

Capítulo XI

LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

A. Introducción

150. 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, en su 61.º período de sesiones, decidió establecer un Grupo de Estudio sobre el tema³⁹⁶.

151. 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 Perera³⁹⁷, y se volvió a constituir en los períodos de sesiones 62.º (2010) y 63.º (2011) bajo la misma presidencia conjunta³⁹⁸. En el 64.º período de sesiones (2012), la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida bajo la presidencia del Sr. Donald M. McRae³⁹⁹.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

152. 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 su ausencia, el Sr. Mathias Forteau desempeñó las funciones de presidente. El Grupo de Estudio celebró cuatro reuniones, los días 23 de mayo y 10, 15 y 30 de julio de 2013.

153. En su 3189.ª sesión, el 31 de julio de 2013, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Estudio.

³⁹⁶ 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.

³⁹⁷ 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 NMF y a su interpretación y aplicación.

³⁹⁸ 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. En su 3119.ª sesión, el 8 de agosto de 2011, la Comisión tomó nota del informe oral de los Copresidentes del Grupo de Estudio (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 348 a 362). El Grupo de Estudio consideró y examinó otros documentos preparados sobre la base del marco de 2009.

³⁹⁹ 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 (*Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 244 a 265). El Grupo de Estudio consideró y examinó los diversos documentos preparados sobre la base del marco de 2009.

1. LABOR DEL GRUPO DE ESTUDIO

154. Cabe recordar que 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 enfoques adoptados en las decisiones arbitrales en el ámbito de las inversiones, en particular en relación con las disposiciones relativas al trato NMF. El Grupo de Estudio sigue trabajando con miras a contribuir al logro de una mayor certeza y estabilidad en el ámbito del derecho de inversiones. 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 la 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 favorecida⁴⁰⁰.

155. Con objeto de arrojar más luz sobre los problemas actuales que plantea la cláusula de la nación más favorecida en relación con el derecho de inversiones, el Grupo de Estudio ha venido preparando y examinando desde 2010 varios documentos de antecedentes. En particular ha examinado: *a)* los tipos de disposiciones NMF vigentes, labor de carácter continuo; *b)* el proyecto de artículos de 1978 aprobado por la Comisión y los elementos de ese 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 de la OMC; *d)* otras novedades en el contexto de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD); *e)* cuestiones actuales relacionadas con el ámbito de aplicación de la cláusula NMF, como las que planteó el laudo en el caso *Maffezini*⁴⁰¹; *f)* la forma en que los tribunales de inversiones habían interpretado la cláusula NMF, en el caso *Maffezini* y con posterioridad a este; y *g)* los efectos de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones sobre la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento⁴⁰².

⁴⁰⁰ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), párr. 74.

⁴⁰¹ *Maffezini c. Reino de España*, caso CIADI n.º ARB/97/7 (disponible en línea: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>).

⁴⁰² 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) (ese documento se revisó nuevamente en 2013); 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. D. 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 caso *Maffezini* en el marco de los

(Continuación en la página siguiente.)

156. El Grupo de Estudio también ha tratado de identificar 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, examinó un documento informal sobre modelos de cláusulas NMF con posterioridad al caso *Maffezini*, en el que se examinan las diversas formas en que los Estados han reaccionado a la decisión en el caso *Maffezini*, por ejemplo, declarando de manera específica que la cláusula NMF no se aplica a las disposiciones de arreglo de controversias, o enumerando de manera concreta los ámbitos a los que es aplicable la cláusula NMF. También ha examinado un documento de trabajo informal en el que se ofrece una sinopsis de expresiones del tipo NMF utilizadas en acuerdos de sede, en los que se confiere a los representantes de los Estados ante una organización los mismos privilegios e inmunidades de que gocen los diplomáticos en el Estado anfitrión. Estos documentos de trabajo informales, junto con un documento de trabajo informal sobre «Los tratados bilaterales de imposición y la cláusula de la nación más favorecida», siguen siendo parte de la labor en curso.

157. El Grupo de Estudio 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 de los acuerdos de inversiones, la relación existente entre la cláusula NMF, el trato justo y equitativo, y las normas nacionales relativas al trato, así como los acuerdos regionales de integración económica y los acuerdos de libre comercio, con objeto de evaluar si alguna forma de aplicación de la cláusula NMF en esos ámbitos podría aportar algo a la labor del Grupo de Estudio. También se puso de manifiesto la necesidad de examinar la relación entre tratados bilaterales y multilaterales y la forma en que la cláusula NMF actuaba en un entorno más diverso y complejo desde la aprobación del proyecto de artículos de 1978 de la Comisión sobre la cláusula NMF; así como la cuestión de la reciprocidad en la aplicación de la cláusula NMF, en particular en acuerdos entre países desarrollados y en desarrollo.

158. Se entendió en general que el objetivo final sería elaborar un informe global en el que se analizaran de manera sistemática las distintas cuestiones que se determinasen relevantes. Estaba previsto que el informe final recogiera los antecedentes generales de la labor dentro del marco más amplio del derecho internacional general, a la luz de avances posteriores, como la aprobación del proyecto de artículos de 1978. Así pues, en el informe tratarían también de abordarse cuestiones actuales relacionadas con las cláusulas NMF, analizando en ese sentido aspectos como la relevancia actual de las disposiciones NMF, la labor realizada por otros órganos sobre las disposiciones NMF, y los diferentes enfoques adoptados en la interpretación de disposiciones NMF. Se consideró la posibilidad de que el informe final del Grupo

de Estudio abordara de manera general la cuestión de la interpretación de las disposiciones NMF en acuerdos sobre inversiones respecto del arreglo de controversias, analizando los diversos factores relevantes para ese proceso y presentando, en su caso, directrices y ejemplos de cláusulas modelo para la negociación de disposiciones NMF a partir de la práctica de los Estados.

2. DELIBERACIONES DEL GRUPO DE ESTUDIO EN EL ACTUAL PERÍODO DE SESIONES

159. El Grupo de Estudio examinó un documento de trabajo titulado «Tratados bilaterales de inversiones sobre tribunales mixtos: carácter jurídico de los arreglos de controversias en materia de inversiones», del Sr. S. Murase, así como un documento de trabajo que contenía un estudio sobre la formulación de las cláusulas NMF y la jurisprudencia relacionada con el caso *Maffezini*, preparado por el Sr. M. D. Hmoud. El Grupo de Estudio también siguió examinando la jurisprudencia y la práctica actual relevantes para la interpretación de las cláusulas NMF. En ese sentido, examinó laudos y votos particulares y disidentes recientes⁴⁰³, en los que se abordaban cuestiones examinadas por el Grupo.

160. El documento de trabajo del Sr. Murase se ocupaba de un aspecto debatido con anterioridad por el Grupo de Estudio en 2012 en relación con un documento de trabajo del Sr. M. Forteau sobre «Los efectos de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones en la aplicación de las cláusulas NMF a disposiciones de procedimiento», en el que se analizaba el fenómeno de los tribunales mixtos ofreciendo una explicación de la naturaleza mixta del arbitraje en relación con las inversiones; se evaluaban las peculiaridades de la aplicación de la cláusula NMF en el arbitraje mixto; se estudiaba el efecto de dicho arbitraje en la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones de procedimiento; se consideraba que la naturaleza mixta del arbitraje en materia de inversiones actuaba a dos niveles, dado que las partes en los procedimientos, al tratarse de un demandante privado y de un Estado demandado, no tenían la misma naturaleza; y se argumentaba que el tribunal en esa instancia era un sustituto funcional de un tribunal nacional, por lo demás competente, del Estado anfitrión. Así pues, 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, al tener un elemento privado y un elemento público. El objeto del documento de trabajo del Sr. Murase era presentar una perspectiva histórica del desarrollo del derecho en este ámbito. En él se recordaba que el proceso de «internacionalización» de los «acuerdos de concesión» celebrados entre una empresa inversora y el Estado anfitrión surgió en el siglo XIX y principios del XX. Esos acuerdos se consideraban «contratos de

(Continuación de la nota 402.)

tratados sobre inversiones (Sr. A. R. Perera); la interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones (D. M. McRae); la interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales arbitrales (Sr. D. M. McRae); y el efecto de la naturaleza mixta de los tribunales de inversiones sobre la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones procesales (Sr. M. Forteau).

⁴⁰³ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, caso CIADI n.º ARB/05/1, notificado a las partes el 22 de agosto de 2012, y voto disidente del Magistrado Charles N. Brower y voto particular del Profesor Domingo Bello Janeiro; y *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, caso CIADI n.º ARB/10/1, notificado a las partes el 2 de julio de 2013, y voto particular del Profesor William W. Park. Véase también la decisión del CIADI sobre la excepción a la jurisdicción por falta de consentimiento en *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, caso CIADI n.º ARB/11/20, de 3 de julio de 2013 (disponibles en línea: <https://icsid.worldbank.org>).

derecho privado» o «contratos de derecho público (o administrativo)», regulados por el derecho interno del Estado de nacionalidad del inversor o del Estado anfitrión. Tras la Segunda Guerra Mundial, la exclusión del derecho interno y de la jurisdicción nacional se convirtió en una tendencia evidente en dichos acuerdos, lo que dio lugar, en la doctrina, a consideraciones en el sentido de que esos acuerdos estaban regulados por «los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas» más que por el derecho interno de cualquiera de los Estados, y que tales acuerdos eran «acuerdos de desarrollo económico» que no se regían ni por el derecho interno ni por el derecho internacional, sino por la *lex contractus*, aun cuando la jurisprudencia rechazara dicho enfoque⁴⁰⁴. Se afirmaba que estos acuerdos de concesión o acuerdos de desarrollo económico eran un precursor que llevaba a la celebración posterior de numerosos acuerdos bilaterales de inversión (TBI), que son acuerdos entre Estados, cuyas disposiciones sustantivas se rigen por el derecho internacional. No obstante, desde el punto de vista del procedimiento, se argumentaba que, independientemente del grado en que los tribunales mixtos puedan parecerse a los tribunales interestatales, el Grupo de Estudio debía tratarlos con cuidado y de manera diferente a, por ejemplo, los casos de controversias de la OMC.

161. El documento de trabajo preparado por el Sr. Hmoud contenía una compilación de disposiciones de tratados pertinentes que se habían examinado en laudos y que abordaban la cuestión planteada en el caso *Maffezini* respecto de si una cláusula NMF era aplicable a las cláusulas de arreglo de controversias, junto con extractos de los laudos correspondientes.

162. Con respecto a los laudos del caso *Daimler* y del caso *Kılıç* que examinó el Grupo de Estudio, este señaló que abordaban cuestiones de controversias similares a las del caso *Maffezini* y que los diversos elementos planteados en los laudos podían ser relevantes para su trabajo, ya que el Grupo de Estudio se había ocupado en 2012 de los diversos factores que los tribunales tienen en cuenta a la hora de interpretar cláusulas NMF. En particular, el Grupo de Estudio reconoció que, para este fin, tenían especial interés los enfoques interpretativos de los tribunales arbitrales respecto de la cláusula NMF, y reconoció asimismo la relevancia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969). En los laudos se destacaban varios aspectos importantes de la interpretación de los tratados, como el texto y el marco contextual del tratado, incluida la práctica convencional de los Estados en cuestión, el objeto y fin del tratado y el consentimiento y la contemporaneidad. El Grupo de

Estudio tomó nota también de que el tribunal arbitral en el caso *Daimler* examinó el sentido del concepto de trato «más» o «menos» favorable en relación con los distintos procedimientos de arreglo de controversias a disposición de las partes en un tratado. Consideró también que, en el laudo del caso *Kılıç*, el enfoque general de la jurisprudencia pertinente podía ser de utilidad para la elaboración de su informe final.

163. Estaba previsto que, en el actual período de sesiones, el Grupo de Estudio comenzara a examinar el proyecto de informe final, que prepararía el Presidente teniendo en cuenta los diversos documentos de trabajo presentados al Grupo de Estudio. Pese a la ausencia del Presidente, hubo un intercambio de opiniones sobre el planteamiento general del informe final y se reconoció una vez más que, si bien la labor se centraba en el ámbito de las inversiones, las cuestiones a examen estarían mejor encuadradas en un marco más amplio, como el derecho internacional general y la labor previa de la Comisión. En el informe se abordarían cuestiones como los orígenes y el propósito de la labor del Grupo de Estudio; el proyecto de artículos de 1978 y su relevancia; los avances ocurridos desde 1978; la relevancia actual de las disposiciones NMF, incluido el proyecto de artículos de 1978; el examen de disposiciones NMF en otros órganos, como la UNCTAD y la OCDE; consideraciones contextuales, como la cuestión de los arbitrajes mixtos señalada, por ejemplo, en el documento del Sr. Murase; y los enfoques contrapuestos respecto de la interpretación de las disposiciones NMF en la jurisprudencia.

164. Al profundizar en la interpretación de las disposiciones NMF en los acuerdos de inversiones, tomando como punto de partida la Convención de Viena de 1969, el Grupo de Estudio observó la posibilidad de preparar para el informe final directrices y cláusulas modelo. No obstante, reconoció los riesgos de que cualquier resultado fuera excesivamente prescriptivo. En lugar de ello, se observó que podría ser de utilidad enumerar los ejemplos surgidos en la práctica en relación con tratados y señalar a la atención de los Estados la interpretación que se había dado a diversas disposiciones en varios laudos. Se consideró que el estudio iniciado por el Sr. Hmoud sería de utilidad cuando el Grupo de Estudio se ocupara del tema de las directrices y las cláusulas modelo en relación con las cuestiones planteadas en el laudo del caso *Maffezini*. El Grupo de Estudio recordó una vez más que había determinado anteriormente la necesidad de seguir examinando la cuestión de las cláusulas NMF en relación con el comercio de servicios en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y de los acuerdos de inversiones, así como la relación entre las cláusulas NMF, el trato justo y equitativo y las normas nacionales relativas al trato. Todos esos aspectos seguirían siendo examinados por el Grupo de Estudio a medida que fuera avanzando su labor. El Grupo de Estudio era consciente asimismo de que no debía ampliarse en exceso el alcance de su labor.

⁴⁰⁴ Véase Corte Internacional de Justicia, causa *Anglo-Iranian Oil Co. (jurisdiction)*, fallo, 22 de julio de 1952, *I.C.J. Reports 1952*, págs. 93 y ss., en especial pág. 112, donde se dice que la Corte no puede aceptar el planteamiento de que el contrato firmado entre el Gobierno del Irán y la Anglo-Persian Oil Company tenga un carácter doble. No es más que un contrato de concesión entre un gobierno y una sociedad extranjera.