



Universidad de  
**San Andrés**

**Universidad de San Andrés**

**Departamento de Derecho**

**Abogacía**

**Cláusulas de medidas no precluidas en tratados bilaterales de inversión**

**La falta de consenso arbitral y doctrinaria acerca de su naturaleza y efectos, los consecuentes cambios en su redacción en tratados de segunda generación y sus posibles implicancias futuras**

**Autor: Federico Grieben**

**Legajo N°: 29074**

**Mentor: Julio Rivera (h)**

18 de mayo de 2022, Universidad de San Andrés, Victoria, Provincia de Buenos Aires, Argentina

## **Introducción:**

A fines de la década de 1980 podían empezar a notarse los inicios de un proceso que definiría el porvenir del tejido del entramado internacional que configuran las relaciones entre los Estados como actores principales en la escena del ámbito internacional. Dicho paradigma, encarnado y reducido en el término de “globalización”, pasaría a redefinir las reglas del juego en materia de la circulación de bienes y capitales a lo largo y a lo ancho del mundo, introduciendo conceptos tales como “multilateralismo”, “inversiones extranjeras”, “países importadores y exportadores de capital”, “desregulación” y “liberalización” de los mercados, entre otros.

Un proceso que, profundizado y cementado tras la caída del Muro de Berlín en 1989 y estableciendo al capitalismo como sistema económico global y parámetro rector de las relaciones económicas internacionales, conllevó grandes esfuerzos en materia diplomática y jurídico-regulatoria a los fines de establecer reglas aplicables a las relaciones comerciales entre Estados soberanos. Estos esfuerzos de la comunidad internacional por regir las relaciones comerciales derivadas de la exportación de capital por parte de privados de un Estado a otro y el tratamiento que se debía a ellos en su calidad de “inversores extranjeros”, inicialmente fueron teñidos por las pautas sentadas en el discurso del “Consenso de Washington” de 1989. Los pilares fundantes del “Consenso de Washington” se basaron en los mismos ideales que impulsaron las redacciones de los primeros Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) firmados por los Estados Unidos entre 1984 y 1987 y que definieron el rumbo y los fines a ser perseguidos por los TBIs a ser firmados por la potencia económica líder en el mundo de aquel entonces en la creación del primer TBI modelo de EEUU de 1984. Este modelo, de un fuerte carácter pro-inversor, fue por varias décadas el faro que guio a los Estados, respondiendo a las preguntas de cómo y para qué suscribir TBIs con otros Estados en medio de un contexto internacional que fomentó la proliferación de tratados internacionales y multilaterales.<sup>1</sup> Este proceso, usualmente denominado “boom arbitral”, en donde, en el período entre 1990 y 2007 se firmaron más de 2500 Tratados Bilaterales de Inversión y tratados multilaterales (como el “NAFTA”, “CAFTA” y “ETC” entre otros) dio cuenta de la importancia que pasarían a tener los sistemas de soluciones de controversias jurisdiccionales y pacíficos, impulsados por ideales como el de la “Doctrina Drago”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Para más información sobre el contexto histórico y geopolítico ver: Alvarez, J. E. (2011). The return of the state. *Minn. J. Int'l L.*, 20, 223.

<sup>2</sup> Doctrina que planteó la invalidez del uso de la fuerza por parte de un estado hacia otro como mecanismo para el cobro de deudas.

Los tratados bilaterales de inversión son instrumentos jurídicos principalmente diseñados para promover el comercio y la cooperación internacional. Dicho objetivo pretende ser logrado mediante la instauración de un marco jurídico que otorga a los inversores una serie de derechos y garantías. A su vez, estos derechos y garantías adquieren operatividad a través de la legitimación activa que el tratado le otorga a los inversores para elevar sus reclamos contra los estados directamente, ante tribunales arbitrales internacionales —de entre los que se destacan los que operan según las reglas de los sistemas CIADI y CNUDMI—.

Retomando el hilo anterior de la discusión, al referirnos al “Consenso de Washington” no nos referimos a un consenso democrático prestado por los estados derivado de la deliberación y el consenso de ideas y objetivos comunes, sino más bien al paquete estándar de reformas que recomendaron los organismos multilaterales bajo la órbita de los Estados Unidos, muchos de ellos radicados en la ciudad de Washington D.C., a los Estados importadores de capital en vías de desarrollo.

Las ideas plasmadas en dicha serie de reformas se basaban en iniciativas tendientes a la desregulación y liberalización de los mercados (en particular insistiendo en la eliminación de barreras arancelarias y jurídicas que importen el favorecimiento de inversores locales por sobre inversores extranjeros) mediante la supresión del “proteccionismo económico” como política de estado e impulsando la “privatización” del sector público hasta su extensión máxima posible, para reducir el gasto público y por ende el déficit fiscal.

Es en este contexto y motivado por esas ideas es que la República Argentina sanciona a fines de la década de 1980 normas tales como la Ley de Reforma del Estado (N° 23.696), la Ley de Convertibilidad (N° 23.928) y la Ley del Gas (N° 24.076) entre otras, a los fines de atraer inversiones extranjeras a su territorio. La norma que culmina y solidifica este proceso de atracción y apertura hacia inversores extranjeros en la Argentina es la firma del Tratado Bilateral de Inversión con los Estados Unidos, suscripto en el año 1991 y aprobado por el Congreso de la Nación en 1992.<sup>3</sup>

A raíz de la crisis económica atravesada por la República Argentina en el período 2000-2002 se puso por primera vez de manifiesto la trascendencia que la incorporación de cláusulas de “MNP” (medidas no precluidas) en un TBI puede llegar a implicar.

---

<sup>3</sup> Ver en Alvarez, J., & Khamsi, K. (2009). The Argentine crisis and foreign investors: a glimpse into the heart of the investment regime. *The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009*.

Lo expresado en el párrafo anterior da pie para centrarnos en el porqué de la relevancia que la discusión sobre las cláusulas de MNP tiene en el plano del derecho internacional de las inversiones. Esta se debe al hecho de que la pretensión que la incorporación de este tipo de cláusulas persigue, por parte de los Estados firmantes, consiste en “esterilizar” la aplicabilidad de los distintos estándares sustantivos de protección que éstos se comprometieron a cumplir recíprocamente, con relación a las inversiones de los nacionales de su contraparte —en las circunstancias excepcionales previstas por la cláusula—. En otras palabras, su efecto es la invalidación de las protecciones garantizadas por el TBI a los inversores y sus inversiones.

Al hacer referencia a los distintos tipos de “circunstancias excepcionales” o “emergencias” ante las cuales una medida estatal de *iure imperii* puede llegar a ser considerada subsumida en el ámbito de aplicación de una cláusula de MNP, según distintos TBI vigentes, es posible identificar razones de: seguridad interior, orden público, salud pública, moralidad pública, conservación de la paz y seguridad internacional, conservación de recursos naturales, etc.

Lo antedicho implica que, de verificarse los requisitos que comprenden el ámbito de aplicación de la cláusula de MNP —que responden principalmente a estándares eminentemente subjetivos y amplios—, protecciones tales como el estándar de “trato justo y equitativo” y la protección contra expropiaciones indebidamente compensadas, que importan la prohibición de tratamientos perjudiciales a inversores extranjeros, pierden plena operatividad.

Debido al hecho de que implican una traslación del riesgo de soportar los costos —por medidas que en circunstancias normales generarían responsabilidad internacional y deber de compensar— por parte de los Estados a los inversores, resulta entonces imprescindible que tanto su ámbito de aplicación como sus efectos se encuentren clara y precisamente definidos. En este sentido, los tribunales arbitrales han fallado en consolidar un consenso relativamente estable sobre ambos aspectos, dejando a Estados e inversores “a ciegas” con respecto al alcance de las potenciales implicancias derivadas de la aplicación de una cláusula de MNP.

Dentro del conjunto de dudas relativas a la aplicación de cláusulas de MNP en tratados bilaterales de inversión se pueden nombrar las siguientes: ¿Qué se entiende por “medidas necesarias” para la protección de un interés estatal esencial? ¿Quién define cuando una medida tomada fue o no “necesaria” para la conservación de un determinado interés estatal legítimo según la redacción del TBI? Esta determinación, ¿Corresponde acaso a los Estados, como prerrogativa únicamente sujeta a un control de buena fe o deben ser los tribunales arbitrales quienes corroboren su procedencia según el caso en cuestión con bases objetivas?

Esta aplicación poco consistente y carente de previsibilidad, en cuanto a sus efectos, de las cláusulas de MNP por parte de los tribunales arbitrales fue paradójicamente realizada en un contexto de un fuerte discurso crítico por parte de los países en vías de desarrollo que, mediante el discurso del “Nuevo Orden Económico Internacional” cuestionaban ante la Asamblea General de Naciones Unidas la existencia, el diseño y el funcionamiento de entidades tales como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) a la vez que a la institución misma de los TBIs que, según su visión, no eran más que contratos de adhesión en los que los estados desarrollados y poderosos (exportadores de capital) le imponían condiciones comerciales a los estados subdesarrollados (importadores de capital) que no hacen más que profundizar aún más las desigualdades existentes entre ellos, violando el principio de igualdad soberana vigente en el Derecho Internacional desde la “Paz de Westfalia” en 1648.<sup>4</sup> En adición, la enardecida crítica por parte de estados en vías de desarrollo se ha transformado en ocasiones en acciones concretas como lo es el ejemplo de Bolivia, Ecuador y Venezuela que denunciaron y ejercieron su opción de salida del Convenio de Washington de 1965 (en donde se crea el CIADI como foro de resolución de controversias en materia internacional privada) en los años 2007, 2009 y 2012 respectivamente.

Estas faltas de claridad pendientes de ser saldadas junto con la inestabilidad reinante en materia económica mundial, propulsadas por la crisis de Wall St. del año 2008 y el reconocimiento de los Estados de la conveniencia de disponer de un ámbito de discrecionalidad más amplio para tomar medidas en este tipo de contextos excepcionales, han sido atendidas por los Estados al cambiar las redacciones de las cláusulas de MNP en sus respectivos modelos de TBI.

Mediante ello, han buscado hacer más explícitas sus verdaderas intenciones —hasta ahora poco claras para los tribunales arbitrales— a la hora de definir la extensión y las precisiones del régimen de protección ofrecido por ellos, en su calidad de estados anfitriones, a inversores extranjeros.

Las nuevas redacciones de las cláusulas de MNP en los modelos de TBI de países tales como Estados Unidos (2004 y 2012) e India (2015) constituyen modificaciones recientes que posiblemente acarreen un considerable impacto sobre el arbitraje internacional en materia de inversiones al igual que sobre la economía global. Actualmente, no existe una “masa crítica” considerable de casos en los que tribunales arbitrales hayan interpretado las nuevas cláusulas de MNP que permita, predictivamente, establecer parámetros relativamente estables sobre las

---

<sup>4</sup> Op. cit. p.3

posibles implicancias inherentes a sus nuevas redacciones. Lo que sí puede ser afirmado con relativa seguridad, es que las interpretaciones resultantes incidirán fuertemente en el porvenir del desarrollo del comercio internacional.

### **Objetivo:**

El presente trabajo busca que, una vez establecido el abanico de posibilidades interpretativas al que las cláusulas de “MNP” pueden verse sujetas —en relación con su ámbito de aplicación en materia sustantiva y temporal y los efectos jurídicos que su invocación trae aparejada—, se procedan a analizar los consecuentes efectos que estas distintas posibilidades pueden llegar a tener sobre el comercio internacional al ser aplicadas por los tribunales arbitrales internacionales.

Al hablar de las implicancias sistémicas que la interpretación y aplicación de las cláusulas de “MNP” pueden representar, nos es posible identificar cuestiones sobre: asignación de riesgos y precio de las inversiones; legitimidad del sistema de arbitraje internacional; expectativas legítimas de los inversores con respecto al marco normativo instaurado por un TBI; la adaptabilidad de éstas interpretaciones al dinamismo global de la modernidad y su idoneidad para regular relaciones comerciales internacionales en este contexto; etc. Todas las cuestiones mencionadas en la oración previa y las demás cuestiones que surjan a raíz del trabajo de investigación y análisis del estado del arte de la materia serán abordadas por el presente trabajo.

El resultado de dicho análisis resultará de suma relevancia, ya que permitirá, predictivamente, establecer el comportamiento de los tribunales arbitrales a la hora de aplicar este tipo de cláusulas según las circunstancias del caso particular y posteriormente analizar el impacto económico de dicha decisión a corto, mediano y largo plazo —con una mirada integral y sistémica que exceda al caso concreto—.

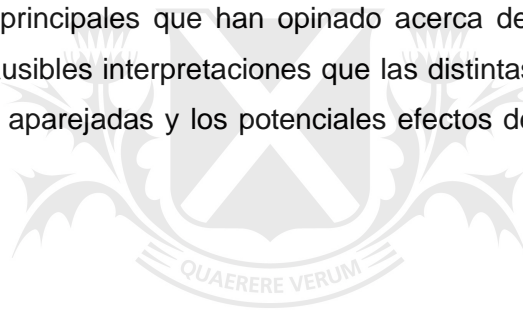
### **Metodología:**

Inicialmente se comenzará por analizar a las cláusulas de MNP como fenómeno y objeto de estudio, buscando describir lo más efectiva y detalladamente los distintos elementos que componen su estructura —objeto, ámbito de aplicación en materia temporal y sustantiva, sujetos activos y pasivos que contempla la cláusula, sus diferencias con el instituto del derecho internacional consuetudinario del “estado de necesidad”, grado de deferencia debida por los

tribunales al accionar estatal, etc. —junto con las variantes pasibles de ser presentadas en cada uno de los distintos elementos .

Luego, se analizará el holding de los siguientes laudos arbitrales: *CMS vs. Argentina (2005)*, *Enron vs. Argentina (2007)*, *Sempra Energy vs. Argentina (2007)*, *LG&E vs. Argentina (2007)*, *Continental Casualty Co. vs. Argentina (2008)* y *El Paso vs. Argentina (2011)* — que discuten la interpretación de la cláusula de MNP en el TBI Argentina-Estados Unidos a raíz de las medidas económicas tomadas luego de la crisis de 2001, que sirvieron, entre otros factores, como disparadores para el cambio en las redacciones de las cláusulas de MNP entre tratados de primera y segunda generación —.

Posteriormente, se analizará cómo fueron receptados específicamente estos cambios en los nuevos tratados modelo de Estados Unidos e India y que opiniones merecen dichos cambios a los autores y doctrinarios principales que han opinado acerca de la materia. Finalmente, se analizará el abanico de plausibles interpretaciones que las distintas redacciones que se le han dado a las cláusulas traen aparejadas y los potenciales efectos de dichas interpretaciones en materia económica.



Universidad de  
San Andrés

### Índice Temático:

I.	<u>Estructura de las cláusulas de MNP</u> .....	p.9
	A. Concepto.....	p.9
	B. Estándar del nexos requerido.....	p.11
	C. Ámbito de aplicación sustantivo.....	p.13
	D. Ámbito de aplicación temporal.....	p.14
	E. Objetivos permisibles.....	p.15

	F. Márgenes de apreciación interpretativa.....	p.17
	G. Efectos jurídicos y diferencia con la figura del “Estado de Necesidad”.....	p.21
II.	<u>Case law</u> arbitral relevante en materia interpretativa de cláusulas de MNP.....	p.23
	1. Contexto.....	p.23
	2. Los casos.....	p.24
	2.1 “El abordaje de la confluencia” .....	p.25
	2.2 El art. XI como <i>lex specialis</i> .....	p.27
III.	<u>Cambios en redacciones de cláusulas de MNP en TBIs de segunda generación</u> .....	p.29
	i.    Tratados Bilaterales de Inversión Modelo de los EE.UU.....	p.30
	ii.   Tratado Bilateral de Inversión Modelo de la República de India (2015)....	p.32
IV.	<u>Posibles interpretaciones y sus efectos sobre el comercio internacional</u> .....	p.35
	α. Asignación de riesgos y precio de las inversiones.....	p.35
	β. Legitimidad del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones..	p.36
	γ. Expectativas legítimas de los inversores.....	p.38



δ. Estabilidad global de las inversiones internacionales en contextos dinámicos.....	p.39
V. <u>Conclusiones y consideraciones finales</u> .....	p.40

## **I. Estructura de las cláusulas de “MNP”**

### **A. Concepto**

Las cláusulas de medidas no precluidas son cláusulas de larga data en la tradición jurídica histórica de los Tratados Bilaterales de Inversión (instrumentos jurídicos destinados a regular la protección internacional de inversores privados de creación relativamente reciente) y de gran trascendencia, ya que, como se dijo anteriormente, su efecto consiste en anular la efectividad de las protecciones consagradas por el tratado a los inversores, pero que, paradójicamente, carecen de interpretaciones sistemáticas consistentes en el “*case law*” (conjunto de decisiones arbitrales no vinculante en donde suelen consolidarse criterios interpretativos con fines meramente orientativos) arbitral en materia de Derecho Internacional de las Inversiones, a diferencia de otras.

En cuanto a su relevancia en el grueso de los tratados bilaterales de inversión vigentes en la actualidad, cabe resaltar que, además de estar incorporadas en la inmensa mayoría de los TBIs suscriptos por los EEUU, ya que se encuentran insertas en su TBI modelo desde su primera edición en 1984, fueron también adoptadas por otros tantos países, de variada tradición económica y gran poder de mercado dentro de los cuales se encuentran: China, Alemania, la India, Canadá y la Unión Bélgica-Luxemburgo (“Unión BLEU”) entre otros.

Su denominación poco ortodoxa proviene de la redacción que se le dio a este tipo de cláusulas en los TBI modelo de los EEUU, la cual se mantuvo prácticamente inalterada a sus efectos interpretativos en sus dos primeras versiones (las de 1984 y 1994) y que puede leerse en castellano en el Art. XI del TBI Argentina-EEUU en los siguientes términos:

*El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad. (Art. XI, TBI Argentina-EEUU, 1991)*

En su versión en inglés, la cláusula dice “*shall not preclude*”, cuya traducción literal es “no precluirá” en lugar de “no impedirá” que es la redacción adoptada por la versión en castellano del TBI Argentina-EEUU. La sustitución de esta palabra puede haberse debido a que la traducción literal del término podría haber derivado en una formulación, si bien correcta, no muy usualmente empleada en el habla del común denominador de los argentinos y que podría incorrectamente asociarse al concepto técnico del “principio de preclusión” que hace foco en el transcurso de plazos legales, como así lo indica la definición de la palabra “precluir” según la Real Academia Española:

*Del lat. praeccludere 'cerrar', 'obstruir', 'impedir'. Conjug. c. construir.*

*1. intr. Der. Dicho de una acción o de un derecho: Quedarse sin la posibilidad de su ejercicio por el transcurso del plazo legal establecido. (Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/precluir> en fecha 16/3/2022)*

Es entonces que, atendiendo a su redacción, resultaría plausible definir a la cláusulas de MNP lo más abstractamente posible como: Cláusulas que permiten, bajo ciertas circunstancias expresamente definidas, que los Estados soberanos firmantes de un TBI no se encuentren obstruidos a la hora de aplicar medidas legales (leyes, decretos u otro tipo de reglamentaciones) a través de su facultad “poder de policía”, tendientes, en el grado o medida definida por dicha cláusula, a satisfacer/perseguir intereses estipulados como válidos por la misma cláusula.

Este exoesqueleto meramente conceptual, neutral y vacío de contenido de lo que una cláusula de MNP es o puede ser procederá a ser completado con las redacciones que se dieron en la vasta mayoría de las variantes de formulaciones contempladas por la doctrina, junto con sus correlativas interpretaciones, recurriendo tanto a TBIs ya derogados como a aquellos que aún mantienen su vigencia, a continuación, en los apartados subsiguientes.

## B. Estándar del nexo requerido

El “estándar del nexo requerido” o “*nexus requirement*” en una cláusula de MNP atiende al grado de conexión entre las medidas adoptadas por el Estado, utilizando su poder de imperio, y el objetivo que dicha medida pretende lograr.<sup>5</sup>

A propósito de este punto y a modo de ejemplo ilustrativo para poder explicar las implicancias inherentes a la redacción de un término que sirve de “nexo” para lograr el fin que da sentido a una norma, resulta pertinente citar el “test de proporcionalidad” de las normas propuesto por Robert Alexy<sup>6</sup>. En este sentido, el autor propone distintos grados escalables de satisfactoriedad de las normas, siendo el primero de ellos la “idoneidad” (que una medida esté al menos orientada a cumplir el objetivo que se propone), seguido por la “necesidad” (que sea la alternativa menos restrictiva hacia los derechos de los afectados, dentro de las disponibles e igualmente efectivas) y finalizando con el test de “proporcionalidad *stricto sensu*” (que los beneficios sociales derivados de la implementación de dicha norma sean mayores a sus costos).

De manera similar, en el caso de las cláusulas de MNP, tendremos, de acuerdo con el tipo de redacción frente al que nos enfrentemos en un caso particular, distintos estándares de procedencia para la subsunción de una medida estatal dentro de su ámbito de aplicación. Abarcando desde la mera idoneidad hasta la estricta necesidad, como resultó ser el caso del art. XI del TBI Argentina-EEUU citado anteriormente en donde se expresa que dicho tratado no “...impedirá la aplicación... de las medidas necesarias para...”.

En cuanto a los tipos de estándares de nexo requerido los hay varios y de efectos muy diferentes. Por ejemplo, el estándar de la estricta necesidad que importaba la redacción de los TBI modelo de 1984 y 1994 de EEUU, y los TBI firmados por ese país hasta el cambio de criterio incorporado en el TBI modelo del 2004, de acuerdo con José Alvarez y Kathryn Khamsi<sup>7</sup>, debe interpretarse como que, para poder cumplir con el estándar del nexo requerido por la cláusula, la medida debía haber sido la “única alternativa posible” o la única manera en la que el Estado hubiera podido resguardar su interés contemplado en la redacción de la cláusula.

---

<sup>5</sup> Ver en Burke-White, W. W., & Von Staden, A. (2008). Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties. *Faculty Scholarship at Penn Law*. 146.

[https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/146/](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/146/)

<sup>6</sup> Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista española de derecho constitucional*, 11-29.

<sup>7</sup> Op. cit. p.3

Esta interpretación de la “única alternativa posible” acarrea los efectos de equiparar a la cláusula de MNP con el instituto del “estado de necesidad” propio del Derecho Internacional consuetudinario, que atiende a normas secundarias aplicables a los Estados y creadas por la conjunción entre práctica reiterada y *opinio iuris* (es decir, que dichas prácticas hayan sido realizadas por los estados con “conciencia de su obligatoriedad”). Esta norma creada por la costumbre y verificada por la jurisprudencia internacional se encuentra a su vez codificada por el art. 25 del Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI).<sup>8</sup> Por otra parte, Burke-White y Von Staden<sup>9</sup> sostienen que los términos implementados por la redacción de medidas “necesarias para” no implican la estricta necesidad de un estándar de procedencia tan estrecho como el propuesto por Alvarez y Khamsi, sino que bastaría con que se corrobore que fue la alternativa menos restrictiva a los derechos de los inversores, dentro de las disponibles.

En adición a la redacción de las cláusulas de MNP en los TBI modelo de EEUU en sus versiones de 1984 y 1994, ejemplos adicionales de este tipo de estándar del nexo requerido estricto resultan ser redacciones como las usualmente empleadas por otros países como Alemania ( “medidas que debieron ser tomadas para”; “medidas tomadas por razones de”; etc), la unión Bélgica-Luxemburgo (“medidas requeridas para”) y la India en su primer TBI firmado, con el Reino Unido, en 1991, criterio seguido en la redacción de su TBI modelo del año 2003 entre otros. (“medidas necesarias”; “tomar medidas para la protección de...”).<sup>10</sup>

Otro ejemplo de estándar de nexo requerido por cláusulas de MNP resulta verse reflejado en la redacción que los Estados Unidos adoptaron en la redacción del TBI modelo de 2004 y replicaron también en el de 2012. Este, resulta ser ejemplo de un estándar de nexo requerido drásticamente más laxo que el anterior, ya que, en este caso, su redacción paso a utilizar los términos de “medidas que considera necesarias para” (en referencia al Estado como sujeto “que considera”) en su artículo 18 titulado “Seguridad Esencial”. Con la aparición de las palabras “que considera” en la nueva redacción de la cláusula de MNP, Estados Unidos buscó ampliar su margen de discrecionalidad a la hora de elegir entre las medidas disponibles para enfrentar épocas de crisis (que son justamente las circunstancias para las cuales las cláusulas de MNP fueron pensadas y diseñadas). El objetivo mencionado en la oración previa fue logrado de manera muy efectiva al volver a la cláusula de MNP auto juzgable, excluyéndola del control

---

<sup>8</sup> Ibídem

<sup>9</sup> Op. cit. p.11

<sup>10</sup>Op. cit. p.11.

y análisis de los tribunales arbitrales según bases fácticas y objetivas y únicamente haciendo que las medidas tomadas por el Estado que invoque dicha cláusula sean susceptibles de una revisión de buena fe<sup>11</sup>.

### C. Ámbito de aplicación sustantivo<sup>12</sup>

Al referirnos a este punto resulta acertado en primer lugar diferenciarlo de lo que vendrían a ser los “objetivos permisibles” fijados por la cláusula MNP. Cuando hablamos del “*scope*”, ámbito de aplicación “sustantivo” (para diferenciarlo del ámbito de aplicación *ratione temporis*) o el “ámbito de alcance” de la cláusula MNP nos referimos a los términos que definen a qué porción de los estándares sustantivos de protección consagrados a inversores, dentro del TBI, podrá ser aplicada la cláusula.

Los “objetivos permisibles” por otra parte, se refieren a los fines que la cláusula considera válidos a la hora de habilitar medidas estatales que puedan violar disposiciones del TBI, sin generar responsabilidad por dichas violaciones. Dicho de otro modo, los objetivos permisibles vendrían a ser los “bienes jurídicos” (si buscáramos su equivalente en normas penales), aunque explicitados en su redacción, que la cláusula de MNP vendría a tutelar.

En este sentido existen básicamente dos tipos de redacción que los estados han adoptado en sus TBIs para definir la extensión del ámbito de aplicación sustantivo de cláusulas de MNP.

En primer lugar, el ámbito de aplicación sustantivo amplio/extendido, adoptado por los TBIs de Estados Unidos, Canadá y la India, abarca la totalidad de las disposiciones del tratado al decir que “este tratado no precluirá/impedirá...” o que “nada en este acuerdo...” restringirá la discrecionalidad del estado para tomar las medidas en las condiciones expresadas por la cláusula.

En cambio, el ámbito de aplicación sustantivo restringido/limitado, adoptado por los TBIs firmados y suscriptos por Alemania y la Unión Bélgica-Luxemburgo, sostiene que las medidas realizadas en persecución de objetivos permisibles no serán consideradas “trato menos favorable” por ende limitando los efectos de aplicación de la cláusula MNP a excluir la

---

<sup>11</sup> Op. cit. p.11.

<sup>12</sup> Ver con mayor profundidad en Op cit. p.11.

responsabilidad por violar el deber de trato según el estándar de “Nación Más Favorecida” (que impone la obligación de que el estado no discrimine a los inversores extranjeros en razón de su nacionalidad, debiéndoles los estándares de tratamiento más elevados concedidos a inversores extranjeros por parte de la regulación tanto local como internacional) en aquellos tratados que lo tengan contemplado.

#### D. Ámbito de aplicación temporal

El ámbito de aplicación temporal o período de vigencia de la cláusula de MNP alude a la duración de los efectos de exclusión de responsabilidad por parte del estado que tomó la medida. Es decir, responde a la pregunta de por cuánto tiempo una medida que cumpla con los requisitos sustantivos para ser subsumida en la cláusula de MNP excluirá el deber del estado de compensar al inversor por los daños ocasionados, por medidas atribuibles a su poder de imperio.

En relación a este aspecto importante del diseño y funcionamiento de las cláusulas de MNP, nos encontramos ante estilos de redacción disímiles que impacten o contemplen de diferente manera distintas extensiones a la duración permitida de las medidas. Sin embargo, doctrinarios como William Burke-White y Andreas Von Staden<sup>13</sup> que se han dedicado a analizar las interpretaciones plausibles que pueden darse a las cláusulas de MNP en este punto, han delineado, a grandes rasgos, dos respuestas plausibles a esta interrogante.

Como primera variante, podría considerarse que la exclusión de la responsabilidad estatal duraría en principio hasta que cese la medida en cuestión. De esta manera, los árbitros adoptarían el enfoque más deferente posible hacia la voluntad de los estados a la hora de redactar los TBIs que omitieron, ya sea intencionalmente o no, darle un tratamiento específico a la cuestión sobre la duración.

No obstante, esto, como bien observan Burke-White y Von Staden, podría derivar en soluciones materialmente injustas y que exceden la voluntad de las partes a la hora de pensar el objetivo por el que decidieron insertar una cláusula de MNP. Esto sería así, de considerarse que dicha cláusula, al no contemplar expresamente el ámbito de aplicación *ratione temporis* la convierte en una regla pasible de ejercerse abusivamente al poder prorrogarse su duración *ad infinitum* “lícitamente”. Pasando de ser una medida de excepción, si nos apejáramos

---

<sup>13</sup> Op cit p.11.

exclusivamente a los aspectos de *lege lata* y al más absoluto de los formalismos textualistas, a un nuevo *status quo* que deformaría las nociones básicas del régimen internacional de protección a las inversiones.

Es por ello que los autores proponen otra alternativa interpretativa a la duración permisible de las medidas contempladas por una cláusula de MNP, considerando que mantendrán su vigencia mientras dichas medidas sigan siendo necesarias para la preservación del interés estatal, contemplado por la cláusula, que se encuentre comprometido.

Para hacerlo, Burke-White y Von Staden consideran que debe recurrirse a evidencia empírica (de parámetros sociales y económicos y basada en datos y otro tipo de evidencia) que pruebe que la cesación de dichas medidas implicaría un aumento, en ese momento determinado, de los efectos adversos que la medida buscó evitar desde un principio. En otras palabras, debería probarse que la emergencia sigue existiendo a tal punto que, de retirarse la medida, el interés estatal protegido volvería a encontrarse amenazado.

Este tipo de interpretaciones fundadas en bases objetivas, si bien aportan mayor justicia y evitan absurdos permitiendo a los árbitros decidir los casos en razones más de índole *ex aequo et bono*, pueden ser vistas por los estados e incluso por otros árbitros como arrebatos de discrecionalidad intrusivos a la voluntad de los estados y que exceden las funciones que un árbitro debe arrogarse, más que nada en aquellas corrientes de pensamiento que conciben al rol de los árbitros como profesionales que si bien son expertos en la materia que juzgan, deben limitarse a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados, que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”<sup>14</sup>, como sostuvo Montesquieu en relación al deber ser de la labor judicial.

## E. Objetivos permisibles

Como bien fue expresado con anterioridad en el presente texto, a la hora de diferenciar al concepto de “objetivos permisibles” del de “ámbito de aplicación sustantiva”, los objetivos permisibles comprenden los intereses estatales válidos que habilitarían a los estados a tomar medidas, que en circunstancias ordinarias configurarían violaciones al TBI, sin incurrir en ellas, ya que estarían actuando bajo un accionar “justificado” (diferente de lo que sería un actuar

---

<sup>14</sup> de Secondat Montesquieu, C. L. (1845). *Espíritu de las leyes* (Vol. 1). Imprenta de Marcos Bueno.

“excusable” como veremos más adelante en el apartado “G” de este capítulo) según lo previeron las partes al negociar y firmar la redacción del tratado.

Este resulta ser un aspecto de las cláusulas de MNP que presenta gran cantidad de variantes en sus redacciones de acuerdo con los distintos intereses y preferencias de los estados. Resulta interesante, como una suerte de análisis sociológico y politológico, atender a los objetivos permisibles que un estado busca insertar en una cláusula de MNP, ya que es en dichas pretensiones que es, o al menos debería ser, posible vislumbrar los valores núcleo más arraigados que una determinada sociedad tiene, que no estaría dispuesta a ceder ni negociar y de los cuales expresamente prioriza su preservación en momentos de crisis. Frente a otros aspectos de la vida en sociedad que optó por no incluir en la cláusula. Cabe aclarar que la traslación de intereses sociales a intereses gubernamentales no está necesariamente sujeta a una relación de correlatividad (mucho menos de estricta causalidad) pero sí podríamos considerar que, en los gobiernos democráticos, al menos en aquellos con los menores grados de corrupción, resulta ser un objetivo (el establecimiento de paralelismos entre objetivos permisibles de cláusulas de MNP y valores sociales de los habitantes de un estado) cuanto menos plausible.

A modo de ejemplificar y concretizar las ideas desarrolladas en los párrafos iniciales del presente apartado es que se procederá a continuación a mencionar los principales ejemplos de objetivos permisibles insertos en cláusulas de MNP existentes en la actualidad. Para hacerlo se recurrirá al detallado análisis que sobre este aspecto hicieron William Burke-White y Andreas Von Staden<sup>15</sup>.

En primer lugar, nos encontramos ante el objetivo de preservar la “seguridad”. Este objetivo adoptado por los TBIs de Alemania a través de la redacción “seguridad pública” (“*public security*”) y por los TBIs de Estados Unidos y la India como “intereses de seguridad esencial” o “intereses esenciales de seguridad” (“*essential security interests*”), está dirigido a la preservación de la seguridad nacional, es decir, interna, de los propios estados. En cuanto a los efectos de la incorporación de este objetivo permisible, considero que importa un estándar subjetivo y poco cuantificable, por lo que necesariamente exige, ante la presencia de un estándar de un nexo requerido estricto, un rol activo por parte de los árbitros encargados de decidir el caso a la hora de determinar su extensión.

---

<sup>15</sup> Op. cit. p.11.



Un segundo objetivo permisible incluido en algunos TBIs de Estados Unidos como a su vez en el TBI modelo canadiense y el TBI Turquía-Catar, resulta ser el del “cumplimiento de... obligaciones que respectan al mantenimiento o restauración de la paz y seguridad internacional.” Dicha pretensión de textura abierta y de un contenido sumamente discrecional y dependiente de las visiones y objetivos geopolíticos propios de un estado hace sentido y resulta coherente su incorporación en el caso de EEUU debido a su tradición histórica de auto definirse en el ámbito de las relaciones internacionales interestatales como el mediador de conflictos internacionales y el “padre y velador” de las democracias occidentales y guardián de los derechos humanos en el mundo post- Segunda Guerra Mundial.

Otros objetivos permisibles de contenido sumamente subjetivos y sujetos a interpretaciones discrecionales resultan ser los del mantenimiento del “orden público” (en TBIs de Alemania, Unión BLEU, Argentina, Perú, etc.) y de la “moralidad pública” (incorporado en TBIs de Alemania, EEUU, Perú, Turquía, etc.).

No obstante, si bien puede haber objetivos permisibles de contenido sustantivo difuso y subjetivo, también los hay aquellos de contenido estricto y que tienden a un grado de análisis que permite un mayor grado de objetividad. Ejemplos de este tipo de objetivos permisibles lo son: la preservación de la salud pública (inserto en casi todos los TBIs de Alemania y en varios de China), la “...protección de la vida o salud humana o vegetal” (presente en TBIs canadienses), la “prevención de enfermedades y pestes en animales y plantas” (adoptado por algunos TBIs de China y de la India) y la “...conservación de recursos no renovables, vivos y no vivos...” (TBIs canadienses).

## **F. Márgenes de apreciación interpretativa**

Al hablar de los márgenes de apreciación interpretativa debidos o, mejor dicho, de la extensión de los márgenes de apreciación interpretativa debidos, aplicable a las medidas tomadas por los estados en una situación de emergencia en donde se alega que un objetivo permisible expresado por la cláusula MNP se vio comprometido, nos movemos en un segmento que transita entre dos polos opuestos. Uno de estos polos resulta ser la deferencia a los criterios discrecionales del estado, es decir, el darle crédito a la palabra del propio estado que invoca la situación de emergencia como criterio constitutivo y definatorio de la emergencia en sí. En otras palabras, “hay emergencia cuando el estado dice que hay emergencia”.

Como es fácil notar, la absoluta deferencia irrestricta a las consideraciones del estado que invoca la situación de emergencia para actuar bajo el ámbito de aplicación de una cláusula de MNP nos deja ante una situación de gran imprevisibilidad e incertidumbre. Es por ello que, como contracara a la deferencia al estado, e impulsado por la necesidad de la presencia/existencia de oráculos externos neutrales que verifiquen la validez de las aseveraciones de los estados, aparece el control sustantivo y empírico de la existencia (junto con su duración y efectos) de la situación de emergencia que apunta a ser discutido en bases objetivas. Sin embargo, al igual que la absoluta deferencia al accionar estatal, la sola consideración del análisis objetivo de la situación de emergencia y sus particularidades llevado a cabo por los árbitros internacionales dista de ser algo ideal o conveniente. Además del hecho de que los estados sentirán, justificadamente, menoscabada su soberanía por parte de privados que justifican sus decisiones en pericia tecnocrática (en distintos ámbitos del conocimiento como el derecho, la economía y demás ciencias sociales) considero necesario y deseable que el criterio y las consideraciones propias del estado deben encontrarse embebidas dentro del cúmulo de ideas que derivan en el razonamiento que en última instancia llegue a la conclusión acerca de si el estado efectivamente actuó o no en una circunstancia excluyente de responsabilidad, según los criterios definidos por la cláusula de MNP.

Lo antedicho se debe al hecho de que, a la hora de establecer criterios valorativos sobre la gravedad o lo crítico de una situación de crisis, deben tenerse en cuenta las concepciones culturales propias de una sociedad que se vieron reflejadas indirectamente en la redacción de la cláusula de MNP, aspecto que puede verse más explícitamente reflejado en la selección de los objetivos permisibles. De ignorarse estos aspectos, difíciles de determinar sin dársele un debido peso a lo que el estado tenga para decir, no se estaría respetando con el requisito *ratione voluntatis* que el estado concedió otorgando su consentimiento para habilitar la jurisdicción de foros arbitrales. En resumen, el estado consintió a ser juzgado en ciertas condiciones que definió expresamente y deben ser respetadas lo más fielmente posible. Es por ello que, no en vano, suele decirse la famosa frase de que “el consentimiento es la piedra angular del derecho internacional de las inversiones”.

Remontándonos a la dicotomía anteriormente planteada entre “deferencia” y “análisis objetivo” es que ahora se procederá a analizar las 3 variantes de márgenes interpretativos definidos y analizados por Von Staden y Burke-White<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Op. cit. p.11.

El primer prototipo de margen de apreciación importado por una cláusula de MNP corresponde a las que no resultan tener disposiciones “auto juzgables”. El término de “auto juzgable”, anteriormente mencionado, alude a disposiciones sujetas a la exclusiva interpretación de las partes, en este caso los estados, excluyéndose la interpretación de oficio del contenido por parte de los tribunales arbitrales (en este caso de las circunstancias de emergencia que motivaron la medida estatal y a la medida en sí). Las cláusulas de MNP al igual que todas las disposiciones de la gran mayoría de los TBIs deben ser interpretadas según las disposiciones de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados expresadas en los arts. 31 y 32 al igual que según la letra y los trabajos preparatorios del propio TBI. En este sentido, constituyen ejemplos de redacciones que imponen márgenes de apreciación interpretativos no “auto juzgables” los de las cláusulas que adoptan estándares del nexo requerido estrictos definiendo a las medidas como “necesarias para” lograr la protección del objetivo permisible determinado.

No obstante, resulta pertinente aclarar que, como bien indican Burke-White y Von Staden<sup>17</sup>, siempre existirá un margen de apreciación más o menos extenso, ya que los objetivos permisibles en sí son formulaciones sujetas a interpretación por parte de los tribunales arbitrales. En referencia a este punto, objetivos como la “protección de la salud pública” darán lugar a un margen de interpretación más estricto y acotado mientras que otros como la protección del “orden público”, “la moralidad pública” o de la “paz y la seguridad internacional” un margen más amplio y laxo.

Por otra parte, existen también las cláusulas de MNP auto juzgables. Este tipo de cláusulas, posibilitadas por la adición de las palabras “que considere” en relación a la necesidad de las medidas, les permite a los estados definir con un gran margen de discrecionalidad (que no obstante no puede carecer de justificación y recaer en absurdos o arbitrariedades) cuando se está ante una medida alineada con la persecución de los objetivos permisibles. Dichas invocaciones, sostienen Burke-White y Von Staden<sup>18</sup>, se encuentran exclusivamente sujetas a una revisión residual por parte de los árbitros según el estándar de buena fe.

Luego de la crisis del 2001-2002 en la argentina en donde se evidenció la importancia de las cláusulas de MNP y el rol que cumplen en los TBIs, Estados Unidos decidió cambiar la redacción de su cláusula de MNP en su TBI modelo de 2004 para hacerla auto juzgable, lo cual sacudió al mundo, mostrándose que los Estados Unidos, uno de los países exportadores de

---

<sup>17</sup> *Ibidem*

<sup>18</sup> *Op. cit.* p.11.

capital líder a nivel mundial e impulsor de la globalización, la liberalización y la desregulación internacional del comercio, de un paso hacia atrás mediante la incorporación de una cláusula de fuerte contenido proteccionista y pro estado.

Por último, Burke-White y Von Staden contemplan también la existencia de un tercer tipo de margen de apreciación interpretativa que a mi juicio considero dudosa. Se trata de las llamadas “cláusulas de MNP implícitamente auto juzgables”.

Este concepto, extraído del argumento alegado por los inversores de EEUU contra argentina basados en la letra del TBI del año 1991 recoge los argumentos receptados en el “*Nicaragua case*”<sup>19</sup>, en argumentos de los trabajos preparatorios y discusiones del TBI modelo de 1994 (con posturas en ese momento disidentes que fueron ulteriormente ignoradas) y otras cuestiones de derecho interno estadounidense, sostiene la pretensión de que pese a decir “necesarias para” en la cláusula de MNP del TBI Argentina-EEUU, la intención subyacente perseguida en esa redacción era la de establecer una cláusula de MNP auto juzgable.

Sobre este punto en particular, coincido en mayor medida con lo dicho por Álvarez y Khamsi<sup>20</sup> en cuanto sostiene que en el argumento esgrimido por Estados Unidos en el *Nicaragua case*, además de oponerse a sus ideas y prácticas comerciales habituales (pro inversor, liberalización y desregulación del comercio internacional) de ese entonces, fue rechazado tanto por la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) en esa oportunidad, al igual que por los tribunales arbitrales de los casos “*CMS*”<sup>21</sup>, “*Enron*”<sup>22</sup>, “*Sempra*”<sup>23</sup> y “*LG&E*”<sup>24</sup> a la hora de interpretar el TBI Argentina-EEUU. En adición, comparto también con Alvarez y Khamsi que los argumentos de Burke-White y Von Staden que recurren a discusiones infructuosas del Congreso de EEUU, en el año 1987, previas a la sanción del TBI modelo de 1994 sobre la pretensión de hacer a la cláusula de MNP auto juzgable y recurrir a redacciones posteriores como las del TBI modelo de EEUU del 2004 y del TBI EEUU-Rusia del año 1992 resultan tanto rebuscados como incorrectos.

---

<sup>19</sup> *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.)*, 1986 I.C.J. 14, 15 (June 27) (Merits)

<sup>20</sup> Op. cit. p.3.

<sup>21</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8

<sup>22</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3

<sup>23</sup> *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16

<sup>24</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1

## G. Efectos jurídicos y diferencia con la figura del “Estado de Necesidad”

A los fines de poder atender este punto de una manera más comprensiva, resulta apropiado previamente referirnos a aspectos propios de la naturaleza jurídica de las cláusulas de MNP, en referencia a sus orígenes normativos, para poder dar cuenta de los efectos e implicancias inherentes a este tipo de normas a la vez que se los diferencia de la naturaleza y efectos del instituto del “estado de necesidad” o “*force majeure*”.

En primer lugar, como bien rescatan Burke-White y Von Staden<sup>25</sup>, los orígenes legales de ambas normas difieren. La cláusula de MNP resulta ser una norma primaria de derecho internacional emanada directamente de disposiciones expresamente escritas que surgen como resultado del consenso y la negociación entre estados, plasmado por escrito en un TBI que regulará relaciones jurídicas entre los estados signatarios y sus inversores (“*lex specialis*”). Por otra parte, el “estado de necesidad” tiene su origen en la costumbre internacional (práctica reiterada y “*opinio juris*”) de los estados, cuya existencia fue verificada y reconocida en algunos casos como por ejemplo en el caso “*Gabčíkovo Nagymaros Project*”<sup>26</sup> además de encontrarse codificado por el art. 25 del Proyecto de Artículos de la CDI<sup>27</sup>. Esto implica que el “estado de necesidad” es una regla que aplica *prima facie* y de manera subsidiaria a todos los tratados de derecho internacional vigentes en la actualidad (“*lex generalis*”) pese a no estar expresamente prevista su aplicación por las partes contratantes.

En cuanto a sus efectos jurídicos, las cláusulas de MNP que resultan únicamente aplicables a los tratados en donde yacen expresamente incorporadas, excluyen la generación de responsabilidad internacional aplicable a los estados que actúen bajo circunstancias de MNP, previamente definidas en el presente trabajo y según las variantes adoptadas por la propia cláusula (en referencia a conductas que en situaciones ordinarias sí configurarían violaciones al TBI y generarían derecho a resarcimiento), a través de la exclusión de la ilicitud de dicha conducta. Esto es así debido al hecho de que, al haber una excepción legal y legítima en la cual se les permite a los estados tomar medidas que ordinariamente configurarían violaciones

---

<sup>25</sup> Op. cit. p.11.

<sup>26</sup> *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, p. 7*

<sup>27</sup> *Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad Del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

al tratado, sin generarse responsabilidad internacional, expresamente prevista en el tratado, se está excluyendo la ilicitud de dicha conducta de manera “*ex ante*”.

En cambio, los efectos de la aplicación del “estado de necesidad” resultan ser esencialmente distintos. Su invocación por parte de un estado puede ser capaz de excluir la responsabilidad internacional generada por la violación a una disposición del tratado ya configurada de manera “*ex post*”, de verificarse el cumplimiento objetivo de los requisitos sustantivos de dicho instituto (que son sumamente estrictos y requieren que haya sido la “única manera” de evitarse el daño que se hubiese producido de no tomarse la medida). Es por ello que, en el caso del “estado de necesidad” no se estaría excluyendo la ilicitud de la conducta sino la “culpabilidad” derivada de la misma.

En este punto difiero en gran medida con la interpretación realizada por los tribunales en *CMS*, *Enron* y *Sempra* al igual que la de José Alvarez y Kathryn Khamsi al considerar que el art. XI del TBI Argentina-EEUU no es más que la reiteración/revalidación del art. 25 del Proyecto de la CDI. Este criterio interpretativo, denominada por la doctrina como “The Conflation Approach” (“El abordaje de la confluencia”), falla en captar las diferencias sustanciales existentes entre el estado de necesidad y las cláusulas de MNP.

Es por ello que, no en vano, los laudos que aplicaron este criterio, pronunciados por los tribunales arbitrales de los casos *Enron* y *Sempra* fueron anulados y el laudo del caso *CMS*, pese a no haber sido anulado, fue severamente criticado por el comité de anulación ad-hoc diciéndole al tribunal que aplicó una interpretación jurídica errónea.

En relación a los argumentos expresados por Alvarez y Khamsi<sup>28</sup>, considero que, si bien resultan interesantes y en cierta medida atendibles, el hecho de que el programa de TBIs de EEUU fuera pensado en su momento como una iniciativa para reafirmar la vigencia del derecho internacional consuetudinario (incluyendo la regla del “estado de necesidad”) y que el origen del art. XI del TBI Argentina-EEUU (1991) se remonta a la redacción del TBI modelo de EEUU de 1984 y otros TBIs redactados por EEUU durante la década de 1980’, que resultan ser previas a la finalización de la redacción del Proyecto de Artículos de la CDI (2001) no logran evadir la aplicación de los estándares interpretativos en materia de tratados internacionales expresados en los arts. 31 y 32 de la Conv. de Viena sobre Derecho de los Tratados que requiere, entre

---

<sup>28</sup> Op cit. p.3. p.428

otras cosas, que la interpretación le dé un “sentido útil” a todas las cláusulas del tratado en cuestión.

## **II. Case law arbitral relevante en materia interpretativa de cláusulas de MNP**

### **1. Contexto**

A fines de los años 80' y durante toda la década 1990', la República Argentina bajo la presidencia de Carlos Saúl Menem se embarcó en un proceso de apertura y fomento a la llegada de inversiones extranjeras a través de la adopción del paquete estándar de medidas recomendadas por los organismos internacionales bajo la influencia de Washington D.C.

Dichas medidas buscaron reducir las barreras a la entrada de capitales extranjeros a la Argentina a la vez que implicaron también promesas escritas por parte del Estado de respetar ciertas condiciones básicas, expresadas en derechos y garantías consagrados a los inversores extranjeros de los estados exportadores de capital, a los fines de proveerles mayor certidumbre y confianza pudiendo así obtener más capital de inversión y a un menor precio (al estar asociado a una tasa de riesgo menor a la que había antes de los compromisos firmados por el Estado argentino).

Fue así como Argentina sancionó: la Ley de Reforma del Estado (N° 23.696) en 1989 para promover la disolución y privatización de ciertas empresas pertenecientes al sector público a fines de reducir el gasto público aspirando así a reducir el déficit fiscal; la Ley de Convertibilidad (N° 23.928) en 1991 fijando el ratio de convertibilidad entre el Peso Austral y el Dólar Estadounidense en una relación de 1 a 1 en el intento por reducir la inflación y facilitar la convertibilidad de los ingresos y egresos de fondos para los inversores extranjeros y La Ley del Gas (N° 24.076) en 1992 regulando las precisiones relativas al mercado de transporte y distribución de gas natural en la Argentina otorgando garantías a inversores extranjeros tales como las de la fijación de precios estables de tarifas que contemplen una “rentabilidad razonable” (Art. 38, inc. a) Ley N° 24.076) que luego del plazo de 5 años estarían sujetos a un

proceso de revisión y eventual reajuste de corresponder por parte del ENARGAS de acuerdo a lo estipulado en su art. 42.

Para dar todavía mayor credibilidad a las promesas expresadas en el marco normativo detallado en el párrafo anterior, el Congreso de la Nación mediante la Ley N° 24.124 en 1992 aprobó el Tratado Bilateral de Inversión suscripto con los Estados Unidos que establecía al CIADI como foro con aspiraciones de neutralidad al que los inversores podrían derivar la solución de los conflictos suscitados en razón del incumplimiento de alguna de las precisiones establecidas en las leyes previamente mencionadas al igual que la violación de los estándares sustantivos de protección consagrados a inversores en el mismo Tratado (ej. Prohibición de expropiación sin previa compensación, trato justo y equitativo, trato no menos favorable que al que acordado a los nacionales de otros estados, etc.).

La solidez de estas promesas y garantías dadas a los inversores por parte del Estado argentino fueron ulteriormente puestas a prueba en la catarata de demandas de solicitud de arbitraje por parte de inversores extranjeros iniciada tras las medidas adoptadas por la Argentina al atravesar la crisis económica de los años 2000-2002 que implicaron la pesificación unilateral de tarifas y depósitos bancarios a un ratio de 1 a 1 cuando ya la moneda nacional no tenía este valor en términos reales y el rechazo al llamado de los inversores a renegociar las tarifas decretadas o planes de pago o compensación alternativos, entre otras.

## 2. Los casos

Debido al efecto provocado por la conjunción entre un marco regulatorio de transición en materia económica caracterizado por la apertura y el fomento a la llegada de capitales de inversores extranjeros conseguido mediante el otorgamiento de promesas expresas a los inversores y una situación de crisis económica y social que derivó en que el estado tenga que tomar medidas de emergencia para estabilizar la situación interna y disminuir el caos social, la República Argentina pasó a ser el país más demandado del mundo ante el CIADI (Al 31 de diciembre del 2020, la Argentina acumulaba un total de 62 casos de arbitraje ante el CIADI, de los cuales 7 seguían pendientes de decisión)<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Recuperado el 11/04/2022 de: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina/respondent>



Dentro de este universo de casos se procederá a analizar los laudos de los casos *CMS vs. Argentina* (2005); *Enron vs. Argentina* (2007); *Sempra Energy vs. Argentina* (2007) —y lo discutido en las decisiones de anulación de estos 3 —; *LG&E vs. Argentina* (2007); *Continental Casualty Co. vs. Argentina* (2008)<sup>30</sup> y *El Paso vs. Argentina* (2011)<sup>31</sup>. La selección de la muestra de casos a analizar se debe a la variedad de interpretaciones que los tribunales le dieron a la cláusula de MNP en circunstancias fácticas y temporales de gran similitud.

Dicha similitud resulta ser más evidente en los cuatro primeros casos mencionados en el párrafo anterior, ya que se trata de cuatro inversores estadounidenses dueños de empresas que desempeñaban su actividad en el mercado del transporte y la distribución de gas natural que impugnan las mismas medidas estatales, la Ley de Emergencia N° 25.561 y el incumplimiento de la renegociación de los acuerdos contemplada en el proceso detallado por la Ley N° 25.790<sup>32</sup>.

Adentrándonos ahora en la sustancia decidida por los casos resulta adecuado remitirnos a lo expresado por José Álvarez y Kathryn Khamsi en *The Argentine crisis and foreign investors: a glimpse into the heart of the investment regime*<sup>33</sup>.

Según los autores de dicho artículo, pueden trazarse a grandes rasgos dos líneas decisorias diferentes entre los 4 laudos.

## 2.1 “El abordaje de la Conflación”

La primera de ellas agrupa a *CMS vs. Argentina* (2005), *Enron vs. Argentina* (2007) y *Sempra Energy vs. Argentina* (2007) y tiene como primera característica la adherencia a la doctrina del “Conflation approach”. Esta postura jurídica traducible al castellano como “el abordaje de la conflación” considera que el art. XI del TBI Argentina-EEUU no es más que una reiteración del instituto del Estado de Necesidad existente en el Derecho Internacional Consuetudinario de carácter de *lex generalis* y reconocido y codificado en el art. 25 del Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho

---

<sup>30</sup> *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9

<sup>31</sup> *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15

<sup>32</sup> *El Paso vs. Argentina* (2011) por su parte es un caso que abarca varias aristas del sector energético, tanto eléctrico, como de distribución de gas como de extracción de hidrocarburos y los hechos de *Casualty Co. vs. Argentina* (2008) versan sobre el mercado de aseguradoras.

<sup>33</sup> Op. cit. p.3

Internacional ("CDI").<sup>34</sup> En otras palabras, esta interpretación de la cláusula de MNP inserta en el art. XI del TBI Argentina- EEUU la equipara en cuanto a su naturaleza y sus efectos, siendo el estándar a pasar para considerar a una medida estatal como subsumible dentro de las precisiones de la cláusula el de probar que era "la única manera" de evitar el deterioro del objetivo permisible protegido por la medida.

Álvarez y Khamsi adhieren a estas ideas y las creen convalidadas debido al argumento de que los primeros TBIs firmados por los Estados Unidos, en la década de 1980' y a principios de la de 1990', se basaron en la premisa de reafirmar la vigencia del derecho internacional consuetudinario, positivizándolo a través de cláusulas específicas. Además, basan su razonamiento en el hecho de que la redacción incorporada en el art. XI se remonta años atrás a los primeros TBIs creados por los Estados Unidos (de los que resulta ser parte el primer TBI Modelo del año 1984) que resultan ser anteriores a la confección del Proyecto de Artículos de la CDI cuya redacción incluso fue concluida 10 años después que la del TBI Argentina-EEUU, en el año 2001.

Si bien creo que estos argumentos contextuales son sin lugar a dudas atendibles y meritorios de consideración, no obstante, me inclino más hacia los argumentos sostenidos por Burke-White<sup>35</sup> sobre este punto al igual que por el Comité de Anulación del caso *Sempra Energy vs. Argentina* (2010)<sup>36</sup> de que el art. XI del TBI Argentina-EEUU es *lex specialis* que implica la exclusión de la ilicitud de la conducta a diferencia de la norma consuetudinaria del Estado de Necesidad y que, en razón de su origen y naturaleza disímiles, tienen estándares de procedencia diferentes, siendo el del art. XI más laxo que el codificado por el art. 25 del Proyecto de Artículos de la CDI.

Por su parte, el laudo de *Enron vs. Argentina* (2007) fue también anulado por un Comité de Anulación ad hoc<sup>37</sup> pero fundamentalmente por la razón de que, según el Comité, el tribunal fundó su decisión basándose cuasi exclusivamente en el dictamen de un experto en materia

---

<sup>34</sup> Op. cit. p.23

<sup>35</sup> Burke-White, William W. "The Argentine financial crisis: state liability under bits and the legitimacy of the ICSID system." *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y* 3 (2008): 199.

<sup>36</sup> *Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16*, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award (Spanish)

<sup>37</sup> *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3*, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic (Spanish)

económica, fallando a la hora de aplicar el derecho al no analizar la sustancia y las diferentes plausibles interpretaciones del art. 25 del Proyecto de Artículos de la CDI que equipararon al art. XI del TBI Argentina-EEUU, constituyendo un déficit en el razonamiento jurídico.

El caso de *CMS vs. Argentina* (2005) fue el único laudo que, pese a enfrentar una solicitud de anulación mantuvo su vigencia pese al hecho de que el Comité sostuvo que el tribunal se equivocó en la interpretación jurídica realizada<sup>38</sup>. Las explicaciones de lo expresado por el Comité de Anulación según Burke- White<sup>39</sup> podrían ser: en primer lugar, sacarle peso/autoridad a la decisión del tribunal en el laudo para que no sienta un criterio interpretativo consolidado y capaz de ser seguido por otros tribunales (por lo que, pese a no anularlo formalmente se mete a analizar la sustancia de la decisión) o realizar una crítica al sistema de revisión CIADI, en cuanto a su legitimidad, al considerar que un sistema carente de jurisprudencia vinculante y sin la presencia de un cuerpo permanente de apelación configura una combinación insustentable. La afirmación anterior puede encontrar cierto tímido respaldo en lo expresado por el Comité sobre que "Si el Comité actuase como un tribunal de apelación tendría que revocar el Laudo..."<sup>40</sup>

## 2.2 El art. XI como *lex specialis*

La segunda línea decisoria mencionada por Álvarez y Khamsi en su artículo comprende al criterio interpretativo sentado por el tribunal del caso *LG&E vs. Argentina* (2007) que también resulta en cierta medida extrapolable a la decisión del tribunal en el laudo de *Continental Casualty Co. vs. Argentina* (2008) y en menor medida a la del tribunal en *El Paso vs. Argentina* (2011).

En ambos laudos, los tribunales consideraron al art. XI del TBI Argentina-EEUU como una norma primaria que desplaza por el principio de generalidad en el orden de prelación al Estado de Necesidad del Derecho Internacional Consuetudinario de estándar más estricto y elevado.

El tribunal en *LG&E vs. Argentina* sostuvo en cuanto a la adecuación de los hechos a la sustancia de la cláusula de MNP que efectivamente existió un interés estatal legítimo

---

<sup>38</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic (Spanish). ¶ 135

<sup>39</sup> Op. cit. p.27

<sup>40</sup> Op. cit. p.27.

comprometido (el “orden público”) y que las medidas tomadas (sin importar el hecho de que existieran otras medidas disponibles) cumplieron con el requisito de ser “necesarias para” resguardar dicho objetivo permisible. Es por ello que concluyó a diferencia que en los laudos citados en el apartado anterior que la Argentina no tenía responsabilidad internacional por la violación de las disposiciones del TBI durante el transcurso de vigencia de la situación de crisis. Aseveración que le permite finalmente concluir en que el Estado Argentino debía compensar a los inversores por el incumplimiento del deber de renegociar los acuerdos unilateralmente modificados luego de objetivamente finalizado el momento de crisis social y económica.

La decisión del tribunal en *Casualty Co. vs. Argentina* por otra parte, se aparta de lo mencionado en *LG&E* al interpretar la sustancia del art. XI del TBI Argentina-EEUU recurriendo a las disposiciones del GATT y del *case law* de disputas dirimidas a la OMC, adoptando un estándar inclusive más laxo que se asemeja a la idea de un “margen de apreciación” a la deferencia estatal importado de la doctrina de la Corte Europea de DDHH y sostenida por *Burke-White* y *Von Staden*<sup>41</sup> y por algunos árbitros como es el caso de *Brigette Stern*<sup>42</sup>.

Ahora bien, al analizar el laudo del tribunal de *El Paso vs. Argentina* (2011) puede apreciarse en primera instancia una adherencia formal a la interpretación inicialmente sentada en *LG&E* al decirse textualmente que “El Artículo XI es la *lex specialis*, y el Artículo 25 es la *lex generalis*.”<sup>43</sup> Sin embargo, termina concluyendo en que el art. XI no aplica a los hechos del caso, ya que “...la propia admisión de la Argentina de su “incapacidad de mantener la disciplina fiscal”, abonan la conclusión de la mayoría del Tribunal de que la Argentina contribuyó sustancialmente a que se produjera la crisis, de modo que no puede invocar el Artículo XI en su auxilio.”<sup>44</sup> Al haber dicho lo anterior, el tribunal adhiere a una interpretación estricta del estándar de medidas “necesarias para” incorporado en la redacción de la cláusula de MNP y equipara parcialmente sus efectos a los de la norma consuetudinaria del Estado de Necesidad al considerar que es un estándar que no procederá de considerarse que el estado contribuyó a colocarse en la situación de necesidad que alega como excusa.

---

<sup>41</sup> Op. cit. p.11

<sup>42</sup> *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award* (Spanish version) ¶¶ 666-668

<sup>43</sup> *Ibidem.* ¶ 552

<sup>44</sup> *Ibidem.* ¶ 665

### **III. Cambios en redacciones de cláusulas de MNP en TBIs de segunda generación**

Las decisiones de los casos arbitrales contra la República Argentina que configuraron los primeros intentos relevantes de darle una interpretación a la sustancia de la cláusula de MNP receptada en el TBI Argentina- EEUU tuvieron marcadas consecuencias en el porvenir de las redacciones de este tipo de cláusulas en los TBIs de varias potencias económicas.

Ello se debió a que dichos laudos pusieron en evidencia la falta de claridad con la que el régimen de solución de controversias internacionales en materia de inversiones (en especial los sistemas CIADI y CNUDMI) resolvería acerca del grado de discrecionalidad del que los Estados disponen para tomar medidas en épocas de crisis, frente a los derechos consagrados a inversores extranjeros.

A propósito de este punto resulta relevante citar el concepto de “soberanía revisada” mencionado por José Alvarez en *The Return of the State* a partir del que expresa su visión de que los cambios plasmados en las redacciones de las cláusulas de MNP en la década de 2010 puede deberse a un cambio de paradigma en la manera de concebir el concepto de “soberanía”. Dicho cambio, sostiene Alvarez, puede bien ser la manifestación de una pérdida de confianza de los estados exportadores de capital (liderados por EEUU) en los principios rectores del “Consenso de Washington” que pudieron apreciar las dificultades que puede enfrentar un estado económicamente poderoso y “correctamente administrado” en épocas de crisis sociales y/o financieras, como pasó en los Estados Unidos en el año 2008.<sup>45</sup>

Ya sea por razones prudenciales, prácticas o ideológicas, la realidad es que varios estados que traían incorporadas cláusulas de MNP en sus TBIs han optado por cambiar sus redacciones, siendo este un aspecto de alta importancia y sensibilidad dentro del grueso de las disposiciones del TBI que en muchos casos constituye el punto que tuerce la balanza a favor de un carácter más “pro inversor” o “pro estado” del tratado en cuestión y, de configurarse esto en una tendencia, también posiblemente redefina el carácter del régimen internacional de protección de inversiones.

---

<sup>45</sup> Op. cit. p.2. pp. 252-260

## **i. Tratados Bilaterales de Inversión Modelo de los EE.UU.**

Desde su primer versión de TBI modelo, del año 1984, los Estados Unidos mantuvieron una redacción de contenido estricto y no auto-juzgable en sus cláusulas de MNP durante dos décadas, importando el estándar de la “necesidad” de las medidas al referirse a “medidas necesarias” para la satisfacción de los objetivos permisibles enunciados en la cláusula.<sup>46</sup> Estándar que, de acuerdo con los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados debía ser sujeto a interpretación por parte de los árbitros a la luz del sentido ordinario de los términos empleados, en miras a recrear la voluntad de los estados firmantes a la hora de redactarla y dándole un sentido útil entre otros aspectos.

Dicha redacción se vio levemente alterada en el TBI modelo del año 1994 en donde Estados Unidos optó por suprimir, en su art. XIV inc.1, el objetivo permisible del “mantenimiento del orden público” como causal fáctica en donde se habilitaría la invocación de la cláusula de MNP, volviendo a la cláusula en alguna medida incluso más restrictiva que en la versión del TBI modelo de 1984. Pero el estándar de procedencia estricto que requería la “necesidad” de la medida invocada seguía siendo el mismo y siguió siéndolo en la revisión del Modelo de TBI de 1994 del año 1998 en la que no recibió modificaciones en su art. XIV inc.1.

El principal cambio que sufre la cláusula, en cuanto a sus efectos, que implicó su traslación de un carácter más tendiente a favorecer a la protección de los derechos de los inversores a un tinte netamente “pro estado” y en resguardo de la potestad soberana del poder de policía, sucede en el año 2004, 13 años después de concluido el TBI Argentina-EEUU y 3 años después del comienzo de la crisis económica de la República Argentina que disparó la catarata de reclamos ante el CIADI (mayoritariamente por parte de inversores estadounidenses).

Este giro copernicano, este cambio tan diametral inherente a la esencia (mayoritariamente en cuanto a sus efectos) de la cláusula de MNP que se estableció prototípicamente como un modelo a ser replicado por EEUU en sus TBIs a ser concluidos en el futuro, se debió solamente a la inclusión de la frase “que considere” en relación a la ya asentada “necesidad” de las medidas estatales en cuestión<sup>47</sup>. Redacción que al día de hoy los Estados Unidos parecieran

---

<sup>46</sup> “...measures necessary ...for the maintenance of public order, ...the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests” (Art. X, US Model BIT, 1984)

<sup>47</sup> “...measures that it considers necessary for... the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests” (Art. 18.2, US Model BIT, 2004)

seguir avalando al no haber modificado en absoluto en la última redacción de TBI Modelo actualmente vigente, del año 2012.

Esto implicó la transición de una cláusula de contenido estricto e interpretable en base a parámetros objetivos por parte de los tribunales arbitrales (en cuanto a la gravedad de la situación de emergencia y la idoneidad y necesidad de la medida aplicada por el estado) a una cláusula de contenido auto juzgable por el estado que invoca la situación de MNP, relegando el control arbitral de la medida aplicada a un estrato subsidiario siendo éste capaz de recurrir únicamente a un control basado en el estándar de buena fe del estado que aplicó la medida.

En razón de este profundo cambio previamente detallado, bien podríamos preguntarnos si la nueva redacción debilita o refuerza a la protección de los derechos perseguida por el TBI en cuestión. Sin embargo, la respuesta a esa interrogante depende en gran medida de la concepción que tengamos de lo que un TBI implica.

Si por un lado pensamos como José Alvarez que el objetivo de los TBIs es dar derechos y garantías a inversores extranjeros a través de renunciaciones expresas a ejercer el poder de policía soberano de manera indiscriminada, sin lugar a dudas este cambio debilita la totalidad del plexo del TBI y corroe su eficacia como instrumento de protección de inversiones en materia internacional.<sup>48</sup>

En cambio, si consideramos que los TBIs como instrumentos son más válidos y eficaces en función de cuánto representen la voluntad estatal y contemplan integralmente el contexto en que la protección internacional de las inversiones se desarrolla buscando darles mayor “equilibrio y sustentabilidad” (es decir, tolerancia a situaciones extremas), la cual parece ser la postura de autores como William Burke White y Andreas Von Staden, podríamos entonces considerar que el cambio efectuado en la redacción de la cláusula de MNP de los TBI modelo de EEUU la robustece y fortalece.

Más allá de la postura que el lector decida adoptar, teniendo ambas posturas puntos sumamente válidos y argumentativamente sólidos, lo que resulta innegable es que dicho cambio, compartido o no ideológicamente, fue sumamente revulsivo al *status quo* del régimen internacional de protección de inversiones, al tratarse de una redefinición del criterio sentado como parámetro a seguir por uno de los estados exportadores de capital líder de la economía global.

---

<sup>48</sup> Op cit. p.2. p.225

## ii. Tratado Bilateral de Inversión Modelo de la República de India (2015)

En adición al caso de cambio de paradigma del régimen internacional de protección de inversiones patrocinado por Estados Unidos, la República de la India, una de las economías de más rápido crecimiento en el mundo y el tercer destino que más recibe Inversión Extranjera Directa (IED), detrás de China y EEUU,<sup>49</sup> también aplicó cambios en la redacción de su cláusula de MNP en su TBI Modelo más reciente (2015) los cuales manifiestan un cambio de visión en cuanto a la extensión de las garantías otorgadas a la protección de las inversiones de extranjeros.

Al igual que en el caso de EEUU, la India adoptó inicialmente un modelo de TBI de carácter más pro-inversor y que se acomodaba a los criterios sentados en el discurso del “Consenso de Washington”. Esto se reflejaba directamente en la redacción de una cláusula de MNP sumamente restrictiva para el estado, asemejándola aún en mayor medida en este caso que en el de los Estados Unidos, al instituto del estado de necesidad propio del derecho internacional consuetudinario al decir lo siguiente:

*“...nothing in this Agreement precludes the host Contracting Party from taking action for the protection of its essential security interests or in circumstances of extreme emergency in accordance with its laws normally and reasonably applied on a non discriminatory basis.”* (Art. 12 (2), India Model BIT, 2003)

Si bien en este caso no se aclaraba el estándar del nexo requerido importado por la cláusula para su procedencia, se interpreta que el estándar de procedencia es el de la “necesidad”, ya que, para que una cláusula sea considerada auto juzgable debe decirlo expresamente, como en el caso de las nuevas cláusulas de EEUU.

Analizando en profundidad la cláusula de MNP del TBI Modelo de la India del año 2003, observamos que el hecho de que limite los objetivos permisibles a la preservación de “intereses esenciales de seguridad” y que diga que podrá ser aplicada en situaciones de “emergencia extrema” y de manera “normal y razonable de manera no discriminatoria” restringe en gran medida el universo de situaciones fácticas en las que esta cláusula podría ser invocada.

---

<sup>49</sup>Ranjan, P., & Anand, P. (2017). The 2016 model Indian bilateral investment treaty: a critical deconstruction. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 38, 1. p.10



Esta cláusula, importada directamente del primer TBI concluido por la India con el Reino Unido en el año 1991 fomentaba un fuerte carácter pro-inversor que alentó la llegada de inversiones extranjeras en una de las economías importadoras de capitales líder a nivel mundial.

Sin embargo, esta tendencia comenzó a fluctuar en el año 2011 con la decisión adoptada por el tribunal arbitral en el caso *White Industries v. India*<sup>50</sup>, primer laudo arbitral emitido interpretando un TBI de la India, en el cual se condenó a la República de India a compensar resarcitoriamente los daños causados por sus medidas a inversores australianos. Esto sirvió como disparador para numerosas y enardecidas críticas en la literatura jurídica local de la India hacia el régimen internacional de solución de controversias en materia de inversiones, en las que algunos sectores demandaron la eliminación de la cláusula arbitral de todos los TBIs concluidos por el estado. Finalmente, la solución acabó siendo menos drástica de lo que se pensaba, concluyéndose con la redacción del nuevo TBI Modelo de la India actualmente vigente (finalizado el 28/12/2015) tras la previa notificación de terminación de TBIs, en ese entonces vigentes, a 58 países, con el llamado a renegociar sus términos.<sup>51</sup>

En la nueva redacción de este TBI Modelo, la India esgrime dos objetivos clave como impulsores y estandartes detrás de la reforma.

El primero de ellos se basa en la alegada necesidad de balancear la protección de los derechos de inversores extranjeros con la potestad soberana del Estado anfitrión de regular sus asuntos internos con cierto ámbito de discrecionalidad.

El segundo, alude a la necesidad de redactar las cláusulas de manera más precisa a los fines de reducir la discrecionalidad de la que los árbitros dispondrán a la hora de interpretarlas.

Según la opinión de Ranjan y Anand<sup>52</sup>, India ha fallado en estos dos objetivos que se propuso como metas a la hora de redactar el nuevo modelo de TBI, ya que consideran que la nueva redacción no da como resultado un equilibrio balanceado entre protección a inversores y resguardo de la soberanía estatal, al inclinarse más pronunciadamente a favor de esta última. En adición, sostienen también que tampoco devino en una redacción más clara y precisa como se propuso, sino que continúa albergando provisiones normativas vagas y de contenido difuso que requerirán de la activa tarea interpretativa de los tribunales arbitrales a fines de determinar su contenido.

---

<sup>50</sup> *White Industries Australia Limited v. The Republic of India, UNCITRAL, Final Award*

<sup>51</sup> Op cit. p.32.pp.11-19

<sup>52</sup> *Ibidem*

Focalizándonos ahora en las particularidades de los cambios efectuados a la cláusula de MNP en la redacción del nuevo TBI Modelo es que viene a nuestra atención su artículo 32 titulado “Excepciones Generales” (“*General Exceptions*”). El contenido de este artículo fue directamente importado directamente de la redacción del artículo XX del GATT con la intención de implantar una lectura más inclinada hacia la deferencia al accionar estatal que fue interpretada por el desarrollo del *case law* del GATT, de carácter mucho más horizontal que el CIADI y el CNUDMI (en el órgano jurisdiccional tiende a mediar en pos de la conciliación de acuerdos entre estados soberanos y se cuida de no tomar decisiones que afecten la soberanía de alguno de los estados parte del conflicto), aproximándola mucho a la idea de la instauración de un “margen de apreciación” (concepto previamente discutido y desarrollado en el presente artículo) de las conductas de los estados.

Estas particularidades escapan al ojo del inversor extranjero incorrectamente asesorado que crea que por decir “medidas necesarias para” se aplica el estándar estricto de la necesidad, aunque también el artículo vuelve a confundir al inversor al aclarar específicamente que “necesarias para” implica que “...el Tribunal debe tomar en cuenta si existieron medidas alternativas disponibles menos restrictivas pasibles de ser aplicadas por el Estado.” ( Art. 32 (1), TBI Modelo de la India, 2015, nota al pie n°6).

Otro cambio notorio en la redacción de la cláusula de MNP entre el TBI Modelo del 2003 y el del 2015 se ve reflejado en la considerable ampliación de los objetivos permisibles abarcados por la cláusula que pasaron de la limitada protección a “intereses esenciales de seguridad” en situaciones de “emergencia extrema” a: (i) la protección de la moralidad pública o el mantenimiento del orden público; (ii) la protección de la salud humana, animal o vegetal; (iii) asegurar el cumplimiento con leyes y regulaciones que no sean inconsistentes con las provisiones de este Acuerdo; (iv) la protección y conservación del medio ambiente, incluyendo todos los recursos naturales vivos y no vivos; (v) la protección de tesoros nacionales o monumentos artísticos, culturales, históricos o de valor arqueológico.

Además, el art. 32 del TBI Modelo de 2015 incluye dos incisos adicionales que regulan cláusulas de MNP específicas aplicadas a las políticas cambiarias pasibles de ser aplicadas por los Bancos Centrales (inc. 2) y en el marco de acuerdos con el FMI (inc. 3) indicándose que en caso de existir conflicto entre acuerdos con el FMI y el TBI, el Acuerdo desplazará al TBI en el orden de prelación.

En síntesis, considero que las alteraciones recibidas por la cláusula de MNP en el TBI Modelo del año 2015 de la India denota la adopción de una visión de un fuerte carácter pro-estado que parece considerar amenazada su soberanía (o su discrecionalidad a la hora de ejercer su poder de policía) si optara por otorgarle garantías amplias y estables a inversores extranjeros.

#### **IV. Posibles interpretaciones y sus efectos sobre el comercio internacional**

##### **α. Asignación de riesgos y precio de las inversiones**

Este resulta ser uno de los puntos más claros en donde tanto la inserción de una cláusula de MNP en un TBI como sus distintas redacciones pueden acarrear cargas disímiles de asignaciones de riesgos entre estados anfitriones e inversores extranjeros. Pocos cuestionamientos pueden hacerse a la afirmación de que la mera inserción de cláusulas de MNP en un TBI por si sola, ya configura una traslación de riesgos (de resarcir daños por medidas que en circunstancias ordinarias violarían las disposiciones del tratado) por parte de los estados a los inversores que, de no poder obtener una reparación, deberán soportar los costos de los daños sufridos.

Sin embargo, esto no resulta ser todo, ya que entre las distintas redacciones que puedan dársele a las cláusulas de MNP en cuestión existen variantes de distribuciones de asignación de riesgos muy diferentes entre sí. No importa el mismo riesgo para un inversor, invertir en un estado con el que su nación suscribió un TBI que contiene una cláusula de MNP de un estándar de nexos requerido estricto, con pocos objetivos permisibles que en el marco de un TBI con una cláusula de MNP auto juzgable y gran cantidad de objetivos permisibles.

Dicho lo anterior, concuerdo con White y Von Staden<sup>53</sup> en que, al aumentar el riesgo de invertir en cabeza de los inversores, estos demandarán un mayor retorno para sus inversiones, lo que derivará en un aumento del costo del capital para los estados anfitriones. Y, de poder cumplirse en menor medida con estos nuevos precios con los retornos exigidos por partes de los

---

<sup>53</sup> Op. cit. p.11. pp. 401-403

inversores, se verá una baja sensible en los montos que ingresen a dicho estado vía inversión extranjera.

Más aún, considerando que la tendencia de los estados en las nuevas redacciones de sus TBIs parece ir migrando hacia cláusulas de MNP de contenido más laxo y más tendientes a resguardar la soberanía estatal por sobre el resarcimiento a los daños ocasionados a inversores, que aumentan el costo del capital, no sería imprudente afirmar entonces que el capital destinado a inversiones internacionales a escala global se verá en algún grado disminuido.

### **β. Legitimidad del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones**

A la hora de referirnos a la legitimidad del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones resulta oportuno recalcar los hechos mencionados previamente en la introducción, de que países como Bolivia, Ecuador y Venezuela denunciaron la convención CIADI en los años 2007, 2009 y 2012, en el marco de la instauración del discurso del “Nuevo Orden Económico Internacional” que cuestionó el rol de instituciones como la OMC, el Banco Mundial (del cual depende el CIADI) y el FMI, alegando que su diseño y funcionamiento acababan profundizando las desigualdades existentes y agrandando la brecha entre “estados desarrollados” exportadores de capital y “estados en vías de desarrollo” importadores de capital.

Este discurso, enfatizado por las decisiones de los laudos arbitrales contra la Argentina debido a la crisis económica del 2001 puso en tela de juicio varias alegadas deficiencias del sistema CIADI que la doctrina ha rezeptado y discutido.

Dos de las principales críticas realizadas al sistema a partir del *estrepitus fori* importado por la decisión de estos casos fueron que la falta de un sistema con jurisprudencia vinculante (es decir, *case law* propiamente dicho) y de un órgano permanente que actué en carácter de tribunal de apelación, representan una combinación poco sostenible, como rescata Burke White en su artículo<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Op. cit. p. 26.

Otras posturas sin embargo, como la de Brigitte Stern, como se presenta en el artículo de Alvarez y Khamsi<sup>55</sup>, sostienen que los problemas existentes en materia de legitimidad importados por la falta de consolidación de criterios interpretativos se deben sólo al crecimiento de la práctica del arbitraje internacional de inversiones, cuestión que los propios árbitros solucionarán con el pasar de los años.

No obstante, el tiempo parece haberle dado la razón a Alvarez y Khamsi<sup>56</sup> en que, de estar interesados en proteger en mayor medida la discrecionalidad de su poder de policía soberano, son los estados quienes deben cambiar las redacciones de sus cláusulas de MNP, afirmación que parece sustentarse por los instrumentos jurídicos analizados en el presente texto.

En cuanto a los efectos a futuro de los cambios de las redacciones de las cláusulas de MNP sobre la legitimidad del sistema de arbitraje internacional de inversiones, Burke White y Von Staden sostienen que, si bien puede ocurrir que los inversores se sientan menos protegidos, al haber cláusulas de MNP en los TBIs y que se vuelquen a un carácter más pro estado, también podría ocurrir que una mayor cantidad de estados antes fuera del sistema acepten suscribir TBIs, aumentando las posibilidades y alternativas de inversiones internacionales disponibles<sup>57</sup>.

Sobre este último punto considero interesante el argumento elaborado por los autores, pero creo que debe dársele más peso al hecho de que la legitimidad de un instrumento legal diseñado para la protección de las inversiones internacionales depende también de su eficacia para proteger los derechos de los inversores comprendidos por el acuerdo. Veo que la visión expresada por Burke White y Von Staden solo considera a la deferencia a la voluntad estatal como el único aspecto a tener en cuenta, el cual es fundamental y muy importante, sin analizar debidamente como la eficacia del instrumento a la hora de proteger los derechos de los inversores impacta en su legitimidad. ¿Es legítimo un TBI que respeta la voluntad de los estados a costa de sacrificar su eficacia a la hora de proteger a los inversores, siendo este el objetivo para el cual fue creado?

Esta interrogante pendiente de una respuesta clara evidencia la dificultad que los cambios en las redacciones de las cláusulas de MNP en Tratados de segunda generación importan en cuanto a la legitimidad del sistema de arbitraje internacional de inversiones, poniendo de manifiesto el rol poco convencional que tienen los inversores, como legitimados directos para

---

<sup>55</sup> Op. cit. p. 3.

<sup>56</sup> Ibídem p.478.

<sup>57</sup> Op. cit. p.11. pp. 403-406.

elevantos reclamos contra los estados en base a acuerdos en cuya redacción no tuvieron voz ni voto, en el sistema de arbitraje internacional de inversiones.

## **y. Expectativas legítimas de los inversores**

En cuanto a la legitimidad de las expectativas legítimas de los inversores, Burke White y Von Staden sostienen que, si bien *prima facie* puede considerarse que la inserción de cláusulas de MNP y los cambios en sus redacciones tendientes a determinarlas de contenido auto juzgable tienen un efecto detrimento frente a los reclamos de los inversores, consideran que en realidad aportan mayor claridad a la legitimidad de las expectativas plausibles que los inversores pueden tener en relación al régimen jurídico de protección ofrecido, regularizando una situación que de hecho ya sucedía.

En relación a este argumento, creo que el razonamiento de Burke White y Von Staden falla a la hora de analizar el punto central que hace a la importancia de las expectativas legítimas de los inversores, que atiende a su sustancia. En otras palabras, los aspectos importantes a analizar al hablar de expectativas legítimas, no comprenden únicamente a la intención de los estados, sino también a las garantías en sí, como objeto de estudio. En este sentido, al igual que fue mencionado en el punto anterior, si las expectativas legítimas de los inversores resultan ser la posibilidad de invertir con derecho a que se compensen previamente las expropiaciones a sus inversiones y con el derecho a un trato justo y equitativo entre otras provisiones (indagando a su vez en la sustancia de dichas garantías que excede al objeto del presente texto), siempre y cuando el estado no “considere necesario” violar dichas garantías, podríamos encontrarnos con el hecho de que las expectativas legítimas de los inversores, llevando este argumento al extremo, existen solo cuando el estado anfitrión decide que existan.

Como último punto sobre este tema, estimo apropiado cuestionar la afirmación de Burke White y Von Staden en cuanto a que los cambios en las redacciones de las cláusulas de MNP “regularizan una situación que de hecho ya existía” o expresan una concepción de las cláusulas de MNP que siempre apuntó a lo mismo, ya que, como vimos a lo largo del desarrollo del presente texto, las modificaciones a las cláusulas de MNP responden, entre otros factores, a la fluctuación de las concepciones dominantes acerca del régimen de inversiones internacionales en distintos momentos históricos, la que puede verse reflejada en los distintos discursos

---

<sup>58</sup> Op. cit. p.11. pp. 406-407.

imperantes en la economía global (primero el "Consenso de Washington", luego el "Nuevo Orden Económico Internacional") en distintos períodos que van desde los 1990' a los 2010'.

Un segundo factor a considerar es también la falta de claridad acerca del contenido de las cláusulas de MNP, evidenciada tras la decisión de los casos arbitrales contra la República Argentina basados en reclamos por medidas tomadas en la crisis del 2001, que instó a los estados que tenían cláusulas de MNP a clarificar sus posiciones respecto a su contenido, o respecto al contenido que, en razón de la decisión de dichos casos, les gustaría que tenga.

## **δ. Estabilidad global de las inversiones internacionales en contextos dinámicos**

Al analizar este aspecto, Burke White y Von Staden, en su apartado titulado "Cláusulas de MNP, amenazas modernas y estabilidad global"<sup>59</sup>, consideran que el fenómeno de las cláusulas de MNP al igual que los cambios en las redacciones tendientes a darle un contenido más pro-estado, parecen responder al dinamismo propio de la actualidad en materia económica. Contexto caracterizado por la irrupción de factores altamente disruptivos (ej. Terrorismo, crisis económicas y políticas, etc.) que pueden alterar el panorama de acción, es decir, sus prioridades y necesidades, de un momento para el otro. En razón de ello es que consideran adecuado que las cláusulas de MNP resguarden por sobre todas las cosas el margen de acción del que los estados disponen en épocas de crisis.

Sin embargo, respecto a ese punto podría sostenerse justamente lo contrario, ya que en contextos económicos dinámicos que implican mayores riesgos para los inversores, éstos buscarán invertir en los estados que ofrezcan regímenes jurídicos con las garantías más amplias, sin que éstas pierdan su credibilidad.

En síntesis, cuanto "más adecuados", en términos de Burke White y Von Staden, resulten los cambios realizados a cláusulas de MNP desde la perspectiva de los estados (en pos del resguardo de su discrecionalidad a la hora de tomar medidas en "momentos de crisis") "menos adecuadas" resultarán estas a los ojos de los inversores teniendo en cuenta sus intereses.

En adición, como último punto a debatir, Burke White y Von Staden mencionan que la inserción de cláusulas de MNP en los TBIs, facilitarán la recuperación económica de los países en crisis.

---

<sup>59</sup> Op. cit. p.11. pp. 407-409.

Argumento que a primera vista no representa problemática alguna pero que, analizado en detalle omite considerar el efecto potencialmente negativo que puede tener una cláusula de MNP muy laxa a la hora de desalentar la llegada de inversiones extranjeras. Entonces, a fin de cuentas ¿Hasta qué punto favorece la recuperación económica de un estado en crisis una cláusula de MNP auto juzgable e interpretable en base a la doctrina del margen de apreciación?

## **V. Conclusiones y consideraciones finales**

A modo de conclusión del presente texto, considero pertinente decir como primer punto que, en efecto, sí existieron modificaciones en las redacciones de las cláusulas de MNP entre TBIs de primera y segunda generación de estados que las traían incorporadas desde un principio. Como ejemplos de lo antedicho, se citó en el presente texto el ejemplo de dos potencias económicas, los Estados Unidos de América (país que se encuentra dentro de los líderes en cuanto a exportación de capitales) y la República de la India (país que se encuentra dentro de los líderes en importación de capitales) que modificaron sus cláusulas de MNP en los años 2004 (TBI Modelo EEUU) y 2015 (TBI Modelo India) respectivamente.

En cuanto a las razones detrás de dichas modificaciones, puede afirmarse que nos encontramos ante un fenómeno multicausal. En primer lugar, la imposición del discurso del “Nuevo Orden Económico Internacional” impulsado por los países en vías de desarrollo e importadores de capital, derogando la vigencia y el apoyo a los postulados enunciados en el discurso del “Consenso de Washington” resulta ser un factor o al menos el indicador de que el paradigma actual en materia de inversiones internacionales se ha distanciado del de los años 90’. Esto resulta evidenciado por el hecho de que, Estados Unidos, el país impulsor de la liberalización y desregulación del comercio, perpetuo enemigo de las economías proteccionistas, fue de los primeros en cambiar su cláusula de MNP dándole un tinte más pro-estado.

Otra de las razones, como fue mencionada en los apartados anteriores, se debió al hecho de la incertidumbre reinante en cuanto al contenido de las cláusulas de MNP a raíz de las decisiones de los casos basados en reclamos por violaciones al TBI Argentina-EEUU que, en circunstancias fácticamente similares (en los casos del “Sector del Gas”, idénticas) y con el mismo texto jurídico, los tribunales llegaron a conclusiones que difirieron en gran medida.



Esta incertidumbre, instó a los estados a aclarar el significado que para ellos tenía su cláusula de MNP a través de la inserción de cambios en sus redacciones a fines de hacerla más explícita y, en ocasiones creo yo, también constituyó una oportunidad para que los estados cambien el contenido que habían previsto originalmente para su cláusula de MNP al haber observado lo ocurrido con Argentina y el CIADI.

En cuanto a los efectos que estas modificaciones acarrearán sobre el mercado en materia de inversiones internacionales, considero relevante resaltar como primer punto que, al trasladarse riesgos previamente soportados por los estados, en cabeza del inversor, el costo del capital para los estados que cambien sus redacciones aumentará (al demandar los inversores una tasa de retorno mayor, asociada a una mayor tasa de riesgo) al igual que posiblemente disminuirá el flujo de inversiones recibidas por dicho estado (ya que no todos estarán dispuestos a operar con esa tasa de riesgo) que en cierto grado fluctuarán hacia estados que otorguen garantías más amplias e igual o más creíbles.

En segundo lugar, al hablarse de la legitimidad del sistema de arbitraje de inversiones internacionales nos encontramos ante un fenómeno con dos caras. La primera cara, aprecia un aumento de la legitimidad del sistema al ser más deferente a la voluntad de los estados mientras que la segunda cuestiona su eficacia como instrumento para la protección internacional de los inversores al ir en contra de los intereses de estos últimos que resultan en mayor medida desprotegidos por los recientes cambios reflejados en cláusulas de MNP. Esta misma dicotomía puede apreciarse en cuanto a las expectativas legítimas que los inversores pueden tener a la hora de invertir en un estado determinado.

Por último, en cuanto a la idoneidad de las cláusulas de MNP para regular inversiones internacionales en contextos de volatilidad, puede decirse que el hecho de que se inserten modificaciones tendientes a darle un carácter más pro-estado la vuelven más adecuada para los estados anfitriones en el mismo grado que la vuelven deficitaria para los inversores extranjeros. Es por ello que la redacción ideal debe encontrarse en un punto medio que contemple un resguardo al margen de discrecionalidad disponible para tomar medidas de los estados en aspectos sensibles vinculados a su soberanía, sin desproteger los derechos de los inversores ni dejando la vigencia de sus derechos sujetos a la mera voluntad, posterior a la firma y ratificación del TBI (en cuanto a la “consideración” de si sus medidas son o no “necesarias” para la satisfacción de los objetivos permisibles contemplados por la cláusula), de los estados anfitriones. Y esto debe comenzar por un reconocimiento del problema por parte de los estados de que, en algunos casos, sus cláusulas de MNP se han vuelto demasiado pro-

estado, protegiendo sus intereses a costa de la ineficacia de la protección a los derechos tanto de sus propios inversores (al tratarse de tratados bilaterales) como de los inversores extranjeros, lo cual acarrea posibles efectos nocivos hacia sus economías a futuro.



Universidad de  
**SanAndrés**

## **Bibliografía**

- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista española de derecho constitucional*, 11-29.
- Alvarez, J., & Khamisi, K. (2009). The Argentine crisis and foreign investors: a glimpse into the heart of the investment regime. *The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009*.
- Alvarez, J. E. (2011). The return of the state. *Minn. J. Int'l L.*, 20, 223.
- Burke-White, W. W., & Von Staden, A. (2008). Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties. *Faculty Scholarship at Penn Law*. 146.  
[https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/146/](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/146/)
- Burke-White, William W. "The Argentine financial crisis: state liability under bits and the legitimacy of the ICSID system." *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y* 3 (2008): 199.
- *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9*
- *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8*
- de Secondat Montesquieu, C. L. (1845). *Espíritu de las leyes* (Vol. 1). Imprenta de Marcos Bueno.
- *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15*
- *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3*
- *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997*
- India Model BIT (2015)
- *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1*
- *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14, 15 (June 27) (Merits)*

- *Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad Del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.*
- Ranjan, P., & Anand, P. (2017). The 2016 model Indian bilateral investment treaty: a critical deconstruction. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 38, 1. p.10
- *Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16*
- TBI Argentina-EEUU (1991)
- United states Model BIT (1984)
- United states Model BIT (1994)
- United states Model BIT (2004)
- United states Model BIT (2012)
- *White Industries Australia Limited v. The Republic of India, UNCITRAL, Final Award*

