

Las cláusulas de denegación de beneficios en los tratados de inversión y su debate en la jurisprudencia

Por Gustavo Topalian*
Horacio Riso**

I. Introducción [\[arriba\]](#)

1. La finalidad de las cláusulas de denegación de beneficios (*cláusulas de denegación*) incluidas en algunos tratados de inversión es preservar el derecho de los Estados parte a denegar protección prevista en dichos tratados a ciertos inversores o inversiones en caso de verificarse determinadas circunstancias. Entre dichas circunstancias, las más habituales son el hecho de que los inversores que sean personas jurídicas no realicen ciertas actividades económicas en el Estado de su nacionalidad y estén controlados por nacionales de un tercer Estado.

2. Conforme lo demuestran las diversas decisiones arbitrales sobre este tema, persiste un importante debate acerca de cómo, cuándo y con qué efecto pueden invocarse y aplicarse las cláusulas de denegación, respecto al cual la redacción de cada cláusula en particular tiene una gran influencia.

3. En las secciones siguientes se abordan los orígenes históricos de las cláusulas de denegación y de su inclusión en los tratados de inversión, así como los debates e interpretaciones surgidas a raíz de su aplicación por parte de tribunales en arbitrajes de inversión. Por último, se ofrece una breve conclusión.

II. Las cláusulas de denegación de beneficios en los tratados de inversión [\[arriba\]](#)

1. Orígenes de las cláusulas de denegación y su uso en los tratados de inversión

4. Podría pensarse que las cláusulas de denegación son disposiciones relativamente novedosas, surgidas en respuesta al gran crecimiento en el número de arbitrajes de inversión en las últimas décadas y al desarrollo de la jurisprudencia en la materia. Sin embargo, esto no es así. Al igual que gran parte de los estándares y disposiciones incluidos en los tratados de inversión, el origen de las cláusulas de denegación es anterior y se remonta a sus precursores, los tratados de amistad, navegación y comercio (*tratados de amistad*)[1]. Por ejemplo, Estados Unidos incluyó cláusulas de denegación en tratados de amistad firmados hacia mediados del siglo XX. Estas primeras cláusulas de denegación reservaban el derecho de las partes del tratado a denegar los beneficios del tratado a entidades constituidas bajo el derecho de la otra parte contratante, si eran controladas directa o indirectamente por nacionales de terceros estados. Por ejemplo, el tratado de amistad entre Estados Unidos e Italia de 1948, aplicable en el famoso caso *ELSI* de la Corte Internacional de Justicia, dispone lo siguiente en su artículo XXIV.5:

Each High Contracting Party reserves the right to deny any of the rights and privileges accorded by this Treaty to any corporation or association created or organized under the laws

and regulations of the other High Contracting Party in the ownership or direction of which nationals of any third country or countries have directly or indirectly controlling interest[2].

5. Dicha cláusula está redactada de forma similar a aquellas que se comenzaron a incluir en los tratados de inversión hacia comienzos de la década de 1980. Un ejemplo de ello es el tratado entre Estados Unidos y Camerún firmado en 1986, que en su definición de inversor contiene también un inciso con una cláusula de denegación:

Each Party reserves the right to deny to any of its own companies or to a company of the other Party the advantages of this Treaty; if nationals of any third country own or control such company. However, if one Party believes that the benefits of this Treaty should not be extended to a company of the other Party for this reason, it shall promptly consult with the other Party to seek a mutually satisfactory resolution^[3].

6. También incluyen cláusulas de denegación algunos tratados multilaterales firmados pocos años después, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1992 (el *TLCAN*) o el Tratado de la Carta de la Energía (el *TCE*) de 1994[4].

7. Si bien la inclusión de estas cláusulas en los tratados de inversión fue temprana, no parece haber sido muy difundida. Se ha estimado que alrededor de 200 tratados de inversión incluyen alguna variante de cláusula de denegación[5].

2. Tipos de cláusulas de denegación

8. Los criterios más frecuentes mencionados en las cláusulas de denegación para el ejercicio del derecho de los Estados parte de excluir de la protección de los tratados de inversiones a personas jurídicas constituidas en, u organizados conforme a las leyes de, uno de los Estados parte suelen ser, generalmente a cumplir de manera cumulativa: (i) el control por nacionales de un tercer Estado; y (ii) la ausencia de actividades económicas “sustanciales” o “reales” en el territorio del Estado de su nacionalidad[6].

9. Otro criterio habitual (aunque prácticamente no ha sido debatido en la jurisprudencia) es el que permitiría excluir de la protección a un inversor que esté controlado por nacionales de un tercer Estado con el cual el Estado parte del tratado no mantenga relaciones diplomáticas o al cual el Estado parte le haya impuesto sanciones. Este criterio ha sido incluido en algunos tratados multilaterales firmados por Estados Unidos, como el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, República Dominicana y Centroamérica (*DR-CAFTA*, por sus siglas en inglés) de 2004[7], el cual también incluye los criterios antes mencionados de control y actividades económicas “sustanciales”. La cláusula de denegación del DR-CAFTA se encuentra en su artículo 10.12 y se lee como sigue:

1. Una Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si dicha empresa es propiedad de o está controlada por personas de un país que no es Parte y la Parte que deniegue los beneficios:

(a) no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; o

(b) adopta o mantiene medidas en relación con el país que no es Parte o con una persona de un país que no sea Parte, que prohíben transacciones con esa empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este Capítulo se otorgan a esa empresa o a sus inversiones.

2. Sujeto a los Artículos 18.3 (Notificación y Suministro de Información) y 20.4 (Consultas), una Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de otra Parte que es una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de ese inversionista, si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de ninguna Parte, salvo de la Parte que deniega, y si las personas de un país que no es Parte, o de la Parte que deniega, son propietarias o controlan la empresa[8].

10. De la misma manera, el artículo 17 del Tratado de la Carta de la Energía (el *TCE*), que ha sido objeto de discusión en varios arbitrajes, también refleja estos mismos criterios, es decir, por un lado, el de control y ausencia de actividades económicas de cierta envergadura, y por el otro, la ausencia de relaciones diplomáticas o la existencia de sanciones:

Cada Parte Contratante se reserva el derecho de denegar los beneficios de la presente Parte a:

1) cualquier entidad jurídica cuando ciudadanos o nacionales de un tercer país posean o controlen dicha entidad y cuando ésta no lleve a cabo actividades empresariales importantes en el territorio de la Parte Contratante en la que esté establecida, o

2) a una inversión, cuando la Parte Contratante que decida dicha denegación establezca que se trata de la inversión de un inversor de un tercer Estado con el cual, la Parte Contratante que decide la denegación:

a) no mantenga relaciones diplomáticas, o

b) adopte o mantenga disposiciones que:

i) prohíban las transacciones con los inversores de dicho Estado, o

ii) puedan resultar infringidas o soslayadas de concederse las ventajas de la presente Parte a los inversores de dicho Estado o a sus inversiones[9].

11. Otro criterio de denegación de beneficios incluido de manera más reciente, por ejemplo, en el tratado bilateral modelo de India de 2015, además del criterio de control extranjero, permite excluir la protección a inversores o inversiones establecidos o reestructurados corporativamente con el objetivo principal de acceder a los mecanismos de resolución de controversias del tratado:

A Party may at any time, including after the institution of arbitration proceedings in accordance with Chapter IV of this Treaty, deny the benefits of this Treaty to:

(i) an investment or investor owned or controlled, directly or indirectly, by persons of a non-Party or of the denying Party; or

(ii) an investment or investor that has been established or restructured with the primary purpose of gaining access to the dispute resolution mechanisms provided in this Treaty[10].

III. La aplicación de las cláusulas de denegación de beneficios en arbitrajes de inversión ^[arriba]

12. Con el desarrollo de la jurisprudencia de arbitrajes de inversión en las últimas décadas, la aplicación de las cláusulas de denegación ha suscitado diversos debates. Fundamentalmente, se ha discutido cómo, cuándo y con qué alcance deben invocarse y aplicarse los derechos previstos en las cláusulas de denegación, así como también cómo se deben interpretar los requisitos que prevén dichas cláusulas para su aplicación.

1. Oportunidad, forma y alcance de la invocación y aplicación de una cláusula de denegación

13. Dado que la mayoría de estas cláusulas están estructuradas como una reserva de derechos, los tribunales constituidos bajo tratados de inversión que abordaron esta cuestión han decidido cómo corresponde que los Estados demandados ejerzan dichos derechos. Si bien el texto de las cláusulas aplicables juega un rol primordial para determinar estas cuestiones, la jurisprudencia tampoco ha sido plenamente consistente incluso ante cláusulas de alcance idéntico[11].

14. Una primera cuestión para considerar es si deben cumplirse requisitos previos antes de invocar los derechos reservados por la cláusula de denegación. Por ejemplo, el tratado de inversión Egipto-Estados Unidos, luego de establecer los criterios materiales para ejercer el derecho a denegar los beneficios, regula dicho ejercicio al establecer que “*provided that, whenever one Party concludes that the benefits of this Treaty should not be extended [...], promptly consult with the other Party to seek a mutually satisfactory resolution of this matter*”[12]. El tribunal del caso *Ampal v. Egipto*, aplicando dicho tratado, consideró que Egipto no había ejercido su derecho bajo la cláusula de denegación conforme a sus términos, ya que le había informado a Estados Unidos su decisión de denegarle los beneficios a los demandantes como un hecho consumado[13], en vez de informar a Estados Unidos su *intención* de invocar la cláusula y de buscar una solución satisfactoria para ambas partes al respecto[14].

15. De modo similar, el DR-CAFTA prevé en su cláusula de denegación que el Estado parte que invoque dicha cláusula debe notificar previamente al otro Estado involucrado y, en caso de que esta otra parte lo solicite, entrar en consultas conforme al mecanismo de consultas entre partes previsto en el tratado[15]. Al respecto, el tribunal en el caso *Pac Rim c. El Salvador* decidió que El Salvador podía ejercer dicha cláusula al haber cumplido con el requisito de notificar a Estados Unidos (el Estado donde estaba constituida la compañía demandante) de su intención de hacerlo[16].

16. Desde luego, la posible exigencia de cumplir con notificaciones previas al Estado del inversor afectado dependerá, como en el caso antes citado, de lo que disponga el tratado aplicable. Por ejemplo, el tratado bilateral modelo de la UE de 2023 expresamente prevé que “[f]or greater certainty, a Party may deny such benefits pursuant to this Article without any

prior publicity or other additional formality related to its intention to exercise the right conferred by this Article”[17].

17. Otra cuestión relevante es determinar hasta qué momento el Estado puede ejercer su derecho de excluir protección bajo la cláusula de denegación. Como se mencionó antes[18], la mayoría de las cláusulas de denegación están diseñadas como una reserva del derecho a invocar las exclusiones que contienen. Por ello, como explicó el tribunal en el caso *Khan Resources c. Mongolia* al analizar la cláusula de denegación del TCE, los efectos de dicha cláusula no son automáticos, sino que requieren un “*active exercise*” para la denegación de beneficios[19].

18. Diversos tribunales han sostenido que la invocación de los derechos de exclusión reservados por una cláusula de denegación solo tiene efectos para el futuro, por lo que no puede ejercerse contra un inversor cuando éste ya sometió su disputa a arbitraje bajo el tratado respectivo[20]. Según esta interpretación, ejercer la denegación de beneficios una vez que la disputa ya fue sometida a arbitraje sería contrario al objeto y fin de los tratados de inversión, que es fomentar y proteger las inversiones. En esa línea de razonamiento, de permitirse la aplicación retroactiva, el inversor quedaría en una situación de gran incertidumbre ya que, luego de haber confiado en las protecciones del tratado e invertido en el territorio del Estado parte, no podría saber si cuenta con dichas protecciones incluso hasta después de invocarlas. Así lo explicó el tribunal en *Plama c. Bulgaria* al decidir sobre la aplicación de la cláusula de denegación bajo el TCE:

In the Tribunal’s view, therefore, the object and purpose of the ECT suggest that the right’s exercise should not have retrospective effect. A putative investor, properly informed and advised of the potential effect of Article 17(1), could adjust its plans accordingly prior to making its investment. If, however, the right’s exercise had retrospective effect, the consequences for the investor would be serious. The investor could not plan in the “long term” for such an effect (if at all); and indeed such an unexercised right could lure putative investors with legitimate expectations only to have those expectations made retrospectively false at a much later date. Moreover, in the present case, the Respondent asserts a retrospective effect from a very late date, even after the Claimant’s Request for Arbitration and the accrual of the Claimant’s causes of action under Part III ECT[21].

19. El tribunal en *Rurelec c. Bolivia* criticó esta postura, afirmando que un Estado probablemente no tenga la oportunidad de negarle beneficios a un inversor particular hasta conocer los detalles de la disputa y su estructura corporativa o sus actividades económicas en su país de origen[22]. Al respecto, el tribunal en *Plama* sugirió que, por ejemplo, los Estados parte del TCE podrían aclarar su intención de denegar beneficios mediante una declaración publicada en su boletín oficial o mediante una disposición legal en su ley aplicable a las inversiones extranjeras[23].

20. En este marco, algunos tribunales han fallado a favor de la invocación retroactiva de las cláusulas de denegación. Por ejemplo, el tribunal en *Littop c. Ucrania* analizó la cláusula de denegación del TCE y concluyó que sus términos permiten invocarla luego del surgimiento de una disputa, sujeto a ciertos límites que explicamos más abajo[24]. De manera similar, el tribunal en *Rurelec c. Bolivia* ya mencionado consideró que una cláusula de denegación “normalmente será utilizada cuando un inversionista decida invocar uno de los beneficios del

TBI”, ya que será en ese momento en que “el Estado demandado analizará si se cumplen las condiciones objetivas para la denegación”[25]. Aun así, el tribunal reconoció que esta interpretación deja al inversor en una situación “frágil”, al no saber si podrá o no invocar las protecciones del tratado en el momento en que más lo necesita[26].

21. Probablemente a raíz de esta discusión jurisprudencial, algunos tratados más modernos, como el tratado bilateral modelo de la India mencionado antes o el tratado Argentina-Emiratos Árabes expresamente disponen que puede invocarse la cláusula de denegación “inclusive luego de la activación del mecanismo de solución de controversias”[27].

22. En cualquier caso, más allá del momento preciso en que puede invocarse los derechos reservados por la cláusula de denegación, algunos tribunales han reconocido como límite para dicho ejercicio la buena fe. Esto supone que, más allá de si la invocación puede tener efectos retroactivos o prospectivos, el Estado debe hacerla en un momento razonable y de manera transparente. Así, el tribunal en el caso *Littop* mencionado antes sostuvo que la invocación de la cláusula de denegación debe hacerse “*within a reasonable period of time after the dispute arises*” y que “*investors should not be misled by States as to whether or not they will invoke [la cláusula de denegación]*”[28].

23. Aun así, qué constituye un momento razonable para invocar una cláusula de denegación depende de las circunstancias de cada caso. Por ejemplo, en el caso *NextEra c. España*, el tribunal rechazó la invocación de la cláusula de denegación por España en su memorial de jurisdicción. El tribunal notó que la demandante había discutido su inversión en detalle con España (incluyendo su estructura societaria y la existencia de una compañía *holding* neerlandesa), que había recibido garantías y apoyos para concretar dicha inversión y que había informado a España de la intención de la compañía *holding* de hacer valer sus derechos bajo el TCE, y que a pesar de todo ello España nunca había anticipado su intención de denegar los beneficios de dicho tratado invocando la cláusula de denegación. Ante esta situación, el tribunal consideró que el intento de España de denegar beneficios al inversor era “*hardly a good faith exercise of its right*” y que España “*failed to exercise its right to deny benefits under Article 17(1) in a timely fashion*”[29].

24. Asimismo, el tribunal en el caso *Gramercy c. Perú* rechazó el intento de Perú de invocar la cláusula de denegación debido a que, según las ordenes procesales y el reglamento arbitral aplicable, Perú debía plantear sus objeciones jurisdiccionales en su escrito de defensa y, en cambio, pretendió invocar la cláusula de denegación “*at the last possible moment*” en sus escritos post-audiencia[30].

25. Otra cuestión relevante para definir el alcance y el momento en que puede invocarse una cláusula de denegación es también la categoría de “beneficios” que la cláusula excluye. Por ejemplo, si la cláusula dispone que se deniegan *todos* los beneficios del tratado que surgen de *todas* sus disposiciones, ello incluye el acceso a los mecanismos de resolución de controversias del tratado y, específicamente, al arbitraje internacional. En ese caso, la aplicación de la cláusula de denegación podría considerarse una cuestión de jurisdicción, en tanto el Estado demandado no habría consentido someter una disputa a arbitraje con el inversor al cual le deniega los beneficios del tratado.

26. En cambio, si la cláusula de denegación solo aplica a ciertos artículos del tratado en particular, como ser las protecciones “sustantivas”, pero no a la cláusula de resolución de

disputas, entonces podría entenderse que se trata de una discusión sobre los méritos. Es decir, el Estado que invoca la cláusula sí consintió someter la disputa con el inversor a arbitraje internacional, aunque sin permitirle alegar las protecciones sustantivas del tratado.

27. Aun así, si bien esto pudiera parecer claro conceptualmente, en la práctica estará necesariamente abierto a interpretaciones. Por ejemplo, distintos tribunales han interpretado de forma diferente el alcance de la cláusula de denegación del TCE. El tribunal en *Yukos c. Rusia* consideró que su aplicación era una cuestión de jurisdicción, ya que la cláusula de denegación aplicaba a toda la parte III del TCE que incluye la definición del término “inversor”. Así, el tribunal consideró que “[t]he provisions of Article 17 [es decir, la cláusula de denegación] *determine the jurisdictional scope ratione personae of the ECT*” ya que si dicha cláusula “*is validly invoked, it excludes from the scope of the Treaty a person that would otherwise be entitled to invoke the Treaty as an ‘Investor’*”[31]. En cambio, los tribunales de los casos *Stati c. Kazakstán* y *Plama c. Bulgaria*, entre otros, consideraron que la aplicación de la cláusula de denegación del TCE era una cuestión relacionada con los méritos del caso, dado que “[t]he express terms of Article 17 refer to a denial of the advantages ‘of this Part’, thereby referring to the substantive advantages conferred upon an investor”[32], “*leaving unaffected the dispute resolution provision in Part V*”[33].

28. En la mayoría de los casos, esta discusión puede parecer estéril, ya que presentar una disputa ante un tribunal arbitral sin la posibilidad de invocar las protecciones del tratado aplicable no tendría mayor sentido práctico. Sin embargo, no puede descartarse que la distinción tenga efectos relevantes en casos particulares.

2. Interpretación de los criterios comúnmente usados en las cláusulas de denegación

29. Por otro lado, más allá de la forma y el momento en que puede invocarse y aplicarse una cláusula de denegación, los tribunales también han discutido cómo deben interpretarse los requisitos previstos en los tratados para que proceda la denegación de beneficios. Como se mencionó antes, los principales criterios utilizados y discutidos son (i) el control de la persona jurídica por nacionales de un tercer Estado y (ii) la ausencia de actividades “sustanciales” en el territorio donde la persona jurídica está constituida[34]. En general, las cláusulas de denegación disponen que ambos requisitos deben cumplirse conjuntamente, como sucede en el DR-CAFTA y en el TCE, conforme ya se explicó[35].

30. En el caso del requisito de control, las cláusulas de denegación no suelen ofrecer ninguna definición o consideración adicional para precisar el sentido de dicho requisito. Más estrictamente, los clausulas suelen usar los términos de “propiedad y control” o, en inglés, “*ownership and control*”. Propiedad suele entenderse como la propiedad en sentido legal, mientras que el control es un concepto más fáctico, entendido como el poder de influir en las decisiones de la persona jurídica en cuestión. Así lo explicó, por ejemplo, el tribunal en *Plama c. Bulgaria*:

Also, in the Tribunal's view, ownership includes indirect and beneficial ownership; and control includes control in fact, including an ability to exercise substantial influence over the legal entity's management, operation and the selection of members of its board of directors or any other managing body[36].

31. La aplicación de ambos conceptos ha suscitado diversos debates. Por ejemplo, en cuanto al requisito de control, en el caso *Ulysseas c. Ecuador* regido por el tratado bilateral Ecuador-Estados Unidos, Ecuador alegó que la compañía demandante estaba controlada por compañías de un tercer Estado debido a que, en la cadena corporativa de accionistas de la empresa demandante, la relación con su controlante final estadounidense estaba “rota” a raíz de una serie de acuerdos de *joint-venture* entre la compañía demandante y una compañía constituida en las Bahamas y controlada por un nacional de un tercer Estado. Sin embargo, el tribunal rechazó este argumento, ya que consideró que dichos acuerdos de *joint-venture* solo otorgaban control sobre una línea de negocios de la compañía demandante, pero no sobre la compañía en sí[37].

2. Por otro lado, en el caso *Big Sky Energy c. Kazakstán*, la cuestión del control se analizó en el contexto de la práctica del financiamiento de litigio por terceros. El Estado demandante alegó que, debido al acuerdo de financiamiento del demandante con un tercero financista, éste último habrían pasado a controlar al primero. Sin embargo, el tribunal rechazó el argumento y consideró que, tal como lo haría un abogado con respecto a una parte en un procedimiento legal, el tercero financista “*acts on behalf of the Claimant, not as its controller*”[38].

33. Por su parte, el tribunal en *Eco Oro c. Colombia* sostuvo que no es suficiente que alguien teóricamente pudiera controlar a una compañía, sino que efectivamente debe hacerlo para que ello sea relevante a efectos de la denegación de beneficios. En aquel caso, Colombia alegaba que accionistas de la compañía demandante provenientes de terceros Estados podían reunir una mayoría de capital social para controlarla. El tribunal rechazó el argumento, afirmando que no era suficiente asumir que “*if all the non-Canadian investors were to act in concert, they would be able to exercise control*”, ya que el requisito de control requiere “*actual not putative control*”[39].

34. Otra cuestión frecuente respecto al requisito de control de las cláusulas de denegación es que éstas se refieren en general al control por parte de nacionales de terceros Estados, pero no por nacionales del Estado que es demandado. En distintos casos bajo el TCE, por ejemplo, los Estados receptores de la inversión solicitaron a los tribunales arbitrales que extendieran la denegación de beneficios a compañías extranjeras que estaban controladas por nacionales de dichos Estados, en base a una interpretación extensiva de la cláusula de denegación del TCE. Sin embargo, los tribunales arbitrales han rechazado reiteradamente estos planteos por considerar que exceden lo previsto en el texto de la cláusula[40].

35. Por su parte, para la aplicación del requisito relativo a la ausencia de actividades reales o sustanciales en el Estado de la nacionalidad del inversor, los tribunales normalmente han considerado, por ejemplo, si tiene allí oficinas, empleados y/o cuentas bancarias a su nombre, realiza allí las tareas propias de su rubro o paga allí sus impuestos[41]. Aun así, los tribunales han aclarado que el requisito de que las actividades sean “sustanciales” o “reales” no se refiere a alcanzar un cierto umbral de magnitud, sino en contraposición a que sean actividades meramente formales[42]. Esto ha resultado, por ejemplo, en decisiones que rechazaron la denegación de beneficios a compañías *holding*, por considerar que realizaban su actividad, consistente en administrar acciones en otras compañías u otros activos, desde el territorio del Estado donde estaban incorporadas[43].

36. Por otro lado, se ha sostenido que deben considerarse exclusivamente las actividades de la persona jurídica que actúa como demandante, no las del grupo económico o estructura corporativa de la que forme parte. En el caso *Pac Rim* ya mencionado, el tribunal admitió el ejercicio de la cláusula de denegación de beneficios pese a que el grupo de compañías al que pertenecía la demandante tenía probadas actividades en Estados Unidos, notando que el único activo a nombre de la demandante eran sus acciones en la compañía salvadoreña respecto a la cual reclamaba en el arbitraje. El tribunal destacó que una compañía *holding* “*will usually have a board of directors, board minutes, a continuous physical presence and a bank account*”, mientras que afirmó que la compañía demandante era una “*shell company*” que no realizaba siquiera dichas actividades[44].

IV. Conclusión [\[arriba\]](#)

37. Como puede verse, al igual que ha sucedido en general con las diversas disposiciones de los tratados de inversión, la aplicación de las cláusulas de denegación ha generado una serie de debates y de decisiones dispares, que en algunos casos no pueden atribuirse a diferencias en la redacción de las disposiciones respectivas. Teniendo en cuenta los efectos drásticos que puede conllevar la aplicación de dichas cláusulas, pareciera deseable que los nuevos tratados de inversión que se concluyan regulen esta cuestión con mayor claridad para brindar mayor certeza a los distintos usuarios del sistema de protección de inversiones.

Notas [\[arriba\]](#)

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica Argentina y de la Universidad de Nueva York (LL.M. en Derecho Ambiental). Socio de la firma *Dechamps International Law*.

** Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires. Asociado en la firma *Dechamps International Law*. Cualquier opinión expresada en la presente publicación no es atribuible a la firma.

[1] Ver, L. A. Mistelis y C. M. Baltag, “Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty”, 113 Penn State Law Review 1301 (2009), págs. 1302-1304; Y. Banifatemi, “Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses”, en Y. Banifatemi (ed.) *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 8 (2018), págs. 224-225; I. Murnira Ramli “Denial of Benefits in Investment Arbitration: Genesis, Trends, and Application” en J. Chaisse, et al. (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy* (2021), págs. 1014-1015.

[2] Tratado de Amistad, Navegación y Comercio entre los Estados Unidos de América y la República Italiana, 2 de febrero de 1948, artículo XXIV.5. Otros tratados de Estados Unidos de la época contienen cláusulas similares. Por ejemplo, los tratados de amistad de Estados Unidos con Etiopía de 1948, China de 1949 y Tailandia de 1966. Ver L. A. Mistelis y C. M. Baltag, “Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty”, 113 Penn State Law Review 1301 (2009), pág. 1304; Y. Banifatemi, “Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses”, en Y. Banifatemi (ed.) *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 8 (2018), págs. 224-225.

[3] Tratado entre la República de Camerún y los Estados Unidos de América sobre Promoción

y Protección Recíproca de Inversiones, 26 de febrero de 1986, artículo I.3.

[4] Ver Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 17 de diciembre de 1992, artículo 1113; Tratado de la Carta de la Energía, 17 de diciembre de 1994, artículo 17.

[5] Ello surge de la base de datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, que se refiere a más de 2.500 tratados de inversión. Ver, UNCTAD Investment Policy Hub, “International Investment Agreement Navigator” disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-a-mapping> (último acceso 31 de enero de 2024).

[6] Ver, por ejemplo, Tratado de la Carta de la Energía, 17 de diciembre de 1994, artículo 17; Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 14 de noviembre de 1991, artículo I.2; Acuerdo entre la República Argentina y Japón para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, 1 de diciembre de 2018, artículo 23.2; Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre el Gobierno del Reino de Marruecos y el Gobierno de la República Federal de Nigeria, 3 de diciembre de 2016, artículo 22.2; Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Ecuador sobre la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, 27 de agosto de 1993, artículo I. 2; Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Bolivia sobre la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, 17 de abril de 1998, artículo XII; Acuerdo entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República de Türkiye sobre la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, 23 de abril de 2022, artículo 12.

[7] Ver, por ejemplo, Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos de América, 5 de agosto de 2004, artículo 10.12.

[8] Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos de América, 5 de agosto de 2004, artículo 10.12.

[9] Tratado de la Carta de la Energía, 17 de diciembre de 1994, artículo 17.

[10] Texto Modelo para el Tratado Bilateral de Inversión Indio, 28 de diciembre de 2015, artículo 35. La cláusula de denegación del artículo 13(c) del tratado de inversión Argentina-Emiratos Árabes contiene una redacción similar.

[11] Por ejemplo, algunos tribunales constituidos bajo el TCE (entre otros, *Plama c. Bulgaria*; *Khan Resources c. Gobierno*; *Liman Caspian Oil v. Kazakstán*) han interpretado que la cláusula de denegación de dicho tratado no podía aplicarse de forma retroactiva, es decir, una vez que la disputa ya había sido sometida a arbitraje, mientras que otros tribunales también constituidos bajo ese tratado (por ejemplo, *Litpop c. Ucrania*) consideraron que la cláusula sí podía aplicarse de esa manera. Ver párrs. 18-20 abajo. Para un listado del criterio seguido sobre esta cuestión por cada tribunal hasta 2015, ver L. Gastrell y P. J. Le Cannu, “Procedural Requirements of ‘Denial-of-Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions”, Vol. 30 ICSID Review No. 1 (2015), pág. 84.

[12] Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Árabe de Egipto sobre la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones de 29 de septiembre de 1982 y Protocolo Suplementario de 11 de marzo de 1986, Protocolo.

[13] Ver *Ampal-American Israel Corp. y otros c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/12/11), Decisión sobre Jurisdicción, 1 de febrero de 2016, párrs. 145-149.

[14] *Id.*, párrs. 150-154. En el mismo sentido, ver también *Hope Services LLC c. República de Camerún* (Caso CIADI No. ARB/20/2), Laudo, 23 de diciembre de 2021, párrs. 126-146.

[15] Ver Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos de América, 5 de agosto de 2004, artículo 10.12.

[16] *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/09/12), Decisión sobre las Objeciones de Jurisdicción de la Demandada, 1 de junio de 2012, párrs. 4.82-4.92.

- [17] Anotaciones de la Comisión Europea a las cláusulas modelo para la negociación o renegociación de Acuerdos Bilaterales de Inversión de los Estados miembros con terceros países, 21 de septiembre de 2023, pág. 19.
- [18] Ver párr. 13 arriba.
- [19] Khan Resources Inc. y otros c. Gobierno de Mongolia y Monatom Co., Ltd. (Caso CPA No. 2011-09), Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012, párrs. 418-424.
- [20] Ver, por ejemplo, Khan Resources Inc. y otros c. Gobierno de Mongolia y Monatom Co., Ltd. (Caso CPA No. 2011-09), Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012, párrs. 425-431; Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazakstán (Caso CIADI No. ARB/07/14), Laudo, 22 de junio de 2010, párr. 225; Yukos Universal Limited c. Federación Rusa (Caso CPA No. 2005-04/AA227), Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, párr. 458; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/14/1), Laudo, 16 de mayo de 2018, párr. 239; Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Caso CIADI No. ARB/03/24), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párr. 161.
- [21] Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Caso CIADI No. ARB/03/24), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párr. 161.
- [22] Ver Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia (Caso CPA No. 2011-17), Laudo, 31 de enero de 2014, párr. 378.
- [23] Ver Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Caso CIADI No. ARB/03/24), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párr. 157.
- [24] Littop Enterprises Limited y otros c. Ucrania (Caso CCE No. V 2015/092), Laudo Final, 4 de febrero de 2021, párrs. 592-593.
- [25] Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia (Caso CPA No. 2011-17), Laudo, 31 de enero de 2014, párr. 378. Ver también, en el mismo sentido, Ulysseas, Inc. c. República de Ecuador (Caso CPA No. 2009-19), Laudo Interino, 28 de septiembre de 2010, párrs. 172-173.
- [26] Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia (Caso CPA No. 2011-17), Laudo, 31 de enero de 2014, párr. 383.
- [27] Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre la República Argentina y los Emiratos Árabes Unidos, 16 de abril de 2018, artículo 13. Ver también Texto Modelo para el Tratado Bilateral de Inversión Indio, 28 de diciembre de 2015, artículo 35.
- [28] Littop Enterprises Limited y otros c. Ucrania (Caso CCE No. V 2015/092), Laudo Final, 4 de febrero de 2021, párr. 592.
- [29] NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Reino de España (Caso CIADI No. ARB/14/11), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios de Quantum, 12 de marzo de 2019, párrs. 268-271.
- [30] Gramercy Funds Management LLC, y Gramercy Peru Holdings LLC c. República de Perú (Caso CIADI No. UNCT/18/2), Laudo Final, 6 de diciembre de 2022, párrs. 673-674.
- [31] Yukos Universal Limited c. Federación Rusa (Caso CPA No. 2005-04/AA227), Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, párr. 548.
- [32] Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Caso CIADI No. ARB/03/24), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párr. 147.
- [33] Anatolie Stati y otros c. República de Kazakstán (I) (Caso CCE No. 116/2010), Laudo, 19 de diciembre de 2013, párr. 745.
- [34] Ver párr. 8 arriba. Ver también, por ejemplo, Y. Banifatemi, “Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses”, en Y. Banifatemi (ed.) *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 8 (2018), pág. 233.
- [35] Ver párrs. 8-10 arriba.
- [36] Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Caso CIADI No. ARB/03/24),

Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párr. 170.

[37] Ver *Ulysseas, Inc. c. República de Ecuador* (Caso CPA No. 2009-19), Laudo Interino, 28 de septiembre de 2010, párrs. 181-189.

[38] *Big Sky Energy Corporation c. República de Kazakstán* (Caso CIADI No. ARB/17/22), Laudo, 24 de noviembre de 2021, párr. 262.

[39] *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/16/41), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Direcciones sobre Quantum, 9 de septiembre de 2021, párr. 252.

[40] Ver, por ejemplo, *Hulley Enterprises Ltd. c. Federación Rusa* (Caso CPA No. 2005-03/AA226), Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, párr. 545; *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España* (Caso CCE No. 062/2012), Laudo Final, 21 de enero de 2016, párr. 416; *LSG Building Solutions GmbH y otros c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/18/19), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios de Reparación, 11 de julio de 2022, párrs. 429-436.

[41] Ver, por ejemplo, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine* (Caso CCE No. 080/2005), Laudo Final, 26 de marzo de 2008, párr. 68.

[42] Ver, por ejemplo, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine* (Caso CCE No. 080/2005), Laudo Final, 26 de marzo de 2008, párr. 69; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/14/1), Laudo, 16 de mayo de 2018, párr. 253; *Big Sky Energy Corporation c. República de Kazakstán* (Caso CIADI No. ARB/17/22), Laudo, 24 de noviembre de 2021, párr. 286.

[43] Ver, por ejemplo, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/14/1), Laudo, 16 de mayo de 2018, párr. 254; *IC Power Ltd y Kenon Holdings Ltd c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/19/19), Laudo, 3 de octubre de 2023, párr. 225; *Aris Mining Corporation c. República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/18/23), Decisión sobre la Objeción Jurisdiccional Bifurcada, 23 de noviembre de 2020, párrs. 139-140.

[44] *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/09/12), Decisión sobre las Objeciones de Jurisdicción de la Demandada, 1 de junio de 2012, párrs. 4.72-4.75.