



Vigilada Mineducación

ESTADO DE NECESIDAD Y CLÁUSULAS DE EMERGENCIA EN EL MARCO DE LOS  
TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN: UN ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD DE SU  
APLICACIÓN COMO INSTRUMENTO O HERRAMIENTA DE DEFENSA PARA LOS  
ESTADOS RECEPTORES, EN EL CONTEXTO DE NUEVAS SOLICITUDES DE  
ARBITRAJE DE INVERSIÓN, CON OCASIÓN DE LA PANDEMIA GENERADA POR LA  
COVID-19

State of Necessity and Emergency Clauses in the Framework of Bilateral Investment Treaties: An  
Analysis of the Feasibility of their Application as an Instrument or Defense Tool for Host States, In  
the Context of New Investment Arbitration Requests, on the Pandemic Generated by Covid-19.

PAULINA ARANGO VELÁSQUEZ

Trabajo de grado

Asesor

José Alberto Toro Valencia

UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
DERECHO

## Resumen

La Covid-19 trajo de su lado la urgencia de los Estados por tomar medidas para salvaguardar diversos intereses y poblaciones. No obstante, la necesidad y rapidez en la adopción e implementación de dichas medidas, desencadenó en efectos adversos vistos desde diferentes ámbitos; específicamente, el económico, enfocado en la inversión extranjera. Acto seguido, de crisis similares se sabe que, los cambios legislativos y políticos aumentan el riesgo en las inversiones extranjeras que se encuentran dentro de un determinado territorio y, conllevan a un incremento en el número de casos de arbitraje de inversión, donde surge la necesidad de pensar en defensas para Estados receptores. Este trabajo argumenta que, el derecho internacional general (estado de necesidad) y las cláusulas de emergencia, pueden llegar a ser instrumentos de defensa de los Estados receptores, aplicados al contexto de posibles solicitudes de arbitraje de inversión, con ocasión de la emergencia sanitaria generada por la Covid-19.

**Palabras clave:** derecho internacional de las inversiones, estado de necesidad, cláusula de emergencia, arbitraje internacional de inversiones, Covid-19.

## **Abstract**

Covid-19 brought on its side the urgency of States to take measures to safeguard various interests and populations. However, the need and speed in the adoption and implementation of such measures triggered adverse effects seen from different spheres; specifically, the economic sphere, focused on foreign investment. As a result of similar crises, it is known that legislative and political changes increase the risk of foreign investments within a given territory and lead to an increase in the number of investment arbitration cases, where the need to think of defenses for host states arises. This paper argues that general international law (state of necessity) and emergency clauses can become instruments of defense for host States, applied to the context of possible investment arbitration claims, on the health emergency generated by Covid-19.

**Key words:** international investment law, state of necessity, emergency clause, international investment arbitration, Covid-19.

## Índice

INTRODUCCIÓN.....	5
1. ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE ILICITUD.....	8
1.1. CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL: CODIFICACIÓN, NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE.....	10
1.2. APLICACIÓN DE LA DEFENSA DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL RÉGIMEN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES.....	18
2. CLÁUSULAS DE EMERGENCIA – EXCEPCIONES Y DEFENSAS DE OBJETIVOS PÚBLICAMENTE PERMITIDO.....	23
2.1. PRINCIPALES CUESTIONES DE POLÍTICA PÚBLICA AL MOMENTO DE NEGOCIARSE UNA CLÁUSULA DE EMERGENCIA QUE SE INCLUIRÁ EN UN AII.....	26
2.2. EXISTENCIA DE ESTE TIPO DE CLÁUSULAS EN LOS AII Y MODELOS DE AII: EJEMPLOS, FORMAS Y ESTRUCTURAS.....	29
3. TENDENCIAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS CASOS EMBLEMÁTICOS DE LA CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA DE ARGENTINA, A PARTIR DE LOS LAUDOS DEL CIADI: ¿ESTADO DE NECESIDAD, CLÁUSULA DE EMERGENCIA O LAS DOS?.....	39
3.1. CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA Y FISCAL DE ARGENTINA: EL ORIGEN DE LAS MEDIDAS TOMADAS A RAÍZ DEL DESEQUILIBRIO.....	40
3.2. CASOS EMBLEMÁTICOS DE LA CRISIS DE ARGENTINA, SUS LAUDOS, ANULACIONES E INTERPRETACIONES.....	42

4. EXISTENCIA DE LAS CLÁUSULAS DE EMERGENCIA EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN SUSCRITOS POR COLOMBIA – UN ESTUDIO.....	64
4.1. TBI ENTRE COLOMBIA Y EL REINO UNIDO: 1994 Y 2010.....	66
4.2. TBI ENTRE COLOMBIA Y PERÚ: 1994 Y 2007.....	69
4.3. TBI ENTRE COLOMBIA Y CUBA: 1994.....	72
4.4. TBI ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA: 1995 Y 2005.....	73
4.5. TBI ENTRE COLOMBIA Y CHILE: 2000.....	73
4.6. TBI ENTRE COLOMBIA Y SUIZA: 2006.....	77
4.7. TBI ENTRE COLOMBIA Y CHINA: 2008.....	77
4.8. TBI ENTRE COLOMBIA Y LA UNIÓN ECONÓMICA BELGA-LUXEMBURGUESA: 2009.....	79
4.9. TBI ENTRE COLOMBIA E INDIA: 2009.....	79
4.10. TBI ENTRE COLOMBIA Y LA COREA DEL SUR: 2011.....	80
4.11. TBI ENTRE COLOMBIA Y JAPÓN: 2011.....	81
4.12. TBI ENTRE COLOMBIA Y SINGAPUR: 2013.....	83
4.13. TBI ENTRE COLOMBIA Y FRANCIA: 2014.....	86
4.14. TBI ENTRE COLOMBIA Y TURQUÍA: 2014.....	88
4.15. TBI ENTRE COLOMBIA Y BRASIL: 2015.....	90
4.16. TBI ENTRE COLOMBIA Y LOS EMIRATOS ÁRABES UNIDOS: 2017.....	92
4.17. HALLAZGOS: PATRONES Y CASOS AISLADOS.....	94
CONCLUSIONES.....	96
BIBLIOGRAFÍA.....	100

## Introducción

Los tratados bilaterales de inversión, además de traer beneficios para los Estados suscriptores de estos, incluyen una serie de cláusulas que contienen derechos y obligaciones a corto, mediano y largo plazo. A la suma, buscan prever una cantidad de situaciones que, eventualmente, podrían desencadenar en una solicitud de arbitraje internacional de inversiones. Es en este momento en el que se vuelve fundamental la redacción, el contenido y el lenguaje utilizado en el determinado tratado, con la finalidad de poder defender a alguna de las partes afectadas; sea al Estado receptor o al inversor extranjero.

Así, dentro del amplio catálogo de instrumentos de defensa aplicables a las diferentes disputas relacionadas con la inversión extranjera, conciernen la comúnmente denominada excepción de seguridad y el estado de necesidad, empleados al contexto de pandemia generado por la Covid-19; especialmente, frente a las medidas que se han tenido que tomar por parte de los diferentes Estados a la luz de la emergencia de salud pública. Aún así, pese a que la excepción de seguridad (cláusulas de emergencia para efectos de este trabajo, como se verá más adelante) y el estado de necesidad provienen de fuentes distintas del derecho internacional, tienen fines similares que, de forma general, permiten la exoneración del cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales adquiridas por medio de la suscripción de tratados bilaterales de inversión.

Por un lado, la excepción de seguridad – o cláusula de emergencia en su acepción más genérica – como defensa con que cuentan los Estados receptores de la inversión extranjera, se está volviendo cada vez más frecuente incluirla para permitir que los gobiernos tomen medidas legalmente dirigidas a un objetivo regulatorio particular, que, de otra manera, serían inconsistentes e incompatibles con las obligaciones sustantivas del tratado en concreto. Por otro lado, el estado de necesidad como causal que excluye la ilicitud, perteneciente al ámbito del derecho de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, constituye un motivo separado del derecho de los tratados, para que los Estados, por medio de una regla de carácter internacional consuetudinario, intenten terminar o suspender las obligaciones adquiridas en virtud de un tratado específico. Al hacerlo, se configura una relación problemática entre el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad estatal, dado que históricamente ha suscitado problemas y debates en cuanto a la definición del derecho aplicable al caso puntual.

Ahora bien, en vista de la urgencia de los Estados por tomar medidas frente a la pandemia generada por la Covid-19, es viable pensar en la gravedad de los efectos que se desprenden desde diferentes ámbitos; particularmente, el económico, enfocado en la inversión extranjera. Por lo tanto, una situación de cambios legislativos, políticos y sociales drásticos puede poner en riesgo la multiplicidad de inversiones extranjeras que se encuentran dentro de un determinado territorio y, conllevar de esta forma, a un aumento en el número de casos de arbitraje internacional de inversiones tramitados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones - CIADI. Consecuentemente, surge la necesidad de analizar y extraer posibles defensas para los Estados, que aplican dentro de otro tipo de crisis que ya se encuentran codificadas dentro de los tratados bilaterales de inversión; para ejemplificar, el conflicto armado, los riesgos políticos, la emergencia nacional, los disturbios civiles y otras emergencias, que permiten que se contrasten dentro del contexto de pandemia con motivos de la salud pública.

Acto seguido, si bien a la fecha no hay solicitudes de arbitraje relacionadas con medidas tomadas durante la pandemia, la diversidad de decisiones que han debido tomar los Estados a lo largo del 2020 y 2021 permiten inferir que, por tratarse de una crisis social, económica, ambiental y política, la inversión extranjera podría verse afectada y, por ende, encaminar a disputas elevadas mediante el mecanismo de arreglo de diferencias dispuesto en el arbitraje internacional de inversiones. De ahí que, el análisis de herramientas que normalmente se han estudiado bajo otros supuestos fácticos, como lo fue la crisis económica y fiscal de Argentina de la década del 2000, se vuelven relevantes bajo la óptica actual de la Covid-19, vistos desde la posible argumentación de defensas disponibles para un Estado receptor de la inversión extranjera.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente trabajo tiene como objetivo específico extender el uso de las causales de exoneración del cumplimiento de obligaciones jurídicas internacionales propias del derecho internacional general (el estado de necesidad) y del derecho internacional de las inversiones (las cláusulas de emergencia), como mecanismos y herramientas de defensa con que cuentan los Estados receptores en los arbitrajes internacionales de inversión que se lleguen a generar con motivo de la emergencia de salud ocasionada por la pandemia de la Covid-19. Para lograr el objetivo propuesto y enunciado anteriormente, la estructura del trabajo comprende una división de cuatro capítulos, más un acápite final destinado a las conclusiones y anotaciones finales relativas al problema planteado desde el inicio.

Así, el primer capítulo denominado “Estado de necesidad como causal de exclusión de ilicitud”, como su nombre lo indica, incluye un estudio de la defensa del estado de necesidad en el ámbito del derecho internacional consuetudinario. De este modo, se parte de desde una breve explicación histórica de esta causal de exclusión, hasta llegar a su codificación por medio de la Resolución Aprobatoria de los Artículos de la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Después, se analizan cada uno de los requisitos incluidos dentro del artículo 25 de dicha Resolución, para pasar, por último, a introducir la aplicación de la defensa del estado de necesidad en el régimen del arbitraje internacional de las inversiones.

A continuación, el segundo capítulo, que recibe el nombre de “Cláusulas de emergencia – excepciones y defensas de objetivos públicamente permitidos”, incluye, al igual que el capítulo anterior, una primera parte que trata el origen e historia de este tipo de cláusulas en el derecho internacional en general. Luego, estudia los elementos y cuestiones de política pública objeto de negociación de forma previa a la suscripción de un tratado bilateral de inversiones, para darle paso a una serie de ejemplos de cláusulas de emergencia incluidas en diferentes Acuerdos Internacionales de Inversión y modelos de Acuerdos Internacionales de Inversión.

El tercer capítulo “Tendencias en la interpretación de los casos emblemáticos de la crisis económica y financiera de Argentina, a partir de los laudos del CIADI: ¿estado de necesidad, cláusula de emergencia o las dos?”, brinda un análisis casuístico de cuatro laudos y sus respectivas decisiones de anulación – en los casos en que aplicó –, dentro del contexto de la crisis del Estado argentino. De este modo, se evidencian los múltiples criterios, argumentos y decisiones de los tribunales de arbitraje y comités *ad hoc* que confirman, por un lado, la falta de uniformidad con respecto a la aplicación de la defensa del estado de necesidad y de las cláusulas de emergencia en el contexto del derecho internacional de las inversiones y, por otro lado, lo difícil que puede llegar a ser que dichas defensas prosperen debido a sus estrictos requisitos.

Finalmente, el cuarto capítulo busca acercar los anteriores acápites, al contexto de los tratados bilaterales de inversión suscritos por Colombia. Por ende, recibe el nombre de “Existencia de las cláusulas de emergencia en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Colombia – un estudio” e incluye un catálogo – más su análisis – de las diferentes cláusulas identificadas en dichos instrumentos internacionales relacionados con la inversión extranjera y tendencias encontradas dentro de estas.

## **Primero: Estado de necesidad como causal de exclusión de ilicitud**

Los Estados suscriben tratados de protección de inversiones con el propósito de obtener múltiples beneficios. Con todo, proporcional al incremento en la suscripción de tratados de este tipo, las crecientes solicitudes de arbitraje dirigidas a los Estados receptores de inversión, de cara a reclamaciones argumentadas en violaciones a los estándares de protección convencionales, que ocurren como consecuencia de medidas gubernamentales tomadas – generalmente – en épocas de crisis. Por esta razón, surge el afán de buscar defensas contra dichas reclamaciones, tanto en el derecho internacional general, como en el derecho internacional de las inversiones; estas defensas suscitan, entre ellas, relaciones problemáticas.

Concretamente, el presente capítulo se ocupará de abordar la defensa del estado de necesidad como causal de exclusión de ilicitud, aplicada al contexto del derecho internacional de las inversiones. Así, se analizará la noción de estado de necesidad perteneciente al derecho internacional general (su codificación, naturaleza jurídica y alcance) y, posteriormente, las particularidades que presenta el uso de la referida causal, en el arbitraje internacional de inversiones.

Antes que todo, al empezar a estudiar el estado de necesidad como causal que excluye la ilicitud, resulta pertinente agregar que, “el punto de partida es que el derecho de la responsabilidad del Estado se establece en el derecho consuetudinario general, a menos que se hayan creado reglas especiales de responsabilidad del Estado, muy probablemente mediante el derecho de los tratados” (Paparinskis, 2016, p. 487). Por ello, en la primera parte del acápite en cuestión, se analizará la defensa del estado de necesidad desde la óptica del derecho consuetudinario general, no sin antes hacer una breve referencia al desarrollo de la doctrina de la causal.

Una de las grandes controversias del Estado de necesidad se relaciona con el fundamento de la causal o con los argumentos utilizados para respaldarla (Heathcote, 2010, pp. 492). No obstante, apoyado en el derecho romano, a “Hugo Grocio generalmente se le atribuye la formalización de una doctrina de necesidad que podría invocarse para justificar acciones que, de otra manera, parecerían estar fuera del alcance de la ley” (Bjorklund, 2008, p. 464), disponible únicamente en circunstancias de carácter excepcional. El problema radicó en el potencial abuso, si tal defensa se encontraba apta para ser utilizada en todo tiempo y lugar.

Otros, llevando a una esfera diferente las ideas de Grocio, “lo promoverían como un derecho subjetivo, ubicándolo en el marco de un supuesto derecho natural más amplio, considerado fundamental o inherente a la auto preservación” (Heathcote, 2010, p. 492). Por lo tanto, es bajo el principio de la auto preservación, que las raíces históricas del concepto de necesidad se empiezan a combinar con las doctrinas de legítima defensa y fuerza mayor. Además, el concepto comienza a caer en desgracia entre académicos, debido a que los Estados, mediante actos de violencia, estaban abusando de la defensa cometiendo transgresiones internacionales bajo el argumento de que las demás normas jurídicas cederían y negarían la responsabilidad debido a su derecho inherente a la auto preservación (Bjorklund, 2008, pp. 465).

Siendo esto así, como la teoría básica de los derechos naturales fue disminuyendo en importancia y el estado de necesidad cada vez ganaba más relevancia, “los publicistas sugirieron que el estado de necesidad debía ser visto no como resultado de un conflicto entre dos derechos, la obligación internacional y el derecho del Estado a la auto preservación, sino entre un derecho y un interés vital” (Bjorklund, 2008, p. 465). Por ende, una segunda escuela de pensamiento que tenía origen en las ideas de Fichte y de Hegel, “afirmaba que una situación de necesidad estaba simplemente fuera del alcance de la ley, expresada en la máxima 'la necesidad no conoce la ley'” (Heathcote, 2010, p. 492). Al mismo tiempo, los Estados seguían confundiendo los conceptos de fuerza mayor y legítima defensa, con necesidad, solo que esta última “permite el incumplimiento de una obligación incluso cuando el Estado perjudicado ha cumplido con todas sus obligaciones” (Bjorklund, 2008, p. 465), lo que hace que sea raramente admisible.

Ahora bien, como resultado del intento de positivización del estado de necesidad, Dionisio Anzilotti “argumentó que una defensa basada en necesidad era inherente a todos los estados de derecho, porque ningún Estado consentiría en ser sometido a una norma obstaculizadora en tales situaciones” (Heathcote, 2010, p. 492). De cualquier modo, todos estos puntos de vista condujeron en última instancia, a la sugerencia de que la soberanía es un derecho subjetivo (Heathcote, 2010, pp. 492), pero solo fue con el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, organismo creado por las Naciones Unidas, que la mayoría del trabajo del estado de necesidad se ha venido logrando.

En definitiva, tal como aduce Heathcote (2010) frente al efecto del desarrollo histórico en la forma de razonar del estado de necesidad, se ha quebrantado el carácter vinculante del derecho internacional al

confundir la causal de exclusión de ilicitud con el sentido de un imperativo político, moral o de otro tipo, con lo que afirma la Comisión de Derecho Internacional; esto es, una excepción que, lejos de ser un derecho subjetivo, simplemente permite, en determinadas circunstancias, no ejecutar – de forma temporal – una obligación contraída en el plano internacional (p. 492). La dificultad se encuentra en la delimitación de la discreción del Estado para no ejecutar dichas obligaciones.

### **1.1. Características del estado de necesidad en el derecho internacional general: codificación, naturaleza jurídica y alcance**

Con respecto al trabajo de codificación del estado de necesidad, desde antes de que existiera la Comisión de Derecho Internacional, la Sociedad de las Naciones en 1930, culminó un proceso que venía desde 1924, con la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional. No fue sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1947, la Comisión de Derecho Internacional. Esta, entre uno de los intentos por codificar el derecho internacional, seleccionó nuevamente el tema de la responsabilidad internacional del Estado, nombrando relator especial a Francisco V. García Amador, quien presentó el “Primer Reporte” en 1956 (Bjorklund, 2008, pp. 467). Sin embargo, la primera instancia en la que se habló de estado de necesidad en el contexto del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional fue en 1957 cuando declaró que, “en relación con el incumplimiento de las obligaciones contractuales y los actos de expropiación, un Estado sería responsable a menos que estuviera justificado por razones de interés público o de la necesidad económica del mismo” (Bjorklund, 2008, p. 468).

Después, en 1958 García Amador presentó un Tercer Reporte en donde se incluía una definición específica y limitada del estado de necesidad: mencionaba la existencia de un peligro que comprometiera un interés esencial, que dicho peligro debía ser real e inminente, que el Estado no podía ser capaz de contrarrestar el peligro con otros medios y que el Estado no podía haber contribuido a dicho peligro. Para 1961, el profesor García Amador había dejado de ser miembro de la Comisión de Derecho Internacional, pero esta última seguía con el propósito de reevaluar su aproximación a la codificación. De ahí que, creó para el mencionado fin, un Sub-Comité de Responsabilidad Internacional del Estado, con el profesor italiano Roberto Ago nombrado presidente, quien en 1971 presentó un nuevo “Primer Reporte” basado en principios generales de responsabilidad del Estado y su atribución (Bjorklund, 2008, pp. 468-469).

Fue en 1980 por medio de una adenda al “Octavo Reporte” de responsabilidad internacional del Estado, que Ago presentó un análisis completo del estado de necesidad, redactado para ese entonces, como el artículo 33 en el Capítulo V del Reporte, correspondiente a las causales de exclusión de ilicitud (Bjorklund, 2008, pp. 469). Acto seguido, los Estados devolvieron dicho Reporte con comentarios entre 1982 y 1992, en donde la preocupación generalizada consistía en “la posible interpretación expansiva del ‘interés esencial’” (Bjorklund, 2008, p. 469).

Los elementos de las sugerencias que se hicieron al artículo 33, quedaron incluidas en el Segundo Borrador del Reporte preparado por el profesor James Crawford, quien ocupó la posición de relator especial en 1997 e incluyó dos alteraciones importantes al referido artículo (Bjorklund, 2008, pp. 470-471). Para el 2001, “la Comisión aprobó el texto de los artículos y los presentó a la Asamblea General con la recomendación de que tomara nota de los artículos en una resolución y los anexara a la misma” (Bjorklund, 2008, p. 471).

Hoy en día, el artículo 25 (antes artículo 33) que consagra el estado de necesidad en la Resolución Aprobatoria de los Artículos de la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (en adelante, Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001), está redactado de la siguiente forma:

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad. (Comisión de Derecho Internacional, 2001, pp. 28)

Además de lo afirmado relacionado con la codificación del artículo 25 correspondiente al estado de necesidad, no está de más mencionar que, junto con la referida causal de exclusión de ilicitud, la Comisión de Derecho Internacional reconoció otras causales en el Capítulo V de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, que son: el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito, la fuerza mayor y el peligro extremo. Aun así, “en el ámbito de la inversión extranjera, la fuerza mayor y el estado de necesidad son las líneas de defensa más probables” (Bjorklund, 2008, p. 461). De hecho, más adelante se verá cómo la defensa del estado de necesidad fue argumentada de forma predominante en los casos que se presentaron a raíz de la crisis económica y fiscal de Argentina en el 2001.

Paralelamente, en relación con la redacción del artículo transcrito anteriormente, García Matamoros y Arévalo Ramírez (2017) anotan que la codificación es, “en primer lugar, de redacción negativa, 'la necesidad no se puede invocar salvo que...' y, en segundo lugar, restringida a expresar los límites de la misma en caso de ser invocada por un Estado” (p. 474). Simultáneamente, en línea con esta anotación, Vasiljević y Jovanović (2016), enfatizan en que el carácter excepcional de la defensa del estado de necesidad guarda relación con su redacción negativa (p. 8), ya que le corresponde acreditar al Estado que pretende invocar esta causal, toda una serie de elementos determinantes.

La referencia a la noción de “interés esencial” que se encuentra en el literal a, numeral primero del artículo 25, en ocasiones ha sido objeto de crítica hacia la Comisión de Derecho Internacional por dejar abierta la posibilidad de formular reclamaciones de todo tipo, tales como: territorio, población, recursos económicos, recursos militares, especies animales, entre otras (García Matamoros y Arévalo Ramírez, 2017, pp. 475). Pero, “esto se hizo intencionalmente, ya que se consideró que el carácter esencial de un interés invocado debería ser evaluado a la luz de todas las circunstancias de cada caso particular” (Vasiljević y Jovanović, 2016, p. 10). Más bien, la crítica que se le hace a la Comisión no

recae en que deja la noción referida abierta, sino que no cuenta con una guía o delimitación para saber cómo se debe interpretar ese “interés esencial”.

Pese a lo abstracto que es el concepto de estado de necesidad en la literatura y en la práctica estatal – especialmente, en el ámbito de controversias inversionista-Estado –, la Comisión de Derecho Internacional “lo hizo viable solo incluyéndolo como una regla excepcional y sometiéndolo a condiciones de aplicación muy estrictas” (Heathcote, 2010, p. 491). Esto, además de constituir al estado de necesidad como una de las causales más controversiales de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, representa una difícil relación con el derecho de los tratados, expresado en los regímenes de inversiones.

Llegado a este punto, en cuanto a la naturaleza jurídica del estado de necesidad, “la Comisión desde muy temprano estableció su existencia como norma consuetudinaria de contenido general, especialmente en cuanto a la forma de ser aplicada como causal de exclusión y a los casos en donde no es aplicable” (García Matamoros y Arévalo Ramírez, 2017, p. 475-476). De todas formas, nada obsta para que esa norma consuetudinaria se convierta en una norma positiva, regulada por medio de un tratado.

La afirmación que se hace en el párrafo anterior parece no ser unánime puesto que, otros autores mencionan el estatus de consuetudinario, como una controversia que suscita en el ámbito del derecho internacional la existencia de esta causal. Verbigracia, Heathcote (2010) se pregunta si tal excepción ha cruzado el umbral de normatividad, bien sea confirmada por la práctica de los Estados y la *opinio juris*, constituyendo así una norma de derecho internacional consuetudinario, o por constituir un principio general en el sentido del artículo 38(1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (p. 493). Otros autores, como M. Sornarajah (2017) consideran que no hay un tema que emerja de las defensas excluyendo la responsabilidad, que permita la categorización. En todo caso, de ser posible esta, podría crearse una categoría de defensas previstas en los tratados y, una segunda categoría de defensas que surgen de los principios consuetudinarios de derecho internacional. Pero, las dos categorías, sin duda alguna, pueden resultar problemáticas entre sí (p. 540).

De igual modo, podrían agregarse una serie de opiniones que están a favor o en contra de la naturaleza jurídica del estado de necesidad como norma consuetudinaria y sumarle al debate, además, el problema

de interpretación que producen las relaciones entre normas generales del derecho internacional general y sistemas particulares, como lo es el derecho internacional de las inversiones. En este punto, la primacía de obligaciones internacionales particulares contenidas en tratados (normas primarias) y el estado de necesidad como norma consuetudinaria *per se* (normas secundarias), “ejemplifican la relación problemática entre el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad del Estado, que en ocasiones es casi imposible de distinguir” (Fitzmaurice, 2012, p. 625). En contraste, algo que está claro de esta distinción es que, “la excepción de necesidad no tiene por objeto abarcar conductas reguladas en principio por las obligaciones primarias” (Pérez-Aznar, 2017, p. 696).

En síntesis, la naturaleza jurídica del estado de necesidad, por más compleja que se muestre en la literatura y con los problemas de interpretación que se abordarán en otro capítulo de este trabajo, podrían superarse – de alguna forma – al confirmar “la práctica estatal posterior y las decisiones judiciales que otorgaron 'la presunción de positividad' a los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 2001 de manera más general” (Paparinskis, 2013, p. 617-618). Para ejemplificar, uno de los casos más emblemáticos y frecuentes en la literatura, que otorgó presunción de positividad al estado de necesidad, es el del Proyecto de *Gabčíkovo-Nagymaros*, en donde la Corte Internacional de Justicia reconoció que la defensa del estado de necesidad era perteneciente al derecho consuetudinario. Para la fecha, pese a que la Corte citó el anterior artículo que contenía el estado de necesidad (el artículo 33 del Borrador anterior a los Artículos de la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos), los cambios posteriores que se introdujeron con el artículo 25, no deberían trasladarlo fuera del ámbito de la aprobación de la Corte. De hecho, uno de los cambios reflejó el reconocimiento de la Corte Internacional de Justicia en el Proyecto de *Gabčíkovo-Nagymaros*, de que el daño ecológico argumentado por Hungría podría justificar una invocación del estado de necesidad para exonerar el incumplimiento del tratado que tenía con Eslovaquia, sobre la construcción y funcionamiento de un sistema de esclusas en el Río Danubio, que forma la frontera entre los dos países (Bjorklund, 2008, pp. 474-476).

A continuación, permaneciendo en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, se hará una revisión de los elementos del estado de necesidad que debe acreditar el Estado que lo invoca como defensa. Esto, en palabras de Bjorklund (2008), revela la dificultad que los Estados demandados enfrentan para poderla invocar de forma satisfactoria. Un Estado debe primero cumplir con ciertos requisitos afirmativos a fin de sentar las bases para levantar la defensa; a continuación, debe demostrar

que ninguna de las excepciones a la aplicabilidad de la defensa es procedente. Además, los requisitos son acumulativos (p. 475).

Específicamente, se tomará la clasificación de Bjorklund (2008) para enunciar los elementos del estado de necesidad, dentro del derecho internacional consuetudinario. En cierta medida, puede anticiparse que dichos elementos no son nada más que un análisis del artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, pero aportan un mayor entendimiento a la hora de un posible análisis caso a caso.

1. **El factor acumulativo:** desde el entendimiento de la Comisión de Derecho Internacional, todas las condiciones que rigen dentro del estado de necesidad deben satisfacerse, antes de que un Estado pueda invocar con éxito la defensa (Bjorklund, 2008, pp. 475). Adicionalmente, si es difícil cumplir con cada uno de los requisitos, cumplirlos de forma conjunta, hacen que la correcta invocación sea casi que extraordinaria. Esta posición fue avalada tanto por la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Gabčíkovo-Nagymaros*, como por el Comité de anulación en el caso de *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*.
  
2. **Los requisitos afirmativos:** el estado de necesidad no puede invocarse, salvo que un Estado pueda establecer que, incumplir su violación de naturaleza internacional “sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente” (Asamblea General, 2001). Además, debe demostrar que el incumplimiento “no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto” (Asamblea General, 2001). En cualquier caso, debe hacerse una división del artículo referido, para entender cada uno de los elementos que incluye; de forma integral:
  - 2.1. **El interés esencial del Estado que invoca:** se debe partir del hecho de que “esencial” no está definido y debe depender de los hechos específicos de cada caso (Bjorklund, 2008, pp. 476). Por ejemplo, en el caso de *Gabčíkovo-Nagymaros*, Hungría argumentó un estado de necesidad ecológica y, en *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, se basó la defensa de este último en un estado de necesidad económica. Sin embargo, cualquiera que sea el

interés esencial, únicamente se habrá cumplido la condición, cuando este se vea amenazado por un peligro grave e inminente (Bjorklund, 2008, pp. 481).

**2.2. Peligro grave e inminente:** dicho interés esencial debe estar actualmente amenazado. En palabras de Bjorklund (2008) refiriéndose al caso de *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia “señaló que 'el peligro' debía establecerse objetivamente y que debía ser 'inminente'. La mera aprehensión del peligro no podía bastar. La Corte declaró que 'inminencia' es sinónimo de 'inmediatez' o 'proximidad' y va mucho más allá del concepto de 'posibilidad’” (p. 481). Igualmente, no puede fundamentarse el estado de necesidad si el peligro que enfrenta el Estado que invoca la defensa es subjetivo o si el peligro es lo suficientemente futuro para que un tercero ajeno a la situación, lo considere como inminente. Por último, el peligro debe establecerse mediante pruebas razonablemente disponibles en el momento de ocurrencia del hecho (Bjorklund, 2008, pp. 482).

**2.3. Único modo:** para poder invocar la defensa del estado de necesidad, “un Estado no debe tener ningún medio para proteger su interés vital, además de la violación de su obligación internacional” (Bjorklund, 2008, p. 483). De existir otros medios para proteger su interés esencial – sin importar el costo o el grado de dificultad –, deben ser invocados y las acciones que van más allá del mínimo indispensable para preservar dicho interés, no pueden ser excusadas por el estado de necesidad. Asimismo, las acciones que tengan un alcance más amplio o que duren más de lo necesario, tampoco podrán ser argumentadas bajo la causal y, finalmente, el cumplimiento de la obligación internacional debe reanudarse lo antes posible (Bjorklund, 2008, pp. 483). El estado de necesidad no termina la obligación, sino que permite temporalmente su incumplimiento.

**2.4. Menoscabo de los intereses esenciales de otros Estados:** el artículo 25 requiere que la invocación del estado de necesidad “no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto”. En este punto, Bjorklund (2008) cita a Crawford para decir que, lo anterior, se traduce en que “el 'interés en el que se basa debe pesar más que todas las demás consideraciones, no solo desde el punto de vista del Estado actuante, sino en una evaluación razonable de los intereses en competencia, ya sean individuales o colectivos’” (p. 485).

**3. Las excepciones:** la redacción del artículo 25 permite inferir que, aunque el Estado que invoca la defensa del estado de necesidad cumpla con los requisitos afirmativos explicados anteriormente, también debe demostrar que ninguna de las excepciones que incluye el numeral segundo *ibídem*, impiden el uso de la causal de exclusión de ilicitud. Aparte de eso, debe dar cumplimiento a las obligaciones que emanan de normas imperativas de derecho internacional general, según lo dispone el artículo 26 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001.

**3.1. La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad:** un acuerdo internacional puede excluir la invocación de la defensa del estado de necesidad y, de esta forma, al argumentarse dicha defensa, no sería procedente. A la suma, la exclusión puede darse de forma implícita o explícita (Bjorklund, 2008, pp. 488).

**3.2. El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad:** si un Estado ha contribuido a generar la situación de necesidad, no puede invocar la defensa del estado de necesidad. Complementariamente, “el comentario al artículo 25 aclara que la contribución debe ser 'sustancial y no meramente periférica’” (Bjorklund, 2008, p. 489).

**3.3. *Ius cogens*:** el Reporte del profesor Roberto Ago explicó que, la ilicitud de los casos de agresión prohibidos por el *ius cogens*, no quedarán excluidos por el estado de necesidad. Para ilustrar, la defensa del estado de necesidad invocada para legitimar conductas que no se encuentran de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario. Pese a que este principio se encuentra en el artículo 26 de la de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, en la práctica, no ha sido objeto de mayor atención (Bjorklund, 2008, pp. 492).

Para concluir, la codificación y aceptación en la práctica de la defensa consuetudinaria del estado de necesidad evidencian que, se trata de una especie de catálogo que contiene requisitos difíciles de satisfacer. No obstante, de llegarse a lograr dicha satisfacción, conceptos tales como el “interés esencial” pueden ser nutridos de situaciones o casos inimaginables. Lo anterior, debido a que el artículo 25 que codificó el estado de necesidad, no parte de una limitación expresa en su ámbito material, pero impone una serie de condiciones estrictas que sustentan el carácter de excepcional.

## **1.2. Aplicación de la defensa del estado de necesidad en el régimen del arbitraje internacional de las inversiones**

En otro orden de cosas, la aplicación de la defensa del estado de necesidad en el ámbito económico internacional se ha reconocido por ser un poco problemática puesto que, es “la ilustración más instructiva de la fertilización cruzada entre el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad del Estado” (Fitzmaurice, 2012, p. 625). Más aún, dentro del sistema de arbitraje de inversiones, el estado de necesidad ha llegado a ocupar el centro de atención, principalmente, como consecuencia de la combinación de interpretaciones con la excepción de seguridad que le han dado diferentes tribunales (Zrilic, 2019, pp. 152). Particularmente, debido a la invocación sistemática de este concepto en los arbitrajes de inversión por parte de Argentina, como consecuencia de la crisis de finales de los 90 y principios del 2000, en los casos de LG&E, Enron, Sempra y CMS Gas Transmission Company.

Aunque en el capítulo quinto del presente trabajo se analizarán de fondo los casos mencionados en el párrafo anterior, el mayor problema jurídico que se encuentra de estos mismos, recae en la aplicabilidad y en el modo de invocar el estado de necesidad dentro de las controversias inversionista-Estado. Así, García Matamoros y Arévalo Ramírez (2017) identifican dos hipótesis en las que es importante analizar el determinado caso que sea objeto de estudio, cuando confluyan la norma consuetudinaria (el artículo 25) y una norma de carácter convencional (artículo determinado de un tratado bilateral de inversión, por ejemplo); estas son:

1. La posibilidad de que el tribunal aplique de forma concomitante (simultánea) ambas normas y exija al Estado el cumplimiento del conjunto de las condiciones requeridas por cada una de ellas.
2. Que el tribunal se decida por la inaplicación de uno de los dos tipos de norma, priorizando el otro, considerándolo como único test de necesidad aplicable. (pp. 487)

Retomando, la invocación de la defensa del estado de necesidad dentro del derecho internacional de las inversiones ha traído diferentes consecuencias que pueden evidenciarse, esencialmente, en los casos de la crisis de Argentina derivada entre 2001 y 2002. También, la referencia a estos casos es obligatoria por el hecho de que “hasta que Argentina acertó la defensa del estado de necesidad para emergencias

económicas, las pocas afirmaciones de esta defensa en la jurisprudencia del arbitraje de inversiones habían sido principalmente de naturaleza no económica” (Desierto, 2012, p. 171).

A pesar de lo anterior, debe anticiparse que, los cuatro tribunales conformados para tratar diferencias similares estuvieron en desacuerdo en cuanto a la aplicabilidad de la doctrina del estado de necesidad del derecho consuetudinario, a la luz del artículo XI del TBI Argentina – EE. UU. Estas dos referencias normativas sustentaban la defensa como dos variantes para justificar las medidas tomadas por el gobierno. A continuación, se expone una síntesis de los aprendizajes y errores en la argumentación de Argentina:

1. **Enron v. Argentina:** se ponen en evidencia dos estándares que comportarían relevancia en el ámbito del CIADI. Esto es, el resultado de aplicar la defensa como norma consuetudinaria singular o de forma simultánea con una norma convencional:
  - a. El Estado, quien tendría la carga de la prueba, demuestra el peligro al que está sometido el interés esencial y que las medidas aplicadas eran el único modo para protegerlo y,
  - b. Para este laudo, cuando la definición de lo que constituye un interés esencial no está definido plenamente por el TBI, se debe buscar en el derecho internacional público, en aplicación del artículo 42 del Convenio del CIADI. (García Matamoros y Arévalo Ramírez, 2017, pp. 489)
  
2. **Sempra v. Argentina:** la visión del Comité de anulación refleja el debate que se ha advertido desde el principio de este capítulo; esto es, la relación entre la norma consuetudinaria y la norma convencional, con relación al estado de necesidad. En este caso, el comité *ad hoc* basó la decisión de anular la totalidad del laudo a favor de Sempra, en la interpretación que dio del tribunal de *Continental Casualty Company v. Argentina* sobre la extralimitación de facultades en virtud del artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI. De ahí que, para el comité *ad hoc*, “el tribunal de Sempra excedió manifiestamente sus poderes cuando no aplicó el artículo XI del TBI Argentina – EE. UU. como ley aplicable, basándose en cambio en el artículo 25 de los Artículos de Responsabilidad del Estado” (Desierto, 2012, p. 176).

Lo que ocurrió tanto en el laudo de Continental Casualty Company como en la decisión de anulación de Sempra, fue que pasaron por alto la interpretación previa que hizo el Comité *ad hoc* del CIADI sobre la cláusula del tratado igual a la referida anteriormente en el TBI Argentina – EE. UU. en el caso Mitchell v. República Democrática del Congo, donde se rechazó expresamente la interpretación que se hizo sobre la inaplicabilidad del tratado. Dicha interpretación previa de una cláusula de tratado idéntica, negociada por una parte común (Estados Unidos), debería haber tenido algún tipo de relevancia en el análisis del tribunal de Continental Casualty y del comité *ad hoc* de Sempra (Desierto, 2012, pp. 177).

- 3. CMS Gas Transmission Company v. Argentina:** el estado de necesidad en CMS se trató principalmente de una pregunta en la interpretación del artículo XI del TBI Argentina – EE. UU. A diferencia del artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, el artículo XI simplemente requiere que las medidas de emergencia deban ser necesarias para la protección de los intereses de seguridad esenciales del Estado anfitrión. No obstante, ante el silencio de la disposición del tratado que rige la necesidad “en cuanto a las condiciones que existen en el derecho internacional consuetudinario para la invocación del estado de necesidad, significa necesariamente que las partes contratantes tenían la intención de apartarse del derecho internacional consuetudinario” (Gazzini, 2008, p. 461-462).

Para colmo, los comités de anulación de Sempra y de Enron anularon las decisiones de los tribunales respectivos basándose – en parte – en la lógica implementada por el comité de CMS que encontró un error manifiesto de derecho con respecto a la interpretación que hizo el tribunal sobre la defensa del estado de necesidad (Martínez, 2012, pp. 162). No obstante, “debido a que este error no equivalía a una extralimitación manifiesta de las facultades por parte del tribunal, el comité de anulación declinó anular el laudo de CMS respecto a la defensa del estado de necesidad de Argentina” (Martínez, 2012, p. 169).

- 4. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. Argentina:** según la interpretación de Desierto (2012), el laudo de LG&E estuvo más cerca de admitir una interpretación clásica del estado de necesidad como justificación. De todos modos, logró lo anterior de forma problemática, al infundir el estatus de derecho consuetudinario del estado de necesidad, en la interpretación del artículo XI del TBI Argentina – EE. UU. (p. 177-178).

Aparte de eso, la literatura suele criticar el hecho de que “el Tribunal de LG&E no tomó en cuenta la decisión de CMS en lo absoluto, aunque CMS se había emitido casi un año y medio antes y se había puesto a disposición del público” (Reinisch, 2007, p. 213).

Los anteriores casos referenciados de la crisis de Argentina, tienen en común que suelen ser objeto de crítica de forma frecuente en la literatura sobre el estado de necesidad en el arbitraje internacional de inversiones, por tres motivos: primero, la inconsistencia entre los diferentes laudos y decisiones de anulación, suele ser una de las mayores críticas hacia la seguridad jurídica del sistema CIADI, ya que fácticamente compartían similitudes tales como encontrarse en la industria del gas natural en Argentina y las diversas inversiones extranjeras se fundamentaban en el TBI Argentina – EE. UU. Con todo, pese a que el Convenio del CIADI no exige aplicación de la doctrina del *stare decisis* y aunque los tribunales del CIADI han afirmado que no están vinculados por precedentes *de iure*, se ha enfatizado constantemente que, los diferentes tribunales, en general, deben tratar de actuar consistentemente entre sí (Reinisch, 2007, pp. 213-214). Segundo, demuestran un inadecuado entendimiento de la relación entre las disposiciones del tratado específico, las normas consuetudinarias y el principio de *lex specialis*, lo cual conlleva a una confusión de las condiciones bajo las cuales un Estado puede invocar de forma satisfactoria la defensa del estado de necesidad. Por último, la diversidad de decisiones es el resultado de “la distinción entre la falta de aplicación de la ley relevante y una mala aplicación o mala interpretación de la ley relevante” (Martínez, 2012, p. 176-177).

Aun así, no debe perderse de vista la importancia que comportan esta serie de casos dentro del derecho internacional de las inversiones, puesto que, han demostrado que es posible argumentar un estado de necesidad meramente económico como justificación de un actuar estatal en del régimen de la inversión extranjera. Lo anterior, supone un avance y apertura al catálogo de defensas con que cuenta un Estado para justificar una acción u omisión y, al mismo tiempo, un reto para el Estado que la invoca, debido a que, por un lado, las emergencias económicas requieren de un juicio subjetivo exigente para poder probar y concluir que existe una situación de tal gravedad, que pone en peligro la existencia del Estado. Por otro lado, la crítica que se hace frente al hecho de que los árbitros deban prestar más atención a la integración de la decisión emitida en cualquier caso individual dentro del marco del derecho internacional de las inversiones (Zarra, 2017, pp. 677), demuestra una dificultad adicional para lograr que la defensa del Estado sea próspera.

Adicionalmente, este tipo de discusiones que superan el debate teórico y lo trasladan al debate práctico, aportan al entendimiento de la relación entre el derecho de los tratados y el derecho consuetudinario, en lo que respecta a su aplicación e interpretación. A la suma, generan un espacio de discusión entre quienes defienden y quienes no, la defensa del estado de necesidad, aplicada al contexto de las controversias inversionista-Estado. Sin ir más lejos, Paparinskis (2016), siendo uno de los autores que está en contra de la aplicación del estado de necesidad en el contexto analizado a lo largo de este trabajo, considera que, las obligaciones y excepciones cada vez más detalladas dentro de las normas primarias, parecen proporcionar un marco legal más apropiado que las causales de exclusión de ilicitud del derecho internacional general (p. 499). Incluso, agrega que “la forma en que la ley de invocación de responsabilidad se expresa en los tratados de inversión, designando al inversionista como la entidad que presenta el reclamo, excluye la aplicación directa de las reglas de los Artículos” (Paparinskis, 2013, p. 640). Contrariamente, autores como M. Somarajah (2017) aducen que, gran parte de las defensas alegadas se basan en el derecho internacional existente, lo que demuestra que la responsabilidad en virtud de los tratados de inversión no es una noción autónoma, sino que debe operar dentro del contexto de los principios que hacen parte del derecho internacional público (p. 539).

Finalmente, pese a que a lo largo del presente capítulo se habló de la posibilidad de la aplicación de la defensa consuetudinaria del estado de necesidad al derecho internacional de las inversiones, la cuestión de la efectividad de la medida es una que, hasta el momento, es impredecible y discutible. Sobre este punto, aunque la causal de exclusión de ilicitud referida es una que hace parte del derecho internacional general, en su codificación, no excluyó la posibilidad de invocación en el sistema del derecho internacional de las inversiones. De todas formas, la existencia limitada de laudos y la diferencia de criterios en los casos decididos donde se ha aplicado la causal, sugieren “una doctrina jurídica que se desarrollará de forma vacilante mediante la aplicación de la ley a situaciones fácticas particularizadas” (Bjorklund, 2008, p. 463). Así, ninguno de los casos de Argentina fue resuelto satisfactoriamente a la luz de las necesidades del Estado argentino, de forma que pudieran aportar a una argumentación sólida del uso de la defensa del estado de necesidad en futuras controversias; sumando, tampoco existe consenso sobre el deber de compensar en caso de éxito de la defensa del estado de necesidad. En síntesis, la aplicación de esta defensa en un sistema rígido de protección segura para inversores extranjeros, a la fecha, sigue siendo disruptiva.

## **Segundo: Cláusulas de emergencia – excepciones y defensas de objetivos públicamente permitidos**

En línea con lo dispuesto en el capítulo anterior relativo a las defensas con que cuentan tanto los Estados receptores de inversión, como los inversores extranjeros en épocas de crisis y, limitándolas un poco del derecho internacional general al sistema del derecho internacional de las inversiones, el presente capítulo se encargará de ofrecer una perspectiva general sobre las excepciones a las obligaciones contenidas en los acuerdos internacionales de inversión – en adelante, AII –. De esta forma, se abordarán las cláusulas de emergencia – *non-precluded measures clauses* – utilizadas, por un lado, para excluir determinados sectores o materias de las obligaciones que hacen parte de los AII o, por otro lado, con el fin de permitir las medidas necesarias para cumplir con ciertos objetivos específicos (Newcombe y Paradell, 2009, pp. 481).

Para comenzar, debe aclararse que este tipo de cláusulas reciben múltiples nombres en la literatura: excepciones de seguridad esenciales, cláusulas de medidas no excluidas, otras excepciones generales, cláusulas de excepciones, excepciones o reservas para sectores específicos u otros tipos de medidas, excepciones o reservas para medidas no conformes existentes y modificaciones, excepciones o reservas para medidas futuras, entre otros. No obstante, para efectos de este trabajo se denominarán en su conjunto y, en su acepción más general como “cláusulas de emergencia”, que pueden entenderse como aquellas situaciones contenidas en los AII en las que “el Estado receptor está autorizado para tomar medidas que, de otro modo, constituirían una violación de sus obligaciones en virtud del tratado” (Pathirana y McLaughlin, 2019, p. 3).

Con todo, dichas medidas deben estar relacionadas con ciertos objetivos permitidos, entre los cuales es frecuente incluir la defensa de la seguridad nacional, la garantía del orden público, la protección del medio ambiente, la preservación de los recursos naturales no renovables, la respuesta a las emergencias de salud pública o de conflictos armados, entre otros. En síntesis, suponen una “ampliación de la autonomía reguladora del Estado receptor con respecto a objetivos políticos no relacionados con la inversión, a expensas de las protecciones legales conferidas a los inversores extranjeros” (Pathirana y McLaughlin, 2019, p. 3) y, consecuentemente, conllevan una carga de la prueba altísima que recae sobre aquel.

Teniendo en cuenta lo anterior y, como se verá más adelante en este capítulo, la redacción de las cláusulas de emergencia en los AII es de vital importancia dado que, dependiendo de esta, se predicará a la hora de una eventual disputa o diferencia, si la medida tomada por parte del Estado receptor de la inversión es una de “auto – juicio” o de “auto evaluación” o, si de lo contrario, obedecerá a un posterior análisis por parte del determinado tribunal de arbitraje internacional de inversiones. Del mismo modo, se anticipa agregar que, “las cortes y tribunales internacionales han convenido en que una cláusula de seguridad solo tiene carácter de auto jurisdicción si su redacción lo prevé expresamente” (Zrilic, 2019, p. 143); sin embargo, este escrutinio en la práctica es incierto, debido a la carencia de casos que tienen que ver con la interpretación de tratados bajo el principio de la buena fe, según lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Ahora bien, las cláusulas de emergencia tienen un origen común que no es objeto de discusión dentro de la doctrina y, por ende, hay consenso en decir que estas eran incluidas como elementos regulares y ordinarios dentro de los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación de Estados Unidos, después de la Segunda Guerra Mundial (Burke-White y Von Staden, 2008, pp. 312). Teniendo en cuenta que el mundo se encontraba en un estado de posguerra y de reactivación económica, los Estados empezaron a incluir este tipo de cláusulas en los tratados, con el fin de poderse blindar de diferentes situaciones que suponían una amenaza para la seguridad o el orden nacional, la salud pública, la moralidad y la estabilidad económica. Además, la inclusión de este tipo de cláusulas “facilitó la integración económica al permitir a los Estados conservar la soberanía para hacer frente a las amenazas a la seguridad nacional” (Moon, 2012, p. 496).

Después, las cláusulas de emergencia provenientes de los tratados referidos se replicaron en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio – GATT –. Pese a que el Acuerdo incluye una cláusula de emergencia y, aunque las partes contratantes del GATT habían invocado en múltiples diferencias la excepción de seguridad antes de la creación de la OMC, aquella no fue planteada en una controversia de esta sino hasta el 2016; año que marca el inicio de su invocación en numerosas controversias dentro de la Organización. Su Órgano de Apelación ha declarado de forma pasajera que, considera el artículo XXI del GATT como una defensa, pero aún no ha resuelto ningún caso relacionado con esta disposición. Hasta la fecha, solo la controversia Rusia – Tráfico en tránsito (2019), ha sido resuelta bajo esta excepción (Henckels, 2020, pp. 12).

Aun así, dado que los términos que hacen alusión a las medidas u objetivos permitidos en los diferentes tratados – especialmente el de seguridad o interés esencial – se caracterizan por ser ambiguos y por carecer de lineamientos de interpretación y alcance, Pathirana y McLaughlin (2019) advierten que en algunas ocasiones se ha sugerido que:

Los trabajos preparatorios del artículo XXI del GATT pueden ayudar a arrojar luz sobre el significado del término “seguridad esencial” a los efectos de las cláusulas de medidas no excluidas. Aceptando esta premisa, el análisis de los trabajos preparatorios del artículo XXI del GATT demuestra una clara inclinación a interpretar el término “intereses esenciales” de forma restringida, en relación con las circunstancias meramente militares y políticamente exigentes, y no como un recorte más amplio en relación con las situaciones sociales y económicas. (pp. 11)

Por el contrario, estos mismos autores mencionan la existencia de una interpretación mucho más amplia del término “intereses esenciales de seguridad”. Consecuentemente, vista de esta forma, la cláusula prevé la protección de la moral pública, así como de la vida humana, animal y vegetal, dentro del artículo XXI del GATT que circunscribe excepciones relacionadas con la seguridad esencial, lo cual resulta curioso, dado que estos intereses esenciales se habían previsto en el artículo XX del GATT.

Ahora bien, por fuera del ámbito del GATT, pero con un análisis de caso similar, en el tribunal de LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. Argentina, también se sostuvo que la cuestión de la crisis económica podía incluirse dentro de las definiciones de seguridad esencial o, de hecho, de emergencia nacional. De esta forma, las cláusulas de “intereses esenciales de seguridad” podrían separarse de otras cláusulas de emergencia y, por lo tanto, estudiarse de forma aislada y autónoma.

En suma, la discusión frente a la interpretación del alcance y significado de las medidas protegidas por las cláusulas de emergencia es fascinante, pues finalmente recae en el lenguaje y en el uso que se dé de este dentro de los tratados y demás instrumentos internacionales. En todo caso, es un debate que se abordará más adelante como bien se dijo, pero, por el momento, de esta primera parte introductoria puede concluirse una idea preliminar: las cláusulas de emergencia son defensas tipificadas dentro de los AII con las que cuenta el Estado receptor de la inversión extranjera en eventuales reclamaciones o

controversias de inversión internacional. De esta forma, el resultado que se busca conseguir con la invocación de las referidas defensas es limitar la aplicación de las obligaciones sustantivas de los tratados.

## **2.1. Principales cuestiones de política pública al momento de negociarse una cláusula de emergencia que se incluirá en un AII**

Teniendo en cuenta la etapa de negociación previa a la etapa de adopción del texto del AII, a continuación, se enunciarán dos de las principales cuestiones que deben ser objeto de cuidado y de estudio juicioso al momento en que se negocie una cláusula de emergencia. Esto es, de un lado, el grado de autonomía de las partes contratantes para invocar la cláusula de emergencia y, de otro lado, los efectos que se desprenden de dicha cláusula.

Al mismo tiempo, deben tenerse en consideración dos factores relacionados con las dos cuestiones de política mencionadas en el párrafo anterior: en un extremo, está un enfoque que deja total libertad a las partes contratantes para decidir si existe una amenaza a la seguridad nacional – o de otro interés protegido en la cláusula de emergencia – y cómo responder a ella. En el otro extremo, se encuentra una política que somete la invocación de la cláusula de emergencia a una serie de condiciones y que permite una revisión judicial exhaustiva de la medida adoptada (UNCTAD, 2009, pp. 37).

En primer lugar, relativo al grado de autonomía de las partes contratantes para invocar una cláusula de emergencia, que va de la mano de la pregunta sobre el punto hasta el cual los tribunales de arbitraje internacional deberían respetar la determinación inicial de las autoridades del Estado receptor de la inversión en cuanto a si el factor que ocurre dentro de aquel representa – o no – una amenaza a alguna de las medidas protegidas por la cláusula de emergencia, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo – UNCTAD (2009) establece que, “cuanto mayor sea el margen de apreciación reservado al Estado receptor, mayor será el grado de flexibilidad normativa de las partes contratantes y, más limitada es la protección que los AII pueden ofrecer a los inversores extranjeros en tales casos” (p. 38). En otras palabras, a mayor grado de auto determinación o de auto jurisdicción por parte del Estado receptor sobre la aplicación de la medida en tiempos de crisis, menor grado de protección será el que tendrá el inversor extranjero en el AII que aplique al caso de forma concreta.

En contraste, desde la óptica del inversor extranjero, el Estado receptor de la inversión probablemente está haciendo todo lo que esté en su poder para derogar o no hacer efectivas las obligaciones sustantivas contenidas en el AII. Siendo esto así, es cuando cobra mayor importancia el hecho de que, el grado de autonomía para juzgar la aplicabilidad de la medida, dependerá a ojos del Estado receptor, de la amenaza que ocurra en su territorio, lo que terminaría configurándose completamente, en un juicio subjetivo.

Por lo tanto, se pueden distinguir dos enfoques principales en la práctica de los AII, en el sentido de que la cláusula de emergencia – comúnmente en los casos de las excepciones de seguridad –, pueda ser o no auto adjudicada. Así, la UNCTAD (2009) distingue los elementos en las “cláusulas de auto juicio” y en las “cláusulas de no auto juicio”, que son recopiladas en la tabla de construcción propia adjunta a continuación:

Cláusulas de “auto juicio” (pp. 39 – 41)	Cláusulas de “no auto juicio” (pp. 41 – 43)
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Muchos AII dejan a la discreción de las partes contratantes determinar cuándo existe una amenaza para su seguridad nacional y cómo reaccionar ante ella. Así, la redacción común suele ser: “El tratado no impedirá que una parte contratante adopte las medidas que considere necesarias para la protección de su seguridad nacional”.</li> <li>- Cuando los AII contienen una cláusula de este tipo, los tribunales de arbitraje están, en principio, excluidos de una revisión judicial de la medida en cuestión.</li> <li>- La amplia discrecionalidad con la que cuentan los Estados receptores se manifiesta no solamente en las industrias que consideran sensibles para su seguridad nacional, sino también para determinar si existe una crisis económica.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Son aquellas en las que el AII no especifica ningún grado de deferencia que se debe conceder a las partes contratantes al invocar la cláusula de emergencia.</li> <li>- En este caso, los árbitros, en general, tienen derecho a revisar la legalidad de la medida y, por ende, a hacer su propia evaluación sobre su justificación.</li> <li>- Los objetivos admisibles del AII o el lenguaje específico empleado de la amenaza percibida y la respuesta a la misma, pueden indicar o incluso, la respuesta a la misma puede indicar (o incluso requerir) un criterio de revisión que otorgue mayor deferencia a la propia evaluación del Estado.</li> <li>- Por su propia naturaleza, los conceptos protegidos no pueden interpretarse de forma totalmente aislada de la circunscripción nacional.</li> </ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>- El carácter discrecional del concepto también se hace evidente en lo que respecta a la medida concreta que el Estado receptor considera necesaria en respuesta a la amenaza percibida para la seguridad nacional u otro objetivo particular.</li> <li>- En el marco de una cláusula de auto juicio, es prerrogativa exclusiva de las autoridades del Estado receptor, evaluar si la inversión prevista supone una amenaza para la seguridad nacional y cómo reaccionar ante esta.</li> <li>- Teniendo en cuenta las medidas que pueden entrar dentro de la discrecionalidad del Estado receptor, las restricciones pueden aplicarse a un número potencialmente enorme de sectores o actividades económicas, y a los inversores extranjeros de numerosas nacionalidades.</li> <li>- De cualquier modo, los Estados receptores de la inversión, siguen sometidos a la obligación general de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de llevar a cabo sus obligaciones de buena fe. De ahí que, cuando la invocación de la cláusula por parte de un Estado receptor no se hace bajo este principio, este pasa a ser responsable en virtud del AII.</li> <li>- De lo anterior, se desprende que una cláusula de emergencia en los AII no exime totalmente a las partes contratantes de la responsabilidad internacional cuando invocan esta cláusula en relación con las</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Reconoce que los países pueden tener diferentes puntos de vista sobre la intensidad de la amenaza requerida para activar la cláusula de emergencia, y, por ende, puede haber una gama de posibles respuestas adecuadas a dicha amenaza. De este modo, la principal tarea del tribunal de arbitraje sería determinar la libertad de acción del Estado demandado.</li> <li>- El lenguaje del AII y el contexto en el que se negoció, son elementos determinantes. Por lo tanto, se ha sugerido que la deferencia sería menor con respecto a las situaciones en las que se dispone para evaluar el objetivo permisible de la medida y el nexo requerido y sería mayor cuando tales normas no existen.</li> </ul>
--	--

<p>restricciones impuestas a la inversión extranjera, ya que, el requisito de la buena fe ofrece a los tribunales de arbitraje internacional de inversiones, un criterio para juzgar la legalidad de la medida. Esto les permite, en particular, distinguir entre preocupaciones justificadas de seguridad nacional, por un lado, y, por otro lado, medidas que constituyen una forma encubierta de proteccionismo.</p>	
---	--

En segundo lugar, otro de los aspectos que se deben tener en cuenta frente a las cláusulas de emergencia, son los efectos que se desprenden de una excepción relacionada con la seguridad. En otras palabras, podría decirse que se trata del alcance que tienen sus efectos y sus consecuencias jurídicas, en el momento en que efectivamente sea argumentada una cláusula de emergencia (UNCTAD, 2009, pp. 43).

Lo anterior, abre un debate acerca de la necesidad u obligación de compensar al inversor extranjero: si realmente esta no es necesaria o, si de lo contrario, debe analizarse este aspecto en armonía con otra cláusula del AII. En la práctica, dado que las decisiones del CIADI sobre los emblemáticos casos de Argentina no han sido similares, no existe un criterio unificado para concluir cómo deben entenderse dichas consecuencias jurídicas.

## **2.2. Existencia de este tipo de cláusulas en los AII y modelos de AII: ejemplos, formas y estructuras**

En otro orden de cosas, puede afirmarse que este tipo de cláusulas en los AII son uno de los mejores vehículos con que cuenta un Estado receptor de la inversión extranjera para garantizar el nivel adecuado de flexibilidad normativa dentro de los tratados internacionales. Esto, dado que la inclusión de las cláusulas de emergencia permite que se lleguen a tomar medidas que, de otro modo, violarían el tratado de inversión (Gibson, 2015, p. 4), motivo por el cual, su inclusión cada vez es objeto de mayor atención en las fases de negociación de un tratado.

Así, para ejemplificar los elementos expuestos a lo largo de este capítulo, se tomarán como ejemplos algunas cláusulas contenidas en diferentes Tratados Bilaterales de Inversión que demuestran la diversidad en las formas de redacción y en las medidas protegidas por las cláusulas de emergencia. Inicialmente, se partirá del Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones de Estados Unidos de 2012 que cuenta con tres tipos de cláusulas de emergencia: una para intereses de seguridad esenciales, otra para asuntos ambientales y la última para controversias financieras.

En primer lugar, la cláusula de intereses esenciales de seguridad, contenida en el artículo 18 del Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones de Estados Unidos. Esta establece:

#### Artículo 18: Seguridad Esencial

Nada de lo dispuesto en el presente Tratado podrá interpretarse:

1. que obligue a una Parte a proporcionar o permitir el acceso a cualquier información cuya divulgación determine que es contraria a sus intereses esenciales de seguridad; o
2. que impida a una Parte aplicar las medidas que considere necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento o restablecimiento de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad. (Modelo AII Estados Unidos, 2012, p. 21)

Aunque esta cláusula se ha venido desarrollando en diferentes modelos de AII de Estados Unidos (en el Modelo AII del 2004 y en un desarrollo previo que nunca se publicó del Modelo AII de 1994), en la literatura es posible encontrar múltiples críticas a esta disposición como lo son: primero, la ambigüedad de los términos clave y porque estos carecen de definición dentro del tratado; segundo, la necesidad de que sean los árbitros quienes deben, bajo su discreción, determinar qué puede constituir un interés esencial de seguridad; tercero, por incluir la expresión “que considere necesarias”, dado que no contribuye a preservar la libertad de acción del inversor extranjero y, cuarto, debido a que la cláusula no identifica cuáles son las consecuencias que se derivan de una conducta comprendida en la disposición (Gibson, 2015, pp. 31-32). Dicho de otro modo, la estabilidad y la previsibilidad de tanto los inversores extranjeros, como de los Estados receptores de la inversión, se ve comprometida.

El problema no recae en que la cláusula sea una de aquellas que se encuentra dentro de la categoría de “auto juicio” sino que, en contraste, porque dentro de los objetivos que se buscan con la firma de un Tratado Bilateral de Inversión – como lo es, por ejemplo, la estabilidad de las normas jurídicas – se vuelve difuso identificar demás elementos que permiten alcanzarlos. A la suma, la balanza entre la autoridad regulatoria del Estado receptor y la protección a la inversión extranjera parece desequilibrarse.

En segundo lugar, la excepción que regula asuntos ambientales dentro del Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones de Estados Unidos se encuentra como parte de una cláusula denominada “Inversión y Medio Ambiente”. Esta, a simple vista y con una lectura preliminar, pareciera ser la inclusión de un campo de acción especial para que los Estados adopten medidas que propendan la protección del medio ambiente. Concretamente dispone:

#### Artículo 12: Inversión y Medio Ambiente

(...)

5. Nada de lo dispuesto en el presente Tratado se interpretará como un impedimento para que una Parte adopte, mantenga o aplique cualquier medida compatible con el presente Tratado y que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se lleven a cabo de manera sensible a las preocupaciones ambientales. (Modelo AII Estados Unidos, 2012, p. 17-18)

De forma general, la cláusula referida prevé que, no es concebible una inversión extranjera dentro del territorio del Estado receptor que debilite o reduzca las protecciones ofrecidas en la legislación nacional en materia del medio ambiente; en consecuencia, garantiza la libertad reglamentaria en esta. En cualquier caso, las vaguedades en los términos incluidos en la provisión hacen que la meta sea poco difícil de alcanzar (Gibson, 2015, pp. 22-23).

Igualmente, las críticas que se le hacen a la anterior cláusula parecen replicarse en esta porque, no se incluye guía alguna que pueda seguirse con respecto a las consecuencias jurídicas que se desprenden de la decisión de un Estado de invocar la medida. Además, se cuestiona cuál es el margen de acción

que tiene tanto Estados Unidos como los demás inversores extranjeros para determinar las medidas medioambientales que se consideran adecuadas y, por último, la inexistencia del alcance de términos incluidos tales como “medida apropiada”, “que considere apropiada”, entre otros (Gibson, 2015, pp. 23).

Resumiendo, la cláusula mencionada una vez más deja la puerta abierta para que sean los tribunales quienes le den significado a los términos incluidos en su redacción. Por ello, resultan como consecuencia de la ambigüedad y falta de claridad, una cantidad de decisiones insatisfactorias, conflictivas e ilógicas, que suponen inseguridad jurídica para Estados receptores e inversores extranjeros.

En tercer lugar, la cláusula de emergencia que contiene la excepción de los servicios financieros se divide, a la vez, en otras dos excepciones financieras redactadas de forma más completa y balanceada, en cuanto a los intereses que se encuentran en juego. A saber:

#### Artículo 20: Servicios Financieros

1. No obstante cualquier otra disposición del presente Tratado, no se impedirá a una Parte adoptar o mantener medidas relativas a los servicios financieros por razones de prudencia, incluso para la protección de los inversores, depositantes, tenedores de pólizas o personas con las que un proveedor de servicios financieros tenga una obligación fiduciaria, o para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero. Cuando dichas medidas no se ajusten a las disposiciones del presente Tratado, no podrán ser utilizadas como medio para eludir los compromisos u obligaciones de la Parte en virtud del mismo.

(...) (Modelo AII Estados Unidos, 2012, p. 21-22)

De esta cláusula, se rescata que una de las notas incluidas dentro del pie de página, indica qué debe entenderse por el término “razones de prudencia”; esto es, “el mantenimiento de la seguridad, la solidez, la integridad o la responsabilidad financiera de las instituciones financieras individuales, así como el mantenimiento de la seguridad y la integridad financiera y operativa de los sistemas de pago y compensación” (Modelo AII Estados Unidos, 2021, p. 22). De esta forma, una de las mayores críticas

que se hacía a las otras dos cláusulas, se compensa, de cierto modo, en esta, dado que incluye una lista de alcances al término “razones de prudencia” que, de no existir, sería todavía mucho más ambigua y compleja frente a su eventual aplicabilidad.

Paralelamente, el mismo artículo 20 del Modelo de Estados Unidos incluye una excepción relacionada que busca conservar el campo de acción del Estado receptor en cuestiones de política monetaria. Como puede observarse:

...Nada de lo dispuesto en el presente Tratado se aplica a las medidas no discriminatorias de aplicación general adoptadas por cualquier entidad pública en aplicación de políticas monetarias y crediticias conexas o de políticas cambiarias. Este párrafo no afectará las obligaciones de una Parte conforme al Artículo 7 [Transferencias] o al Artículo 8 [Requisitos de Desempeño].

(...) (Modelo AII Estados Unidos, 2012, p. 22)

Para resumir, la cláusula que hace alusión a los servicios financieros mencionados en el artículo en cuestión, es una redactada de forma detallada y de la cual se señalan los siguientes puntos: primero, requiere que los árbitros en un eventual conflicto tengan conocimiento de temas financieros para que, de forma más acertada, la decisión sea una bien considerada y lógica; segundo, al permitir que los Estados puedan ponerse de acuerdo en cuanto a si la cláusula de emergencia fue invocada de forma correcta y, tercero, al tratar el tema financiero como uno preliminar, esta disposición contribuye en gran medida a desalentar las reclamaciones superficiales de los inversores y ofrece protección a los Estados demandados en forma de ahorro potencial de costas judiciales (Gibson, 2015, pp. 20-21).

Llegado a este punto, otro de los Tratados Bilaterales de Inversión que suele tomarse como ejemplo por parte de diferentes doctrinantes y que es objeto recurrente en la literatura, es el de Alemania y Pakistán – que concluyó en 1959 –, dado que, demuestra cómo desde los primeros tratados de este tipo, era una preocupación de los diferentes Estados, regular temas relacionados con la seguridad nacional y el orden público. En este Tratado, Pakistán se reservó el derecho a denegar la protección de las inversiones alemanas por razones de seguridad pública, añadiendo la siguiente declaración a su carta de aceptación:

Entendemos que, con la intención de facilitar y promover las inversiones de nacionales o empresas alemanas en Pakistán, el Gobierno de Pakistán, antes de la entrada en vigor de un tratado de establecimiento cuya negociación se ha previsto, concederá los permisos necesarios a los nacionales alemanes que deseen entrar, permanecer y llevar a cabo actividades en Pakistán en relación con las inversiones de nacionales o empresas alemanas, excepto en la medida en que razones de seguridad y orden público, salud pública o moralidad puedan justificar lo contrario. (Tratado Bilateral de Inversiones entre Pakistán y la República Federal de Alemania, 1963, p. 44)

Sin importar de que se tratara de una declaración dentro del Tratado, este es un perfecto ejemplo de otros instrumentos no vinculantes que demuestran cómo los Estados buscaban – y actualmente buscan – excepciones específicas para casos de guerra, revolución y otros tipos de situaciones que cambian dependiendo del contexto específico y de las necesidades de los Estados al momento en que se está negociando de forma general un AII y, de forma específica, una cláusula de emergencia. Por consiguiente, la consideración por parte de los Estados firmantes de un Tratado de las circunstancias mediante las cuales podrían invocar excepciones a las obligaciones sustantivas parece ampliarse con el paso del tiempo y ya no se restringe únicamente a situaciones de conflicto armado, sino también para emergencias financieras, desastres ambientales, entre otras.

Otro ejemplo de cláusula de emergencia es aquella que expresa la necesidad como una condición previa objetiva para su debida invocación. En contraste, como no es una cláusula de “auto – juicio”, el razonamiento subjetivo del Estado receptor de la inversión en cuanto a la aplicabilidad o no de la medida no es relevante; para ilustrar, el artículo 10 del Tratado Bilateral de Inversiones entre Bulgaria y Estados Unidos que dispone:

#### Artículo X

1. 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 con respecto al mantenimiento o restablecimiento de la paz o la seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad. (Tratado Bilateral de Inversiones entre Bulgaria y Estados Unidos, 1992, p. 8-9)

Consecuentemente, lo que ocurre con este tipo de cláusula es que, debido a que no se encuentra bajo el arbitrio de ninguna de las dos partes determinar si la medida es o no necesaria, los tribunales de arbitraje estarían facultados para juzgar si la respectiva medida del Estado receptor era necesaria para responder a la amenaza o, si de otra forma, se podría haber llegado a una solución diferente con un menor impacto en la inversión extranjera. Siendo esto así, este tipo de cláusulas permiten un test de proporcionalidad y, reduce considerablemente la discrecionalidad reguladora de las partes, aumentando la claridad jurídica y la previsibilidad para el inversor extranjero (UNCTAD, 2009, pp. 93).

En cambio, otra metodología contenida en estas cláusulas es cuando no se hace referencia al concepto de “necesidad” y se considera suficiente que la medida adoptada se refiere a la seguridad nacional. Este enfoque aumenta la libertad de reglamentación de las partes y también les permite una valoración subjetiva del tipo de medida que consideran apropiada, siempre que esté dirigida a la protección de la seguridad nacional (UNCTAD, 2009, pp. 94). Un ejemplo es el artículo 12, numeral 2, del Tratado Bilateral de Inversiones entre Hungría e India, que terminó en marzo de 2017:

#### Artículo 12: Leyes Aplicables

2. (...) nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo impide a la Parte Contratante anfitriona adoptar medidas para la protección de sus intereses esenciales de seguridad o en circunstancias de extrema urgencia, de conformidad con sus leyes aplicadas normal y razonablemente sobre una base no discriminatoria. (Tratado Bilateral de Inversiones entre Hungría e India, 2003, p. 8)

Nuevamente, debe entrarse a definir el concepto de “seguridad nacional” por parte de un tribunal de arbitraje, dado que la cláusula carece de elementos que permiten entender y dotarlo de significado. Aparte de eso, su efecto práctico cuando llegue a aplicarse sería uno parecido al de una cláusula de “auto juicio” y, solo en casos extremos, el tribunal va a concluir que la medida del Estado receptor de la inversión no tiene relación alguna con los intereses de seguridad de la contraparte.

Por otra parte, una aproximación final es excluir cualquier tipo de revisión judicial y se les otorga absoluta autonomía a las partes contratantes. Un ejemplo de lo anterior es el artículo 6.12, contenido en el capítulo 6 del Acuerdo General de Cooperación Económica entre la India y Singapur:

Artículo 6.12: Excepciones de seguridad

4. Este Artículo se interpretará de acuerdo con el entendimiento de las Partes sobre la no justificación de las excepciones de seguridad, tal como se establece en su canje de notas que formará parte integrante del presente Acuerdo. (Acuerdo General de Cooperación Económica entre la República de India y Singapur, 2005, p. 6)

Además, la medida en que estas excepciones dependan o no del arbitrio del tribunal, recaerá sobre la interacción con otros requisitos del Tratado para invocar la cláusula. De esta forma, en conjunto con una noción amplia y abierta del término “seguridad nacional” en los AII, una cláusula de auto juicio da la máxima discreción que las partes contratantes pueden reservarse en el Tratado. Por el contrario, la discrecionalidad se reduce si la excepción define el término “seguridad nacional” con más detalle o contiene otras condiciones para recurrir a ella (UNCTAD, 2009, 96).

Por último, el actual Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones de Colombia, como resultado de la revisión efectuada por la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, incluye una cláusula de emergencia mucho más amplia y completa, que evidencia los avances de los últimos años del derecho internacional de las inversiones, en cuanto a objetivos permisibles al actuar del Estado. Esta se denomina “Excepciones Generales”; a saber:

Siempre que dichas Medidas no sean aplicadas de una manera que constituiría un trato arbitrario o discriminatorio en contra de un Inversionista o una Inversión Cubierta, nada en este Acuerdo impedirá a una Parte Contratante de adoptar, mantener o ejecutar Medidas que dicha Parte Contratante considere necesarias para: a. La protección de los derechos humanos; b. La protección de la vida y salud humana, animal o vegetal; c. La protección del medio ambiente; d. La protección y preservación de recursos naturales; e. La protección de los derechos de los consumidores; f. La protección del mercado ante conductas anticompetitivas; g. La expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación con derechos de propiedad

intelectual o la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida en que dicha revocación, limitación o creación sea consistente con el Acuerdo ADPIC;

h. La preservación del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para mantener y restaurar la paz y seguridad internacional, o la protección de sus propios intereses de seguridad;

i. Asegurar el cumplimiento con las leyes y regulaciones de la Parte Receptora que no sean incompatibles con las disposiciones de este Acuerdo. (Modelo AII Colombia, 2017, p. 11-12)

Para concluir, una de las mayores anotaciones que debe hacerse de este capítulo, es la necesidad imperante de una redacción juiciosa – objeto de la negociación previa entre las partes contratantes – de la cláusula de emergencia. Esto, teniendo en cuenta los efectos jurídicos que podrían desprenderse de dicha cláusula, su alcance y, por último, el titular que terminará siendo quien interprete y juzgue si las medidas tomadas por parte del Estado receptor de la inversión son o no justificadas para incumplir las obligaciones sustantivas del tratado; bien sea que el titular sea el mismo Estado, el inversor extranjero o un tribunal de arbitraje.

### **Tercero: Tendencias en la interpretación de los casos emblemáticos de la crisis económica y financiera de Argentina, a partir de los laudos del CIADI: ¿estado de necesidad, cláusula de emergencia o las dos?**

Como bien se ha mencionado desde el principio de este trabajo, la crisis económica y financiera de Argentina, que abarcó el período de tiempo comprendido entre los años 1999 a 2002 – aproximadamente –, trajo como consecuencia el aumento en las reclamaciones por parte de inversores extranjeros radicados en dicho país, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – CIADI. Con todo, aunque la cantidad de reclamaciones presentadas contra Argentina y las sumas adjudicadas como concepto de daños y perjuicios a los inversores extranjeros fueron unas superiores, lo más relevante resultante de estos casos, son las interpretaciones conflictivas de las medidas tomadas por parte del Estado receptor de la inversión – Argentina –, con ocasión de su crisis económica y fiscal, más los laudos y/o decisiones de los comités *ad hoc*, sobre las solicitudes de anulación resultantes de cada proceso en cuestión.

En consecuencia, este capítulo se ocupará de analizar, por un lado, la forma en que Argentina argumentó la necesidad de las decisiones tomadas con base en el TBI con Estados Unidos y bajo la defensa consuetudinaria del estado de necesidad y, por otro lado, las tendencias resultantes de los laudos del CIADI. Lo anterior, no sin antes brindar un contexto sobre la crisis que desencadenó toda esta problemática y, además, aportando un análisis sobre la interpretación de los diferentes instrumentos de derecho internacional – general y de las inversiones –, argumentados y estudiados de forma desigual tanto por parte de Argentina, como por parte de los diferentes tribunales y comités de anulación conformados, en los eventos en que se optó por esta alternativa.

Sumado a esto, los casos que se mencionarán comparten entre sí, tres particularidades específicas que se identifican de forma preliminar, al estudiar el contexto histórico y los hechos que sirvieron como fundamento en las diferentes reclamaciones dentro de la crisis que enfrentó Argentina, como Estado receptor de múltiples inversiones extranjeras; especialmente, de aquellas provenientes de Norteamérica. Primero, la afirmación de que los hechos que dieron lugar a estos litigios fueron prácticamente idénticos; segundo, que cada uno de ellos se refiere a la inversión extranjera circunscrita a la industria argentina del gas natural (Martínez, 2012, pp. 152-153) y, tercero, que la defensa de

Argentina estuvo basada siempre en el artículo XI del TBI con Estados Unidos y en el derecho internacional consuetudinario – con el estado de necesidad –.

Esta última particularidad, en palabras del doctrinante Antoine Martin (2012), incluye los dos motivos que justifican las medidas excepcionales. Estos son, por un lado, el principio del derecho consuetudinario internacional que exime a los Estados en circunstancias de necesidad (en términos del artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001) y, por otro lado, el estado de necesidad, considerado a la luz de las disposiciones específicas contenidas en los tratados bilaterales de inversión, con las cláusulas de emergencia (p. 49).

Por último, es de suma importancia indicar que, pese a que los casos mencionados en este estudio son solamente algunos de los más de treinta (30) casos llevados ante tribunales del CIADI que se refieren a reclamaciones similares en su totalidad, los cuatro casos escogidos fueron objeto de importante atención tanto en la doctrina, como en la literatura y suponen contradicciones académicas y analíticas entre sí. De forma breve, se advierte el riesgo que supone el hecho de que estas múltiples cuestiones similares fueran decididas por diferentes tribunales de arbitraje, lo cual pudo evitarse en gran medida, si se tenían en cuenta las decisiones de los demás tribunales (Reinisch, 2007, pp. 192).

### **3.1. Contexto de la crisis económica y fiscal de Argentina: el origen de las medidas tomadas a raíz del desequilibrio**

A principios de la década de 1990, el gobierno de Argentina – al igual que la mayoría de los países de Suramérica –, se comprometió a abrir su economía al comercio y a las inversiones extranjeras, de la mano con el latente crecimiento de los AII firmados con países desarrollados y las políticas económicas incluidas dentro del Consenso de Washington. De ahí que, con el propósito de apoyar la privatización de las empresas estatales (que incluían entre estas el gas natural y su transporte), se abarcó un amplio programa de TBI que permitía ofrecer garantías a los inversores extranjeros, mientras que, al mismo tiempo, se aprobó una licencia estándar de transporte de gas, que contaba con un término de duración de treinta y cinco años (Martin, 2012, pp. 49-50).

Argentina promulgó la Ley del Gas – Ley No. 24.076 –, privatizando la industria del transporte y distribución del gas natural en diez empresas, concediéndoles a cada una de estas, una licencia de

explotación que, además, el gobierno argentino aseguró no revisar ni revocar en ningún momento. Por lo tanto, los inversores extranjeros, incluidos CMS, Enron, Semptra y LG&E, compraron participaciones significativas en las empresas que contaban con esta licencia (Martínez, 2012, pp. 153).

Adicionalmente, para proporcionar una mayor estabilidad económica a los inversores extranjeros, Argentina también reformó su economía. Así que, introdujo la ley de convertibilidad monetaria, fijó el peso argentino a la par con el dólar estadounidense, programó ajustes semestrales en función de las variaciones del Índice de Precios al Productor (IPP) de Estados Unidos y, finalmente, acordó que no habría una congelación de precios aplicable al sistema de tarifas, salvo que se pagara una debida compensación a los inversores extranjeros (Martin, 2012, pp. 50). En otras palabras, los términos y condiciones mediante los cuales se dieron las diferentes negociaciones de privatización incluían un régimen legal bajo el cual las tarifas se calcularían en dólares, la conversión a pesos argentinos se efectuaría en el momento de la facturación de cada servicio y, las tarifas se ajustarían cada seis meses de acuerdo con el IPP estadounidense.

Después, debido a la crisis económica que inició a finales de 1999, Argentina suspendió temporalmente el ajuste del IPP a las tarifas de gas y, para el 2001, el gobierno era incapaz de pagar a los acreedores extranjeros, dado que los bancos del país sufrían graves problemas de liquidez. La rigidez del tipo de cambio y la política monetaria de Argentina, tuvieron gran parte de la culpa porque las políticas restrictivas fueron incapaces de responder a una serie de situaciones tales como, el estancamiento de los precios de las materias primas, el aumento del costo del capital, la apreciación del dólar, la devaluación de la moneda de Brasil – principal socio comercial de Argentina –, una política fiscal relajada y el aumento del gasto público. Para el 25 de julio de 2001, el mercado de valores de Argentina se derrumbó y la calificación crediticia del país se redujo; por ende, el gobierno argentino promulgó ciertas medidas que restringieron su presupuesto y recortaron los salarios en un 13%, como un esfuerzo por fortalecer su posición financiera (Martínez, 2012, pp. 154).

Para principios de 2002, el gobierno argentino promulgó la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario – Ley No. 25.561 – (Reinisch, 2007, pp. 193). Por medio de esta Ley, se declaró, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, como respuesta a una serie de

acontecimientos que incluían, entre otras cosas, la caída del gobierno de Fernando de la Rúa y una crisis económica y social.

En síntesis, la Ley de Emergencia abolió la Ley de Convertibilidad de 1991 – Ley No. 23.928 – y ordenó una renegociación a muchas de las regulaciones de la Ley del Gas, que había beneficiado a los inversores extranjeros. A la suma, también el régimen tarifario basado en el dólar se re denominó a pesos argentinos, los ajustes tarifarios favorables se interrumpieron en marzo de 2002 y no fue sino hasta después de mayo de 2003, que la economía argentina empezó a crecer, con la llegada del presidente Néstor Kirchner (Martínez, 2012, pp. 155).

De hecho, la Ley de emergencia también inició un proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos afectados por las medidas, que finalmente condicionó a la renuncia de todas las reclamaciones ante los tribunales locales o arbitrales. Como resultado, esto se convirtió en objeto de varias reclamaciones presentadas por inversores extranjeros, que argumentaban que las condiciones ofrecidas por las anteriores disposiciones legislativas y reglamentarias, fueron elementos claves y determinantes para sus inversiones en Argentina y, por el contrario, la Ley de Emergencia, según ellos, violaba las obligaciones contractuales del gobierno en el marco de la Licencia, los compromisos específicos de estabilidad que asumió ante los inversores y las garantías específicas previstas en el TBI (Martin, 2021, pp. 50).

Para finalizar, pese a que en ocasiones el gobierno argentino, junto con los inversores extranjeros, intentó renegociar el régimen de las tarifas impuesto mediante la Ley del Gas, por requerimientos de tribunales nacionales, no fue posible esta iniciativa. No obstante, cabe resaltar los intentos del gobierno de renegociar los acuerdos tarifarios con las de transporte y distribución de gas (Martínez, 2012, pp. 155), pero este nunca aceptó las alegaciones de violación al TBI de los inversores estadounidenses.

### **3.2. Casos emblemáticos de la crisis de Argentina, sus laudos, anulaciones e interpretaciones**

A continuación, se hará referencia a algunos de los casos más emblemáticos de la crisis de Argentina dentro de la literatura y doctrina del derecho internacional de las inversiones, en vista de que sus argumentos, laudos y decisiones de anulación – para los casos en que aplicó –, representan

contradicciones en cuanto a la defensa del estado de necesidad y la cláusula de emergencia contenida en el TBI con Estados Unidos. Aun así, los laudos de los tribunales contaban con tres puntos en común: primero, el hecho de que se encuentre consagrado dentro de los TBI el estado de necesidad como causal de justificación para modificar los compromisos adquiridos con los inversores, no faculta al Estado receptor de la inversión para autocalificar una situación como estado de necesidad; segundo, que la calificación de “seguridad esencial” para el Estado como justificación para la inaplicación del tratado, puede incluir dentro de la misma, crisis económicas y situaciones de emergencia económica; y, tercero, que el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, contiene los estándares de derecho internacional consuetudinario, requeridos para determinar si hay – o no – un incumplimiento de un AII (Toro, 2013, pp. 280).

Pese a que la crisis mencionada a lo largo de este capítulo dio lugar a muchas más reclamaciones de inversores de nacionalidades diferentes a la estadounidense y con domicilios comerciales en otros continentes, el análisis se limitará a los casos que se mencionan en la tabla adjunta a continuación, reducidos al TBI entre Estados Unidos y Argentina. De este modo, los casos objeto de estudio son cuatro, y son los siguientes:

<b>Número de caso ante el CIADI</b>	<b>Demandante</b>	<b>Demandado</b>	<b>Estado del proceso</b>
ARB/02/16	Sempra Energy International	República de Argentina	Concluido
ARB/02/1	LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc.	República de Argentina	Concluido
ARB/01/8	CMS Gas Transmission Company	República de Argentina	Concluido
ARB/01/3	Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P.	República de Argentina	Concluido

Elaboración propia con la base de datos de casos del CIADI

### **a. Sempra Energy International v. La República de Argentina**

El 6 de diciembre de 2002, el Secretario General del CIADI registró una solicitud de apertura para un procedimiento de arbitraje por parte de la inversión de Sempra Energy International (en adelante, Sempra); incluyendo esta, dos compañías de distribución de gas natural que, de forma conjunta, servían a siete provincias argentinas. A pesar de lo anterior, no fue sino hasta el 19 de julio de 2007, que se notificó a las partes que el Tribunal había declarado cerrado el procedimiento conforme al artículo 38(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

Paralelamente, dentro del objeto de la reclamación por parte de Sempra se alegó, entre otras cosas, que las medidas adoptadas por parte del gobierno argentino a partir del período comprendido entre los años 2000 a 2002, conllevaron a la derogación de los derechos de que gozaba en virtud del marco regulatorio y la licencia, y que dichos derechos no iban a ser restituidos. De forma concreta, se dio con las decisiones que prohibieron el ajuste de las tarifas según el IPP, la derogación del cálculo de las tarifas en dólares, la modificación unilateral de la licencia por parte del gobierno sin el pago de una compensación y la ausencia de reintegro por concepto de los subsidios adeudados (Sempra Energy International v. Argentina, 2007, ¶. 93).

La expropiación de la inversión de Sempra, según se justificó por parte de sus apoderados, se produjo como consecuencia de la derogación de forma directa, indirecta o progresiva. De la misma manera, argumentaron que se violaron estándares de protección como lo es el trato justo y equitativo y las expectativas legítimas, que las medidas adoptadas se caracterizaron por su arbitrariedad y su carácter discriminatorio, que no se le garantizó al inversor la protección y la seguridad plena y que se incurrió en incumplimiento de la cláusula paraguas del TBI; es decir, todas las garantías consagradas en el artículo IV del Tratado (Sempra Energy International v. Argentina, 2007, ¶. 95).

Por su parte, la defensa jurídica de Argentina se basó en argumentar que, el marco jurídico y reglamentario aplicable a la privatización, únicamente preveía el derecho de las licenciatarias a una tarifa justa y razonable y, que el derecho al cálculo de la tarifa en dólares era una característica que solo podía perdurar si la Ley de Convertibilidad estaba vigente (Sempra Energy International v. Argentina, 2007, ¶. 94). Sumando, también adujo que, si los inversionistas se basaron en información

proporcionada por parte de firmas consultoras privadas, no podía atribuirse al gobierno la responsabilidad por esa información (Sempra Energy International v. Argentina, 2007, ¶. 93).

Después de todo, por cuestiones de este trabajo, interesa la defensa subsidiaria de Argentina que se basó en respaldarse en la situación de emergencia que vivió el país; concretamente, con la defensa del estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario. Así, la demandada sostuvo que, “el concepto de estado de necesidad se ha consolidado en el derecho internacional con el fin de impedir que las medidas adoptadas en este contexto puedan ser calificadas de ilícitas y de eximir al Estado de responsabilidad internacional” (Sempra Energy International v. Argentina, 2007, ¶. 333).

La demandada afirmó no haber contribuido al estado de necesidad, debido a que se trató mayoritariamente de factores externos. En consecuencia, las medidas adoptadas, según el Estado de Argentina, fueron el único medio para salvaguardar un interés esencial frente a un peligro grave e inminente y, además, el hecho de que la demandante no recibió un tratamiento diferente al que obtuvieron los demás inversores extranjeros en el sector de la distribución y el transporte del gas natural (Sempra Energy International v. Argentina, 2007, ¶. 334); por lo tanto, a juicio de Argentina, no correspondía indemnización alguna.

Con respecto a la opinión del Tribunal, este fue claro en mencionar que comparte el entendimiento de que el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 refleja el derecho internacional consuetudinario en la materia. De todas formas, agrega que esto no significa que dicha Resolución sea un tratado, ni que forme parte del derecho consuetudinario ya que simplemente es “la expresión experta y sistemática del derecho en materia de estado de necesidad según se ha desarrollado por las cortes, los tribunales y otras fuentes durante un período prolongado” (Sempra Energy International v. Argentina, 2007, ¶. 344).

Ahora bien, al entrar a estudiar requisito por requisito del artículo 25, el Tribunal llegó a conclusiones que se enuncian a continuación. En primer lugar, dado que la primera condición prevista por el artículo 25 supone que el acto en cuestión sea el único modo en que el Estado pueda salvaguardar un interés esencial frente a un peligro grave e inminente y, debido a la variedad de opiniones entre los peritos que hicieron parte del proceso, el argumento de que la situación de la crisis comprometió la existencia del Estado y su independencia, que llevaron a que se calificara como una situación que afectó un

interés esencial de este, no es convincente. Si bien el gobierno debía evitar que la situación empeorara, las partes y los peritos no estaban de acuerdo en cuanto a que las medidas adoptadas por medio de la Ley de Emergencia eran el único modo de lograr este resultado; después de analizar estos argumentos, el Tribunal estuvo de acuerdo con esta idea (*Sempra Energy International v. Argentina*, 2007, ¶. 347-351).

En segundo lugar, al estudiar si las medidas en cuestión no afectaron gravemente los intereses de uno o más Estados frente a quienes existen las obligaciones o de la comunidad internacional en su conjunto, el Tribunal concluyó que el interés de la comunidad internacional en su totalidad no se había afectado de manera alguna. De lo contrario, al analizar el interés de otros Estados en relación con las obligaciones de los tratados, debía estudiarse de forma independiente al laudo (*Sempra Energy International v. Argentina*, 2007, ¶. 352).

En tercer lugar, el artículo estipula que, si el Estado ha contribuido a la situación que dio origen al estado de necesidad, no puede darse su invocación. Con todo, a ojos del tribunal, Argentina se encontraba en un punto intermedio, pues los factores que precipitaron la crisis fueron tanto endógenos como exógenos y, en alguna medida, hubo una contribución considerable del Estado a la situación que dio origen al estado de necesidad (*Sempra Energy International v. Argentina*, 2007, ¶. 353-354).

En cuarto lugar, el Tribunal hace referencia al caso del Proyecto de las presas de *Gabčíkovo-Nagyymaros*, para expresar que las diferentes condiciones que trae el artículo 25 deben ser analizadas de forma acumulativa; por lo tanto, el estándar aplicable para invocar el estado de necesidad es aún más alto. Siendo esto así, el Tribunal considera que los requisitos necesarios para determinar la existencia del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario no fueron cumplidos en su totalidad para este caso (*Sempra Energy International v. Argentina*, 2007, ¶. 355).

Por último lugar, la demandada también justificó la invocación del estado de necesidad en virtud del artículo IV(3) del TBI que, en resumidas cuentas, establece que los nacionales o sociedades de cualquiera de las partes cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra parte a causa de una guerra, otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbios civiles u otros acontecimientos similares, recibirán de la otra parte un trato no menos favorable que el concedido a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de cualquier tercer país (*Tratado Bilateral de Inversiones entre Estados Unidos y Argentina*, 1994, pp. 4-5). Esto, debido

a que como estuvo en peligro la vida humana, se justifica *a fortiori* la inclusión de estos eventos dentro de los términos del artículo en cuestión y, adicionalmente, concluye que la invocación de la necesidad no está excluida por aquel, de modo que el requisito similar exigido por el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, se cumple también (*Sempra Energy International v. Argentina*, 2007, ¶. 357).

Aún así, Argentina también invocó el estado de necesidad bajo el artículo XI del TBI con Estados Unidos indicando que este debía interpretarse en su acepción más amplia, donde hay lugar para las consideraciones de seguridad económica y estabilidad política; asimismo, el equipo de expertos de la parte demandada entendió que el artículo es de carácter discrecional – o de auto juicio como se denominó en el capítulo anterior –, con sujeción únicamente a la determinación de la existencia de la buena fe. En cambio, la parte demandante no comparte las ideas anteriores, pues considera que el artículo XI no es discrecional, que la posterior revisión judicial no se limita a la determinación de la existencia de la buena fe, sino que deben examinarse los hechos y determinar si cumplen con los requisitos del estado de necesidad y, sostiene que una cláusula discrecional es una excepción extraordinaria (*Sempra Energy International v. Argentina*, 2007, ¶. 366-369).

De modo similar, el Tribunal consideró que, “toda interpretación que redunde en una manera de eludir las obligaciones fijadas no puede conciliarse fácilmente con dicho objeto y propósito. En consecuencia, debe realizarse una interpretación restringida de dicha alternativa” (*Sempra Energy International v. Argentina*, 2007, ¶. 373). Aparte de eso, afirmó que ninguna interpretación permite incluir la emergencia económica dentro del artículo XI, que la determinación discrecional es incompatible con el objeto y el fin del Tratado, que como no se define en el Tratado qué debe entenderse por “intereses esenciales de seguridad”, el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, se vuelve relevante a efectos de determinar si se reunieron las condiciones necesarias para su invocación en virtud del TBI (*Sempra Energy International v. Argentina*, 2007, ¶. 374-375) y, como dichas condiciones no se cumplieron, no puede excluirse la ilicitud de las medidas.

Posteriormente, el 3 de marzo de 2009 Argentina presentó una solicitud de anulación del laudo proferido por el Tribunal y, para el 29 de junio de 2010, el Comité de Anulación *ad hoc* envió la decisión a las partes. En dicha decisión, después de analizar los argumentos de Sempra y Argentina, el Comité llegó a las siguientes conclusiones: primero, que el artículo XI del TBI no especifica quién juzga si las

medidas tomadas son “necesarias” para uno o más de los objetivos establecidos; segundo, que el Tribunal no distinguió claramente entre la cuestión de auto – juzgable o no del artículo XI; tercero, que el artículo XI difiere sustancialmente del artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 y, por ende, este artículo no ofrece una guía interpretativa de los términos empleados en aquel artículo; cuarto, que el artículo 25 y el artículo XI, de hecho, se ocupan de situaciones muy diferentes y, quinto, que el Tribunal no aplicó el derecho aplicable, ya que consideró que como no se cumplía con los requisitos del artículo 25, no era necesario hacer un análisis judicial adicional del artículo XI. De ahí que, la extralimitación de facultades por parte del Tribunal fue manifiesta y, por tanto, el laudo del 28 de septiembre de 2007 en el Caso CIADI No. ARB/02/16, se anuló (*Sempra Energy International v. Argentina*, 2010, ¶. 186-210).

**b. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. La República de Argentina**

Debido a que el laudo enviado a las partes el 25 de julio de 2007 analizó asuntos relacionados con los daños y perjuicios, la cuantificación de la indemnización y la condena en costas, este acápite se ocupará de estudiar la decisión sobre responsabilidad emitida por el Tribunal y que fue notificada el 3 de octubre de 2006 a las partes. Específicamente, tratará el estado de necesidad en los alegatos de las partes, el análisis del Tribunal y, por último, la decisión de este sobre la responsabilidad del Estado argentino.

Para comenzar, el caso objeto de estudio estuvo compuesto por tres demandantes: LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. (las dos primeras, sociedades constituidas de conformidad con las leyes del Estado de Kentucky y, la tercera, una corporación constituida bajo las leyes del Estado de Delaware), las cuales, en conjunto, se denominaron LG&E o la parte demandante. Este conjunto de empresas contaba con participación accionaria en tres compañías distribuidoras de gas constituidas en Argentina, por el propio Estado argentino: Distribuidora de Gas del Centro, Distribuidora de Gas Cuyana S.A. y Gas Natural BAN S.A. (*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. Argentina*, 2006, ¶. 1-2).

Al igual que en el caso anterior, la demandante afirmó que Argentina había afectado de forma negativa sus inversiones mediante la sanción de la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen

Cambiario. De forma concreta, LG&E alegó violación del estándar del trato justo y equitativo, la adopción por parte del gobierno argentino de medidas arbitrarias y discriminatorias, violación de la cláusula paraguas y la expropiación indirecta sin compensación. Del mismo modo, Argentina como parte demandada, respaldó las medidas tomadas bajo la época de crisis en el estado de necesidad admitido por el derecho argentino, por el TBI con Estados Unidos en sus artículos XI y IV(3) y por la costumbre internacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal hizo un doble análisis para determinar la aplicabilidad del artículo XI del TBI, designando como fuente primaria el Tratado, en la medida en que fuera necesario el derecho internacional general y, en último lugar, el derecho interno argentino. Por añadidura, el Tribunal destacó que las demandas y defensas señaladas por las partes, tenían como fuente el TBI y, por ende, en la medida en que fuera requerido para su interpretación y aplicación, se hizo uso del derecho internacional general (*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. Argentina*, 2006, ¶. 206).

En cualquier caso, previo a que el Tribunal hiciera el doble análisis de aplicabilidad del estado de necesidad, partió de determinar si la naturaleza del artículo XI del TBI es de auto juicio, dado que las partes se encontraban en desacuerdo sobre este punto. De este modo, como el lenguaje del Tratado no especificó quién decide lo que constituyen las medidas esenciales de seguridad – si era Argentina, con una revisión previa bajo el estándar de la buena fe del derecho internacional general o si le correspondía al Tribunal –, el Tribunal se basó en las evidencias de las partes en relación con el entendimiento que tenían estas para el año 1991 (año en que se firmó el Tratado); así pues, el Tribunal concluyó que la disposición objeto de discusión no era de naturaleza de auto juicio (*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. Argentina*, 2006, ¶. 212).

El Tribunal agregó que, la interpretación de las disposiciones de un tratado internacional es aquella con la cual estuvieron de acuerdo las partes al momento de la firma de este, salvo si las mismas partes, de mutuo acuerdo, modifican dicha interpretación. Para el caso concreto, la fecha que el Tribunal tuvo en consideración fue noviembre de 1991 y, por el contrario, solo a partir de 1992, con la ratificación del TBI entre Estados Unidos y Rusia, aquellos empezaron a considerar que la aplicación de las cláusulas de emergencia es de naturaleza de auto juicio; consideración que, con el TBI entre Estados

Unidos y Argentina, no se tuvo (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. Argentina, 2006, ¶. 213).

Más tarde, dentro del análisis del Tribunal sobre el carácter necesario de las medidas adoptadas, se afirmó que Argentina estuvo en un período de crisis, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003 y, durante este, fue necesario que tomara medidas destinadas a mantener el orden público y a proteger sus intereses esenciales de seguridad. Dado que la situación de emergencia cesó cuando fue electo el Presidente Kirchner, Argentina, a la luz del artículo XI del TBI y bajo el análisis del Comité, queda eximida de responsabilidad por el incumplimiento del Tratado durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003 (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. Argentina, 2006, ¶. 228-229).

Lo anterior, puesto que las evidencias que llevaron al Tribunal a tomar la decisión demostraron que las condiciones vividas en diciembre de 2001 representaron un alto grado de desórdenes públicos y una amenaza a los intereses de seguridad argentinos. En síntesis, se trató de una crisis severa en los sectores económico, político y social, que, para el año 2001, amenazó con el colapso total del gobierno y del Estado argentino (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. Argentina, 2006, ¶. 230); por ello, el Tribunal consideró que la Ley de Emergencia fue una medida necesaria y legítima.

En otro orden de cosas, el Tribunal analizó el artículo IV(3) del TBI y llegó a la conclusión de que los Estados parte del Tratado contemplaron el estado de necesidad como una categoría aislada de las circunstancias excepcionales, lo que se encuentra en armonía con la interpretación dada por el Tribunal para el artículo XI del Tratado. En consecuencia, de acuerdo con las pruebas en las que se basó el Tribunal para tomar su decisión, no considera este último que Argentina haya violado durante el período de emergencia, el Artículo IV(3) del TBI y, en contraste, que las medidas tomadas por el gobierno fueron generales (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. Argentina, 2006, ¶. 244).

Adicionalmente, pese a que el Tribunal ya había analizado el estado de necesidad fundamentado en el TBI, del mismo modo pasó a analizarlo desde el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001. Así, al hacer un estudio de cada uno de los requisitos que contiene el artículo 25, concluyó lo

siguiente: en primer lugar, frente al requisito que dispone que la medida tomada por el Estado sea el único medio disponible para salvaguardar un interés, el Tribunal consideró que el gobierno argentino agotó todos los medios jurídicos posibles antes de verse obligado a obrar como lo hace. En segundo lugar, frente al requisito que establece que el interés sujeto a protección también debe ser esencial para el Estado, el Tribunal concluyó que, lo que se considera un interés “esencial”, no debe entenderse limitado a aquellos intereses que hacen referencia de forma exclusiva a la existencia del Estado y, por el contrario, puede tratarse de intereses económicos, financieros o relacionados con la protección del Estado frente a cualquier peligro que comprometa de forma grave su situación interna o externa. En tercer lugar, en cuanto a que el interés esencial debe ser amenazado por un peligro grave e inminente, el Tribunal hizo referencia expresa a James Crawford, sosteniendo que el peligro debía ser establecido de forma objetiva y no considerado posible e inminente, en el sentido de que iba a ocurrir pronto. En cuarto lugar, sobre el requisito que establece que la acción tomada por el Estado no puede afectar un interés esencial de otro Estado, el Tribunal afirmó que, se buscó descartar la posibilidad de invocar el Estado de necesidad, para la salvaguarda de intereses no esenciales. En quinto lugar, para justificar el requisito que dispone que la obligación internacional en cuestión debe permitir la invocación del estado de necesidad, el Tribunal añadió que, la inclusión de un artículo dentro del TBI autorizando el estado de necesidad, constituye la aceptación de que alguno de los Estados que hacen parte de la relación jurídica, pueda invocar el estado de necesidad. Por último, cuando analizó si el Estado no contribuyó a que se produjera el estado de necesidad, adujo que, por un lado, los demandantes no probaron que el Estado argentino contribuyó a la severa crisis que afrontaba el país y, por otro lado, que la actitud del gobierno demostró el deseo de frenar a toda costa, la gravedad de la crisis. (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. Argentina, 2006, ¶. 250-256).

En síntesis, el Tribunal concluyó que, efectivamente, los intereses esenciales de seguridad del Estado argentino se encontraron amenazados desde diciembre de 2001 y, “la existencia misma del Estado argentino, su sobrevivencia económica y política, las posibilidades de mantener operativos sus servicios esenciales y la preservación de su paz interna estuvieron en peligro” (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. Argentina, 2006, ¶. 257). Después de todo, aunque se pudieron haber tomado otras medidas o alternativas para solventar la crisis, las evidencias dentro del proceso demostraron que la solución, de forma general, fue necesaria; por consiguiente, el Tribunal decidió que, durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003,

Argentina quedó exenta de responsabilidad, pero para el 27 de abril de 2003 debía restablecer el sistema tarifario – lo cual no ocurrió – y volvía a ser nuevamente responsable frente al inversor extranjero.

### **c. CMS Gas Transmission Company v. La República de Argentina**

La solicitud para iniciar un procedimiento ante el CIADI por parte de CMS Gas Transmission Company, una sociedad constituida conforme a la legislación del Estado de Michigan, fue registrada por parte del Secretario General del Centro Internacional, el 26 de julio de 2001. Una vez más, la solicitud hizo referencia a la suspensión del régimen cambiario y a la aplicación de la fórmula de ajuste a las tarifas de transporte de gas y se fundamentó en las disposiciones del TBI entre Estados Unidos y Argentina (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 4).

Dentro de la variedad de argumentos que examinó el Tribunal, tanto de la parte demandante como de la parte demandada, se hará especial énfasis en la invocación del estado de necesidad como defensa alternativa. De nuevo, Argentina respaldó sus argumentos en la existencia del estado de necesidad en el derecho argentino, su aceptación en el marco de la Constitución Política y las decisiones judiciales internas y, para estos argumentos, el Tribunal hizo especial referencia en el carácter transitorio de la medida y en el requisito de que no se debía atentar contra los derechos adquiridos por medio de un contrato o de una decisión judicial (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 307).

Aparte de eso, el demandado también fundó su argumento de la existencia de un estado de necesidad, a la luz del derecho internacional consuetudinario y de las disposiciones del TBI, como bien hizo en los demás casos. Si bien en ningún momento es objeto de disputa que el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 refleja adecuadamente el concepto de estado de necesidad a la luz del derecho internacional consuetudinario, que su carácter es excepcional y que debe ser considerado con prudencia, la tarea del Tribunal – como en los demás casos –, se basó en determinar si la crisis argentina cumplió los requisitos del artículo 25.

En primer lugar, para determinar si un interés esencial estaba comprometido en el marco de la crisis socio económica, el Tribunal, convencido por las opiniones de la parte demandada y de economistas, estaba convencido de que la crisis fue efectivamente grave. Por esta razón, la percepción del Estado argentino sobre los efectos adversos extremos es comprensible y, en esa medida, la invocación de la

defensa del estado de necesidad no puede ser considerada como un abuso del derecho, como lo afirmó la parte demandante (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 320-321).

En segundo lugar, el Tribunal debía determinar si existió un peligro grave e inminente. Sobre este requisito, el Tribunal se encontraba convencido de que la situación era lo suficientemente difícil como para justificar que el gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que empeorara y se produjera un colapso total de la economía (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 322).

En tercer lugar, un aspecto más complejo y objeto de discusión, consistió en decidir si las medidas tomadas con ocasión de la crisis eran el único modo con que contaba el Estado para salvaguardar un interés esencial. Sobre este punto, como el Tribunal consideró que establecer cuál de las políticas existentes era la mejor decisión, ya que excedía las atribuciones que le confirieron, se basó en el comentario de la Comisión de Derecho Internacional para concluir que las medidas adoptadas por parte del gobierno de Argentina, no eran las únicas disponibles (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 323-324).

En cuarto lugar, el requisito de que las medidas adoptadas no deben afectar gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación o de la comunidad internacional en su conjunto, el Tribunal optó por hacer este análisis en la parte del laudo en donde se estudiaron de forma específica, las violaciones al TBI. Aparte de eso, el Tribunal agregó que no parecía estarse afectando ni el interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto, ni infringiéndose una norma imperativa de derecho internacional (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 325).

En quinto lugar, el Tribunal debía estudiar que el Estado no hubiere contribuido a que se produjera el estado de necesidad. En contraste, el Tribunal reconoció en este requisito que la crisis tuvo origen en factores tanto endógenos como exógenos, porque es una consecuencia directa e inevitable del funcionamiento de una economía global en donde hay constantes interacciones de factores internos e internacionales (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 328), motivo por el cual, se tuvo en cuenta el hecho de que las políticas del gobierno y sus límites contribuyeron de manera significativa e importante a la crisis y a la emergencia.

De la misma manera, el Tribunal hizo una referencia importante al caso de *Gabčíkovo-Nagymaros*, en cuanto a que las condiciones o requisitos que rigen al estado de necesidad, deben ser acumulativas. Así pues, como hubo elementos del estado de necesidad presentes de forma parcial, no pudo concluir el Tribunal que se cumplía con la exigencia del carácter acumulativo que impuso la Corte Internacional de Justicia, lo que conlleva a la conclusión de que no se han cumplido plenamente los requisitos relativos al estado de necesidad en la costumbre internacional, como para permitir que se excluya la ilicitud de las medidas tomadas por parte de Argentina (*CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, 2005, ¶. 331).

En otro orden de cosas, el Tribunal no se limitó a estudiar el estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario sino que, adicionalmente, analizó las disposiciones específicas sobre la materia en el TBI entre Estados Unidos y Argentina; esto es, el artículo XI y el artículo IV(3), como bien se ha reiterado. De manera que, lo primero que debía hacer el Tribunal era establecer si el objeto y el fin del Tratado excluían el estado de necesidad y, debido a que el Tratado se encuentra claramente diseñado para proteger las inversiones en momentos de crisis económicas u otras circunstancias que lleven a que el gobierno tome medidas adversas a la inversión extranjera, únicamente la emergencia y la necesidad podrían adquirir una dimensión diferente si las dificultades, conllevan a una situación catastrófica en la que se altera y desintegra la sociedad o en la que se dé el colapso total de la economía (*CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, 2005, ¶. 353-354).

Con todo, pese a que el Tribunal estaba convencido de la magnitud de la crisis de Argentina, esta no supuso un caos económico y social. Para esta afirmación, mencionó que se pudo haber contado con diferentes negociaciones, adaptaciones a los compromisos con los inversores y prórrogas, pero que la esencia de las obligaciones internacionales debía mantenerse intacta (*CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, 2005, ¶. 355); de lo contrario, se vuelve difusa la finalidad del Tratado Internacional.

El Tribunal no pasa por alto las consecuencias de la crisis en Argentina, pero consideró que dichas consecuencias no eran suficientes para eximir de responsabilidad o de excluir la ilicitud desde el punto de vista jurídico. De manera que, todas y cada una de las consecuencias ocurridas, debían ser tenidas en cuenta por parte del Tribunal para determinar la indemnización (*CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, 2005, ¶. 356).

Un segundo aspecto que determinó el Tribunal consistió en analizar si el acto en cuestión afectó gravemente un interés esencial del Estado por hechos internacionalmente ilícitos o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación internacional. Como este tipo específico de Tratado es de interés para los inversionistas al igual que para el Estado receptor de la inversión, para efectos del caso concreto y teniendo en cuenta el TBI exclusivamente en el contexto de los Estados parte, el Tribunal llegó a la conclusión de que no se había afectado gravemente un interés esencial del Estado con el cual existe la obligación, ni tampoco de la comunidad internacional en su conjunto. Por ende, la invocación de la defensa del estado de necesidad no quedó excluida en este aspecto (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 358).

Como tercer aspecto del análisis, el Tribunal debía examinar si el artículo XI del TBI podía ser interpretado de manera tal, que incluyera la emergencia económica como un interés esencial de seguridad. Al respecto, agregó que el alcance de un TBI debe ser entendido e interpretado atendiendo a los intereses de ambas partes. Si se diera una interpretación restringida de los intereses esenciales de seguridad, limitados a los problemas de política y de seguridad nacional, excluyendo de esta forma las emergencias económicas graves, podría configurarse una interpretación desequilibrada del artículo XI a los ojos del Tribunal y sería además incompatible con las normas que rigen la interpretación de los tratados internacionales (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 359-360). Teniendo en cuenta lo anterior, el elemento objeto de discusión y análisis en este punto, es el establecimiento del grado de gravedad que debe alcanzar una crisis para que se entienda como un interés de seguridad. Acto seguido, como cuarto aspecto de análisis, el Tribunal estudió si el artículo XI del TBI tiene carácter discrecional y apoyó el concepto de la ex Decana de la Escuela de Relaciones Internacionales de la Universidad de Princeton Anne Marie Slaughter, en el sentido en que es competencia del Tribunal determinar si corresponde aplicar el artículo con el propósito de establecer si las medidas se adoptaron de buena fe. El Tribunal agrega que cuando los Estados tienen la intención de atribuirse el derecho de determinar unilateralmente la legitimidad de medidas extraordinarias que incluyen el incumplimiento de las obligaciones asumidas a través de un tratado, establecen su voluntad de forma expresa (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 370).

Siguiendo esta línea de análisis, el Tribunal llegó a la conclusión de que la cláusula del artículo XI no es una de auto juicio. A la suma, la revisión judicial que debe hacer el Tribunal no se limita únicamente a examinar si la invocación o las medidas fueron tomadas de buena fe, sino que consistía en una

revisión sustantiva que debe determinar si el estado de necesidad o de emergencia cumple con las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del TBI, para determinar si se excluye o no la ilicitud (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 374).

El Tribunal decidió que las cláusulas generales invocadas por el demandante no agregan nada diferente del conjunto de obligaciones del Tratado que el demandado debe cumplir, si no se acepta la invocación de la defensa del estado de necesidad. Del mismo modo, el Tribunal agregó que, así aceptara la invocación de la necesidad, el deber de cumplir con las obligaciones se reanudaría inmediatamente cese la circunstancia que excluyó la ilicitud (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, ¶. 382).

Llegado a este punto, el Comité *ad hoc* establecido para tramitar la solicitud de anulación del laudo por parte de Argentina, optó por identificar los errores del razonamiento del Tribunal frente al artículo XI; especialmente, porque este se detuvo sin ofrecer un razonamiento adicional sobre la decisión del artículo en cuanto a la facultad sustantiva para hacer una revisión de este y su carácter discrecional. De igual forma, consideró que el Tribunal debió haber sido más explícito y especificar que las mismas razones que impedían a Argentina apoyarse en el estado de necesidad del derecho internacional consuetudinario, implicaban que las medidas que había adoptado tampoco podían ser consideradas necesarias para efectos del artículo XI (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2007, ¶. 125).

A juicio del Comité, existe cierta analogía entre el lenguaje utilizado en el artículo XI del TBI y el empleado en el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001. Con todo, aunque el artículo XI especifica las condiciones bajo las cuales el Tratado puede ser aplicado, el artículo 25 está redactado de manera negativa, ya que excluye la aplicación del estado de necesidad, salvo que se cumpla con la totalidad de requisitos estrictos. Asimismo, el artículo XI es un requisito de piso (si se cumple, las obligaciones sustantivas bajo el Tratado no tienen aplicación) y, en contraste, el artículo 25 es una excusa que solo es relevante una vez que se ha decidido que las obligaciones sustantivas han sido incumplidas (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2007, ¶. 129).

Todavía más, el artículo XI del TBI difiere de forma sustancial del artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 debido a que, el primero, comprende las medidas necesarias para la conservación del orden público o de la protección de los intereses de seguridad esenciales de cada

parte, sin calificar las referidas medidas; por el contrario, el segundo supedita el estado de necesidad al cumplimiento de cuatro condiciones. En otras palabras, los requisitos contemplados en el artículo XI no son los mismos que aquellos codificados en el derecho internacional consuetudinario en el artículo 25 y, dado que el Tribunal lo reconoció de esta forma en armonía con la argumentación de las partes, aquel incurrió en un manifiesto error de derecho (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2007, ¶. 130).

En cambio, el Tribunal debió haber tomado una posición sobre su relación y decidir si ambos artículos tenían aplicación en el caso concreto. Debido a que no hizo ese análisis, sino que asumió que tanto el artículo XI como el artículo 25 tienen el mismo fundamento, el Tribunal cometió otro error de derecho puesto que, la defensa basada en el derecho internacional consuetudinario solo puede ser subsidiaria a la exclusión basada en el artículo XI (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2007, ¶. 131-132).

Finalmente, el Comité mencionó que, si actuara como un tribunal de apelación, tendría que revocar el laudo sobre esta línea de análisis. En cambio, como este solo cuenta con una jurisdicción limitada según lo establecido en el artículo 52 del Convenio del CIADI, no puede imponer su visión del derecho y apreciación de los hechos sobre los del Tribunal y, pese a los errores y vacíos identificados en el laudo, este aplicó – de forma ambigua y defectuosa – el artículo XI del Tratado. Por ende, no se configuró una extralimitación manifiesta de facultades (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2007, ¶. 136).

**d. Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. v. La República de Argentina**

De nuevo, el 11 de abril de 2001, el Secretario General del CIADI, registró una solicitud para la iniciación de un procedimiento de arbitraje ante el Centro. Esta vez, se trataría de Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P., dos empresas respectivamente constituidas bajo las leyes del Estado de Oregón y del Estado de Delaware que, como consecuencia del programa de privatización de la industria de gas en Argentina, invirtieron en Transportadora Gas del Sur – TGS, una de las principales redes de transporte y distribución del gas producido en las provincias del sur de Argentina.

Entre los motivos de inconformidad, alegaban como parte demandante una reclamación sobre el impuesto de timbre, que no se ajustaba el IPP desde 1999, la Ley de Emergencia y la violación de los compromisos específicos contraídos con los inversores extranjeros y las obligaciones contractuales asumidas por el gobierno en el marco de la licencia. Todo esto, de forma contraria al marco legal y reglamentario aplicable y a las garantías específicas previstas en el TBI entre Argentina y Estados Unidos (*Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, 2007, ¶. 87).

De modo similar, el Tribunal examinó las diferentes reclamaciones de la parte demandante, basadas en los estándares de protección incluidos en el TBI. Particularmente, la reclamación de la expropiación, la reclamación sobre el estándar del trato justo y equitativo, la reclamación sobre el incumplimiento de la cláusula paraguas, la reclamación sobre la arbitrariedad y la discriminación y, por último, la reclamación sobre la falta de protección y seguridad plenas. Por su parte, en caso de que el Tribunal considerara que se produjo una violación del Tratado, Argentina alegó de forma subsidiaria, la exención de responsabilidad a la luz de la emergencia nacional o del estado de necesidad, en virtud del derecho interno, del derecho internacional general y del Tratado (*Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, 2007, ¶. 288).

Teniendo en cuenta lo anterior y para efectos de este capítulo, interesa el razonamiento del Tribunal sobre el alegato del estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario, el motivo de necesidad del apartado 3 del artículo IV del TBI y el estado de necesidad bajo el artículo XI del TBI. Las conclusiones a las que llegó el Tribunal se expondrán a continuación.

En primer lugar, frente al estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario, el Tribunal sostuvo la misma opinión de las partes, en cuanto a que el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, refleja el estado del derecho internacional consuetudinario sobre la materia. Aún así, ello no quiere decir que dicha Resolución sea un tratado o, incluso, una parte del derecho consuetudinario en sí mismo; es simplemente la expresión erudita y sistemática del desarrollo del derecho sobre el estado de necesidad mediante decisiones de los tribunales y otras fuentes, en un largo período de tiempo (*Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, 2007, ¶. 303).

De la misma manera, tampoco hay desacuerdo sobre el hecho de que el estado de necesidad es un remedio muy excepcional sujeto a condiciones muy estrictas porque, de lo contrario, abriría la puerta a eludir cualquier obligación internacional. Siendo esto así, el Tribunal examinó condición por condición del artículo 25, para concluir si el estado de necesidad aplicaba – o no –, a la emergencia económica, social y financiera que vivió Argentina a principios del 2000 y, dado que las distintas condiciones deben cumplirse de forma acumulativa, el Tribunal concluyó que los requisitos del estado de necesidad según el derecho internacional consuetudinario, no se cumplieron plenamente en este caso (*Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, 2007, ¶. 313).

En segundo lugar, el Tribunal estudió el estado de necesidad bajo el artículo IV(3) del TBI, debido a que Argentina también justificó su invocación en términos de esta disposición normativa. De esta forma, tuvo en cuenta que, el único sentido del apartado 3 del artículo IV es proporcionar un tratamiento mínimo a las inversiones extranjeras que sufren pérdidas en el país de acogida por la interacción entre el trato nacional y el trato de nación más favorecida y, esto es solo con respecto a las medidas que el Estado “adoptó con dichas pérdidas”; es decir, las medidas correctivas o compensatorias (*Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, 2007, ¶. 320).

En resumen, agregó que, si bien no hay razón para excluir de este artículo las medidas económicas de emergencia en circunstancias de especial gravedad, sigue sin permitir que se deroguen derechos de conformidad con el TBI, ya que se refiere a una cuestión diferente. Menos aún, puede leerse como una cláusula general de escape de las obligaciones del Tratado y, por tanto, no da lugar a excluir la ilicitud, la responsabilidad del Estado y la eventual indemnización. En consecuencia, el Tribunal concluyó que el estado de necesidad no puede justificarse en virtud de este artículo y en los términos en que la parte demandada lo invocó (*Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, 2007, ¶. 321).

En tercer lugar, el debate sobre el artículo XI del TBI fue especialmente complejo en este procedimiento, dada la riqueza de los argumentos de las partes, de las autoridades y de los materiales puestos en conocimiento del Tribunal. Con el fin de examinar las discusiones de las partes y de los peritos, el Tribunal debía señalar que el objeto y la finalidad del Tratado es, como proposición general, aplicarse en situaciones de dificultad y penuria económica que requieran la protección de los derechos

internacionales garantizados de sus beneficiarios. En este sentido, cualquier interpretación que dé lugar a una vía de escape de las obligaciones definidas, no puede conciliarse fácilmente con dicho objeto y finalidad, por lo que es obligatoria una interpretación restrictiva de cualquier alternativa de este tipo (Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, 2007, ¶. 331).

Debido a que el Tratado no define lo que debe entenderse por interés esencial de seguridad, así como tampoco incluye una definición relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el significado específico de estos conceptos y las condiciones para su aplicación, deben buscarse en otra parte. Frente al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, las partes han acordado, mediante el artículo 6 del protocolo del TBI, que su significado se encuentra en el contexto de las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, La situación es más compleja en lo que respecta a los intereses de seguridad, ya que no existe ninguna guía en este sentido dentro del Tratado (Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, 2007, ¶. 333).

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal consideró que era necesario acudir a los requerimientos del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario y, por ende, evaluó si los requisitos incluidos en el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, se satisficieron. Así, el Tratado es inseparable de la norma de derecho consuetudinario, en lo que respecta a las condiciones para el funcionamiento del estado de necesidad (Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, 2007, ¶. 333-334) y, dichas condiciones acumulativas, no se cumplieron.

Además, el Tribunal también concluyó que el artículo XI del TBI no incluye una cláusula de autojuicio y que el control judicial que debe hacerse, no se limita a examinar si su convocatoria o las medidas tomadas, se adoptaron de buena fe; por el contrario, el control judicial debe ser sustantivo para determinar si se han cumplido los requisitos del derecho consuetudinario o del Tratado y, por ende, si se puede excluir la ilicitud. Como el Tribunal ya había concluido que la crisis invocada no cumplió con los requisitos del derecho internacional consuetudinario contenidos en el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, decidió que no había necesidad de llevar a cabo una revisión judicial en virtud del artículo XI, ya que este artículo no establece condiciones diferentes a las del derecho consuetudinario sobre este punto (Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, 2007, ¶. 339).

A continuación, en la solicitud de anulación por parte de Argentina, el Comité *ad hoc* frente a la situación de emergencia y el estado de necesidad, agregó las siguientes opiniones sobre dicha defensa en el derecho internacional consuetudinario y en el TBI como derecho aplicable y *lex specialis*. Así, revisó el análisis que hizo el Tribunal sobre cada uno de los requisitos contenidos en el artículo 25 y agregó que aquel no ahondó de forma completa la definición de la expresión “único modo” del numeral primero, literal a del artículo 25, que no abordó si se debía tener en cuenta la eficacia relativa de las medidas alternativas y, no estudió quién adopta la decisión sobre si hay una alternativa relevante y conforme a qué prueba (Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, 2010, ¶. 369-372). Con todo, el Comité concluyó que, bajo el procedimiento de anulación, no le correspondía dar respuesta a las cuestiones anteriores.

Con base en el anterior análisis, el Comité entendió que la decisión del Tribunal en cuanto a que no se habían cumplido los requisitos del artículo 25, está viciada por un error anulable. En consecuencia, el Comité opinó que se debía anular la conclusión que adoptó el Tribunal, debido a que Argentina no podía basarse en la defensa del estado de necesidad conforme al derecho internacional consuetudinario (Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, 2010, ¶. 395).

Contrariamente, el Comité concluyó que no hubo un error anulable en la sección del laudo que estudió el estado de necesidad argumentado desde el artículo IV(3) del TBI. No obstante, tanto la decisión del Tribunal de que Argentina estaba imposibilitada para invocar el artículo XI, como la decisión del Tribunal de que Argentina estaba imposibilitada para invocar el principio de necesidad en virtud del derecho internacional consuetudinario, se encuentran viciadas de error anulable (Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, 2010, ¶. 405).

En definitiva, el Comité determinó que se debía anular la decisión que tomó el Tribunal en cuanto a que Argentina no podía basarse en el artículo XI del TBI y en el estado de necesidad, conforme al derecho internacional consuetudinario. El Comité entiende que está necesariamente implícito en el razonamiento del laudo que, si el Tribunal hubiera concluido que Argentina tenía derecho a basarse en el artículo XI del TBI o en el principio de necesidad conforme al derecho internacional consuetudinario, podría haber determinado que Argentina no había incumplido el TBI (Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, 2010, ¶. 406-407).

### 3.3. Conclusión

Los anteriores laudos y decisiones de anulación de los casos de la crisis de Argentina llevados ante el CIADI, evidencian de forma general, una crítica que se la ha venido haciendo a este sistema de solución de controversias en el derecho internacional de las inversiones. Particularmente, la inexistencia del precedente jurisprudencial, dado que no se trata de decisiones tomadas por parte de un cuerpo colegiado de árbitros, sino de forma contraria, por tribunales y comités de anulación *ad hoc*. Esto tiene un impacto directo en los cuatro casos analizados, ya que, si bien podían ser tenidas en cuenta las otras decisiones y argumentos de los demás tribunales, como no hay obligación de hacerlo de esta forma, existe disparidad en las decisiones y conclusiones en cada uno de los cuatro casos.

Ahora bien, de forma más específica, también es posible señalar en estos cuatro casos, diferentes interpretaciones y aclaraciones en cuanto a aspectos fundamentales que conllevaron a las variadas decisiones. Primero, sobre el derecho aplicable en cada caso, los tribunales tuvieron que pronunciarse sobre si la disposición del TBI constituía una *lex specialis* que prevalecía sobre el derecho internacional consuetudinario general. Aunque en un principio los tribunales consideraron que el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 prevalecería sobre las normas del tratado en ausencia de una definición de necesidad en virtud de la cláusula de emergencia, los distintos comités de anulación recordaron la importancia de considerar los AII como una *lex specialis* que prevalece sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional general.

Segundo, también debían establecer hasta qué punto el artículo 25 podía ser aplicable al estado de necesidad contenido en el TBI entre Estados Unidos y Argentina. Una vez más, el rol de los comités de anulación fue fundamental, debido a que sugirieron que la norma específica del tratado, por muy amplia que fuera, tendría que ser considerada por sí misma, en lugar de aplicarle los requisitos contenidos dentro del artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001. Ahora bien, sobre la aplicación de dichos requisitos acumulativos en el artículo 25, también se dieron diversas interpretaciones que sirvieron tanto para concluir que sí se estaba frente a un estado de necesidad, como para negar completamente su existencia y aplicabilidad al caso concreto.

Tercero, los tribunales de arbitraje no fueron del todo claros y coherentes en las interpretaciones sobre si la gravedad de la emergencia económica constituía por sí misma un estado de necesidad. De este

modo, para algunos tribunales sí había lugar a la emergencia económica debido a su gravedad y, para otros, este tipo de emergencias no comprendían la existencia y subsistencia del Estado como tal; motivo por el cual, era impensable concluir que este tipo de crisis instaurara un estado de necesidad. Igualmente, sobre este mismo punto, se alegaba que el Estado argentino contribuyó a la gravedad de la crisis y, en otros laudos, la conclusión era que de ninguna forma se había aportado a que la crisis llegara a ser de tal magnitud.

Cuarto y último, sobre la naturaleza de auto juicio de la disposición contenida en el artículo XI del TBI entre Argentina y Estados Unidos, también se dio discrepancia en relación con este alcance y la evaluación que debía darle – o no – el respectivo tribunal y/o comité *ad hoc*. Finalmente, los comités de anulación consideraron que la naturaleza de auto juicio de la cláusula del TBI era un factor importante, a diferencia de los tribunales, que originalmente consideraron que conceder a los Estados cierta autonomía para decidir si una situación equivale a una necesidad en virtud del Tratado, estaría en contravía con el objetivo mismo de este.

#### **Cuarto: Existencia de las cláusulas de emergencia en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Colombia – un estudio**

A continuación, se examinarán los diferentes Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Colombia como resultado de la tendencia de que los Estados subdesarrollados fueran receptores de la inversión extranjera. Lo anterior, con el fin de identificar, por un lado, si se incluyeron dentro de dichos tratados cláusulas de emergencia y, por otro lado, de reconocer los diferentes elementos que componen las referidas cláusulas, a lo largo de cada uno de los capítulos esbozados a lo largo del presente trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la siguiente tabla resume en orden cronológico los diferentes instrumentos relacionados con la inversión extranjera que se trabajarán en este capítulo. Esto, para que posteriormente se identifiquen tendencias del derecho internacional de las inversiones en las diferentes cláusulas de los tratados suscritos por el Estado colombiano, más sus redacciones y cambios con el paso de los años. A saber:

<b>Título (corto) del Acuerdo</b>	<b>Partes del Acuerdo</b>	<b>Estatus</b>	<b>Fecha de firma</b>	<b>Fecha de entrada en vigor</b>	<b>Fecha de terminación</b>
Colombia – Reino Unido TBI (1994)	Colombia y Reino Unido	Terminado (sustituido por)	9/03/1994	-	10/10/2014
Colombia – Perú TBI (1994)	Colombia y Perú	Terminado (sustituido por)	26/04/1994	21/03/2004	30/12/2010
Colombia – Cuba TBI (1994)	Colombia y Cuba	Firmado	16/07/1994	-	-
Colombia – España TBI (1995)	Colombia y España	Terminado (sustituido por)	9/06/1995	-	22/11/2007
Chile – Colombia TBI (2000)	Chile y Colombia	Firmado	25/01/2000	-	-

Colombia – España TBI (2005)	Colombia y España	Vigente	31/03/2005	22/09/2007	-
Colombia – Suiza TBI (2006)	Colombia y Suiza	Vigente	17/05/2006	6/10/2009	-
Colombia – Perú TBI (2007)	Colombia y Perú	Vigente	11/12/2007	30/12/2010	-
China – Colombia TBI (2008)	China y Colombia	Vigente	22/11/2008	2/07/2013	-
Unión Económica Belga - luxemburguesa – Colombia TBI (2009)	Bélgica, Luxemburgo y Colombia	Firmado	4/02/2009	-	-
Colombia – India TBI (2009)	Colombia e India	Firmado	10/11/2009	-	-
Colombia – Reino Unido TBI (2010)	Colombia y Reino Unido	Vigente	17/03/2010	10/10/2014	-
Colombia – República de Corea TBI (2010)	Colombia y República de Corea (Corea del Sur)	Firmado	6/07/2010	-	-
Colombia – Japón TBI (2011)	Colombia y Japón	Vigente	12/09/2011	11/09/2015	-
Colombia – Singapur TBI (2013)	Colombia y Singapur	Firmado	12/07/2013	-	-

Colombia – Francia TBI (2014)	Colombia y Francia	Vigente	10/07/2014	14/10/2020	-
Colombia – Turquía TBI (2014)	Colombia y Turquía	Firmado	28/07/2014	-	-
Brasil – Colombia TBI (2015)	Brasil y Colombia	Firmado	9/10/2015	-	-
Colombia – Emiratos Árabes Unidos TBI (2017)	Colombia y Emiratos Árabes Unidos	Firmado	12/11/2017	-	-

Elaboración propia con la base de datos de TBI de la UNCTAD

Como puede observarse de la tabla anterior, algunos de los tratados bilaterales de inversión suscritos por Colombia no se encuentran vigentes, otros únicamente fueron firmados, pero nunca entraron en vigor y otros fueron remplazados por otros instrumentos internacionales. Sin embargo, dado que se pretende partir desde un enfoque lingüístico hacia un análisis integral y conceptual de las cláusulas de emergencia, para efectos de este trabajo, no tendrán mayor relevancia dichos estatus.

Al mismo tiempo, se advierte que, para los países que firmaron tratados con Colombia y que se repiten en la lista porque fueron remplazados, se hará el examen de forma conjunta. De este modo, permitirá que de forma simultánea se lleve a cabo un análisis contrastado entre las mismas partes firmantes de los instrumentos relacionados con la inversión.

#### **4.1. TBI entre Colombia y el Reino Unido: 1994 y 2010**

Por un lado, el gobierno de la República de Colombia y el gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, firmaron el 9 de marzo de 1994, el Acuerdo por el cual se Promueven y Protegen las Inversiones o el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones - APPRI. Pese a que las partes pretendían crear un clima de confianza para facilitar la inversión por parte de nacionales y compañías de un Estado en el territorio de otro Estado – tal y como lo expresa el

preámbulo del Acuerdo –, no se incluyó en este mismo algún artículo o cláusula que hiciera referencia al estado de necesidad o a una situación de emergencia que excusara a cualquiera de los Estados de tomar medidas que, de otra forma, serían ilícitas y contrarias al Tratado.

Con todo, la cláusula más similar a estas situaciones es la prevista en el numeral primero del artículo 5, que menciona la compensación por pérdidas. En este caso, se incluye una restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, para una serie de casos específicos, tal y como se puede observar:

#### Artículo 5 {TBI 1994}. Compensación por pérdidas

1. Los nacionales o compañías de una Parte Contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas debido a guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o disturbio en el territorio de esta última Parte Contratante deberán recibir de esta última Parte Contratante un trato, en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, no menos favorable que aquel que esa Parte Contratante concede a sus propios nacionales o compañías o a los nacionales o compañías de cualquier tercer Estado. Los pagos resultantes deberán ser libremente transferibles, de acuerdo con el artículo 7°. (TBI Colombia – Reino Unido, 1994, pp. 4)

Teniendo en cuenta el contexto social, económico y político de una de las partes contratantes – el Estado colombiano –, parece lógico que las partes incluyeran, para esa época, ese tipo de cláusulas. No obstante, su inclusión no era del todo necesaria, debido a que, en su redacción y finalidad, se asemeja a la cláusula que contiene el estándar de trato nacional y nación más favorecida, pero le adiciona la obligación de dar la misma restitución, indemnización o compensación que le daría a un nacional del Estado receptor de la inversión.

Por otro lado, las mismas partes el 17 de marzo de 2010, firmaron otro APPRI con el fin de remplazar el que se había firmado en 1994. En este nuevo Acuerdo, sí se incluyó una cláusula de emergencia denominada “Excepciones” y contenida en el artículo IV:

#### Artículo IV. Excepciones

1. Las disposiciones del presente Acuerdo relativas a la concesión de un trato no menos favorable que el concedido a los inversores de cualquiera de las Partes Contratantes o de cualquier tercer Estado no se interpretarán de forma que impidan la adopción o la aplicación por parte de una Parte Contratante de medidas que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público.

2. Las disposiciones del presente Acuerdo no se interpretarán para obligar a una Parte Contratante a extender a los inversores de la otra Parte Contratante los beneficios de cualquier trato, preferencia o privilegio, resultante de:

(a) cualquier unión aduanera, económica o monetaria existente o futura, un mercado común o una zona de libre comercio o un acuerdo internacional similar de los que cualquiera de las Partes Contratantes sea o pueda llegar a ser parte, e incluye el beneficio de cualquier trato, preferencia o privilegio resultante de las obligaciones derivadas de un acuerdo internacional o de reciprocidad de dicha unión aduanera, económica o monetaria, mercado común o zona de mercado común o zona de libre comercio; o

(b) cualquier acuerdo o convenio internacional relativo total o principalmente fiscal o cualquier legislación nacional relacionada total o principalmente con la fiscalidad.

3. Las disposiciones del presente Acuerdo no se interpretarán de forma que impidan al Reino Unido aplicar cualquier requisito resultante de la pertenencia del Reino Unido a la Unión Europea en lo que se refiere a medidas que prohíban, restrinjan o limiten los movimientos de capitales hacia o desde cualquier Estado.

4. Cuando, en circunstancias excepcionales, los pagos y los movimientos de capital causen o amenacen con causar graves dificultades para el funcionamiento de la política monetaria o de tipos de cambio en cualquiera de las Partes Contratantes, la Parte Contratante en cuestión podrá adoptar medidas de salvaguardia en relación con los pagos y los movimientos de capitales.

Dichas medidas serán temporales, no discriminatorias y de aplicación general; estas medidas no serán arbitrarias y no irán más allá de lo necesario para hacer frente a las dificultades.

Tan pronto como sea posible después de que una Parte Contratante adopte una medida en virtud del presente artículo, dicha Parte Contratante informará a la otra Parte Contratante de la justificación de las medidas adoptadas, así como el alcance y la pertinencia de dichas medidas. (TBI Colombia – Reino Unido, 2010, pp. 7)

Ahora bien, el nuevo artículo adicionado en el APPRI del 2010 demuestra la evolución y la necesidad de los Estados de empezar a implementar este tipo de cláusulas en los diferentes instrumentos de inversión. Por el hecho de que para este año ya se habían dado las controversias de Argentina mencionadas en el capítulo anterior, es posible que otros Estados hubieran incluido excepciones a las obligaciones sustanciales de los tratados, que permitieran la adopción de medidas necesarias para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público – tal como ocurre en el primer numeral –.

La idea anterior también se refleja con el numeral cuarto, que permite que los Estados tomen medidas temporales, no discriminatorias, de aplicación general, no arbitrarias y que vayan más allá de lo necesario, en cuanto a que, en las circunstancias excepcionales, los pagos y los movimientos de capital causen o amenacen con causar graves dificultades para el funcionamiento de la política monetaria o de tipos de cambio del otro Estado. Una vez más, este tipo de situación prevé emergencias que podrían llevar al colapso total de un sistema financiero.

Finalmente, ningún elemento del artículo permite inferir que se trate de una cláusula de auto juicio, pese a que la adopción de medidas sí sea de manera discrecional, siempre y cuando se cumpla con la obligación de informar a la otra parte contratante de la medida adoptada. Esto, una vez que sea posible y en el menor tiempo, incluyendo una motivación del alcance y de la pertinencia de la medida o de las medidas que fueron adoptadas.

#### **4.2. TBI entre Colombia y Perú: 1994 y 2007**

A continuación, el APPRI entre el gobierno de la República del Perú y el gobierno de la República de Colombia, firmado por primera vez el 26 de abril de 1994, incluye una situación similar a la del primer Acuerdo de la sección anterior. Siendo esto así, al hacer una lectura preliminar del Tratado, puede concluirse cómo se trabajó desde un mismo modelo de APPRI, mediante el cual no se incluyó en la

cláusula relativa a las excepciones las situaciones de amenaza de orden público, seguridad nacional, seguridad pública, entre otras.

Igualmente, como en el caso del Reino Unido, el artículo que contiene la cláusula de compensaciones por pérdidas parece tratar de incluir las situaciones que alteran la inversión por motivos de guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, estado de sitio, insurrección u otros eventos similares. De esta forma, puede leerse en el artículo lo siguiente:

#### Artículo 8 {1994}. Compensaciones por pérdidas

(1) Los nacionales o empresas de una de las Partes Contratantes que sufran pérdidas en sus inversiones por efecto de guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, estado de sitio, insurrección u otros eventos similares, en el territorio de la otra Parte Contratante, serán tratados por esta última no menos favorablemente que a sus propios nacionales o empresas, o a nacionales o empresas de cualquier tercer Estado en lo que respecta a restituciones, compensaciones e indemnizaciones. Dichas restituciones, compensaciones e indemnizaciones resultantes serán libremente transferibles de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del presente Convenio. (TBI Colombia – Perú, 1994, pp. 3).

Aún así, el fin que se pretende en este artículo, no es el mismo que se pretende con una cláusula de emergencia, en donde el Estado receptor de la inversión quedaría excusado de tomar medidas en los eventos mencionados. En consecuencia, este TBI entre Colombia y Perú no incluyó una cláusula de emergencia.

Ahora bien, el APPRI suscrito en el 2007 que sustituyó el de 1994 incluyó una cláusula extensa denominada “Excepciones Generales” que, aunque no describe o define las circunstancias excepcionales en mayor detalle, amplía el catálogo de excepciones de orden público. Concretamente:

#### Artículo 8: Excepciones Generales

1. Sujeto al requisito de que las siguientes medidas no se apliquen de una manera en que constituyan una discriminación arbitraria o injustificable entre las inversiones o entre los

inversionistas, o una restricción encubierta al comercio internacional o a la inversión, nada en el presente Acuerdo se interpretará como una forma de evitar que una Parte adopte o haga cumplir las medidas necesarias:

- (a) para proteger la vida o salud de los seres humanos, los animales o las plantas;
- (b) para garantizar el cumplimiento de las leyes y normas que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo; o,
- (c) para conservar los recursos naturales vivos y no vivos no renovables.

2. Nada en el presente Acuerdo se interpretará como una forma de evitar que una Parte adopte o mantenga medidas razonables por motivos prudenciales, tales como:

- (a) la protección de los inversionistas, ahorristas, depositantes, participantes en el mercado financiero, asegurados, solicitantes o tenedores de póliza, o personas a quienes una institución financiera les adeude una obligación fiduciaria;
- (b) el mantenimiento de la seguridad, solidez, solvencia, integridad o responsabilidad financiera de las instituciones financieras; y
- (c) garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero de una Parte.

(...)

4. Nada en el presente Acuerdo se interpretará como una forma de:

- (a) exigir a las Partes facilitar o permitir el acceso a cualquier información cuya divulgación sea contraria a sus intereses esenciales de seguridad;
- (b) evitar que las Partes adopten medidas que consideren necesarias para proteger sus intereses esenciales de seguridad: (i) relativas al tráfico de armas, municiones e implementos de guerra y al tráfico y transacciones de otros bienes, materiales, servicios y tecnología realizados directa o indirectamente con el fin de ser suministrados a un establecimiento militar o de seguridad, (ii) expedidas en tiempo de guerra u otra emergencia en relaciones internacionales, o (iii) relativas a la implementación de políticas nacionales o acuerdos internacionales sobre la no proliferación de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos; o
- (c) evitar que las Partes tomen medidas en cumplimiento con sus obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

(...). (TBI Colombia – Perú, 2007, pp. 8-11)

Como puede evidenciarse, es una cláusula extensa que contempla doce excepciones generales a la aplicación del Tratado, las cuales no fueron incluidas en su totalidad por motivos de extensión. En todo caso, los numerales que se dejaron demuestran la variedad de objetivos permisibles y abarcan una amplia gama de posibilidades que varían desde la protección de la vida o de la salud, el cumplimiento de ordenamientos jurídicos, la conservación de recursos naturales, la integridad del sistema financiero, los intereses esenciales de seguridad, entre otros.

Por último, esta cláusula puede clasificarse como una de auto juicio, por el hecho de que no hace referencia en ninguna parte de su redacción a que un tercero imparcial – sea un juez o un árbitro – sea quien revise su legalidad y justificación. Además, el grado de deferencia que deben tener las partes contratantes del Acuerdo al momento de invocar la cláusula de emergencia, no es especificado en el artículo.

#### **4.3. TBI entre Colombia y Cuba: 1994**

Acto seguido, el APPRI entre el Gobierno de la República de Cuba y la República de Colombia, firmado al igual que en los dos acuerdos anteriores en 1994, no incluyó una cláusula de emergencia con objetivos permisibles en casos de diversas situaciones de emergencia. De igual modo, la cláusula de excepciones del texto del tratado contiene el mismo texto del acuerdo modelo que se encontraba en uso para esa época e incluye todo menos excepciones y pareciera ser una cláusula de trato nacional y nación más favorecida:

##### Artículo 5. Excepciones

Las disposiciones de este Convenio relativas al otorgamiento de un trato no menos favorable que aquel que se otorga a los nacionales o empresas de cualquiera de las Partes Contratantes o de cualquier tercer Estado, no se interpretarán de manera que obliguen a una Parte Contratante a extender a los nacionales o empresas de la otra Parte Contratante el beneficio de cualquier trato, preferencia o privilegio resultante de:

- (a) Cualquier unión aduanera, mercado común, zona de libre comercio o acuerdo internacional similar, existente o que exista en el futuro, en el cual sea o llegue a ser parte alguna de las Partes Contratantes, o
- (b) Cualquier acuerdo, arreglo internacional o legislación doméstica relacionada total o parcialmente con tributación. (TBI Colombia – Cuba, 1994, pp. 3)

En conclusión, este TBI entre Colombia y Cuba no alcanzó a incluir la tendencia de las cláusulas de emergencia, por más incipiente que fuera, dentro de su articulado. Adicionalmente, este TBI en ningún momento fue remplazado y resulta un poco alarmante que no exista ninguna excepción a la aplicación del tratado en determinados contextos de emergencia. Vale mencionar que este Tratado no se ratificó y, por lo tanto, no se darán controversias internacionales de inversión en relación con este.

#### **4.4. TBI entre Colombia y España: 1995 y 2005**

Llegado a este punto, el primer APPRI suscrito el 9 de junio de 1995 entre el Reino de España y la República de Colombia, no incluye en ningún artículo que haga alusión a excepciones de seguridad, cláusulas de emergencia, objetivos permisibles para incumplimiento del tratado, entre otros motivos. A la suma, no se incluye ni siquiera una cláusula como en los demás casos firmados en 1994, en donde parecía equipararse la excepción a la cláusula de trato nacional y nación más favorecida.

Posteriormente, las mismas partes contratantes, deseando intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos Estados, el 31 de marzo de 2005 firmaron un nuevo APPRI. Aún así, el nuevo texto del tratado no incluye ninguna cláusula de emergencia que permita que se pueda excusar al Estado receptor de la inversión, de que se tomen medidas en pro de un interés esencial, que, de otro modo serían ilícitas y vulnerarían el propósito de la inversión extranjera.

De otro modo, la crítica sigue siendo la misma que se mencionó en el anterior acápite. Esto es, la gravedad que representa un instrumento internacional relativo a la inversión, que no cuente con ninguna cláusula que contemple la posibilidad de que ocurra una emergencia nacional y las formas de responder ante esta, más sus respectivas consecuencias jurídicas.

#### **4.5. TBI entre Colombia y Chile: 2000**

El Acuerdo firmado entre la República de Chile y la República de Colombia, de la misma manera que los dos tratados suscritos con el Reino de España, no incluye cláusula de emergencia alguna. Nuevamente, fue utilizado el modelo de APPRI que se tenía disponible para la época y, por tanto, demuestra su exacta réplica y reproducción.

En cualquier caso, vale la pena mencionar que este Acuerdo – firmado en el 2000, pero que no fue ratificado –, se relaciona con otros acuerdos internacionales, en la medida en que coexiste con el Acuerdo de Libre Comercio Chile – Colombia (que entró en vigor el 8 de mayo de 2009) y con el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, suscrito entre Colombia, Perú, México y Chile (que entró en vigor el primero de mayo de 2016). Estos dos tratados incluyen disposiciones dentro de capítulos relativos a la inversión extranjera, en donde es posible identificar las siguientes cláusulas de emergencia:

Artículo 9.6 {Capítulo 9, Acuerdo de Libre Comercio}. Requisitos de Desempeño

(...)

#### *Excepciones y Exclusiones*

3. (a) Nada de lo dispuesto en el párrafo 2 se interpretará como impedimento para que una Parte condicione la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o de un país no Parte, al cumplimiento de un requisito de que ubique la producción, suministre servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio.

(b) El párrafo 1(f) no se aplica: (i) cuando una Parte autoriza el uso de un derecho de propiedad intelectual de conformidad con el Artículo 31.6 del Acuerdo sobre los ADPIC, o a las medidas que exijan la divulgación de información de dominio privado que se encuentre dentro del ámbito de aplicación y sean compatibles con el Artículo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC; o (ii) cuando el requisito se imponga o la obligación o el compromiso se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o una autoridad de competencia, para remediar una práctica

que ha sido determinada después de un proceso judicial o administrativo como anticompetitiva conforme a las leyes de competencia de la Parte 7.

(c) Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1(b), (c) y (f), y los párrafos 2(a) y (b) se interpretarán en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental: (i) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Acuerdo; (ii) necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o (iii) relativas a la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no.

(d) Los párrafos 1(a), (b) y (c), y los párrafos 2(a) y (b) no se aplicarán a los requisitos para calificación de las mercancías y servicios con respecto a programas de promoción a las exportaciones y de ayuda externa.

(e) Los párrafos 1(b), (c), (f) y (g), y 2(a) y (b) no se aplican a la contratación pública.

(f) Los párrafos 2(a) y (b) no se aplicarán a los requisitos impuestos por una Parte importadora con respecto al contenido de las mercancías, necesario para calificar para aranceles o cuotas preferenciales.

4. Para mayor certeza, los párrafos 1 y 2 no se aplican a ningún otro requisito distinto a los señalados en esos párrafos.

5. Este artículo no excluye la aplicación de cualquier compromiso, obligación o requisito entre partes privadas, cuando una Parte no impuso o exigió el compromiso, obligación o requisito. (Acuerdo de Libre Comercio Chile – Colombia, 2006, pp. 9.4-9.6)

#### ARTÍCULO 10.31 {Capítulo 10, Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico}: Inversión y Medidas sobre Salud, Medioambiente y otros Objetivos Regulatorios

1. Nada de lo dispuesto en el presente Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con el presente Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio

se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia de salud, medioambientales u otros objetivos regulatorios.

2. Las Partes reconocen que no es adecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas relacionadas con salud, medio ambiente u otros objetivos regulatorios. En consecuencia, ninguna Parte deberá renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, flexibilizar u ofrecer renunciar flexibilizar o derogar dichas medidas como medio para incentivar el establecimiento, la adquisición, la expansión o la conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. (Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, 2014, pp. 10.28)

Como puede observarse, ambos capítulos con disposiciones relativas a la inversión incluyen cláusulas de emergencia con diferentes y diversos objetivos permisibles. Aún así, interesa en este caso donde coexisten tres tratados diferentes (dos bilaterales y uno multilateral), determinar si sería viable su aplicación cuando existe un tratado más específico en términos de la inversión.

Para dar respuesta al anterior interrogante, debe recordarse que el APPRI firmado entre Colombia y Chile el 25 de enero de 2000, nunca fue ratificado y, por ende, no entró en vigor. De este modo, debe analizarse cuál de los dos tratados aplica, de acuerdo con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; concretamente, en el numeral 4A del artículo 30, que remite al numeral 3 *ibídem*:

30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

(...)

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, pp. 11)

Por consiguiente, como Colombia y Chile son partes del Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico, el cual fue firmado y ratificado de forma posterior al Acuerdo de Libre Comercio Chile – Colombia, que aún se encuentra vigente, se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. De esta forma, aplicarían las dos cláusulas de emergencia de ambos instrumentos.

#### **4.6.TBI entre Colombia y Suiza: 2006**

Por otra parte, la Confederación Suiza y la República de Colombia firmaron el APPRI que se encuentra todavía vigente, el 17 de mayo de 2006. Así, con la intención de crear y mantener condiciones favorables para inversiones e inversores extranjeros en el territorio de la otra parte firmante, este tipo de Acuerdo incluye cláusulas como lo son la expropiación y su debida compensación, la compensación por pérdidas, la imposición de impuestos y otras obligaciones, basadas en la misma estructura de Tratado de aquellos firmados entre 1994 y 2005, aproximadamente.

Por esta razón, el presente APPRI no incluye ni define una cláusula de emergencia y en ninguna de las otras cláusulas con las que cuenta, define excepciones de orden público general. De este modo, se concluye la misma idea de puntos anteriores, ya que este Tratado aún se encuentra vigente y no incluye ninguna cláusula que prevé situaciones de emergencia y objetivos que permiten la exclusión de su aplicación.

#### **4.7.TBI entre Colombia y China: 2008**

Por su parte, el APPRI firmado entre la República Popular de China y la República de Colombia el 22 de noviembre de 2008, incluye al final, en el artículo 12, una cláusula de excepciones básica. Como puede observarse:

##### Artículo 12: Excepciones

1. Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo se interpretará como un impedimento para que una Parte adopte o mantenga medidas destinadas a preservar el orden público, incluidas

las medidas para proteger los intereses esenciales de seguridad del Estado, siempre que dichas medidas:

- a) sólo se apliquen cuando exista una amenaza real y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad;
- b) no se apliquen de manera que constituyan una discriminación arbitraria;
- c) no constituyan una restricción encubierta a la inversión;
- d) sean proporcionales al objetivo que pretenden alcanzar;
- e) sean necesarias y se apliquen y mantengan sólo mientras sean necesarias; y
- f) se apliquen de forma transparente y de acuerdo con la legislación nacional correspondiente.

Para mayor claridad, nada de lo dispuesto en este párrafo se interpretará como una limitación a la revisión por parte de un tribunal arbitral de un asunto cuando se invoque dicha excepción. (TBI Colombia – China, 2008, pp. 10-11)

La cláusula referida expone una evolución en los APPRI suscritos por Colombia después del 2005 que empezaron a incluir este tipo de excepciones. Aunque no incluye excepciones relacionadas con la salud pública y el medio ambiente, sí incluyó otro tipo de medidas como lo son el orden público, los intereses esenciales de seguridad y los intereses fundamentales de la sociedad, siempre y cuando se cumpla con una serie de requisitos incluidos en los literales que trae el artículo.

Aparte de eso, puede concluirse que la cláusula sí es de aquellas denominadas cláusula de emergencia de auto juicio, por la forma en que se encuentra redactada la primera parte de esta: “Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo se interpretará como un impedimento para que una Parte adopte o mantenga medidas destinadas a preservar...”, lo que se traduce en una discrecionalidad amplia para que los Estados receptores de la inversión, determinen la existencia respuestas a amenazas o de otros objetivos particulares.

Para concluir, es importante recalcar el último párrafo del artículo 12 del APPRI, porque hace remisión de forma directa a una revisión del respectivo tribunal de arbitraje, en caso de ocurrir una disputa generada por las medidas adoptadas por alguna de las partes firmantes del Acuerdo. De ahí que, este tipo de cláusula podría denominarse cláusula de emergencia de auto juicio moderada.

#### **4.8.TBI entre Colombia y la Unión Económica Belga-luxemburguesa: 2009**

Con respecto al APPRI suscrito entre los países de la Unión Económica Belga-luxemburguesa – BLEU y la República de Colombia, vuelve nuevamente a ocurrir lo mismo: no se dio ninguna inclusión de una cláusula de emergencia que permita que cualquiera de los Estados firmantes del Tratado, aplique medidas que, de otra forma, serían consideradas como una violación al APPRI.

Aunque el Tratado incluyó otras disposiciones innovadoras – al compararlas con los demás APPRI objeto de estudio en este capítulo –, no hizo referencia a excepciones de orden público general. Para ejemplificar, se adicionó una cláusula que regula temas de trabajo en otro Estado, una cláusula que trata temas sobre el medio ambiente y otra sobre la libre transferencia.

#### **4.9.TBI entre Colombia e India: 2009**

Nuevamente, el siguiente APPRI firmado entre la República de la India y la República de Colombia, trajo dentro de sus artículos, una cláusula extensa que contiene las excepciones generales, las circunstancias excepcionales descritas de forma más detallada y específica, y, además, otras excepciones de orden público.

##### Artículo 13. Excepciones Generales.

1. Nada de lo estipulado en este Acuerdo aplicará a asuntos tributarios.
2. Nada de lo estipulado en este Acuerdo obligará a cualquiera de las Partes Contratantes a proteger inversiones realizadas con capitales o activos originados en actividades ilícitas.
3. No obstante cualquier otra disposición de este Acuerdo, a una Parte no se le podrá impedir adoptar o mantener medidas relacionadas con servicios financieros por razones prudenciales. Si dichas medidas no están de conformidad con las disposiciones de este Acuerdo, estas no deberán ser usadas en el sentido de evadir los compromisos u obligaciones de la Parte Contratante bajo tales disposiciones, en particular aquellas obligaciones bajo los artículos 5 (Transferencias) y 6 (Expropiación).
4. Nada de lo dispuesto en este Acuerdo impedirá que una Parte Contratante actúe, cuando lo considere necesario para la protección de sus intereses esenciales de seguridad o en

circunstancias de emergencia extrema, de conformidad con su legislación, normalmente, y de manera razonable y no discriminatoria.

5. Con sujeción al requerimiento de que las medidas no pueden ser aplicadas de manera que constituyan una discriminación arbitraria o injustificada en contra de los inversionistas de la otra Parte Contratante o una restricción oculta a las inversiones de los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, nada de lo dispuesto en este Acuerdo podrá ser interpretado para impedir la adopción o la implementación por una Parte Contratante de medidas: a) Necesarias para preservar el orden público; b) Necesarias para proteger la vida humana, animal, vegetal o la salud; (TBI Colombia – India, 2009, pp. 9-10)

Sobre esta cláusula, la forma en que se encuentra redactada en sus diferentes numerales permite identificar su naturaleza discrecional. Así, el marco de esta cláusula hace que sea prerrogativa exclusiva de las autoridades del Estado receptor de la inversión, evaluar si la inversión prevista supone una amenaza para la seguridad nacional.

#### **4.10. TBI entre Colombia y la Corea del Sur: 2011**

Por otro lado, el APPRI suscrito entre la República de Corea y la República de Colombia, teniendo en cuenta la necesidad de crear y mantener condiciones favorables para la inversión extranjera y el deseo de mantener objetivos relacionados con la salud, la seguridad, el medio ambiente y los derechos internacionales del trabajo, incluyó una cláusula de emergencia denominada excepción de seguridad. Esta es:

##### Artículo 16. Excepción en materia de seguridad

Ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de:

- a) exigir a una Parte que facilite cualquier información cuya divulgación considere contraria a sus intereses esenciales en materia de seguridad;
- b) impedir a una Parte que adopte cualquier acción o medida necesaria para preservar su orden público o proteger sus propios intereses esenciales en materia de seguridad;

- c) impedir a una Parte que adopte cualquier acción en cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; o
- d) exigir a una Parte que proteja las inversiones realizadas con capital o activos procedentes de actividades ilícitas. (TBI Colombia – Corea del Sur, 2011, pp. 13)

Consecuentemente, la cláusula es una mucho más específica que se limita al tema de la seguridad y, por tanto, trae cuatro ítems mediante los cuales se permite que se tomen acciones o medidas necesarias para que se mantenga el orden público, la protección de los intereses esenciales de seguridad y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Del mismo modo, se trata de una cláusula de emergencia de auto juicio y no hace referencia alguna a la necesidad de que un tribunal revise la medida adoptada.

#### **4.11. TBI entre Colombia y Japón: 2011**

Siguiendo el análisis de los APPRI en orden cronológico, el de Japón y la República de Colombia, firmado en el 2011, es muy similar en su estructura al analizado en el acápite anterior. Por esta razón, este nuevo Tratado incluyó una cláusula que, al mismo tiempo, trae excepciones generales y excepciones de seguridad, como cláusula de emergencia:

##### Artículo 15. Excepciones generales y de seguridad

1. A condición de que una Parte Contratante no aplique tales medidas de manera que constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificada contra la otra Parte Contratante, o una restricción encubierta a las inversiones de los inversores de esa otra Parte Contratante en la zona de la antigua Parte Contratante, ninguna disposición del presente Acuerdo, salvo el artículo 12, se interpretará en el sentido de impedir que esa antigua Parte Contratante adopte o aplique medidas, incluidas las destinadas a proteger el medio ambiente:
  - (a) necesarias para proteger la vida o la salud de las personas, los animales o las plantas;
  - (b) necesarias para proteger la moral pública o para mantener el orden público; Nota (sic): La excepción de orden público sólo podrá invocarse cuando se plantee una amenaza real y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad.

(c) necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes o reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, incluidas las relativas a:

(i) la prevención de prácticas engañosas y fraudulentas o para hacer frente a los efectos de un incumplimiento de contrato;

(ii) la protección de la intimidad de la persona en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección de la confidencialidad de los registros y cuentas personales; o

(iii) la seguridad; o

(d) impuestas para la protección de los tesoros nacionales de valor artístico, histórico, arqueológico o cultural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo, salvo el artículo 12, se interpretará en el sentido de que:

(a) obligue a una Parte Contratante a facilitar o a permitir el acceso a cualquier información cuya divulgación sea contraria a sus intereses esenciales de seguridad;

(b) impida a una Parte Contratante adoptar cualquier medida que considere necesaria para la protección de sus intereses esenciales de seguridad:

(i) en relación con el tráfico de armas, municiones y utensilios de guerra, así como con el tráfico y la transacción de otros bienes, materiales, servicios y tecnología que se lleven a cabo directa o indirectamente con el fin de abastecer una base militar o de seguridad;

(ii) tomada en tiempo de guerra, o de conflicto armado, u otra emergencia en esa Parte Contratante o

(iii) relativas a la aplicación de políticas nacionales o de acuerdos internacionales relativos a la no proliferación de armas; o

(c) que impidan a una Parte Contratante adoptar cualquier medida en cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

3. En los casos en que una Parte Contratante adopte cualquier medida, de conformidad con el apartado 1, que no se ajuste a las obligaciones derivadas del presente Acuerdo, salvo el artículo 12, dicha Parte Contratante se esforzará por notificar la medida a la otra Parte Contratante tan pronto como sea posible. (TBI Colombia – Japón, 2011, pp. 17-19)

Para el 2011 – año en que se firmó el Acuerdo –, la cláusula de emergencia fue redactada de una forma mucho más extensa y compleja, incluyendo otros tipos de objetivos permisibles que varían desde la protección del medio ambiente, la vida y la protección de las personas y de los animales, la moral pública, el orden público, garantizar el cumplimiento de las normas y regulaciones que no sean inconsistentes con las disposiciones del Tratado, la seguridad, la protección de tesoros nacionales de valor artístico, histórico, arqueológico o cultural, entre otros. De manera que, la cláusula de emergencia del presente APPRI, además de incluir una excepción a la aplicación del Tratado, incluye definiciones mucho más específicas de las circunstancias mediante las cuales se excusa la ilicitud de las medidas o de las decisiones.

Para concluir, no caben dudas en que se trate de una cláusula de emergencia de auto juicio, porque tanto su redacción, como otros elementos incluidos en aquella, permiten hacer este tipo de análisis. De forma concreta, se excluye completamente la revisión de un tribunal o de otro tercero imparcial que haga una revisión integral de las medidas y, la discrecionalidad con la que cuentan los Estados firmantes del Tratado es completamente amplia.

#### **4.12. TBI entre Colombia y Singapur: 2013**

En cuanto al APPRI firmado entre Colombia y Singapur el 12 de julio de 2013, se incluyó dentro del capítulo de disposiciones finales, una cláusula de emergencia que lleva el nombre de “Excepciones Generales”. Específicamente, dispone lo que se enuncia a continuación:

##### **ARTÍCULO 27. EXCEPCIONES GENERALES**

1. A reserva de que dichas las medidas no sean aplicadas de manera que constituyan una discriminación arbitraria o injustificada en contra de la otra Parte o sus inversionistas cuando sea aplicable en condiciones similares, o una restricción encubierta a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte en el territorio de una Parte, nada de lo dispuesto en este Acuerdo podrá ser interpretado para impedir a una Parte la adopción o la implementación de medidas:

(a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público;

- (b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- (c) necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a: i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos; ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales; iii) la seguridad;
- (d) relacionadas con la preservación de los recursos naturales no renovables, si dichas medidas son aplicadas en conjunto con restricciones a la producción o al consumo doméstico.

2. No obstante cualquier otra disposición de este Acuerdo, a una Parte no se le podrá impedir adoptar medidas por razones prudenciales, incluidas aquellas para la protección de los inversionistas, depositantes, tomadores de seguros, fideicomitentes, o para asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero. Cuando tales medidas no se ajusten a las disposiciones del presente Acuerdo, no se utilizarán como medio de eludir los compromisos de la Parte u obligaciones bajo este Acuerdo. (TBI Colombia – Singapur, 2013, pp. 22-23)

Nuevamente, es posible evidenciar cómo, con el paso de los años, dentro de estas cláusulas se empezaron a incluir diferentes excepciones de política pública. Para el caso concreto, además de la excepción de salud pública y de medio ambiente, se incluyeron las medidas necesarias para proteger la moral o el orden público, las medidas necesarias para proteger la vida, la salud de las personas, de los animales o para preservar los vegetales, las medidas necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos y relacionadas con la preservación de los recursos, entre otras.

Esta cláusula de emergencia es de auto juicio y no hace remisión alguna a revisión por parte de un Tribunal. En síntesis, este APPRI en su redacción es muy similar al de Japón, que tiene en su cláusula de emergencia, la mayoría de los objetivos permisibles que se incluyeron en el APPRI de Singapur.

Al mismo tiempo, el presente Tratado incluye en el artículo siguiente una cláusula denominada “Excepciones de Seguridad” que cumple la misma función que el artículo anterior en cuanto a las

cláusulas de emergencia, solo que en función de los intereses esenciales de seguridad. De forma particular:

## ARTÍCULO 28. EXCEPCIONES DE SEGURIDAD

1. Nada en este Acuerdo se interpretará en el sentido de:

(a) exigir a una Parte que facilite el acceso a cualquier información cuya divulgación sea contraria a sus intereses esenciales de seguridad;

(b) evitar que una Parte adopte medidas que considere necesarias para proteger sus intereses esenciales de seguridad: (i) relativas a la fabricación de armas, municiones e implementos de guerra; (ii) relativas al suministro de servicios destinados directa indirectamente a asegurar el abastecimiento de un establecimiento militar; (iii) relativas a materias fisiónables y fusionables o a aquellas de las que estas se derivan; (iv) expedidas en tiempo de guerra u otra emergencia en relaciones internacionales.

(c) evitar que una Parte adopte medidas en cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

2. Para mayor certeza, nada en este Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte medidas que considere necesaria (sic) para la protección (sic) su infraestructura pública crítica, incluyendo, pero no limitado a, la infraestructura de comunicaciones, de energía o de agua, de intentos deliberados que pretendan deshabilitar o dañar dicha infraestructura. (TBI Colombia – Singapur, 2013, pp. 23)

Teniendo en cuenta este artículo, puede evidenciarse que incluye objetivos permisibles encaminados a la protección de los intereses esenciales de seguridad de una u otra parte, en cuanto al acceso a la información contraria a dichos intereses, relativas a la fabricación de armas, municiones e implementos de guerra, referentes al suministro de servicios destinados directa indirectamente a asegurar el abastecimiento de un establecimiento militar, expedidas en tiempo de guerra u otra emergencia en relaciones internacionales y para evitar que una parte adopte medidas en cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional. Al igual que en el artículo anterior, se trata de una cláusula de auto juicio en donde los tribunales de arbitraje están, en principio, excluidos de una revisión judicial de la medida en cuestión.

#### 4.13. TBI entre Colombia y Francia: 2014

Por su parte, el Acuerdo suscrito por el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíproca de inversiones, incluye en su artículo 14 una cláusula de emergencia denominada “Excepción de Seguridad”. Así:

##### ARTÍCULO 14. EXCEPCIÓN DE SEGURIDAD

Nada en este Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte Contratante adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida necesaria para preservar el orden público, cumplir con sus funciones para el mantenimiento o restauración de la paz y la seguridad internacionales, o la protección de sus intereses esenciales de seguridad. (TBI Colombia – Francia, 2014, pp. 8)

Como puede evidenciarse, se trata de una cláusula redactada de forma breve y que no es tan específica como otras cláusulas de emergencia referenciadas a lo largo de este capítulo. Por el contrario, pese a su corta extensión, incluye objetivos permisibles claros y concretos, que permiten la adopción de medidas que de otra forma serían consideradas ilícitas; estos son: la preservación del orden público, el mantenimiento o la restauración de la paz y la seguridad internacional y la protección de los intereses esenciales de seguridad.

Sin embargo, las circunstancias excepcionales no se encuentran definidas en mayor detalle ni permite la redacción de la cláusula inferir si se trata de una cláusula de auto juicio o no. Por ende, se considera que, como mínimo, el Tribunal hará la posterior revisión de la medida tomada, basándose en el principio de interpretación de la buena fe de que trata la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Dos aspectos interesantes de este APPRI consisten en la inclusión de una cláusula de protección a la diversidad cultural y lingüística y de otra cláusula para las medidas relacionadas con el medio ambiente, la salud y los derechos laborales. Esto, refleja la inserción de otros objetivos permisibles en la toma de medidas por parte de los Estados firmantes del Tratado; a saber:

## ARTÍCULO 9. DIVERSIDAD CULTURAL Y LINGÜÍSTICA

Sin perjuicio del artículo 6, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada como impedimento para que una de las Partes Contratantes tome cualquier disposición tendiente a regir las inversiones realizadas por los inversionistas extranjeros y las condiciones de las actividades de dichos inversionistas, dentro del marco de las medidas destinadas a preservar y fomentar la diversidad cultural y lingüística. (TBI Colombia – Francia, 2014, pp. 6)

Esta cláusula de forma independiente, identificada por primera vez dentro de los APPRI suscritos por Colombia, demuestra la importancia que los Estados contratantes del Tratado les dieron a las tradiciones tanto culturales, como lingüísticas, de cada uno de los respectivos países. De este modo, las medidas destinadas a preservar y a fomentar la diversidad cultural y lingüística, serán objetivos permisibles dentro de las medidas que tomen las partes del TBI.

## ARTÍCULO 10. MEDIDAS RELACIONADAS CON EL MEDIO AMBIENTE, LA SALUD Y LOS DERECHOS LABORALES

1. Sin perjuicio del artículo 6, nada de lo dispuesto en este Acuerdo se interpretará como impedimento para que una Parte Contratante adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, que garantice que las actividades de inversión en su territorio se efectúen en cumplimiento de la legislación medio ambiental, de salud y laboral en esa Parte Contratante, siempre y cuando el efecto de la medida sea no discriminatorio y proporcional a los objetivos perseguidos.

2. Las Partes Contratantes reconocen que no es apropiado estimular la inversión disminuyendo sus estándares ambientales, de salud o laborales. Por lo tanto, cada Parte Contratante garantiza que no modificará o derogará ni ofrecerá la modificación o la derogación de esta legislación para estimular el establecimiento, adquisición, mantenimiento o expansión de una inversión en su territorio, en la medida que dicha modificación o derogatoria implique la disminución de sus estándares ambientales, de salud o laborales. (TBI Colombia – Francia, 2014, pp. 7)

Al igual que como se mencionó en el párrafo anterior, el hecho de que las partes hayan incluido nuevos objetivos permisibles distintos a los tradicionales de orden público, expone nuevas preocupaciones de los Estados que han evolucionado con el paso de los años. Para este caso puntual, las medidas permitidas son aquellas relacionadas con los diferentes estándares del medio ambiente, la salud y los derechos laborales.

#### **4.14. TBI entre Colombia y Turquía: 2014**

Ahora bien, el APPRI entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de la República de Turquía, suscrito en el 2014 al igual que el de Francia, incluye una redacción muy similar a este. Tanto es así que, incluye una cláusula de emergencia denominada “Excepciones Generales” y, posteriormente, una de “Medidas Medioambientales y Laborales”.

##### ARTÍCULO 6. Excepciones Generales

1. Para los propósitos de este Acuerdo, y sujeto al requerimiento que tales medidas no sean aplicadas de una forma que se constituyan como una discriminación injustificable o arbitraria entre inversiones o entre inversionistas, o como una restricción encubierta a la inversión, nada en este Acuerdo se entenderá en el sentido de impedir a una Parte Contratante para adoptar o hacer cumplir medidas legales necesarias:

- (a) Diseñadas y aplicadas para la protección de la salud o vida humana, animal o vegetal o del medio ambiente;
- (b) Relacionadas con la conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos.

2. Nada en este Acuerdo se entenderá en el sentido de:

- (a) Exigir a cualquier Parte Contratante que facilite o permita el acceso a cualquier información cuya revelación, se determine que sea contraria a sus intereses esenciales de seguridad;
- (b) Impedir a cualquier Parte Contratante de tomar medidas legales para preservar la seguridad pública o el orden público;
- (c) Impedir a cualquier Parte Contratante de tomar cualquier acción que considere necesaria para la protección de sus intereses esenciales de seguridad; (i) relacionada con el tráfico de armas, munición e implementos de guerra y al tráfico y transacciones en otros bienes,

materiales, servicios y tecnología asumidos directa o indirectamente con el propósito de proveer a un establecimiento militar u otro establecimiento de seguridad; (ii) tomados en tiempo de guerra u otra emergencia en relaciones internacionales; o (iii) acuerdos respecto de la no proliferación de armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares, relacionados con la implementación de políticas nacionales o acuerdos internacionales.

(d) Prevenir a cualquier Parte Contratante de adoptar o tomar acciones en busca del cumplimiento de sus obligaciones bajo la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional. (TBI Colombia – Turquía, 2014, pp. 5-6)

La cláusula de emergencia de este Acuerdo, dividida en dos secciones, incluye excepciones que permiten la toma de medidas legales necesarias para la protección de la salud o vida humana, animal o vegetal o del medio ambiente, relacionadas con la conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos, la preservación de la seguridad o el orden público, la protección de sus intereses esenciales de seguridad, tomadas en tiempo de guerra u otra emergencia en relaciones internacionales, la implementación de políticas nacionales o acuerdos internacionales y la adopción de acciones en búsqueda del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Carta de las Naciones Unidas.

Por otro lado, el siguiente artículo contenido en el presente TBI examinado, incluye la cláusula de emergencia sobre las medidas ambientales y laborales:

#### ARTÍCULO 11. Medidas Ambientales y Laborales

1. Nada de lo dispuesto en este Acuerdo se entenderá en el sentido de prevenir a una Parte Contratante de adoptar, mantener, o hacer cumplir cualquier medida que considere apropiada para asegurar que una actividad de inversión en su territorio sea asumida de acuerdo con sus leyes y regulaciones ambientales así como con sus leyes y regulaciones laborales, siempre que tales medidas sean proporcionales a los objetivos buscados.

2. Las Partes Contratantes reconocen que no es apropiado fomentar la inversión disminuyendo los estándares de sus medidas laborales y ambientales. En consecuencia, una Parte Contratante no deberá dejar de exigir o derogar, u ofrecer, dejar de exigir o derogar tales medidas, como

una forma de fomentar el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión o de un inversionista en su territorio. (TBI Colombia – Turquía, 2014, pp. 9)

El artículo permite la inclusión de medidas que se encuentren en armonía con las leyes y regulaciones ambientales, así como con sus leyes y regulaciones laborales y, además, las partes hacen un reconocimiento expreso del fomento de la inversión, siempre y cuando no se disminuyan los estándares de las medidas laborales y ambientales. Asimismo, la naturaleza de los dos tipos de cláusula de emergencia contenidas en este APPRI es de auto juicio y no se remite de forma alguna a la aprobación previa o revisión posterior de las medidas adoptadas por parte de un tribunal o de otro tercero imparcial.

#### **4.15. TBI entre Colombia y Brasil: 2015**

Con respecto al APPRI suscrito entre la República de Colombia y la República Federativa del Brasil en el 2015, pueden identificarse diferentes artículos que contienen cláusulas de emergencia y que hacen alusión a diversos objetivos permisibles. Para ejemplificar:

##### **ARTÍCULO 10. Medidas Prudenciales**

Nada de lo dispuesto en este Acuerdo se aplicará a las medidas que cualquiera de las Partes, de conformidad con su ordenamiento jurídico, adopten respecto del sector financiero por motivos prudenciales, incluidas aquellas que busquen la protección de los inversionistas, depositantes, tomadores de seguros, o fideicomitentes, o para asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero. Cuando tales medidas no se ajusten a las disposiciones de este Acuerdo, no se utilizarán como medio para eludir los compromisos u obligaciones de la Parte bajo este Acuerdo.

##### **ARTÍCULO 11. Medidas Tributarias**

1. Ninguna disposición de este Acuerdo se interpretará como una obligación de una Parte para dar a un inversionista de la otra Parte, en relación con sus inversiones, el beneficio de cualquier

tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo para evitar la doble imposición, actual o futuro, del cual una de las Partes de este Acuerdo sea parte o se convierta en una parte.

2. Ninguna disposición de este Acuerdo se interpretará de manera que se evite la adopción o ejecución de cualquier medida destinada a garantizar la imposición o recaudación equitativa o efectiva de impuestos de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de cada una de las Partes.

#### ARTÍCULO 12. Excepciones de Seguridad

1. Nada de lo dispuesto en este Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga medidas destinadas a preservar el orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad, o a aplicar las disposiciones de sus leyes penales.

2. No estarán sujetas al mecanismo de solución de controversias previsto en este Acuerdo, las medidas que una Parte adopte en virtud del párrafo 1 de este Artículo, ni la decisión basada en sus leyes de seguridad nacional u orden público que en cualquier tiempo prohíba o restrinja la realización de una inversión en su territorio por un inversionista de otra Parte. (TBI Colombia – Brasil, 2015, pp. 8-9)

De esta forma, estos tres artículos incluidos en el APPRI objeto de estudio, separan tres grupos de objetivos permisibles: primero, las medidas prudenciales necesarias dentro del sector financiero, incluyendo la protección de los inversionistas, depositantes, tomadores de seguros, fideicomitentes, o para asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero; segundo, el entendimiento de que ninguna medida en términos tributarios, se interpretará de manera que se evite la adopción o ejecución de cualquier medida destinada a garantizar la imposición o recaudación de impuestos o para dar a un inversor extranjero el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo para evitar la doble imposición, actual o futuro; y, tercero, las medidas necesarias para mantener el orden público, la restauración de la paz y de la seguridad internacional, la protección de los intereses esenciales de seguridad y la aplicación de las leyes penales.

Sobre el artículo 12 que contiene la cláusula de emergencia denominada “Excepciones de Seguridad”, es de suma importancia prestar atención al numeral segundo que indica de forma expresa que, las medidas tomadas de acuerdo con los objetivos permisibles del numeral primero y las decisiones basadas en las leyes de seguridad nacional u orden público que prohíban o restrinjan la inversión extranjera por parte de un inversor de la otra parte del Tratado, no estarán sujetas al mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 23 del APPRI. Por consiguiente, es la clara ejemplificación de una cláusula de auto juicio en donde se excluye de forma expresa la revisión de las medidas por parte de un tribunal de arbitraje de inversiones *ad hoc*.

En otro orden de cosas, el APPRI en cuestión, incluye dentro de su cuerpo de artículos, la protección de otros objetivos permisibles. Verbigracia, el artículo 14 incluye las “Medidas sobre inversión y lucha contra la corrupción y la ilegalidad”, en donde las partes se encuentran facultadas para excluir “inversiones realizadas con capitales o activos de origen ilícito o inversiones en cuyo establecimiento u operación se verificaron actos de corrupción” (TBI Colombia – Brasil, 2015, p. 10). También, el artículo 15 incluye “Disposiciones sobre inversión y ambiente, asuntos laborales, salud y seguridad”, que permiten que las partes contratantes tomen todas las medidas necesarias para garantizar que cualquier inversión extranjera se lleve a cabo en armonía con dichos objetivos permisibles, siempre y cuando las medidas tomadas no se apliquen “de manera que constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta” (TBI Colombia – Brasil, 2015, p. 10).

En síntesis, se trata aproximadamente de cinco artículos dentro del Tratado, que permitirán la toma de medidas y de decisiones que busquen la protección de una gran variedad de objetivos permisibles, una vez finalice su etapa de ratificación. Estos objetivos oscilan desde los clásicos relativos al orden público o los intereses esenciales de seguridad y van hasta la protección del sector financiero, la aplicación de las leyes penales de un país, entre otros.

#### **4.16. TBI entre Colombia y los Emiratos Árabes Unidos: 2017**

Para finalizar esta revisión de los APPRI suscritos por Colombia, el más reciente firmado fue en el 2017 entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de los Emiratos Árabes Unidos, con el mismo fin de la suscripción de los anteriores tratados; esto es, el deseo de intensificar la cooperación económica en beneficio de ambas partes contratantes. Pese a que también se encuentra

en la etapa de ratificación, se identificaron los siguientes artículos en la sección C – Excepciones, que contienen las cláusulas de emergencia:

#### ARTÍCULO 10. MEDIDAS AMBIENTALES Y LABORALES

1. A reserva de que dichas las medidas no sean aplicadas de manera que constituyan una discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o inversionistas, nada de lo previsto en este Acuerdo se interpretará para impedir a una Parte Contratante adoptar, mantener, o hacer efectiva cualquier medida que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio sea adelantada en cumplimiento con su la legislación aplicable en materia ambiental y laboral de la Parte Contratante.

2. Las Partes Contratantes reconocen que es inapropiado incentivar la inversión con el relajamiento de medidas laborales y ambientales domésticas. En vista de lo anterior, una Parte Contratante no debería renunciar a, o de otra forma derogar de, u ofrecer renunciar a o de otra manera derogar de, dichas medidas como un incentivo al establecimiento, expansión o retención en su territorio de una inversión de un inversionista, en la medida que dicha renuncia o derogación disminuya sus estándares laborales y ambientales.

#### ARTÍCULO 11. EXCEPCIONES GENERALES

1. A reserva de que dichas las medidas (sic) no sean aplicadas de manera que constituyan una discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o inversionistas, nada de lo previsto en este Acuerdo se interpretará para impedir a una Parte Contratante adoptar, mantener, o hacer efectiva cualquier medida apropiada:

- (a) para asegurar el cumplimiento con sus leyes y regulaciones que no sean inconsistentes con este Acuerdo;
- (b) para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal, o al medio ambiente;
- (c) para la conservación de recursos naturales no renovables vivientes o inanimados;
- (d) para preservar el orden público, el cumplimiento de sus deberes en el mantenimiento o restauración de la paz y seguridad internacional; o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad. (TBI Colombia – Emiratos Árabes Unidos, 2017, pp. 9)

Al igual que en los últimos APPRI suscritos por Colombia, puede evidenciarse, por un lado, la importancia que se le empezó a dar a la inclusión de cláusulas de emergencia relacionadas con la toma de medidas que respeten y que propendan por el cumplimiento de la legislación laboral y ambiental de cada uno de los Estados firmantes del Tratado. Lo anterior, puede explicarse con motivo del proceso previo de la entrada de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE, en donde el Estado colombiano debía cumplir con una serie de compromisos y obligaciones que estuvieran en armonía con las políticas económicas y sociales que promueve dicho organismo de cooperación multilateral.

Por otro lado, el artículo 11 incluye una lista de excepciones generales que permiten que se tomen medidas, que, de otra forma, serían consideradas ilícitas por ir en contravía de lo dispuesto en el Tratado. Siendo esto así, el artículo referido incluye los siguientes objetivos permisibles en la toma de medidas: el cumplimiento de las leyes y regulaciones que no sean inconsistentes con el APPRI, la protección de la vida o salud humana, animal o vegetal, o del medio ambiente, la conservación de recursos naturales no renovables vivientes o inanimados y, por último, para preservar el orden público, el cumplimiento de los deberes en el mantenimiento o restauración de la paz, seguridad internacional y la protección de los intereses esenciales de seguridad.

Estas dos cláusulas, aunque son extensas en la cantidad de objetivos permisibles que incluyen, dejan de un lado o dan por entendida, la definición y la descripción con mayor detalle de las circunstancias excepcionales que permiten la toma de medidas necesarias para el cumplimiento de dichos objetivos. Incluso, por sus redacciones, no es posible identificar si se trata de unas cláusulas de auto juicio o, si de lo contrario, se trata de cláusulas de no auto juicio; por ende, los árbitros, en general, tendrán derecho a revisar la legalidad de la medida con el fin de hacer su propia evaluación sobre la justificación de aquella.

#### **4.17. Hallazgos: patrones y casos aislados**

En resumidas cuentas, este capítulo permitió que se hiciera una lectura de los APPRI suscritos por Colombia de forma integral, en los cuales se identificaron múltiples formas de redacción en las cláusulas de emergencia, los objetivos permisibles en estas – sobresaliendo unas cláusulas por incluir más objetivos que otras –, la variedad de las medidas y los fines que se buscan proteger con aquellas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se identificaron los patrones y casos aislados que se enuncian a continuación.

En primer lugar, es posible concluir que los primeros APPRI suscritos antes de la década del 2000, no incluyeron cláusulas de emergencia dentro de sus artículos. De forma posterior, con la sustitución de esos mismos Tratados hacia unos nuevos después del 2000, empezaron a incluirse de una forma más innovadora como excepciones de seguridad y con objetivos permisibles similares, salvo el APPRI entre Colombia y España que en ninguna de sus dos versiones (la de 1995 y después 2005) incluyó una cláusula de emergencia.

En segundo lugar, se advierte que los Estados más reacios a incluir este tipo de cláusulas de emergencia, se encuentran en Europa. Particularmente, los Tratados suscritos con España, Suiza y la Unión Económica Belga-luxemburguesa (Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo) no incluyeron ni previeron cláusulas de emergencia y situaciones contempladas dentro de estas.

En tercer lugar, Estados tales como el japonés y el francés, les dan una especial importancia en los APPRI suscritos con Colombia a la herencia cultural y lingüística. Esto, dado que, en sus objetivos permisibles dentro de las respectivas cláusulas de emergencia, incluye Japón, por un lado, la protección de los tesoros nacionales de valor artístico, histórico, arqueológico o cultural y, por otro lado, Francia incluye una cláusula de emergencia que, en su totalidad, está destinada a la autorización de medidas destinadas a preservar y fomentar la diversidad cultural y lingüística de los Estados contratantes.

En cuarto y último lugar, la inclusión de nuevos objetivos permisibles se va evidenciando con el paso de los años, desde que Colombia suscribió y ratificó el primer APPRI. Para ejemplificar, el que se firmó con Brasil en el 2015, incluye nuevos objetivos permisibles en cuanto a la necesidad de tomar medidas que protejan el sector financiero y sus instituciones, la no exclusión de medidas tributarias a otros Estados o inversores extranjeros, la lucha contra la corrupción y la ilegalidad y, finalmente, la protección y obligación de que en las diferentes inversiones se cumplan con las disposiciones sobre el medio ambiente, los asuntos laborales, la salud y la seguridad.

## Conclusiones

Ante la pandemia generada por la Covid-19, los Estados alrededor del mundo se vieron obligados a tomar toda clase de medidas excepcionales para mitigar los efectos de la enfermedad y reducir el número de contagios, con fundamento en diversos poderes resultantes de las leyes y decretos de emergencia expedidos por los gobiernos. Estas medidas, las cuales variaron entre la producción forzada de suministros médicos, la suspensión temporal del pago de servicios públicos domiciliarios, la concesión de poderes extraordinarios a los gobiernos, las regulaciones de los precios y restricciones en las exportaciones, las cuarentenas, los bloqueos o los cierres de fronteras ordenados por los Estados, entre otras medidas que no se restringen a una lista taxativa, podrían llevar a que inversores extranjeros inicien eventualmente arbitrajes de inversión, por violación a sus derechos adquiridos en el plano internacional, por medio de tratados bilaterales de inversión.

De esta forma, con el objetivo de dar por concluidos todos los puntos estudiados a lo largo de este trabajo, su parte final pretende hacer una recopilación de las conclusiones principales incluidas en cada capítulo y su relación con el problema principal planteado desde el inicio. Esto es, la viabilidad de la aplicación de posibles medidas estatales incluidas dentro del derecho internacional general – el estado de necesidad – y del derecho internacional de las inversiones – las cláusulas de emergencia –, dirigidas por parte de los Estados receptores de la inversión a los inversores extranjeros a modo de defensas.

El primer capítulo se ocupó de analizar la defensa del estado de necesidad, como instrumento disponible en el derecho consuetudinario internacional. Como bien se concluye, la admisión de esta causal que excluye la ilicitud, es de rara aceptación por parte de tribunales internacionales, ya que el cumplimiento de sus requisitos, según se estableció en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, llevado ante la Corte Internacional de Justicia y como se reiteró por medio de los casos tramitados ante el CIADI posterior a la crisis económica y fiscal de Argentina de inicios de la década del 2000, debe darse de forma acumulativa; de lo contrario, no es procedente.

A la suma, debido a que los laudos del CIADI existentes no son muy ilustrativos por la diversidad de interpretaciones que se dieron en cuanto a la aplicabilidad de la defensa a la crisis de Argentina, es posible afirmar que, en el ámbito del derecho internacional de las inversiones, no existe una interpretación uniforme sobre la aplicación del estado de necesidad. Del mismo modo, como en dicho

ámbito no se ha argumentado de forma exitosa el artículo 25 de la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, no existen laudos anteriores con justificaciones exitosas, que aporten a la argumentación de esta causal de exclusión de ilicitud por parte de un Estado receptor, para argumentar supuestos incumplimientos de obligaciones adquiridas por medio de instrumentos de derecho internacional.

Sin embargo, teniendo en cuenta la gravedad y el alcance de la pandemia, su contexto sin precedentes históricos y fácticos y, el hecho de que no hay duda de que el riesgo a la salud pública pueda llegarse a calificar como un peligro grave e inminente, teniendo como fundamento las declaraciones de la Organización Mundial de la Salud – OMS y otros organismos internacionales, un Estado receptor de la inversión extranjera podrá invocar esta defensa del derecho consuetudinario internacional, siempre y cuando pruebe que la medida objeto de controversia, era la única forma razonable de proteger a su población. Además, si un Estado logra invocar de forma satisfactoria el estado de necesidad a modo de defensa, debe probar por qué las medidas tomadas para monitorear y contener el virus no aportaron a empeorar la situación por la que se atravesaba.

Paralelamente, por la excepcionalidad de la pandemia y sus consecuencias a nivel mundial en diferentes ámbitos, la aplicación, revisión y supervisión de los requisitos del estado de necesidad por parte de los tribunales de arbitraje internacional de inversiones, podría flexibilizarse un poco. Lo anterior, con la implementación por parte de los tribunales de arbitraje internacional de inversiones, de una nueva graduación menos estricta de los requisitos acumulativos que deben satisfacerse, para que sea reconocida la defensa en un proceso donde se discuta la ilicitud de las medidas tomadas por parte de Estados receptores de inversión extranjera.

Después, el segundo capítulo identificó la existencia de las cláusulas de emergencia en los tratados bilaterales de inversión, los objetivos permisibles dentro de estas y una serie de ejemplos que permitieron comparar su redacción, estilo, naturaleza jurídica (cláusulas de auto juicio y de no auto juicio) y características especiales frente a otro tipo de cláusulas. Una vez más, ocurre lo mismo que se mencionó en la defensa consuetudinaria del estado de necesidad; esto es, la dificultad que supone que un tribunal de arbitraje internacional, acepte su aplicación y, de este modo, excuse a un Estado de tomar ciertas medidas requeridas para dar cumplimiento y prevalencia a un objetivo permisible por la misma cláusula de emergencia.

No obstante, el correcto uso del lenguaje puede permitir que sea un poco más fácil la aplicación de las cláusulas de emergencia, ya que los Estados, a la hora de negociar su inclusión en los tratados bilaterales de inversión, pueden definir de una forma más acertada qué se entiende por una medida de necesaria aplicación, cuáles objetivos son los permitidos como intereses esenciales de los Estados y su carácter de auto juicio o no auto juicio. Lo anterior, podría facilitar un poco la discusión sobre la interpretación y estudio que deberá hacer – o no, dependiendo de su redacción – un determinado tribunal de arbitraje, constituido para atender una controversia relativa a inversión internacional.

Ahora bien, es preferible optar por la argumentación de una cláusula de emergencia contenida dentro de un tratado bilateral de inversiones, que contrariamente, por el estado de necesidad del derecho consuetudinario internacional, por motivos de interpretación y prevalencia de la ley aplicable. Debido a que la cláusula del tratado prevalece sobre la defensa de derecho internacional general por tratarse aquella de una *lex specialis*, las probabilidades de que una medida tomada con ocasión de la pandemia y que afectó derechos de inversores extranjeros sea excusada, incrementarán si se parte del tratado bilateral de inversiones como derecho aplicable y, si posteriormente, se complementa con el derecho internacional consuetudinario de ser necesario. Una vez más, se reitera que la aplicación de cualquiera de las dos supone el cumplimiento de requisitos estrictos y poco flexibles, pero que, debido a la magnitud de la pandemia, podría llegar a justificar la medida tomada.

La idea mencionada en el párrafo anterior se predica como uno de los mayores aprendizajes de la crisis de Argentina; concretamente, la importancia de una correcta observancia del derecho aplicable a cada caso en específico, dándole prevalencia a los criterios de interpretación y aplicación establecidos por el derecho internacional de los tratados. Ahora bien, si tan solo en los casos de Argentina los tribunales de arbitraje hubieran partido de interpretaciones basadas en una acertada elección de la ley aplicable, los resultados contenidos en los laudos comportarían hoy en día mayor uniformidad en cuanto a las conclusiones diversas a las que llegaron.

Pese a que en el ámbito de solución de controversias del CIADI no existe un concepto que se asemeje al precedente jurisprudencial, si tan solo los árbitros hubieran aplicado de una forma más igualitaria las decisiones y no hubieran variado entre interpretaciones de todo tipo, podrían existir criterios un poco más esclarecedores sobre la aplicación de este tipo de herramientas a los casos de arbitraje internacional de inversiones. Por el contrario, como no se dio de esta forma, los casos de Argentina

han sido estudiados y argumentados para visualizar precisamente las fallas en la lógica de los razonamientos de los tribunales, los errores de interpretación de derecho y de los hechos y, la inaplicación de reglas consagradas por el derecho internacional de las inversiones.

Aún así, dejando de un lado las críticas a los laudos resultantes de la crisis de Argentina, esta situación de emergencia demostró que, una serie de hechos económicos, fiscales y financieros diferentes a la guerra, el conflicto armado interno y externo, los disturbios civiles, entre otros, pueden ser calificados como situaciones que ponen en peligro la existencia y la subsistencia de un Estado. Por consiguiente, una pandemia que pone en peligro cualquier esfera relacionada con la salud pública, una vez más, puede sentar un precedente en cuanto a otros hechos que comprometen la existencia de un Estado o de los Estados.

Llegado a este punto, dado que en el capítulo cuarto se construyó una especie de catálogo que incluye todas las cláusulas de emergencia contenidas dentro de los tratados bilaterales de inversión suscritos por Colombia, puede concluirse que la mayoría de estos tratados incluyen dentro de sus artículos, cláusulas de emergencia. Por ende, en caso de que Colombia se vea enfrentado ante una controversia con motivo de la pandemia, cuenta con herramientas y mecanismos de defensa que, si bien, son de difícil argumentación y suponen una alta carga probatoria, aportan a evitar que las medidas tomadas para enfrentar el virus no sean catalogadas como ilícitas.

Finalmente, hasta que no se tramite ningún caso que tenga como causante la pandemia generada por la Covid-19, no se sabrá con mayor certeza si definitivamente la defensa del estado de necesidad y las cláusulas de emergencia aplican dentro de este contexto. A causa de esto, el reto que supone el actual contexto mundial es enorme, pues nuevas disputas y diferencias surgirán a medida que los Estados continúen tomando decisiones para reestablecer un poco el estado de cosas.

## Bibliografía

### Referencias generales

- Bjorklund, A.K. (2008). Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure. En: P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (pp. 459-523). Oxford University Press.
- Burke-White, W.W. & Von Staden, A. (2007). Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, 48(2), 307-410. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=980107](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980107)
- Cristani, F. (2021). How the Coronavirus Crisis Challenges International Investment (Customary) Law Rules: Which Role for the Necessity Defense. *Case Western Reserve Journal of International Law* 53(1), 89-116. <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol53/iss1/6>
- Desierto, D. A. (2012). *Necessity and National Emergency Clauses*. Brill. <https://doi.org/10.1163/9789004218536>
- El Harti Alonso, M. & Herbst, S. (2021). The Rise of Investor-State Public Health Disputes: Lessons Learned from the Idiosyncrasy of Argentinian and NAFTA Cases in the Era of COVID-19. *Con-texto – Revista de Derecho y Economía* 56, 81-98.
- Fitzmaurice, M. (2012). Exceptional Circumstances and Treaty Commitments. En D.B. Hollis (Ed.), *Oxford Guide to Treaties* (pp. 595-623). Oxford University Press.
- García Matamoros, L. & Arévalo Ramírez, W. (2017). El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencionalidad en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(17), 469-512. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2017.17.11043>

- Gazzini, T. (2008). Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on CMS Argentina. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 26(3), 450-470.
- Gibson, C. H. (2015). Beyond self-judgment: Exceptions clauses in US BITS. *Fordham International Law Journal*, 38(1), 1-56.
- Heathcote, S. (2010). Circumstances Precluding Wrongfulness in the Articles on State Responsibility: Necessity. En: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson & K. Parlett (Eds.), *The Law of International Responsibility* (pp. 491–501). Oxford University Press.
- Henckels C. (2019) Investment Treaty Security Exceptions, Necessity and Self-Defence in the Context of Armed Conflict. En: K. Fach Gómez, A. Gourgourinis & C. Titi (Eds.), *International Investment Law and the Law of Armed Conflict. European Yearbook of International Economic Law* (pp. 319-340). Springer. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-10746-8\\_15](https://doi.org/10.1007/978-3-030-10746-8_15)
- Henckels, C. (2020). Permission to Act: The Legal Character of General and Security Exceptions in International Trade and Investment Law. *International and Comparative Law Quarterly* 69(3) (2020), 557-584. ISSN 0020-5893.
- Kendra, T. (2021). State Measures towards Foreign Investors during COVID-19: Potential Basis for New Investment Arbitration Claims? *Yearbook on International Arbitration*, 7, 19-26.
- Martin, A. (2012). Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis: Interpreting BIT Non-precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law. *Journal of International Arbitration*, 1(29), 49-70. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/29.1/JOIA2012003>
- Martínez, E. (2012). Understanding the Debate Over Necessity: Unanswered Questions and Future Implications of Annulments in the Argentine Gas Cases. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 23(1), 149-186.

- Moon, W.F. (2012). Essential Security Interests in International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law* 15(2), 481–502. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgs024>
- Newcombe, A. & Paradell, L. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*.
- Paparinskis, M. (2013). Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility. *European Journal of International Law*, 24(2), 617-647. <https://doi.org.ezproxy.eafit.edu.co/10.1093/ejil/cht025>
- Paparinskis, M. (2016). Circumstances Precluding Wrongfulness in International Investment Law. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 31(2), 484-503. <https://doi.org.ezproxy.eafit.edu.co/10.1093/icsidreview/siw007>
- Pathirana D., & McLaughlin M. (2019). Non-precluded Measures Clauses: Regime, Trends, and Practice. En: J. Chaisse, L. Choukroune & S. Jusoh S. (Eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*. Springer. [https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2\\_6-1](https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_6-1)
- Pérez Aznar, F (2017). Investment Protection in Exceptional Situations: Compensation - for - Losses Clauses in IIAs. *ICSID Review*, 32(3), 696-720. <https://doi.org.ezproxy.eafit.edu.co/10.1093/icsidreview/six010>
- Reinisch, A. (2007). Necessity in International Investment Arbitration an Unnecessary Split of Opinions in recent ICSID Cases Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina. *Journal of World Investment & Trade*, 8(2), 191-214.
- Sornarajah, M. (2017). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press.
- Toro, J. A. (2013). *La autoridad privada en la gobernanza global: las oficinas globales de abogados en el régimen de arbitraje de inversiones del CLADI. Los casos arbitrales derivados de la crisis Argentina* [Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra]. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=142852>
- UNCTAD. (2009). The Protection of National Security in IIAs. UNCTAD Series on International

Investment Policies for Development. [https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20085\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20085_en.pdf)

Vasiljevic, M., & Jovanovic, M. (2016). Necessity as Ground for Precluding Wrongfulness in International Investment Law. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade International Edition*, 5(24), 5-24. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/annabel2016&i=7>

Weidemaier, M. C. & Gulati, M. (2020). Necessity and the Covid-19 pandemic. *Capital Markets Law Journal*, 2020.

Zarra, G. (2017). Orderliness and Coherence in International Investment Law and Arbitration: An Analysis Through the Lens of State of Necessity. *Journal of International Arbitration*, 4(34), 653-678, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/34.4/JOIA2017031>

Zrilirc, J. (2019). *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflict*. Oxford University Press.

### **Instrumentos normativos internacionales**

Acuerdo Bilateral sobre la Promoción y Protección de Inversiones Entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5727/download>

Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones Entre la República Federativa del Brasil y la República de Colombia, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5765/download>

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Colombia el cual constituye un protocolo adicional al ACE 24 (2006), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3089/download>

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte por el cual se promueven y protegen las inversiones (1994), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/806/download>

Acuerdo Entre el Gobierno de la República De Colombia y el Gobierno de la República Francesa Sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4771/download>

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Singapur y el Gobierno de la República de Colombia Sobre Promoción y Protección de Inversiones, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/799/download>

Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia Sobre Promoción y Protección Recíproca De Inversiones (2007), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/798/download>

Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones (2005), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/801/download>

Acuerdo Entre la República de Colombia y la República De Chile Para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (2000), disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/665/download>

Acuerdo General de Cooperación Económica entre la India y Singapur, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2707/download>

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España (1995), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/802/download>

Agreement Between Japan and the Republic of Colombia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/797/download>

Agreement Between the Belgium-Luxembourg Economic Union, on the one hand, and the Republic of Colombia, on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/342/download>

Agreement Between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3249/download>

Agreement Between the Government of The Republic of Korea and The Government of the Republic of Colombia for the Promotion and Protection of Investments, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5182/download>

Agreement Between the Republic of Colombia and the Swiss Confederation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/803/download>

Agreement for the Promotion and Protection of Investments Between The Republic of Colombia and The Republic of India, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/796/download>

Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Republic of Colombia (2010), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3253/download>

Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments Between the Government of the Republic of Colombia and the Government of The People's Republic Of China, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/720/download>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convenio entre el Gobierno de la República De Colombia y el Gobierno de la República De Cuba Sobre Promoción Y Protección Recíproca De Inversiones, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5074/download>

Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia Sobre Promoción y Protección Recíproca De Inversiones (1994), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4926/download>

Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones de Colombia, disponible en: <https://www.mincit.gov.co/temas-interes/documentos/aai-modelo-2017.aspx>

Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de Estados Unidos, disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (2014), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2940/download>

Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Tratado Bilateral de Inversiones entre Alemania y Pakistán, disponible en:  
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>

Tratado Bilateral de Inversiones entre Bulgaria y Estados Unidos, disponible en:  
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/556/download>

Tratado Bilateral de Inversiones entre Estados Unidos y Argentina, disponible en:  
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download>

Tratado Bilateral de Inversiones entre Hungría e India, disponible en:  
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1523/download>

### **Laudos y decisiones de anulación CIADI consultados**

<b>Actores</b>	<b>Registro</b>
CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina	ARB/01/8
Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. v. República de Argentina	ARB/01/3
LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. República de Argentina	ARB/02/1
Sempra Energy International v. República de Argentina	ARB/02/16