

EL ESTADO DE NECESIDAD Y LAS CLÁUSULAS DE EMERGENCIA CONTEMPLADAS EN LOS APPRI: LOS CASOS ARGENTINOS ANTE EL CIADI *

Fernando LOZANO CONTRERAS

Profesor contratado doctor de Derecho internacional público
y relaciones internacionales
Universidad de Alcalá

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS OBLIGACIONES Y DEUDAS FINANCIERAS DE LOS ESTADOS Y EN EL TRATO DEBIDO A LOS EXTRANJEROS.—2.1. El estado de necesidad en el ámbito de las obligaciones y deudas financieras de los Estados.—2.2. El estado de necesidad en el trato debido a los extranjeros.—3. LA CLÁUSULA DE EMERGENCIA EN LOS APPRI CELEBRADOS POR ARGENTINA.—3.1. Los casos contra Argentina por incumplimiento de APPRI.—3.2. Las cláusulas de emergencia contenidas en los APPRI celebrados por Argentina.—3.2.1. La cláusula de no discriminación en caso de emergencia.—3.2.2. La cláusula de emergencia.—4. CLÁUSULA DE EMERGENCIA Y ESTADO DE NECESIDAD EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ARGENTINA.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento del estado de necesidad como circunstancia capaz de excluir la ilicitud de un hecho llevado a cabo por un Estado u OI obedece al deseo de los Estados de crear un instrumento de carácter excepcional para proteger determinados intereses esenciales que pueden verse amenazados por

* El presente estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación concedido por la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de Madrid titulado: «La aplicación de los principios generales sobre responsabilidad internacional de los Estados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI): especial referencia a la circunstancia del estado de necesidad» (CCG08-UAH/HUM-3923).

un peligro grave e inminente. Así queda reflejado en el art. 25 del proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la CDI que fue presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) en 2001:

«1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de 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»¹.

Su condición de concepto jurídico indeterminado², así como su carácter restrictivo y excepcional³, han propiciado que una parte de la doctrina científica haya llegado incluso a cuestionarse si se debe admitir o no esta circunstancia como parte del DI general⁴. No obstante, ello no ha impedido que el estado de necesidad goce de un amplio reconocimiento tanto en la práctica como en la jurisprudencia⁵ y la doctrina internacionales⁶, considerándose

¹ Véase A/RES/56/83. Como ya tuvimos la oportunidad de poner de manifiesto, esta circunstancia ha sido introducida, mutatis mutandis, en el art. 22 del nuevo proyecto de artículos sobre responsabilidad de las Organizaciones Internacionales elaborado por la CDI: LOZANO CONTRERAS, F., «El estado de necesidad en el ámbito de la responsabilidad de las Organizaciones Internacionales», *REEI*, vol. 17, 2009, pp. 6-13.

² Común denominador presente en aquellos conceptos o categorías jurídicas indeterminados que, procedentes de los ordenamientos internos, terminan instalándose en el Derecho internacional, *ibid.*, p. 4, nota 5.

³ Que se agudiza más si cabe en el mencionado proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales, *ibid.*, pp. 19-20.

⁴ En este sentido pueden consultarse: ÁLVAREZ, J. y KHAMSI, K., «The Argentine Crisis and Foreign Investors. A Glimpse into the Heart of the Investment Regime», en SAUVANT, K. P. (dir.), *The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 379-478, pp. 460-478; CHRISTAKIS, T., «Nécessité n'a pas de loi? La nécessité en droit international», *Société Française pour le Droit International. Colloque de Grenoble. La nécessité en droit international*, París, Pedone, 2007, pp. 30-44; HEATHCOTE, S., *State of Necessity and International Law (these)*, Ginebra, 2005, p. 449; «Est-ce que l'état de nécessité est un principe de droit international coutumier?», *RBDI*, vol. XL, 2007-1, pp. 53-89; HILL, S., «The necessity defense and the emerging arbitral conflict in its application to the U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty», *Law and Business Review of the Americas*, vol. 13 (Summer 2007), núm. 3, pp. 549-550; BARBOZA, J., «Necessity (revisited) in International Law», en MAKARCZYK, J. (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya/Boston/Lancaster, Nijhoff, 1984, 27-43, p. 27; SALMON, J. A., «Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?», *ibid.*, pp. 235-270, pp. 238-239 y 241.

⁵ La CIJ afirmó en el asunto *Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*: «The Court considers, first of all, that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation. It observes moreover that such ground for precluding wrongfulness can only be accepted on an exceptional basis. The International Law Commission was of the same opinion when it explained that it had opted for a negative form of words in Article 33 of its Draft», asunto *Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, Fondo, ICJ Reports 1997, párr. 51, p. 40. La Corte confirmó años después su posición en el marco de su *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004):

(Véase nota 6 en página siguiente)

el art. 25 como un precepto declarativo de las normas consuetudinarias que rigen la materia.

Determinados aspectos y cuestiones relacionados con la interpretación y alcance del estado de necesidad han adquirido recientemente un mayor protagonismo al haber trascendido al ámbito de la protección internacional de las inversiones extranjeras, sector en el que se han resuelto, durante los últimos años, algunos casos en los que esta circunstancia ha llegado a jugar un papel trascendental. Es precisamente este proceso de revitalización que el estado de necesidad está experimentando en ese sector de normas el que nos anima a plantear este análisis centrado fundamentalmente en la función e interpretación de la que viene siendo objeto dentro del régimen de la protección de las inversiones extranjeras, o DI de las inversiones⁷; un sistema convencional especializado de normas en el que debido al auge de los denominados Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (en adelante, APPRI), a la aparición de OI con competencias en la materia y a la proliferación de jurisdicciones internacionales especiales de carácter arbitral, la sectorialización del DI cobra un nuevo impulso y dimensión.

Los casos en los que se centrará el presente trabajo y que se analizarán en el apdo. 3, orbitan en torno a la interpretación y aplicación de la cláusula de emergencia recogida en algunos APPRI y la circunstancia del estado de necesidad. Dicho análisis irá prologado de un breve recorrido por los precedentes de la jurisprudencia internacional de finales del siglo XIX y primera mitad del siglo XX basados en el incumplimiento de obligaciones y deudas financieras y otras normas relativas al trato que, *in genere*, ha de concedérseles en el territorio de un Estado a los extranjeros, pues como ha señalado un sector de la doctrina⁸, detrás de la invocación del estado de necesidad en los casos plan-

«[...] it might be asked whether a state of necessity as recognized in customary international law could be invoked with regard to those treaties as a ground for precluding the wrongfulness of the measures or decisions being challenged», *ICJ Reports 2004*, párr. 140, pp. 194-195. Pese a que en ninguno de estos dos asuntos la Corte consideró que se cumplían todas las condiciones requeridas para la invocación de la circunstancia, no dudó en corroborar su carácter consuetudinario amén de su posible aplicación a sectores tan distintos y distantes entre sí como el de la protección del medio ambiente y la salvaguardia de la seguridad de un Estado. Un argumento similar utilizó el TIDM en su Sentencia de 1 de julio de 1999, en el asunto *M/V Saiga* (núm. 2) (*San Vicente y las Granadinas c. Guinea*), Fondo, párrs. 132-138, en http://www.itlos.org/start2_en.html.

⁶ El tema central sobre el que precisamente giró el coloquio que la Société Française pour le Droit International celebró del 8 al 10 de junio de 2006 en Grenoble fue el de la necesidad en Derecho internacional: Société Française pour le Droit International, *op. cit.*, nota 4.

⁷ El análisis que proponemos supone una nueva y actualizada aportación a un tema en su momento avanzado en la doctrina española por CORTÉS MARTÍN, J. M., «El estado de necesidad en materia económica y financiera», *ADI*, 2009, núm. 25, pp. 119-173.

⁸ Véanse OSUNA, O., «L'apport de la Jurisprudence Internationale en matière de nécessité économique et financière avant 1945», en *Société Française pour le Droit International. Colloque de Grenoble*, *op. cit.*, nota 4, pp. 357-366; REINISCH, A., «Necessity in International Investment Arbitration - An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on *CMS c. Argentina* and *LG&E c. Argentina*», *TDM Journal*, vol. 3, núm. 5 (diciembre de 2006), pp. 7-15, <http://www.transnational-dispute-management.com>; WALDE, T. W., «The Serbian Loans Case. A Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt?», *ibid.*, vol. 1, núm. 4 (octubre de 2004), pp. 21-50; «The Sanctity of Debt and Insolvent Countries: Defenses of Debtors in International Loan Agreements», en SASOON, D. y

teados y resueltos en el DI de las inversiones subyacen, *mutatis mutandis*, circunstancias similares que las que rodearon a aquellos precedentes⁹.

2. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS OBLIGACIONES Y DEUDAS FINANCIERAS DE LOS ESTADOS Y EN EL TRATO DEBIDO A LOS EXTRANJEROS

2.1. El estado de necesidad en el ámbito de las obligaciones y deudas financieras de los Estados

Dentro del ámbito de las obligaciones y deudas financieras de los Estados se distinguen dos clases de supuestos, aquellos en los que la circunstancia del estado de necesidad fue esgrimida por los Estados para justificar el rechazo o la suspensión del pago de una deuda u obligación contraída directamente respecto de otro Estado; y otros casos en los que las deudas u obligaciones financieras habían sido contraídas respecto de bancos o sociedades financieras extranjeras.

En la jurisprudencia arbitral relativa al incumplimiento de obligaciones y deudas financieras entre Estados destaca, en primer lugar, el asunto de la *Indemnización rusa* (1912)¹⁰, en el que el Gobierno otomano con el fin de sortear la ilicitud de su conducta y así justificar su demora en el pago de una deuda contraída con el Gobierno ruso tras la conocida como «Guerra de Oriente», invocó encontrarse en una situación financiera embarazosa que a pesar de encajar en el patrón del estado de necesidad sus autoridades catalogaron como de «fuerza mayor». La Corte Permanente de Arbitraje (CPA), sin enmendar la inexactitud terminológica¹¹, optó por valorar y tomar en

BRADLOW, D. (eds.), *Judicial Enforcement of International Debt Obligations*, Washington, Internat. Law Inst., 1987, pp. 130-145. En este último trabajo, T. Walde incurre en el clásico error de confundir estado de necesidad con fuerza mayor.

⁹ Se tomará para ello como punto de referencia la *Adición al Octavo Informe sobre responsabilidad del Estado*, *Anuario CDI 1980*, vol. II, Primera Parte, pp. 24-49. En el que el entonces relator especial de la CDI, R. Ago reformula un buen número de precedentes de la práctica que, en su opinión, fueron de origen erróneamente considerados como ejemplos de fuerza mayor o legítima defensa y son expuestos por él como claros ejemplos que confirman la voluntad de los Estados de poder invocar el estado de necesidad como circunstancia excluyente de la ilicitud.

¹⁰ Asunto de la *Indemnización rusa* (*Rusia c. Imperio otomano*), 1912, CPA, en SCOTT, J. B. (ed.), *The Hague Courts Reports*, Nueva York, 1916, pp. 311-318. Similares argumentos a los barajados en este caso fueron los utilizados por P. Reuter en la defensa de la posición francesa en el asunto de los *Derechos de los nacionales de Estados Unidos en Marruecos* (*Estados Unidos c. Francia*), *CII Procédure Orale, Deuxième Partie*, 1952, pp. 182-184.

¹¹ Como apuntara R. AGO en su octavo informe: «Esa pluralidad de acepciones por fuerza origina cierta confusión que, en algunos casos, viene a ser acrecentada por el empleo de la expresión “fuerza mayor” como sinónimo de “estado de necesidad”», *Octavo Informe sobre la responsabilidad del Estado*, *Anuario CDI 1980*, vol. II, Primera Parte, p. 52; un aspecto éste en el que más tarde insiste: «En la práctica internacional, son muy numerosos los casos en que un Estado ha invocado una situación de necesidad (haya o no empleado para designarla ese término preciso u otros) con el fin de justificar un comportamiento diferente del que habría exigido en el caso una obligación internacional a su respecto»,

cuenta dicha circunstancia si bien, una vez examinados todos los hechos del caso, consideró que a su juicio y dada la escasa relevancia de la cuantía de la deuda era exagerado considerar que el abono de la misma ponía en peligro la existencia del Imperio otomano por lo que la ilicitud del comportamiento no conforme a la obligación no quedó excluida¹², ya que como bien advirtió la CPA, únicamente en caso de que el respeto de la obligación pusiera en peligro la existencia del Estado o arriesgase comprometer gravemente su situación interna podría considerarse que el Estado está autorizado a no ajustarse a dicho respeto.

Otro caso de la jurisprudencia arbitral fundado en el impago de una deuda bajo la excusa de dificultades financieras en el que también se barajó esta circunstancia surgió con ocasión del asunto de los *Bosques del Ródope Central (Bulgaria c. Grecia)*¹³, en el que tras el laudo condenatorio dictado en 1933 por el árbitro Ö. Undén contra Bulgaria y ante la imposibilidad de este último Estado de hacer frente al importe de la reparación, Grecia decidió someter el asunto ante el Consejo de la Sociedad de Naciones en 1933 para que éste adoptase las medidas necesarias para asegurar el efecto del laudo¹⁴. Para justificar su comportamiento no conforme con la decisión arbitral, Bulgaria expuso ante el Consejo las graves dificultades financieras que le impedían hacer frente a su obligación, excusas que fueron aceptadas por Grecia, que reconoció esa situación de necesidad y optó por renegociar la deuda admitiendo una compensación en especie¹⁵.

La práctica arbitral de aquella época también nos ofrece varios ejemplos en los que las autoridades estatales invocaron dificultades financieras gravísimas —y por tanto una situación susceptible de responder a las condiciones que permitan reconocer la existencia de un estado de necesidad— para justificar el repudio o la suspensión del pago de una deuda a propósito de deudas contraídas no directamente respecto de otro Estado, sino respecto de bancos o de otras sociedades financieras extranjeras. Este fue el caso resuel-

Adición al octavo Informe sobre responsabilidad del Estado, op. cit., nota 9, pp. 24-25. En este sentido, resulta conveniente recordar el hecho diferencial que distingue al estado de necesidad de la fuerza mayor. El estado de necesidad no supone un comportamiento involuntario o impuesto; la fuerza mayor, por el contrario, se caracteriza porque el comportamiento del Estado es involuntario o por lo menos no entraña ningún elemento de libre elección. Véase *Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53.º periodo de sesiones (2001), Suplemento núm. 10 (A/56/10)*, pp. 186-193. Como señaló F. V. García Amador: «La excepción de fuerza mayor es aplicable primordialmente en aquellas situaciones en las que el Estado se encuentra ante la imposibilidad de tomar las medidas necesarias para cumplir una obligación internacional. Es decir, la excepción es aplicable generalmente a los casos de responsabilidad por omisión. El estado de necesidad, en cambio, se presenta siempre con motivo de una conducta o acción positiva, de actos o medidas que son contrarias al Derecho internacional en circunstancias normales», GARCÍA AMADOR, F. V., *Principios de Derecho internacional que rigen la responsabilidad. Análisis crítico de la concepción tradicional*, Madrid, Escuela de funcionarios internacionales, 1963, pp. 325-326.

¹² Asunto de la *Indemnización rusa (Rusia c. Turquía)*, SCOTT, J. B. (ed.), *op. cit.*, nota 10, pp. 313 y 317.

¹³ Asunto de los *Bosques de los Ródopes Centrales (Bulgaria c. Grecia)*, 1933, UNRIAA, vol. III, p. 1432.

¹⁴ Art. 13.4 del Pacto de la Sociedad de Naciones, en <http://unispal.un.org/>.

¹⁵ *League of Nations, Official Journal*, 15th year, núm. 11 (parte I, noviembre de 1934), p. 1432.

to por la Comisión Mixta de Reclamaciones franco venezolana en el asunto *French Company of Venezuelan Railroads (Francia c. Venezuela)*¹⁶, en el que el árbitro Plumley no consideró responsable internacionalmente a Venezuela por impago de deuda ya que en su opinión la propia conservación del Estado venezolano estaba en peligro.

Las instancias judiciales internacionales también se han enfrentado a esta circunstancia en contextos similares. En el asunto de los *Préstamos serbios (Francia c. Serbia)*¹⁷, las autoridades serbias alegaron «fuerza mayor» para tratar de eludir la obligación que sobre ellas pesaba de reintegrar a un grupo de bancos franceses la deuda en oro que habían adquirido antes de la guerra, y que debido a las serias dificultades financieras que atravesaron después del conflicto les fue imposible saldar. La CPJI reconoció que había ocasiones en las que el estado de necesidad podía ser invocado como causa para excluir la ilicitud de una conducta no conforme con una obligación internacional de naturaleza financiera, pero consideró que en este caso la situación financiera por la que atravesaba Serbia no era tan grave y que por tanto no cabía aceptar dicha excusa. Similares argumentos fueron los empleados por este mismo tribunal en circunstancias parejas en el asunto de los *Préstamos Brasileños (Francia c. Brasil)*¹⁸.

Por último, en el asunto de la *Sociedad Comercial de Bélgica (Bélgica c. Grecia)*, también se llegó a invocar la existencia de una situación de dificultad financiera muy grave para justificar la no ejecución del pago de una deuda que Grecia había contraído con una sociedad financiera belga. El Gobierno griego, sin rechazar sus obligaciones, trató de escudarse en la grave situación presupuestaria y monetaria por la que atravesaba el país para negarse a ejecutar dos laudos arbitrales que le habían condenado a abonar a Bélgica una importante suma de dinero adeudada. La CPJI no llegó a pronunciarse sobre esta circunstancia aunque implícitamente la admitió como principio básico, al igual que lo hicieron las partes¹⁹.

2.2. El estado de necesidad en el trato debido a los extranjeros

Otra esfera normativa del DI en la cual resulta particularmente interesante analizar los precedentes en los que un Estado, cuyo comportamiento era contrario a una obligación internacional, ha alegado como justificación de su conducta el estado de necesidad como único medio de conjurar un peligro

¹⁶ Asunto *French Company of Venezuelan Railroads (Francia c. Venezuela)*, 1903, UNRIAA, vol. X, p. 353.

¹⁷ Asunto de los *Préstamos Serbios (Francia c. Serbia)*, 1929, CPJI, serie A, núm. 20/21, párr. 268.

¹⁸ Asunto de los *Préstamos Brasileños (Francia c. Brasil)*, 1929, CPJI, serie A, núm. 20/21, párr. 273.

¹⁹ Asunto de la *Sociedad Comercial de Bélgica (Bélgica c. Grecia)*, 1939, CPJI, series A/B, núm. 78, párrs. 276-288. Para el Gobierno belga la incapacidad de pago podía reconocerse como la justificación de una «suspensión» total o parcial de ese pago, pero no como una liberación definitiva, ni siquiera parcial, de la deuda.

grave e inminente susceptible de poner en peligro sus intereses esenciales, es la que se ocupa del trato que un Estado debe dispensarle en su territorio a los extranjeros, ya se trate de personas físicas o jurídicas²⁰.

Dentro de la diversidad de medidas con que el Estado puede afectar a los extranjeros interesan, en lo que respecta al estado de necesidad y a este estudio, aquellas que van dirigidas y pueden afectar a su patrimonio. Las que revisten mayor importancia y todavía gozan de actualidad, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, son las de expropiación y nacionalización de las inversiones, sobre todo las que afectan a derechos adquiridos a través de relaciones contractuales entre el Estado receptor de la inversión y el particular extranjero (propiedad o concesión).

Un precedente arbitral destacado en este ámbito es el asunto de la *Compañía General del Orinoco*, resuelto por la mencionada Comisión Mixta de Reclamaciones Francia/Venezuela y en el que una sociedad francesa, después de obtener una concesión del Gobierno venezolano para la explotación de minerales y el desarrollo de una red de transportes en una región sobre la cual Venezuela reclamaba su soberanía, vio frustrada su inversión por la decisión de Venezuela de rescindir los contratos de concesión que había concertado tras restituir a Colombia los territorios sobre los cuales, por error, había ejercido poderes soberanos. El Gobierno francés hizo valer la posición de la empresa de ferrocarriles alegando que Venezuela debía cumplir la obligación de Derecho internacional general de respetar los contratos de concesión de derechos de investigación y explotación que había concertado con sus nacionales. La Comisión Mixta acogió favorablemente los argumentos presentados por Venezuela, según los cuales este país se había visto obligado a revocar la concesión otorgada a la empresa francesa ante el peligro real, provocado por dicha concesión, de que estallara una guerra con Colombia. En particular, el árbitro Plumley consideró que era internacionalmente lícito, dadas las circunstancias excepcionales del caso, que el Gobierno venezolano rescindiera la concesión, pues el deber de autoconservación tenía primacía respecto de toda cuestión contractual, si bien se admitió que la empresa tenía derecho a percibir una indemnización por las consecuencias de ese hecho, internacionalmente lícito, pero sumamente perjudicial para sus intereses²¹.

Otro precedente clásico —en este caso de la práctica estatal incluido por la CDI en su Informe remitido a la AGNU en 2001—, trata sobre una controversia angloportuguesa que se remonta a 1832. El Gobierno portugués, que había firmado un tratado con el Reino Unido en el que se comprometía a respetar los bienes de nacionales británicos que residieran en el país, invocó la necesidad urgente con el fin de justificar la confiscación por su Ejército de bienes pertenecientes a nacionales británicos durante la represión de una

²⁰ Véase el art. 7 de la Resolución adoptada por el *IDI* en su sesión de Lausanne (1927), *Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers*, en http://www.idi-til.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf.

²¹ Asunto de la *Compañía General del Orinoco (Francia c. Venezuela)*, 1903, *UNRIAA*, vol. X, pp. 280-281.

serie de disturbios internos. Las autoridades británicas le reconocieron al Ejército portugués la facultad de confiscar las provisiones o suministros que fueran necesarios para su subsistencia, aun en contra de la voluntad de los propietarios, británicos o portugueses, ya que, en su opinión, los tratados concertados entre el Reino Unido y Portugal no eran tan rígidos ni inflexibles que no pudieran modificarse a la vista de acontecimientos tan graves como estos, en los que la seguridad e incluso la existencia misma del Estado portugués corrían peligro. Para que dicha necesidad justificase una confiscación de esa índole, ésta debía ser inminente y urgente²².

También merecen atención especial algunos supuestos más recientes resueltos por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. Éstos traen su causa de una serie de acontecimientos acaecidos durante la revolución iraní que a pesar de ser catalogados como «fuerza mayor»²³, en nuestra opinión podrían tener mejor encaje en el patrón del estado de necesidad²⁴. En este sentido podemos destacar, entre otros, los asuntos *Gould Marketing Inc. c. Ministry of National Defense of Iran*²⁵, *International Technical Products Corporation and ITP Export Corporation c. The Islamic Republic of Iran*²⁶ o *Ques-tech, Inc. c. The Ministry of National Defense of the Islamic Republic of Iran*²⁷, en los que Irán pudo, gracias a esta circunstancia, eludir su responsabilidad internacional frente a las reclamaciones interpuestas por ciertas empresas e inversores norteamericanos.

Por último, nos quisiéramos cerrar este apartado sin hacer referencia a la opinión individual emitida por el Juez Anzilotti en otro caso de la CPJI bien conocido por la doctrina que ha trabajado el estado de necesidad, el asunto *Oscar Chinn (Reino Unido c. Bélgica)*. De acuerdo con el razonamiento del Juez Anzilotti, si se hubiera probado que Bélgica incumplió con respecto al Reino Unido²⁸ las disposiciones contenidas en la Convención de Saint-Germain-en-Laye (1919), en las que se consagraban los principios de libertad de navegación, libertad de comercio e igualdad de tratamiento en la explotación

²² *Disputa Anglo-Portuguesa*, 1832, McNAIR, A. D., *International Law Opinions*, vol. II, p. 231.

²³ Como ya sucediera en alguno de los casos resueltos en el ámbito de las obligaciones y deudas financieras de los Estados previamente analizados.

²⁴ En este sentido, son muy ilustrativas las reflexiones de R. Ago en su *Octavo informe* en torno a la incertidumbre existente tanto en la práctica como en la doctrina en lo que concierne a la delimitación respectiva de las categorías «fuerza mayor» y «caso fortuito», por una parte, y «estado de necesidad», por otra; véase *Octavo informe sobre la responsabilidad del Estado*, op. cit., nota 9, pp. 47-48.

²⁵ «It remains the Tribunal's task to determine from the facts what was the legal situation between the parties at the time performance ceased. By December 1978, strikes, riots and other civil strife in the course of the Islamic Revolution had created classic force majeure conditions at least in Iran's major cities. By "force majeure" we mean social and economic forces beyond the power of the state to control through the exercise of due diligence. Injuries caused by the operation at such forces are therefore not attributable to the state for purposes of its responding for damages. Similarly, as between private parties, one party cannot claim against the other for injuries suffered as a result of delays in or cessation of performance during the time force majeure conditions prevail, unless the existence of these conditions is attributable to the fault of the respondent party», Laudo de 27 de julio de 1983, 3 IRAN —U. S. CTR—, en <http://www.iusct.com>.

²⁶ Laudo de 19 de agosto de 1985, 9 IRAN —U. S. CTR—, en <http://www.iusct.com>.

²⁷ Laudo de 25 de septiembre de 1985, 9 IRAN —U. S. CTR—, en <http://www.iusct.com>.

²⁸ Estado del que era nacional Oscar Chinn.

de los transportes fluviales en el Congo, el Gobierno belga no hubiera podido excusar su comportamiento más que probando que actuó en estado de necesidad²⁹.

Las decisiones arbitrales y judiciales examinadas confirman y avalan la decisión tomada por la CDI en sus informes de reconocer, tal y como ya lo hiciera el Comité preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930 para la codificación progresiva del DI³⁰, el importante papel que el estado de necesidad en general, y particularmente en caso de graves dificultades financieras que pueden llegar a poner en peligro la preservación de la existencia misma del Estado y de su población en un momento de emergencia pública, puede llegar a jugar en estos casos³¹. En escenarios similares se desarrollan los casos que, en el ámbito de la protección de las inversiones extranjeras, expon-dremos a continuación.

3. LA CLÁUSULA DE EMERGENCIA EN LOS APPRI CELEBRADOS POR ARGENTINA

3.1. Los casos contra Argentina por incumplimiento de APPRI

Son varias las decisiones arbitrales que durante la última década se han ocupado de interpretar y aplicar indistintamente las denominadas cláusulas de emergencia y la circunstancia del estado de necesidad en el ámbito de la protección internacional de las inversiones extranjeras.

Una de las principales características de estos casos es la calidad de los sujetos implicados en la controversia. Mientras que en las controversias clásicas surgidas en el sector de las obligaciones y deudas financieras o de la protección de los extranjeros, los Estados eran los únicos y exclusivos protagonistas de la relación surgida del incumplimiento de la norma, las disputas que ahora analizaremos se caracterizan porque el papel del demandante no lo asume un Estado, sino el particular o empresa cuya inversión se ha visto damnificada por el presunto incumplimiento de la obligación internacional. No hay por tanto necesidad de que, como sucede con el ejercicio de la protección diplomática, el Estado de nacionalidad del inversor intermedie para que una demanda de ese tipo prospere, pues la voluntad expresada por los Estados en los APPRI de los que dichas causas traen su fundamento así lo prevé.

La conflictividad en este sector ha experimentado un crecimiento exponencial siendo cada vez más frecuentes los casos, como el de Argentina, en

²⁹ Asunto *Oscar Chinn (Reino Unido c. Bélgica)*, 1934, CPJI, series A/B, núm. 63. Opinión individual del Juez Anzilotti, p. 113.

³⁰ Véase la Base de Discusión núm. 4 elaborada por el Comité preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930 para la codificación progresiva del DI, en ROSENNE, S. (ed.), *League of Nations Conference for the Codification of International Law (1930)*, 4 vols., vol. 2, Nueva York, 1975, pp. 459-462.

³¹ *Informe de la CDI a la AG sobre la labor realizada en su 53.º periodo de sesiones (2001)*, op. cit., nota 11, pp. 203-205 y 208-209.

que los inversores extranjeros ven bloqueadas sus inversiones por motivos de seguridad nacional o han sido objeto de otras medidas restrictivas después de su establecimiento³².

En efecto, las autoridades nacionales adoptaron con ocasión de la compleja crisis económica y social por la que el país estaba atravesando a finales de la década de los noventa, toda una serie de medidas legislativas con efectos perjudiciales para los intereses de los inversores extranjeros que operaban en su territorio, alegando para ello razones de seguridad o de orden público.

Con el fin de evitar que Argentina incurriera en responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas en virtud de los APPRI³³, sus representantes legales han tratado de justificar esas medidas³⁴ amparándose en dos elementos diferentes aunque intrínsecamente relacionados: la cláusula de emergencia, incluida en algunos de los APPRI celebrados por Argentina; y la circunstancia del estado de necesidad, interpretada conforme al DI general.

La aplicación e interpretación que de estas cláusulas y del estado de necesidad se ha realizado en este contexto de la protección de las inversiones extranjeras reposa, por el momento, en catorce casos en los que Argentina es parte demandada. Once de esos asuntos fueron sometidos al mecanismo establecido en el Convenio de Washington de 1965 constitutivo del CIADI, mientras que los otros tres casos fueron dirimidos por un tribunal arbitral constituido según el Reglamento de UNCITRAL/CNUDMI.

³² En algunas ocasiones, estos argumentos han sido utilizados por el Estado receptor de la inversión con el fin de proteger industrias estratégicas controladas por empresas extranjeras (petróleo, gas, suministros de agua o electricidad, etc.). El número de casos en que las autoridades estatales han bloqueado inversiones extranjeras en industrias nacionales clave por motivos de seguridad nacional ha ido en aumento en los últimos años, durante los cuales varios Estados, sobre todo latinoamericanos, han establecido restricciones a la inversión extranjera en esos sectores o han tratado de modificar de alguna manera las condiciones contractuales para esas empresas. Venezuela —por citar un ejemplo bien conocido de la práctica— ha asumido el control de la industria petrolera y de otras industrias, como las telecomunicaciones, la electricidad y la minería de productos no combustibles. Consúltese el Informe elaborado por la Secretaría del UNCTAD titulado *La protección de la seguridad nacional en los AAI*, Ginebra, 2009, pp. 10-26, en http://www.unctad.org/sp/docs/diaeia20085_sp.pdf.

³³ 54 de los 58 APPRI de los que Argentina es parte se firmaron en los años noventa, http://www.unctad.org/sections/dite_pccb/docs/bits_argentina.pdf.

³⁴ Tras la adopción de una serie de medidas económicas a finales de 2001 (como el polémico Decreto núm. 1570/2001 en virtud del cual se introdujo el «corralito», que limitó drásticamente el derecho de retirar depósitos de cuentas bancarias), el 6 de enero de 2002 el Congreso argentino dictó la Ley núm. 25.561, Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario (conocida como «La Ley de Emergencia»), que declaró una situación de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria durante un plazo cuyo fin, originalmente, estaba previsto para el 10 de diciembre de 2003 y que introducía, entre otras, medidas tendentes a eliminar la, hasta entonces, vigente paridad entre el peso argentino y el dólar estadounidense y la suspensión de la revisión y ajustes de tarifas o precios en los sectores energético y de suministros privatizados, y que en su mayor parte se encontraban en manos de empresas extranjeras. La vigencia de dicha situación, sin embargo, ha sido objeto de varias prórrogas anuales. En febrero de 2002 las autoridades argentinas ordenaron también la renegociación obligatoria de todos los contratos de servicios públicos mediante el Decreto núm. 293/2002, de 14 de febrero. Dichas normas pueden consultarse en <http://www.boletino oficial.gov.ar>.

Esos catorce casos (*CMS, LG&E, Enron, Sempra, BG Group, Metalpar, Continental Casualty, National Grid, Suez & Aguas de Barcelona & Interagua, Suez & Aguas de Barcelona & Vivendi, AWG Group, Total, S. A., Impregilo y El Paso*)³⁵ surgen como consecuencia directa de la mencionada política económica puesta en marcha por Argentina a finales de la década de los noventa y que desembocó en una profunda crisis económica y social³⁶.

En opinión de los demandantes, la ejecución de dichas medidas, entre otras consecuencias, vulneró algunos de los estándares y obligaciones de salvaguardia y protección incluidos en los APPRI³⁷ celebrados por Argentina en la década de los noventa con los Estados de nacionalidad de los inversores damnificados³⁸. Estos últimos, amparándose en las disposiciones de dichos

³⁵ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/01/8; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina (Decisión sobre responsabilidad)*, caso CIADI núm. ARB/02/1; *Enron Corporation Ponderosa Assets, L. P. c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/01/3; *Sempra Energy International c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/02/16; *Metalpar, S. A. y Buen Aire, S. A. c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/5; *Continental Casualty Company c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/9; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A., and Interagua Servicios Integrales del Agua, S. A. c. República Argentina (Decisión sobre responsabilidad)*, caso CIADI núm. ARB/03/17; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A., y Vivendi Universal, S. A. c. República Argentina (Decisión sobre responsabilidad)*, caso CIADI núm. ARB/03/19; *Total, S. A. c. República Argentina (Decisión sobre responsabilidad)*, caso CIADI núm. ARB/04/1; *Impregilo, S. p. A. c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/07/17; *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/15; *BG Group Plc. c. República Argentina*, 24 de diciembre de 2007; *National Grid P. L. C. c. República Argentina*, 3 de noviembre de 2008 y *AWG Group c. República Argentina (Decisión sobre responsabilidad)*, 30 de julio de 2010. Estos tres últimos casos sujetos al Reglamento de CNUDMI/UNCITRAL. El caso *AWG Group* cuenta con la particularidad de aunque sujeto al Reglamento de la CNUDMI, fue administrado por el CIADI. Todas las decisiones adoptadas en el marco de esos tres asuntos pueden consultarse en <http://ita.law.uvic.ca/index.htm>.

³⁶ Como consecuencia de esas medidas, Argentina, en diciembre de 2012, todavía tiene abiertas 23 causas ante el CIADI. De ellas, dos son causas de anulación (*LG&E e Impregilo*) y otras dos son causas que, tras ser anulados sus laudos, deberán, en virtud del art. 51 del Convenio de Washington, ser objeto de una nueva decisión arbitral (*Enron y Sempra*), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

³⁷ En particular los estándares garantizados en los APPRI de trato justo y equitativo, trato no menos favorable que el exigido por el DI, que prohíbe dictar medidas arbitrarias o el de protección y seguridad permanente a la inversión.

³⁸ Los Estados de nacionalidad de las empresas demandantes son: Estados Unidos, Chile, Reino Unido, Francia, España e Italia. En los casos *CMS, LG&E, Enron, Sempra, Continental Casualty y El Paso*, se aplica el Acuerdo entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, APPRI Argentina-Estados Unidos), de 1991 (en vigor desde octubre de 1994); en el caso *Metalpar*, el Acuerdo entre la República Argentina y la República de Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, APPRI Argentina-Chile), de 1991 (en vigor desde enero de 1995); en los casos *BG Group, National Grid y AWG Group*, el Acuerdo entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y la Protección de Inversiones (en adelante, APPRI Argentina-Reino Unido), de 1990 (en vigor desde febrero de 1993); en los casos *Suez & Aguas de Barcelona & Interagua, Suez & Aguas de Barcelona & Vivendi y Total, S. A.*, los Acuerdos entre la República Argentina y Francia para la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones (en adelante, APPRI Argentina-Francia), de 1991 (en vigor desde marzo de 1993) y la República Argentina y España para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones (en adelante, APPRI Argentina-España), de 1991 (en vigor desde septiembre de 1992), en el caso de los dos primeros asuntos relacionados con los servicios de suministro de agua; y en el caso *Impregilo* (también relacionado con los servicios de suministro de agua), el Acuerdo entre la República Argentina e Italia sobre Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones (en adelante, APPRI Argentina-Italia), de 1990 (en vigor desde octubre de 1993). El texto completo de los

Acuerdos³⁹, acordaron demandar a Argentina⁴⁰ reclamándole daños y perjuicios por una conducta que, en su opinión, constituía una clara infracción de las obligaciones en ellos contenidas.

3.2. Las cláusulas de emergencia contenidas en los APPRI celebrados por Argentina

3.2.1. La cláusula de no discriminación en caso de emergencia

Antes de proceder al análisis de la correlación existente entre la cláusula de emergencia, contemplada en el art. XI del APPRI Argentina-Estados Unidos⁴¹, y el estado de necesidad, en tanto que circunstancia capaz de excluir la ilicitud de un hecho de Estado (u OI)⁴², es necesario llevar a cabo una aclaración con el fin de diferenciar, a título previo, entre dicha cláusula y otras cláusulas en apariencia análogas y que, aunque fueron alegadas por la defensa argentina, no poseen idéntica naturaleza y alcance.

En cinco de los seis APPRI en los que se fundamentaron las demandas por incumplimiento interpuestas contra Argentina se recogen disposiciones similares⁴³ al art. IV (3) del APPRI Argentina-Estados Unidos, donde se prevé que:

seis APPRI puede consultarse en la base de datos de la UNCTAD, http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch___779.aspx.

³⁹ Art. VII del APPRI Argentina-Estados Unidos; art. X del APPRI Argentina-Chile; art. 8 del APPRI Argentina-Reino Unido; art. 8 del APPRI Argentina-Francia; art. IX del APPRI Argentina-España y el art. 8 del APPRI Argentina-Italia.

⁴⁰ De acuerdo con los datos oficiales del CIADI y los suministrados por los abogados argentinos, D. Julio César Rivera y D. Roberto Carlos Hermida en el Seminario de Arbitraje «La posición de Argentina sobre el CIADI y el arbitraje de inversiones», celebrado en el Centro de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN) del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU (Madrid) el 4 de febrero de 2010, desde 1997 hasta 2010, Argentina se ha enfrentado ante el CIADI a 49 casos de los cuales cinco eran anteriores a 2001 mientras que los 44 restantes se habían registrado a partir de ese año. A esos 49 casos habría que añadir otros cinco que se resolverán según el Reglamento de la CNUDMI. La cantidad reclamada aproximada a la que Argentina tendría que hacer frente ronda los 900 millones de dólares, en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

⁴¹ Disposición conocida en inglés como: *Measures not precluded clause* (NPM provisions). Véase BURKE-WHITE, W. y VON STADEN, A., «Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties», *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, 2007, núm. 2, pp. 320-337 y 393-400.

⁴² Los tribunales arbitrales que resolvieron los casos estadounidenses dictaminaron que ambas normas (estado de necesidad y cláusula de emergencia) podían resultar aplicables en caso de emergencia económica y, por tanto, no se limitaban a las amenazas de carácter militar o político: *CMS (Laudo, 12 de mayo de 2005)*, párr. 354; *LG&E (Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006)*, párr. 238; *Enron (Laudo, 22 de mayo de 2007)*, párr. 291; *Sempra*, párr. 363, y *Continental Casualty (Laudo, 5 de septiembre de 2008)*, párr. 178.

⁴³ El único APPRI de los seis citados que no contiene en su articulado una cláusula de este tipo es el APPRI Argentina-España. Pese a ello, Argentina trató de hacer valer esta defensa adicional en el marco del asunto *Suez & Aguas de Barcelona & Vivendi*, frente a su responsabilidad por incumplimiento de la obligación de respetar las disposiciones generales de trato contenidas en dicho APPRI argumentando que dicha cláusula, al figurar en tantos APPRI, constituye Derecho internacional consuetudinario y, por tanto, los principios que consagran son aplicables también a la demandante española Agbar. A

«A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas».

En 12 de los 14 casos analizados⁴⁴ Argentina trató de eludir su responsabilidad y justificar su comportamiento acogiéndose a la cláusula de no discriminación.

No obstante, debe advertirse que el citado art. IV (3) del APPRI Argentina-Estados Unidos, al igual que los arts. IV (3) del APPRI Argentina-Chile, 5 (3) del APPRI Argentina-Francia, 4 del APPRI Argentina-Reino Unido y 4 del APPRI Argentina-Italia, no son, en puridad, auténticas cláusulas de salvaguardia o escape que permitan justificar el incumplimiento de los estándares contenidos en dichos Acuerdos. Más bien —como coinciden en señalar los tribunales arbitrales encargados de resolver estas controversias— el significado claro de esas disposiciones es establecer un trato mínimo al inversionista en el contexto de las medidas adoptadas, respecto de las pérdidas sufridas en una situación de emergencia, que no sea diferente al otorgado a los nacionales o a otros inversionistas extranjeros. Esa disposición no excluye, por tanto, la aplicación de los derechos o estándares conferidos por los APPRI; sino que por el contrario, asegura que las medidas orientadas a compensar o minimizar las pérdidas no sean aplicadas de una manera discriminatoria.

En los casos que nos ocupan, los tribunales de arbitraje consideraron que las medidas adoptadas durante ese período de crisis por las autoridades argentinas fueron generalizadas y por tanto no tuvieron efecto discriminatorio adverso para los demandantes⁴⁵.

este respecto, el argumento de Argentina consiste esencialmente en que las disposiciones de los APPRI que a continuación se citan en texto —especialmente las contenidas en los APPRI Argentina-Francia, Argentina-Reino Unido y Argentina-Italia— constituyen un régimen especial aplicable a los inversores en situaciones de emergencia, y que en tales circunstancias el único tratamiento que Argentina debe dar a los inversores es un tratamiento no menos favorable que el que concede a sus propios inversores o a inversores de un tercer Estado. El Tribunal arbitral en su decisión rechazó de plano los argumentos expuestos por Argentina con respecto a cómo debían interpretarse estas cláusulas sin llegar a pronunciarse sobre si procedía o no su aplicación a los inversores españoles. *Suez & Aguas de Barcelona & Vivendi*, párrs. 265-266 y 270.

⁴⁴ Los representantes de Argentina se abstuvieron de plantear esta defensa en tan solo dos asuntos: *Metalpar y Suez & Aguas de Barcelona & Interagua*.

⁴⁵ *CMS (Laudo, 12 de mayo de 2005)*, párrs. 375-376; *LG&E (Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006)*, párr. 244; *Enron (Laudo, 22 de mayo de 2007)*, párrs. 320-321 (*Decisión de anulación, 30 de julio de 2010*), párr. 398; *Sempra (Laudo, 28 de septiembre de 2007)*, párrs. 362-363; *El Paso (Laudo, 31 de octubre de 2011)*, párrs. 559-560; *BG Group (Laudo, 24 de diciembre de 2007)*, párr. 382; *Continental Casualty (Laudo, 5 de septiembre de 2008)*, párr. 275; *National Grid (Laudo, 3 de noviembre de 2008)*, párrs. 251-253; *Total, S. A. (Decisión sobre responsabilidad, 27 de diciembre de 2010)*, párrs. 228-230; *Impregilo (Laudo, 21 de junio de 2011)*, párrs. 339-343; *Suez & Aguas de Barcelona & Vivendi y AWG Group (Decisión sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010)*: «El Tribunal considera que las disposiciones de los TBIs arriba citadas significan lo que su texto establece: imponen a Argentina una obligación de igualdad de trato con respecto a pérdidas sufridas por inversiones, resultantes de

3.2.2. *La cláusula de emergencia*

Hecha esa aclaración, cuestión algo distinta a la anteriormente planteada es la que suscita la aplicación e interpretación del art. XI del APPRI Argentina-Estados Unidos, donde se establece que:

«El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad».

Es claro que en este precepto sí se tipifica, aunque de manera un tanto imprecisa y vaga, una cláusula general de emergencia o salvaguardia (*measures not precluded clause*) cuyo objetivo consiste en limitar, cuando se den una serie de circunstancias excepcionales, el alcance y la aplicabilidad de los estándares de protección de la inversión/inversores contemplados en ese APPRI⁴⁶.

El art. XI del APPRI Argentina-Estados Unidos forma parte de ese tipo de cláusulas contenidas en algunos tratados internacionales que circunstancialmente permiten a los Estados partes en los mismos tomar una serie de medidas o acciones⁴⁷ que de otro modo serían consideradas incompatibles con el tratado y por tanto ilícitas desde el punto de vista del DI⁴⁸. En cuanto a su

guerras, perturbaciones civiles y emergencias nacionales. No eximen a Argentina del cumplimiento de las restantes obligaciones que le imponen esos tratados», párrs. 269-270.

⁴⁶ En los casos *BG Group* (párr. 385), *National Grid* (párr. 261), *Suez & Aguas de Barcelona & Interaqua* (párr. 240) y *Suez & Aguas de Barcelona & Vivendi* y *AWG Group AWG Group* (párr. 261), Argentina también trató de justificar su conducta y eludir su responsabilidad internacional amparándose en la citada *measures not precluded clause* contenida en el APPRI Argentina-Estados Unidos. Los tribunales arbitrales rechazaron ese argumento alegando la inexistencia de una disposición análoga o equivalente al art. XI del APPRI entre Estados Unidos y Argentina en los APPRI Argentina-Reino Unido, Argentina-Francia y Argentina-España.

⁴⁷ En el caso del art. XI del APPRI Argentina-Estados Unidos, acciones o medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado receptor de la inversión con respecto al mantenimiento de la paz o seguridad internacionales o para la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.

⁴⁸ Aún sin salirnos del DI económico, dentro de esta categoría también se encontrarían: los arts. XIX, XX y XXI del GATT; los arts. 801 y 2102 del TLCAN; los arts. 21.1 y 2 del TLC entre Centroamérica y Estados Unidos; o el art. 8 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), cuya vigencia cobró protagonismo a raíz de la decisión adoptada por algunos Estados en vías de desarrollo (Brasil o India) de romper las patentes farmacéuticas que protegían la fabricación y distribución de determinados medicamentos destinados a combatir enfermedades endémicas como el SIDA o la malaria, con el objetivo de comercializarlos genéricamente a un precio más competitivo y accesible para la gente sin recursos. Cláusulas de este estilo también las encontramos en el Derecho de la Unión Europea; es el caso de los arts. 36, 115, 143-144 y 346-347 del TFUE. GATHI, J. T., «How Necessity May Preclude State Responsibility for Compulsory Licensing Under the TRIPS Agreement», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 31, 2006, núm. 4, 943-970, pp. 954-967; «The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPS and Public Health under the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15 (2002), núm. 2, 291-317, pp. 307-316; RUIZ FAVRI, H., «La nécessité devant le juge de l'OMC», en *Société Française pour le Droit International. Colloque de Grenoble, op. cit.*, nota 4, 189-221, pp. 191-

origen histórico, éste es anterior a la eclosión que experimentaron los APPRI durante de la década de los noventa.

Dichas cláusulas son disposiciones que las autoridades estadounidenses incluían regularmente en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación celebrados tras la Segunda Guerra Mundial. La cláusula de emergencia incluida en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación Estados Unidos-Nicaragua, de 1956 [art. XXI.1.d)], tuvo una importancia cardinal en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*⁴⁹; y una cláusula equivalente, incluida en el Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares Estados Unidos-Irán, de 1955 [art. XX.1.d)], gozó de idéntica relevancia y suerte en el asunto de las *Plataformas petroleras (Irán c. Estados Unidos)*⁵⁰.

Esas cláusulas, que en origen formaban parte de los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación concluidos por Estados Unidos, se fueron introduciendo, desde finales de la década de los cincuenta, en el régimen de protección internacional de las inversiones extranjeras⁵¹. El primer APPRI conocido que incluyó una cláusula de este tipo fue el APPRI celebrado entre la República Federal Alemana y Pakistán, el 25 de noviembre de 1959⁵². Del mismo modo, en el art. X (1) del primer APPRI firmado por Estados Unidos (APPRI Estados Unidos-Panamá, 27 de octubre de 1982), también contiene una cláusula análoga⁵³.

204; MEHDI, R., «Nécessité et Droit Communautaire», *ibid.*, 109-124, pp. 112-117; *Informe elaborado por la Secretaría UNCTAD: La protección de la seguridad nacional en los AII*, Nueva York y Ginebra, 2009, pp. 8-10, 35-39 y 47-53, en http://unctad.org/es/Docs/diaeia20085_sp.pdf.

⁴⁹ La invocación de esta cláusula por parte de los Estados Unidos no sirvió ni para soslayar la competencia de la Corte ni para justificar la adopción de determinadas acciones llevadas a cabo por las autoridades estadounidenses que terminaron frustrando el objeto y fin del Tratado, asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, *Fondo, ICJ Reports 1986*, párrs. 221-225. La Corte tampoco permitió que las autoridades estadounidenses eludieran su responsabilidad mediante su invocación, *ibid.*, párrs. 280-282.

⁵⁰ Asunto de las *Plataformas Petroleras (Irán c. Estados Unidos)*, *Objeciones Preliminares, ICJ Reports 1996*, párr. 20; y *Fondo, ICJ Reports 2003*, párrs. 43-45 y 73-78, párr. 78.

⁵¹ De los más de 2.000 APPRI actualmente en vigor, las cláusulas de emergencia forman parte aproximadamente de algo más de doscientos (12 por 100), siendo los Estados que más las utilizan introduciéndolas en sus APPRI modelo: Alemania, Bélgica-Luxemburgo, India, Canadá, Estados Unidos y, en menor medida, México. Como se señala en el citado Informe elaborado por la Secretaría UNCTAD: «Del examen realizado para el presente estudio parece desprenderse que, hasta ahora, sólo una minoría de los AII contienen algún tipo de excepción relativa a la seguridad nacional y que esas cláusulas son más frecuentes en los acuerdos que se refieren a la entrada de inversiones extranjeras que en los que se limitan a la etapa posterior al establecimiento. Ello puede explicarse porque las preocupaciones en materia de seguridad nacional relacionadas con la inversión extranjera se plantean principalmente cuando se aborda la cuestión de la entrada de esas inversiones», *La protección de la seguridad nacional, op. cit.*, nota 32, p. XX.

⁵² En cuyo Protocolo (apdo. 2) figuraba esta cláusula como una excepción referida al art. 2 del APPRI donde se tipificaba la prohibición de trato discriminatorio, en *Bundesgesetzblatt*, 1961, núm. 33, 6 de julio de 1961, pp. 793-800.

⁵³ «This treaty shall not preclude the application by either Party of any and all measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace and security, or the production of its own essential security interests», en <http://www.unctadxi.org>.

En el sector de la protección internacional de las inversiones, este tipo de disposiciones se perfilan como un mecanismo eficaz que permite el deterioro de los estándares de protección reconocidos en los APPRI que, de esta manera, ven debilitado su poder de protección frente a esa clase específica de conductas o acciones adoptadas por el Estado receptor de la inversión.

En circunstancias normales, el Estado receptor de la inversión debe responder frente a los inversionistas por los daños derivados del incumplimiento de los APPRI, pero en circunstancias excepcionales (como las descritas en dichas cláusulas), la cláusula de emergencia transfiere los riesgos a los inversores. Mientras las conductas o acciones del Estado receptor de la inversión se adopten en la búsqueda de uno de los objetivos especificados en dicha cláusula, esos actos, *a priori* prohibidos por el APPRI, no constituirán violaciones del tratado (esto es, hechos internacionalmente ilícitos) y por tanto no podrán entrañar responsabilidad internacional, limitándose así el régimen jurídico de protección de los inversores extranjeros.

Es obvio que la cuestión que más interés suscita, a la vista del objeto de nuestra investigación, es la interpretación y aplicación que se le ha dado a esta cláusula por parte de los tribunales arbitrales que han tenido que resolver las demandas interpuestas por los inversores estadounidenses contra Argentina, sin perder de vista, además, la línea de defensa adicional utilizada por los representantes argentinos para soslayar la responsabilidad de Argentina por las medidas adoptadas frente a la crisis económica, consistente en la alegación del estado de necesidad.

Ambas cuestiones —cláusula de emergencia y estado de necesidad— resultan cruciales para determinar no sólo el margen de libertad del Estado para responder a esas circunstancias excepcionales, sino también el alcance de la protección de la inversión concedida por aquellos APPRI que cuentan con cláusulas de similar contenido y naturaleza.

4. CLÁUSULA DE EMERGENCIA Y ESTADO DE NECESIDAD EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ARGENTINA

Los tribunales arbitrales encargados de resolver los casos argentinos se refirieron al citado art. 25 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado⁵⁴ para, en respuesta a las alegaciones presentadas por Argentina, dilucidar si se cumplieron, durante el periodo de crisis reseñado, las condiciones básicas definidas en dicho precepto y que son requeridas para concluir que un Estado no ha incurrido en un supuesto de responsabilidad internacional.

Con el fin de realizar una correcta valoración e interpretación, se tuvieron en cuenta y examinaron las circunstancias particulares de cada caso así como los requisitos acumulativos y límites contemplados en dicho precepto

⁵⁴ Disposición citada en el epígrafe 2 *supra*.

(salvaguardia de un interés esencial contra un peligro grave e inminente, no haber contribuido a que se produzca esa situación y no afectación del interés esencial de otro Estado o de la Comunidad Internacional en su conjunto). Para ello se tomaron como referencia algunos de los precedentes más relevantes de la práctica y la jurisprudencia internacionales, insistiendo en el carácter excepcional de esta circunstancia así como en las consecuencias que se derivaban de su válida invocación, tipificadas en el art. 27 del mismo proyecto de artículos de la CDI (temporalidad e indemnización)⁵⁵.

En líneas generales puede afirmarse que la lectura que estos tribunales realizaron de las circunstancias del estado de necesidad fue uniforme y ajustada a los parámetros establecidos por el DI general. Las conclusiones que a este respecto alcanzaron fueron categóricas y precisas aunque, en ocasiones, plagadas de argumentos redundantes, estereotipados y algo huidizos⁵⁶. En 12 de los 14 casos examinados⁵⁷, los tribunales arbitrales determinaron de que no se habían cumplido plena y acumulativamente las condiciones o requisitos relativos al estado de necesidad establecidos por el DI general. En

⁵⁵ El art. 27 del proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establece que: «La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de: a) el cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir; b) la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión», A/RES/56/83.

⁵⁶ Como puede comprobarse, los argumentos esgrimidos por el tribunal arbitral encargado de resolver el asunto *Metalpar* a la hora de pronunciarse sobre el estado de necesidad no sólo fueron pocos sino también esquivos: «El análisis del tema del estado de necesidad, como causal eximente de responsabilidad, es necesario en los casos en los que se demuestra una conducta de un Estado violatoria del derecho de una persona, física o jurídica, a que sus inversiones en esa Nación sean respetadas. Si, además de la existencia de esa conducta lesiva a las inversiones se comprueba que, como consecuencia de ella se causaron daños y además, se prueba su monto, la definición de si se está en presencia o no de un estado de necesidad que exime de responsabilidad al Estado, es ineludible. Nada de eso sucede en este caso y, por esa razón, adentrarse en el análisis de ese tema resultaría totalmente estéril» (párr. 213). Este tribunal además desliza implícitamente una circunstancia por la que pasa de puntillas y a la que nadie le confiere peso en el resto de asuntos. Se trata de la presencia de lo que podría considerarse como una «conducta arriesgada» de los demandantes. Los inversores chilenos, en opinión del tribunal, eran conocedores cuando efectuaron la inversión de los trastornos políticos y económicos que Argentina había padecido en el pasado y de la difícil situación por la que estaba atravesando pero, a pesar de ello y de su amplia experiencia en el plano internacional, decidieron asumir el riesgo invirtiendo elevadas sumas de dinero en el país (párrs. 201-207). Sobre la conducta arriesgada véase JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado*, Alicante, Universidad, 1988, pp. 50-70.

⁵⁷ *CMS (Laudo)*, párrs. 318-331 (*Decisión de anulación*), párr. 121; *Enron (Laudo)*, párrs. 302-313, (*Decisión de anulación*), párrs. 355-395; *Sempra (Laudo)*, párrs. 344-355; *El Paso (Laudo)*, párr. 665, (*Decisión de anulación*), párr. 197; *BG Group (Laudo)*, párrs. 407-412; *Metalpar (Laudo)*, párr. 312; *National Grid (Laudo)*, párrs. 257-262; *Suez & Aguas de Barcelona & Vivendi y AWG Group (Decisión sobre responsabilidad)*, párrs. 256-264; *Suez & Aguas de Barcelona & Interaguas (Decisión sobre responsabilidad)*, párrs. 237-243; *Total, S. A. (Decisión sobre responsabilidad)*, párrs. 220-224; e *Impregilo (Laudo)*, párrs. 336-360. En el asunto *LG&E* no se deja lo suficientemente claro si la decisión de eximir a Argentina de responsabilidad durante un periodo de tiempo determinado se fundamenta, además de en el art. XI del APPRI Argentina-Estados Unidos, en la circunstancia del estado de necesidad, *LG&E (Decisión sobre responsabilidad)*, párrs. 245-259, en particular párrs. 258-259. El laudo *Continental Casualty* plantea menos dudas ya que específicamente advierte que Argentina no incumplió las obligaciones que le imponía el mencionado APPRI por aplicación de su art. XI, *Continental Casualty (Laudo)*, párrs. 165-167.

particular y fundamentalmente, los tribunales arbitrales insistieron en que las autoridades argentinas habían contribuido a la situación de necesidad y en que las medidas de emergencia adoptadas no eran el único modo de salvaguardar los intereses esenciales alegados en la defensa. Esas condiciones, de haberse cumplido, hubieran permitido la exclusión de la ilicitud de esos actos adoptados por las autoridades argentinas con el objetivo de paliar en cierta medida los efectos de la crisis económica, social y política descrita anteriormente. Así lo entendieron los tribunales arbitrales que dictaron la Decisión sobre responsabilidad en el caso *Suez & Aguas de Barcelona & Interagua*⁵⁸ y la Decisión sobre responsabilidad en el caso *Total, S. A.*⁵⁹.

No obstante, tal y como adelantábamos anteriormente, son sobre todo los asuntos suscitados con motivo del incumplimiento del APPRI Argentina-Estados Unidos los que más atención merecen; muy en particular, el aspecto relativo a la relación existente entre la cláusula de emergencia (art. XI) y la alegada circunstancia del estado de necesidad, cuestión ésta que recobra protagonismo y relevancia al calor de las decisiones de anulación de los laudos *Enron* y *Sempra*.

En lo que respecta a esos casos en los que Argentina tuvo que hacer frente a las reclamaciones interpuestas por los inversores estadounidenses (*CMS, LG&E, Enron, Sempra, Continental Casualty* y *El Paso*), la lectura y análisis que estos tribunales arbitrales realizaron del contenido de la circunstancia del estado de necesidad resultó, en términos generales, uniforme y ajustada a los parámetros establecidos por el DI general⁶⁰. No puede en cambio decirse lo mismo con respecto a su aplicación en los laudos *CMS, LG&E, Enron* y *Sempra*, en los que se aprecia un claro desconcierto y confusión a la hora de deslindar y diferenciar esta circunstancia de la cláusula de emergencia contemplada en el art. XI del APPRI; orientación ésta que no fue corregida hasta el laudo de *Continental Casualty* que supera esa tendencia inspirándose para ello en los argumentos utilizados en la Decisión dictada por el Comité *ad hoc* encargado de resolver la petición de anulación solicitada por Argentina del laudo *CMS*⁶¹.

En efecto, con excepción del tribunal de *LG&E*, los tribunales que resolvieron los asuntos *CMS, Enron* y *Sempra* cometieron un importante error sustancial y de método al valorar, en primer lugar, los hechos del caso bajo la óptica de la circunstancia del estado de necesidad antes de, como hubiera sido lo adecuado, pronunciarse sobre la aplicación o no de la citada cláusula de emergencia contenida en el APPRI⁶².

Este traspíe metodológico vino acompañado de un segundo error de tipo formal (en el que también incurrió el tribunal de *LG&E*) pues los tribunales

⁵⁸ *Suez & Aguas de Barcelona & Interaguas (Decisión sobre responsabilidad)*, párr. 242.

⁵⁹ *Total, S. A. (Decisión sobre responsabilidad)*, párr. 223.

⁶⁰ *CMS (Laudo)*, párrs. 304-394; *LG&E (Decisión sobre responsabilidad)*, párrs. 226-266; *Enron (Laudo)*, párrs. 294-313; *Sempra (Laudo)*, párrs. 333-355, y *Continental Casualty (Laudo)*, párrs. 160-236.

⁶¹ *CMS (Decisión de anulación)*, párrs. 119-150.

⁶² *CMS (Laudo)*, párr. 332; *Enron (Laudo)*, párrs. 294, 314 y 323, y *Sempra (Laudo)*, párrs. 333, 356 y 365.

arbitrales —entendemos que impelidos por la similitud entre el lenguaje utilizado en el art. XI y el empleado en el art. 25 del proyecto de artículos de la CDI⁶³— consideraron que las condiciones necesarias para invocar válidamente la cláusula de emergencia del APPRI eran sustancialmente las mismas que las que se exigen para que una determinada situación merezca ser calificada conforme al Derecho internacional consuetudinario como estado de necesidad, cuando en puridad no es así⁶⁴.

A estos dos errores hay que sumar un tercer equívoco, también sustancial y de mayor calado, consistente en equiparar la naturaleza y función de ambas disposiciones⁶⁵.

Los árbitros que resolvieron los asuntos *CMS, LG&E, Enron* y *Sempra*, le otorgaron al art. XI del APPRI una función que no le correspondía al interpretarla como si de una norma secundaria del DI se tratara y no como lo que efectivamente es: una norma convencional primaria⁶⁶. La circunstancia del estado de necesidad, por el contrario, sí cumple dicha función al tratarse de una norma secundaria de carácter consuetudinario que goza de aplicación subsidiaria en tanto en cuanto ha existido una violación *prima facie* del APPRI; esto es, cuando las obligaciones sustantivas contenidas en el Acuerdo han sido incumplidas el estado de necesidad es capaz de excluir la ilicitud de una conducta; función esta que no cumple la cláusula de emergencia contemplada en el art. XI, pues su naturaleza es equiparable al resto de las disposiciones del APPRI, con la peculiaridad de que si se cumplen los requisitos en ella contenidos, algunas de las obligaciones y estándares contemplados en el Acuerdo pueden ver anulada o limitada su aplicación.

⁶³ El primero alude a las «medidas necesarias» mientras que el segundo se refiere al estado de necesidad.

⁶⁴ Como puede apreciarse con la lectura de ambas disposiciones, los requisitos previstos en el art. XI del APPRI (donde se contemplan una serie de medidas necesarias para la conservación del orden público o la protección de los intereses de seguridad esenciales de cada parte) son más indeterminados que los exigidos por el art. 25 de la CDI, que además de estar redactado de manera negativa establece requisitos más estrictos.

⁶⁵ El XI del APPRI Argentina-Estados Unidos y la norma consuetudinaria sobre el estado de necesidad son, por naturaleza, dos normas distintas ya que provienen de «fuentes autónomas del Derecho internacional», a saber, un tratado y la costumbre, respectivamente.

⁶⁶ *CMS*, párrs. 304, 308 o 374; *LG&E*, párrs. 229, 245, 258 o 261; *Enron*, párrs. 333, 339 o 341 y *Sempra*, párrs. 376, 378 o 388. Un error que también se aprecia en el párr. 55 de la Decisión de 1 de noviembre de 2006 emitida por el Comité *ad hoc* que resolvió la solicitud de anulación del caso CIADI *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo* (caso CIADI, núm. ARB/99/7) al interpretar una cláusula idéntica (art. X.1) contenida en el APPRI celebrado entre Estados Unidos y la RDC de 1990 (en vigor desde agosto de 1994). En DI, el objetivo de las normas secundarias es determinar las condiciones generales que deben satisfacerse para que el Estado sea considerado internacionalmente responsable y las consecuencias jurídicas que derivan del incumplimiento de las normas primarias o sustantivas. Con respecto al origen de la distinción entre normas primarias y secundarias, véase HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (traducción de G. R. Carrió), Buenos Aires, 1963, pp. 99-122. En el contexto de las circunstancias llamadas a excluir la ilicitud en el ámbito del DI, véase cómo esta distinción es manejada en el Estudio preparado por la Secretaría de Naciones Unidas titulado: «La fuerza mayor y el caso fortuito como circunstancias que excluyen la ilicitud: práctica de los Estados, jurisprudencia internacional y doctrina», *Anuario CDI 1978*, vol. II, Primera Parte, pp. 71-82.

Esta es una vieja cuestión que ya trató de aclarar R. Ago en su *Adición al octavo Informe sobre responsabilidad internacional de los Estados*, en el que explicó cómo podían incidir, en un sector determinado del DI, aquellas disposiciones convencionales que se refirieran, de una manera u otra, a situaciones de emergencia/necesidad, y qué implicaciones podría generar la presencia de dichas disposiciones sobre las consecuencias que, de otra manera, se desprenderían de la aplicación de la circunstancia del estado de necesidad. Ago especuló sobre la posibilidad de que una convención, fuera multilateral o bilateral, previera expresamente en una de sus disposiciones generales que sus Estados partes pudieran no ajustarse a esas obligaciones en el caso en que una situación especial de «necesidad» les impidiera hacerlo. Para este tipo de situaciones, Ago propuso tres posibles escenarios o modalidades de incidencia.

En primer lugar, cabría concebir la hipótesis de que nos encontráramos en presencia de una cláusula especial por la que las partes en la convención pueden haber querido prever una situación susceptible de excusar al Estado parte en la convención del no cumplimiento de sus obligaciones estableciendo condiciones menos rígidas —o en todo caso diferentes— de aquellas que deben reunirse para que haya un estado de necesidad tal y como es regulado por el Derecho internacional general. En este caso la regla especial prevalecerá sobre la general y la existencia de una situación de emergencia adecuada para excusar la no observancia de una obligación deberá apreciarse, en primer lugar, según los términos de esta regla especial y no según el estado de necesidad.

La segunda hipótesis, que en toda lógica se opone a lo expuesto anteriormente, es que la convención multilateral o bilateral de que se trate contenga una cláusula que excluya expresamente toda posibilidad de invocar el estado de necesidad para justificar la adopción por un Estado de un comportamiento que no esté en conformidad con una de las obligaciones establecidas por la convención.

La tercera y última hipótesis surge cuando la excusa de la necesidad sea aceptada explícitamente por los Estados partes en la convención, pero no en una cláusula general del tratado y con respecto al conjunto de las obligaciones establecidas por él, sino en el marco de una cláusula particular, que impone a los Estados partes una obligación determinada⁶⁷.

A la vista de estos tres escenarios planteados, consideramos que el art. XI de APPRI Argentina-Estados Unidos encajaría en la primera de las hipótesis, por lo que los tribunales arbitrales de los asuntos *CMS*, *LG&E*, *Enron* y *Sempre* deberían haber valorado, en primer término, si Argentina se había desviado de los estándares y obligaciones de salvaguardia y protección incluidos en el APPRI y si dicha conducta estaba justificada en virtud de lo dispuesto en el art. XI⁶⁸. Sólo en el supuesto de que los tribunales hubieran

⁶⁷ *Adición al octavo Informe sobre responsabilidad del Estado*, *op. cit.*, nota 9, pp. 47-49.

⁶⁸ Si en los casos citados, los tribunales hubieran quedado convencidos de los argumentos basados en el art. XI del APPRI tendrían que haber declarado que no hubo transgresión del Acuerdo y por tanto tampoco un ilícito internacional, asunto de las *Plataformas Petroleras*, *op. cit.*, nota 50, párr. 34.

apreciado que dicho comportamiento no podía justificarse interpretando y aplicando la citada disposición del APPRI, habrían tenido que calibrar si la conducta ilícita de Argentina podía ser excluida conforme al Derecho internacional consuetudinario apoyándose para ello en el estado de necesidad, pues la aplicación de las cláusulas de emergencia en estos casos (de justificarse) hubiera convertido en superfluo un análisis pormenorizado de la defensa del estado de necesidad en virtud del DI aplicado a los hechos específicos de estas controversias.

Estos argumentos sí fueron utilizados por el tribunal que resolvió el caso *Continental Casualty* en 2008 —que de esta manera ajustó su razonamiento a la opinión expresada por el Comité *ad hoc* que dictó la Decisión de anulación del laudo CMS en 2007⁶⁹— y la que han adoptado los Comités *ad hoc* que han resuelto las solicitudes de anulación presentadas por Argentina contra los laudos *Sempra* y *Enron* y el tribunal arbitral que emitió el laudo *El Paso*⁷⁰.

En la Decisión de anulación del laudo *Sempra*, el Comité *ad hoc* determinó que el laudo de 28 de septiembre 2007 debía anularse en su totalidad debido a la extralimitación manifiesta de facultades en la que incurrió el tribunal de arbitraje derivada de la no aplicación del art. XI del APPRI Argentina-Estados Unidos⁷¹.

⁶⁹ *Continental Casualty (Laudo)*, párrs. 160-236, y *CMS (Decisión de anulación)*, párrs. 128-136. Deducimos que la presencia en el tribunal de J. Crawford, ayudó a reconducir la errónea orientación adoptada por los laudos dictados con anterioridad. No obstante y con respecto a la Decisión de anulación del laudo CMS debe advertirse que a pesar de identificar una serie de errores y defectos el Comité *ad hoc* no acoge la solicitud de anulación de Argentina (salvo en lo que respecta a la cláusula paraguas) excusándose en el limitado mandato que le confiere el art. 52 del Convenio de Washington (Convenio CIADI), párrs. 158-159.

⁷⁰ «El Tribunal sólo analizará el Artículo 25 si concluye que el Artículo XI no se aplica a este caso. El Artículo XI es la *lex specialis*, y el Artículo 25 es la *lex generalis*. Como el Tribunal considerará si el Artículo XI del TBI se aplica al caso, puede obviar el análisis completo y aplicar el Artículo 25 de los artículos de la CDI. No obstante, el Tribunal debe subrayar la diferencia entre las dos excepciones basadas en el Artículo XI del TBI y el Artículo 25 del Derecho internacional general. De conformidad con el Artículo XI, las medidas necesarias a los fines de “para el mantenimiento del orden público” o para “la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad” no constituyen un incumplimiento del TBI aplicable, y por consiguiente sería apropiado que el Tribunal analice si existía una situación de necesidad conforme al Artículo XI incluso antes de evaluar las distintas medidas adoptadas. Por el contrario, si se aplican las normas del Derecho internacional general en materia de necesidad, esto constituye el fundamento para excluir la ilicitud de un acto que no se ajusta a la obligación internacional y por tanto implica que los actos deben analizarse antes. Esta diferencia fue claramente enfatizada en una afirmación de la Decisión de Anulación del caso CMS [...]. En otras palabras, a fin de analizar las consecuencias del Artículo XI, la primera pregunta a responder es si existe un estado de emergencia en los términos de ese artículo. Si la respuesta es afirmativa, todos los actos que el Tribunal considere necesarios para superar dicha situación quedan excluidos del alcance del TBI, y se puede llegar a la conclusión contraria respecto de los actos que el Tribunal no considere necesarios. Si la respuesta es negativa, el Tribunal debe examinar las distintas medidas adoptadas a fin de determinar si constituyen o no una violación de los estándares de trato de la inversión extranjera consagrados en el TBI. Las consecuencias del Artículo 25 deben evaluarse utilizando el enfoque opuesto. En primer lugar, el Tribunal debe analizar si las medidas constituyen o no una violación de los estándares de trato del TBI. Si la respuesta es negativa, el análisis culmina allí. Si la respuesta es afirmativa, el Tribunal debe considerar si se puede excluir la ilegalidad por la existencia de un estado de necesidad», *El Paso (Laudo)*, párrs. 552-554.

⁷¹ Véase *Sempra (Decisión de anulación)*, párrs. 200, 217 y 218.

Esa misma disposición del Convenio CIADI [art. 52.1.b)] fue esgrimida por el Comité *ad hoc* que examinó la solicitud de anulación presentada por Argentina contra el laudo *Enron*. Los árbitros también optaron por anular buena parte del laudo de 2007⁷², escudándose en la aplicación realizada por el tribunal de arbitraje de la circunstancia del estado de necesidad⁷³.

Acto seguido, el Comité *ad hoc* refiriéndose a la interpretación y aplicación realizada por el tribunal arbitral de artículo XI de APPRI Argentina-Estados Unidos afirmó:

«The Committee has concluded above that the Tribunal's finding that the requirements of Article 25 of the ILC Articles are not satisfied in this case must be annulled. Because that finding formed the basis of the Tribunal's finding that Article XI of the BIT was inapplicable in this case, the Committee concludes that the latter finding of the Tribunal must also be annulled. The Committee notes that in the CMS Annulment Decision, the ad hoc committee expressed the view that the requirements under Article XI of the BIT are not the same as those under customary international law as codified by Article 25 of the ILC Articles, and that the tribunal in the CMS Award had erred on this point. The ad hoc committee in that case also considered that because the two texts have a different operation and content, it was necessary for the tribunal to take a position on their relationship and to decide whether they were both applicable in that case, and that the tribunal had made a manifest error of law in failing to do so. However, the Committee considers that the substantive operation and content of Article XI and the customary international law principles of necessity, and the interrelationship of the two, are issues that fall for decision by the tribunal [...]. The Committee has concluded that both the Tribunal's decision that Argentina is precluded from relying on Article XI, and the Tribunal's decision that Argentina is precluded from relying on the principle of necessity under customary international law, is tainted by annulable error. It follows that both of those findings of the Tribunal and its associated reasoning must be annulled. In the circumstances, there is no occasion for the Committee to go further and to express any view on the correctness or otherwise of the Tribunal's findings with respect to the substantive operation and content of, and interrelationship between, Article XI and the customary international law principles of necessity, and the Committee does not do so»⁷⁴.

No obstante, lo señalado hasta ahora no significa que entre las cláusulas de emergencia y el estado de necesidad no exista cierta conexión o vínculo. Como indicó el tribunal arbitral en el laudo *Continental Casualty*, refiriéndose a las relaciones entre el art. XI del APPRI y el art. 25 de Proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado, el principio de necesidad consagrado

⁷² La referida, fundamentalmente, a la conclusión sobre responsabilidad y a la resolución sobre daños y perjuicios, párrs. 412-414.

⁷³ «[...] the Committee finds that the decisions of the Tribunal that requirements of Article 25 of the ILC Articles were not met were tainted by annulable error. The Committee accordingly finds that the Tribunal's decision that Argentina is precluded from relying on the principle of necessity under customary international law must be annulled». Véase *Enron (Decisión de anulación)*, párr. 395. El Comité *ad hoc* consideró reprochable que el tribunal de arbitraje decidiera que Argentina no cumplió con los requisitos acumulativos exigidos por el art. 25 del proyecto de artículos de la CDI y descartara, por tanto, la aplicación de esta circunstancia, valiéndose tan solo de la opinión de un perito (párrs. 355-395).

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 405.

en el Derecho internacional consuetudinario puede resultar relevante para la interpretación del art. XI del APPRI:

«There is a link, however, between the two types of regulation. First of all, they both intend to provide flexibility in the application of international obligations, recognizing that necessity to protect national interests of a paramount importance may justify setting aside or suspending an obligation, or preventing liability from its breach. Moreover, the practical result of applying the carve-out of art. XI, rather than the defense of necessity, may be the same: condoning conduct that would otherwise be unlawful and thus removing the responsibility of the State. This would also be so if art. XI is viewed as a specific bilateral regulation of necessity for purposes of the BIT (thus a kind of *lex specialis*), pre-empting recourse to the more restrictive customary exception of necessity. These connections may be relevant as to the interpretation of the bilateral provision in Art. XI, in that the customary concept of necessity may be relevant in this respect. The Tribunal will therefore focus on the analysis of art. XI and the conditions of its application, referring to the customary rule on State of Necessity (as enshrined in art. 25 of the ILC test) only insofar as the concept there used assist in the interpretation of art. XI itself»⁷⁵.

Ahora bien, en tanto los tribunales arbitrales en los laudos CMS⁷⁶, *Enron*⁷⁷ y *Sempra*⁷⁸ no fueron persuadidos por el argumento de la severidad de la crisis argentina como factor capaz de activar la cláusula de emergencia ni el estado de necesidad como justificación de la conducta adoptada por sus autoridades, en el caso *LG&E* se juzgó dicha situación de una manera diferente y se aceptó la invocación de la cláusula de emergencia por un periodo de tiempo limitado, concretamente desde el 1 de diciembre de 2001 al 26 de abril de 2003⁷⁹.

⁷⁵ Véase *Continental Casualty (Laudo)*, párr. 168. Otra característica común a ambos tipos de normas es que no son autojuzgables (*non self judging*). *CMS*, párr. 373; *LG&E*, párrs. 207-214; *Enron*, párr. 332; *Sempra*, párr. 388, y *Continental Casualty*, párrs. 187-188; en lo que respecta al Derecho consuetudinario: asunto *Gabcikovo-Nagymaros*, *op. cit.*, nota 5, párr. 51. Sobre la autojuzgabilidad de este tipo de cláusulas: LAIRD, I., «The Emergency Exception and the State of Necessity», ORTINO, F. y LIBERTI, L., SHEPPARD, A. y WARNER, H. (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues*, vol. II, Londres, 2007, pp. 237-251. A la autonomía relativa de la noción de urgencia con respecto al concepto de estado de necesidad desde la óptica de su contenido se refiere: SALL, A., *La notion d'urgence en Droit International (these)*, París, 1996, pp. 15-23. Sobre este tema, confróntense las opiniones expresadas en 2005 por los profesores y expertos J. E. Álvarez, A. M. Slaughter y W. Burke-White en el marco de los asuntos *Sempra* y *Camuzzi* (*Camuzzi International, S. A. c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/03/2, suspendido por acuerdo entre las partes), en <http://ita.law.uvic.ca/news.htm>.

⁷⁶ «En el presente caso, como se ha concluido, hay elementos de necesidad parcialmente presentes en algunos aspectos, pero cuando se analizan los distintos elementos, condiciones y límites en su conjunto, no puede concluirse que esos elementos cumplen con la exigencia de un carácter acumulativo. Este hecho por sí mismo lleva a la conclusión inevitable 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 los actos», párr. 331.

⁷⁷ Párrs. 313 y 339.

⁷⁸ Párrs. 346-355.

⁷⁹ Se deduce claramente del laudo que la circunstancia que en verdad evitó que Argentina tuviera que responder por los perjuicios causados a las empresas extranjeras inversoras durante el periodo señalado no fue en sentido estricto la del estado de necesidad, como han apuntado algunos autores, sino la cláusula de emergencia del art. XI del APPRI. Así lo confirma el propio tribunal en el párr. 229 de su decisión: «Por tanto, Argentina, a la luz del art. XI, queda eximida de responsabilidad por el incumplimiento del Tratado durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de

En el laudo *Continental Casualty* el tribunal de arbitraje también consideró que el periodo de emergencia que había atravesado Argentina encajaba en el supuesto de hecho del art. XI del APPRI, al darse una situación general donde el mantenimiento del orden público y la protección de los intereses esenciales de seguridad de Argentina corrían peligro⁸⁰. Por tanto, salvo en un caso puntual⁸¹, las reclamaciones formuladas por la demandante fueron rechazadas⁸². Una vez reconocida la aplicación de esta cláusula, el tribunal arbitral no tuvo que valorar si existía o no estado de necesidad.

Sin embargo, si bien en este caso el Tribunal llegó a esa conclusión con respecto a las medidas adoptadas por la Argentina en 2001-2002, llegó a una conclusión opuesta en lo referido a la reestructuración de las LETE mediante el Decreto 1735/04, una medida adoptada en diciembre de 2004. Una de las razones que llevaron a concluir que el art. XI no se aplicaba al Decreto 1735/04 fue que en esa época la situación financiera de Argentina estaba vol-

2003». No obstante es cierto que los argumentos expuestos a continuación (párr. 245) pueden inducir a una razonable confusión a causa del señalado error material de asimilación en el que el tribunal incurrió: «En el análisis anterior, el Tribunal ha determinado que las condiciones en que Argentina desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003 fueron tales, que dicho Estado queda eximido de responsabilidad por las violaciones del Tratado resultantes de las medidas que adoptó. El concepto de eximir a un Estado de responsabilidad por la violación de sus obligaciones internacionales durante el llamado “estado de necesidad” o “estado de emergencia” también existe en el Derecho internacional. Luego, y aunque el Tribunal considera que las protecciones del art. XI del Tratado han sido accionadas en este caso y son suficientes para eximir a Argentina de responsabilidad, reconoce que el estado de necesidad, tal y como se define hoy en el Derecho internacional (reflejado en el art. 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos Internacionales, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional) confirma la conclusión del Tribunal», párr. 261. DI ROSA, P., «The Recent Wave of Arbitrations Against Argentina Under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues», *Miami Inter-American Law Review*, 2004-2005, núm. 36, pp. 65-68; FALKOF, G., «State of Necessity Defense Accepted in LG&E c. Argentina ICSID Tribunal», *Transnational Dispute Management*, vol. 3, diciembre 2006, núm. 5, pp. 9-12; LEBEN, Ch., «L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement», *Les Cahiers de l'arbitrage*, núm. 2005/3, pp. 47-52; PASTOR PALOMAR, A., «Relativismo y consistencia en la jurisprudencia reciente del CIADI, con especial referencia a los casos contra Argentina», en FERNÁNDEZ LIESA, C. (dir.), *Tribunales Internacionales y Espacio Iberoamericano*, Pamplona, Aranzadi, 2009, pp. 245-262, pp. 254-261; REINISCH, A., *Necessity in International Investment Arbitration*, op. cit., nota 8, pp. 15-17; WAIBEL, M., «Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E», *Leiden Journal of International Law*, 2007, núm. 20, pp. 643-646.

⁸⁰ El Tribunal además agregó, en este sentido (véase nota al pie 242 del laudo), que no estaba de acuerdo con la posición adoptada en el párr. 55 de la Decisión sobre Anulación recaída en el caso *Mitchell (Mr. Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo)*, Caso CIADI núm. ARB/99/7, *Decisión sobre Anulación*. En este último, con respecto a una disposición similar contenida en el APPRI Estados Unidos-República Democrática del Congo, se determinó lo siguiente: «[...] that Article X(1) of the Treaty is a provision relating to the causes for exemption from liability, or, in other words, a provision which precludes the wrongfulness of the behavior of the State in certain exceptional circumstances, and not a provision which delimits the scope of application of the Treaty». Al disentir con este párrafo de la Decisión sobre Anulación recaída en el caso *Mitchell*, el Tribunal entiende que el art. XI del APPRI Argentina-Estados Unidos, sí delimita el campo de aplicación del Acuerdo. Por ello, el Tribunal consideró que, cuando el Estado receptor adopta una medida como las mencionadas en el art. XI del APPRI, las obligaciones sustantivas emanadas del APPRI sencillamente no se aplican a dicha medida.

⁸¹ Las conclusiones principales del Tribunal sobre el efecto jurídico del art. XI del APPRI están contenidas en los párrs. 160 a 169 del Laudo. En dichos párrafos, el Tribunal determinó cuestiones de Derecho respecto de las diferencias entre el art. XI del APPRI y el principio de necesidad según el Derecho internacional consuetudinario.

⁸² Párrs. 179, 236 y 266.

viendo a la normalidad. En dicho supuesto el tribunal sí tuvo que proceder a valorar si existía o no estado de necesidad concluyendo que Argentina no cumplió todos los requisitos exigidos por el art. 25 del proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado y que por tanto no cabía excluir la ilicitud de esa conducta ⁸³.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Nos corresponde ahora plantear algunas consideraciones finales al calor del análisis realizado tanto del estado de necesidad como de las cláusulas de emergencia contenidas en los APPRI; consideraciones que pueden incluso ayudar a enriquecer el debate sectorialización/fragmentación surgido como consecuencia de la expansión y diversificación del DI.

1. La jurisprudencia examinada pone de manifiesto, en primer lugar, la importancia de la distinción entre el concepto de necesidad *in genere* y la circunstancia del estado de necesidad propiamente dicha. Una distinción que no debe considerarse baladí. El término de necesidad, en tanto que concepto polisémico y polivalente, se integra ocasionalmente dentro de un buen número de disposiciones convencionales llamadas cláusulas de emergencia. Estas cláusulas, en tanto que normas primarias, se encuentran diseminadas por distintos ámbitos del ordenamiento internacional y su función consiste básicamente en ofrecerles a los Estados partes de un tratado o acuerdo internacional una vía de escape para que, en el caso de que se den determinadas circunstancias excepcionales, éstos puedan dejar de cumplir las obligaciones contenidas en dicho instrumento sin que su conducta lleve aparejada, *prima facie*, la comisión de un ilícito internacional ⁸⁴. En otras ocasiones, el concepto de necesidad se perfila también como un requisito o condición cuya concurrencia es exigida por la jurisprudencia internacional para resaltar la excepcionalidad de determinadas circunstancias o decisiones (como la legítima defensa o las medidas cautelares).

2. En segundo lugar, debe considerarse a la circunstancia del estado de necesidad como una categoría que forma parte del régimen de la responsabilidad internacional (normas secundarias) y cuya función consiste en —siempre y cuando se cumplan acumulativamente los requisitos y límites contemplados en el art. 25 del Proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado— excluir la ilicitud de un hecho que ha infringido una obligación internacional contenida en una norma primaria. Si bien el estado de necesidad y las cláusulas de emergencia comparten ciertos rasgos o características comunes, se mueven y operan en planos

⁸³ Pesificación de las letras del Tesoro Nacional argentino (LETES), párrs. 222 y 320. Con motivo de esta reclamación Argentina fue condenada a pagar a la empresa demandante 2,8 millones de dólares.

⁸⁴ Esto mismo sucede en aquellos casos en los que se genera una disputa en la que se invocan este tipo de excepciones, que aunque el concepto de necesidad no aparece expresamente enunciado en ninguna de las cláusulas de salvaguardia o emergencia, bien las partes o bien el órgano encargado de dirimir la controversia terminan utilizándolo como parte de sus argumentos.

bien distintos aunque interconectados. Es cierto que el objetivo de ambas es limitar la responsabilidad del Estado receptor de la inversión, pero las condiciones necesarias para invocar válidamente la cláusula de emergencia de los APPRI no son sustancialmente las mismas que las que se exigen para que una determinada situación merezca ser calificada conforme al Derecho internacional consuetudinario como estado de necesidad. Además, mientras las conductas o acciones del Estado receptor de la inversión se adopten en la búsqueda de uno de los objetivos especificados en dicha cláusula, esos actos no constituirán violaciones del tratado y por tanto no podrán entrañar responsabilidad internacional, evitando así la entrada en escena del estado de necesidad. Por tanto, la función y naturaleza de la cláusula de emergencia es equiparable al resto de las disposiciones del APPRI, con la peculiaridad de que si se cumplen los requisitos en ella contenidos, algunas de las obligaciones y estándares contemplados en el Acuerdo pueden ver anulada o limitada su aplicación. La circunstancia del estado de necesidad, por el contrario, no es una norma convencional primaria, sino una norma secundaria de carácter consuetudinario que goza de aplicación subsidiaria en tanto en cuanto ha existido una violación *prima facie* del APPRI; es decir, que cuando las obligaciones sustantivas contenidas en el Acuerdo han sido incumplidas el estado de necesidad es capaz de excluir la ilicitud de una conducta.

3. Por lo que respecta, en tercer lugar, al uso que al estado de necesidad se le viene dando en el ámbito de la protección de las inversiones extranjeras, se ha demostrado cómo a partir de su invocación en algunos precedentes de la jurisprudencia clásica en materia de cobro de deudas y obligaciones financieras a los Estados y en el del trato debido a los extranjeros, esta circunstancia ha logrado aclimatarse en este sector con claros visos de permanencia. El DI de las inversiones se configura como régimen especial de normas cuyo mecanismo de solución de controversias se caracteriza, precisamente, por romper los moldes clásicos de la protección diplomática en favor de un modelo «paritario» Estado-inversor y en las que las cuestiones jurídicas que en él se suscitan tienden cada vez con más frecuencia a romper esa frontera erigida entre el DI público y el DI privado. En efecto, es aquí donde la circunstancia necesita —al igual que en otros sectores del ordenamiento internacional— ser correctamente deslindada y diferenciada de las cláusulas de emergencia contenidas en los APPRI; unas cláusulas que en la práctica constituyen una muestra más de la tensión existente en este sector entre los intereses del Estado huésped de la inversión y el inversor particular.

4. En cuarto y último lugar y a modo de reflexión final, debe valorarse la contribución que el análisis de estos casos puede aportar al debate sectorialización/fragmentación surgido como consecuencia de la expansión y diversificación del DI. Es cierto, como se ha señalado, que la aplicación que del estado de necesidad se ha llevado a cabo en este ámbito del DI de las inversiones deja algunas aristas sobresalientes que las últimas decisiones arbitrales han logrado en alguna medida pulir, pero ello no aleja de este sector los fundados temores de «relativismo o inconsistencia» a la hora de juzgar y valorar la

línea general marcada por estos laudos⁸⁵ en cuya resolución, todo sea dicho, también han influido múltiples factores que han entrado en juego orientando la decisión del tribunal hacia derroteros distintos a los *a priori* esperados⁸⁶. A la espera de nuevos y futuros laudos, la interpretación que de esta circunstancia han venido realizando los tribunales arbitrales encargados de resolver hasta ahora las disputas examinadas contra Argentina ha sido, en líneas generales, la adecuada; conforme con los postulados y requisitos establecidos por el art. 25 del proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado elaborado por la CDI. No obstante, subsiste —principalmente en las primeras decisiones arbitrales objeto de análisis— el importante escollo de cómo algunos de los tribunales arbitrales CIADI han interpretado y concebido la relación existente entre el estado de necesidad y la cláusula de emergencia. Esos primeros casos, que bien podrían haber constituido un claro y excelente ejemplo de lo útil y convenientes que pueden resultar en la resolución de controversias surgidas en sistemas normativos especializados los conceptos y categorías procedentes del DI general⁸⁷, se quedan lejos de dicho objetivo no logrando ni la deseada unidad interpretativa, ni la necesaria sinergia o armonización entre regímenes normativos.

Es cierto que en el DI de las inversiones, las últimas decisiones arbitrales adoptadas han logrado, en buena medida, reconducir una línea argumentativa que ya se daba por rota o perdida en este sector. En esas primeras decisiones se hace especialmente evidente que son el nulo o defectuoso manejo del DI general o la insuficiente pericia demostrada por algunos árbitros⁸⁸ —y no tanto la sectorialización— los principales aliados del sobrevalorado fenómeno de la fragmentación⁸⁹.

⁸⁵ PASTOR PALOMAR, A., «Relativismo y consistencia en la jurisprudencia reciente del CIADI», *op. cit.*, nota 79, pp. 257-261. Compartimos no obstante con éste y otros autores la conveniencia de abogar a favor de la doctrina del precedente (*stare decisis*) u otras fórmulas que conduzcan a reducir los supuestos de inconsistencia en este sector: KAUFMANN-KHOLER, G., «Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?», *Arbitration International*, vol. 23, 2007, núm. 3, pp. 368-373 y 377-378; REINISCH, A., *Necessity in International Investment Arbitration*, *op. cit.*, nota 8, pp. 24-26.

⁸⁶ Por ejemplo, en el caso *LG&E*, una argumentación poco sólida incapaz de desmontar los argumentos expuestos por el Estado demandado (Argentina) unida a la inversión de la carga de la prueba, pudieron estar detrás de la decisión del tribunal arbitral de no considerar a Argentina responsable durante 18 meses, a diferencia de cómo sí lo había hecho anteriormente el tribunal arbitral que juzgó hechos muy similares en el caso *CMS*. «El Tribunal considera que, en primer lugar, las demandantes no han probado que el Estado argentino contribuyera a la severa crisis que afrontaba el país», *LG&E*, párr. 256. FALKOF, G., *State of Necessity Defense*, *op. cit.*, nota 79, pp. 11-12.

⁸⁷ Véanse FERNÁNDEZ LIESA, C., «La Comisión de Derecho internacional y la proliferación de Tribunales», en FERNÁNDEZ LIESA, C. (dir.), *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*, Pamplona, 2009, p. 37; LOZANO CONTRERAS, F., «Los obstáculos a la libertad de circulación derivados de las conductas de grupos de particulares a uno y otro lado del Atlántico: Unión Europea-MERCOSUR», *RDCE*, núm. 26 (enero/abril 2007), pp. 121-122.

⁸⁸ Véase nota 69 *supra*.

⁸⁹ Una de las tesis fundamentales defendida por O. Casanovas a lo largo de sus últimos trabajos es precisamente ésta: «El peligro de la fragmentación sólo existirá si este sistema se aplica sin conocimientos suficientes», CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, vol. II, 1998, p. 261. Versión inglesa revisada, *Unity and Pluralism in Public International Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2001.

RESUMEN

EL ESTADO DE NECESIDAD Y LAS CLÁUSULAS DE EMERGENCIA CONTEMPLADAS EN LOS APPRI: LOS CASOS ARGENTINOS ANTE EL CIADI

Determinados aspectos y cuestiones relacionados con la interpretación y alcance del estado de necesidad han adquirido recientemente un mayor protagonismo al haber trascendido al ámbito de la protección internacional de las inversiones extranjeras, sector en el que se han resuelto —durante los últimos años y con motivo de la crisis económica en Argentina— varios casos en los que esta circunstancia ha llegado a jugar un papel significativo. Es precisamente este proceso de revitalización que el estado de necesidad está experimentando en ese régimen de normas, el que nos anima a plantear este análisis centrado fundamentalmente en la función e interpretación de la que viene siendo objeto. El presente artículo orbita, precisamente, en torno a la interpretación y aplicación de la circunstancia del estado de necesidad en ese sector de normas y su relación con la cláusula de emergencia recogida en algunos APPRI. Este estudio, prologado de una presentación del estado de necesidad y un breve recorrido por los precedentes más destacados sobre la materia, nos permitirá además apreciar y valorar algunos de los riesgos y dificultades que derivan de la diversificación y expansión del DI.

Palabras clave: estado de necesidad, cláusula de emergencia, inversiones extranjeras, responsabilidad internacional, APPRI, CIADI, Argentina, arbitraje.

ABSTRACT

THE STATE OF NECESSITY AND EMERGENCY CLAUSES OF REFERRED TO IN THE BIT: ARGENTINA ICSID CASES

A number of questions concerning the interpretation and scope of the state of necessity have recently acquired greater importance following their emergence in matters related to the international protection of foreign investments. Over the last few years, several cases arising from Argentina's economic crisis in which the state of necessity has been invoked have come to arbitration. This resurgence of the state of necessity in International Investment Law underpins the analysis conducted here, which focuses primarily on the interpretation given to exemptions of responsibility. This article focuses its attention on the interpretation and application of the state of necessity and its relation to «measures not precluded» clauses contained in some BITs. The study, which provides an initial discussion of the defence of necessity and a brief review of leading precedents in the field, assesses some of the risks that originate from the diversification and expansion of International Law.

Keywords: State of necessity, «Measures not precluded» clauses, Foreign investments, International responsibility, Bilateral investment treaties (BITs), International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Argentina, Arbitration.

RÉSUMÉ

L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ ET LES CLAUSES D'URGENCE CONTENUES DANS LES TBI: CAS ARGENTINS DEVANT LE CIRDI

Certaines questions relatives à l'interprétation et à la portée de l'état de nécessité ont récemment acquis un rôle plus important dans la mesure où elles ont fait leur entrée dans le domaine de la protection internationale des investissements étrangers, un secteur dans lequel, au cours de dernières années et en raison de crise économique en Argentine, di-

verses affaires ont été tranchées dans lesquelles cette situation a joué un rôle important. C'est précisément ce processus de revitalisation de l'état de nécessité au sein de ce régime de normes qui nous invite à proposer cette analyse portant principalement sur le rôle et l'interprétation dont elle est actuellement l'objet. Cet article traite précisément de l'interprétation et de l'application des circonstances de l'état de nécessité et de sa relation avec la clause d'urgence contenue dans certains TBI. Cette étude, qui débute par une présentation de l'état de nécessité et un bref parcours des principaux précédents en la matière, nous permettra en outre d'examiner et d'évaluer certains des risques et des difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international.

Mots clés: état de nécessité, clause d'urgence, investissements étrangers, responsabilité internationale, TBI, CIRDI, Argentine, arbitrage.