

¿CUÁNDO *PACTA ES SERVANDA*?: LAS CLÁUSULAS PARAGUAS EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El debate*. III. *Implicaciones para México*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Importancia*

Las cláusulas paraguas prometen cobrar importancia para México. El motivo es triple. Entidades de la administración pública mexicana han llevado a cabo obras importantes de infraestructura en México, repletas de inversión extranjera. Segundo, la (variopinta) práctica en relación con las cláusulas paraguas. Tercero, el estatus de dicha materia: controversia e indefinición. Y México no sólo no escapa el problema, sino que lo invita.

A continuación se explicará por qué. Comenzaré por recordar lo que es una cláusula paraguas y resumir un prerrequisito conceptual (la distinción entre reclamaciones bajo tratado y bajo contrato). Describiré el debate que genera (§II), para continuar con un comentario sobre sus implicaciones para México (§III).

2. *Noción*

Muchos tratados de inversión contienen, además de las cláusulas de protección estándar, una capa adicional de protección: exigen que los Estados

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx); árbitro y abogado postulante en casos nacionales e internacionales; profesor de arbitraje, arbitraje de inversión y arbitraje deportivo en la Universidad Iberoamericana, Escuela Libre de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Universidad Panamericana. Presidente del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción. Miembro de la Corte de la *London Court of International Arbitration*, del Instituto Mexicano del Arbitraje, Club Español del Arbitraje. Árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo (*Tribunal Arbitral du Sport*). Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

anfitriones observen las obligaciones y los compromisos adquiridos frente a inversionistas extranjeros. Por ejemplo, el artículo 10(2) del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (“APRI México-Suiza”) dice:¹

Cada Parte cumplirá cualquier otra obligación que haya asumido con respecto a las inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte.

¿Qué significa dicho texto?

Esta pregunta ha mistificado a varios. Variantes de la misma han sido: ¿Significa que el Estado se hace, mediante un tratado de inversión, ‘obligado solidario’ ante el inversionista por el cumplimiento de *todas* las obligaciones relacionadas con la inversión?, ¿que el tribunal arbitral de inversión puede conocer de *cualquier* problema relacionado con la inversión?, ¿o simplemente que el Estado cumplirá las obligaciones que *directamente* adquiriera con el inversionista?

La incógnita ha dividido a varios. Y la doctrina y jurisprudencia internacional refleja la división.

A continuación se abordará, no sin antes recordar un prerrequisito conceptual necesario: la distinción entre reclamaciones contractuales e internacionales.

3. *Prolegómeno: reclamaciones bajo tratado y bajo contrato*

Solía existir duda sobre si un tribunal arbitral constituido al amparo de un tratado de inversión (“*Tribunal de Inversión*”) era competente para conocer de disputas contractuales, y si el agotamiento del mecanismo contractual aplicable a éstas (*v. gr.*, litigio local o arbitraje comercial) era un prerrequisito para continuar con la misión del Tribunal de Inversión.

El paradigma en vigor proviene del Comité *ad hoc* en *Vivendi*² que, al tener que resolver sobre la nulidad de un laudo arbitral de inversión que había determinado que carecía de competencia para ventilar cuestiones contractuales, determinó que:³

¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de agosto de 1998.

² Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. (antes Compagnie Générale des Eaux) *v.* República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/97/3, laudo de 20 de agosto de 2007, ¶101.

³ Traducción del autor de “... where “the fundamental basis of the claim” is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar

... donde “la base fundamental de la reclamación” en un tratado asentando un estándar independiente mediante el cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación del tratado... Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado... una cosa es ejercer jurisdicción contractual (presumiblemente otorgando competencia exclusiva a los tribunales administrativos de Tucumán en virtud del Contrato de Concesión) y otra es tomar en cuenta los términos de un contrato al determinar si ha habido una violación de un estándar independiente del derecho internacional, como aquél reflejado en el Artículo 3 del [Tratado de Inversión].

¿Pero qué es la ‘base fundamental de la reclamación’? La pregunta es relevante dada la posibilidad que existan petitorios similares, a veces idénticos, inclusive cuando la causa (el fundamento) cambie. Un tribunal de inversión reciente pone el dedo en la llaga:⁴

Lo que considero que es necesario es determinar si una reclamación tiene la misma *fente normativa*. Pero inclusive esta aseveración abstracta puede ser poca de guía para permitir decisiones rápidas. Las fronteras entre petitorios no siempre son claras. Cada situación debe ser analizada con discernimiento (énfasis añadido).

[What I believe to be necessary is to determine whether claimed entitlements have the same *normative source*. But even this abstract statement may hardly be said to trace a bright line that would permit rapid decision. The frontiers between claimed entitlements are not always distinct. Each situation must be regarded with discernment.]

La ‘fuente normativa’ es el alfa—mas no el omega—del análisis. Constituye un punto de partida para discernir la ‘base fundamental de la

to the application of the treaty standard... A state cannot rely on an exclusive jurisdiction clause in a contract to avoid the characterization of its conduct as internationally unlawful under a treaty... it is one thing to exercise contractual jurisdiction (arguably exclusively vested in the administrative tribunals of Tucumán by virtue of the Concession Contract) and another to take into account the terms of a contract in determining whether there has been a breach of a distinct standard of international law, such as that reflected in Article 3 of the BIT”.

⁴ Pantechniki SA Contractors and Engineers *vs.* Albania, caso CIADI No. ARB/07/21 laudo del 28 de julio de 2009 (Pantechniki *v.* Albania), ¶62.

reclamación’,⁵ que encapsula el paradigma en vigor, y ha sido seguido en casos diversos.

4. *Un ejemplo, no muy distante*

Dado que este ensayo comienza alertando sobre la importancia del tema para México, un ejemplo —que usaré a lo largo de este estudio— puede ser ilustrativo. Piénsese en una entidad de la administración pública (la “entidad”) que otorga una concesión a favor de la subsidiaria⁶ mexicana de una trasnacional para construir y desarrollar una planta regasificadora (el “inversionista”).⁷ La concesión establece un régimen sofisticado y detallado de derechos y obligaciones entre las partes, una de las cuales es someter cualquier disputa al arbitraje.⁸ La trasnacional proviene de Suiza, país con el cual México ha celebrado un tratado de inversión: el APRI México-Suiza.

Surge una disputa entre la empresa Suiza y la entidad mexicana. La disputa se materializa en dos géneros de reclamaciones: contractuales y de inversión. Las primeras versan sobre (supuestas) violaciones a la concesión por ambas partes (que por simplicidad aludiré como “reclamaciones contractuales”). Las segundas por (supuestas) violaciones por México al APRI México-Suiza como resultado de los hechos u omisiones que tuvieron lugar y que (según el inversionista) impactaron la inversión (por simplicidad: “reclamaciones internacionales” o “reclamaciones bajo tratado”).

II. EL DEBATE

Las cláusulas paraguas han generado divergencia y debate impresionante. En mi opinión, el debate no versa sobre *un* aspecto, sino varios. Por facilidad expositiva, los desmenuzaré de la siguiente manera:

⁵ El término proviene del caso Woodruff (1903) de la Comisión Mixta Estados Unidos-Venezuela (America-Venezuela Mixed Commission), y fue revitalizado en el caso Vivendi.

⁶ Esta subsidiaria fue constituida *ex profeso* para poder firmar el contrato de concesión.

⁷ El ejemplo escogido obedece a la sofisticación técnica de la materia, aunado a su requerimiento de (cuantioso) capital para llevarlo a cabo. Cualquier otro parecido es coincidencia.

⁸ Por ejemplo, dada la naturaleza y sofisticación de la relación, al Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC).

- a) Su efecto.
 - b) Su alcance jurisdiccional.
 - c) Su alcance material.
 - d) Su alcance subjetivo.
- A continuación se abordarán.

1. *El efecto*

Se cuestiona el efecto jurídico de una cláusula paraguas. Dada la distinción entre reclamaciones bajo tratado y reclamaciones contractuales, la pregunta que surge es si, por virtud de una cláusula paraguas, puede el Tribunal de *Inversión* conocer de reclamaciones *contractuales*.

A. *La diferencia jurisprudencial*

El debate sobre si una violación *contractual* puede, por virtud de la cláusula paraguas, convertirse en una violación al tratado de inversión, ha propiciado dos corrientes de opinión: a) quienes les niegan efecto, y b) quienes les dan efecto.

a. Postura escéptica

La postura de que la cláusula paraguas no tiene el efecto de convertir una violación contractual en una violación al derecho internacional encontró eco en *SGS vs. Pakistán*,⁹ *Joy Mining vs. Egipto*¹⁰ y *El Paso vs. Argentina*.¹¹

El comentario debe empezar por donde la teoría empezó: en el caso *SGS vs. Pakistán* el tribunal, aunque admitía que la postura contraria era posible, la rechazó con base en seis motivos:¹²

- i) *Textual*: una interpretación textual del tratado conllevaría una expansión ilimitada.¹³

⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI No. ARB/01/13, laudo de 6 de agosto de 2003 (*SGS v. Pakistán*).

¹⁰ *Joy Mining Machinery Limited v. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/03/11, 6 de agosto de 2004 (*Joy Mining v. Egipto*).

¹¹ *El Paso Energy International Company v. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/15, 27 de abril de 2006 (*El Paso v. Argentina*).

¹² *SGS v. Pakistán*, ¶166.

¹³ *SGS v. Pakistán*, ¶166.

- ii) *Presunción en contra*: una ‘presunción’ en contra de dicho significado dado el trasfondo de derecho internacional que una violación contractual no implica una violación a derecho internacional.¹⁴
- iii) *Efecto*: el efecto que tendría sería desplazar cláusulas de solución de disputas contenidas en contratos.¹⁵
- iv) *Geografía*: su geografía dentro del tratado de inversión. Al estar en la parte trasera del tratado, en forma no muy prominente, se rehusó a darle tanta importancia.¹⁶
- v) *Intención de las partes*: Consideró que no existían pruebas exógenas que abogaran a favor de la interpretación amplia (por ejemplo la historia de negociación o intención de las partes).
- vi) *‘Transubstanciación’*: darle la interpretación amplia convertiría los *contratos* de inversión en *tratados* de inversión.

Aunado a las (importantes) consecuencias prácticas de la interpretación expansiva, y el impacto de adoptarla ante otras protecciones sustantivas del tratado, fue persuadido en contra.¹⁷ *Joy Mining vs. Egipto* continúa con la postura, razonando que:¹⁸

No se puede sostener que una cláusula paraguas insertada en un Tratado, y no de manera muy prominente, puede tener el efecto de transformar todas las controversias contractuales en controversias de inversión bajo el Tratado, a menos que existiera una violación clara a los derechos y obligaciones del Tratado o una violación de los derechos contractuales de tal magnitud como para provocar la protección del Tratado, que no es el caso.

[it could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection, which is not the case].

¹⁴ *Ibidem*, ¶167.

¹⁵ *Ibidem*, ¶168.

¹⁶ *Ibidem*, ¶169-170.

¹⁷ Los párrafos 163 a 173 son especialmente ilustrativos. Analizan la aseveración de la parte reclamante que la cláusula tiene un efecto “elevador” o de “espejo” al hacer que las violaciones del contrato bajo derecho local se conviertan en violaciones bajo derecho internacional (el tratado de inversión). En el razonamiento pesó en forma importante el principio *in dubio pars est sequenda* (o más concisamente *in dubio mitior*).

¹⁸ *Joy Mining v. Egipto*, ¶81.

El Paso *vs.* Argentina concluyó que una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamación contractual en una reclamación bajo el tratado, puesto que ello necesariamente implicaría que *cualquier* compromiso del Estado con respecto a inversiones, inclusive los más pequeños, se transformarían en reclamaciones bajo el tratado. Y esto era una consecuencia importante. Demasiado. En sus palabras:¹⁹

En conclusión, en opinión de este Tribunal, siguiendo los importantes precedentes establecidos por Tribunales presididos por el Juez Feliciano, Juez Guillaume y el Profesor Orrego Vicuña, *una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aun los de menor importancia, se transformarían en reclamos basados en un tratado.* Estas consecuencias de gran alcance derivadas de una interpretación amplia de las denominadas cláusulas paraguas, que anula prácticamente la distinción entre orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional, han sido bien entendidas y claramente explicadas por el primer Tribunal en abordar la cuestión de la denominada “cláusula paraguas” en el caso *SGS v. Pakistán* que insistió en los problemas teóricos encarados. Sería, en verdad, extraño que la aceptación de un TBI entrañara que la responsabilidad internacional del Estado va más allá de la obligación de respetar los niveles de protección de las inversiones extranjeras incorporados en el Tratado y convirtiera al Estado responsable de las violaciones de cualquier compromiso de derecho nacional o internacional “con respecto a las inversiones”...

¹⁹ *El Paso v. Argentina*, ¶82. Traducción del autor de “[In conclusion, in this Tribunal’s view, following the important precedents set by Tribunals presided over by Judge Feliciano, Judge Guillaume and Professor Orrego Vicuña, *an umbrella clause cannot transform any contract claim into a treaty claim, as this would necessarily imply that any commitments of the State in respect to investments, even the most minor ones, would be transformed into treaty claims.* These far-reaching consequences of a broad interpretation of the so-called umbrella clauses, quite destructive of the distinction between national legal orders and the international legal order, have been well understood and clearly explained by the first Tribunal which dealt with the issue of the so-called “umbrella clause” in the *SGS v. Pakistán* case and which insisted on the theoretical problems faced. It would be strange indeed if the acceptance of a BIT entailed an international liability of the State going far beyond of the obligation to respect the standards of protection of foreign investments embodied in the Treaty and rendered it liable for any violation of any commitment in national or international law «with regard to investments»...”

It is the firm conviction of this Tribunal that the investors will not use appropriate restraint —and why should they?— if the ICSID tribunals offer them unexpected remedies. The responsibility for showing appropriate restraint rests rather in the hands of the ICSID tribunals”.

Este Tribunal tiene la firme convicción de que los inversores no usarán la debida moderación —¿y no tendría por qué hacerlo?— si los tribunales del CIADI les brindan recursos inesperados. La responsabilidad de mostrar la debida moderación recae más bien en los tribunales CIADI.

Como puede verse, el razonamiento de la postura escéptica es doble. Primero, dudar que el efecto buscado por los inversionistas es (era) el deseado por las partes contratantes al incluir dicha cláusula en su texto. Segundo, preocupación sobre el efecto de llegar a dicha conclusión, el cual se tilda genéricamente como ‘demasiado’ grande.

b. La cláusula paraguas significa lo que dice

La postura a favor de considerar que la cláusula paraguas sí tiene por efecto convertir violaciones a contratos en violaciones de tratados de inversión fue seguida por *SGS vs. Filipinas*,²⁰ *Eureko vs. Polonia*,²¹ *Noble Ventures vs. Rumania*²² y *Enron vs. Argentina*.²³

En *SGS vs. Filipinas* comenzó por diferir de su (único, en aquel entonces) antecesor (*SGS vs. Pakistán*) indicando:²⁴

... con frecuencia será el caso que un Estado anfitrión asume la obligación con respecto a inversiones específicas al momento de entrada, incluyendo inver-

²⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/02/6, 29 de enero de 2004 (*SGS v. Filipinas*).

²¹ *Eureko B.V. v. República de Polonia*, Tribunal Arbitral ad hoc, laudo de 19 de agosto de 2005 (*Eureko v. Polonia*).

²² *Noble Ventures, Inc. v. Rumania*, caso CIADI No. ARB/01/11, laudo de 12 de octubre de 2005 (*Noble Ventures v. Rumania*).

²³ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/3, laudo de 14 de enero de 2004 (*Enron v. Argentina*).

²⁴ *SGS v. Filipinas*, ¶117. Traducción del autor de “... it will often be the case that a host State assumes obligations with regard to specific investments at the time of entry, including investments entered into on the basis of contracts with separate entities. Whether collateral guarantees, warranties or letters of comfort given by a host State to induce the entry of foreign investments are binding or not, i.e. whether they constitute genuine obligations or mere advertisements, will be a matter for determination under the applicable law, normally the law of the host State. But if commitments made by the State towards specific investments do involve binding obligations or commitments under the applicable law, it seems entirely consistent with the object and purpose of the BIT to hold that they are incorporated and brought within the framework of the BIT by Article X(2)”.

siones realizadas en base a contratos con entidades distintas. El que garantías colaterales, garantías o seguridades por escrito (*letters of comfort*) otorgadas por el Estado anfitrión para inducir la entrada de la inversión sean obligatorias o no, es decir, si constituyen obligaciones genuinas, o simples anuncios, será una cuestión para determinación bajo el derecho aplicable, generalmente del Estado anfitrión. Pero si los compromisos realizados por un Estado hacia la inversión específica involucran obligaciones vinculantes o compromisos bajo el derecho aplicable, parece ser totalmente consistente con el objeto y propósito del tratado de inversión el decidir que están amparados por el artículo X(2) del tratado de inversión.

Eureko *vs.* Polonia se fundamentó en el principio (“cardinal” en sus palabras) de interpretación de los tratados de darle efecto a cada palabra. Es su opinión, el texto del tratado era claro, no era ambiguo. Por ende, en sus palabras “la cláusula paraguas significa lo que dice”.²⁵

En el caso Noble Ventures *vs.* Rumania se adoptó el mismo razonamiento que en Eureko. En palabras del tribunal:²⁶

Una cláusula paraguas es generalmente vista como transformadora de obligaciones de derecho municipal en obligaciones directamente reconocidas en derecho internacional

[An umbrella clause is usually seen as transforming municipal law obligations into obligations directly cognizable in international law.]

Razonó que es una excepción al principio general que la violación de un contrato por un Estado no genera responsabilidad internacional por parte del Estado. Como resultado, “internacionaliza” el contrato, dándole un “recurso garantizado internacionalmente” (“internationally secured legal remedy” fueran dos palabras).²⁷

En Enron *vs.* Argentina²⁸ el tribunal,²⁹ después de recordar que, conforme al artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Trata-

²⁵ “Article X(2) means what it says” fueron sus palabras exactas. (¶256).

²⁶ Noble Ventures *v.* Rumania, ¶53

²⁷ *Ibidem*, ¶¶52 a 55.

²⁸ Porciones de este laudo fueron anuladas. La porción sobre la forma de entender y aplicar la cláusula paraguas se mantuvo incólume. (ICSID Caso CIADI No. ARB/01/3, laudo de 30 de julio de 2010.)

²⁹ El artículo II(2)(c) del tratado de inversión decía: “Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”.

dos, los tratados deben ser interpretados de “buena fe y conforme al significado ordinario que tienen bajo el tratado”, determinó que:³⁰

274. El significado común de la frase ‘cualquier obligación’ se refiere a obligaciones sin importar su fuente. Los tribunales que han interpretado esta expresión han determinado que abarca tanto obligaciones contractuales como pago, así como obligaciones asumidas mediante ley o regulación. Las ‘obligaciones’ cubiertas bajo la ‘cláusula paraguas’ están limitadas por su objeto: ‘con respecto a inversiones’.

...
277. El Tribunal concluye que la violación a la obligación citada adoptada tanto conforme al contrato y el derecho y la regulación con respecto a la inversión han resultado en la violación a la protección proveída bajo la cláusula paraguas del artículo II(2)(c).

B. *Comentario*

La diferencia jurisprudencial merece mucho comentario. Me centraré en tres: *a)* qué significa ‘internacionalizar’ la obligación; *b)* el mérito de las preocupaciones, y *c)* la teoría de los contratos internacionalizados.

a. Significado de “internacionalizar” una reclamación

Comencemos por el significado del paso. ¿Qué significa aceptar la “elevación” o “internacionalización” de una violación contractual?

Quisiera dividir la respuesta en forma conceptual y práctica.

En lo conceptual, ¿significa que la cláusula paraguas cambia el derecho aplicable? Usando las palabras de *SGS vs. Pakistán*, ¿“transubstancia” la reclamación?

³⁰ Traducción de:

274. Under its ordinary meaning the phrase ‘any obligation’ refers to obligations regardless of their nature. Tribunals interpreting this expression have found it to cover both contractual obligations such as payment as well as obligations assumed through law or regulation. ‘Obligations’ covered by the ‘umbrella clause’ are nevertheless limited by their object: ‘with regard to investments’....

277. The Tribunal concludes accordingly that the breach of the obligations noted undertaken both under contract and law and regulation in respect of the investment have resulted in the breach of the protection provided under the umbrella clause of Article II(2)(c).

La respuesta es negativa. La fuente y régimen de la obligación es la misma. Si, por ejemplo, el derecho aplicable es mexicano, éste continúa siendo aplicable. Dicho de otra manera, la *elevación* no significa *internacionalización*.³¹ El régimen de la creación, modificación, transmisión o extinción de la obligación permanece incólume.

Sobre este punto existe un (aún otro) debate interesante. Para la mayoría de comentaristas, la cláusula impone una obligación a cargo del Estado anfitrión de cumplir con sus pactos hacia inversiones, incluyendo pactos contractuales. Bajo dicha postura, una falta de cumplimiento con una obligación *inclusive comercial* constituye una violación *al tratado de inversión*. Otros comentaristas (los minoritarios) abogan por una postura más estrecha. La cláusula paraguas no abarca cuestiones comerciales, sino que impone una prohibición al gobierno de afectar el pacto mediante el uso de poderes gubernamentales diversos al derecho contractual aplicable.³²

En lo práctico, siguiendo nuestro ejemplo, imaginemos que, mientras que las reclamaciones contractuales versan sobre falta de pago, las reclamaciones internacionales consisten en la aseveración que autoridades locales tomaron medidas que tuvieron por efecto la asfixia de la operación de la inversión, violando por ello tres obligaciones: trato mínimo,³³ medidas equivalentes a expropiación³⁴ y plena protección.³⁵

¿Podrían ambos géneros de reclamaciones ser ventiladas por el Tribunal de Inversión? O llevémoslo al extremo: ¿podría la reclamación contractual *desnuda*³⁶ ser ventilada por el Tribunal de Inversión? De aceptarlo, ello implicaría que el Tribunal de Inversión podría determinar que el Estado anfitrión responde por el incumplimiento (meramente) *contractual* de la entidad mexicana.

Por virtud de la cláusula paraguas ya no sería necesario perfilar la violación contractual como una violación al APRI México-Suiza, sino que sería sólo por la violación a la cláusula *x* de la concesión. En el ejemplo, se haría responsable al Estado mexicano por el incumplimiento de la obligación de pago bajo la concesión.

³¹ En cuanto al derecho aplicable, pues sí significa ello en cuanto a vía de reclamación (arbitraje conforme a tratados de inversión).

³² Por ejemplo, rescisión administrativa, abrogación, repudiación o cualquier interferencia.

³³ Artículo 4.1 del APRI México-Suiza.

³⁴ Artículo 7 del APRI México-Suiza.

³⁵ Artículo 4.1 del APRI México-Suiza.

³⁶ Por 'desnuda' me refiero a que la violación contractual no se esgrima como parte de una violación al tratado de inversión o derecho internacional.

b. Preocupaciones y argumentos en contra de las posturas expansivas

Los argumentos ofrecidos en contra de dar efectos plenos a las cláusulas paraguas y admitir la jurisdicción de tribunales de inversión sobre reclamaciones contractuales adolecen de dos vicios genéricos. Primero, no son persuasivos. Segundo, propician otros problemas.

i. Insuficiencia

La postura a favor de darle efectos a las cláusulas paraguas y competencia a tribunales de inversión sobre cuestiones contractuales es fácilmente defendible con dos líneas argumentativas. Primero, principios de interpretación. Segundo, las preocupaciones son amorfas. Pero existe una tercera que no ha sido esgrimida: *el resultado temido es precisamente el objetivo deseado*.

- Principios de interpretación

La postura a favor de considerar que la cláusula paraguas “significa lo que dice” es fácilmente defendible mediante principios de interpretación (como la literal³⁷) aunados al principio *pacta sunt servanda*. Si una interpretación *literal* de la *letra escrita* de los tratados arroja dicho sentido, constituye un acto interpretativo formidable restárselo. Inclusive, no faltará quien considere que sería una interpretación derogatoria: amputa el radio de acción de la norma.

- Preocupaciones

Detecto dos géneros de preocupaciones. Primero, que las consecuencias serían “muy graves”. Segundo, precaución.

Sobre la primera, casos que adoptan la postura restrictiva transpiran la preocupación que *cualquier* violación a un contrato se convertiría en una reclamación *internacional*. ¿Pero cuál es la gravedad de ello? No sería la primera vez que un Estado responde por actos de sus organismos internos.³⁸

³⁷ Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

³⁸ Por ejemplo, en *Himpurna v. Indonesia* la reclamación en contra del Estado por las violaciones de Pertamina fue enderezada en base a una ‘comfort letter’ emitida por el ministro de finanzas. (*Himpurna California Energy Ltd. v. The Republic of Indonesia*, Laudo Interino de fecha 26 de septiembre de 1999 y el Laudo Final del 16 de octubre de 1999, ICCA Yearbook of Commercial Arbitration, Volumen XXV-2000, pp. 109-215).

Por ende, el temor que persuade a los tribunales a pronunciarse en pro de la postura restrictiva puede estar exagerado.

Finalmente, la regla consistente en que una violación *contractual* no es una violación al derecho internacional descuida que existe una corriente de opinión internacional que considera que sí lo es—aunque tengo que admitir que es minoritaria. Pero aunque sea minoritaria, ello refuta la “presunción en contra” de la cual partió *SGS vs. Pakistán*. El trasfondo de derecho internacional simplemente no es totalmente adverso a la cuestión.

Con respecto a precaución, el tribunal del caso *SGS vs. Pakistán* justificó la interpretación restrictiva con base en la máxima *in dubio pars mitior est sequenda*.³⁹ Pero ello exige la pregunta: ¿*mitior* para quién? Tomar dicha postura reduce protección, lo cual es menos conveniente—menos prudente—desde la perspectiva del inversionista.

No es que se prefiera proteger o no a una parte. El punto que deseo transmitir es que amputar el alcance de una disposición expresa por considerarlo “prudente” suena paternalista. ¿Qué no sabían las partes lo que hacían?

- El resultado temido es precisamente el objetivo deseado

Se ha argumentado que la postura restrictiva merece preferencia pues la postura amplia nubla la distinción entre el derecho nacional e internacional, elevando violaciones contractuales (locales) al plano internacional.

La premisa es correcta, la conclusión es cuestionable.

Aunque cierto, ello es verdad de los tratados de inversión en general. De hecho, es su propósito: crear la posibilidad de que un ente privado (un inversionista) entable una reclamación internacional. Ante la regla internacional que los particulares no tienen *standing* internacional, la postura que eleva violaciones contractuales al plano internacional es más consistente con el *leitmotiv* de la disciplina: crear un foro imparcial y neutral para la resolución de controversias transnacionales *en el plano internacional*—distanciándose del foro local—, despolitizando controversias de inversión.⁴⁰

El propósito de una cláusula paraguas es añadir una capa adicional de protección al inversionista. En su esencia, ello implica un doble compromiso. Por un lado, el compromiso derivado de la relación contractual entre el Estado y el inversionista. Por otro, el compromiso (mediante tratado) entre Estados que cumplirán sus compromisos contractuales con los inversio-

³⁹ Que significa que, en caso de duda, debe preferirse el camino conservador.

⁴⁰ Para entender porqué, véase González de Cossío, *Arbitraje de inversión*, México, Porrúa, 2009, p. 17-28.

nistas que compartan su nacionalidad. La aseveración no es mía. Es histórica.⁴¹ Si se estudia la trayectoria de las cláusulas paraguas se observará que la intención al negociarlas es justamente permitir que una violación contractual se torne en una violación internacional.⁴² Posiblemente ello explique que la postura expansiva sea favorecida por expertos sobre la materia.⁴³

Y el objetivo no se ha quedado en intenciones. Laudos importantes han sido pronunciados con base en actos similares. Ante ello, temer dicho resultado parece no llevar el pacto a los extremos que sus redactores desearon, y por motivos que no son claros.

ii. Malos resultados

Las posturas restrictivas propician riesgos adicionales:⁴⁴

- 1) Invita decisiones contradictorias con el tribunal que ventile las reclamaciones contractuales.⁴⁵
- 2) Amputado el alcance de su jurisdicción, se invitan decisiones subóptimas. Decisiones basadas en información incompleta.

⁴¹ Después de 1945 existió diferencia de opinión sobre el estatus de los contratos de inversión sujetos al derecho del Estado anfitrión de la inversión o como compromisos de derecho internacional. En 1939 la Corte Permanente de Justicia sostuvo (caso de los empréstitos Serbios) que cualquier contrato no realizado entre Estados como sujetos de derecho internacional está basado en derecho local (PCIJ, Judgment No. 14, Series A, No. 20, p. 41). Ante dicho trasfondo, dada la necesidad de ofrecer seguridades a inversiones cuantiosas y de larga duración, se creó la figura de la cláusula paraguas como mecanismo para puentear dos extremos: acuerdos privados y derecho internacional.

⁴² Véase Sinclair, Anthony A., *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, 20 *Arbitration International*, 2004, p. 411; Newcombe, Andrew y Paradell, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2009, pp. 440 y ss.

⁴³ Por ejemplo, Schreuer no sólo comulga dicha corriente de opinión, sino que indica que no hay razón alguna por la que un tribunal no le pueda dar efectos. (Schreuer, en Weiler, Todd, *International Investment Law and Arbitration*, Cameron May, London, 1a, 2005, p. 301).

⁴⁴ Para una postura aún más enérgica, véase Gaillard, p. 334, en Weiler, *International Investment Law*, *cit.*, p. 334.

⁴⁵ Es de admitirse que el argumento tiene otra cara de la moneda. Al interpretar en forma expansiva se corre el riesgo de traslape jurisdiccional, lo cual contraría el objetivo indicado (y voluntad putativa) de un sólo foro.

- 3) Pretender divorciar ámbitos de competencia puede situar a un tribunal de inversión en la difícil situación de tener que resolver una controversia en un vacío.⁴⁶

c. Teoría de los contratos internacionalizados

Existe un común denominador a las problemáticas apuntadas: la internacionalización de un contrato. Dicho tema ha sido discutido en el pasado, y ha dado origen a la teoría de los “contratos internacionalizados”: contratos celebrados por la administración pública de un Estado e inversionistas extranjeros cuyo derecho aplicable no es un derecho nacional, sino un orden distinto, e internacional.

Dicha teoría es fruto de la actividad de privatización de los años sesenta y setenta que dio lugar, en los ochenta, a un debate interesante: la posibilidad que Estados pactaran con extranjeros la aplicación de un derecho distinto al nacional.⁴⁷ El motivo es cuádruple: la *asimetría* entre las partes contratantes atada a los *incentivos* que se detonan del lado del Estado ya realizada la inversión, la (larga) *duración* de los proyectos de inversión y la *variabilidad* de los funcionarios públicos.

Mucho puede decirse sobre dicho desarrollo. De lo que deseo dejar constancia en este contexto es que, aunque la teoría tuvo detractores, y sus argumentos no eran débiles,⁴⁸ con base en ella laudos importantes fueron dictados.⁴⁹

⁴⁶ Piénsese en el tribunal que debe analizar hechos diversos para determinar si violan el tratado de inversión. Si se parte de la postura restrictiva, bien puede suceder que una porción de los hechos escape su competencia. Ello propicia decisiones subóptimas, tanto en contenido como alcance. Podría refutarse que el problema no es causado por el tribunal, sino por los redactores del contrato. Disentiría. El texto permite ambas interpretaciones y es el tribunal (partidario de la postura restrictiva) quien ha optado por la que propicia el problema, pudiendo optar por una interpretación que lo resuelve.

⁴⁷ Existieron variantes sobre cómo se dio el paso. Por ejemplo, mientras en algunos contratos se pactó como derecho aplicable “los principios comunes a las naciones civilizadas”. En *Aminoil (Government of Kuwait vs. American Independent Oil Company*, laudo de 24 de marzo de 1982) la cláusula aplicable decía: “The Law governing the substantive issues between the Parties shall be determined by the Tribunal, having regard to the quality of the Parties, the transnational character of their relations and the principles of law and practice prevailing in the modern world”.

⁴⁸ Por ejemplo, que la utilización del derecho internacional a actos privados era una desnaturalización, además de una quimera.

⁴⁹ *Aramco* (1958), *Sapphire* (1951), y, más recientemente, *Desert Line v. Yemen*. Además de referencias en *dicta* en sentencias de tribunales internacionales.

La internacionalización de reclamaciones contractuales guarda relación con nuestro tema en que, es de admitirse, al principio parece raro. Pero se trata de una instancia de ingeniería jurídica dirigida a resolver un problema: la necesidad de encontrar un derecho contractual aplicable equidistante a ambas partes. Un cuerpo normativo que no dé ventaja a una parte sobre de otra.

Tómese en cuenta que los programas de atracción de inversión buscan incentivar que el mercado local sea preferido por sobre alternativas. Pero ocurrida la inversión, las autoridades locales tienen incentivos para apropiarla. Después de todo, los beneficios ya están dados. Si se toma en cuenta que muchos proyectos de inversión tienen que durar mucho tiempo,⁵⁰ y que las autoridades que dieron su palabra para atraer la inversión con toda seguridad no serán las mismas en el mediano y largo plazo, el derecho tiene que ofrecer una alternativa que resuelva dicha problemática. De lo contrario, operaciones socialmente deseables simplemente no tendrán lugar—e (irónicamente) menos en los países que más lo necesitan—.

2. Alcance jurisdiccional

A. *La interrogante*

Estando claro que existe una distinción entre reclamaciones contractuales y reclamaciones bajo tratado, y que una cláusula paraguas puede internacionalizar las primeras, surge la duda sobre si el Tribunal *de Inversión* puede conocer de reclamaciones *contractuales* aun cuando los instrumentos que documentan la inversión contienen una cláusula de foro o arbitral.

B. *La respuesta jurisprudencial*

La duda ha generado diferencia. Y ello se refleja en la jurisprudencia.

a. Jurisdicción aún ante cláusula de foro o arbitral

Existe una corriente de opinión, visible en razonamiento (explícito o implícito) de casos así como en foros, doctrina y expertos, que apoya que un Tribunal de Inversión conozca de una controversia contractual aún en pre-

⁵⁰ *Inter alia*, para amortizar la inversión.

sencia de una cláusula de foro o arbitral.⁵¹ No abundaré mucho sobre ella. Sólo dejo constancia que la misma existe y que parece ser minoritaria (inclusive sujeta a matices).⁵²

b. Ausencia de jurisdicción ante cláusula de foro o arbitral

El caso más ilustrativo de la tendencia es *SGS vs. Filipinas*, cuyo tribunal arbitral planteó la duda de la siguiente manera:

140... la cuestión es si el artículo VIII(2) [la cláusula de solución de disputas bajo el tratado de inversión] tenía como propósito desplazar una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato de inversión, con respecto a reclamaciones contractuales.

[140... The question is whether Article VIII(2) [the treaty dispute resolution clause] was intended to override an exclusive jurisdiction clause in an investment contract, so far as contractual claims are concerned].

Después de una interesante disertación sobre los principios y variables,⁵³ el Tribunal la contestó negativamente. Su conclusión se basó en dos premisas:⁵⁴

- 1) *Generalia specialibus non derogant*: el tratado de inversión es una norma general que no puede derogar la especial, la cláusula de jurisdicción exclusiva.

⁵¹ Además, comentaristas y expertos diversos han dado eco a la noción.

⁵² Por ejemplo, *SGS v. Pakistán* (¶167 y 173), mismos que se encuentran en la sección de análisis sobre la posibilidad de convertir reclamaciones contractuales en reclamaciones bajo tratado.

⁵³ A lo largo de los párrafos 113 a 155 del laudo.

⁵⁴ ¶141, que dice: “Two considerations lead the majority of the Tribunal to give a negative answer to this question. The first consideration involves the maxim *generalia specialibus non derogant*. Article VIII is a general provision, applicable to investment arrangements whether concluded “prior to or after the entry into force of the Agreement” (Article II). The BIT itself was not concluded with any specific investment or contract in view. It is not to be presumed that such a general provision has the effect of overriding specific provisions of particular contracts, freely negotiated between the parties. As Schreuer says, “[a] document containing a dispute settlement clause which is more specific in relation to the parties and to the dispute should be given precedence over a document of more general application”. The second consideration derives from the character of an investment protection agreement as a framework treaty, intended by the States Parties to support and supplement, not to override or replace, the actually negotiated investment arrangements made between the investor and the host.”.

- 2) *Teleológico*: el tratado de inversión busca apoyar y suplementar la protección a la inversión, no desplazarla o reemplazarla.

En sus palabras:

155... el Tribunal no debe ejercer su jurisdicción sobre la reclamación contractual cuando las partes han acordado cómo dicha reclamación debe resolverse, y lo han hecho de forma exclusiva. SGS no debe aprobar y reprobar con respecto al mismo contrato: si reclama bajo contrato, debe cumplir con el contrato con respecto a la materia que es la base de la reclamación. Los tribunales filipinos están disponibles para ventilar la reclamación de SGS. Hasta que la cuestión del alcance o ámbito de la obligación de pago del Demandado sea esclarecida—ya sea mediante convenio entre las partes o mediante procedimientos ante tribunales Filipinos según el Artículo 12 del Contrato CISS—una decisión sobre la reclamación de pago de SGS por este Tribunal sería prematura.

[155... the Tribunal should not exercise its jurisdiction over a contractual claim when the parties have already agreed on how such a claim is to be resolved, and have done so exclusively. SGS should not be able to approve and reprobate in respect of the same contract: if it claims under the contract, it should comply with the contract in respect of the very matter which is the foundation of its claim. The Philippine courts are available to hear SGS's contract claim. Until the question of the scope or extent of the Respondent's obligation to pay is clarified—whether by agreement between the parties or by proceedings in the Philippine courts as provided for in Article 12 of the CISS Agreement—a decision by this Tribunal on SGS's claim to payment would be premature].

Un caso reciente e interesante muestra la misma *ratio*:⁵⁵

... ¿dónde está el pacto que fue incumplido y que ahora es vindicado mediante arbitraje de inversión? No pueden ser los Contratos; éstos estipularon un foro distinto...

[... where is the *pactum* that was dishonoured and is now sought to be vindicated through Treaty arbitration? It cannot be the Contracts; they stipulated a different arbitral forum...].

Como puede verse, tal parece que dicha aproximación constituye el paradigma en vigor.

⁵⁵ Pantechniki v. Albania, ¶92.

C. Comentario

Como puede verse, el ángulo que tomó el tribunal en *SGS vs. Filipinas* consistió en determinar qué jurisdicción prevalece.⁵⁶ Hay quien ha cuestionado el paradigma. Inclusive, admito que en algún momento razoné que, ante un *traslape* jurisdiccional, el análisis de *prevalencia* (¿qué foro prevalece?) podría no ser el mejor.⁵⁷

Después de un análisis cuidadoso he concluido que no es la mejor opinión. Ello puede dar lugar a lo que Douglas califica de una “ironía molesta” (*disturbing irony*).⁵⁸

El propósito de una cláusula de solución de disputas es crear un clima de certeza jurídica en las relaciones contractuales entre las partes y evitar litigio sobre el foro apropiado para resolver disputas y el riesgo de procedimientos múltiples. Al aceptar la jurisdicción sobre disputas contractuales sujetas a un foro distinto, un tribunal derivado de un tratado de inversión subvierte esta claridad contractual en detrimento de las partes...⁵⁹

⁵⁶ También existió análisis sobre si la reclamación es admisible (véase párrafos 154 *et seq* de *SGS v. Filipinas*).

⁵⁷ El razonamiento propiciaba una lectura alternativa. ¿Porqué no considerar que, en vez de *prevalencia*, existe *traslape*? Y el *traslape* genera opciones. Es decir, *una jurisdicción no desplaza a otra*. Están *encimadas*, mas no *peleadas*. Si existe pluralidad de mecanismos de solución de controversias aplicables como resultado de concurrencia de instrumentos y fuentes normativas, *respetarlas*, mas que *jerarquizarlas* (sea por criterios temporales —como ocurrió en *SGS vs. Filipinas*— u otros criterios). Siguiendo dicha teoría, un tribunal de inversión al que se le presente una Reclamación Contractual no tiene que dejar de conocer de la misma por ser ‘inadmisible’ o porque el contrato de inversión es posterior. Simplemente analizará si la pretensión no es *res iudicata*. Así, un reclamante, ante pluralidad de mecanismos, puede escoger de entre los mismos dónde ventilará su pretensión contractual. Después de todo, el escenario que se le presenta es justamente ese: pluralidad de mecanismos. Opciones. De entre ellas, puede escoger la que desee. Pero la elección supondrá una renuncia. Una vez que obtiene un laudo, dicho *petitum* será *res iudicata* y no puede enderezar de nuevo la pretensión ante otro foro —contractual o de inversión—. De esta manera, la posibilidad de abuso procesal está autocontenido: habiendo obtenido de un Tribunal de Inversión un laudo que decide *inter alia* una cuestión contractual, no puede entablar *la misma pretensión* ante el tribunal arbitral contractual, pues la misma ha sido decidida. Y viceversa.

⁵⁸ Zachary Douglas, *The International law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 366.

⁵⁹ Douglas, *op. cit.*, p. 365.

Al prestar soporte doctrinal a la habilidad de una parte a aprobar o reprobar con respecto a un mismo contrato, los tribunales de inversión le han restado autoridad a la santidad de los compromisos comerciales...⁶⁰

[The purpose of a dispute resolution clause is to create a climate of legal certainty in the contractual relations between the parties and avoid litigation over the proper forum for the resolution of disputes and the potential risk of multiple proceedings. By accepting jurisdiction over contractual disputes subject to a different forum, an investment treaty tribunal subverts this contractual certainty to the detriment of the parties...]

By lending doctrinal support to the ability of one party to approbate or reprobate in respect of the same contract, investment treaty tribunals have undermined the sanctity of commercial undertakings...].

Ante ello, la postura que ha prevalecido es que, si existe pacto de jurisdicción (arbitral o judicial) expreso, las cuestiones que surjan del contrato deben ser canalizadas a dicho foro. Si se presentan ante un Tribunal de Inversión, *aunque éste cuente con jurisdicción, la pretensión es inadmisibile*.⁶¹

⁶⁰ Douglas, *ob. cit.*, p. 366.

⁶¹ Jan Paulsson describe con claridad el motivo en JURISDICTION AND ADMISSIBILITY, en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, p. 601. En materia deportiva, un laudo reciente (Tribunal Arbitral du Sport, Caso CAS 2008/A/1739, marzo 2010) pone el dedo en la llaga y diferencia los conceptos en el contexto de reclamaciones ante la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA y el Tribunal Arbitral du Sport:

49... Esta Formación desea defender la idea que *admisibilidad* involucra cuestionamientos a la *reclamación*, los cuestionamientos sobre *jurisdicción* se dirigen al órgano (en este caso, la Formación).

50. Una pregunta puede servir de guía para distinguir: ¿La reclamación no puede ser atendida? o ¿no puede ser atendida *aquí*? Si el motivo por el cual se rechaza responde la primer pregunta, se trata de una cuestión de admisibilidad. Si responde a la segunda, será de jurisdicción.

51. Es de admitirse que la pregunta puede en ocasiones no dar respuestas claras. El motivo no obedece a un defecto del modelo sino a una realidad de las defensas: los defectos legales que puede sufrir una reclamación pueden impactarla sustantiva o adjetivamente. Pueden versar sobre el fondo de la misma o sobre el foro que la conozca. Y pueden también impactar ambos. Es decir, traslaparse.

52. Para añadir a la dificultad, es de admitirse que, según se plantee, puede variar el resultado. Por ende, el modelo se propone como punto de partida del análisis, no como fin.

3. *El alcance material*

Aun suponiendo que se permita ‘internacionalizar’ una disputa contractual, ¿cómo se litiga?, ¿debe formar parte de una reclamación de inversión?, ¿o puede recurrirse en forma aislada? Siendo una reclamación internacional la que se endereza, ¿basta con decir que el incumplimiento con una violación contractual es *ipso iure* una violación al Tratado de Inversión? ¿O es necesario añadir algo más? ¿Un ingrediente de derecho internacional?

Contextualizado a nuestro ejemplo, si el inversionista reclama ante el Tribunal de Inversión que México es responsable internacionalmente por el incumplimiento de la obligación de pago de la entidad, con ello es suficiente?, ¿será la falta de pago una violación no sólo a la cláusula *x* del Contrato (la concesión), sino también una violación a la cláusula 10(2) del APRI México-Suiza?, ¿o es necesario vestir la reclamación de elementos de derecho internacional de la inversión extranjera?

Este punto ha merecido poca atención. Aunque la *ratio* de los tribunales que han tratado temas de cláusulas paraguas parece dejar claro que podría enderezarse la reclamación *desnuda*, algunos tienen dudas.

Suponiendo que la cláusula paraguas internacionaliza la reclamación y que el problema jurisdiccional ha sido vencido, todo indica que la reclamación contractual *desnuda* podría ser ventilada ante el Tribunal de Inversión.

Entendido así, la “elevación” no sería en verdad una “internacionalización” de la reclamación. Simplemente se haría responsable a un segundo ente (el Estado) por incumplimiento del primero (la entidad). Pero dado que la fuente de la obligación es contractual, no el *ius gentium*. Al respecto, un pasaje de *SGS vs. Filipinas* es relevante:⁶²

⁶² *SGS v. Filipinas*, ¶128. Traducción de “128. To summarize the Tribunal’s conclusions on this point, Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the *extent* or *content* of such obligations into an issue of international law. That issue (in the present case, the issue of how much is payable for services provided under the CISS Agreement) is still governed by the investment agreement. In the absence of other factors it could be decided by a tribunal constituted pursuant to Article VIII(2). The proper law of the CISS Agreement is the law of the Philippines, which in any event this Tribunal is directed to apply by Article 42(1) of the ICSID Convention. On the other hand, if some other court or tribunal has exclusive jurisdiction over the Agreement, the position may be different”.

128. Para resumir las conclusiones del Tribunal sobre este punto, el Artículo X(2) establece que el que el Estado anfitrión no cumpla con sus compromisos obligatorios constituye una violación, incluyendo los compromisos contractuales que ha asumido en relación con inversiones específicas. Pero no convierte la cuestión de *alcance* o *contenido* de dichas obligaciones en una cuestión de derecho internacional. Esa cuestión (en este caso, la cuestión de qué tanto es pagadero por servicios prestados bajo el Contrato CISS) todavía se encuentra regulada por el contrato de inversión. A falta de otros factores, esto podría decidirse por un tribunal constituido de conformidad con el Artículo VIII(2). El derecho aplicable al Contrato CISS es el derecho de Filipinas que, en cualquier caso, este Tribunal debe aplicar de conformidad con lo establecido por el Artículo 42(1) del Convenio CIADI. Por otra parte, si algún otra corte o tribunal tuviera jurisdicción sobre el Contrato, la posición podría ser diferente.

4. *El alcance subjetivo*

El alcance subjetivo ha generado diferencias, y en dos vertientes: tanto a quién abarca, como a quién cobija. ¿*Abarca* la cláusula paraguas únicamente al Estado o también a sus órganos?, ¿*cobija* al inversionista o también a sus subsidiarias?

Tomemos cada una por separado.

A. ¿*A quién abarca?* - *Alcance del lado del Estado*

a. Diferencia jurisprudencial

Existe diferencia sobre si la cláusula paraguas hace responsable al Estado por obligaciones adquiridas por organismos diversos al Estado. Mientras que algunos opinan que sí, otros dicen que no. Los tribunales de *Impreglio vs. Pakistán*, y *Azurix vs. Argentina*⁶³ tomaron la postura que la cláusula paraguas no internacionaliza obligaciones adquiridas por organismos estatales distintos al Estado mismo. Por contra, *SGS vs. Pakistán*, *Eureko vs. Polonia* y *Noble Ventures vs. Rumania* tomaron la postura contraria.

El razonamiento de los primeros fue simplemente que, siendo que el contrato que documenta la inversión estaba celebrado entre un ente distinto al Estado, aunque fuera una empresa con participación estatal totalitaria, el principio de personalidad jurídica independiente militaba en contra de

⁶³ *Azurix Corp. v. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/12, 8 de diciembre de 2003 (*Azurix v. Argentina*).

hacer responsable al Estado mismo. En *Azurix vs. Argentina* se esgrimió un segundo argumento: que el contrato vinculaba a una provincia y no al Estado mismo. El siguiente párrafo de *Impreglio vs. Pakistán* es ilustrativo del razonamiento:⁶⁴

En opinión del Tribunal, toda vez que los Contratos fueron celebrados por Impreglio con WAPDA, y no con Pakistán, la dependencia de Impreglio en el Artículo 3 del tratado de inversión no lleva este tema más lejos. Inclusive suponiendo que Pakistán, a través de la cláusula de Nación más Favorecida y el tratado de inversión entre Suiza y Pakistán, ha garantizado la observancia de compromisos contractuales asumidos junto con los inversores italianos, dicha garantía no cubriría estos Contratos – *dado que son contratos en los que no formó parte. Por el contrario, los Contratos fueron concluidos por una entidad separada y distinta.* (Notas omitidas. Énfasis añadido).

El razonamiento de la segunda línea de casos (el Estado sí es responsable) en el plano internacional, es ilustrado por *SGS vs. Pakistán*.⁶⁵

... los “compromisos” que deben ser cumplidos por una Parte Contratante para “garantizar constantemente” no se encuentran limitados a los compromisos *contractuales*. Los compromisos de referencia pueden encontrarse en,

⁶⁴ En sus palabras “In the Tribunal’s view, given that the Contracts were concluded by Impreglio with WAPDA, and not with Pakistan. Impreglio’s reliance upon Article 3 of the BIT takes the matter no further. Even assuming *arguendo* that Pakistan, through the MFN clause and the Swiss-Pakistan BIT, has guaranteed the observance of the contractual commitments into which it has entered together with Italian investors, such a guarantee would not cover the present Contracts – since these are agreements into which it has not entered. On the contrary, the Contracts were concluded by a separate and distinct entity”.

⁶⁵ *SGS v. Pakistán*, ¶166. Traducción de “... The “commitments” the observance of which a Contracting Party is to “constantly guarantee” are not limited to *contractual* commitments. The commitments referred to may be embedded in, *e.g.*, the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party. The phrase “constantly [to] guarantee the observance” of some statutory, administrative or contractual commitment simply does not to our mind, necessarily signal the creation and acceptance of a new international law obligation on the part of the Contracting Party, where clearly there was none before. Further, the “commitments” *subject matter of Article 11 may, without imposing excessive violence on the text itself, be commitments of the State itself as a legal person, or of any office, entity or subdivision (local government units) or legal representative thereof whose acts are, under the law on state responsibility, attributable to the State itself.* As a matter of textuality therefore, the scope of Article 11 of the BIT, while consisting in its entirety of only one sentence, appears susceptible of almost indefinite expansion”.

por ejemplo, las medidas legislativas o administrativas municipales o en otras medidas unilaterales de alguna de las Partes Contratantes. La frase “garantizar constantemente el cumplimiento” de algún compromiso reglamentario, administrativo o contractual, no necesariamente indica en nuestra opinión la creación y aceptación de una nueva obligación de derecho internacional por parte de la Parte Contratante, en donde claramente no había obligación con anterioridad. Adicionalmente, *los “compromisos” objeto del Artículo 11 pueden, sin hacer violencia excesiva en el texto mismo, ser compromisos del Estado mismo como una persona legal, o de cualquier ministerio, entidad o subdivisión (unidades locales de gobierno) o representante legal del mismo cuyos actos sean, bajo la legislación de responsabilidad estatal, atribuibles al Estado mismo.* Por lo tanto, textualmente, aunque consiste sólo en una oración, el alcance del Artículo 11 del tratado de inversión es susceptible de una expansión casi indefinida.

(Notas omitidas. Énfasis añadido.)

b. Comentario

Es de pronosticarse que la diferencia de opinión persista. Son muchos los argumentos de derecho interno que pueden esgrimirse para perpetuar la noción que contratos celebrados por organismos internos no pueden detonar responsabilidad internacional del Estado mismo. Por ejemplo, tomando como base el caso mexicano, si el contrato es celebrado entre entidades⁶⁶ es fundamentalmente distinto a si es celebrado por dependencias.⁶⁷ Nociones elementales de derecho administrativo pueden citarse en apoyo de dicha postura.

Deseo cuestionar este ángulo de abordar el tema. Tomar como punto de partida derecho interno (inclusive derecho administrativo) parece no sólo perpetuar la diferencia,⁶⁸ sino perder de vista el verdadero *quid*: si, bajo derecho internacional, el Estado anfitrión responde, lo cual se resuelve con base en el derecho internacional de la responsabilidad internacional del Estado, no bajo derecho interno.⁶⁹

⁶⁶ Por ejemplo, Petróleos Mexicanos o Comisión Federal de Electricidad.

⁶⁷ Y no se diga de otras formas (organismos, entidades, etcétera) que contempla la administración pública como organismos públicos descentralizados, entes desconcentrados, fideicomisos públicos, empresas de participación estatal, administradoras portuarias, etcétera.

⁶⁸ Después de todo, cada país tiene nociones e instituciones diversas de derecho administrativo.

⁶⁹ Concretamente, Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*).

Tomando éste como punta de partida, la respuesta no la da la naturaleza jurídica del órgano, sino si su conducta (acto u omisión) es atribuible al Estado mismo. Dicha interrogante no se agota en este momento. Lo relevante a mencionar es que los artículos de responsabilidad regulan dicho tema en forma exhaustiva.⁷⁰ Es en base a dicho terreno jurídico que debe resolverse dicha interrogante. No derecho local.

B. *¿A quién cobija?* - Alcance del lado del inversionista

Existe división sobre si la protección se extiende únicamente al inversionista reclamante, o si puede cobijar (beneficiar) también a sus subsidiarias.

Antes de detallar el estatus del debate, es importante mencionar que este es un tema práctico importante. Un porcentaje elevado de inversiones son realizadas mediante vehículos societarios locales *ex profeso* creados para realizar la inversión con miras a cumplir con el régimen local aplicable. Por ende, la definición de esta cuestión tiene implicaciones importantes en relación con el alcance de protección y la forma en que serán estructuradas las inversiones.

a. Diferencia jurisprudencial⁷¹

Los tribunales de *Azurix vs. Argentina* y *Siemens vs. Argentina*⁷² sostuvieron que la cláusula paraguas no cobijaba al contrato celebrado entre la subsidiaria del inversionista reclamante. Por el contrario, *CMS vs. Argentina*, *Enron vs. Argentina* y *Sempra vs. Argentina*⁷³ determinaron que sí.

El razonamiento de la primera línea de casos es escueto. Por ejemplo, en *Siemens vs. Argentina* se sostuvo que:⁷⁴

⁷⁰ Artículos 4 a 6 sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos.

⁷¹ Existe un caso relevante a este tema que ha sido imposible conseguir: *Nagel v. República Checa* (laudo 49/2002 de la Stockholm Chamber of Commerce, IIC 176 (2003), 9 de septiembre de 2003.)

⁷² *Siemens A.G. v. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, laudo de 6 de febrero de 2007 (*Siemens v. Argentina*).

⁷³ *Sempra Energy International v. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, 28 de septiembre de 2007 (*Sempra v. Argentina*).

⁷⁴ *Azurix v. Argentina*, ¶204

204. El Tribunal considera que el Artículo 7(2) tiene el significado que expresan sus términos, a saber, que a falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las partes en un Tratado en relación con cualquier inversión particular, se convierte por esta cláusula en una violación al Tratado. Ya sea que un tribunal arbitral sea el tribunal con jurisdicción para considerar la violación, o si debe ser considerado por los tribunales del Estado anfitrión del inversor, es una cuestión que no debe analizar este Tribunal. El Demandante no es una parte del Contrato y SITS no es parte de estos procedimientos.

[204. The Tribunal considers that Article 7(2) has the meaning that its terms express, namely, that failure to meet obligations undertaken by one of the Treaty parties in respect to any particular investment is converted by this clause into a breach of the Treaty. Whether an arbitral tribunal is the tribunal which has jurisdiction to consider that breach or whether it should be considered by the tribunals of the host State of the investor is a matter that this Tribunal does not need to enter. The Claimant is not a party to the Contract and SITS is not a party to these proceedings.]

La línea de casos que cobija a las subsidiarias lo hizo con base en criterios diversos. Por ejemplo, *CMS vs. Argentina* simplemente dijo:⁷⁵

... la obligación contenida en la cláusula [paraguas]... en cuanto se han contravenido las obligaciones legales y contractuales pertinentes a la inversión llevando a la violación de los estándares de protección estipulados por el Tratado.

[... the obligation under the umbrella clause... has not been observed by the Respondent to the extent that the legal and contractual obligations pertinent to the investment have been breached and have resulted in the violation of the standards of protection under the Treaty].

El tribunal de *Enron vs. Argentina* lo hizo bajo el criterio de “relación estrecha” al decir:⁷⁶

Los Demandantes no pueden ser considerados como remotamente conectados con los arreglos legales que rigen la privatización, está fuera de cualquier duda que los propietarios de la inversión realizada y sus derechos están protegidos bajo el Tratado pues los derechos bajo tratado, y no sólo contractuales, se relacionan con algún intermediario.

⁷⁵ *CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina*, 12 de mayo de 2005 (*CMS v. Argentina*), ¶303.

⁷⁶ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República de Argentina*, 14 de enero de 2004 (*Enron v. Argentina*), ¶56.

[Claimants cannot be considered to be only remotely connected to the legal arrangements governing the privatization, they are beyond any doubt the owners of the investment made and their rights are protected under the Treaty as clearly established treaty-rights and not merely contract rights related to some intermediary]

Y en *Sempra vs. Argentina* se rechazó el argumento indicando que ello había sido decidido en la decisión jurisdiccional⁷⁷—aunque es difícil de encontrar dónde en la decisión sobre jurisdicción⁷⁸ se razona dicha cuestión—.

b. Comentario

Deseo postular que, el que la cláusula paraguas beneficie al inversionista, es una cuestión que debe resolverse no sólo mediante un análisis textual de la cláusula paraguas, o mediante el criterio que la inversión están estrechamente relacionados (*closely connected*), sino con base en si la subsidiaria forma parte de la “inversión”, según se define en el tratado de inversión relevante.

Tomando como base nuestro ejemplo, la subsidiaria posiblemente estaría cobijada dado lo amplio de la definición de “inversión” bajo el artículo 1(3) del APRI México-Suiza.⁷⁹ Aunque admito que ello es discutible, lo que deseo es persuadir al lector no es sobre la *respuesta* sino el *razonamiento*: la cadena de razonamiento sobre el alcance de la cláusula paraguas debe incluir el eslabón ‘inversión’. Otros criterios que se asoman en la jurisprudencia no encuentran fundamento textual. Para mi gusto, pierden de vista el punto relevante.

Existe un desarrollo importante. Se solicitó la nulidad del laudo de *CMS vs. Argentina* justamente por la ausencia de explicación sobre la no-aplicación de la cláusula paraguas a cuestiones contractuales. La solicitud prosperó. Al respecto, el Comité *ad hoc* de nulidad sostuvo:⁸⁰

No queda claro cómo el Tribunal llegó a la conclusión que CMS podía ejecutar las obligaciones de Argentina a TGN...

⁷⁷ *Sempra v. Argentina*, ¶241.

⁷⁸ *Sempra Energy International v. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre Jurisdicción del 11 de mayo de 2005.

⁷⁹ Admito que ello es discutible.

⁸⁰ *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Decision on application for annulment, Caso CIADI No. ARB/01/8, IIC 303 (2007), laudo de 25 de septiembre de 2007, ¶96-97.

En estas circunstancias existe un vacío significativo en el Laudo que imposibilita al lector a seguir el razonamiento sobre este punto ... Por ende, la determinación del Tribunal sobre la cláusula paraguas debe ser anulada por falta de motivación.

[It is quite unclear how the Tribunal arrived at its conclusion that CMS could enforce the obligations of Argentina to TGN ...

In these circumstances there is a significant lacuna in the Award, which makes it impossible for the reader to follow the reasoning on this point ... Accordingly, the Tribunal's finding on [the umbrella clause] must be annulled for failure to state reasons.]

El Comité *ad hoc* de nulidad CMS hizo una observación que con toda probabilidad influirá en los siguientes casos:⁸¹

(a) Al hablar de “los compromisos que hubiera *contraído* con respecto a las inversiones”, parece claro que el Artículo II(2)(c) se refiere a obligaciones consensuales que derivan independientemente del propio tratado de inversión (i.e. conforme al derecho del Estado receptor o posiblemente al derecho internacional). Más aún, debe tratarse de obligaciones específicas relativas a la inversión. Estas no comprenden requisitos generales impuestos por el derecho del Estado receptor.

(b) Las obligaciones consensuales no se contraen *erga omnes* sino con respecto a personas determinadas. En forma similar, el cumplimiento de dichas obligaciones o requisitos se produce entre deudor y acreedor.

⁸¹ Caso CIADI No. ARB/01/8, ¶95. Traducción de:

(a) In speaking of “any obligations it may have *entered into* with regard to investments”, it seems clear that Article II(2)(c) is concerned with consensual obligations arising independently of the BIT itself (i.e. under the law of the host State or possibly under international law). Further they must be specific obligations concerning the investment. They do not cover general requirements imposed by the law of the host State.

(b) Consensual obligations are not entered into *erga omnes* but with regard to particular persons. Similarly the performance of such obligations or requirements occurs with regard to, and as between, obligor and obligee.

(c) The effect of the umbrella clause is not to transform the obligation which is relied on into something else; the content of the obligation is unaffected, as is its proper law. If this is so, it would appear that the *parties* to the obligation (i.e., the persons bound by it and entitled to rely on it) are likewise not changed by reason of the umbrella clause.

(d) The obligation of the State covered by Article II(2)(c) will often be a bilateral obligation, or will be intrinsically linked to obligations of the investment company. Yet a shareholder, though apparently entitled to enforce the company's rights in its own interest, will not be bound by the company's obligations, e.g. as to dispute settlement...”.

(c) El efecto de la cláusula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto; el contenido de la obligación se mantiene inalterado, tal como su derecho aplicable. Si esto es así, pareciera que las *partes* de la obligación (i.e., las personas vinculadas por ella y facultadas para basarse en ella) tampoco son afectadas en razón de la cláusula paraguas.

(d) La obligación del Estado comprendida en el Artículo II(2)(c) a menudo es una obligación bilateral o una obligación intrínsecamente asociada a las obligaciones de la sociedad de inversión. Pero un accionista, aunque aparentemente facultado para hacer valer los derechos de la sociedad en su propio beneficio, no estará vinculado por las obligaciones de la sociedad, por ejemplo, en cuanto a la solución de controversias...

Como puede verse, dichas observaciones echan luz sobre algunos de los puntos neurálgicos del debate. Sin duda, serán de utilidad en casos futuros.

III. IMPLICACIONES PARA MÉXICO

Existen tres circunstancias por las que el debate descrito es relevante para México. Primero, la apertura al arbitraje en materia de contratación gubernamental. Segundo, que entidades de las administración pública mexicana han implementado proyectos de infraestructura complejos e importantes que están repletos de inversión extranjera. Tercero, la práctica mexicana sobre cláusulas paraguas.

1. *Cláusulas paraguas* à la mexicaine

Los textos utilizados por los tratados de inversión mexicanos invitan el debate apuntado en este ensayo. Comencemos por el más simple. El APRI México-Suiza dice:⁸²

“Cada Parte cumplirá cualquier otra obligación que haya asumido con respecto a las inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte”.

Dicho texto permite cualquiera de las posturas anteriormente descritas. Sin embargo, el texto más frecuentemente utilizado dice:⁸³

82 Artículo 10(2) Apri México-Suiza.

83 Artículo 8 APRI México-Islandia, artículo 19(2) APRI México-República Helénica, artículo 18(2) del APRI México-Portugal, artículo 10(2) del APRI México-Francia, artículo 9 del APRI con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, artículo 8(2) APRI México-Alemania, artículo 9 APRI México-Austria y artículo 3(4) APRI México-Países Bajos (referencias y nomenclatura tomada de González de Cossío, *Arbitraje de Inversión*, México, Porrúa, 2009).

Cada Parte Contratante observará cualquier otra obligación que haya asumido por escrito con relación a las inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante. Sin embargo, las controversias que se deriven de dichas obligaciones serán dirimidas únicamente conforme a los términos establecidos en los contratos respectivos.

De este texto se desprende la obligación de observar los compromisos adquiridos. Pero la segunda oración es interesante. La oración “las controversias que se deriven de dichas obligaciones serán dirimidas únicamente conforme a los términos establecidos en los contratos respectivos” parece tomar en cuenta el debate existente y dejar claro que las reclamaciones contractuales no pueden ser enderezadas ante un Tribunal de Inversión.

Dicha diversidad invita *forum shopping*. Proyectos de inversión importantes buscarán estructurarse para hacerse de la protección de las cláusulas paraguas que no resuelven el debate en forma negativa, máxime la frecuente ausencia de disposiciones de denegación de beneficios o anti-triangulación.⁸⁴

2. Arbitraje en materia de contratación gubernamental

Recientemente, México ha abierto la puerta a la posibilidad de pactar arbitraje en materia de contratación gubernamental.⁸⁵ El artículo 80 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAPS) y 98 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (LOPS) permiten pactar el arbitraje.

Mucho puede decirse sobre la génesis de la reforma y peculiaridades de la misma.⁸⁶ En este contexto, deseo dejar constancia que existe una plausible predisposición favorable de funcionarios por permitir y utilizar el arbitraje en contratación que así lo justifica.

⁸⁴ Como la que existe en el Tratado de Libre Comercio (artículo 1113(2)) que requiere ‘actividades comerciales sustanciales’.

⁸⁵ El decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones *inter alia* de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de mayo de 2009.

⁸⁶ Para ello, puede acudir a *De Leyes y Embutidos: el arbitraje en materia de obra pública, adquisiciones, arrendamientos y servicios con el sector público*, conferencia presentada en el Evento de Arbitraje en Materia de Obra Pública organizado por el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional en abril de 2010, publicado en Pauta, Boletín de CCI México, 2010 y Revista del Club Español del Arbitraje, 2010. Visible también en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

El desarrollo es importante, no sólo por el resultado evidente, sino por la forma en que se realizó.⁸⁷ Percatándose del valor agregado que brinda el arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de controversias,⁸⁸ y su utilidad en la atracción de inversión en proyectos importantes, funcionarios clave han decidido deshacerse de prejuicios que son óbice para atraer inversiones.

El paso es de aplaudirse, pues México necesita de dicho capital para continuar con las obras de infraestructura de las cuales está sediento.

⁸⁷ Divulgo que el autor participó como asesor en dicha modificación.

⁸⁸ Como los *Dispute Boards*.