Capítulo XII

LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

A. Introducción

345. En su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «La cláusula de la nación más favorecida» y establecer un grupo de estudio sobre la cuestión en su 61.º período de sesiones[693].

346. En el 61.º período de sesiones (2009) se estableció un Grupo de Estudio, copresidido por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera[694]. El Grupo de Estudio se volvió a constituir en el 62.º período sesiones (2010) bajo la misma copresidencia[695].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

347. En el actual período de sesiones, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida, copresidido por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera.

348. En su 3119.ª sesión, el 8 de agosto de 2011, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los copresidentes del Grupo de Estudio.

1. Deliberaciones del Grupo de Estudio

349. El Grupo de Estudio celebró cuatro reuniones, los días 1.º de junio, 20 de julio y 4 de agosto de 2011.

350. En 2010 el Grupo de Estudio decidió, en un esfuerzo por adelantar su labor, tratar de determinar en mayor medida el contenido normativo de las cláusulas de la nación más favorecida (cláusulas NMF) en el ámbito de las inversiones y de realizar un ulterior análisis de la jurisprudencia que incluyera la función de los árbitros, los factores que explican planteamientos diferentes a la hora de interpretar disposiciones NMF, las divergencias y las medidas adoptadas por los Estados en respuesta a la jurisprudencia. En el actual período de sesiones, el Grupo de Estudio tuvo ante sí un documento informal, en forma de cuadro, en el que figuraban decisiones adoptadas por árbitros y asesores en casos sobre inversiones relacionados con cláusulas NMF, acompañados del tipo de disposición NMF que se estaba interpretando.

351. También tuvo ante sí un documento de trabajo sobre la interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones preparado por el Sr. Donald McRae. El documento de trabajo partía de un estudio anterior sobre la cláusula NMF y el asunto *Maffezini*, elaborado por el Sr. Rohan Perera[696], y trataba de determinar los factores que los tribunales habían tenido en cuenta a la hora de adoptar sus decisiones para calibrar si con ello se arrojaba alguna luz en las divergencias que existían en la jurisprudencia, con miras a identificar categorías de factores que se habían alegado en los distintos asuntos y evaluar su importancia relativa en la interpretación y aplicación de cláusulas NMF. En este sentido, en el documento de trabajo se examinaron los diversos usos para los que se habían alegado cláusulas NMF en controversias sobre inversiones, centrándose principalmente en el uso de cláusulas NMF para obtener un beneficio sustantivo previsto en el tratado bilateral sobre inversiones entre el Estado demandado y un tercer Estado; y el uso de cláusulas NMF para obtener disposiciones de arreglo de controversias más favorables que las recogidas en el acuerdo bilateral sobre inversiones en relación con el cual se planteaba la reclamación[697].

352. En el documento también se examinaban las consideraciones que se habían tenido en cuenta en las decisiones de tribunales sobre inversiones, deteniéndose en el *origen* del derecho al trato de NMF, así como en su *alcance*. En cuanto al alcance, se señalaba que había muchas formas en las que los tribunales de inversiones habían enmarcado la aplicación del principio *ejusdem generis*, y que incluso se habían adoptado diferentes planteamientos en algunas decisiones. Entre ellos cabe señalar: *a*) el establecimiento de una distinción entre fondo y procedimiento (jurisdicción); *b*) el seguimiento de un planteamiento de *interpretación de los tratados*, bien sea interpretando disposiciones NMF como una cuestión general de

[693] En su 2997.ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008 (véase *Anuario… 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 354). Para una sinopsis del tema, véase ibíd., anexo II. En el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General tomó nota de la decisión.

[694] En su 3029.ª sesión, el 31 de julio de 2009, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los copresidentes del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida (véase *Anuario… 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 211 a 216). El Grupo de Estudio examinó, entre otras cosas, un marco que serviría de guía para la labor futura y acordó un plan de trabajo que incluía la preparación de documentos con el objetivo de aclarar en mayor medida cuestiones relativas, en particular, al alcance de las cláusulas de la nación más favorecida y a su interpretación y aplicación.

[695] En su 3071.ª sesión, el 30 de julio de 2010, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los copresidentes del Grupo de Estudio (véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 359 a 373). El Grupo de Estudio consideró y examinó los diversos documentos preparados sobre la base del marco de 2009 que serviría como guía para la labor futura y acordó un programa de trabajo para 2010.

[696] Para una sinopsis, véase *Anuario… 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 366 a 368. Respecto al asunto *Maffezini*, véase *Maffezini* c. *Reino de España*, caso CIADI n.º ARB/97/7; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

[697] También puede invocarse para obtener un beneficio concedido a los inversores o a las inversiones de un tercer Estado en aplicación del derecho interno o de legislación del país contra el que se presente la reclamación (el Estado demandado).

interpretación de los tratados o tratando la cuestión como si fuese un tema de interpretación de la jurisdicción del tribunal; *c*) la adopción del planteamiento del *conflicto de las disposiciones convencionales*, con arreglo al cual los tribunales tienen en cuenta el hecho de que la cuestión que trata de incorporarse en el tratado ya se recogía, de una forma diferente, en el tratado básico mismo; y *d*) la consideración de la *práctica* de las partes como medio de verificar la intención de las partes respecto del alcance de la cláusula NMF. Además, en el documento de trabajo se examinaba la cuestión, pese a que los tribunales no se ocupaban de ella de manera explícita como si se tratase de un factor a considerar, de si el *tipo de reclamación* que se estaba haciendo había influido en la voluntad de los tribunales de incorporar otras disposiciones por medio de una cláusula NMF, así como la de los *límites de la aplicación de la cláusula NMF*, incluida la de las excepciones de «política pública» recogida en el asunto *Maffezini*.

353. En esencia, el documento de trabajo llegaba a la conclusión de que un examen de las decisiones de los tribunales sobre inversiones ponía de manifiesto que no había coherencia en el planteamiento seguido en el razonamiento de los tribunales que permitieron el uso de la cláusula NMF para incorporar disposiciones de arreglo de controversias. También había poca coherencia en el razonamiento de los tribunales que habían rechazado el uso de la cláusula NMF para incorporar esas disposiciones. Había un proceso de dos fases a la hora de decidir si una cláusula NMF podía emplearse para incorporar disposiciones de arreglo de controversias en el tratado básico. La primera consistía en decidir, de manera explícita o implícita, si, en principio, las cláusulas NMF incluían las disposiciones de arreglo de controversias, y la segunda interpretar la disposición NMF en cuestión para ver si era aplicable de hecho a las disposiciones de arreglo de controversias. Estos planteamientos no siempre eran explícitos y, en algunos casos, los tribunales habían dicho que su planteamiento era el de la interpretación de los tratados, con lo que parecían haber ignorado la primera etapa.

354. El Grupo de Estudio mantuvo un amplio debate partiendo como base del documento de trabajo y de una serie de cuestiones generales preparadas para ofrecer un panorama general de los aspectos que tal vez fuera necesario considerar en el contexto de la labor general del Grupo de Estudio: desde consideraciones estrictamente jurídicas a aspectos más generales orientados a las políticas, pasando por la cuestión de si cabía la posibilidad de que una interpretación liberal del alcance de las cláusulas NMF afectara al equilibrio general de un acuerdo de inversiones entre la protección del inversor y su inversión y el necesario espacio del Estado anfitrión en lo que respecta a las políticas.

355. El Grupo de Estudio afirmó el entendimiento general de que el origen del derecho al trato de NMF estaba en el tratado básico y no en el tratado de una tercera parte[698]; las cláusulas NMF no eran una excepción a la regla del efecto relativo en la interpretación de los tratados. También se reconoció que la cuestión fundamental en las decisiones sobre inversiones en relación con la cláusula NMF parecía ser en qué forma se iba a determinar el alcance del derecho al trato NMF, es decir qué quedaba incluido, expresa o implícitamente, en los límites de la materia objeto de la cláusula.

356. A continuación, en el documento se hacía un seguimiento de las formas en que la cuestión *ejusdem generis* se había enmarcado en particular mediante la alegación de la distinción entre disposiciones sustantivas y procesales (de jurisdicción). Cuando una cláusula NMF incluía expresamente procedimientos de arreglo de controversias, o los excluía expresamente, no había necesidad de más interpretación. No obstante, la interpretación se hacía necesaria en las situaciones en que la intención de las partes en relación con la aplicabilidad o no de la cláusula NMF al mecanismo de arreglo de controversias no se recogía expresamente o no podía verificarse con claridad, situación frecuente en muchos tratados bilaterales de inversiones, con una amplia variedad de disposiciones. El Grupo de Estudio tuvo en cuenta otros hechos recientes, como la publicación de la continuación a la serie de publicaciones de la UNCTAD sobre acuerdos internacionales de inversiones II, con el título *Trato de la nación más favorecida*[699] en la que se recoge, entre otras cosas, la reacción de los Estados que celebraron acuerdos de inversiones tras el asunto *Maffezini*, que indicaba una tendencia a manifestar de manera expresa si la cláusula NMF era aplicable o no a los procedimientos de arreglo de controversias.

357. Asimismo, se consideraba en el trabajo la reciente decisión adoptada en el caso *Impregilo S.p.A.* c. *República Argentina*[700] y en particular el voto particular de la profesora Brigitte Stern, árbitro, en el que, entre otras cosas, argumenta que una cláusula NMF no puede aplicarse al arreglo de controversias debido a una razón fundamental íntimamente relacionada con la esencia del derecho internacional mismo: no existe una asimilación automática de derechos sustantivos y medios jurisdiccionales para hacerlos efectivos, lo que pone de manifiesto la diferencia entre las condiciones necesarias para acceder a los derechos sustantivos y los propios derechos sustantivos, así como las condiciones necesarias para acceder a los medios jurisdiccionales y el propio ejercicio de la jurisdicción[701]. También se señalaba que había discrepancias en la doctrina respecto a cuál era el planteamiento correcto: algunos autores adoptaban la posición de que no existen razones convincentes para distinguir entre disposiciones sustantivas y disposiciones relativas al arreglo de controversias, mientras que otros entendían que la interpretación de las disposiciones NMF era una cuestión jurisdiccional en la que la intención de incluir disposiciones de arreglo de controversias debe expresarse de manera clara y sin ambigüedades.

[698] Causa de la *Anglo-Iranian Oil Co.* (Reino Unido *c*. Irán), excepción preliminar, fallo de 22 de julio de 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 93, en particular pág. 109. Véanse también los proyectos de artículo 8 y 9 del proyecto de artículos de la Comisión sobre la cláusula de la nación más favorecida, *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 26 a 33.

[699] UNCTAD, *Trato de la nación más favorecida*, colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, II (n.º de venta: 10.II.D.19), págs. 84 a 87. Versión en inglés disponible en línea: http://unctad.org/en/docs/diaeia20101_en.pdf.

[700] *Impregilo S.p.A.* c. *República Argentina* (caso CIADI n.º ARB/07/17), 21 de junio de 2011; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

[701] Opinión concurrente y disidente de la profesora Brigitte Stern, árbitro, párrs. 16 y 45; disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/.

358. Se reconocía que en varias decisiones parecía haber de manera implícita una posición filosófica sobre si las cláusulas NMF incluían en principio las disposiciones de arreglo de controversias. En un supuesto, se partía de la idea de que la cláusula NMF puede incluir derechos procesales, mientras que en el otro la idea era que la cláusula NMF no incluía los derechos procesales. Se señalaba que, en general, el aspecto fundamental de la cuestión estaba en el hecho de que no había un planteamiento sistemático respecto de la interpretación que fuera uniforme en todos los tribunales; diferentes factores parecían tener influencia en distintos tribunales. En tales circunstancias, la tarea de extraer alguna conclusión general sobre los planteamientos interpretativos en las decisiones sobre inversiones no era fácil. El reto al que se enfrentaba el Grupo de Estudio consistía, en parte, en llevar a cabo una evaluación que tal vez pudiera poner de manifiesto algún marco teórico subyacente que explicara el razonamiento seguido en las decisiones.

359. En relación con esta cuestión, se señalaba también que el voto particular en el caso *Impregilo S.p.A.* ofrecía un posible marco para extrapolar formas en que debiera plantearse la cuestión *ejusdem generis*, a saber, ocupándose en primer lugar de si se habían cumplido las condiciones previas fundamentales para invocar el acceso (condiciones *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis* del acceso a los derechos reconocidos en los tratados de inversiones). En este sentido, se recordó que el artículo 14 del proyecto de artículos de 1978 sobre la cláusula de la nación más favorecida disponía que el ejercicio de los derechos a que diera lugar una cláusula NMF para el Estado beneficiario o para las personas o las cosas que tenían una relación determinada con ese Estado dependía del cumplimiento de las condiciones pertinentes establecidas en el tratado que contuviera la cláusula o que se hubiesen acordado de otra forma entre el Estado que otorgaba el beneficio y el Estado beneficiario[702]. En otras palabras, en lugar de un proceso de dos fases a la hora de decidir, explícita o implícitamente, si en principio las cláusulas NMF incluían las disposiciones de arreglo de controversias, e iniciar una interpretación de la disposición NMF en cuestión para ver si era aplicable de hecho a las disposiciones de arreglo de controversias, existía una etapa anterior, posiblemente inadvertida en la jurisprudencia, cuyo objeto era determinar quién tenía derecho a beneficiarse, y si se habían cumplido las condiciones previas para acceder a ese derecho.

360. El Grupo de Estudio consideró que era aconsejable estudiar los diversos planteamientos seguidos y poner de manifiesto las ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Se señaló que la denominación del planteamiento de la interpretación del tratado podía ser equívoca ya que el proceso en general se refería a la interpretación de tratados. Se confirmó que el punto general de partida sería la Convención de Viena de 1969, complementada con los principios que pudieran desprenderse de la práctica en el ámbito de las inversiones, si bien se observó que la referencia a otras prácticas convencionales de cada una de las partes en tratados bilaterales de inversiones en relación con los cuales se hubiera recurrido a una cláusula NMF como medio para verificar la intención de las partes respecto del alcance de la cláusula NMF no parecía encontrar apoyo en la Convención de Viena.

2. Labor futura

361. El Grupo de Estudio afirmó una vez más la necesidad de examinar más a fondo la cuestión de la cláusula NMF en relación con el comercio de servicios y los acuerdos de inversión así como la relación existente entre la cláusula NMF, el trato justo y equitativo, y las normas nacionales relativas al trato. Además debían examinarse otros ámbitos del derecho internacional para ver si alguna de las aplicaciones de la cláusula NMF en esos ámbitos pudiera ser de utilidad para la labor del Grupo de Estudio.

362. El Grupo de Estudio prevé que su labor podría completarse en dos períodos de sesiones más de la Comisión. Se subrayó que la labor del Grupo de Estudio debería tener por objeto el establecimiento de una protección contra la fragmentación del derecho internacional asegurando la importancia de una mayor coherencia en los planteamientos adoptados en las decisiones arbitrales. Se consideró que el Grupo de Estudio podría contribuir al logro de una mayor certeza y estabilidad en el ámbito del derecho de inversiones. Se insistió en que deberían hacerse esfuerzos por obtener unos resultados que tuvieran utilidad práctica para quienes tienen relación con el mundo de las inversiones y quienes se encargan de elaborar políticas. El Grupo de Estudio afirmó su intención de no preparar ningún proyecto de artículos ni revisar el proyecto de artículos de 1978. En lugar de ello, se seguiría trabajando bajo la dirección general de los copresidentes del Grupo de Estudio con el objetivo de elaborar un proyecto de informe en el que figurara una exposición general de los antecedentes, un análisis y una contextualización de la jurisprudencia, y se pusieran de manifiesto los problemas surgidos y las tendencias existentes en la práctica y, en su caso, se formularan recomendaciones, incluidas cláusulas modelo.

[702] *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 40.