sup> Multilateral Investment Guarantee Agency o su sigla en español OMGI, en <http://www.miga.org>

cumplida a través de la entrega de garantías a los inversionistas y apoya a los países receptores de dicha inversión, en la implementación de políticas públicas orientadas a la atracción de capitales extranjeros.<sup>6</sup>

Además, es posible señalar que en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los países más industrializados intentaron lograr un acuerdo multilateral en la materia, a través de la negociación de un Acuerdo Multilateral de Inversiones, que pretendía liberalizar las inversiones extranjeras. Aunque, tal iniciativa no fructificó, el aporte de la OCDE ha sido de suma importancia en el logro de otros acuerdos tendientes a la promoción y protección de las inversiones a nivel mundial. Cabe recordar, que dicho organismo internacional promueve la cooperación entre los gobiernos para favorecer la inversión extranjera directa a través de la suscripción de una serie instrumentos que regulan la inversión, tales como el Código de Liberalización de Movimientos de Capitales.<sup>7</sup>

Sin embargo, a mi juicio, El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, constituye el instrumento multilateral de mayor importancia en la actualidad, toda vez que vino en proporcionar un

---

<sup>6</sup> <http://www.miga.org/sitelevel2/level2.cfm?id=1069>

<sup>7</sup> [http://www.oecd.org/document/63/0,3343,en\\_2649\\_201185\\_1876671\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/63/0,3343,en_2649_201185_1876671_1_1_1_1,00.html)

mecanismo de general aceptación para solución de controversias en materia de inversiones entre Inversionistas y los Estados.

En el año 1965 es creado en Washington el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o su sigla en inglés ICSID<sup>8</sup>), entidad dependiente del Banco Mundial y su principal finalidad es facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de tal Convenio<sup>9</sup>.

El Centro tiene como principal objetivo la solución de las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.<sup>10</sup>

Dicho Centro es un ente con personalidad jurídica propia de Derecho Internacional, conformado por un Consejo Administrativo, integrado por un representante de cada uno de los Estados Contratantes y presidido por el

---

<sup>8</sup> International Center for Settlement of Investment Disputes

<sup>9</sup> Mayorga Lorca, Roberto y otros, “Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias”, página 107, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.

<sup>10</sup> Artículo 25 del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>.

Presidente del Banco Mundial. Igualmente; cuenta con un Secretariado y mantiene una lista permanente de conciliadores y árbitros.

Con todo, cabe mencionar a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), las que fueron aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1976 y cuyo objetivo es de proporcionar un moderno conjunto de reglas contractuales que fuesen aplicables a los arbitrajes ad-hoc, esto es, a los arbitrajes convenidos por las partes mismas, sin la asistencia de una institución de arbitraje. Sin perjuicio que originalmente fueron creadas para la solución de diferencias comerciales entre privados, estas reglas se aplican cada vez más, para la solución de controversias entre inversionistas y Estados.

## **3.2. Instrumentos bilaterales.**

### **3.2.1. Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPI's).**



La importancia del CIADI tiene como fundamento principal, la gran cantidad de acuerdos bilaterales para la promoción y protección de inversiones, que los países a nivel mundial han suscrito en el último tiempo.

En la década de los '50 encontramos los primeros antecedentes de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPI's). En el año 1959 se suscribe el primer APPI entre Alemania y Pakistán. A partir de esa fecha el número de acuerdos suscritos en el mundo se ha incrementado sostenidamente. Para finales de los años '80, 332 APPI's habían sido suscritos por países desarrollados y 162 países de todas las regiones del mundo suscribieron, a lo menos, uno de ellos. De esta forma, para el año 1989, 385 acuerdos se encontraban concluidos. A partir de la década de los '90, el número de APPI's se incrementó en forma sostenida en todas las regiones del mundo.

Para finales del año 1996, el total de acuerdos suscritos fue de 1.332 de los cuales 824 correspondieron a países desarrollados<sup>11</sup>. Para el año 2002<sup>12</sup> la cifra de acuerdos concluidos fue 2.181.

---

<sup>11</sup> UNCTAD. Bilateral Investment Treaties in the mid-1990. United Nations. p-10.

<sup>12</sup> World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. United Nations. p-89.

Los APPI's son acuerdos internacionales que han sido desarrollados por la práctica del derecho internacional, con el propósito fundamental de otorgar protección y certeza jurídica a la inversión extranjera.

Se perfeccionaron, en un principio, entre países desarrollados y países en desarrollo. En sus inicios, lo usual, fue que el país desarrollado presentara un modelo, altamente estandarizado, para que fuese adherido por la otra parte contratante. Sin embargo, dada la apertura económica producto de la globalización, éstos paulatinamente comenzaron a ser suscritos entre países en desarrollo, como es el caso de los acuerdos firmados por Chile con Honduras, Perú, Costa Rica, Argentina, El Salvador, etc.

A nivel mundial, hasta el año 2007 se han suscrito aproximadamente unos 1.100 acuerdos sobre la materia, de los cuales más de 800 se han negociado a partir del año 1987<sup>13</sup> y en la mayoría de tales acuerdos contemplan como mecanismo de solución de controversias aquel establecido por el CIADI.

En Chile, a comienzos de los años '90, con el regreso a la democracia, el Gobierno impulsa una política de captación de inversión extranjera a través de la suscripción de acuerdos comerciales con el mundo, como consecuencia de

---

<sup>13</sup> Véase en <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/intro.htm>

un creciente interés en apoyar al gobierno democráticamente elegido y validar la institucionalidad lograda por nuestro país.

Por otra parte, se da inicio a un proceso de expansión de capitales donde se invierte en países de la región como Argentina, Perú, Brasil y Bolivia, teniendo, como sustento, el compartir culturas organizacionales similares, la experiencia en el manejo de negocios y el conocimiento de la región, pasando de ser un receptor de inversiones, a ser un activo inversionista.

Adicionalmente, como parte de la política de apertura, en el año 1991, Chile adhirió a la Convención de Washington de 1965 que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Chile alcanzó a negociar y suscribir 52 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Sin embargo a diciembre de 2007, de los 52 suscritos sólo 37 APPI's se encontraban en vigencia<sup>14</sup>.

La protección jurídica que consagra un APPI se manifiesta en la certeza conferida al inversionista extranjero, de no ser discriminado en razón de su nacionalidad, con respecto a los nacionales del país receptor de la inversión

---

<sup>14</sup> Véase en <http://www.cinver.cl/regulaciones/acuerdosproteccion.asp?submenuheader=3>

(Trato Nacional) o con respecto a inversionistas de terceros países (Trato de Nación Más Favorecida). Esta protección se materializa de acuerdo a la legislación interna vigente al momento de la admisión de la inversión en el país receptor.

Asimismo, se les asegura a las inversiones extranjeras un trato justo y equitativo y seguridad y protección plenas, cuyo cumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión será analizado caso a caso.

Además, establecen la prohibición de realizar expropiaciones que priven, directa o indirectamente de su inversión, a un inversionista extranjero, a menos que dicha expropiación haya sido adoptada por motivos superiores como el bien común, el interés nacional, o que dicha medida no sea discriminatoria para con el inversionista extranjero. Sumado a ello, la medida adoptada, debe ir acompañada de una compensación pronta, adecuada y efectiva.

Adicionalmente, otorgan el derecho a transferir los capitales y utilidades, asegurándose la libre transferencia de los capitales provenientes del territorio del país receptor de la inversión hacia el exterior y desde el exterior hacia el territorio del país receptor de la inversión extranjera.

Finalmente, incorporan un sistema de solución de controversias, otorgando el derecho, al inversionista extranjero, de recurrir a los tribunales del Estado en cuyo territorio efectuó la inversión, o a un arbitraje internacional, por los actos o medidas adoptadas por el Estado receptor que vulneren los derechos y garantías otorgados en el APPI. Si el inversionista opta por resolver la controversia en sede arbitral, cuenta con la opción de recurrir al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o a las Reglas de Arbitraje del Centro de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). De esta manera, un tribunal arbitral imparcial, que no corresponde a la jurisdicción nacional del Estado receptor de la inversión, garantiza, ante cualquier duda de un inversionista extranjero, el debido e imparcial proceso.

### **3.2.2. Tratados de Libre Comercio**

Otro instrumento bilateral de gran importancia lo constituyen los Tratados de Libre Comercio con capítulo de inversiones. Durante los últimos años, nuestro país ha suscrito una serie de acuerdos de esta índole, dentro de los cuales podemos mencionar: El Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito con Estados Unidos, Canadá, México, Corea del Sur, Perú, Colombia y Japón.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Véase en <http://www.direcon.cl/>

En estos capítulos también se le otorga, al inversionista extranjero, el derecho de recurrir ante tribunales internacionales en caso de controversias con el Estado Parte receptor de la inversión. Por regla general, los capítulos de inversiones le confieren al inversionista, a su elección, el derecho de recurrir ante el mecanismo establecido en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales de Otros Estados (CIADI) ó su Mecanismo Complementario, bajo las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) ó cualquier otro arbitraje ad-hoc que estimen las Partes.

A diferencia de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones suscritos por Chile, en los Capítulos de inversiones se establecen reglas detalladas relativas al procedimiento de arbitraje en materia de conducción del mismo, plazos, recursos, laudos, etc. Estas disposiciones se van a aplicar en caso de solución de controversias Inversionista – Estado, sea cual sea el foro elegido para realizar el arbitraje.

En este sentido, cabe señalar que estos capítulos desarrollan en forma más detallada las distintas disciplinas que se negocian en Acuerdos de Inversión. Tales capítulos, por regla general, protegen a las inversiones antes de establecerse en el territorio de la otra Parte y además establecen

compromisos de consolidar la legislación vigente de ambas Partes relativas a inversiones, estableciendo una obligación de listar las medidas vigentes disconformes con las disciplinas negociadas en el capítulo y con el compromiso que cualquier liberalización posterior de la legislación, ésta se entiende incorporada automáticamente en el Acuerdo.

Con todo, los TLC's desarrollan y especifican las normas de protección a las inversiones. Al respecto se detallan el contenido y alcance las disciplinas de Trato Nacional, Trato de Nación más Favorecida. Establecen la obligación de otorgar un Trato Justo y Equitativo dentro de un concepto denominado Nivel Mínimo de Trato, el cual se encuentra claramente delimitado. Adicionalmente desarrolla el concepto de expropiación indirecta e incorpora nuevos elementos, no contemplados en los APPI's, tales como la disciplina de Altos Ejecutivos y Directorios, esto es la prohibición de alguna exigencia de nacionalidad para estos cargos, y la prohibición de establecer requisitos de desempeño a la inversión extranjera.

En suma, la existencia de los distintos instrumentos mencionados en el presente capítulo, ha producido un incremento de las controversias entre los inversionistas y los Estados en el ámbito del Derecho Internacional, situación que no existía antes de la creación de estos instrumentos. Es por esta razón, la cual será analizada más adelante, que es muy importante determinar cuál es el

ámbito de aplicación de la solución de controversias entre inversionistas y los Estados en tales instrumentos, es decir, cuales son los derechos otorgados al inversionista extranjero en dichos instrumentos.

La regla general, es que las cláusulas de arbitraje contenidas en tales instrumentos le confieran al inversionista extranjero la posibilidad de someter una controversia a arbitraje cuando el Estado haya violado o incumplido alguna de las disposiciones contenidas en el mismo acuerdo.

Sin embargo, en la actualidad, las cláusulas paraguas pasaron a ser un elemento primordial en materia de inversiones, ya que como veremos más adelante, estas permiten que un inversionista no sólo tenga derecho a someter una controversia a arbitraje internacional en virtud del incumplimiento de un Tratado, sino que además, permite que los tribunales internacionales tengan jurisdicción para conocer de otros asuntos o compromisos contenidos en otros acuerdos, tales como los contratos, que por aplicación de los principios generales no eran objeto de esta clase de arbitraje.



## **CAPITULO II: LAS CLAUSULAS PARAGUAS. HISTORIA, EVOLUCION Y CONCEPTO**

### **1. Generalidades.**

En el Capítulo anterior, se estableció claramente que en el marco de un Acuerdo Internacional de Inversión, el inversionista extranjero tiene el derecho a recurrir a arbitraje internacional, en caso que el Estado receptor de la inversión haya violado algunas de las disposiciones del Acuerdo de Inversión respectivo.

En este caso, la disputa entre el inversionista y el Estado tiene su origen en violaciones de normas contempladas en tales Acuerdos Internacionales de Inversiones. Por lo tanto, en principio la violación genera la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de un Acuerdo Internacional, lo que por sí sólo otorga el derecho a iniciar los procedimientos de solución de diferencias establecidos en el propio Acuerdo.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Por regla general, los Acuerdos Internacionales de Inversiones contemplan, en el marco de la cláusula de solución de diferencias entre inversionista y uno de los Estados Parte, la posibilidad de recurrir a distintos mecanismos alternativamente, a elección del inversionista. Comúnmente, estos mecanismos son los tribunales locales del Estado receptor de la inversión, por una parte, y por otra parte, el arbitraje internacional. Se debe tener presente que en muchos Acuerdos se establece que dicha elección de foro es definitiva.

Sin perjuicio de lo anterior, un gran número de estas controversias, esto es, disputas Inversionista – Estado, involucran no sólo a los Acuerdos o Tratados, sino que también a contratos entre inversionistas y el Estado, esto es, el arbitraje se fundamenta en violaciones o incumplimientos de carácter contractual efectuadas por el Estado del país receptor de dicha inversión.

El surgimiento de esta última clase de controversias en el arbitraje internacional se debe, en parte, a que muchos Estados, al suscribir contratos con inversionistas extranjeros, otorgan jurisdicción a tribunales internacionales para conocer de las disputas que se puedan originar en caso de incumplimiento de dicho contrato; dicha opción de foro se encuentra contemplada expresamente en el contrato suscrito por el Estado y el inversionista.

Ahora bien, cabe hacer presente, que un gran número de controversias se originan porque los Acuerdos de Inversión contemplan cláusulas o disposiciones que obligan a los Estados Parte del Acuerdo, a cumplir con todo tipo de obligaciones asumidas con los inversionistas de la otra Parte, quedando comprendidos, entre otros, los contratos suscritos con tales inversionistas.

En consecuencia, en estos casos, el derecho del inversionista de recurrir ante tribunales internacionales para resolver una controversia, no sólo se origina por la violación de alguna de las disposiciones contenidas en el Acuerdo

Internacional de Inversión propiamente tal, sino que ese derecho nace porque el propio Acuerdo contempla una cláusula que lo obliga a cumplir todos sus compromisos adquiridos con los inversionistas de la otra Parte del Acuerdo.

Cuando los Estados negocian esta clase de cláusulas en sus Acuerdos de Inversión, estamos en presencia de lo que se conoce en el ámbito del Derecho Internacional como cláusulas paraguas (“*umbrella clause*” en inglés), cláusula *pacta sunt servanda*, cláusula de cumplimiento de compromisos o cláusulas de inviolabilidad de contratos.

Por regla general, estamos en presencia de una cláusula paraguas en el contexto de un Acuerdo de Inversión, cuando encontramos redacciones del tipo, “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” ó alguna redacción similar.

Un análisis preliminar de dicha cláusula podría llevar a la conclusión que ésta no contiene obligaciones adicionales para los Estados Parte en un Acuerdo de Inversión, toda vez que es perfectamente argumentable que esta disposición

sería un reflejo o una expresión del principio *pacta sunt servanda*. Sin embargo, como veremos más adelante, esta cláusula tiene un alcance y efectos específicos, de acuerdo a lo señalado por la doctrina y jurisprudencia internacional.

En términos generales, las cláusulas paraguas tienen por objeto garantizarle al inversionista, la posibilidad de recurrir a tribunales internacionales por cualquier incumplimiento de parte del Estado receptor de la inversión, sea éste un incumplimiento de alguna disposición del tratado o de cualquier obligación adquirida con respecto a dicho inversionista, sea que conste en un contrato o alguna clase de acuerdo o autorización.

La importancia de la existencia de esta cláusula radica en que, históricamente, el inversionista extranjero para protegerse de ilegalidades o arbitrariedades del Estado receptor de la inversión, aparte de recurrir a los tribunales locales, tiene la posibilidad de solicitar la protección diplomática. Con todo, un Estado sólo puede ejercer el derecho a la protección diplomática si uno de sus nacionales ha sido dañado por un incumplimiento de una norma de derecho internacional. Es decir, mientras un Estado, en este caso el Estado receptor de la inversión, no incumpla una obligación contemplada en el Acuerdo de Inversión, no es responsable internacionalmente. Por lo tanto, a contrario sensu, en ningún caso se genera la responsabilidad internacional de un Estado

por el mero incumplimiento de un contrato suscrito entre dicho Estado y un inversionista extranjero, toda vez que la fuente u origen de la obligación incumplida por el Estado es de carácter nacional, o sea, la legislación aplicable es la legislación nacional del Estado receptor de la inversión y por lo tanto se genera una controversia que debe ser resuelta por los tribunales locales.

Sólo excepcionalmente, el Estado puede ser responsable internacionalmente por el incumplimiento de un contrato, en caso que dicho incumplimiento constituya, a su vez, el incumplimiento de alguna obligación internacional.

En este sentido, la jurisprudencia y varios autores han sostenido que los Estados incurren en responsabilidad internacional cuando han violado un contrato de una manera que constituye una clara y discriminatoria desviación del derecho aplicable del contrato o una desviación excesiva de los principios reconocidos por los principales sistemas legales del mundo.<sup>17</sup>

Adicionalmente, el Estado puede ser responsable internacionalmente cuando el incumplimiento contractual deja a inversionista extranjero en la indefensión, privando de todo efecto a la cláusula de solución de diferencias del

---

<sup>17</sup> ALEXANDROV, Stanimir “Breaches of Contract and Breaches of Treaty”, Journal of World Investment & Trade, Vol.5 No.4, Agosto 2004, p.565.

contrato o cuando deja sin efecto un contrato o lo termina unilateralmente en ejercicio de su soberanía y no por razones contractuales.

Bajo este punto de vista, muchos, pero no todos, los incumplimientos contractuales del Estado pueden generar su responsabilidad internacional bajo el derecho internacional consuetudinario y por lo tanto dicho incumplimiento puede equivaler a un incumplimiento de un Tratado o Acuerdo de Inversión, sin necesidad de que exista una cláusula paraguas en el Acuerdo de Inversión.

Con todo, existen algunas opiniones minoritarias que estiman que cualquier incumplimiento contractual de un Estado con un extranjero produce la responsabilidad internacional de dicho Estado.<sup>18</sup>

Ahora bien, la presencia de una cláusula paraguas en un Acuerdo de Inversión, permite hacer responsable internacionalmente al Estado que incumple un contrato suscrito con un inversionista extranjera, sea cual sea la violación o incumplimiento contractual, sin necesidad que dicho incumplimiento sea, a su vez, constitutivo de un incumplimiento de una norma de derecho internacional consuetudinario. Entonces, en virtud del incumplimiento, ese inversionista tiene derecho a que el Estado de donde es nacional, pueda ejercer

---

<sup>18</sup> ALEXANDROV, Stanimir “Breaches of Contract and Breaches of Treaty”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.5 No.4, Agosto 2004, p.565.

el derecho de protección diplomática en su beneficio. Sin embargo, la protección diplomática ha sido una institución que se utiliza excepcionalmente por parte de los Estados, en casos muy justificados.

Por lo tanto, la importancia de las cláusulas paraguas comienza a aumentar con la proliferación de los Acuerdos Internacionales de Inversión, ya que como se señaló anteriormente, estos acuerdos contemplan un mecanismo de solución de controversias entre el inversionista y el Estado en caso de una violación o un incumplimiento de alguna de las disposiciones del respectivo tratado. En consecuencia, debido a estos Acuerdos, los inversionistas ahora tienen la legitimación activa para demandar a los Estados, sin necesidad de involucrar a su propio Estado a través de la institución de la protección diplomática.

Por otra parte, uno de los elementos más característico de las cláusulas paraguas, es que éstas alteran el elemento *ratione materiae* de la jurisdicción bajo el Acuerdo de Inversión, toda vez que tales cláusulas permiten que compromisos independientes o ajenos a aquellos compromisos adquiridos en los Acuerdos de Inversión, queden comprendidos bajo la protección ó el “paraguas” del mismo, como es el caso de obligaciones contractuales asumidas por uno de los Estados Parte con algún inversionista de la otra Parte.

Estas disposiciones extienden la jurisdicción de los tribunales internacionales, quienes tendrán competencia no sólo para conocer las disputas relativas a violaciones del tratado, sino que además sobre cualquier otra obligación que ese Estado haya asumida con el inversionista, esto es, numerosas controversias entre inversionistas y los Estados receptores de dicha inversión tendrán como fundamento un incumplimiento contractual y no una violación de alguna disposición del Tratado o Acuerdo de Inversión.

Sin perjuicio que las cláusulas paraguas son conocidas desde la década de los 50' y sus efectos se han discutido a nivel de la literatura y la doctrina, prácticamente no existía jurisprudencia al respecto hasta la aparición de los dos casos *SGS Société Generale de Surveillance SA con Pakistán y Filipinas*<sup>19</sup>, en donde las cláusulas paraguas parte central en la dictación del laudo por parte del tribunal, en donde fue analizado en detalle, el alcance y efectos de la cláusula paraguas contenidas en el Acuerdo Internacional de Inversión suscrito entre Suiza y Pakistán y entre Suiza y Filipinas respectivamente.

Con todo, cabe señalar que se estima que dentro de los más de 2.000 Acuerdos de Inversión vigentes en el mundo, aproximadamente un 40%

---

<sup>19</sup> ICSID Case N° ARB/01/13 y ARB/02/6, en [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)



contiene una cláusula paraguas<sup>20</sup>, pero la práctica de los Estados no ha sido uniforme en el tratamiento de esta cláusula y por lo tanto la redacción de la misma no ha sido similar, lo que finalmente ha permitido tener interpretaciones distintas sobre su contenido y efectos, permitiendo a la jurisprudencia reconocer en algunos casos la existencia de una cláusula paraguas y en otros no.

## **2. Orígenes de la cláusula en el Derecho Internacional y doctrina**

### **2.1. Historia de la cláusula paraguas**

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial la economía mundial comenzó a normalizarse y a medida que la inversión extranjera comienza a aumentar, los inversionistas extranjeros notaron que no existía un marco legal coherente con sus intereses y que no los protegía frente a las arbitrariedades que pudieran sufrir por parte de los Estados receptores de dichas inversiones.

Debido a la rápida expansión y crecimiento de la inversión extranjera hubo mucho interés por crear este marco regulatorio de las inversiones y los

---

<sup>20</sup> “OECD. Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Octubre 2006, en [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment)

primeros intentos multilaterales para lograrlo, constan en la Carta de La Habana de 1948 y el código Internacional de Trato Justo a las Inversiones Extranjeras de la Cámara de Comercio Internacional de 1949.<sup>21</sup> Lamentablemente, estos esfuerzos fueron inútiles, toda vez que en el ámbito multilateral es muy difícil lograr acuerdos.

Frente a esta situación, algunos países europeos comenzaron a establecer sus propias reglas a nivel bilateral con otros países y los primeros antecedentes de las cláusulas paraguas como una disciplina de protección de las inversiones, la encontramos en el primer Acuerdo de Inversión (BIT en inglés) suscrito entre Alemania y Pakistán en el año 1959, en el artículo 7, el cual establece: *“Ambas Partes deberán observar cualquier otra obligación, que se hayan comprometido con respecto a las inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte”*<sup>22</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, el primer antecedente de la cláusula paraguas fue en 1954, cuando se redactó el acuerdo entre la Compañía Petrolera Anglo-

---

<sup>21</sup> WONG, Jarrod “Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of breaches of contract, treaty violations and the divide between developing and developed countries in foreign investment disputes” p.140, en <http://www.law.gmu.edu/assets/subsites/gmulawreview/files/14-1/documents/WONG-FinalFormatted.pdf>

<sup>22</sup> “OECD. Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Octubre 2006, en [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment)

Iraní (AIOC) con el gobierno de Irán, debido al programa de nacionalización del petróleo impulsado por dicho país y que afectó a las concesiones otorgadas a dicha empresa. Por lo que la solución planteada por la empresa fue la de firmar nuevos acuerdos de consorcio con Irán, esto es, los nuevos contratos de concesión y por otra parte se firmaría un Acuerdo entre el Reino Unido e Irán denominado “Tratado Paraguas” (*umbrella treaty*), cuyo objeto consistía en brindar de protección internacional a los contratos firmados por Irán y AIOC, ya que un incumplimiento del contrato originaría ipso facto un incumplimiento del Tratado.<sup>23</sup>

En segundo lugar, encontramos el concepto, en el borrador de la Convención para la protección de la propiedad extranjera de 1967 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). En ella se establece en su artículo segundo: “*Cada Parte deberá en cualquier tiempo, asegurar la observancia de los compromisos adquiridos en relación a la propiedad de los nacionales de cualquier otra Parte*”<sup>24</sup>

Las notas y comentarios hechas al borrador de la Convención describen a este artículo como una aplicación del principio general del derecho del *pacta*

---

<sup>23</sup> SINCLAIR, Anthony C. “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection” *Arbitral International Law*, 2004, p. 413.

<sup>24</sup> “Draft Convention on the protection of foreign property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention”, Publicación OCDE N° 23081, Noviembre 1967.

*sunt servanda*, a favor de la propiedad de los extranjeros. De acuerdo a los comentarios, el concepto de propiedad incluye, pero no está limitada a las inversiones.<sup>25</sup>

En suma, el artículo 2 fue creado con el objeto de extender los contratos entre inversionistas y los Estados y así permitir que las obligaciones contractuales fueran caracterizadas como obligaciones del tratado y de ese modo garantizar su protección bajo el derecho internacional.

Finalmente, el borrador de la Convención no fue aprobado por el Consejo de la OCDE, se decidió recomendar a todos los miembros que adoptaran dicho borrador como un modelo para sus propios Acuerdos de Inversiones y como una afirmación general de las reglas de derecho internacional aplicables a la inversión extranjera. A la fecha la mayoría de los miembros OCDE han incorporado una cláusula paraguas como aquella redactada en el borrador de la Convención.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> “OECD. Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Octubre 2006, en [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment)

<sup>26</sup> SINCLAIR, Anthony C. “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection” *Arbitral International Law*, 2004, p. 430.

Adicionalmente, encontramos cláusulas paraguas en el borrador del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI o MAI por sus siglas en inglés) y en el Tratado sobre la Carta de Energía.

Progresivamente, las cláusulas paraguas se fueron incorporando en una gran parte de los Acuerdos de Inversión suscritos a nivel mundial tanto por países desarrollados y como por países en desarrollo. A modo de ejemplo, el APPI modelo de Alemania establece en su artículo 8 que *“Cada Parte contratante deberá observar cualquier obligación que ha asumido con respecto a las inversiones en su territorio por nacionales o empresas de la otra Parte contratante”*.<sup>27</sup>

Por regla general, Suiza también incorpora una cláusula paraguas en sus APPI's, las que tienen una redacción similar a la del APPI modelo de Alemania, aunque de forma más simplificada.

En este sentido, es posible señalar que el artículo 11 del Acuerdo de Inversión suscrito entre Suiza y Pakistán contiene una cláusula paraguas al establecer que *“Cada Parte Contratante deberá garantizar constantemente la*

---

<sup>27</sup> “OECD. Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Octubre 2006, en [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment)

observancia de los compromisos asumidos con las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante”<sup>28</sup>

Además, es posible señalar que el artículo 10 (2) del Acuerdo de Inversión suscrito entre Suiza y Filipinas también contiene una cláusula paraguas al prescribir que “Cada Parte Contratante deberá observar cualquier obligación que haya asumido con respecto a inversiones específicas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante”<sup>29</sup>

En suma, encontraremos un gran número de Acuerdos Internacionales de Inversión contienen cláusulas paraguas, sean países desarrollados o países en desarrollo. Por lo tanto, sería posible señalar que estas cláusulas ya se encuentran incorporadas dentro de las cláusulas tipo o comúnmente negociadas en esta clase de acuerdos. Chile no ha estado al margen de esta práctica habitual y como veremos más adelante, también ha incorporado a las cláusulas paraguas en sus Acuerdos de Inversión.

---

<sup>28</sup> Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República Islámica de Pakistán respecto a la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, en

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland\\_pakistan\\_fr.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_pakistan_fr.pdf)

<sup>29</sup> Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Filipinas respecto a la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, en

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland\\_philippines\\_fr.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_philippines_fr.pdf)

## 2.2. Doctrina internacional

Por otra parte, en el ámbito de la doctrina internacional, el concepto de cláusula paraguas ha sido debatido largamente, generándose diversas interpretaciones a lo largo de los años. A continuación, revisaremos la opinión e interpretación que algunos autores han efectuado de las cláusulas paraguas, en donde podremos encontrar ciertas tendencias en la interpretación, algunos autores lo hacen en sentido restringido y otros en sentido amplio.

En primer lugar, C.N. Brower señaló, con respecto al borrador de la convención de la OCDE, que estas cláusulas no se aplican a cualquier tipo de contrato, sino que sólo a inversiones de gran escala y a contratos de concesión, ya que en estos casos el Estado ejerce deliberadamente su soberanía, quedando excluidos los contratos comerciales ordinarios<sup>30</sup>.

Siguiendo la misma línea, el autor T. Wälde señala que bajo estas cláusulas, sólo serán protegidas las violaciones de contratos efectuadas por el Estado, que en el ejercicio de prerrogativas soberanas busca eludir sus compromisos contractuales o interferirlos sustantivamente.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> “OECD. Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Octubre 2006, en [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment)

Por otra parte, otros autores han sostenido una interpretación amplia de las cláusulas paraguas, como es el caso de F. Mann, quien considera que las cláusulas paraguas en los Acuerdos de Inversión protegen al inversionista en contra de cualquier incumplimiento contractual que interfiera con sus derechos<sup>32</sup>.

Asimismo, para Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, estas disposiciones buscan asegurar que cada Parte en el tratado, respetará los compromisos específicos hacia los nacionales de la otra Parte. Esta disposición tiene particular importancia porque protege los derechos contractuales de los inversionistas en contra de cualquier interferencia que pueda ser causada por un simple incumplimiento contractual o por actos administrativos y porque no está del todo claro que bajo el derecho internacional si acaso tales medidas constituyen violaciones de una obligación internacional.<sup>33</sup>

En este sentido, Stanimir Alexandrov plantea que el propósito y efecto de una cláusula paraguas en un Acuerdo de Inversión es transformar

---

<sup>31</sup> “OECD. Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Octubre 2006, en [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment)

<sup>32</sup> “OECD. Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Octubre 2006, en [www.oecd.org/investment](http://www.oecd.org/investment)

<sup>33</sup> Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, “Bilateral Investment Treaties”, Kluwer Law International, 1995, páginas 81-82.



incumplimiento de obligaciones que el Estado ha adquirido con inversionistas extranjeros y sus inversiones, incluyendo a las obligaciones contractuales, en incumplimientos del tratado o acuerdo.<sup>34</sup>

Finalmente, en opinión de Christoph Schreuer, cláusulas de este tipo han sido agregadas en los Acuerdos de Inversión para otorgar protección adicional a los inversionistas, más allá que los estándares internacionales tradicionales. Son conocidas como cláusulas paraguas porque ponen a los compromisos contractuales bajo el paraguas protector del Acuerdo de Inversión. De esta forma, un incumplimiento contractual se convierte en una violación del Acuerdo de Inversión.<sup>35</sup>

En resumen, las opiniones rescatadas tienen un elemento en común, que dice relación a que las cláusulas paraguas tienen como efecto otorgar la protección del tratado o acuerdo a compromisos de los Estados con los inversionistas, que están fuera del acuerdo, pero que dicha cláusula los incorpora.

---

<sup>34</sup> Stanimir A. Alexandrov, “Breaches of Contract and Breaches of Treaty”, *The Journal of World Investment & Trade*, Agosto 2004, Vol.5 N°4, página 556.

<sup>35</sup> Christoph Schreuer, “Traveling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment & Trade*, Abril 2004, Vol.5 N°2, página 250.

Estos autores difieren en cuanto al alcance de las cláusulas paraguas, ya que algunos sostienen que sólo algunos contratos estarían bajo la protección del acuerdo y no todos. Mientras que otros autores afirman que no habría que distinguir entre los tipos de contrato suscritos por los Estados y que en general la cláusula paraguas se refiere a toda clase de compromisos adquiridos por los Estados, sin distinción alguna.

### **3. Concepto.**

Luego de haber analizado la historia de la cláusula paraguas y de haber revisado las distintas opiniones en la doctrina internacional, es posible señalar que las cláusulas paraguas son disposiciones de un tratado o acuerdo, específicamente de un Acuerdo de Inversión, que establece que cada una de las Partes contratantes en dicho Acuerdo deben respetar todas las obligaciones asumidas o adquiridas con respecto a las inversiones hechas en su territorio por inversionistas de la otra Parte contratante del Acuerdo de Inversión respectivo.

El efecto que producen estas cláusulas consiste en que, precisamente, le otorgan protección internacional a compromisos independientes adquiridos entre uno de los Estados Parte del Acuerdo y un inversionista del otro Estado Parte. Esto quiere decir que un incumplimiento contractual por parte de un

Estado para con un inversionista extranjero, constituye una violación del Acuerdo o Tratado, por lo que la cláusula paraguas permite que incumplimiento de contratos celebrados entre inversionistas y Estados sean conocidos y resueltos como materia de derecho internacional en un tribunal internacional, de acuerdo al mecanismo de solución de controversias establecido en dicho Acuerdo.

En todo caso, cabe hacer presente que es discutido a nivel doctrinario y jurisprudencial, si es que las cláusulas paraguas permiten que cualquier incumplimiento contractual pueda ser conocido por tribunales internacionales y también si es que cualquier contrato puede ser considerado objeto de dicha cláusula. Adicionalmente, es importante destacar que los efectos de las cláusulas pueden variar de acuerdo a la forma en que se encuentra redactada la cláusula respectiva.

#### **4. Cláusulas paraguas en los Acuerdos de Inversión suscritos por Chile**

Como se señaló anteriormente, Chile ha suscrito Acuerdos para la Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones y Capítulos de inversiones en el marco de los Tratados de Libre Comercio. En este sentido, la

práctica chilena no ha sido uniforme en la incorporación ó exclusión de dicha cláusulas en sus acuerdos. Incluso, en los casos en que Chile incorporó una cláusula paraguas, la redacción de las mismas ha sido distinta entre los acuerdos de inversión.

En primer lugar, es posible señalar que en el APPI suscrito entre Chile y Alemania encontramos en el artículo 7 párrafo 2 una cláusula paraguas que señala lo siguiente: “(2) Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído respecto a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio.”<sup>36</sup>

En el APPI entre Chile y Bélgica, el artículo 7 contempla también una cláusula paraguas al establecer que “2. Las inversiones que sean objeto de un acuerdo particular entre una de las Partes Contratantes y los inversionistas de la otra Parte, estarán regidas por las disposiciones del presente Acuerdo y por aquellas del acuerdo particular. 3. Cada Parte Contratante asegura en todo momento el respeto de los compromisos que haya contraído con los inversionistas de la otra Parte Contratante”<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Véase en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)

<sup>37</sup> Véase en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)

Además, el APPI con Suiza establece una cláusula paraguas, bajo el artículo 11 titulado observancia de obligaciones, al señalar que “Cada Parte Contratante respetará en todo momento las obligaciones contraídas con respecto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante”<sup>38</sup>

Por otra parte, el APPI con Argentina contiene una cláusula paraguas en su Artículo 7 sobre aplicación de otras normas más favorables y establece que “2. 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.”<sup>39</sup>

Nuevamente, en el APPI suscrito con Austria encontramos una cláusula paraguas en el artículo 2 párrafo 4, al establecer que “Cada Parte Contratante cumplirá cualquier obligación contractual que hubiere asumido con un inversionista de la otra Parte Contratante en lo que respecta a las inversiones que hubiera aprobado en su territorio.”<sup>40</sup>

Por otra parte, al analizar el artículo 3 del APPI acordado entre Chile y Dinamarca, es posible señalar que también contiene una cláusula paraguas, al

---

<sup>38</sup> Véase en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)

<sup>39</sup> Véase en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)

<sup>40</sup> Véase en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)

señalar en su párrafo primero que “Cada Parte Contratante observará cualquier obligación que pueda haber asumido en relación con las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante”.<sup>41</sup>

A su vez, el artículo 2 párrafo tercero del APPI suscrito con el Reino Unido, contempla una cláusula paraguas al establecer que “Cada Parte Contratante cumplirá cualquier obligación que pudiere haber adquirido en relación con las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante.”<sup>42</sup>

A su turno, el párrafo tercero del artículo 3 del APPI suscrito con Grecia consagra una cláusula paraguas al establecer que “Cada una de las Partes Contratantes deberá respetar cualquier otra obligación que pudiere haber contraído en relación con las inversiones efectuadas por inversionistas se la otra Parte Contratante.”<sup>43</sup>

Adicionalmente, el APPI entre Chile y Francia contiene una disposición que podría interpretarse como una cláusula paraguas, aunque en mi opinión es una disposición menos clara que las anteriores y sería discutible la existencia de una cláusula paraguas. El artículo 10 del APPI prescribe que “Las

---

<sup>41</sup> Véase en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)

<sup>42</sup> Véase en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)

<sup>43</sup> Véase en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)

inversiones que hayan formado parte de un compromiso especial de una de las Partes Contratantes, con respecto a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, se regirán, sin perjuicio de las disposiciones de este Convenio, por los términos de dicho compromiso si éste incluye disposiciones más favorables que aquellas de este Convenio.”<sup>44</sup>

Con respecto a los Capítulos de Inversiones negociados en el marco de un Tratado de Libre Comercio, sólo es posible señalar que en el capítulo de inversiones con Estados Unidos de Norteamérica aparece una cláusula paraguas.

El artículo 10.15 establece las condiciones en que se puede someter una reclamación a arbitraje y uno de los requisitos se refiere a la existencia de una violación contenida en una autorización de inversión o un acuerdo de inversión.

A su turno, el artículo 10.27 define ambos conceptos y establece que “**acuerdo de inversión** significa un acuerdo escrito que comience a regir al menos dos años después de la entrada en vigor de este Tratado entre las autoridades nacionales de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de la otra Parte: (a) que otorga derechos con respecto a los recursos naturales

---

<sup>44</sup> Véase en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)

u otros activos controlados por las autoridades nacionales; y (b) que la inversión cubierta o el inversionista depende del establecimiento o adquisición de una inversión cubierta”<sup>45</sup>, y que “**autorización de inversión** significa una autorización otorgada por las autoridades de inversiones extranjeras de una Parte a una inversión cubierta o a un inversionista de la otra Parte;”<sup>46</sup>

Sin perjuicio que la cláusula paraguas en el Tratado de Libre Comercio aparece acotada, toda vez que los contratos protegidos bajo el paraguas del Capítulo deberán cumplir con la definición contemplada en el propio capítulo sobre acuerdo y autorización de inversión, esta disposición incorpora en el ámbito de aplicación y por tanto bajo el amparo del Capítulo, obligaciones contenidas en otros instrumentos distintos al Acuerdo de Inversión respectivo.

---

<sup>45</sup> Véase en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)

<sup>46</sup> Véase en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl)



## **CAPITULO III: EL EFECTO DE LAS CLAUSULAS PARAGUAS.** **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

### **1. Consideraciones preliminares**

Como fue señalado en el capítulo anterior, en la doctrina internacional se reconoce la existencia de las cláusulas paraguas o también denominadas cláusulas de cumplimiento de compromisos o cláusulas *pacta sunt servanda*. Sin embargo, las opiniones se encuentran divididas con respecto a su alcance y efectos. Por lo tanto, en el presente capítulo se analizarán distintos laudos arbitrales que se han pronunciado con respecto a la procedencia de cláusulas paraguas en casos entre inversionistas y Estados. Específicamente, se analizarán casos en los que los tribunales han tenido que determinar su jurisdicción para conocer de violaciones o incumplimientos contractuales.

Entonces, determinar a través de la jurisprudencia internacional el alcance y efectos de la cláusula paraguas, cobra especial relevancia para el caso chileno, toda vez que se han identificado la existencia de dichas cláusulas en una serie de Acuerdos de Inversiones suscritos por Chile, lo que potencialmente puede generar una serie de consecuencias para el Estado, con respecto a los compromisos adquiridos en dichos Acuerdos.

El estudio buscará responder a la siguiente pregunta: si acaso un tribunal arbitral internacional, constituido bajo un acuerdo o tratado de inversiones, tiene o no jurisdicción para conocer de demandas por incumplimiento contractual entre un inversionista extranjero y un Estado, para lo cual se deberá examinar en forma preliminar una serie de situaciones, a saber: en primer lugar si es que un incumplimiento contractual equivale a un incumplimiento internacional, es decir si es que un Estado al violar o incumplir un contrato incurre o no en responsabilidad internacional por dicha violación o incumplimiento; en segundo lugar, si es que un tribunal internacional tiene jurisdicción para conocer demandas por incumplimiento contractual, esto es si es que la cláusula de arbitraje internacional establecida en un Acuerdo de Inversiones, le permite al tribunal que se constituye bajo dicha cláusula, conocer de incumplimientos contractuales por parte de un Estado y; en tercer lugar, si es que un tribunal internacional es competente para conocer de los incumplimientos contractuales, cuando el Acuerdo de Inversiones contiene una cláusula paraguas que establece que las Partes o los Estados se obligan a cumplir con cualquier obligación que hayan contraído con los inversionistas.

A través de la aclaración de estas hipótesis o situaciones, trataré de determinar el verdadero alcance de las cláusulas paraguas y establecer los efectos de las mismas.

La primera situación se refiere a que si un incumplimiento contractual equivale a un incumplimiento del derecho internacional. En este caso, es posible afirmar que no todo incumplimiento contractual por parte de un Estado, equivale automáticamente a un incumplimiento del derecho internacional, pero esto no quiere decir que en caso que exista un incumplimiento contractual no haya un incumplimiento del derecho internacional, es decir, pueden existir casos en que un incumplimiento de un contrato por parte de un Estado, produzca su responsabilidad internacional, por la violación de una regla de derecho internacional.

Según Schreuer, cuando estamos en presencia de un Acuerdo de Inversiones aplicable al caso concreto, se debe analizar si el incumplimiento contractual de un Estado viola los estándares garantizados por dicho Acuerdo. Típicamente, el Acuerdo contemplaría el principio del trato justo y equitativo, la prohibición de establecer medidas discriminatorias o medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación.<sup>47</sup> Por ejemplo, las cortes y tribunales internacionales han sostenido repetidamente que las medidas

---

<sup>47</sup> SCHREUER, Christoph., "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the Vivendi I Case" p. 296, en [http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cschapter\\_76.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cschapter_76.pdf)

adoptadas por un Estado que afectan los derechos bajo un contrato, pueden equivaler a una expropiación.<sup>48</sup>

En suma, lo que plantea Schreuer es que una serie de hechos o actos realizados por un Estado pueden originar, al mismo tiempo, un incumplimiento de un contrato suscrito con un inversionista extranjero en particular y un incumplimiento de un Acuerdo de Inversiones suscrito con el Estado de cuya nacionalidad es ese inversionista extranjero. Por lo tanto, en estos casos, resulta indiferente determinar si es que existe o no una cláusula paraguas en dicho Acuerdo de Inversiones ó si es que la cláusula de arbitraje internacional establecida en dicho Acuerdo es lo suficientemente amplia como para que el tribunal internacional competente, de acuerdo a dicha cláusula, tenga o no jurisdicción para conocer de los incumplimientos contractuales, toda vez que en esta situación existe una violación o incumplimiento del Acuerdo de Inversiones.

La segunda situación se refiere a los casos en que un tribunal internacional tiene o no jurisdicción para conocer las demandas por incumplimiento contractual, cuando la cláusula de arbitraje internacional está redactada en términos tan amplios o incorpora derechamente dichos incumplimientos como parte de su ámbito de aplicación. De acuerdo a

---

<sup>48</sup> SCHREUER, Christoph., “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the Vivendi I Case” p. 296, en [http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cschapter\\_76.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cschapter_76.pdf)

Schreuer, un tribunal internacional es competente para conocer de las demandas por incumplimiento contractual, cuando la jurisdicción conferida está definida ampliamente y se refiere a todas las disputas relacionadas con las inversiones. Por ejemplo, cuando un Acuerdo de Inversiones contempla el arbitraje Inversionista – Estado para todas las disputas de inversiones más que para las disputas por incumplimiento o violación del Acuerdo mismo, el tribunal es competente, incluso para conocer las demandas puramente contractuales.<sup>49</sup>

En estos casos, no existe la necesidad de acreditar la existencia de una violación de algún estándar del Acuerdo, toda vez que es la propia cláusula de arbitraje del Acuerdo de Inversiones, que le otorga al tribunal internacional la facultad de conocer de tales demandas por incumplimiento contractual, bajo la condición que éstas se relacionen con una inversión. Al igual que en el caso anterior, es indiferente establecer la existencia de una cláusula paraguas en dicho Acuerdo para determinar la jurisdicción del tribunal arbitral.

Sin embargo, a pesar de la claridad de la redacción de la cláusula de arbitraje, no siempre los tribunales han aceptado dicha interpretación y ocasionalmente han rechazado conocer de tales controversias, este es el caso

---

<sup>49</sup> SCHREUER, Christoph., “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the Vivendi I Case” p. 296, en [http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cschapter\\_76.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cschapter_76.pdf)

de la decisión de tribunal en la controversia suscitada entre SGS y Pakistán, la cual será analizada más adelante.<sup>50</sup>

Ahora bien, la discusión sobre la jurisdicción o no del tribunal internacional para conocer de reclamaciones por incumplimiento contractual sobre la base de la cobertura de la cláusula de jurisdicción del APPI, se torna irrelevante si es que se acepta la tesis que una cláusula paraguas no le otorga competencia al tribunal internacional para conocer de las reclamaciones contractuales, sino que el respeto a cumplir dichos contratos constituye un estándar del APPI, y que por lo tanto el tribunal internacional creado de acuerdo a las reglas del APPI, siempre tendrá jurisdicción para conocer de una violación del mismo APPI.

En tercer lugar, existe una situación en la que el tribunal internacional tiene jurisdicción para conocer las demandas por incumplimiento contractual, cuando el Acuerdo de Inversiones respectivo contempla una cláusula paraguas, por la cual el Estado se compromete a cumplir con cualquier obligación que

---

<sup>50</sup> En el caso *Salini con Marruecos* se vio enfrentado a analizar la cláusula de jurisdicción establecida en el APPI y señaló lo siguiente: “...el artículo 8 obliga al Estado a respetar su oferta de jurisdicción en relación a las violaciones del Tratado Bilateral y a cualquier incumplimiento de un contrato que *obligue al Estado directamente*” (énfasis agregado). El tribunal estimó que no todas las controversias contractuales podían ser objeto de la cláusula de jurisdicción del APPI, sino que sólo aquellas en que el Estado se obligó directamente y no los contratos en que alguna repartición del Estado lo haya efectuado. *Salini v. Marruecos* párrafo 59.

haya contraído con respecto a los inversionistas extranjeros. La cláusula paraguas es una disposición contemplada en un Acuerdo de Inversiones para la protección de las mismas<sup>51</sup>, esto quiere decir, que la cláusula paraguas es un estándar de protección asumido por los Estados Parte en un Acuerdo de Inversión y que opera de la misma forma que otros compromisos dentro del mismo Acuerdo, tales como el trato justo y equitativo y las normas sobre expropiación.

En suma, si un Acuerdo de Inversiones contempla una cláusula paraguas, esta cláusula por sí sola le otorga jurisdicción al tribunal internacional para conocer de cualquier incumplimiento contractual que el Estado haya asumido con un inversionista extranjero en particular. Con todo, no existe necesidad alguna de analizar si es que en incumplimiento contractual constituye a su vez un incumplimiento del tratado ó de si la cláusula de arbitraje Inversionista – Estado del Acuerdo, se encuentra redactada en términos amplios que le permitan conocer acerca de todas las disputas o controversias relacionadas con las inversiones para así incluir a los contratos.

Como es sabido, el presente trabajo tiene por objeto estudiar la tercera situación descrita, esto es los efectos de las cláusulas paraguas. Por lo tanto, la

---

<sup>51</sup> SCHREUER, Christoph., “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the Vivendi I Case” p. 299, en [http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cschapter\\_76.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cschapter_76.pdf)

jurisprudencia que será analizada dice relación sólo con este elemento, a pesar que las alegaciones de las partes y los laudos arbitrales hacen referencia en mayor o menor medida a las tres situaciones ya descritas.

En este capítulo se analizarán los casos de *SGS Société Generale de Surveillance SA* con Pakistán y el caso *SGS Société Generale de Surveillance SA* con Filipinas. Examinando por un parte, las circunstancias de cada uno de los casos y por otra parte, las razones y fundamentos para tales decisiones contradictorias.

La importancia de ambos casos radica en que son casos que contemplan muchas similitudes, tanto en los hechos como en el derecho aplicable. En este sentido, es posible señalar que el demandante es el mismo en ambos casos, la sociedad *SGS Société Generale de Surveillance SA*, empresa de nacionalidad suiza, por lo que la segunda similitud es que La confederación Suiza es una de las Partes en los respectivos Acuerdos de Inversiones suscritos con Pakistán y Las Filipinas respectivamente. En adición, la empresa prestaba servicios similares en ambos casos, la inspección aduanera de bienes importados, en ambos casos existían contratos suscritos con los Estados, los que contemplaban cláusulas de arbitraje que le otorgaban jurisdicción a las cortes locales de cada país. Finalmente, las disposiciones de los Acuerdos de



Inversiones centrales en la discusión, se encontraban redactadas de forma muy equivalente y ambas contemplaban una cláusula paraguas.

Sin perjuicio de lo anterior, los laudos arbitrales dictados por cada uno de los tribunales arbitrales llegaron a conclusiones diferentes con respecto a la procedencia o a la interpretación de tales cláusulas paraguas.

## **2. El caso SGS Societé Generale de Surveillance SA con Pakistán.<sup>52</sup>**

### **2.1. Los hechos**

Con fecha 12 de Octubre de 2001, la empresa *SGS Societé Generale de Surveillance SA*, un inversionista de nacionalidad suiza, presentó una solicitud de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), afirmando que el gobierno de Pakistán le expropió su inversión en dicho país, violando varias normas contempladas en el Tratado de Inversión Bilateral suscrito entre la República Islámica de Pakistán y la Confederación Suiza firmado en el año 1995.

---

<sup>52</sup> *SGS Societé Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*. Caso CIADI No. ARB/01/13, en [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)

Entre las obligaciones violadas por el Estado de Pakistán se encontraba la obligación de dicho país de otorgar un trato justo y equitativo, la obligación de promover y proteger la inversión de SGS y la obligación de observar todos sus compromisos contractuales. Además, SGS alegó que Pakistán violó el contrato suscrito entre el propio SGS y el Estado de Pakistán.

La inversión de SGS en Pakistán se refiere a un contrato celebrado entre el propio SGS y el Gobierno de Pakistán para el suministro de servicios de inspección de preembarque de bienes importados a Pakistán desde distintos países. Estos servicios fueron suministrados en varios puertos de entrada en Pakistán. El contrato incluía una cláusula de arbitraje que establecía que las partes debían tratar de resolver la controversia amigablemente y si no era posible resolverla, la controversia debería resolverse a través de un arbitraje de acuerdo a las reglas de arbitraje de Pakistán en la ciudad de Islamabad.

Luego del segundo año de vigencia del contrato con SGS, Pakistán dio término unilateral a dicho contrato. Como respuesta a dicho término unilateral de parte de Pakistán, la empresa SGS presentó una demanda ante las cortes de Suiza, argumentando que el gobierno de Pakistán había terminado ilegalmente el contrato. Durante los alegatos en las cortes suizas, Pakistán invocó la cláusula de arbitraje contenida en el contrato para que el arbitraje se

hiciera efectivo ante las cortes pakistaníes, de acuerdo a lo señalado en el contrato, ya que en dicho contrato las partes, esto es el gobierno de Pakistán y SGS acordaron un arbitraje privado en caso de controversias emanadas del propio contrato.

Los tribunales de Ginebra, tanto de primera como de segunda instancia rechazaron la demanda de SGS basado en que las partes en el contrato, habían acordado una cláusula de arbitraje privado de sus controversias y que el gobierno de Pakistán gozaba de inmunidad soberana.

Antes de que se emitiera la decisión final de la corte Federal suiza, el gobierno de Pakistán inició el procedimiento de arbitraje contemplado en el contrato.

Posteriormente, SGS envía una carta dirigida al gobierno de la República Islámica de Pakistán manifestando su consentimiento para el arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), de acuerdo a lo estipulado en el artículo 9 (1) del Acuerdo relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la Confederación Suiza y la República Islámica de Pakistán.

Además, SGS presentó un requerimiento judicial ante la Corte de Islamabad en contra del arbitraje local, basado en que tenía derecho a resolver la controversia ante un arbitraje CIADI, solicitando la suspensión del procedimiento de arbitraje, hasta que el tribunal del CIADI resolviera las objeciones de jurisdicción presentadas por Pakistán.

Mientras aún se tramitaba el procedimiento arbitral en la ciudad de Islamabad, SGS recurrió ante el arbitraje en el CIADI solicitando medidas provisionales de protección.

Sin considerar la orden de la Corte Suprema de Pakistán en contra de SGS en el sentido de no continuar con el arbitraje ante el CIADI, dicho tribunal continuó con el procedimiento, y recomendó, entre otras cosas, suspender el arbitraje local en Islamabad a la espera de una decisión del Tribunal relativa a la jurisdicción del mismo para conocer de la controversia.

## **2.2- El Derecho**

### **2.2.1. Los alegatos de SGS**

Dentro de todos los argumentos presentados por la demandante durante la substanciación del arbitraje, los más relevantes son los que se indican a continuación:

En primer lugar, SGS cumplió con todas sus obligaciones establecidas en el contrato de inspección de preembarque (*PSI Agreement*), inspeccionando todas las mercancías importadas a Pakistán, desde el 1 de enero de 1995 hasta en 11 de marzo de 1997.

Por el contrario, Pakistán dio término unilateral al contrato, en forma ilegal, ocasionando perjuicios a SGS, por la terminación anticipada del mismo, además del no pago de una suma de dinero de US \$ 8.000.000 aproximadamente, junto con un serio e injustificado daño a la reputación de SGS como resultado de la conducta de Pakistán.

En suma, todos estos actos y omisiones de Pakistán constituyen una flagrante violación de las obligaciones contraídas con SGS bajo el Acuerdo de Inversión o APPI. En particular, Pakistán:

- a) Incumplió su obligación de promover la inversión de SGS, de acuerdo al artículo 3 (1) del APPI;
- b) Incumplió con la obligación de proteger la inversión de SGS, según lo estipulado en el artículo 4 (1) del APPI;
- c) No aseguró a la inversión de SGS un trato justo y equitativo, violando el artículo 4 (2) del APPI;
- d) Aplicó medidas expropiatorias, o medidas que producen los mismos efectos, a la inversión de SGS, violando las disposiciones del artículo 6 (1). Sobre todo, porque Pakistán no ha compensado debidamente a SGS; y
- e) **Finalmente, incumplió la obligación de garantizar constantemente la observancia de los compromisos que ha adquirido con la inversión de SGS, violando lo dispuesto en el artículo 11 del APPI. Particularmente, Pakistán no cumplió con la**

**observancia de los compromisos contractuales con  
SGS bajo el contrato o *PSI Agreement*.<sup>53</sup>**

En términos generales, SGS señaló que todas las reclamaciones planteadas ante el CIADI constituyen una violación de alguna disposición del APPI y que, todas o casi todas las acciones y omisiones de Pakistán descritas por parte de SGS, califican tanto como violaciones del contrato o *PSI Agreement* como también califican violaciones del APPI.

Desde el punto de vista de SGS, para que el Tribunal tenga o no jurisdicción sobre la disputa, se debe verificar si se cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 25 (1) de la Convención CIADI.<sup>54</sup>

En opinión de la demandante se han verificado todos los requisitos establecidos en dicho artículo 25 y por lo tanto, el tribunal arbitral del CIADI si tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones presentadas por SGS, ya que la cláusula arbitral contenida en el contrato

---

<sup>53</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, página 11.

<sup>54</sup> De acuerdo al artículo 25 (1) de la Convención del CIADI, los requisitos son: a) que la disputa debe ser legal; b) que debe surgir directamente de una inversión; c) que debe ser entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante y; d) que las partes en disputa deben consentir por escrito el sometimiento al Centro.

o *PSI Agreement* no reduce o elimina la jurisdicción del tribunal del CIADI, ya que dicha jurisdicción se encuentra otorgada en el APPI.

SGS señala, además, que el APPI establece obligaciones de derecho internacional para las Partes Contratantes y que entonces, una violación del APPI constituye una violación de una norma de derecho internacional, por lo que se requiere una determinación basada en estándares de derecho internacional. Incluso, si una reclamación de un incumplimiento contractual y una violación de un APPI o tratado, puedan estar basadas en hechos similares o idénticos, estos se apoyan en fundamentos legales distintos, estos se evalúan de acuerdo a estándares totalmente distintos. Sin embargo, para SGS esto no significa que el tribunal no deba considerar asuntos contractuales para determinar si existe o no una violación del APPI.<sup>55</sup>

Es perfectamente adecuado, en opinión de SGS, para un tribunal interpretar un contrato y considerar asuntos contractuales para determinar la violación de una norma de derecho internacional. En este sentido, SGS alega la violación de los artículos 3 (1), 4 (1), 4 (2) y 6 (1) del APPI y que el hecho que estas violaciones se relacionan con el

---

<sup>55</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, página 36 párrafos 91, 92 y 93.



incumplimiento de un contrato, no obstan la calificación de la reclamación de SGS como violaciones de derecho internacional.<sup>56</sup>

Desde el punto de vista de SGS, la inclusión de una cláusula paraguas, como la contenida en el artículo 11 del APPI produce el efecto de “elevar” un simple incumplimiento contractual en un incumplimiento del tratado bajo el derecho internacional.<sup>57</sup>.

En suma, por las razones señaladas, SGS solicitó al tribunal la compensación por una cifra superior a los 100 millones de dólares, además del reembolso de todos los gastos en que incurrió para obtener dicha compensación, más los intereses correspondientes.

### **2.2.2. Los alegatos y defensas de Pakistán**

Primero que todo, cabe hacer presente que Pakistán presentó tanto objeciones de jurisdicción como objeciones de fondo con respecto a la controversia planteada por SGS.

---

<sup>56</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafos 95 y 96.

<sup>57</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 98.

Por una parte, Pakistán afirmó que el tribunal no tiene jurisdicción para conocer de ninguna de las alegaciones de SGS en su solicitud de arbitraje. Ha señalado que SGS tiene conocimiento que la disputa surge de acciones u omisiones de Pakistán con respecto al contrato de inspección de preembarque o *PSI Agreement*. **Las alegaciones, independientemente de cómo SGS las catalogue, son de naturaleza contractual completamente.**<sup>58</sup>

Adicionalmente, Pakistán alega que el fundamento de la demanda es el incumplimiento contractual y no el incumplimiento del Acuerdo de Inversiones y que por tanto la cláusula de arbitraje contenida en dicho contrato debe primar por sobre otras.<sup>59</sup>

Sin perjuicio de otras alegaciones que presentó Pakistán, su principal argumento consiste en que bajo la Convención del CIADI y de

---

<sup>58</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, página 15.

<sup>59</sup> En este sentido, los argumentos de Pakistán se fundamentan en la decisión del Comité de anulación *ad hoc* del Caso *Vivendi*, que señaló “En un caso en que la base esencial de una demanda presentada ante un tribunal internacional es el incumplimiento de un contrato, el tribunal deberá otorgarle efecto a cualquier

elección de foro válida establecida en el contrato”. Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, página 15.

acuerdo al principio de *pacta sunt servanda*, el Tribunal no tiene jurisdicción cuando las partes han acordado someter las disputas en otro parte. La jurisdicción del Tribunal del CIADI se encuentra limitada a las disputas que las partes han decidido someter ante el Centro y no ante un foro alternativo. Si las partes acordaron someter sus disputas ante un foro distinto del CIADI, el artículo 26 de la Convención del CIADI exige que el tribunal del CIADI respete dicho acuerdo.<sup>60</sup>

Desarrollando su argumentación, Pakistán destacó que la Sección 11.1 del contrato o *PSI Agreement* contiene el acuerdo de las partes para someter exclusivamente cualquier disputa, controversia o demanda relativa a dicho contrato ante el árbitro establecido en el contrato. Por lo tanto, el Tribunal del CIADI no tiene jurisdicción para conocer las demandas contractuales de SGS.

Incluso, si ambos tribunales pueden ejercer jurisdicción sobre las demandas o reclamaciones contractuales, Pakistán argumentó que la elección de foro contractual debe prevalecer sobre otras, toda vez que

---

<sup>60</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, página 16.

dicha cláusula contempla en forma amplia un arbitraje obligatorio para toda clase de disputas.<sup>61</sup>

Con respecto al alegato hecho por SGS, en el sentido de señalar que el APPI contempla una cláusula paraguas en su artículo 11 y que en virtud de dicha cláusulas, todas las reclamaciones contractuales se “elevan” a la calidad de una reclamación por incumplimiento del APPI, Pakistán señaló que estas reclamaciones o demandas son de segundo orden, ya que éstas primeramente se refieren a un incumplimiento contractual y que respecto de ellas el tribunal competente es aquel establecido en el contrato o *PSI Agreement*.

En este sentido, desde el punto de vista de Pakistán, la base esencial de las reclamaciones del APPI es contractual y por lo tanto esas reclamaciones están sujetas al contrato o *PSI Agreement* y a su cláusula de arbitraje exclusivo. Durante 4 años, ante las cortes suizas y ante el arbitraje en Pakistán, SGS siempre alegó que los actos y omisiones del gobierno de Pakistán constituían un incumplimiento del contrato y ninguna referencia fue hecha a una reclamación de expropiación, no otorgamiento de un trato justo y equitativo o no promover ni proteger a la

---

<sup>61</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, página 17, párrafos 51 y 52.

inversiones, de acuerdo a lo señalado en el APPI. En este sentido, Pakistán argumenta que SGS “re-etiquetó” sus demandas o reclamaciones como reclamaciones del APPI.<sup>62</sup> Desde diciembre de 1996 hasta octubre de 2001 no hubo mención alguna a reclamaciones por incumplimiento del APPI e incluso la solicitud de SGS ante el tribunal arbitral establecido en el contrato y la solicitud de arbitraje ante CIADI son idénticas.<sup>63</sup>

De acuerdo a los argumentos de Pakistán, la única pregunta que queda pendiente es si acaso el Tribunal del CIADI tiene jurisdicción concurrente sobre las reclamaciones de violación del APPI y en el caso que tenga jurisdicción, deba desestimarlas a favor del arbitraje establecido en el contrato o *PSI Agreement*.<sup>64</sup>

En este sentido, Pakistán argumenta que el Tribunal no debe conocer las reclamaciones presentadas por SGS, aunque tuviera jurisdicción concurrente, toda vez que el arbitraje bajo el contrato ya se

---

<sup>62</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, página 19 párrafo 62.

<sup>63</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, página 19 párrafo 63.

<sup>64</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, página 20 párrafo 67.

ha iniciado y que bajo dicho arbitraje se pueden conocer toda clase de disputas o reclamación, ya que contiene una cláusula de arbitraje amplia. Además, se alega por parte de Pakistán, el principio de litis pendencia, ya que las reclamaciones fueron iniciadas ante el tribunal arbitral constituido bajo el contrato o *PSI Agreement*.

Finalmente, el gobierno de Pakistán objetó la jurisdicción tribunal del CIADI debido a que las actividades de SGS bajo el contrato o *PSI Agreement* no constituyen una inversión de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 (1) del APPI y por lo tanto no gozan de su protección.

### **3. La decisión del Tribunal**

Considerando la demanda de SGS y las objeciones de jurisdicción planteadas por el gobierno de Pakistán, el tribunal consideró resolver, entre otros, las siguientes preguntas:

a) ¿Sí acaso el tribunal tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones del demandante que se alegan como violaciones del APPI?

b) ¿Sí es que el tribunal tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones del demandante que se alegan como violaciones contractuales del *PSI Agreement*?

c) ¿Sí es que el artículo 11 del APPI suscrito entre la Confederación Suiza y la República Islámica de Pakistán transforma simples reclamaciones por incumplimiento contractual en reclamaciones de incumplimiento de un APPI?<sup>65</sup>

En primer lugar, el tribunal estableció como un principio general, que los mismos hechos o conjunto de hechos pueden dar lugar a diferentes reclamaciones basadas en diferentes cuerpos legales, el derecho local por una parte y el derecho internacional por otra parte. Tanto el demandante como el demandado en el presente caso, no discuten tal circunstancia<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 132.

<sup>66</sup> En este sentido, el tribunal hace referencia a la decisión del Comité de Anulación del caso *Vivendi* y a los comentarios del artículo 3 de la Comisión de Derecho Internacional. En primer lugar, en el caso *Vivendi*, se estableció que : “...de acuerdo con este principio general, son diferentes situaciones si es que ha habido una violación de un APPI o si ha habido un incumplimiento contractual. Cada una de esas demandas será determinada por su referencia a su propia ley aplicable –en el caso del APPI, por el derecho internacional; en el caso del contrato de concesión, por la ley del contrato, en otras palabras la ley de Tucumán; En segundo lugar, la Comisión de Derecho Internacional, con respecto a la distinción entre el rol del derecho internacional y el derecho local relativo a la responsabilidad internacional, ha señalado

Para el tribunal, las reclamaciones por incumplimiento de un APPI y las reclamaciones por incumplimiento contractual son en principio razonablemente distintas. Sin embargo, las complejidades surgen cuando las partes, en el presente caso, señalan que un tribunal tiene jurisdicción sobre ambos tipos de demandas o reclamaciones que coexisten. El tribunal hace referencia a la decisión del Comité de Anulación del caso *Vivendi*, que estableció que “...en el caso que la base esencial de una reclamación presentada ante un tribunal internacional es el incumplimiento contractual, el tribunal deberá dar efecto a cualquier elección de foro válida del contrato...”<sup>67</sup>

---

que “...que la Corte Internacional se ha referido y ha aplicado el principio frecuentemente...En el caso ELSI, la Cámara de la Corte enfatizó esta regla, señalando que la conformidad con una disposición del derecho local y la conformidad con las disposiciones de un tratado, son cuestiones diferentes. Lo que constituye una violación del tratado puede ser legal desde el punto de vista del derecho local y lo que es ilegal en el derecho local puede no constituir una violación de una disposición del tratado... el hecho que un acto de una autoridad pública pueda ser ilegal en el derecho local, no significa necesariamente que ese acto fue ilegal en el derecho internacional, como un incumplimiento de un tratado o viceversa...La regla que una caracterización de una conducta como ilegal en el derecho internacional no puede ser afectada por la caracterización del mismo acto como legal en el derecho interno, no constituye una excepción para los casos en que las reglas de derecho internacional, requieren de un Estado la conformidad con las disposiciones de su derecho interno, por ejemplo otorgando a los extranjeros el mismo tratamiento legal de los nacionales...” Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 147.

<sup>67</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 147.



Por otra parte, señala el mismo tribunal, cuando la base fundamental de una reclamación es un tratado que establece un estándar independiente, en virtud del cual deben ser juzgada la conducta de las partes, la existencia de una cláusula exclusiva de jurisdicción en el contrato entre el demandante y el Estado demandado, no puede operar como una limitación a la aplicación de dicho estándar.

El tribunal, al efectuar su análisis, hace mención a la cláusula de arbitraje contenida en el APPI entre Suiza y Pakistán y señala, textualmente que el artículo 9 (1) y (2) no hace distinción alguna a disputas basadas en el incumplimiento del APPI o a disputas basadas en el incumplimiento de un contrato. Sino que por el contrario, el artículo 9 se refiere a cualquier disputa entre el inversionista y un Estado Parte, y por lo tanto debe comprender a todas las disputas surgidas de reclamaciones de incumplimiento de alguno de los estándares contenidos en el APPI respectivo.

La dificultad surge en determinar si la violación de algunas de las disposiciones del APPI es de jurisdicción exclusiva del tribunal del CIADI, formado de acuerdo al artículo 9 (2) del APPI ó si dicha jurisdicción es compartida como algún otro tribunal, constituido bajo otro acuerdo o instrumento. El artículo 9 (2) del APPI sólo le otorga una posibilidad al

inversionista, esto es, recurrir ante un tribunal del CIADI, no tiene otra opción. Al mismo tiempo, el APPI no establece como requisito de recurrir a cortes locales en forma previa.<sup>68</sup>

Adicionalmente, el tribunal señaló que no ha habido reclamación alguna presentada ante el tribunal del contrato o *PSI Agreement*, basada en el incumplimiento de una disposición del APPI, por parte de SGS. Incluso, si las reclamaciones basadas en el incumplimiento del APPI hubiesen sido presentadas ante el arbitraje establecido en el contrato o *PSI Agreement*, dicha presentación no limita la jurisdicción del tribunal del CIADI para conocer de dicha reclamaciones.<sup>69</sup>

Por lo tanto, el tribunal concluye que tiene jurisdicción para conocer y determinar las reclamaciones de violación de las disposiciones del APPI suscrito entre la Confederación Suiza y la República Islámica de Pakistán, presentadas por el demandante. No considera que dicha

---

<sup>68</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 150 y 151.

<sup>69</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 154.

jurisdicción deba ser compartida en cualquier grado, con el arbitraje establecido en el contrato o *PSI Agreement*.<sup>70</sup>

Por otra parte, el tribunal frente a la pregunta si acaso tiene o no jurisdicción para conocer las reclamaciones contractuales del demandante, estas son las reclamaciones de incumplimiento del *PSI Agreement*, toda vez que SGS alegó que en virtud de la aplicación del artículo 11 del APPI entre Suiza y Pakistán, las violaciones alegadas relativas al contrato han sido “elevadas” a la categoría de una violación del tratado. El tribunal señaló que se debe analizar la situación en determinar si tienen jurisdicción para conocer reclamaciones basadas puramente en un contrato, sin necesidad de incluir como fundamento la violación de algún estándar establecido en el APPI.

En este sentido, la evidencia en el caso establece que las partes al negociar el contrato o *PSI Agreement*, acordaron someter a arbitraje toda clase de disputas o controversias relativas al contrato. A pesar de lo anterior, para el tribunal la pregunta es más elemental: ¿cómo se relaciona el mecanismo contractual de solución de controversias establecidos por las partes con la oferta general realizada por Pakistán

---

<sup>70</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 155.

de arbitraje de controversias que surjan bajo un APPI, el cual ha entrado en vigor después del contrato o *PSI Agreement*?<sup>71</sup>

El tribunal reconoce que en las reclamaciones presentadas por SGS, tanto aquellas reclamaciones basadas en violaciones del APPI como aquellas reclamaciones contractuales, pueden ser descritas como disputas relativas a inversiones. Sin perjuicio de lo anterior, consideran que no existe razón para pensar que ambos tipos de reclamaciones, esto es, las contractuales y las basadas en el APPI estarían cubiertas por el artículo 9 del APPI.

Adicionalmente, no ven razón alguna para que dicho artículo 9 o cualquier otra disposición del APPI, invalide o anule la cláusula de jurisdicción acordada por los inversionistas suizos y Pakistán establecida en el contrato o *PSI Agreement*. Más aún el tribunal considera que el artículo 11.1 del *PSI Agreement* es una cláusula válida de selección de foro con respecto a las reclamaciones contractuales del demandante, las cuales no constituyen por si mismas a reclamaciones de incumplimiento del APPI, está es una cláusula que el tribunal debe respetar.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 159.

Por lo tanto, se concluye que el tribunal no tiene jurisdicción respecto a las reclamaciones presentadas por SGS que están basadas en el incumplimiento del *PSI Agreement*, las cuales no constituyen por si mismas una violación de algún estándar del APPI.<sup>73</sup>

**Finalmente, el tribunal se hace la pregunta si acaso ¿el artículo 11 del APPI transforma a las reclamaciones contractuales en reclamaciones del APPI?**

El tribunal, aplicando las normas de interpretación de los tratados, estimó que no encuentran alguna base convincente para aceptar que el artículo 11 del APPI entre Suiza y Pakistán produce el efecto de permitir que los inversionistas de las Partes, tales como SGS, tengan el derecho de “elevar” sus reclamaciones contractuales (derivadas del *PSI Agreement*) en reclamaciones basadas en el incumplimiento del APPI y por lo tanto, someter estas reclamaciones contractuales ante el tribunal

---

<sup>72</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 161.

<sup>73</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 162.

establecido por el APPI, especialmente cuando estamos en presencia de una cláusula válida de elección de foro.<sup>74</sup>

En segundo lugar, el tribunal señaló que tomando en consideración el principio aceptado mayoritariamente, que bajo el derecho internacional, una violación de un contrato suscrito entre un Estado con un inversionista de otro Estado, no constituye, por si mismo, una violación del derecho internacional y tomando en consideración que las consecuencias legales de acoger la interpretación del demandante, con respecto al artículo 11 del APPI, su impacto potencial sería tan dañino para el Estado, estimaron que era necesario contar con evidencia clara y convincente por parte del demandante, que esa era la intención de las Partes Contratantes en el APPI suscrito entre Suiza y Pakistán al incorporar el artículo 11<sup>75</sup>. Cabe señalar que, el tribunal no encontró dicha evidencia, ni en el texto del APPI ni en otros antecedentes.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 165.

<sup>75</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafo 167.

<sup>76</sup> Con todo, el tribunal se refirió en detalle acerca de las consecuencias legales que podría tener la aceptación de la interpretación del demandante con respecto al artículo 11, al respecto señaló que el artículo 11 permitiría la incorporación un número ilimitado de contratos de Estados y una serie de compromisos unilaterales a cualquier nivel de gobierno para con los inversionistas de la otra Parte Contratante. Cualquier reclamación alegada de dichos contratos o compromisos que constan en otros

Por tales razones, el tribunal estimó que para acoger la interpretación del demandante, la redacción del artículo 11 debió haber sido mucho más precisa y específica. Consideran, además, que el enfoque apropiado para la interpretación de dicho artículo es uno prudencial. Por otra parte, el tribunal señaló que en circunstancias excepcionales podría verificarse que incumplimiento contractual pudiera generar responsabilidad internacional del Estado y además, que los Estados Parte en un APPI pudieran acordar una cláusula que los obligara a cumplir sus compromisos contractuales, pero que de los antecedentes del caso, no se desprende que la intención de Suiza y Pakistán haya sido esa la intención, no por lo menos en el caso de Pakistán.<sup>77</sup>

---

instrumentos serían tratados como una reclamación de un incumplimiento del APPI. En segundo lugar, harían que las disposiciones establecidas en los artículos 3 a 7 del APPI fueran superfluas, toda vez que no habría necesidad de demostrar una violación de dicho estándares, si un simple incumplimiento contractual sería suficiente para originar un incumplimiento del APPI por parte del Estado y por lo tanto provocar la responsabilidad internacional del mismo. Una tercera consecuencia sería que, el inversionista a su voluntad, podría anular o privar de todo efecto la cláusula de arbitraje establecida y negociada por las partes en el contrato. El inversionista tendría la libertad para elegir entre el arbitraje establecido en el contrato o en el APPI. Para el tribunal el artículo 11 debe ser interpretado en una forma que se logre un balance en los beneficios mutuos de las partes en su relación.

<sup>77</sup> Caso No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs Islamic Republic of Pakistan*, párrafos 171, 172 y 173.

Por las razones antes descritas, el tribunal decidió que **tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones presentadas por SGS con respecto al incumplimiento de algunas disposiciones contenidas en el APPI, pero que no tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones presentadas por SGS basadas en el incumplimiento contractual del *PSI Agreement*.**

### **3. El caso *SGS Société Générale de Surveillance SA con Filipinas*.<sup>78</sup>**

#### **3.1. Los Hechos**

La empresa *SGS Société Générale de Surveillance S.A.* (SGS), un inversionista de nacionalidad suiza, suscribió un contrato (*CISS Agreement*) con Las Filipinas, el 23 de agosto de 1991, para proveer servicios relativos al mejoramiento de los procedimientos de inspección aduaneros. La labor de SGS consistían en suministrar servicios especializados de certificación basados en inspecciones de pre-embarque de bienes y proveer de la asistencia técnica necesaria en la modernización de la infraestructura de aduanas y tributarias de Las Filipinas.

---

<sup>78</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines*. Caso CIADI No. ARB/02/6, en [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)



Dicho contrato fue prorrogado en varias oportunidades, siendo la última de ellas desde el 31 de diciembre de 1999 hasta el 31 de marzo de 2000, en donde los servicios de SGS fueron terminados.

Durante todo el período de duración del *CISS Agreement*, SGS facturó aproximadamente la suma de US\$ 680.000.000, por inspecciones aduaneras en diversos países de bienes importados hacia Las Filipinas. De los montos facturados por todas esas inspecciones, se pagaron por parte de Las Filipinas la suma aproximada de US\$ 540.000.000, quedando el resto impagos.

Posteriormente, SGS intentó en numerosas ocasiones obtener el pago de aproximadamente US\$ 140.000.000 adeudados por Las Filipinas en virtud de lo dispuesto en el *CISS Agreement* y conjuntamente, solicitó el pago de los intereses respectivos por el monto impago. Estos requerimientos fueron objeto de varios intentos de solución amistosa, los cuales no prosperaron.

Finalmente, con motivo del no pago de dichos montos, el 26 de abril de 2002, SGS presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI.

## **3.2. El Derecho**

### **3.2.1 Los alegatos del demandante (SGS)**

SGS en su solicitud de arbitraje invocó las disposiciones establecidas en el Acuerdo relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la Confederación Suiza y la República de Las Filipinas, vigente desde el año 1997. Específicamente, señaló que Las Filipinas al rehusarse al pago de los montos solicitados, incumplió los artículos IV(1), IV(2), VI(1) y X(2) del APPI vigente entre Suiza y la República de Las Filipinas.<sup>79</sup>

Además, SGS señaló, en su solicitud de arbitraje, que se han verificado los 4 requisitos jurisdiccionales indicados en el artículo 25 (1) de la Convención del CIADI, toda vez que la disputa es una disputa de carácter legal ya que se refiere al incumplimiento de obligaciones contenidas en el contrato y en el APPI; la disputa surge directamente de una inversión, ya que las actividades

---

<sup>79</sup> Cabe agregar, que específicamente el demandante alegó las violaciones de los siguientes artículos: "...a) Artículo IV (Protección, Tratamiento). En dicho artículo se establecen una serie de estándares de protección, combinando los principios de Trato Justo y Equitativo, Protección y Seguridad Plenas, Trato Nacional y Trato de Nación más favorecida; b) Artículo VI (Expropiación, Compensación). Regula la forma en que se puede expropiar una inversión y en cuyo caso siempre debe ir acompañada de una efectiva y adecuada compensación y; c) Artículo X (2) (otros Compromisos). Dicho artículo establece que Cada una de las Partes Contratantes deberá observar cualquier obligación que haya asumido con respecto a inversiones específicas en su territorio por parte de inversionistas de la otra Parte Contratante...." Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 34.

realizadas por SGS en Las Filipinas constituyen una inversión; no existe duda alguna a que la disputa es entre un Estado Contratante y un Nacional de un Estado Contratante y; que las partes han consentido por escrito someter la controversia bajo un arbitraje CIADI.<sup>80</sup>

Para la demandante el tribunal tiene jurisdicción exclusiva para conocer de todas las reclamaciones presentadas por SGS, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención del CIADI, ya que éste artículo exige a las partes que el consentimiento otorgado al arbitraje CIADI sea exclusivo de cualquier otro remedio. Entonces, en caso que existe una superposición entre el arbitraje establecido en el APPI con el arbitraje contemplado en el *C/SS Agreement*, el primero simplemente prevalece sobre el segundo.<sup>81</sup>

También, planteó que el tribunal tiene jurisdicción para conocer de todas las reclamaciones interpuestas por SGS, sean alegaciones basadas en incumplimiento del APPI o basadas en el incumplimiento contractual, toda vez que el efecto de una cláusula paraguas, tal como la que se encuentra establecida en el artículo X (2) del APPI, consiste precisamente en elevar una

---

<sup>80</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 44.

<sup>81</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 60.

reclamación por incumplimiento contractual en una reclamación bajo el derecho internacional por incumplimiento del APPI.<sup>82</sup>

Con todo, señaló que dado la amplia cobertura del Artículo VIII del APPI, es evidente que el tribunal tiene jurisdicción sobre todas las demandas o reclamaciones presentadas por SGS, incluyendo aquellas alegaciones por incumplimiento contractual, toda vez que dicho artículo al establecer cobertura a todas las disputas relativas a inversiones, extiende la jurisdicción del tribunal a cualquier controversia relacionada con las inversiones y por lo tanto la jurisdicción del tribunal no está determinada por la cláusula de elección de foro establecida en el *CISS Agreement*.<sup>83</sup>

### **3.2.1. Los alegatos y defensas de Las Filipinas.**

El 5 de noviembre de 2002, Las Filipinas presentó objeciones de jurisdicción ante el tribunal. Ante la presentación de dichas objeciones, el Tribunal suspende el procedimiento para conocer de los méritos y decidió considerar las objeciones de jurisdicción como una cuestión preliminar.

---

<sup>82</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafos 63 a 66.

<sup>83</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 66.

En primer lugar, el demandado plantea que la disputa entre las partes es una disputa meramente contractual, que dice relación con el pago de un contrato. Por lo tanto, la controversia debe estar circunscrita a la cláusula de solución de controversias existente en el *CISS Agreement*, según la cual todas las disputas o controversias deben ser sometidas al conocimiento de las Cortes Regionales en Makita o Manila, en Las Filipinas.

En segundo lugar, el demandado señala que el APPI suscrito entre Las Filipinas y Suiza establece ciertas obligaciones de derecho internacional y el procedimiento de solución de controversias contemplado en él, sólo se aplica para las controversias de derecho internacional y no para las controversias contractuales.

Más aún, el demandado argumenta que nada de lo establecido en dicho APPI puede ser interpretado de una forma que se entienda que las Partes tuvieron la intención de anular las disposiciones del contrato y que por tanto sería nula la cláusula que establece la elección de las cortes locales como foro de solución de controversias válido para la revisión del contrato.

De esta forma, Las Filipinas destacó la importancia del artículo 12 del *CISS Agreement*, el cual contiene una cláusula de elección de foro de

aplicación general y agrega que SGS no ha podido demostrar la jurisdicción del tribunal, toda vez que no ha acreditado una genuina violación de las disposiciones del APPI y mientras la reclamación de SGS sea el no pago de las obligaciones del contrato, sólo podrá someter la disputa bajo las cortes locales de Las Filipinas. Es decir, la alegación de SGS acerca del incumplimiento de la obligación de pagar bajo el *CISS Agreement*, no constituye automáticamente una violación del APPI.<sup>84</sup>

Asimismo, el demandado afirma que la mera existencia del APPI no eleva automáticamente a todas las disputas contractuales ordinarias en una potencial disputa de derecho internacional. El APPI establece un estándar independiente y los incumplimientos de sus obligaciones no pueden estar equiparados con el mero incumplimiento contractual privado.<sup>85</sup>

Con todo, Las Filipinas argumentó que el APPI no anula obligaciones previas. La intención del artículo X (2) consiste en que las partes respeten los términos de los contratos ya existentes, para lo cual requieren que cada Parte Contratante cumpla con cualquier obligación que haya asumidos respecto a inversiones específicas. Si se interpreta dicha disposición de acuerdo al artículo

---

<sup>84</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines*. Párrafos 52, 53 y 55.

<sup>85</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines*. Párrafo 56.

31 de la Convención de Viena, que establece una interpretación de buena fe, se puede concluir que el artículo X (2) muestra la intención de las Partes de respetar obligaciones específicas ya contraídas. De ahí se sigue que, SGS no puede pedir la ejecución de obligaciones específicas de pago contenidas en el *CISS Agreement*, mientras que al mismo tiempo desconoce la cláusula de solución de controversias del propio contrato o *CISS Agreement*.<sup>86</sup>

Con todo, para Las Filipinas las cláusulas de jurisdicción establecidas en los contratos que otorgan competencia a las cortes locales, deben prevalecer por sobre la jurisdicción del CIADI, ya que constituyen el correcto derecho aplicable a dicho contrato.<sup>87</sup>

En el caso específico, el demandado señaló que las alegaciones de SGS constituyen una demanda pura y simplemente basada en el incumplimiento de una obligación de pagar bajo un contrato comercial, el *CISS Agreement*; a pesar que SGS hace referencia a una serie de disposiciones del APPI, no desarrolla sus argumentos más allá del incumplimiento contractual y desconoce que el artículo 12 del *CISS Agreement* tuvo la intención de ser una cláusula de jurisdicción exclusiva. En consecuencia, el tribunal para conocer de la

---

<sup>86</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafos 59.

<sup>87</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 69.

controversia deberá aplicar el mencionado artículo 12 si es que el fundamento esencial de la reclamación es una de carácter contractual.<sup>88</sup>

Para Las Filipinas es muy poco probable que un Estado tenga la intención de hacer una oferta de un arbitraje bajo la Convención del CIADI, a una parte contractual respecto de controversias contractuales, cuyo contrato se encuentra regulado por su ley nacional y contiene una elección de foro expresa y exclusiva.<sup>89</sup>

Con respecto a la cláusula paraguas contemplada en el artículo X (2) del APPI, Las Filipinas considera que la interpretación de SGS debilita la protección sustantiva contenida en los artículos III a VI del APPI, toda vez que el demandante no requiere acreditar elementos adicionales para someter su reclamación ante un tribunal internacional, sino que le basta con argumentar un incumplimiento de contrato comercial privado por parte del Estado para estar en condiciones de perseguir sus reclamaciones ante un foro internacional.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 71 y 73.

<sup>89</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 73.

<sup>90</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 76.



### 3.3. La decisión del tribunal

De acuerdo a los antecedentes presentados por las partes, el tribunal estimó que los puntos sobre los cuales debe pronunciarse son, entre otros:

- a) Sí la denominada cláusula paraguas contemplada en el artículo X (2) del APPI le otorga jurisdicción al tribunal sobre reclamaciones esencialmente contractuales;
- b) Sí la descripción general establecida en el artículo VIII (1) del APPI sobre disputas relativas a inversiones abarcan reclamaciones de carácter contractual;
- c) Sí acaso el tribunal puede o debe ejercer jurisdicción en el caso, sin perjuicio de la cláusula de jurisdicción exclusiva del artículo 12 del *CISS Agreement* y;
- d) Sí el tribunal tiene jurisdicción sobre las reclamaciones por incumplimiento del APPI, independientemente del *CISS Agreement*, bajo los artículos IV y/o VI del APPI.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 92.

El tribunal, al interpretar la disposición contenida en el artículo X (2) del APPI concluye que dicho precepto establece la obligación para las Partes Contratantes de cumplir con cualquier obligación legal que haya asumido, o que en el futuro asuma, respecto a inversiones específicas cubiertas por el APPI. El artículo X (2) fue adoptado en el marco del APPI, por lo tanto debe ser leído de una forma que sea efectivo en dicho marco.<sup>92</sup> Por lo tanto, la interpretación que se debe hacer de dicho artículo debe ser en concordancia con los objetivos y propósitos del APPI, que es un Tratado para la promoción y protección recíproca de las inversiones y estima legítimo resolver incertezas a través de una interpretación favorable a la protección de las inversiones cubiertas.<sup>93</sup>

El tribunal concordó con la afirmación del tribunal del caso SGS con Pakistán, respecto a que el efecto de una interpretación amplia de la cláusula paraguas anularía todas cláusulas de solución de controversias negociadas en los contratos particulares y que podría involucrar una internacionalización a gran escala de contratos domésticos o nacionales. Sin embargo, no comparte la

---

<sup>92</sup>Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 115.

<sup>93</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 116.

idea que dicho efecto se produce por la adopción de una interpretación amplia del artículo X (2).<sup>94</sup>

En este sentido, para el tribunal, el artículo X (2) no se refiere al alcance de los compromisos adquiridos con respecto a inversiones específicas, sino que más bien al cumplimiento de tales obligaciones, una vez que han sido contraídas. **El efecto de la cláusula paraguas no es el de transformar las disposiciones de un contrato en una obligación internacional, sino que el respeto de dicho contrato constituye una obligación bajo el tratado.** Por lo tanto, para el tribunal la interpretación adecuada o correcta del artículo X (2) consiste en que dicho artículo busca el otorgamiento de garantías a los inversionistas extranjeros con respecto al cumplimiento o ejecución de las obligaciones asumidas por parte del Estado receptor bajo su propia ley relativa a inversiones específicas.<sup>95</sup>

En resumen, el artículo X (2) incluye compromisos u obligaciones que surgen en virtud de contratos contraídos por el Estado receptor. En este caso, la obligación básica del Estado consiste en pagar lo debido de acuerdo al

---

<sup>94</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 123.

<sup>95</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 126.

contrato. Pero, esta obligación no significa que la determinación del monto que deberá pagar Las Filipinas sea objeto de un Tratado. El alcance de la obligación se encuentra regulado por el contrato y sólo puede ser determinado por el mismo contrato.<sup>96</sup>

En segundo lugar, el artículo VIII del APPI establece el mecanismo de solución de controversias entre una Parte Contratante y el inversionista de de la otra Parte Contratante, en donde se otorga a elección del inversionista la posibilidad de recurrir ante las corte nacionales ó ante un arbitraje internacional. Para el tribunal, esta disposición es una de carácter general que permite el someter toda clase de controversias al mecanismo contemplado en el APPI, ya que **el término “disputas relativas a inversiones” no está limitado a ninguna referencia o a una clasificación legal de la reclamación, esto es, una disputa por expropiación y una disputa que surja de un contrato, como el *CISS Agreement*, constituirían una “disputa relativa a inversiones”**.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 127.

<sup>97</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafos 130 y 131.

Para el tribunal, todas las opciones de foro establecidas en el artículo VIII (2) del APPI, tienen la facultad de aplicar la ley del Estado receptor, incluyendo la ley del contrato. Además, si los Estados Partes en el APPI hubiesen querido limitar el alcance del arbitraje inversionista-Estado sólo para incumplimiento de estándares sustantivos contemplados en el APPI, lo hubiesen hecho de forma expresa.<sup>98</sup>

Con todo, el tribunal señaló que por definición, las inversiones se materializan a través de contratos u otros acuerdos con el Estado receptor, por lo que ambos conceptos estarían relacionados. Entonces, la frase “disputas relativas a inversiones” incluye normalmente a las disputas contractuales, al igual que la frase “diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión” contemplada en el artículo 25 (1) de la Convención del CIADI. Incluso, en otros APPI’s, cuando se quiere limitar el arbitraje inversionista-Estado a reclamaciones por incumplimiento de estándares internacionales, se hace expresamente.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 132.

<sup>99</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 132.

Entonces, para el tribunal, la interpretación del artículo VIII en su contexto y de acuerdo a su objetivo y propósito consiste en que, en principio, SGS tiene la posibilidad abierta de someter la disputa contractual bajo el arbitraje del CIADI, de acuerdo al artículo VIII (2) del APPI.<sup>100</sup>

En tercer lugar, en relación a la elección de foro establecida en *C/SS Agreement*, el tribunal señaló que a priori, el artículo 12 del contrato constituye una obligación recíproca para las partes de recurrir a las cortes regionales de Las Filipinas. Claramente, lo sustantivo de la reclamación de SGS, esto es, el pago de los servicios bajo el contrato, se encuentra comprendido dentro del alcance del artículo 12.<sup>101</sup> Para el tribunal el principio básico es que una cláusula de jurisdicción exclusiva y vinculante en un contrato debe ser respetada, a menos que sea anulada por otra disposición válida.<sup>102</sup>

En este caso, frente a la pregunta de si acaso el APPI o la Convención del CIADI otorgan el derecho a los inversionistas de someter reclamaciones contractuales bajo el APPI, sin perjuicio de la cláusula de elección de foro del

---

<sup>100</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 135.

<sup>101</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 137.

<sup>102</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 138.

contrato, se debe analizar lo establecido el artículo VIII (2) del APPI y verificar si es que dicho artículo tiene la intención de anular una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato, con respecto a reclamaciones contractuales. En este sentido para el tribunal el artículo VIII es una disposición general, aplicable a las inversiones en general, el APPI no fue negociado teniendo en consideración alguna inversión específica o contrato, por lo que no es posible considerar que dicha disposición produce el efecto de anular disposiciones específicas en contratos particulares, negociados libremente por las partes.<sup>103</sup>

Por dichas razones, en opinión del tribunal, el APPI no tiene la intención de anular la cláusula de jurisdicción del *CISS Agreement*, o de otorgarle una opción alternativa para resolver reclamaciones contractuales a SGS, las cuales se deben someter a las cortes regionales de Las Filipinas.<sup>104</sup>

En suma, el tribunal estableció que su jurisdicción se encuentra determinada por lo establecido en el APPI y la Convención del CIADI, sin embargo, el tribunal no debe ejercer su jurisdicción sobre reclamaciones

---

<sup>103</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafos 139 a 141.

<sup>104</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafos 142 y 143.

contractuales cuando las partes acordaron en como dichas reclamaciones deben ser resueltas, de forma exclusiva por aplicación del *CISS Agreement*.

Con respecto las reclamaciones presentadas por SGS relativas a el incumplimiento de disposiciones establecidas en el APPI, el tribunal señaló que, la presente disputa es una disputa que se trata de la cantidad de dinero que se debe pagar bajo un contrato, en principio no existe una violación de alguna de las obligaciones contenidas en el APPI, toda vez que no existe una expropiación porque la deuda aún existe y el derecho a percibir intereses respecto de dicha deuda persiste. Ahora bien, con respecto a la disciplina de trato justo y equitativo, es posible señalar que una denegación injustificada de pagar sumas de dinero adeudadas bajo un contrato al parecer podría constituir una violación frente al artículo IV del APPI. Por lo tanto, el tribunal estima que tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones presentadas por SGS relativas al incumplimiento del APPI, con respecto a los artículos X (2) y IV.<sup>105</sup>

Por las razones señaladas anteriormente, el tribunal, finalmente determino que SGS había realizado una inversión de acuerdo al artículo II del APPI y la controversia se origina con respecto a dicha inversión y proviene directamente de esta. Por otra parte, de acuerdo al artículo X (2) del APPI, el

---

<sup>105</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafos 161 a 163.



demandado está obligado a pagar la suma de dinero que corresponda según el *CISS Agreement*, pero la determinación de dicha suma se debe hacer de acuerdo a los procedimientos establecidos en dicho contrato. Por otra parte, de acuerdo al artículo VIII (2) del APPI el tribunal tiene jurisdicción sobre las reclamaciones contractuales basadas en el *CISS Agreement*, aunque no involucre un incumplimiento de estándares sustantivos del APPI.<sup>106</sup>

La demandante alegó que el incumplimiento de la obligación de pagar derivada del contrato, constituía una violación del APPI, específicamente de los artículos X (2) y IV. Pero, que por el artículo 12 del *CISS Agreement*, le

---

<sup>106</sup> Sin embargo, el tribunal estimó que dicha reclamación contractual es inadmisibles por aplicación de la cláusula de jurisdicción exclusiva contemplada en el artículo 12 del *CISS Agreement*. Esta situación constituye una cuestión distinta a la jurisdicción del tribunal, toda vez que se declaró competente para conocer de las reclamaciones contractuales, pero que en atención al arbitraje pendiente constituido bajo los términos del contrato, no podía conocer de dichas reclamaciones. Con todo, el laudo no fue dictado en forma unánime y la opinión disidente del profesor Crivellaro sigue esta línea de argumentación, al señalar que “el artículo 12 del contrato se refiere a disputas relacionadas con dicho acuerdo o contrato. En este caso, SGS alegó que el demandado ha violado el artículo X (2) del APPI, por lo que, la demanda no está dentro de la cobertura del artículo 12 del *CISS Agreement*, y el tribunal ha aceptado su jurisdicción con respecto a incumplimientos contractuales bajo el artículo X (2) del APPI. En consecuencia, consideró que la demanda de SGS es totalmente admisible ante el tribunal, ya que la jurisdicción proviene precisamente del artículo X (2) del APPI, no existía razón alguna para que el mismo tribunal fuera el que conociera en la fase de méritos el monto a pagar solicitado en la demanda de SGS. Con todo, en virtud de la aplicación de la cláusula paraguas contenida en el APPI, consideró que el tribunal tenía jurisdicción para conocer ambos tipos de reclamaciones o demandas, sean que estuvieran fundadas en incumplimientos del APPI o en incumplimientos de un contrato”. Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Declaración professor Crivellaro.

corresponde a las cortes de Las Filipinas determinar el monto a pagar, a menos que las partes logren un acuerdo. Por lo que el tribunal se encuentra en la situación de determinar la responsabilidad de Las Filipinas bajo los artículo X (2) y IV del APPI, lo que se enmarca dentro del ámbito de su jurisdicción, se encuentra sujeto a la determinación de las cortes locales de Las Filipinas con respecto al monto total adeudado por el demandado.<sup>107</sup>

En tales circunstancias, el tribunal concluyó que el monto total a pagar bajo el *CISS Agreement*, sea determinado por acuerdo entre las partes o por decisión de las cortes locales de Las Filipinas, no requiere de una nueva presentación de una demanda o reclamación ante el CIADI, por parte de SGS, ya que dicha reclamación se enmarca dentro de la demanda ya presentada por SGS ante el tribunal. Por lo tanto, el tribunal consideró que debe detener el procedimiento, mientras exista una decisión pendiente relativa a la determinación del monto total a pagar.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 174.

<sup>108</sup> Caso CIADI No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines. Párrafo 175.

#### **4. Consideraciones finales.**

En la sección anterior fueron revisados en detalle los casos de SGS con Pakistán y con Las Filipinas, tanto los argumentos de cada una de las partes como las decisiones dictadas por los tribunales arbitrales respectivos.

Ahora, frente a la pregunta planteada al inicio del presente capítulo, esto es, ¿Sí acaso un tribunal arbitral internacional, constituido bajo un acuerdo o tratado de inversiones, tiene o no jurisdicción para conocer de demandas por un incumplimiento contractual entre un inversionista extranjero y un Estado?

Cabe hacer presente que los laudos aparecen como decisiones contradictorias, lo que no posibilita tener una respuesta definitiva a dicha pregunta. Entonces, para intentar dar una respuesta resulta fundamental analizar cuales fueron las consideraciones de cada uno de los tribunales, al momento de dictar el laudo arbitral.

En primer lugar cabe señalar que ambos laudos tienen, a lo menos, un elemento fundamental en común que dice relación con que ambos tribunales se declararon competentes para conocer de las reclamaciones de SGS respecto a la violación de los APPI's respectivos y que la circunstancia que dichas reclamaciones estuviesen basadas en incumplimientos contractuales, no afectó

dicha decisión. Con todo, ambos tribunales fueron enfáticos en señalar que no todo incumplimiento contractual equivale automáticamente a un incumplimiento de derecho internacional y que por otra parte en caso que exista un incumplimiento contractual no implica que siempre va a haber un incumplimiento del derecho internacional.

Entonces, como primer elemento es posible afirmar que, en ambos casos, no existen dudas que un tribunal arbitral, constituido de acuerdo a las disposiciones de un APPI, tiene jurisdicción sobre reclamaciones de violaciones de un APPI, sin importar que dichas reclamaciones se originen precisamente por un incumplimiento contractual. Esto quiere decir, que el tribunal arbitral tiene y tendrá jurisdicción para conocer todas las disputas originadas por el incumplimiento de un contrato, que a su vez constituyan una violación de alguno de los estándares contenidos en el Tratado. En este sentido, en opinión de Stanimir Alexandrov no cabe duda que, bajo el derecho internacional, se encuentra reconocido que la privación de los derechos contractuales de un inversionista extranjero constituye una expropiación o una medida que produce efectos equivalentes y que la inobservancia por parte de un Estado en el cumplimiento de sus compromisos contractuales con un inversionista extranjero

puede constituir una violación del estándar de derecho internacional del trato justo y equitativo.<sup>109</sup>

Incluso, la declaración de jurisdicción por parte de ambos tribunales fue adoptada a pesar de la existencia de una cláusula de elección de foro en el contrato respectivo a cada caso. Esto quiere decir, que en la medida que existe un incumplimiento del APPI o Tratado, sea que este incumplimiento se origine a su vez por un incumplimiento contractual y que dicho contrato establece una cláusula específica de solución de controversias, el tribunal constituido en virtud de las disposiciones del APPI va a tener siempre jurisdicción, en la medida en que dichas violaciones generen un incumplimiento de los compromisos del APPI sin tomar en consideración la cláusula de elección de foro en el contrato.

De ahí se sigue que, por ejemplo, el tribunal en SGS con Pakistán decidió conocer de las reclamaciones del incumplimiento del APPI aunque existía un procedimiento paralelo amparado por la cláusula de elección de foro contractual. En adición, el tribunal en SGS con Las Filipinas mantuvo la misma lógica al señalar que tenía jurisdicción para conocer de las reclamaciones presentadas por SGS relativas al incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo.

---

<sup>109</sup> Alexandrov, Stanimir “Breaches of Contract and Breaches of Treaty”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.5 No.4, Agosto 2004, p.559 y 560.

De la misma forma argumentó el tribunal en el caso de Noble Ventures con Rumania, en el que señaló que “...Cabe además añadir que, en el supuesto que un incumplimiento contractual a nivel municipal, ocasiona al mismo tiempo la violación de uno de los principios ya existentes, bien en el derecho internacional consuetudinario o en el derecho de los tratados entre el Estado receptor y el Estado de la nacionalidad del inversionista, esta infracción ocasionará la responsabilidad internacional del Estado receptor. Pero esa responsabilidad coexistirá con la responsabilidad creada a nivel municipal y cada uno de ellas seguirá siendo válida independientemente de la otra, una situación que refleja aún más la autonomía respectiva de los dos sistemas jurídicos (interno e internacional), cada uno con respecto al otro...”<sup>110</sup>

Con todo, esta afirmación no resulta muy aclaratoria para responder la pregunta formulada, toda vez que cuando se señala que un tribunal es competente para conocer de las demandas por incumplimiento contractual, si es que dicho incumplimiento contractual equivale, al mismo tiempo, un incumplimiento del APPI, no se quiere decir que el tribunal tiene jurisdicción para conocer de la demanda por incumplimiento contractual propiamente tal, sino que el tribunal tendrá jurisdicción para conocer de la controversia, si es que

---

<sup>110</sup> Caso CIADI No. ARB/01/11 Noble Ventures Inc. v Republico f Romania. Párrafo 53.

las medidas adoptadas por el Estado que originan la violación o incumplimiento del contrato, configuran a su vez un incumplimiento del APPI. Es una cuestión distinta afirmar que el tribunal tiene o no jurisdicción para conocer de las demandas por incumplimiento contractual. Entonces, la circunstancia que un inversionista pueda presentar una demanda contractual basada en los mismos hechos que la demanda por incumplimiento del Tratado no significa que el inversionista haya presentado en realidad dicha demanda y peor aún, que el tribunal tenga jurisdicción para conocer de tal demanda contractual. El tribunal sólo conoce de una demanda por incumplimiento de un Tratado sólo en la medida en que los actos alegados vulneren los compromisos de dicho Tratado. Bajo este escenario, resulta anecdótico para los efectos de determinar la jurisdicción del tribunal, si que es que dichos actos alegados generan a su vez el incumplimiento de un contrato. En rigor, el tribunal bajo este supuesto no conoce del incumplimiento contractual propiamente tal.

En conclusión, este primer elemento no ayuda a clarificar la pregunta sobre la jurisdicción del tribunal para conocer de demandas contractuales, aunque esta situación es esencial para tener un despejado análisis de las cláusulas paraguas.

En segundo lugar, los tribunales tuvieron que analizar la cláusula de jurisdicción contenida en el APPI para determinar si dicha cláusula comprendía

dentro de su cobertura a las reclamaciones por incumplimiento contractual. En ambos casos la cláusula de jurisdicción se encontraba redactada en términos amplios haciendo referencia a las disputas sobre inversiones. Sin embargo, ambos laudos emitieron decisiones distintas al respecto.

El tribunal en el caso SGS con Las Filipinas señaló que no es plausible pensar que el lenguaje general establecido en el APPI relacionado con todas las disputas en inversiones, debe ser limitado porque en algunos contratos de inversiones las partes estipularon cláusulas exclusivas de jurisdicción distintas al APPI y por esa razón, el tribunal concluyó que era una facultad de SGS someter la disputa ante el arbitraje del CIADI, de acuerdo al artículo VIII(2) del APPI o someterla al tribunal establecido en el contrato.

Por otra parte, el tribunal en el caso SGS con Pakistán señaló que reconocían que las disputas por reclamaciones del APPI y las disputas por reclamación del contrato pueden estar comprendidas dentro del término disputas relacionadas con las inversiones, pero que por sola esa descripción no consideran que la intención de las Partes en el APPI fue incluir a las reclamaciones contractuales dentro de la cobertura de la cláusula de jurisdicción de dicho APPI. Por lo tanto, señaló que no tenía jurisdicción para conocer de las reclamaciones contractuales presentadas por SGS.



Sin embargo, como se revisará más adelante, el análisis de si las cláusulas de jurisdicción de los APPI comprende o no a los contratos no produce efecto alguno, si es que estamos en presencia de una cláusula paraguas, porque el efecto que produce dicha cláusula es permitir que el tribunal formado de acuerdo al APPI, tenga jurisdicción para conocer de las reclamaciones contractuales.

En tercer lugar, se debe analizar la situación en la cual existe una cláusula paraguas en el APPI y cuales son sus efectos frente al incumplimiento contractual por parte de un Estado Parte de dicho APPI, toda vez que será el tribunal internacional constituido de acuerdo a las disposiciones del APPI, quien deberá responder a dicha pregunta y por lo tanto interpretar la cláusula paraguas respectiva. En efecto, en este tema específico es donde los tribunales de los casos de SGS con Pakistán y Las Filipinas llegaron a conclusiones distintas y contradictorias.

Cabe reiterar que bajo el derecho internacional consuetudinario se ha aceptado que los Estados incurren en responsabilidad internacional, cuando la violación del contrato constituye una clara y discriminatoria desviación de la ley aplicable del contrato o de los principios reconocidos por los principales sistemas legales del mundo. También se ha aceptado como constitutivo de responsabilidad internacional la situación en que un Estado termina un contrato

a través del ejercicio de sus facultades o poderes soberanos en vez de algún derecho establecido en el contrato o cuando han imposibilitado al inversionista extranjero el acceso a la solución de controversias establecida en el contrato y que finalmente, privan al inversionista extranjero de toda posibilidad de hacer valer sus derechos contractuales.<sup>111</sup>

Tomando en consideración lo señalado en el párrafo anterior, ¿Cuál sería la función de las cláusulas paraguas? La función de las cláusulas paraguas consiste en elevar todo incumplimiento contractual en un incumplimiento del tratado, toda vez que a través de dicha cláusula se establece como un estándar internacional la obligación del Estado de respetar sus compromisos asumidos en el marco contractual.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, el tribunal en el caso SGS con Pakistán se rehusó a darle dicho efecto a la cláusula paraguas contemplada en el artículo 11 del APPI entre Suiza y Pakistán, toda vez que señaló que dicha cláusula no transforma las reclamaciones por incumplimiento contractual en reclamaciones por incumplimiento del tratado, a pesar que el artículo 31 de la Convención de Viena sugiere la interpretación contraria. El tribunal mostró su preocupación por dicha interpretación ya que en caso de acogerla extendería el

---

<sup>111</sup> Alexandrov, Stanimir “Breaches of Contract and Breaches of Treaty”, Journal of World Investment & Trade, Vol.5 No.4, Agosto 2004, p.564 y 565.

ámbito de aplicación de la protección del APPI más allá de la intención original de los Estados Parte y más allá de lo que el tribunal estaba dispuesto a aceptar. El tribunal señaló que de otorgar efecto a la cláusula paraguas sería muy dañino para las partes y optó por no considerar la interpretación correcta de la cláusula paraguas por otras razones distintas a las legales.

En cambio, el tribunal en el caso SGS con Las Filipinas se vio enfrentado a una cláusula paraguas similar contemplada en el artículo X (2) del APPI suscrito entre Suiza y Las Filipinas y concluyó que la cláusula paraguas eleva las reclamaciones de SGS sobre incumplimiento contractual en reclamaciones por incumplimiento del tratado, toda vez que para el tribunal si el Estado receptor no cumple en respetar sus compromisos vinculantes, incluyendo los compromisos contractuales, que ha asumido con respecto a inversiones específicas, estaría violando las disposiciones del APPI. Para el tribunal dicha interpretación es consistente con la intención de los Estados Contratantes y con el objetivo propósito del APPI, que es el de promoción y protección de las inversiones.

A mayor abundamiento, para el tribunal la cláusula paraguas protege los compromisos específicos asumidos por el Estado, con respecto a inversiones específicas y que aunque un incumplimiento contractual no provoca la

responsabilidad internacional del Estado, nada prohíbe a los Estados acordar lo contrario a través de la inclusión de las cláusulas paraguas en sus APPI's.

Finalmente, el tribunal concluyó que la cláusula paraguas no internacionaliza los contratos de inversiones automáticamente transformándolos en obligaciones del tratado, como era la preocupación del tribunal en SGS con Pakistán, esto es, no modifica las cuestiones de derecho contractual en cuestiones de derecho internacional, no modifica la legislación aplicable al contrato, no modifica el contenido de la obligación contractual; sino que modifica el desempeño de dichas obligaciones contractuales una vez que se encuentra establecida la obligación. Y que por lo tanto la presencia de una cláusula paraguas en el APPI, establece una obligación sustantiva que exige a los Estados la observancia de sus compromisos contractuales asumidos con los inversionistas extranjeros.

En suma, frente a la pregunta ¿Sí acaso un tribunal arbitral internacional, constituido bajo un acuerdo o tratado de inversiones, tiene o no jurisdicción para conocer de demandas por un incumplimiento contractual entre un inversionista extranjero y un Estado?

La respuesta sería afirmativa en los casos que el APPI contenga una cláusula paraguas, toda vez que el efecto de dicha cláusula consiste

precisamente en que obliga a los Estados a respetar todos los compromisos asumidos con los inversionistas extranjeros, dentro de los cuales se encuentran los contratos y hace que dicha obligación sea un estándar internacional que el Estado debe cumplir en el marco del APPI y en consecuencia, el tribunal internacional creado de acuerdo a la reglas de dicho APPI tendrá jurisdicción para conocer de la controversia y determinar si dicho estándar ha sido violado o no.

## **5. Otros laudos arbitrales**

Sin perjuicio de haber analizado los dos casos más importantes con respecto a las cláusulas paraguas, sobre todo tomando en consideración que, en ambos casos los hechos eran bastante similares, e incluso en el derecho aplicable existían similitudes, toda vez que involucraba al mismo demandante, SGS y dos APPI's suscritos por Suiza, uno con Pakistán y otro con Las Filipinas; existen una serie de laudos arbitrales que hacen referencia a una cláusula paraguas que acogen la procedencia de la misma y otros laudos que no lo hacen, es decir, unos laudos que siguen la decisión de SGS con Pakistán y otros que recogen los argumentos del laudo de SGS con Las Filipinas.

Los primeros laudos serán denominados laudos de interpretación restringida y los segundos serán denominados de interpretación amplia.

## 5.1. Interpretación restringida

Estas decisiones o laudos arbitrales mantienen el enfoque adoptado por SGS con Pakistán y los casos más importantes son Salini con Jordania, Joy Mining con Egipto y El Paso Energy International Company con Argentina. En el primero de ellos, Salini con Jordania el tribunal estimó que no existía una cláusula paraguas en el APPI suscrito entre Italia y Jordania y por lo tanto desechó los argumentos de la parte demandante, toda vez que el lenguaje utilizado no era constitutivo de dicha cláusula. El tribunal señaló que “...cada Parte Contratante no se comprometió a cumplir cualquier obligación, que haya asumido con anterioridad con respecto a inversiones específicas de los inversionistas de la otra Parte Contratante, como si lo hizo Las Filipinas. Ni siquiera se comprometió a garantizar la observancia de los compromisos que haya asumido con anterioridad con respecto a inversiones específicas de los inversionistas de la otra Parte Contratante, como si lo hizo Pakistán. Tan sólo se comprometió para crear y mantener un marco legal apto para garantizar el cumplimiento de sus compromisos que haya asumido con respecto a cada inversionista específico...”<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> Caso CIADI No. ARB/02/13, Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v Hashemite Kingdom of Jordan. Párrafo 126.

En el caso de Joy Mining con Egipto, el tribunal agrego al razonamiento del laudo de SGS con Pakistán, que "...en este contexto, no se puede sostener que una cláusula paraguas establecida en el tratado, y no una muy prominente, pueda tener el efecto de transformar todas las disputas contractuales en disputas de inversiones bajo el tratado, a menos que exista una clara violación de los derechos y obligaciones del tratado o una violación de los derechos contractuales que haya sido del tal magnitud que origen la protección del tratado, el cual no es el caso. La conexión entre el contrato y el tratado es el eslabón perdido que evita dicho efecto. Podría ser perfectamente distinto en los casos en que dicho eslabón es encontrado, pero con certeza este no es el caso...".<sup>113</sup> En este caso el tribunal estimó que, a pesar que existe una inversión y que la evidencia demostraba que todas las reclamaciones eran contractuales y que no habían reclamaciones basadas en el APPI, no tenía jurisdicción. Esencialmente, las razones del tribunal fueron que las circunstancias del caso involucraban solamente elementos comerciales.

Finalmente, en el caso El Paso con Argentina el tribunal señala que "...es especialmente claro que la cláusula paraguas no extiende su competencia a todo reclamo contractual, cuando dicho reclamo no se basa en una violación de los niveles de protección del TBI...en otras palabras el tribunal, haciendo suya la interpretación dada primero a la cláusula paraguas en la decisión del caso

---

<sup>113</sup> Caso CIADI No. ARB/03/11, Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt. Párrafo 81.

SGS c. Pakistán, confirma lo ya afirmado, a saber: que tiene competencia sobre reclamos basados en el tratado y que no puede conocer de reclamos estrictamente contractuales que no entrañen violaciones de los niveles de protección del TBI...”.<sup>114</sup>

## 5.2. Interpretación amplia

Dentro de esta categoría de laudos arbitrales, podemos encontrar aquellos laudos que siguieron la interpretación adoptada por el tribunal de SGS con Las Filipinas, dentro de los cuales encontramos el caso de Sempra Energy International con Argentina, Eureka B.V. con Polonia y Noble Ventures con Rumania.

En el caso Sempra con Argentina, el tribunal determinó que “...El hecho de que el Tratado también establezca como garantía específica una cláusula general como la del Artículo II (2) (c) (“*umbrella clause*”), obligando al respeto de los compromisos contraídos respecto de la inversión, establece un vínculo

---

<sup>114</sup> Caso CIADI No. ARB/03/15, El Paso Energy International Company v. Argentine Republic. Párrafos 84 y 85.



todavía más estrecho entre el contrato, el contexto de la inversión y el Tratado...”.<sup>115</sup>

Por otra parte, el caso Eureka B.V. con Polonia, el tribunal estableció que “... el significado sencillo – el significado ordinario – de una disposición que prescribe que un Estado debe cumplir cualquier obligación que haya asumido con respecto a ciertas inversiones extranjeras, no es oscuro. La frase “deberá cumplir” es imperativa y categórica. “cualquier” obligación es capciosa; significa no sólo obligaciones de cierto tipo, sino que “cualquier” obligación y por decir, todas las obligaciones que haya asumido con respecto a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante...”.<sup>116</sup>

Finalmente, el tribunal en el caso Noble Ventures con Rumania, el tribunal señaló que “...en el interés de conseguir los objetivos y metas del tratado, el Estado receptor puede incurrir en responsabilidad internacional por razones de incumplimiento de sus obligaciones contractuales...el incumplimiento contractual se ha “internacionalizado”, i.e. asimilado a un incumplimiento del tratado...”.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Caso CIADI No. ARB/02/16 Sempra Energy International v. Argentine Republic. Párrafo 101.

<sup>116</sup> Eureka B.V. v Republic of Poland. Párrafo 246. en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Eureka-PartialAwardandDissentingOpinion.pdf>

<sup>117</sup> Caso CIADI No. ARB/01/11 Noble Ventures Inc. v Republic of Romania. Párrafo 88.

## **CAPITULO IV: CONCLUSIONES**

Los Estados celebran Acuerdo Bilaterales sobre Inversiones con el propósito de otorgar a los inversionistas extranjeros de todas las garantías y protecciones para sus inversiones, específicamente esta clase de acuerdos busca otorgar certeza jurídica a las inversiones extranjeras. En el caso de Chile, este país ha celebrado numerosos Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y Capítulos de Inversiones en el marco de los Tratados de Libre Comercio. Por regla general, estos Acuerdos de Inversiones le otorgan al inversionista extranjero la posibilidad de recurrir ante un tribunal arbitral internacional en caso de incumplimiento de alguna de las disposiciones contenidas en dicho acuerdo.

Ahora bien, en varios de estos acuerdos aparecen, aproximadamente en 10 Acuerdos de Inversiones, unas cláusulas, denominadas por la jurisprudencia y doctrina internacional como “cláusulas paraguas”; el objeto de dichas cláusulas ha sido materia de discusión pero, sin embargo, es posible señalar que la mayoría estima que éstas cláusulas imponen la obligación para los Estados de cumplir con todos sus compromisos para con los inversionistas extranjeros, esto quiere decir que, entre otros, el Estado está obligado

internacionalmente a cumplir con sus obligaciones contractuales con dichos inversionistas.

En consecuencia, a través de la incorporación de dichas cláusulas se extiende la cobertura del arbitraje Inversionista – Estado exponencialmente a todas las disputas que se relacionen con las inversiones y no sólo a las controversias por incumplimiento del APPI, ya que estas cláusulas transforman las obligaciones contractuales en obligaciones del tratado y por lo tanto su inobservancia puede generar la responsabilidad internacional del Estado.

A pesar que no existe una opinión unánime, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con respecto a las cláusulas paraguas, la inclusión de dichas cláusulas en los acuerdos internacionales de inversión, potencialmente puede generar un efecto nocivo para los Estados y en especial para el caso de Chile, toda vez que le estaría otorgando jurisdicción a los tribunales internacionales para conocer prácticamente, cualquier tipo de controversia relaciona a las inversiones. Bastaría, por ejemplo, con que una municipalidad incumpliera un simple contrato con un inversionista extranjero para que el Estado tuviera responsabilidad internacional frente a dicho incumplimiento.

En este sentido, se amplía el ámbito de cobertura de esta clase de acuerdos en tal magnitud que desequilibra la balanza a favor del inversionista

extranjero a través de la disminución de las facultades del Estado para su defensa, ya que, considerando la gran cantidad de contratos que día a día el Estado celebra con inversionistas extranjeros, cualquier incumplimiento contractual puede ser susceptible de ser revisado por tribunales internacionales.

En este contexto, especial relevancia adquiere el contrato de inversión extranjero establecido en el Decreto Ley 600, el cual fue creado como una herramienta para fomentar la inversión extranjera directa en Chile a través de la suscripción de un contrato de inversión extranjera entre el inversionista y el Estado de Chile, ya que en dicho contrato se otorga jurisdicción a los tribunales locales de Chile para conocer de cualquier controversia surgida entre las partes en el contrato. Sin embargo, dicha cláusula de competencia puede quedar en entredicho, por la presencia de una cláusula paraguas en los distintos APPI's suscritos por Chile, que le otorgarían la facultad al inversionista extranjero que suscribió un contrato de inversión extranjera, someter una controversia basada en el incumplimiento del contrato ante tribunales internacionales y no ante las cortes locales como lo establece el contrato.

Adicionalmente, como no existe unanimidad en la interpretación de las cláusulas paraguas no existe una claridad absoluta para determinar cuando estamos en presencia de una de estas cláusulas y tampoco existe la certeza en cuanto a los efectos de la misma. Además, que a pesar que la cláusula

paraguas ha estado dentro de los Acuerdos de Inversiones por un largo tiempo, recién hace algunos años que estas cláusulas son objeto de controversias y de arbitraje ante el CIADI y aparentemente su participación será cada vez mayor de acuerdo a la tendencia que ha ido apareciendo hasta ahora en el arbitraje y sería interesante conocer como se desarrollará la jurisprudencia en esta materia.

En este sentido, se debe atender a la forma en que se encuentra redactada la cláusula en el APPI respectivo y dicho lenguaje debe ser interpretado de conformidad a lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Entonces, la gran incertidumbre que genera dicha disposición y los potenciales riesgos que tiene al expandir el ámbito de aplicación de la cláusulas de solución de controversias Inversionista – Estado a cuestiones que originalmente no estaban previstas por el Estado para ser sometidas a tribunales arbitrales internacionales y que incluso algunas de estas materias contenían cláusulas expresas de elección de foro para los tribunales nacionales, como es el caso del contrato de inversión extranjera y los contratos de concesión de obra pública.

Desde mi perspectiva, negociar este tipo de cláusulas paraguas e incorporarlas en los Acuerdos Internacionales de Inversión, producen una gran incertidumbre para los Estados, debido a los efectos que generan, ya que incorporan una serie de compromisos específicos de los Estados para con los inversionistas extranjeros, que originalmente dicho Estado no había contemplado. Ya que el inversionista no sólo tendría el derecho de recurrir a tribunales internacionales por alguna violación de alguno de los estándares contemplados en el mismo tratado, sino que también podría recurrir a dichos tribunales por un mero incumplimiento contractual, como podría ser el retardo en el pago del precio. Aumentándose así de forma ilimitada la posibilidad que el Estado, en este caso Chile, pudiese tener responsabilidad internacional al respecto.

Chile ya incorporó estas cláusulas paraguas en sus APPI's y por tanto se encuentra expuesto a esta clase de interpretaciones de parte de los tribunales arbitrales internacionales y especialmente a las reclamaciones que puedan ser presentadas en dicho sentido, por parte de los inversionistas extranjeros. Lo que a mi juicio, constituye la mayor gravedad es que las agencias o instituciones públicas que firman contratos con los inversionistas, no tienen conocimiento de los compromisos de Chile asumidos en los APPI's, por lo que se puede generar en cualquier momento una controversia con algún inversionista. Si, además, tomamos la premisa que por regla general toda

inversión extranjera se tiende a materializar a través de la suscripción de un contrato, la potencialidad de comenzar a tener controversias Inversionista – Estado, en donde un inversionista alegue la violación de un contrato y solicite la aplicación de una cláusula paraguas, son bastante altas.

Sin perjuicio, que ya hemos incorporado dichas cláusulas en nuestros primeros acuerdos internacionales de inversión, la tendencia en el caso de Chile es a no incorporar dichas cláusulas y por tanto disminuir el riesgo que demanden el incumplimiento contractual ante tribunales internacionales, ya que en los Capítulos de Inversiones suscritos por Chile en el marco de un TLC, salvo el caso de EE.UU., no contienen una cláusula paraguas e incluso se determina claramente que el ámbito de aplicación de la cláusula de solución de controversias Inversionista – Estado es para las violaciones de alguna disposición del propio capítulo y no otros tipos de controversias.

En este sentido, mi recomendación sería que Chile debe mantener su política actual y no incorporar las cláusulas paraguas en sus acuerdos de inversión y revisar los acuerdos vigentes y buscar alguna solución frente a dichas cláusulas, buscando su eliminación de todos los acuerdos de inversión suscritos por Chile.

## **INDICE**

<b><u>INTRODUCCION</u></b> .....	1
<b>CAPITULO I: LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSION</b> .....	6
1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	6
2.- SOLUCIÓN INTERNACIONAL DE CONTROVERSIAS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA .....	9
3. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LAS INVERSIONES.....	12
3.1. Instrumentos Multilaterales.....	13
3.2. Instrumentos bilaterales.....	16
3.2.1. Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPI's). .....	16
3.2.2. Tratados de Libre Comercio .....	21
<b><u>CAPITULO II: LAS CLAUSULAS PARAGUAS. HISTORIA, EVOLUCION Y CONCEPTO</u></b> .....	25
1. Generalidades.....	25
2. ORÍGENES DE LA CLÁUSULA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y DOCTRINA .....	33
2.1. Historia de la cláusula paraguas.....	33
2.2. Doctrina internacional.....	39
3. Concepto.....	42
4. Cláusulas paraguas en los Acuerdos de Inversión suscritos por Chile.....	43
<b><u>CAPITULO III: EL EFECTO DE LAS CLAUSULAS PARAGUAS. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL</u></b> .....	49
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES .....	49
2. EL CASO SGS SOCIÉTÉ GENERALE DE SURVEILLANCE SA CON PAKISTÁN. ....	57
2.1. Los hechos .....	57
2.2- El Derecho.....	61
2.2.1. Los alegatos de SGS.....	61
2.2.2. Los alegatos y defensas de Pakistán .....	65



3. La decisión del Tribunal.....	70
3. EL CASO SGS SOCIÉTÉ GENERALE DE SURVEILLANCE SA CON FILIPINAS.....	80
3.1. Los Hechos.....	80
3.2. El Derecho.....	82
3.2.1 Los alegatos del demandante (SGS).....	82
3.2.1. Los alegatos y defensas de Las Filipinas. ....	84
3.3. La decisión del tribunal.....	89
4. CONSIDERACIONES FINALES. ....	99
5. OTROS LAUDOS ARBITRALES.....	109
5.1. Interpretación restringida.....	110
5.2. Interpretación amplia .....	112
<b><u>CAPITULO IV: CONCLUSIONES</u></b> .....	114
<b><u>INDICE</u></b> .....	120

## **Bibliografía**

### **Textos**

- 1.- Mayorga Lorca, Roberto y otros, “Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias”, página 174, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.
- 2.- Alexandrov, Stanimir “Breaches of Contract and Breaches of Treaty”, Journal of World Investment & Trade, Vol.5 No.4, Agosto 2004.
- 3.- OECD. Working papers on international investment, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, Octubre 2006.
- 4.- Draft Convention on the protection of foreign property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention”, Publicación OCDE N° 23081, Noviembre 1967.
- 5.- Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, “Bilateral Investment Treaties”, Kluwer Law International, 1995.

6.- Christoph Schreuer, "Traveling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", The Journal of World Investment & Trade, Abril 2004, Vol.5 N°2.

7.- *Emmanuel Gaillard* "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered". International Investment Law and Arbitration.

8.- SCHREUER, Christoph., "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the Vivendi I Case"

9.- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

9.- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

10.- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

### **Páginas web**

Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones y Tratados de Libre Comercio en [www.direcon.cl](http://www.direcon.cl) y [www.cinver.cl](http://www.cinver.cl)

Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por otros países en [www.unctad.org](http://www.unctad.org)

Casos Inversionista – Estado, laudos arbitrales en [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid), en [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com) y en investment treaty arbitration <http://ita.law.uvic.ca/>

Opiniones legales y documentos en [www.oecd.org](http://www.oecd.org)