Capítulo XI

LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

A. Introducción

241. 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» (cláusula NMF) y establecer un grupo de estudio sobre la cuestión en su 61.º período de sesiones[363].

242. En el 61.º período de sesiones (2009) se estableció un Grupo de Estudio, presidido conjuntamente por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera[364]. El Grupo de Estudio se volvió a constituir en los períodos de sesiones 62.º (2010) y 63.º (2011) bajo la misma presidencia conjunta[365].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

243. En el actual período de sesiones, la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida bajo la presidencia del Sr. Donald M. McRae. En la primera reunión del Grupo de Estudio se rindió homenaje al que había sido Presidente del Grupo de Estudio junto al Sr. McRae, el Sr. A. Rohan Perera.

244. En su 3151.ª sesión, el 27 de julio de 2012, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por el Presidente del Grupo de Estudio.

1. Labor del Grupo de Estudio

245. El Grupo de Estudio celebró seis reuniones, los días 24 y 31 de mayo y 11, 12, 17 y 18 de julio de 2012.

246. El objetivo general del Grupo de Estudio es tratar de evitar la fragmentación del derecho internacional y poner de manifiesto la importancia de lograr una mayor coherencia en los planteamientos adoptados en las decisiones arbitrales en el ámbito de la inversión, en particular en relación con las disposiciones relativas al trato NMF. Se considera que el Grupo de Estudio podría contribuir al logro de una mayor certeza y estabilidad en el ámbito del derecho de inversiones. El Grupo trata de obtener unos resultados que tengan utilidad práctica para quienes tienen relación con el mundo de las inversiones y los encargados de formular políticas. El Grupo de Estudio no tiene intención de preparar un proyecto de artículos ni de revisar el proyecto de artículos de 1978 de la Comisión sobre la cláusula de la nación más favorecida[366]. Se prevé elaborar un informe en que figure una exposición general de los antecedentes, un análisis y una contextualización de la jurisprudencia, y se pongan de manifiesto los problemas surgidos y las tendencias existentes en la práctica y, en su caso, se formulen recomendaciones, incluidas posibles directrices y cláusulas modelo.

247. Hasta la fecha, el Grupo de Estudio ha examinado varios documentos de antecedentes para aclarar en mayor medida los problemas que plantea actualmente la cláusula NMF. En este contexto, ha examinado: *a*) un estudio que se está realizando sobre los tipos de disposiciones NMF vigentes; *b*) el proyecto de artículos de 1978 aprobado por la Comisión y los elementos de dicho proyecto que siguen siendo pertinentes; *c*) aspectos de la forma en que la cláusula NMF se había desarrollado y se estaba desarrollando en el contexto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la OMC; *d*) otras novedades en el contexto de la OCDE y la UNCTAD; *e*) un análisis de cuestiones actuales relacionadas con el alcance de la aplicación de la cláusula NMF, como las que planteó el laudo en el asunto *Maffezini*[367].

248. También se han tratado de determinar las decisiones adoptadas por árbitros y asesores en casos sobre inversiones relacionados con cláusulas NMF, así como el tipo de disposiciones NMF interpretadas. Asimismo, a fin de precisar el contenido normativo de las cláusulas NMF en el ámbito de las inversiones, se han analizado

[363] 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.

[364] 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.

[365] 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. Véase también *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 347 a 362.

[366] *Anuario… 1978*, vol. II (segunda parte), párr. 74.

[367] *Catálogo de disposiciones NMF* (Sr. D. M. McRae y Sr. A. R. Perera); *El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 1978* (Sr. S. Murase); *La cláusula NMF en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC)* (Sr. D. M. McRae); *La labor de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en relación con la cláusula NMF* (Sr. M. Hmoud); *La labor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en relación con la cláusula NMF* (Sr. S. C. Vasciannie); *El problema* Maffezini *en el marco de los tratados sobre inversiones* (Sr. A. R. Perera). Respecto al asunto *Maffezini*, véase Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, *Maffezini* c. *Reino de España*, caso n.º ARB/97/7 (disponible en línea: http://icsid.worldbank.org/ICSID/).

los factores que los tribunales han tenido en cuenta para la interpretación y aplicación de las cláusulas NMF de los acuerdos de inversión, sobre la base de la labor realizada anteriormente sobre la cláusula NMF y del laudo del caso *Maffezini*[368].

249. El Grupo de Estudio ya ha señalado la necesidad de examinar más a fondo la cuestión de la cláusula NMF en relación con el comercio de servicios en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y los acuerdos de inversión, la relación existente entre la cláusula NMF, el trato justo y equitativo y las normas nacionales relativas al trato, y otros ámbitos del derecho internacional para determinar si alguna de las aplicaciones de la cláusula NMF en esos ámbitos pudiera ser de utilidad para la labor del Grupo de Estudio.

2. Deliberaciones del Grupo de Estudio en el actual período de sesiones

250. En el actual período de sesiones de la Comisión, el Grupo de Estudio tuvo ante sí un documento de trabajo sobre «La interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales de inversiones», preparado por el Sr. McRae. También examinó un documento de trabajo sobre «Los efectos de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento», preparado por el Sr. Forteau.

251. El documento de trabajo del Sr. McRae era una versión reestructurada del documento de trabajo de 2011 relativo a la interpretación y aplicación de las cláusulas NMF en los acuerdos de inversión, en que se tuvieron en cuenta las últimas novedades y las deliberaciones del Grupo de Estudio en 2011. Contenía un análisis de las últimas decisiones y de los nuevos factores que se habían tomado en consideración en la jurisprudencia. También ofrecía una evaluación de los diferentes planteamientos interpretativos seguidos por los tribunales.

252. Durante el examen del documento de trabajo del Sr. McRae se debatió si la naturaleza del tribunal influía en la forma en que interpretaba los tratados, en particular si la naturaleza mixta del arbitraje (con la participación de un Estado y un particular) era un factor pertinente en el proceso de interpretación. El documento de trabajo del Sr. Forteau fue fruto de ese debate.

253. Ambos documentos de trabajo son documentos preparatorios que formarán parte del informe general que presentará el Grupo de Estudio.

254. El Grupo de Estudio también tuvo ante sí un documento de trabajo oficioso sobre modelos de cláusulas NMF posteriores al asunto *Maffezini* en que se examinaban las diversas formas en que los Estados habían reaccionado a la decisión en el asunto *Maffezini*, entre otras cosas declarando expresamente que la cláusula NMF no se aplica a las disposiciones de arreglo de controversias; o declarando expresamente que la cláusula NMF sí se aplica a las disposiciones de arreglo de controversias; o enumerando expresamente los ámbitos a los que se aplica la cláusula NMF. También examinó un documento de trabajo oficioso que contenía un panorama general sobre la formulación de las cláusulas NMF en los acuerdos relativos a la sede que confieren a los representantes de los Estados ante la organización los mismos privilegios e inmunidades de que gozan los diplomáticos en el Estado anfitrión. Estos documentos de trabajo oficiosos, junto a un documento de trabajo oficioso sobre los tratados fiscales bilaterales y la cláusula de la nación más favorecida que no fue examinado por el Grupo de Estudio, siguen siendo objeto de elaboración y continuarán actualizándose para asegurar su exhaustividad.

a) *Los efectos de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento (Sr. M. Forteau)*

255. En el documento de trabajo se explicó la naturaleza mixta del arbitraje relativo a inversiones; se evaluaron las peculiaridades de la aplicación de la cláusula NMF en los arbitrajes mixtos; y se estudiaron los efectos de esos arbitrajes en la aplicación de la cláusula NMF a disposiciones de procedimiento. Se consideró que la naturaleza mixta del arbitraje relativo a inversiones actuaba a dos niveles ya que, al ser las partes en el procedimiento un demandante privado y un Estado demandado, no tenían la misma naturaleza. Asimismo, se argumentó que el tribunal en esa instancia era un sustituto funcional de un tribunal nacional, por lo demás competente, del Estado receptor[369]. Por lo tanto, el arbitraje mixto se situaba entre los planos nacional e internacional, ya que, cuando se refería a inversiones, tenía afinidades tanto con el arbitraje comercial internacional como con el arbitraje público internacional[370]. Tenía un elemento privado y un elemento público.

256. Al evaluar las peculiaridades de la aplicación de la cláusula NMF en el arbitraje mixto, se señaló que, si bien *ratione materiae* el proyecto de artículos de 1978 abarcaba todos los ámbitos, incluido el establecimiento de personas físicas y jurídicas extranjeras y sus derechos y obligaciones individuales, *ratione personae* su alcance general no incluía obligaciones o derechos individuales. En el sentido clásico, no se consideraba a la persona como sujeto internacional, en la aplicación de la cláusula NMF. El hecho de que un tribunal tuviera carácter mixto hacía que la persona, al igual que el Estado, también se beneficiara de la cláusula NMF en el orden internacional; la persona, sin ser parte en un tratado, puede invocar las cláusulas jurisdiccionales de un tratado contra un Estado parte demandado; dado que el tratado prevé tanto el trato como el derecho a recurrir al arbitraje, resulta difícil distinguir lo que corresponde al arreglo de controversias relacionadas con el tratado de lo que corresponde al trato previsto en el tratado. Este último aspecto pone de manifiesto la

[368] *Interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones* (D. M. McRae). Véase también *Anuario… 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 351 a 353.

[369] Véase S. W. Schill, «Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis for Jurisdiction – A Reply to Zachary Douglas», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, n.º 2 (2011), pág. 362, nota 31. Véase también M. Forteau, «Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office: juge interne, juge international, ou l'un et l'autre *à la fois*?», en Liber amicorum *Jean-Pierre Cot*: *Le procès international*, Bruselas, Bruylant, 2009, págs. 95 a 129.

[370] Véase, en relación con esta cuestión, F. Latty, «Arbitrage transnational et droit international général (2008)», *Annuaire français de droit international*, vol. 54 (2008), págs. 467 y ss., en particular págs. 471 a 475.

existencia de dos corrientes interpretativas: una insiste en el aspecto del «trato» (dos Estados otorgan un trato preferencial a sus respectivos nacionales) para justificar más fácilmente la aplicación de la cláusula NMF a la cláusula de arreglo de controversias; la otra insiste en el aspecto del «arreglo de controversias» (la cláusula de arreglo de controversias es la base del consentimiento del Estado al arbitraje) al destacar la necesidad de respetar el principio del consentimiento del Estado al arbitraje.

257. En lo que respecta al efecto, se sugirió que no se descartaba la aplicación de, al menos, directrices de interpretación especiales, cuando no normas de interpretación, al arbitraje mixto debido a su naturaleza singular. El efecto era que, según el aspecto de la naturaleza mixta, algunos tribunales darían más importancia al aspecto público del arbitraje (o sea, al aspecto de «arreglo de controversias») (enfoque público) que a su aspecto privado (o sea, el aspecto del «trato»), otros adoptarían el planteamiento contrario (enfoque privado), mientras que en otros casos habría una combinación de ambos aspectos (enfoque sincrético).

b) *La interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales de inversiones (Sr. D. M. McRae)*

258. En el documento de trabajo se reconoció que, pese al recurso a la interpretación de los tratados o a la referencia a los instrumentos de interpretación previstos en la Convención de Viena de 1969 a la hora de interpretar las cláusulas NMF, había escasa coherencia en la forma en que los tribunales de inversiones abordaban en la práctica el proceso de interpretación o, necesariamente, en las conclusiones que adoptaban. En consecuencia, se examinaron con mayor detalle los criterios adoptados por los tribunales de inversiones, tratando de determinar algunos factores que parecían influir en esos tribunales al interpretar las cláusulas NMF y de identificar determinadas tendencias.

259. Se señalaron, entre otros, los siguientes factores y tendencias: *a*) el establecimiento de una distinción entre *fondo y procedimiento*, examinando la cuestión básica de si, en principio, una disposición NMF puede referirse a disposiciones tanto procedimentales como sustantivas del tratado; *b*) la interpretación de la disposición NMF en relación con las disposiciones de arreglo de controversias del tratado como una *cuestión jurisdiccional*, que en algunos casos implicaba la utilización de una norma supuestamente más estricta para interpretar si el alcance de una cláusula NMF era el de un acuerdo de arbitraje, mientras que en otros casos establecía una diferencia entre *jurisdicción y admisibilidad* y distinguía las disposiciones relativas al derecho a presentar una reclamación, que corresponden al ámbito jurisdiccional, de las disposiciones relativas a la forma en que debe presentarse la reclamación, que se ha interpretado que pertenecen al ámbito de la admisibilidad; *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; *d*) la consideración de la *práctica* convencional de cada una de las partes en el tratado bilateral de inversión (TBI) en relación con el cual se haya recurrido a una cláusula NMF como medio de verificar la intención de las partes respecto del alcance de la cláusula NMF; *e*) la consideración del *momento pertinente* en que se concluyó el tratado (principio de contemporaneidad), así como de la práctica posterior, para determinar la intención de las partes; *f*) la evaluación de la influencia en el tribunal del contenido de la disposición que se ha pretendido sustituir o añadir por medio de una cláusula NMF; *g*) el reconocimiento de una *doctrina del precedente* implícita, una tendencia que obedece más a un deseo de coherencia que a cualquier estructura jerárquica; *h*) la evaluación del contenido de la disposición invocada para determinar si, de hecho, otorgaba un *trato más o menos favorable*; e *i*) la consideración de la existencia de *excepciones de política*.

c) *Resumen de las deliberaciones*

260. Si bien reconoció que su labor se centraba en el ámbito de las inversiones, el Grupo de Estudio consideró apropiado situar las cuestiones debatidas en un marco normativo más amplio, en el contexto del derecho internacional general y de la labor anterior de la Comisión. El Grupo de Estudio también confirmó la posibilidad de elaborar directrices y cláusulas modelo.

261. Sobre la base del documento de trabajo del Sr. McRae, en que también se analizaba de forma provisional la orientación que podía seguir el Grupo de Estudio, este inició un intercambio de opiniones sobre tres cuestiones principales: *a*) si en principio se podían aplicar disposiciones NMF a las disposiciones de arreglo de controversias de los TBI; *b*) si las condiciones previstas en los TBI para que los inversores puedan invocar disposiciones de arreglo de controversias influían en la jurisdicción de un tribunal; y *c*) cuáles eran los factores que se tenían en cuenta en el proceso de interpretación para determinar si una disposición NMF de un TBI era aplicable a las condiciones para invocar el arreglo de controversias.

262. El Grupo de Estudio reconoció que la cuestión de si una disposición NMF podía o no aplicarse a las disposiciones de arreglo de controversias correspondía al ámbito de la interpretación de los tratados y debía determinarse en cada tratado concreto, con sus propias especificidades que era preciso tener en cuenta. Se señaló que no había ningún problema particular cuando las partes incluían o excluían expresamente las condiciones para acceder al arreglo de controversias en el marco de su disposición NMF. La necesidad de interpretación se había planteado, como en la mayoría de los casos, cuando las disposiciones NMF de los TBI existentes no indicaban expresamente si incluían o excluían cláusulas de arreglo de controversias. Se sugirió que, al menos, al interpretar las disposiciones NMF de los TBI, los tribunales no necesitaban averiguar si en principio no cabía aplicar esas disposiciones a las disposiciones de arreglo de controversias. Tras el caso *Maffezini*, sería prudente que los Estados indicaran su preferencia.

263. Se señaló que los tribunales de inversiones consideran, de manera tanto explícita como implícita, que la cuestión del alcance de las disposiciones NMF de los TBI corresponde al ámbito de la interpretación de los tratados. Los TBI son tratados que se rigen por el derecho internacional. Por consiguiente, para su interpretación

son aplicables los principios de interpretación de los tratados establecidos en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969. La regla general de interpretación de los tratados establecida en el artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena es que un tratado «deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». En el contexto de su labor futura, el Grupo de Estudio seguirá examinando los diversos factores que los tribunales han tenido en cuenta en sus interpretaciones a fin de estudiar la posibilidad de formular recomendaciones en relación con: *a*) el ámbito del contexto; *b*) la pertinencia del contenido de la disposición que se desea sustituir; *c*) la interpretación de la disposición que se desea incluir; *d*) la pertinencia de la labor preparatoria; *e*) la práctica convencional de las partes; *f*) el principio de contemporaneidad. Se consideró que sería necesario seguir estudiando los aspectos relativos a la interpretación de la cláusula NMF más allá del caso *Maffezini*, si podía aclararse más la distinción entre jurisdicción y admisibilidad establecida en la jurisprudencia, la cuestión de la legitimación para invocar la cláusula NMF, si cabía interpretar la disposición del «trato menos favorable» de una manera particular cuando se invocaba en el contexto de TBI, y si cabía invocar excepciones de política para limitar la aplicación de la cláusula NMF.

264. El Grupo de Estudio recordó que ya había señalado la necesidad de examinar más a fondo la cuestión de la cláusula NMF en relación con el comercio de servicios en el marco del Acuerdo General sobre 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. Esas cuestiones se tendrán en cuenta a medida que el Grupo de Estudio avance en sus trabajos. También se recordó que se había previsto estudiar con mayor detalle la relación entre la cláusula NMF y los acuerdos comerciales regionales. Además, se sugirió que había otras cuestiones de actualidad que suscitaban interés, como la relación entre los acuerdos de inversión y los derechos humanos. No obstante, el Grupo de Estudio era consciente de la necesidad de no ampliar el alcance de su labor y, por lo tanto, se mostró cauteloso a la hora de examinar aspectos que podían desviar su atención de su labor en ámbitos que planteaban problemas en relación con la aplicación de las disposiciones del proyecto de artículos de 1978.

265. El Grupo de Estudio intercambió puntos de vista sobre las líneas generales de su futuro informe y, en términos generales, consideró importante incluir una exposición general de antecedentes sobre su labor en el marco más amplio del derecho internacional general, teniendo en cuenta las novedades que se habían producido tras la aprobación del proyecto de artículos de 1978, a fin de abordar los problemas actuales relativos a las cláusulas NMF y analizar a ese respecto cuestiones como la pertinencia actual de las disposiciones NMF, la labor realizada por otros órganos en relación con las disposiciones NMF y los diferentes planteamientos seguidos en la interpretación de las disposiciones NMF. También se prevé que en el informe final del Grupo de Estudio se aborde ampliamente la cuestión de la interpretación de las disposiciones NMF en los acuerdos de inversión en lo que se refiere a la solución de controversias, analizando los diversos factores que se tienen en cuenta en ese proceso y presentando ejemplos de cláusulas modelo para la negociación de disposiciones NMF sobre la base de la práctica de los Estados. El Grupo de Estudio reconoció que los cambios en la composición de la Comisión habían afectado al avance de su labor, dado que no había sido posible abordar determinados aspectos entre períodos de sesiones. Sin embargo, seguía mostrándose optimista en cuanto a la posibilidad de concluir su labor en los próximos dos o tres períodos de sesiones de la Comisión.