

ANEXO

INFORME FINAL

GRUPO DE ESTUDIO SOBRE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

ÍNDICE

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción.....	1-2	99
I. ANTECEDENTES.....	3-33	99
A. Origen y propósito de la labor del Grupo de Estudio.....	4-9	99
B. El proyecto de artículos de 1978.....	10-19	100
1. Orígenes.....	10-12	100
2. Disposiciones fundamentales.....	13-18	100
3. La decisión de la Asamblea General sobre el proyecto de artículos de 1978.....	19	101
C. Acontecimientos posteriores.....	20-23	102
D. El análisis de las disposiciones NMF por otros órganos.....	24-33	102
1. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.....	25-27	102
2. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.....	28-33	103
II. PERTINENCIA ACTUAL DE LAS CLÁUSULAS NMF Y CUESTIONES RELACIONADAS CON SU INTERPRETACIÓN.....	34-140	103
A. Elementos clave de las cláusulas NMF.....	35-40	103
El fundamento del trato NMF.....	37-40	104
B. La práctica actual en relación con las cláusulas NMF.....	41-66	104
1. Las cláusulas NMF en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y la Organización Mundial del Comercio.....	41-52	104
2. El trato NMF en otros acuerdos de comercio.....	53-54	105
3. El trato NMF en los tratados de inversión.....	55-66	106
C. Cuestiones interpretativas relacionadas con las disposiciones NMF en los acuerdos de inversión.....	67-140	107
1. ¿Quién tiene derecho a beneficiarse de una disposición NMF?.....	69-73	107
2. ¿Qué constituye un trato «no menos favorable»?.....	74-78	108
3. ¿Cuál es el alcance del trato que debe otorgarse con arreglo a una cláusula NMF?.....	79-140	108
a) La cláusula NMF y los aspectos procesales: orígenes de la cuestión.....	82-90	109
b) La interpretación posterior de las cláusulas NMF en relación con las cuestiones procesales por los tribunales para asuntos de inversiones.....	91-140	110
i) La distinción entre obligaciones sustantivas y procesales.....	93-99	110
ii) La interpretación de las disposiciones NMF como cuestión jurisdiccional.....	100-114	111
a. Norma para la interpretación de las cuestiones jurisdiccionales.....	101-103	111
b. Solución de controversias y jurisdicción.....	104-114	112
iii) La intención específica de otras disposiciones de los tratados.....	115-118	114
iv) La práctica de las partes.....	119-122	114
v) El momento relevante para determinar la intención de las partes.....	123	115
vi) El contenido de la disposición que se pretende modificar invocando una disposición NMF..	124-134	115
vii) Uniformidad en la toma de decisiones.....	135-136	117
viii) La definición de trato «no menos favorable».....	137-139	117
ix) La existencia de excepciones de políticas.....	140	117
III. CONSIDERACIONES A LA HORA DE INTERPRETAR LAS CLÁUSULAS NMF.....	141-160	117
A. Consideraciones de políticas relacionadas con la interpretación de los acuerdos de inversión.....	141-149	117
1. Asimetría en las negociaciones de un tratado bilateral de inversión.....	141-144	117
2. La especificidad de cada tratado.....	145-149	118
B. El arbitraje en la solución de controversias en materia de inversiones como «arbitraje mixto».....	150-157	118
C. La relevancia contemporánea del proyecto de artículos de 1978 para la interpretación de las disposiciones NMF.....	158-160	119

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
IV. GUÍAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS NMF	161-211	120
A. Las disposiciones NMF son susceptibles de ser aplicadas, en principio, a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversión.....	162-163	120
B. Las condiciones relativas a la solución de controversias y la jurisdicción de un tribunal	164-173	120
C. Factores relevantes para determinar si una disposición NMF es aplicable a las condiciones para invocar la solución de controversias.....	174-193	121
1. El principio de contemporaneidad.....	176-178	121
2. La relevancia de los trabajos preparatorios	179	122
3. La práctica convencional de las partes	180-183	122
4. El significado del contexto	184-188	123
a) El equilibrio entre disposiciones específicas y generales.....	186-187	123
b) El principio <i>expressio unius</i>	188	123
5. La relevancia del contenido de la disposición que se pretende sustituir	189-190	123
6. La interpretación de la disposición que se pretende incluir.....	191-193	124
D. Consecuencias de varios modelos de cláusulas NMF	194-211	124
1. Cláusulas en acuerdos vigentes en el momento de la decisión sobre el caso <i>Maffezini</i>	195-202	124
2. Cláusulas en acuerdos celebrados después de la decisión sobre el caso <i>Maffezini</i>	203-211	125
V. RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES.....	212-217	125

Introducción

1. El presente informe expone la labor del Grupo de Estudio establecido por la Comisión para examinar cuestiones actuales relacionadas con la cláusula de la nación más favorecida (NMF). La Comisión estudió el tema de la cláusula NMF entre 1967 y 1978, pero el proyecto de artículos que se preparó no culminó en la elaboración de un tratado multilateral en la materia. Desde entonces, la cláusula NMF se ha convertido en un concepto básico de la OMC y se ha incluido en innumerables acuerdos bilaterales y regionales de inversión. En particular, han surgido discrepancias en el contexto de los acuerdos bilaterales de inversión con respecto a la ampliación de la cláusula NMF de las obligaciones sustantivas a las disposiciones relativas a la solución de controversias. En el informe se examinan esos hechos y se formulan algunos comentarios sobre la interpretación de las disposiciones NMF¹.

2. Al examinar el presente tema, el Grupo de Estudio trató de determinar si podría obtener un resultado de utilidad práctica en lo referente tanto a la inclusión de cláusulas NMF en los tratados como a la interpretación y aplicación de las cláusulas NMF en las decisiones de los tribunales y otras instancias. El Grupo de Estudio valoró si sería útil revisar el proyecto de artículos de 1978 sobre la cláusula de la nación más favorecida o elaborar un nuevo proyecto de artículos, y llegó a la conclusión de que no lo sería². Aunque el Grupo de Estudio se centró en particular en las cláusulas NMF en el contexto de los acuerdos de inversión, también trató de examinar las cláusulas NMF en un contexto más general. Las conclusiones del Grupo de Estudio figuran en los párrafos 212 a 217 *infra*.

I. Antecedentes

3. En esta parte se reseñan los antecedentes de la labor del Grupo de Estudio y se describen los trabajos anteriores de la Comisión en relación con las cláusulas NMF. A continuación, se examina la evolución del uso de las cláusulas NMF desde 1978.

A. Origen y propósito de la labor del Grupo de Estudio

4. En 1978, la Comisión aprobó el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida³. La Asamblea General no adoptó medidas para celebrar una conferencia al objeto de convertir ese proyecto de artículos en una convención. En 2006, en el 58.º período de sesiones de la Comisión, el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo debatió si el tema de la cláusula NMF debía volver a examinarse. El asunto fue estudiado por un grupo de trabajo oficioso de la Comisión en su 59.º período de sesiones (2007), y, en su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión decidió incluir el tema de la cláusula de la nación más favorecida en el programa de trabajo a largo plazo. En ese mismo período de sesiones, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo en curso y establecer un grupo de estudio en

su 61.º período de sesiones, copresidido por el Sr. Donald McRae y el Sr. Rohan Perera⁴. Desde 2012, el Grupo de Estudio ha estado presidido por el Sr. McRae y, en su ausencia, por el Sr. Mathias Forteau.

5. Cuando decidió que se examinara de nuevo la cuestión de la cláusula NMF, la Comisión se vio influida por la evolución de los acontecimientos desde 1978, incluida la ampliación de la aplicación de la cláusula NMF en el contexto de la OMC, la inclusión generalizada de las disposiciones NMF en los tratados bilaterales de inversión (TBI) y de disposiciones relativas a las inversiones en los acuerdos de integración económica regionales, así como por las dificultades específicas surgidas en la interpretación y aplicación de las disposiciones NMF en los tratados de inversión.

6. El Grupo de Estudio celebró 24 reuniones entre 2009 y 2015. Aprobó un esquema para que sirviera de guía de los trabajos futuros, a la luz de las cuestiones puestas de relieve en la sinopsis del tema⁵. Su labor se basó en los documentos de trabajo oficiosos y otros documentos oficiosos que fueron preparados por diversos miembros de la Comisión a fin de contribuir a la misión del Grupo de Estudio⁶.

7. Durante el examen del tema, los Estados presentes en la Sexta Comisión formularon observaciones a la Comisión sobre la labor del Grupo de Estudio. Aunque algunos Estados se mostraron reticentes a que la Comisión

⁴ *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párrs. 351, 352 y 354. Véase también *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 211 a 216; *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 359 a 373; y *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 349 a 362.

⁵ *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párr. 216.

⁶ El Grupo de Estudio examinó documentos de trabajo sobre los temas siguientes: *a*) La revisión del proyecto de artículos de 1978 sobre la cláusula de la nación más favorecida (Sr. S. Murase); *b*) La cláusula NMF en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la OMC (Sr. D. M. McRae); *c*) La cláusula NMF y el caso *Maffezini* (Sr. A. R. Perera); *d*) La labor de la OCDE en relación con la cláusula NMF (Sr. M. D. Hmoud); *e*) La labor de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en relación con la cláusula NMF (Sr. S. C. Vasciannie); *f*) La interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones (Sr. D. M. McRae); *g*) La interpretación de las cláusulas NMF por los tribunales de inversiones (Sr. D. M. McRae) (este documento de trabajo es una versión reestructurada del documento de trabajo sobre la interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones); *h*) 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); *i*) Tratados bilaterales de inversiones y tribunales mixtos: carácter jurídico de los arreglos de controversias en materia de inversiones (Sr. S. Murase); y *j*) Estudio sobre la formulación de las cláusulas NMF y la jurisprudencia relacionada con el caso *Maffezini* (Sr. M. D. Hmoud). El Grupo de Estudio también tuvo ante sí: *a*) el Catálogo de disposiciones NMF (Sr. D. M. McRae y Sr. A. R. Perera); *b*) un documento oficioso, en forma de cuadro, en el que figuraban decisiones adoptadas por árbitros y asesores en casos sobre inversiones relacionados con cláusulas NMF, acompañadas del tipo de disposición NMF que se estaba interpretando; *c*) un documento de trabajo oficioso sobre modelos de cláusulas NMF posteriores al caso *Maffezini* en que se examinaban las diversas formas en que los Estados habían reaccionado a la decisión en el caso *Maffezini*; *d*) un documento de trabajo oficioso en el que se ofrecía una sinopsis de expresiones del tipo NMF utilizadas en acuerdos de sede, en los que se confería a los representantes de los Estados ante una organización los mismos privilegios e inmunidades de que gozaban los diplomáticos en el Estado anfitrión; *e*) un documento de trabajo oficioso sobre las cláusulas NMF en los tratados diplomáticos; *f*) un documento de trabajo oficioso sobre los acuerdos de navegación y la cláusula NMF; y *g*) un documento de trabajo oficioso sobre «Los tratados bilaterales de imposición y la cláusula de la nación más favorecida».

¹ En el presente informe se emplean indistintamente los términos «cláusula NMF» y «disposición NMF».

² Algunos miembros del Grupo de Estudio consideraron que convenía revisar el proyecto de artículos de 1978.

³ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), párr. 74.

de Derecho Internacional examinará el tema⁷, la opinión general fue que la Comisión podía contribuir con su labor a esa esfera. La Comisión tenía que respetar el hecho de que las disposiciones NMF revestían formas muy diversas y no cabía esperar uniformidad en su interpretación y aplicación⁸. En consonancia con la orientación general del Grupo de Estudio, muchos oradores estuvieron de acuerdo en que la Comisión no debía elaborar un nuevo proyecto de artículos ni tratar de revisar el proyecto de artículos de 1978⁹. En términos generales, se consideró que la Comisión debía identificar las tendencias existentes en la interpretación de las cláusulas NMF y proporcionar orientaciones a los responsables de la negociación de tratados, los encargados de la formulación de políticas y los profesionales de la esfera de las inversiones¹⁰.

8. El Grupo de Estudio decidió no tratar de posicionarse respecto de las opiniones divergentes de los tribunales para asuntos de inversiones sobre la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones de solución de controversias. La Comisión no tiene una función de autoridad en relación con las decisiones de los tribunales para asuntos de inversiones, y manifestar su acuerdo con un tribunal y su desacuerdo con otro solo contribuiría a que la intervención de la Comisión fuera una opinión más en un debate en curso.

9. En lugar de ello, el Grupo de Estudio consideró que sería útil ofrecer algunas explicaciones o puntualizaciones con respecto al enfoque seguido por la Comisión en 1978, en particular dada la incertidumbre sobre la manera en que se debían interpretar las cláusulas NMF. El Grupo de Estudio también entendió que sería útil profundizar en la aplicación de las normas de interpretación de los tratados a la interpretación de las disposiciones NMF.

B. El proyecto de artículos de 1978

1. ORIGENES

10. El tema de la cláusula de la nación más favorecida se planteó por primera vez en 1964, cuando la Comisión examinaba la cuestión de los tratados y los terceros Estados¹¹, y, cuando la Comisión decidió incluirla en su programa de trabajo en 1967, el tema se tituló «La cláusula

⁷ Véase, por ejemplo: A/C.6/65/SR.25, párr. 75 (Portugal); A/C.6/66/SR.27, párr. 49 (Irán (República Islámica del)); A/C.6/67/SR.23, párr. 27 (Irán (República Islámica del)).

⁸ Véase, por ejemplo: A/C.6/64/SR.23, párr. 52 (Estados Unidos de América); *ibíd.*, párr. 31 (Japón); A/C.6/65/SR.26, párr. 17 (Estados Unidos de América); A/C.6/66/SR.27, párr. 94 (Estados Unidos de América); A/C.6/67/SR.21, párr. 103 (Estados Unidos de América).

⁹ Véase, por ejemplo: A/C.6/64/SR.23, párr. 52 (Estados Unidos de América); A/C.6/65/SR.25, párr. 82 (Reino Unido); A/C.6/65/SR.26, párr. 17 (Estados Unidos de América); A/C.6/69/SR.25, párr. 115 (Austria); A/C.6/69/SR.26, párr. 18 (Reino Unido); A/C.6/69/SR.27, párr. 26 (Estados Unidos de América).

¹⁰ Véase, por ejemplo: A/C.6/64/SR.18, párr. 66 (Hungría); A/C.6/64/SR.22, párr. 75 (Nueva Zelanda); A/C.6/65/SR.26, párr. 45 (Sri Lanka); A/C.6/66/SR.27, párr. 28 (Sri Lanka); *ibíd.*, párr. 69 (Federación de Rusia); *ibíd.*, párr. 78 (Portugal); *ibíd.*, párr. 89 (Viet Nam); A/C.6/66/SR.28, párr. 21 (Canadá); A/C.6/67/SR.20, párr. 109 (Canadá); A/C.6/69/SR.25, párr. 21 (Viet Nam); A/C.6/69/SR.26, párr. 69 (Singapur); *ibíd.*, párr. 73 (Australia); A/C.6/69/SR.27, párr. 76 (República de Corea).

¹¹ *Anuario... 1964*, vol. II, documento A/5809, pág. 170, párr. 21. Véase también *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 7.ª ed., vol. I (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.07.V.9), pág. 199.

de la nación más favorecida en el derecho de los tratados». Por tanto, se trataba de un tema relativo al derecho de los tratados¹².

11. Tradicionalmente, las cláusulas NMF figuraban en tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación, cuya principal función era regular diversos asuntos entre las partes, en general de carácter comercial¹³. Aunque los Relatores Especiales del proyecto de artículos de 1978 examinaron extensamente la manera en que se habían aplicado las cláusulas NMF en los tribunales nacionales, en los tratados y en las decisiones de los tribunales internacionales, el proyecto de artículos de 1978 se centró, en general, en la función tradicional de las cláusulas NMF en los tratados bilaterales de comercio.

12. Así pues, si bien hoy día suele considerarse que la función básica de una cláusula NMF es la extensión automática e incondicional de beneficios, el proyecto de artículos de 1978 contiene disposiciones detalladas y extensas sobre la «condición de contraprestación» y la «condición de trato recíproco», reflejando quizá cierta preocupación por la situación de los países de comercio de Estado que no estuvieron a favor del funcionamiento completamente automático de las cláusulas NMF. Además, hubo controversia con respecto a la manera de tratar cuestiones como las uniones aduaneras y las preferencias para los países en desarrollo.

2. DISPOSICIONES FUNDAMENTALES

13. Aunque el proyecto de artículos de 1978 abordó cuestiones muy diversas, algunas de las cuales parecen haber sido superadas por los acontecimientos posteriores, estableció los elementos básicos de las disposiciones NMF y proporcionó orientaciones para su aplicación que son fundamentales para el funcionamiento de las cláusulas NMF en la actualidad. La definición de la cláusula NMF era la siguiente:

trato otorgado por el Estado concedente al Estado beneficiario, o a personas o cosas que se hallan en determinada relación con ese Estado, no menos favorable que el trato conferido por el Estado concedente a un tercer Estado o a personas o cosas que se hallan en la misma relación con ese tercer Estado¹⁴.

Si bien esa definición ha sido tachada de oscura¹⁵, ciertamente contiene los elementos fundamentales de una

¹² *Anuario... 1967*, vol. II, documento A/6709/Rev.1, pág. 384, párr. 48. Véase también *La Comisión de Derecho Internacional y su obra* (nota 11 *supra*), pág. 200.

¹³ S. Murase, *Kokusaiho no Keizaiteki Kiso*, Tokio, Yuhikaku, 2001, págs. 14 a 201 (en japonés); S. Murase, «The most-favored-nation treatment in Japan's treaty practice during the period 1854-1905», *American Journal of International Law*, vol. 70 (1976), págs. 273 a 297.

¹⁴ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 22 (proyecto de artículo 5 del proyecto de artículos de 1978).

¹⁵ Esa dificultad se señaló en las observaciones de Luxemburgo sobre el proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura en su 28.º período de sesiones (*Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), párr. 60), en las que se decía: «Hay que interrogarse en efecto respecto del alcance de la fórmula, [...] refiriéndose a "personas" o "cosas" que se hallan en una "determinada relación" con un Estado dado. Si la situación puede parecer clara con respecto a las personas físicas, lo es mucho menos en cuanto a las empresas económicas, personificadas o no personificadas. En cuanto a las cosas, ¿se trata solamente de objetos materiales, o también de valores inmateriales tales como prestaciones de servicios o derechos de propiedad comercial, industrial o intelectual? En fin, ¿qué debe entenderse por "determinada relación"»

cláusula NMF, y las disposiciones subsiguientes del proyecto de artículos ahondan en el tema.

14. En particular, el proyecto de artículos deja claro que el trato NMF no es una excepción a la regla general de los efectos de los tratados respecto de terceros Estados¹⁶. El derecho al trato NMF se basa en que el tratado que contiene la cláusula NMF es el tratado básico que establece el vínculo jurídico entre el Estado concedente y el Estado beneficiario. En otras palabras, el derecho del Estado beneficiario al trato NMF solo dimana de la cláusula NMF en un tratado celebrado entre el Estado concedente y el Estado beneficiario, y no de un tratado celebrado entre el Estado concedente y el tercer Estado. Por tanto, no se crea *ius tertii*. En ese sentido, la Comisión estaba dando efecto a lo que ya había establecido la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a la *Anglo-Iranian Oil Co.*¹⁷.

15. En el proyecto de artículos también figura una afirmación importante sobre el principio *ejusdem generis* en su aplicación a las cláusulas NMF. Al hacerlo, la Comisión se basó en gran medida en la práctica y la jurisprudencia relativas al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) con respecto a la noción de «productos similares». La Comisión se refiere al principio *ejusdem generis* en dos ocasiones. En primer lugar, el artículo 9, párrafo 1, dispone lo siguiente:

En virtud de la cláusula de la nación más favorecida, el Estado beneficiario adquirirá, para sí o en beneficio de personas o cosas que se hallen en determinada relación con él, solo aquellos derechos que estén comprendidos dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula.

En segundo lugar, el artículo 10, párrafo 1, establece lo siguiente:

En virtud de la cláusula de la nación más favorecida, el Estado beneficiario adquirirá el derecho al trato de la nación más favorecida solo si el Estado concedente confiere a un tercer Estado un trato comprendido dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula.

16. Los artículos 9 y 10 también dejan claro que cuando el beneficio se adquiere respecto de personas o cosas que se hallen en una determinada relación con el Estado beneficiario, estas deberán pertenecer a la misma categoría y tener la misma relación con el Estado beneficiario que las personas o cosas que se hallan en una determinada relación con el tercer Estado¹⁸.

17. El proyecto de artículos de 1978 también abordó la aplicación de las cláusulas NMF condicionadas a la obtención de una contraprestación o de beneficios recíprocos. Además, estableció normas específicas relativas al trato NMF y los Estados en desarrollo, el tráfico fronterizo y los Estados sin litoral.

18. Las disposiciones relativas a los países en desarrollo resultaron ser uno de los motivos por los que la labor

con un Estado, especialmente en el caso de empresas económicas o de objetos inmateriales?» (*Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), anexo, pág. 163 (observaciones sobre el proyecto de artículo 5)).

¹⁶ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 25 y 26 (proyectos de artículo 7 y 8).

¹⁷ *Anglo-Iranian Oil Co. (jurisdiction)*, fallo de 22 de julio de 1952, *I.C.J. Reports 1952*, págs. 93 y ss., en especial págs. 109 y 110.

¹⁸ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 27 y 28; véase, en especial, el proyecto de artículo 10, párr. 2.

de la Comisión no pasó de ser un proyecto de artículos. Para algunos, las disposiciones iban más allá de lo aceptado en el derecho internacional consuetudinario¹⁹ y, para otros, no se ajustaban a los cambios que se estaban produciendo en otros contextos, en particular en el del GATT²⁰. En opinión de varios Estados, el proyecto de artículos no hacía lo suficiente para proteger los intereses de los países en desarrollo²¹. Otros consideraban que el proyecto de artículo 24, relativo a los acuerdos entre países en desarrollo, era demasiado restrictivo²² o requería más aclaraciones²³. Del mismo modo, el hecho de que el proyecto de artículos no tuviera en cuenta la complejidad de la relación entre el trato NMF en el marco de los acuerdos bilaterales y el trato NMF en el marco de los acuerdos multilaterales provocó descontento con el proyecto de artículos²⁴. En particular, muchos Estados se mostraron reticentes a que el proyecto de artículos se convirtiera en una convención vinculante sin una disposición específica que eximiera a las uniones aduaneras²⁵. A algunos Estados les preocupaba que el proyecto de artículos impidiera a los Estados sumarse a procesos de integración regional²⁶.

3. LA DECISIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE EL PROYECTO DE ARTÍCULOS DE 1978

19. Tras invitar a los gobiernos a que formularan observaciones sobre el proyecto de artículos entre 1978 y 1988, la Asamblea General concluyó el examen del tema y decidió

[s]eñalar a la atención de los Estados Miembros y las organizaciones intergubernamentales interesadas el proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida que figuraba en el informe de

¹⁹ A/C.6/33/SR.37, párr. 52 (Canadá).

²⁰ A/C.6/33/SR.33, párr. 2 (Dinamarca); A/C.6/33/SR.37, párr. 11 (Reino Unido).

²¹ A/C.6/33/SR.38, párr. 24 (Liberia); A/C.6/33/SR.41, párr. 43 (Ecuador); A/C.6/33/SR.43, párr. 23 (Ghana); A/C.6/33/SR.45, párrs. 21 a 26 (Swazilandia). La Comunidad Económica Europea (CEE) consideraba que el proyecto de artículos debía haber abordado de manera explícita las relaciones entre Estados en situaciones económicas diferentes: A/C.6/33/SR.32, párrs. 6 y 7, y 16 y 17. Véase también A/C.6/33/SR.39, párr. 24 (Bélgica).

²² A/C.6/33/SR.32, párr. 20 (Jamaica); A/C.6/33/SR.42, párr. 30 (Bangladesh).

²³ A/C.6/33/SR.38, párr. 42 (Chile); A/C.6/33/SR.43, párr. 39 (Guyana). Varios Estados pidieron que se estableciera una definición jurídica mejor de Estados «desarrollados» y «en desarrollo»: A/C.6/33/SR.39, párr. 27 (Bélgica); A/C.6/33/SR.40, párr. 5 (Estados Unidos de América).

²⁴ A/C.6/33/SR.33, párr. 28 (República Federal de Alemania); A/C.6/33/SR.38, párr. 33 (Rumania); A/C.6/33/SR.40, párr. 63 (República Árabe Siria); A/C.6/33/SR.41, párr. 60 (Jamahiriyá Árabe Libia). Italia lamentó que el alcance del proyecto de artículos no incluyera a los órganos supranacionales: A/C.6/33/SR.44, párr. 9 (Italia).

²⁵ A/C.6/33/SR.31, párr. 5 (Países Bajos); A/C.6/33/SR.33, párr. 2 (Dinamarca); A/C.6/33/SR.36, párrs. 2 y 3 (Suecia); A/C.6/33/SR.37, párr. 2 (Austria); *ibíd.*, párr. 10 (Reino Unido); A/C.6/33/SR.39, párr. 10 (Grecia); *ibíd.*, párr. 25 (Bélgica); *ibíd.*, párr. 48 (Colombia); A/C.6/33/SR.40, párr. 52 (Zambia); A/C.6/33/SR.41, párr. 11 (Turquía); A/C.6/33/SR.42, párr. 6 (Irlanda); *ibíd.*, párr. 39 (Nigeria); *ibíd.*, párr. 43 (Perú); A/C.6/33/SR.43, párr. 11 (Venezuela); *ibíd.*, párr. 30 (Uruguay); A/C.6/33/SR.44, párr. 13 (Italia); *ibíd.*, párr. 20 (Egipto); A/C.6/33/SR.45, párr. 27 (Swazilandia); A/C.6/33/SR.46, párr. 2 (resumen del Presidente de la Comisión de Derecho Internacional).

²⁶ A/C.6/33/SR.32, párrs. 8 a 12 (CEE). Véase también A/C.6/33/SR.31, párr. 4 (Países Bajos): «La deficiencia más evidente del proyecto final es que sigue pasando por alto en gran medida la evolución moderna de la cooperación económica regional y sus consecuencias para la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida».

la Comisión de Derecho Internacional [sobre la labor realizada en su 30.º período de sesiones] para que lo tuvieran en cuenta en los casos y en la medida en que estimasen necesario²⁷.

C. Acontecimientos posteriores

20. Las circunstancias existentes cuando la Comisión abordó la cláusula NMF en sus informes y en el proyecto de artículos de 1978 han cambiado de manera significativa. Se ha restringido la utilización del trato NMF a la esfera económica, pero, al mismo tiempo, se ha ampliado el alcance del trato NMF en dicha esfera. Los Relatores Especiales del proyecto de artículos de 1978 abordaron muy diversos ámbitos en los que se aplicaban las cláusulas NMF, incluidos los derechos de navegación y las inmunidades diplomáticas. Hoy día, el principio NMF se aplica fundamentalmente en el ámbito del derecho económico internacional, en particular en relación con el comercio y las inversiones. En algunos casos, el trato NMF otorgado con arreglo a tratados bilaterales ha sido sustituido por convenciones multilaterales que establecen obligaciones de no discriminación más generales²⁸.

21. Hay otros ámbitos en que existen cláusulas de no discriminación semejantes a las disposiciones NMF, como los acuerdos de sede y los tratados fiscales, pero su utilización parece ser infrecuente y no ha dado lugar a controversias²⁹. En cambio, en la esfera económica, el trato NMF ha ampliado su alcance y la frecuencia de su uso. El GATT, que consagró el trato NMF como principio fundamental del sistema multilateral de comercio, ha sido subsumido por la OMC, donde el trato NMF se ha aplicado tanto al comercio de servicios como a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Además, el trato NMF se ha convertido en un principio básico de los tratados bilaterales de inversión, una forma de tratado con poco recorrido práctico cuando se preparaba el proyecto de artículos de 1978. A pesar de que el primer tratado bilateral de inversión se suscribió a finales del decenio de 1950, al término de la Guerra Fría proliferaron esos acuerdos, así como el recurso a las disposiciones de solución de diferencias recogidas en ellos³⁰.

22. En efecto, los procesos de solución de diferencias de la OMC, así como los que existen para resolver las controversias sobre inversiones, han dado lugar a un conjunto de normas sobre la interpretación de las disposiciones NMF, sobre todo en las esferas del comercio y las inversiones. El artículo I del GATT, que recoge la cláusula NMF, ha

sido invocado en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC y ha sido interpretado por el Órgano de Apelación de esa Organización. El trato NMF en el ámbito del comercio de servicios también se ha abordado en la solución de diferencias. Además, existe un corpus importante de casos en que los tribunales han tratado de interpretar el alcance y la aplicación de las disposiciones NMF en los tratados bilaterales de inversión con resultados opuestos y contradictorios.

23. En resumen, el contexto en que se aplica actualmente el trato NMF es muy diferente del contexto en que se aplicaban las disposiciones NMF cuando la Comisión examinó anteriormente el tema. Habida cuenta de ello, la Comisión consideró que podía ser útil retomar el tema.

D. El análisis de las disposiciones NMF por otros órganos

24. El Grupo de Estudio era consciente de que tanto la UNCTAD como la OCDE habían llevado a cabo una labor importante sobre las cláusulas NMF.

1. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

25. La participación de la UNCTAD en la política de desarrollo internacional, en particular mediante la divulgación de información técnica sobre cuestiones relativas a las inversiones, viene de lejos. La UNCTAD se ha encargado de elaborar dos colecciones de publicaciones, una sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión y otra sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. Más recientemente ha publicado una colección titulada «International Investment Agreements - Issues Notes», que incluye la publicación anual *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*. Los compendios de la UNCTAD de acuerdos internacionales de inversión —*International Investment Instruments: A Compendium*³¹ e «Investment Policy Hub»³²— son fuentes de gran utilidad para encontrar acuerdos internacionales de inversión.

26. Las cuestiones referentes a la nación más favorecida se abordan en el contexto de un examen más general de los acuerdos de inversión en muchas otras publicaciones de la UNCTAD. En particular, la reseña anual de la UNCTAD de casos de solución de controversias entre inversores y Estados, que forma parte de la serie de notas sobre cuestiones relativas a los acuerdos internacionales de inversión, ofrece un resumen de las decisiones adoptadas por los tribunales para asuntos de inversiones en el año anterior. Esos resúmenes incluyen las decisiones relativas a la interpretación de las disposiciones NMF. Se resumen las decisiones que han sido adoptadas y se señalan las diferencias existentes entre esas decisiones y las de años anteriores, si bien en el informe no se analizan los criterios interpretativos de los tribunales para asuntos de inversiones.

²⁷ Decisión 46/416 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991.

²⁸ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, hecha en Viena el 18 de abril de 1961, y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, hecha en Viena el 24 de abril de 1963.

²⁹ Acuerdo entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América relativo a la Sede de las Naciones Unidas, hecho en Lake Success, Nueva York, el 26 de junio de 1947, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 11, núm. 147, pág. 11, art. V, secc. 15, párr. 4; Acuerdo entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta, hecho en Ciudad de México el 9 de septiembre de 2002, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2453, núm. 44136, pág. 3; puede consultarse en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202453/v2453.pdf>.

³⁰ S. W. Schill, «W(h)ither fragmentation? On the literature and sociology of international investment law», *European Journal of International Law*, vol. 22, núm. 3 (2011), págs. 875 a 908.

³¹ UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, vol. XIII (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.05. II.D.7); puede consultarse en: <http://unctad.org>. Los volúmenes VI, VII, VIII, IX y X también pueden consultarse en formato electrónico.

³² UNCTAD, «Investment Policy Hub»; puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>.

27. La labor de la UNCTAD sobre el trato NMF ofrece antecedentes y contextos importantes para el examen de las disposiciones NMF. Ha tendido a centrarse en las cuestiones normativas generales aplicables a las disposiciones NMF más que en cuestiones de derecho internacional consuetudinario y de interpretación de los tratados, que son el aspecto principal de la labor del Grupo de Estudio.

2. ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS

28. La función primordial de la OCDE en la esfera de las inversiones ha sido la elaboración de instrumentos para facilitar las inversiones, en los que sus miembros pueden entrar a ser parte. Esos instrumentos contienen obligaciones de no discriminación, incluidas las expresadas en forma de cláusulas NMF.

29. Tanto en el Código de la OCDE sobre liberalización de los movimientos de capital, que abarca las inversiones directas y el establecimiento, como en el Código de la OCDE sobre liberalización de operaciones corrientes invisibles, relativo a los servicios, figura la obligación de no discriminación. Aunque no está redactada siguiendo la formulación tradicional de las cláusulas NMF, la OCDE considera esa obligación como un equivalente funcional de una disposición NMF. El artículo 9 de los Códigos dice lo siguiente:

Los Miembros no establecerán distinciones discriminatorias entre otros Miembros al autorizar la conclusión y ejecución de las transacciones y transferencias que se enumeran en el Anexo A y están sujetas a cualquier grado de liberalización.

30. En su guía sobre los Códigos, la OCDE ha señalado lo siguiente:

Se espera de los miembros de la OCDE que garanticen los beneficios de los mercados abiertos a los residentes de todos los demás países miembros, sin discriminación. Cuando existan restricciones, deberán aplicarse a todo el mundo por igual. [...] Los Códigos no permiten crear un listado de reservas al principio de no discriminación o NMF³³.

31. Los Códigos contienen excepciones importantes respecto de la aplicación del trato NMF, también para los miembros que forman parte de una unión aduanera o un sistema monetario especial, y, en términos más generales, en relación con el mantenimiento del orden público o la protección de la salud pública, la moral y la seguridad por el miembro, la protección de los intereses de seguridad esenciales del miembro o el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de paz y seguridad³⁴.

32. La OCDE también fue la que inició las negociaciones de un acuerdo multilateral de inversión. En ese acuerdo figuraba una disposición NMF que se refería a un «trato no menos favorable» en relación con el «establecimiento, adquisición, expansión, administración, funcionamiento, gestión, uso, disfrute, venta u otra disposición

de inversiones»³⁵. Cuando se abandonaron las negociaciones, había desacuerdo en cuanto a si la cláusula NMF debía aplicarse a las inversiones dentro del territorio del Estado que otorgaba el trato NMF y si la expresión «en circunstancias similares» debía calificar a los beneficiarios con derecho a recibir el trato NMF.

33. El proyecto de acuerdo multilateral de inversión contenía asimismo una serie de excepciones a la concesión del trato NMF, incluidos los intereses de seguridad, las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y la fiscalidad. También contenía varias excepciones controvertidas que nunca se resolvieron, como la reprogramación de la deuda pública, las transacciones para el establecimiento de políticas económicas y monetarias, y los acuerdos de integración económica regionales³⁶.

II. Pertinencia actual de las cláusulas NMF y cuestiones relacionadas con su interpretación

34. Esta parte está dedicada a la naturaleza de las cláusulas NMF y a la manera en que se utilizan en los tratados y se aplican hoy en día. También se examinan cuestiones interpretativas que se han planteado en relación con las cláusulas NMF, en particular el contexto de acuerdos internacionales de inversión.

A. Elementos clave de las cláusulas NMF

35. Como se pone de manifiesto en el proyecto de artículos de 1978, las disposiciones NMF de los tratados bilaterales o multilaterales³⁷ están integradas por los elementos clave siguientes:

a) en primer lugar, en virtud de una disposición de ese tipo, cada Estado conviene en otorgar un determinado nivel de trato a otro Estado u otros Estados, y a personas y entidades que se hallan en determinada relación con ese Estado o esos Estados³⁸.

b) en segundo lugar, el nivel de trato otorgado por una disposición NMF viene determinado por el trato dado por el Estado que concede el trato NMF a terceros Estados («no menos favorable»)³⁹.

c) en tercer lugar, el compromiso NMF se aplica únicamente a un trato de la misma categoría que el otorgado al tercer Estado (*ejusdem generis*)⁴⁰.

d) en cuarto lugar, las personas o entidades con derecho a beneficiarse del trato NMF se limitan a aquellas

³⁵ OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment, The Multilateral Agreement On Investment Draft Consolidated Text, 22 de abril de 1998, documento de la OCDE DAF/FE/MAI(98)7/REV1, pág. 13.

³⁶ *Ibid.*, secc. VI.

³⁷ La Comisión no excluyó la posibilidad de que pudieran encontrarse disposiciones NMF en algún instrumento que no fuera en un tratado: *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 17 (proyecto de artículo 1).

³⁸ *Ibid.*, pág. 22 (proyecto de artículo 5).

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, págs. 27 y 28 (proyecto de artículo 9).

³³ OCDE, *OECD Codes of Liberalisation: User's Guide 2008* (en línea: OECD, 2007), pág. 11; puede consultarse en: www.oecd.org, *Investment*. En español, véase OCDE, *Resumen del Código de la OCDE de liberalización de los movimientos de capital*, pág. 5; puede consultarse en: www.oecd.org/bookshop.

³⁴ Véase el artículo 3 de los Códigos.

que pertenecen a la misma categoría que las personas o entidades del tercer Estado que tienen derecho al trato reclamado⁴¹.

36. Al aplicar las disposiciones NMF, el segundo y el tercero de esos elementos son los que plantean mayores dificultades. La pregunta de en qué consiste un trato no menos favorable y la cuestión de si el trato reclamado es de la misma categoría que el trato otorgado a terceros Estados han sido objeto de controversia en el marco del GATT y la OMC y, como se verá más adelante, la cuestión de si el trato reclamado es de la misma categoría que el trato otorgado a terceros Estados ha sido uno de los aspectos principales de las controversias que existen actualmente en la esfera de las inversiones.

EL FUNDAMENTO DEL TRATO NMF

37. Esencialmente, el trato NMF es un medio para establecer la no discriminación entre un Estado y otros Estados, por lo que puede considerarse un reflejo del principio de igualdad soberana. No obstante, sus orígenes parecen indicar que se estableció con el propósito más pragmático de impedir la ventaja competitiva en la esfera económica. Como señaló en su primer informe el Relator Especial del proyecto de artículos de 1978⁴², los comerciantes de la época medieval que no podían obtener un monopolio en los mercados extranjeros buscaban no ser tratados peor que sus competidores. Ese trato pasó a recogerse en acuerdos entre poderes soberanos —tratados de amistad, comercio y navegación— y trascendió el comercio para asegurar que los súbditos de un poder soberano que se encontrasen en un Estado extranjero recibieran el mismo trato que los súbditos de otros poderes soberanos.

38. La prevención de la discriminación también está relacionada con el concepto económico de ventaja comparativa, que es uno de los aspectos fundamentales de las nociones de libre comercio y liberalismo económico. Según la teoría de la ventaja comparativa, los países deben producir aquello para lo que son más eficientes. Con arreglo a esa teoría, el comercio de bienes producidos de manera eficiente beneficia a los consumidores y potencia al máximo el bienestar⁴³. No obstante, la eficiencia desaparece cuando un país A discrimina los bienes de un país B en favor de bienes similares de un país C. El trato NMF evita ese tipo de discriminación al asegurar que el país A dé al país B un trato no menos favorable que el que da al país C. Por ese motivo, el trato NMF se ha considerado la piedra angular del GATT y la OMC⁴⁴.

39. El debate sobre las ventajas de la no discriminación y las ventajas de las preferencias, en particular en relación

con los países en desarrollo, ha sido largo y, en muchos aspectos del ámbito del comercio, sigue sin haberse resuelto⁴⁵.

40. La relevancia de la justificación económica del trato NMF, más allá del ámbito del comercio de bienes, para el comercio de servicios, las inversiones y otras esferas también ha suscitado controversias. Se ha afirmado que, mientras que en la esfera del comercio la no discriminación protege las oportunidades competitivas (el argumento de la ventaja comparativa), en la de las inversiones el propósito de la no discriminación es proteger los derechos de los inversores⁴⁶. No obstante, independientemente de los motivos concretos para aplicar el principio de no discriminación fuera de la esfera del comercio de bienes, los acuerdos relativos a las inversiones y los servicios siguen incluyendo disposiciones sobre el trato NMF (y el trato nacional). Habiendo observado esas diferencias de opinión, el Grupo de Estudio no vio la necesidad de seguir examinando el fundamento económico de las disposiciones NMF.

B. La práctica actual en relación con las cláusulas NMF

1. LAS CLÁUSULAS NMF EN EL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

41. El trato NMF siempre se ha considerado la obligación esencial del sistema multilateral de comercio. Aunque donde se aborda de forma más exhaustiva es en el artículo 1.1 del GATT, la obligación NMF también figura explícita e implícitamente en otras disposiciones del GATT⁴⁷. Había dos aspectos fundamentales del trato NMF en el GATT. En primer lugar, el trato se aplicaba multilateralmente y «cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad» concedido a una parte contratante debía concederse a todas las demás partes contratantes. En segundo lugar, debía concederse incondicionalmente.

42. La importancia fundamental del trato NMF para el GATT residía en que impedía la discriminación en la aplicación de aranceles y otros tratos concedidos a los bienes al cruzar las fronteras. Tradicionalmente, los aranceles se negociaban de manera bilateral o entre grupos de países y después se aplicaban a todas las partes contratantes en virtud de la disposición NMF. Así se preservaba la igualdad de oportunidades competitivas entre los comerciantes.

43. No obstante, en el marco del sistema de la OMC, la aplicación del trato NMF se amplió del comercio de bienes al nuevo régimen de comercio de servicios⁴⁸. Se

⁴¹ *Ibid.*, pág. 28 (proyecto de artículo 10, párr. 2).

⁴² *Anuario... 1969*, vol. II, documento A/CN.4/213, pág. 167.

⁴³ J. H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2.ª ed., Cambridge (Massachusetts)/Londres, MIT Press, 1997, cap. 2.

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000. Véase también el Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2004, párr. 101.

⁴⁵ *El Futuro de la OMC: Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, Informe del Consejo Consultivo al Director General Supachai Panitchpakdi, Ginebra, OMC, 2004, párrs. 88 a 102 [«Informe Sutherland»].

⁴⁶ N. DiMascio y J. Pauwelyn, «Nondiscrimination in trade and investment treaties: Worlds apart or two sides of the same coin?», *American Journal of International Law*, vol. 102, núm. 1 (enero de 2008), págs. 48 a 89.

⁴⁷ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, arts. II; III, párr. 4; IV; V, párrs. 2, 5 y 6; IX, párr. 1, XIII, párr. 1; XVII, párr. 1; y XX j.

⁴⁸ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), art. II.

incluyó en las nuevas obligaciones de la OMC sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC). Así pues, el trato NMF está presente en todo el sistema de la OMC.

44. El Grupo de Estudio examinó la manera en que se habían aplicado las cláusulas NMF en el GATT y en la OMC. De ese examen se podían extraer algunas conclusiones generales sobre el alcance y la aplicación del trato NMF en el sistema de la OMC.

45. En primer lugar, pese a que en la OMC las disposiciones NMF se formulan de manera diferente, el criterio del Órgano de Apelación ha sido otorgarles el mismo significado⁴⁹. La interpretación textual de las palabras tiene menos importancia que el concepto subyacente del trato NMF.

46. En segundo lugar, el Órgano de Apelación ha interpretado el trato NMF establecido en el artículo I del GATT de manera que tenga la aplicación más amplia posible. Como ha señalado el Órgano de Apelación, «cualquier» ventaja, favor o privilegio realmente significa «cualquiera»⁵⁰. La cuestión específica de si el trato NMF se aplica tanto a los derechos sustantivos como a los procesales no ha sido abordada por el Órgano de Apelación.

47. En tercer lugar, si bien se pretendía que el trato NMF fuera incondicional, todos los acuerdos de la OMC contienen excepciones a la aplicación del trato NMF, de modo que, en la práctica, su aplicación es más restringida de lo que parece. Tanto las excepciones previstas para las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio⁵¹, las salvaguardias y otras medidas comerciales correctivas como las excepciones y las disposiciones generales relativas al «trato especial y diferenciado» limitan el alcance real del trato NMF en el marco de los acuerdos de la OMC. Aunque el Órgano de Apelación ha adoptado con frecuencia un enfoque restrictivo de la interpretación de las excepciones⁵², su variedad y alcance a menudo limitan el alcance y la aplicación del trato NMF en los acuerdos de la OMC.

48. La singularidad del sistema de la OMC, que tiene su propio conjunto de acuerdos y un proceso de solución de diferencias para interpretarlos y aplicarlos, hace que la interpretación de las disposiciones NMF en el marco de la OMC tenga una relevancia directa limitada para las cláusulas NMF de otros acuerdos. La interpretación del trato NMF en el sistema de la OMC puede proseguir independientemente del trato que se dé a las cláusulas NMF en otros contextos.

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananas*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párr. 231.

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil* (véase la nota 44 *supra*), párr. 79.

⁵¹ GATT, art. XXIV. Las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio están cobrando aún más importancia con la proliferación de los acuerdos regionales de comercio.

⁵² Véase, por ejemplo: Informe del Órgano de Apelación de la OMC, *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.

49. No obstante, el trato NMF en el sistema de la OMC no se limita exclusivamente a ese sistema. Puede aplicarse más allá del alcance de los acuerdos de la OMC. Antes de que se creara la OMC, surgió la cuestión de si una parte contratante en el GATT podía, en virtud de una disposición NMF, reclamar los beneficios otorgados en virtud de un «código» de la Ronda de Tokio en el que no fuera parte. El asunto nunca llegó a resolverse. Una cuestión que se plantea en la actualidad es la de si un miembro de la OMC que no sea parte en uno de los «acuerdos plurilaterales» relacionado con los acuerdos de la OMC pero no incluido en ellos, puede hacer valer la disposición NMF para reclamar beneficios previstos en los acuerdos plurilaterales aun cuando no sea parte en ese acuerdo. Ese asunto tampoco se ha resuelto aún.

50. En el marco de la disposición NMF del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) se plantea una cuestión similar. El comercio de servicios en el marco del Acuerdo General incluye el suministro de un servicio por un proveedor de servicios de un miembro mediante la presencia comercial de personas físicas en el territorio de cualquier otro miembro⁵³. El párrafo 1 del artículo II del Acuerdo General establece lo siguiente:

Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país.

51. Las medidas que afectan a los proveedores de servicios dimanantes de tratados bilaterales de inversión con terceros Estados entran en el ámbito de aplicación del artículo II. En otras palabras, la cuestión radica en determinar si un miembro de la OMC podría, en virtud del artículo II del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, reclamar los beneficios derivados de las disposiciones de un tratado bilateral de inversión suscrito entre otro miembro de la OMC y un tercer Estado, en la medida en que las disposiciones de dicho tratado otorguen un trato más favorable a los proveedores de servicios de ese tercer Estado. El Grupo de Estudio no ha encontrado práctica ni jurisprudencia al respecto.

52. Pese a que hay cuestiones pendientes en relación con el trato NMF en el marco de la OMC que podrían ser objeto de controversia en el futuro, el Grupo de Estudio consideró que abordar esas cuestiones en la actualidad no añadiría nada relevante. La OMC tiene su propio mecanismo de solución de diferencias, y los acuerdos de la OMC se interpretan sobre la base de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. La existencia de un mecanismo de apelación asegura que las interpretaciones del Grupo Especial sobre la gran variedad de disposiciones NMF contenidas en los acuerdos pueden ser revisadas y, en caso necesario, revocadas.

2. EL TRATO NMF EN OTROS ACUERDOS DE COMERCIO

53. Los acuerdos regionales y bilaterales de comercio no suelen incluir disposiciones NMF en relación con el comercio de bienes⁵⁴. Esos acuerdos ya conceden un trato

⁵³ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, art. I, párr. 2 d.

⁵⁴ La expresión «acuerdos regionales» también incluye a los acuerdos de integración económica regionales, los acuerdos de asociación y las uniones aduaneras.

preferente a todas las partes en materia arancelaria, de modo que el trato NMF tiene poca relevancia. En cambio, el trato nacional es importante. No obstante, algunos acuerdos regionales contienen una forma de disposición NMF en relación con el comercio de bienes, en virtud de la cual, si el tipo de derecho de aduana NMF se reduce, se aplicará dicho tipo de derecho a la otra parte, siempre y cuando sea inferior al tipo de derecho de aduana conve-nido en el acuerdo regional de comercio⁵⁵.

54. En cambio, los acuerdos económicos regionales o bilaterales que van más allá del comercio prevén el trato NMF en relación con los servicios y las inversiones⁵⁶. En ese sentido, no difieren de la OMC con respecto a los acuerdos de servicios o los acuerdos bilaterales de inversión. En el caso de esos acuerdos, el criterio de interpretación del trato NMF no sería distinto del aplicable a los acuerdos bilaterales de inversión. No obstante, hasta el momento no parece que se haya formulado ninguna observación judicial sobre esas disposiciones, que en general han escapado al análisis académico.

3. EL TRATO NMF EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN

55. Las obligaciones previstas en los acuerdos de inversión para conceder el trato NMF no son un fenómeno reciente. Existían en los antiguos tratados de amistad, comercio y navegación, y se han mantenido en los tratados bilaterales de inversión modernos y en los acuerdos regionales de comercio que incluyen disposiciones en materia de inversiones. Así pues, el trato NMF y el trato nacional figuran en los tratados bilaterales de inversión en la medida en que, como en el GATT, son obligaciones fundamentales.

56. Aunque las cláusulas NMF de los acuerdos de inversión están redactadas de diversas maneras, por lo general reproducen la fórmula del «trato no menos favorable» establecida en el artículo II del GATT. Por ejemplo, el acuerdo entre Austria y la República Federal Checa y Eslovaca, de 15 de octubre de 1990, dispone lo siguiente:

Cada Parte Contratante concederá a los inversores de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que el que conceda a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado y sus inversiones⁵⁷.

57. En algunos casos, la cláusula NMF incluye tanto la obligación de conceder un trato NMF como la obligación de conceder un trato nacional. Por ejemplo, el Convenio suscrito entre la Argentina y el Reino Unido de 11 de diciembre de 1990 establece lo siguiente:

Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio las inversiones y las ganancias de inversores de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que el otorgado a las inversiones y ganancias de sus

propios inversores o a las inversiones y ganancias de inversores de cualquier tercer Estado⁵⁸.

58. En otros casos, la obligación de conceder el trato NMF está vinculada a la obligación de conceder un trato justo y equitativo. Por ejemplo, el Convenio suscrito entre China y el Perú el 9 de junio de 1994 dispone lo siguiente:

Las inversiones y actividades relacionadas con inversiones de inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante.

El tratamiento y protección mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no serán menos favorables que los acordados a inversionistas de inversionistas de un tercer Estado y a actividades relacionadas con tales inversiones⁵⁹.

59. No obstante la obligación común del trato NMF en los tratados bilaterales de inversión, la manera de expresar esa obligación varía. A ese respecto, cabe identificar seis tipos de obligación, si bien algunos acuerdos pueden mezclar los diferentes tipos en una única cláusula NMF.

60. El primer tipo es aquel en que la obligación NMF se refiere simplemente al «trato» concedido al inversor o las inversiones. El Acuerdo entre Austria y la República Federal Checa y Eslovaca es un ejemplo de ello.

61. El segundo tipo de obligación corresponde a los casos en que el alcance del trato que se concederá se ha ampliado haciendo referencia a «cualquier» trato. Un ejemplo de ello es el Acuerdo suscrito entre la Argentina y España, donde se establece que la disposición NMF se aplicará «[e]n todas las materias regidas por el presente Acuerdo»⁶⁰.

62. El tercer tipo de obligación es aquel en que el término «trato» se refiere a aspectos concretos del proceso de inversión, como la «gestión», el «mantenimiento», el «uso» y la «liquidación» de las inversiones a las que se aplica el trato NMF⁶¹. En algunos casos, los acuerdos prevén un trato NMF en relación con el «establecimiento» de inversiones y ofrecen protección tanto en el período previo a la inversión como en el período posterior⁶².

63. El cuarto tipo se refiere a los casos en que el trato NMF está relacionado con obligaciones concretas previstas en el tratado, como la obligación de otorgar un trato justo y equitativo.

⁵⁸ Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y la Protección de Inversiones, hecho en Londres el 11 de diciembre de 1990, *ibíd.*, vol. 1765, núm. 30682, págs. 33 y ss., art. 3, párr. 1.

⁵⁹ Convenio entre el Gobierno de la República Popular China y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección recíproca de inversiones, hecho en Beijing el 9 de junio de 1994, *ibíd.*, vol. 1901, núm. 32396, págs. 257 y ss., art. 3, párrs. 1 y 2.

⁶⁰ Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, hecho en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991, *ibíd.*, vol. 1699, núm. 29403, págs. 187 y ss., art. IV, párr. 2.

⁶¹ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte dispone que se otorgará el trato NMF en lo referente al «establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones» (art. 1103).

⁶² *Ibid.*

⁵⁵ Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, art. 2.5; Acuerdo por el que se Establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra, art. 60, párr. 4.

⁵⁶ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, art. 1103 (inversión), art. 1203 (servicios) y art. 1406 (servicios financieros).

⁵⁷ Acuerdo entre la República de Austria y la República Federal Checa y Eslovaca relativo a la Promoción y la Protección de Inversiones, hecho en Viena el 15 de octubre de 1990, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1653, núm. 28433, págs. 19 y ss., art. 3, párr. 1.

64. El quinto tipo de obligación es aquel en que el trato NMF solo se otorga a los inversores o las inversiones que están «en circunstancias similares»⁶³ o «en situaciones similares»⁶⁴ a las de los inversores o las inversiones con los que se establece la comparación.

65. El sexto tipo de obligación es el de los acuerdos en que parece haberse establecido una limitación territorial. Por ejemplo, el acuerdo suscrito entre Italia y Jordania el 21 de julio de 1996 dispone que las partes contratantes se comprometen a conceder el trato NMF «dentro de los límites de su propio territorio»⁶⁵.

66. Por lo general, las disposiciones NMF de los acuerdos de inversión también prevén excepciones a la obligación de otorgar el trato NMF. Las más comunes se refieren a la tributación, las adquisiciones públicas y los beneficios que obtiene una parte por pertenecer a una unión aduanera⁶⁶.

C. Cuestiones interpretativas relacionadas con las disposiciones NMF en los acuerdos de inversión

67. Hay un consenso generalizado entre los tribunales que se ocupan de la solución de controversias relativas a inversiones en que las cláusulas NMF, en tanto que convencionales, deben interpretarse de conformidad con las reglas de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, las controversias relativas a la interpretación de disposiciones NMF a veces ponen de manifiesto diferencias subyacentes en la aplicación de las disposiciones de dicha Convención⁶⁷.

68. Pese a las variaciones en la formulación de las cláusulas NMF, hay cuestiones interpretativas que son comunes a todas esas cláusulas, ya sea en la esfera del comercio, las inversiones o los servicios. Hay tres aspectos de las disposiciones NMF que han dado lugar a cuestiones de interpretación y que se abordan a continuación, a saber: la definición del beneficiario de una cláusula NMF, la definición del trato necesario y la definición del alcance de la cláusula. De esas tres importantes cuestiones de interpretación, solo el alcance del «trato» que debe otorgarse con arreglo a una disposición NMF ha sido objeto de importantes debates y controversias en los tribunales para asuntos de inversiones.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Acuerdo entre la República de Turquía y Turkmenistán relativo a la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones, hecho en Asjabad el 2 de mayo de 1992, art. II; puede consultarse en: [www.investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20\(1992\)%20\[English\].pdf](http://www.investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20(1992)%20[English].pdf).

⁶⁵ Acuerdo entre el Gobierno del Reino Hachemita de Jordania y el Gobierno de la República de Italia sobre la Promoción y la Protección de Inversiones, hecho en Ammán el 21 de julio de 1996, art. 3; puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org/International-Investment-Agreements>.

⁶⁶ Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y la Protección de Inversiones (véase la nota 58 *supra*), art. 7. Véase OCDE (2004), «Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law», OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, pág. 5; <http://dx.doi.org/10.1787/518757021651>.

⁶⁷ Véanse los párrafos 174 a 193 *infra*.

1. ¿QUIÉN TIENE DERECHO A BENEFICIARSE DE UNA DISPOSICIÓN NMF?

69. La primera cuestión interpretativa es la definición de los beneficiarios de una cláusula NMF. En 1978, la Comisión dijo que el derecho a beneficiarse de una disposición NMF corresponde «al Estado beneficiario, o a personas o cosas que se hallan en determinada relación con ese Estado»⁶⁸. En los acuerdos de inversión, la obligación suele especificar generalmente que el trato NMF se concederá al «inversor» o a su «inversión». Algunos acuerdos limitan el beneficio de las disposiciones NMF a las inversiones⁶⁹. No obstante, aunque algunos acuerdos de inversión no añaden nada más, otros establecen que los beneficiarios han de ser inversores o inversiones que se encuentren «en circunstancias similares» o «en situaciones similares» a las de los elementos de comparación.

70. Ello ha generado gran controversia en torno al concepto de «inversión», en particular en lo referente a si las inversiones deben contribuir al desarrollo económico del Estado anfitrión⁷⁰. No obstante, la definición de inversión es una cuestión relevante para los acuerdos de inversión en conjunto y no plantea cuestiones sistémicas sobre las disposiciones NMF ni sobre su interpretación. Por tanto, el Grupo de Estudio no vio la necesidad de examinar más a fondo esa cuestión.

71. La expresión «en circunstancias similares» se recoge en el capítulo dedicado a la inversión del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), pero no figura en muchos otros acuerdos. Esas palabras parecen imponer ciertas limitaciones para que los inversores o las inversiones puedan reclamar las ventajas de una disposición NMF, dando a entender quizá que solo los inversores o las inversiones que se encuentren «en circunstancias similares» a las del tratado objeto de comparación pueden reclamarla.

72. Cabe preguntarse si, en realidad, la inclusión del calificativo «en circunstancias similares» añade algo a la cláusula NMF. En cualquier caso, en virtud del principio *ejusdem generis*, el trato NMF solo se puede otorgar en relación con la misma materia y a aquellos que se hallan en la misma relación con el elemento de comparación, como establecen los artículos 9 y 10 del proyecto de artículos de 1978.

73. En las negociaciones del acuerdo multilateral de inversión, las opiniones de las partes estuvieron divididas precisamente a ese respecto, por lo que nunca se llegó a un acuerdo sobre la inclusión de la expresión «en circunstancias similares» en el texto objeto de negociación. La importancia práctica de esa cuestión radica en si las

⁶⁸ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 22 (proyecto de artículo 5).

⁶⁹ Tratado sobre la Carta de la Energía (Anexo 1 del Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía), hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, art. 10, párr. 7.

⁷⁰ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/00/4 (23 de julio de 2001), párr. 52; y, más recientemente, *Standard Chartered Bank v. United Republic of Tanzania*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/10/12 (2 de noviembre de 2012); disponibles en línea en: <http://icsid.worldbank.org>.

interpretaciones de los acuerdos en que figura la expresión «en circunstancias similares» son pertinentes para la interpretación de los acuerdos que no la contienen. Como se señala más adelante, es peligroso aplicar automáticamente las interpretaciones de un acuerdo de inversión a otros acuerdos, y aún más en los casos en que la formulación de ambos difiere.

2. ¿QUÉ CONSTITUYE UN TRATO «NO MENOS FAVORABLE»?

74. La segunda cuestión interpretativa que se plantea es determinar en qué consiste un trato «no menos favorable». En 1978, la Comisión no se extendió sobre ese asunto, aparte de explicar el motivo por el que se empleaba la expresión «no menos favorable» en lugar del término «igual» y que el trato podía ser no menos favorable si el elemento de comparación no recibía en realidad el trato aunque tuviera derecho a recibirlo⁷¹. Hasta cierto punto, ese asunto está relacionado con la tercera cuestión, es decir, la determinación del alcance del trato.

75. En opinión de algunos, el motivo para conceder un trato «no menos favorable» es el deseo del Estado beneficiario de asegurarse de que exista igualdad de oportunidades para competir entre sus propios nacionales y los nacionales de terceros Estados⁷². Esa es la razón para otorgar el trato NMF en relación con el comercio de bienes en el marco del GATT y la OMC, y la misma razón es fundamental para los inversores y sus inversiones. Según otros, el objetivo del trato NMF y del trato nacional es reconocer y hacer efectivos los «derechos» de los inversores⁷³. Aun así, el propósito de un «derecho» en el contexto del trato NMF y el trato nacional es asegurar que el inversor pueda competir en igualdad de condiciones con otros inversores extranjeros o nacionales, según sea el caso.

76. Cuando la disposición de concesión de un trato «no menos favorable» está vinculada a disposiciones relativas al «trato nacional», el Estado concedente acuerda otorgar un trato «no menos favorable» que el que concede a sus propios nacionales. Las disposiciones relativas al trato nacional presentan el mismo problema *ejusdem generis* en cuanto a la determinación de un grado de similitud suficiente entre las materias. De forma análoga, las disposiciones sobre el trato nacional, al igual que las disposiciones relativas al trato NMF, suelen utilizar la expresión «en circunstancias similares» o «en situaciones similares» para definir el alcance del derecho del beneficiario a la concesión de un trato nacional. Por tanto, ambas cláusulas plantean cuestiones de interpretación similares.

77. El proyecto de artículos de 1978 no profundizó en la relación entre el trato NMF y el trato nacional. Señaló que ambos podían figurar en un mismo instrumento sin que ello afectara al trato NMF⁷⁴. También estableció que el trato NMF era de aplicación aunque el trato otorgado al tercer Estado se concediera como trato nacional. En

⁷¹ Véase el comentario del proyecto de artículo 5, *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 22 a 24.

⁷² T. Weiler, *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, págs. 415 y 416.

⁷³ DiMascio y Pauwelyn (nota 46 *supra*).

⁷⁴ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 51 (proyecto de artículo 19).

opinión del Grupo de Estudio, las interpretaciones de expresiones como «en circunstancias similares» o «en situaciones similares» en el contexto del trato nacional pueden ofrecer orientación de gran utilidad para la interpretación de esa terminología en el contexto de las cláusulas NMF.

78. El significado de la expresión «no menos favorable» no ha suscitado gran polémica en las controversias sobre inversiones relacionadas con el trato NMF. En las negociaciones del acuerdo multilateral de inversión se sugirió emplear el término «igual» en lugar de la expresión «no menos favorable» al establecer el tipo de trato que debía concederse en virtud de las disposiciones NMF. Aunque la cuestión nunca llegó a resolverse, la objeción esgrimida para no hacerlo fue que el objetivo de una disposición NMF no era limitar lo que podía otorgar el Estado concedente. Este puede conceder un trato mejor que «igual», si así lo desea, aunque ello pueda repercutir en los otros acuerdos NMF que haya suscrito. La expresión «no menos favorable» establece el trato mínimo que debe concederse.

3. ¿CUÁL ES EL ALCANCE DEL TRATO QUE DEBE OTORGARSE CON ARREGLO A UNA CLÁUSULA NMF?

79. La última cuestión interpretativa es la determinación del alcance del derecho que se concede en virtud de una cláusula NMF. Dicho de otro modo, ¿qué abarca el término «trato»? Esa cuestión fue abordada por la Comisión en el artículo 9 del proyecto de artículos de 1978, donde se establecía que la cláusula NMF se aplicaría solo respecto de «aquellos derechos que estén comprendidos dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula»⁷⁵. Como señaló la Comisión en su comentario, esto es lo que se conoce como la regla *ejusdem generis*⁷⁶.

80. La determinación del alcance del trato que debe concederse con arreglo a una disposición NMF se ha convertido en una de las cuestiones interpretativas más controvertidas en el marco de los acuerdos internacionales de inversión. El problema se refiere a la aplicabilidad de una cláusula NMF a las disposiciones procesales, de carácter diferente a las disposiciones sustantivas del tratado. También está relacionada con la pregunta más general de si los derechos previstos en un tratado con un tercer Estado, que sean más beneficiosos para un inversor, podrían ser invocados por dicho inversor en virtud de la cláusula NMF.

81. Se han invocado cláusulas NMF de tratados básicos para ampliar el alcance de las disposiciones relativas a la solución de controversias del tratado de varias maneras. Por ejemplo: *a*) para acogerse a un proceso de solución de controversias no disponible en virtud del tratado básico; *b*) para ampliar el alcance jurisdiccional en los casos en que el tratado básico restringe el ámbito de la cláusula de solución de controversias a una determinada categoría de controversias, como las relativas a la indemnización por expropiación; y *c*) para eludir la aplicabilidad de una disposición que requiera que las controversias sean sometidas a un tribunal nacional durante un «período de espera» de 18 meses, antes de someterlas a arbitraje internacional.

⁷⁵ *Ibíd.*, pág. 27.

⁷⁶ *Ibíd.*, págs. 28 a 33 (comentario a los proyectos de artículo 9 y 10).

La cláusula NMF se ha invocado sobre todo en esta última circunstancia, por lo que se le prestará especial atención a este supuesto.

a) *La cláusula NMF y los aspectos procesales: orígenes de la cuestión*

82. A menudo, se considera que los orígenes del uso de la cláusula NMF en relación con el acceso a cuestiones procesales se remontan al laudo arbitral emitido en 1956 en el caso *Ambatielos*⁷⁷, donde se sostuvo que la «administración de justicia» era una parte importante de los derechos de los comerciantes y que, por tanto, debía considerarse incluida en la expresión «en todos los asuntos relacionados con el comercio y la navegación» en virtud de la cláusula NMF⁷⁸.

83. Casi 45 años después, la cuestión volvió a plantearse en el caso *Maffezini*⁷⁹, donde el tribunal aceptó el argumento del demandante, que sostenía que podía invocar la cláusula NMF del TBI suscrito entre la Argentina y España en 1991, a fin de eludir el período de 18 meses de espera exigido para presentar una reclamación en relación con ese TBI, y basarse en cambio en el TBI firmado entre España y Chile, que no establecía ese requisito y permitía que el inversor recurriera al arbitraje internacional tras un plazo de 6 meses⁸⁰. La cláusula NMF del TBI entre la Argentina y España disponía lo siguiente:

En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país⁸¹.

84. Al estimar el argumento del reclamante, el tribunal tuvo en cuenta el amplio alcance de la cláusula NMF, que era de aplicación a «todas las materias regidas por el presente Acuerdo». Se hizo hincapié en la necesidad de determinar la intención de las partes contratantes, la importancia de valorar la práctica anterior de los Estados con respecto a la inclusión de la cláusula NMF en otros TBI (cuya valoración favoreció el argumento del demandante) y la importancia de tener en cuenta otras consideraciones de política pública.

85. El tribunal se basó en particular en el caso *Ambatielos*⁸², en el que la Comisión de Arbitraje había confirmado la pertinencia del principio *ejusdem generis*. La Comisión de Arbitraje dijo que una cláusula NMF solo podía aplicarse a asuntos que entren en la misma categoría y que «[l]a cuestión solo podía dirimirse atendiendo a lo que, mediante una interpretación razonable del Tratado [de

Comercio y Navegación entre Grecia y Gran Bretaña de 1886], se dedujera que había sido la intención de las Partes Contratantes»⁸³.

86. Con respecto al principio *ejusdem generis*, el tribunal del caso *Maffezini* consideró que los arreglos relativos a la solución de controversias, en ese contexto económico, estaban inseparablemente vinculados con la protección de los inversores extranjeros, y que la solución de controversias era un mecanismo extremadamente importante que protege a los inversores. Así pues, esos arreglos no se consideraban meros mecanismos de procedimiento sino arreglos concebidos para asegurar una mejor protección de los derechos de los inversores mediante el recurso al arbitraje internacional.

87. Por todo ello, el tribunal llegó a la conclusión de que:

[...] si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*⁸⁴.

88. En opinión del tribunal, esa aplicación de la cláusula NMF a los arreglos de solución de controversias podía llevar al resultado de alcanzar «la armonización y la ampliación del alcance de tales mecanismos»⁸⁵. No obstante, el tribunal era consciente de que su interpretación de la cláusula NMF era amplia y podía dar lugar, entre otras cosas, a «la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados»⁸⁶. El tribunal señaló lo siguiente:

Como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversionista privado, como sucede con frecuencia. El alcance de la cláusula puede por consiguiente ser más limitado de lo que parece a primera vista⁸⁷.

89. A continuación, el tribunal enunció las cuatro situaciones en las que, a su juicio, no podía invocarse una disposición NMF, a saber:

- si una parte contratante había condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, debido a que la condición estipulada reflejaba «una regla fundamental de derecho internacional»;

- si las partes habían acordado un mecanismo de solución de controversias que incluyera la llamada «bifurcación del camino», pues ignorar una disposición de ese tipo alteraría el «carácter definitivo de los arreglos pactados» que muchos países estimaban importantes como cuestión de política pública;

- si el acuerdo escogía un mecanismo determinado para el arbitraje, como, por ejemplo, el CIADI, y una parte deseaba cambiarlo; y

⁷⁷ *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII (núm. de venta: 63.V.3), págs. 83 y ss.

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 107.

⁷⁹ *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/97/7 (25 de enero de 2000), *ICSID Reports*, vol. 5, pág. 396; el texto de la decisión también está disponible en línea en: <http://icsid.worldbank.org>.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 39. Respecto al Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones, hecho en Santiago el 2 de octubre de 1991, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1774, núm. 30883, pág. 15.

⁸¹ Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España (véase la nota 60 *supra*), art. IV, párr. 2.

⁸² *Maffezini* (véase la nota 79 *supra*), párr. 49.

⁸³ *The Ambatielos Claim* (véase la nota 77 *supra*), pág. 107. Respecto al Tratado de Comercio y Navegación entre Grecia y Gran Bretaña, hecho en Atenas el 10 de noviembre de 1886, véase *British and Foreign State Papers, 1885-1886*, vol. 77, pág. 100.

⁸⁴ *Maffezini* (véase la nota 79 *supra*), párr. 56.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 62.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 63.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 62.

– si las partes habían acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorporase reglas de procedimiento precisas (por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte), pues esas disposiciones específicas denotaban la voluntad precisa de las partes contratantes⁸⁸.

90. El tribunal también dejó abierta una posibilidad: «[s]in duda que las partes o los tribunales identificarán otros elementos de política pública que limiten el funcionamiento de la cláusula»⁸⁹.

b) *La interpretación posterior de las cláusulas NMF en relación con las cuestiones procesales por los tribunales para asuntos de inversiones*

91. Las decisiones posteriores de los tribunales para asuntos de inversiones se han visto divididas en cuanto a seguir o no el caso *Maffezini*. Ha habido un acuerdo generalizado entre los tribunales para asuntos de inversiones, tanto explícita como implícitamente, en que el alcance de las disposiciones NMF de un determinado tratado bilateral de inversión es una cuestión de interpretación del tratado específico⁹⁰. Los tribunales para asuntos de inversiones se remiten con frecuencia a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 y a principios como *expressio unius exclusio alterius*. Los tribunales aseveran que tratan de determinar la intención de las partes. No obstante, aún no existe un criterio de interpretación sistemático, y parecen haber ganado peso factores diferentes, no siempre relacionados con los términos empleados en los tratados en cuestión.

92. El Grupo de Estudio trató de identificar los factores que parecían haber influido en los tribunales para asuntos de inversiones a la hora de interpretar las cláusulas NMF, así como de determinar si existían tendencias concretas. Al hacerlo, el Grupo de Estudio fue consciente de la necesidad de reforzar la observancia de las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena de 1969, que son aplicables a todos los tratados. A continuación se exponen los factores más destacados que han influido en las decisiones de esos tribunales referentes a la aplicación de las cláusulas NMF a las cuestiones procesales.

i) *La distinción entre obligaciones sustantivas y procesales*

93. Un punto de partida frecuente de los tribunales consiste en determinar si, en principio, la cláusula NMF puede estar relacionada tanto con las disposiciones sustantivas del tratado como con las procesales. En el caso *Maffezini* la cuestión que se planteó fue la siguiente:

⁸⁸ *Ibíd.*, párr. 63.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (véase la nota 70 *supra*); *Siemens A.G. c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/02/8 (3 de agosto de 2004) (TBI entre la Argentina y Alemania), *ICSID Reports*, vol. 12, pág. 171; el texto de la decisión también está disponible en línea en: <http://icsid.worldbank.org>. Respecto al Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Bonn el 9 de abril de 1991, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1910, núm. 32538, pág. 171.

si puede considerarse que las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en un tratado con un tercero están razonablemente relacionadas con el tratamiento justo y equitativo al que se aplica la cláusula de la nación más favorecida en los tratados básicos sobre comercio, navegación o inversiones y, por consiguiente, si tales disposiciones pueden considerarse como materias comprendidas en dicha cláusula⁹¹.

94. Como se ha señalado antes, el tribunal llegó a la conclusión de que el trato NMF podía extenderse a las disposiciones de procedimiento, con sujeción a ciertas consideraciones de «política pública»⁹². Al adoptar esa decisión, el tribunal invocó la decisión de la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos* y señaló que «hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio»⁹³.

95. En la decisión del caso *Maffezini* es clave la conclusión de que las disposiciones sobre la solución de controversias forman parte, en principio, de la protección que otorgan los acuerdos bilaterales de inversión a los inversores y las inversiones. Por tanto, las disposiciones relativas a la solución de controversias, por definición, casi siempre pueden incorporarse a un acuerdo de inversión en virtud de una disposición NMF. En el marco de un acuerdo de inversión, utilizando la terminología empleada en el artículo 9 del proyecto de artículos de 1978, la solución de controversias está comprendida «dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula» NMF.

96. La conclusión de que las cuestiones procesales, en particular las disposiciones relativas a la solución de controversias, pertenecen, por su propia naturaleza, a la misma categoría que las protecciones sustantivas para los inversores extranjeros ha sido una parte importante de la argumentación de algunas decisiones posteriores de los tribunales para asuntos de inversiones. En el caso *Siemens*, el tribunal declaró que la solución de controversias «es parte de la protección otorgada en virtud del Tratado. Forma parte del trato a las inversiones y los inversores extranjeros y de las ventajas que pueden obtenerse a través de la cláusula NMF»⁹⁴. En el caso *AWG*, el tribunal afirmó que no encontraba «base alguna para distinguir entre las materias relacionadas con la solución de controversias y cualquier otra materia incluida en un tratado bilateral de inversión»⁹⁵.

⁹¹ *Maffezini* (véase la nota 79 *supra*), párr. 46.

⁹² *Ibíd.*, párr. 56.

⁹³ *Ibíd.*, párr. 54.

⁹⁴ *Siemens* (véase la nota 90 *supra*), párr. 102.

⁹⁵ *AWG Group Ltd. c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (3 de agosto de 2006), párr. 59 (TBI entre el Reino Unido y la Argentina (véase la nota 58 *supra*)); puede consultarse en: www.italaw.com/cases/106. Véase también *National Grid PLC c. la República Argentina*, decisión sobre competencia, CNUDMI (20 de junio de 2006), párr. 89 (TBI entre el Reino Unido y la Argentina); puede consultarse en: www.italaw.com/cases/732; *Gas Natural SDG S.A. c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/03/10 (17 de junio de 2005), párr. 29 (TBI entre la Argentina y España (véase la nota 60 *supra*)), *ICSID Reports*, vol. 14, págs. 282 y ss., en particular págs. 294 y 295, puede consultarse en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0355.pdf>; *RosInvest Co. UK Ltd. v. The Russian Federation*, laudo

97. No obstante, algunos tribunales se han preguntado si las disposiciones relativas a la solución de controversias están intrínsecamente recogidas en las cláusulas NMF. El tribunal del caso *Salini* dudó de que la decisión en el caso *Ambatielos* sirviera de base para sustentar esa propuesta⁹⁶ y citó las opiniones disidentes de los magistrados en la decisión anterior de la Corte Internacional de Justicia en el sentido de que «el comercio y la navegación» no incluían «la administración de justicia»⁹⁷. El tribunal del caso *Salini* señaló además que, en cualquier caso, cuando la Comisión de Arbitraje del caso *Ambatielos* mencionó la «administración de justicia», no se refería a las disposiciones procesales ni a la solución de controversias, sino a disposiciones sustantivas recogidas en otros tratados de inversión sobre el trato de los nacionales con arreglo a los principios de justicia y equidad⁹⁸.

98. El tribunal del caso *Telenor* hizo más hincapié en la exclusión de las disposiciones procesales de la aplicación de las cláusulas NMF y señaló lo siguiente:

En ausencia de palabras o de un contexto en sentido contrario, el significado corriente de la expresión «gozarán de un trato no menos favorable que el que otorgue a las inversiones realizadas por los inversores de cualquier tercer Estado» es que los derechos *sustantivos* del inversor con respecto a la inversión deberán recibir un trato no menos favorable en el marco de los TBI suscritos entre el Estado anfitrión y un tercer Estado, y no hay ninguna razón para interpretar que la frase anterior incluye también los derechos *procesales*⁹⁹.

sobre jurisdicción, caso núm. V 079/2005 del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (octubre de 2007), párrs. 131 y 132 (TBI entre el Reino Unido y la U.R.S.S.), puede consultarse en: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf (respecto al Tratado para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, hecho en Londres el 6 de abril de 1989, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1670, núm. 28744, pág. 27); *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, laudo sobre excepciones preliminares, caso núm. V 024/2007 del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (20 de marzo de 2009), párr. 100 (TBI entre España y la Federación de Rusia), puede consultarse en: www.italaw.com/cases/915 (respecto al Convenio de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1662, núm. 28602, pág. 199); *Austrian Airlines v. The Slovak Republic*, laudo final, CNUDMI (9 de octubre de 2009), párr. 124 (TBI entre Austria y la República Federal Checa y Eslovaca (véase la nota 57 *supra*)), puede consultarse en: www.italaw.com/cases/103.

⁹⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/02/13 (29 de noviembre de 2004), *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, núm. 1 (2005), págs. 148 y ss., párr. 112; el texto de la decisión también está disponible en: <http://icsid.worldbank.org>; véase también *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, caso núm. V 080/2004 del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (21 de abril de 2006), párr. 175 (TBI entre Bélgica y Luxemburgo y la U.R.S.S.).

⁹⁷ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (véase la nota 96 *supra*), párr. 106. *Ambatielos (Greece v. United Kingdom)*, fondo: obligación de arbitraje, sentencia de 19 de mayo de 1953, *I.C.J. Reports 1953*, págs. 10 y ss., en particular pág. 34.

⁹⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (véase la nota 96 *supra*), párrs. 111 y 112.

⁹⁹ *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary*, CIADI, caso núm. ARB/04/15 (13 de septiembre de 2006), *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, núm. 2 (2006), párr. 92 (TBI entre Noruega y Hungría). El texto del Tratado entre el Gobierno del Reino de Noruega y el Gobierno de la República de

99. La opinión de que, en teoría, las cláusulas NMF de los tratados de inversión pueden aplicarse tanto a cuestiones procesales como sustantivas no significa que siempre se apliquen¹⁰⁰. No obstante, en algunos casos, los tribunales han interpretado que las disposiciones NMF abarcan los procedimientos de solución de controversias, basándose en que, en principio, las cláusulas NMF se aplican a ambos tipos de cuestiones.

ii) *La interpretación de las disposiciones NMF como cuestión jurisdiccional*

100. Algunos tribunales se han visto influidos por la opinión de que una disposición NMF no puede aplicarse a las disposiciones sobre solución de controversias si se refieren a la competencia del tribunal. Ello ha dado lugar a opiniones divergentes entre los tribunales en relación con dos cuestiones distintas. La primera es si los asuntos relacionados con la competencia requieren un criterio de interpretación más estricto. La segunda es si la aplicabilidad de una cláusula NMF a las disposiciones de solución de controversias atañe a la competencia de un tribunal.

a. Norma para la interpretación de las cuestiones jurisdiccionales

101. En el caso *Plama*, el tribunal trató la cuestión del alcance de la cláusula NMF como cuestión de avenencia a someterse al arbitraje y dijo «es un principio consolidado, tanto en el derecho nacional como internacional, que un acuerdo de esa índole debe ser claro e inequívoco»¹⁰¹. Por consiguiente, «la intención de incorporar las disposiciones sobre solución de controversias debe expresarse de manera clara e inequívoca»¹⁰². Así, la parte que pretenda aplicar una cláusula NMF a una cuestión de jurisdicción tiene la carga de la prueba para demostrar que se perseguía claramente dicha aplicación, un requisito difícil de satisfacer. Este punto de vista fue respaldado plenamente por el tribunal en el caso *Telenor*¹⁰³ y se repitió en el caso *Wintershall*¹⁰⁴.

Hungría sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Oslo el 8 de abril de 1991, puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>, *International Investment Agreements*.

¹⁰⁰ *Renta 4* (véase la nota 95 *supra*), párr. 100; *Austrian Airlines* (véase la nota 95 *supra*); *ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido) c. la República Argentina*, laudo sobre jurisdicción, CNUDMI, caso de la Corte Permanente de Arbitraje núm. 2010-9 (10 de febrero de 2012) (TBI entre el Reino Unido y la Argentina (véase la nota 58 *supra*)); puede consultarse en: www.italaw.com/cases/documents/553.

¹⁰¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/03/24 (8 de febrero de 2005), *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, núm. 1 (2005), págs. 262 y ss., en págs. 324 y 325, párr. 198 (TBI entre Chipre y Bulgaria). El texto del Tratado entre el Gobierno de la República de Chipre y el Gobierno de la República Popular de Bulgaria sobre el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Nicosia el 12 de noviembre de 1987, puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>, *International Investment Agreements*.

¹⁰² *Plama* (véase la nota 101 *supra*), párr. 204.

¹⁰³ *Telenor* (véase la nota 99 *supra*), párr. 91.

¹⁰⁴ *Wintershall Aktiengesellschaft c. la República Argentina*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/04/14 (8 de diciembre de 2008), párr. 167 (TBI entre la Argentina y Alemania (véase la nota 90 *supra*)). El tribunal estimó que las disposiciones procesales no podían formar parte del alcance de una disposición NMF a menos que «la cláusula de la NMF del tratado básico indique clara e inequívocamente que debe interpretarse de esa manera; lo que no sucede en el presente caso»; el laudo puede consultarse en: <https://icsid.worldbank.org>.

102. No obstante, este planteamiento ha sido objeto de considerable oposición. Fue rechazado en el caso *Austrian Airlines*, y en el caso *Suez*, cuando el tribunal dijo que dichas «disposiciones sobre solución de controversias deben ser objeto de interpretación como cualquier otra disposición de un tratado, en un sentido que no debe ser ni más restrictivo ni más liberal»¹⁰⁵. Según el tribunal, las cláusulas jurisdiccionales deben ser interpretadas como cualquier otra disposición de un tratado, a partir de las reglas de interpretación establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969¹⁰⁶.

103. En las decisiones más recientes de los tribunales para asuntos de inversiones ha encontrado poco respaldo la opinión de que, al ser la aplicación del trato NMF a los asuntos de solución de controversias una cuestión de jurisdicción, soporta mayor carga la parte que pretende invocar una disposición NMF; en cambio, sí ha contado con el apoyo de parte de la doctrina¹⁰⁷. Quienes se oponen al planteamiento también han mantenido que es incompatible con el derecho internacional general sobre la interpretación de las disposiciones jurisdiccionales. Ahora bien, el tribunal del caso *ICS* ha sugerido que el tribunal del caso *Plama* no estaba estableciendo una norma jurisdiccional, sino que se limitaba a señalar que no se podía presumir el consentimiento respecto de la jurisdicción¹⁰⁸.

b. Solución de controversias y jurisdicción

104. Recientemente, los tribunales han examinado con mayor detenimiento la cuestión de si la aplicación de cláusulas NMF a las disposiciones sobre solución de controversias afecta a la jurisdicción de un tribunal. Se esgrime que los derechos sustantivos y los derechos procesales tienen diferente naturaleza en el derecho internacional porque, a diferencia de lo que sucede en el derecho interno, un derecho sustantivo no conlleva automáticamente un derecho procesal para exigir su efectividad¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e Inter-Aguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/03/17 (16 de mayo de 2006), párr. 64 (TBI entre Francia y la Argentina y entre España y la Argentina), decisión disponible en línea en: <http://icsid.worldbank.org>. Respecto al Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, hecho en París el 3 de julio de 1991, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1728, núm. 30174, pág. 281. Respecto al TBI entre España y la Argentina véase la nota 60 *supra*.

¹⁰⁶ *Austrian Airlines* (véase la nota 95 *supra*), párr. 95. El tribunal también se acogió a la afirmación de la Magistrada Higgins, en su opinión disidente en la causa relativa a las plataformas petrolíferas, de que no hay respaldo alguno en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional o de la Corte Internacional de Justicia en favor de un planteamiento restrictivo en la interpretación de las cláusulas compromisorias ni, de hecho, política alguna de ser más liberal o estricto en su interpretación: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (excepciones preliminares), fallo de 12 de diciembre de 1996, opinión disidente de la Magistrada Higgins, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 803 y ss., en especial pág. 857, párr. 35, citada en *Austrian Airlines*, párr. 120.

¹⁰⁷ C. MacLachlan, L. Shore y M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, párr. 7.168.

¹⁰⁸ *ICS c. la República Argentina* (véase la nota 100 *supra*), párrs. 281 y 282.

¹⁰⁹ *Impregilo S.p.A. c. la República Argentina*, opinión concurrente y disidente de la profesora Brigitte Stern, CIADI, caso núm. ARB/07/17 (21 de junio de 2011); disponible en línea en: <http://icsid.worldbank.org>.

El hecho de que un Estado esté vinculado por una obligación sustantiva no quiere decir que pueda ser compelido a someter a litigio esa obligación. El derecho a demandar el enjuiciamiento exige que se acepte además la jurisdicción del tribunal enjuiciador¹¹⁰.

105. De acuerdo con esta perspectiva, a fin de hacer efectivos los derechos sustantivos recogidos en un TBI, un demandante tiene que satisfacer los requisitos *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis* para que un tribunal de solución de controversias ejerza su jurisdicción. Por ejemplo, una persona que no satisfaga los criterios previstos en un TBI para ser inversor no puede convertirse en inversor invocando una disposición NMF¹¹¹. Del mismo modo que no puede utilizarse el principio NMF para modificar las condiciones de ejercicio de los derechos sustantivos, tampoco puede utilizarse para cambiar las condiciones de ejercicio de los derechos procesales o jurisdiccionales. Un inversor que no haya satisfecho los requisitos para presentar una demanda contra el Estado demandado no puede eludir esos requisitos invocando las disposiciones procesales de otro TBI.

106. El asunto también se ha descrito en términos de consentir en el arbitraje¹¹². La jurisdicción de un tribunal depende de las condiciones fijadas en el correspondiente acuerdo de inversión, que sienta las bases sobre las cuales el Estado demandado ha consentido en el ejercicio de la jurisdicción del tribunal. El cumplimiento de esas condiciones por parte del inversor demandante resulta fundamental para que el tribunal ejerza su jurisdicción respecto de la controversia. A menos que un Estado demandado renuncie a que concurran las condiciones para consentir en el ejercicio de la jurisdicción, un tribunal carece de jurisdicción para conocer de una demanda aun cuando el demandante sea un inversor en el sentido del TBI en cuestión. De ahí que no se pueda utilizar el principio NMF para modificar la base del ejercicio de la jurisdicción.

107. El respaldo a la opinión de que el asunto versa sobre la jurisdicción ha venido de la mano de la decisión del tribunal en el caso *ICS*, que se basa en parte en la afirmación de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Rwanda)*¹¹³ de que cuando

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ De hecho, esta posición parece haber sido aceptada por el tribunal en *HICEE B.V. v. The Slovak Republic*, laudo parcial, CNUDMI, caso de la Corte Permanente de Arbitraje núm. 2009-11 (23 de mayo de 2011), párr. 149 (TBI entre los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca); puede consultarse en: www.italaw.com/cases/534. Respecto al Acuerdo para el Fomento y la Protección Recíproca de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, hecho en Praga el 29 de abril de 1991, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2242, núm. 39914, pág. 205.

¹¹² Opinión separada y disidente del árbitro J. Christopher Thomas en *Hochtief AG c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/07/31 (24 de octubre de 2011) (TBI entre Alemania y la Argentina (véase la nota 90 *supra*)); disponible en línea en: <http://icsid.worldbank.org>.

¹¹³ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, competencia de la Corte y admisibilidad de la demanda, fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial párr. 88.

el consentimiento se ha expresado en una cláusula compromisoria de un acuerdo internacional, debe considerarse que las condiciones a que está sujeto tal consentimiento constituyen los límites de la competencia. Consiguientemente, la Corte considera que el examen de esas condiciones se refiere a su competencia y no a la admisibilidad de la demanda¹¹⁴.

108. El tribunal del caso *ICS* concluyó que el requisito de 18 meses de litigio fijado en el TBI era un requisito previo para que la Argentina aceptara la presentación de una demanda ante el tribunal y que «el no respetar la precondición del consentimiento de la Demandada al arbitraje no puede sino llevar a la conclusión de que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la presente controversia»¹¹⁵.

109. Al decidir si el requisito de 18 meses de litigio era un asunto que se refería a la jurisdicción, el tribunal del *ICS* examinó el significado de la palabra «trato» del artículo 3, párr. 2, del TBI entre el Reino Unido y la Argentina. Aceptó que «trato» puede tener un significado amplio y que no hay limitaciones inherentes a los asuntos sustantivos. No obstante, aplicando lo que denominó principio de «contemporaneidad en la interpretación de los tratados»¹¹⁶, el tribunal consideró lo que las partes habrían entendido con aquel término en el momento en que se celebró el TBI. En vista de la jurisprudencia del momento, y del proyecto de directrices del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa¹¹⁷, el tribunal llegó a la conclusión de que lo más probable era que las partes hubieran considerado que el término «trato» tan solo se refería a las obligaciones sustantivas.

110. El tribunal del caso *ICS* también señaló: a) la limitación del trato NMF previsto en el TBI a la «gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación» de las inversiones; b) la limitación de la disposición NMF al trato del Estado receptor «dentro de su territorio»; c) el hecho de que las excepciones al trato NMF con arreglo al TBI se refieren únicamente a asuntos sustantivos; y d) la posible falta de sentido (falta de efecto útil) de incluir un requisito de 18 meses de litigio en un tratado cuando la parte contratante ya había celebrado tratados sin dicho requisito, por lo que el requisito de 18 meses de litigio habría perdido toda utilidad desde el principio por la aplicación de una disposición NMF. El tribunal concluyó que todos estos factores indicaban que en el momento de celebrar el TBI entre el Reino Unido y la Argentina las partes no podrían haber tenido la intención de incluir disposiciones sobre la solución internacional de controversias dentro del ámbito de aplicación de la cláusula NMF¹¹⁸.

111. El enfoque adoptado en el caso *ICS* fue reiterado en el caso *Daimler Financial Services AG c. la República Argentina*¹¹⁹, en el que el tribunal concluyó que el requi-

¹¹⁴ *ICS c. la República Argentina* (véase la nota 100 *supra*), párr. 258.

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 262.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 289.

¹¹⁷ Banco Mundial, Directrices relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa (1992), disponibles en: www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf.

¹¹⁸ *ICS c. la República Argentina* (véase la nota 100 *supra*), párr. 326. El tribunal aceptó que la solución nacional de controversias estaba cubierta por la disposición NMF, puesto que tenía lugar dentro del territorio del Estado receptor.

¹¹⁹ *Daimler Financial Services AG c. la República Argentina*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/05/1 (22 de agosto de 2012). La decisión se adoptó por mayoría y un árbitro disintió. Disponible en línea en: <http://icsid.worldbank.org>.

sito de 18 meses de plazo era una condición anterior al ejercicio de la jurisdicción. Por consiguiente, no podría ser modificado por la aplicación del principio NMF. A una conclusión similar se llegó en el caso *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*¹²⁰, en el que el tribunal estimó que, para que el Estado demandado consintiera en el arbitraje, debían concurrir las condiciones fijadas en el TBI, incluido el requisito del plazo de 18 meses. En vista de que el incumplimiento de dicha disposición conllevaba que se denegara la jurisdicción, el asunto no podía subsanarse aplicando una disposición NMF. Del mismo modo, en el caso *ST-AD GmbH (Germany) v. Republic of Bulgaria*¹²¹, también se estimó que el incumplimiento del requisito de 18 meses de plazo privaba al tribunal de jurisdicción.

112. En cambio, en el caso *Hochtief* el tribunal estimó que un requisito de 18 meses de litigio en el ámbito nacional no es un asunto de jurisdicción¹²², sino de admisibilidad, algo que podría alegar como excepción una parte en la controversia, pero no necesariamente. El tribunal distinguió entre disposiciones que afectan al derecho a presentar una demanda (jurisdicción) y disposiciones que afectan a la forma en que debe presentarse una demanda (admisibilidad). Por consiguiente, el hecho de que el demandante hubiera ignorado el requisito de 18 meses de litigio previsto en el TBI entre Alemania y la Argentina y se hubiera acogido a disposiciones relativas a la solución de controversias del TBI entre la Argentina y Chile no afectaba a su jurisdicción¹²³.

113. En el caso *Teinver*¹²⁴ el tribunal admitió la aplicación de una disposición NMF tanto a un requisito de 18 meses de plazo como a un período de 6 meses de negociación. El tribunal consideró que esas disposiciones eran relevantes para la admisibilidad pero no para la jurisdicción. No obstante, al parecer se llegó a esa conclusión basándose en un informe de la UNCTAD sobre las cláusulas NMF¹²⁵, que llamó casos de admisibilidad a los casos relacionados con el requisito de 18 meses de litigio y casos de «alcance de la jurisdicción» a otros en los que se invocaba una cláusula NMF en relación con la solución de controversias. En cualquier caso, el informe de la UNCTAD no explica por qué trata como casos de admisibilidad y no de jurisdicción aquellos que guardan relación con el requisito de 18 meses de litigio.

¹²⁰ *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, decisión sobre el artículo VII.2 del TBI entre Turquía y Turkmenistán (véase la nota 64 *supra*), CIADI, caso núm. ARB/10/1 (2 de julio de 2013); puede consultarse en: <https://icsid.worldbank.org>.

¹²¹ *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, laudo sobre jurisdicción, CNUDMI, caso de la Corte Permanente de Arbitraje núm. 2011-06 (18 de julio de 2013); puede consultarse en: www.italaw.com/cases/2447.

¹²² *Hochtief* (véase la nota 112 *supra*) (opinión de la mayoría).

¹²³ *Ibid.* Respecto al Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Buenos Aires el 2 de agosto de 1991, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2170, núm. 38070, pág. 347.

¹²⁴ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. la República Argentina*, decisión sobre jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/09/1 (21 de diciembre de 2012); puede consultarse en: <https://icsid.worldbank.org>.

¹²⁵ UNCTAD, *Trato de la nación más favorecida*, colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, II (núm. de venta: S.10.II.D.19), págs. 66 y 67.

114. Los casos que no han permitido que se dejara de lado el requisito de los 18 meses comparten un planteamiento común. Tiene que haber pruebas de que la disposición NMF fue concebida para aplicarse al objeto de modificar las limitaciones jurisdiccionales del tribunal porque el consentimiento del Estado receptor se basaba en el cumplimiento de esas limitaciones. Ciertamente, el efecto implícito es exigir pruebas «claras e inequívocas» de la intención de alterar la jurisdicción de un tribunal, reintroduciendo el criterio del caso *Plama*, si bien por motivos diferentes.

iii) *La intención específica de otras disposiciones de los tratados*

115. En algunos casos, al interpretar las disposiciones NMF, los tribunales han tenido en cuenta que el beneficio que se pretende obtener con el otro tratado ya está cubierto, de una forma diferente y más específica, en el propio tratado básico. En cierto modo, este es el elemento central del principio NMF: persigue aportar algo mejor de lo que el beneficiario recibiría de otro modo con arreglo al tratado básico. Partiendo de esta base, parecería inevitable que, si el tratado básico prevé un determinado tipo de trato, la consecuencia de aplicar una cláusula NMF sea la derogación de la disposición del tratado básico.

116. En el caso *RosInvest*, el tribunal consideró que el hecho de que la aplicación de la disposición NMF ampliara el alcance de la jurisdicción del tribunal era «un resultado normal de la aplicación de las cláusulas NMF, cuyo carácter e intención es que la protección no aceptada en un tratado sea ampliada transfiriendo la protección concedida en otro tratado»¹²⁶.

117. Ahora bien, también se ha adoptado la opinión contraria. En el caso *CME*, el árbitro disidente, Ian Brownlie, no estaba dispuesto a utilizar una cláusula NMF para importar al tratado una fórmula alternativa de indemnización, ya que ello dejaría sin sentido la disposición expresa del tratado relativa a la indemnización¹²⁷. En el caso *Austrian Airlines*, el tribunal consideró que las disposiciones concretas del tratado relativas a la jurisdicción eran en sí mismas una indicación clara de que las partes no tenían la intención de permitir que se ampliara la jurisdicción del tribunal por medio de una disposición NMF. A juicio del tribunal, la intención específica de esas disposiciones no podía ser invalidada por la intención general de la disposición NMF¹²⁸. El tribunal apuntaló esta conclusión examinando el historial de negociación del TBI entre Austria y la República Federal Checa y Eslovaca en el que se había rechazado una formulación más amplia de la jurisdicción del tribunal. En el caso *Berschader*, el tribunal examinó otras disposiciones del tratado para mostrar que había disposiciones a las

que no se podía aplicar la cláusula NMF y que, por ende, la expresión «todos los asuntos cubiertos por el presente tratado» no podía entenderse en sentido literal¹²⁹.

118. En el caso *Austrian Airlines*, el tribunal también examinó la disposición NMF en el contexto de las otras disposiciones del tratado e hizo hincapié en el hecho de que el propio tratado preveía específicamente un ámbito limitado para el arbitraje. En opinión del tribunal, dado que en el tratado había una «intención manifiesta y específica» de limitar el arbitraje a controversias sobre la cuantía de la indemnización en contraposición a controversias sobre el principio de indemnización, «sería paradójico invalidar esa intención específica aludiendo a la intención general no específica expresada en la cláusula NMF»¹³⁰. En el caso *Tza Yap Shum*, el tribunal también estimó que la intención general de una disposición NMF debe dejar paso a la intención específica recogida en una disposición determinada del tratado básico¹³¹.

iv) *La práctica de las partes*

119. La otra práctica convencional de las partes en un TBI respecto del cual se ha invocado una cláusula NMF ha sido considerada por algunos tribunales un medio para determinar la intención de las partes en cuanto al alcance de la cláusula NMF. En el caso *Maffezini*, el tribunal revisó la práctica convencional de España en tratados bilaterales de inversión y señaló que la práctica española consistía en permitir que se presentaran controversias sin el requisito de 18 meses impuesto en el TBI entre la Argentina y España. El tribunal también observó que el TBI entre la Argentina y España era el único TBI español que empleaba la formulación amplia «en todas las materias regidas por el presente Acuerdo» en su cláusula NMF¹³². No obstante, el tribunal no aclaró la relevancia jurídica de esta práctica ulterior de las partes ni la justificación interpretativa para referirse a ella.

120. En el caso *Telenor*¹³³, el tribunal estimó que la práctica de las partes era relevante de una forma algo diferente. El hecho de que Hungría hubiera celebrado otros tratados bilaterales de inversión que no limitaban el alcance del arbitraje dio pie a que el tribunal concluyera que ciertamente se pretendía dar un alcance limitado al arbitraje en el TBI entre Hungría y Noruega. Por ende, no podía utilizarse la cláusula NMF para ampliar el alcance del arbitraje.

121. En el caso *Austrian Airlines*, el tribunal se basó en la otra práctica convencional de Eslovaquia para ratificar su conclusión¹³⁴. En cambio, el tribunal del caso *Renta 4* se negó a considerar la práctica de Rusia en sus otros tratados bilaterales de inversión y señaló que, puesto que su decisión se basaba en el texto del tratado bilateral de

¹²⁶ *RosInvest* (véase la nota 95 *supra*), párr. 131. En el caso *Renta 4* (véase la nota 95 *supra*), párr. 92, el tribunal afirmó que «la extensión de los compromisos forma parte de la naturaleza misma de las cláusulas NMF».

¹²⁷ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, opinión disidente sobre las cuestiones en la fase de la cuantía, CNUDMI (14 de marzo de 2003), párr. 11 (TBI entre los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca (véase la nota 111 *supra*)); puede consultarse en: <http://italaw.com/cases/documents/282>.

¹²⁸ *Austrian Airlines* (véase la nota 95 *supra*), párr. 137.

¹²⁹ *Berschader* (véase la nota 96 *supra*), párr. 192.

¹³⁰ *Austrian Airlines* (véase la nota 95 *supra*), párr. 135.

¹³¹ *Señor Tza Yap Shum c. la República del Perú*, decisión sobre jurisdicción y competencia, CIADI, caso núm. ARB/07/6 (19 de junio de 2009), párr. 220 (TBI entre el Perú y China (véase la nota 59 *supra*)); puede consultarse en: www.italaw.com/cases/1126.

¹³² *Maffezini* (véase la nota 79 *supra*), párrs. 57 y 60.

¹³³ *Telenor* (véase la nota 99 *supra*), párrs. 96 y 97.

¹³⁴ *Austrian Airlines* (véase la nota 95 *supra*), párr. 134.

inversión que tenía ante sí, la práctica en otros tratados bilaterales de inversión no podía sustituir a ese texto¹³⁵.

122. No está claro con qué fundamento jurídico justifican los tribunales la referencia a la práctica ulterior de un solo Estado. ¿Es una ayuda a la interpretación basada en la Convención de Viena de 1969 o es una forma independiente de verificar alguna intención implícita de las partes, o al menos de la parte contra la cual se presenta la demanda? En el caso *Plama*, el tribunal afirmó lo siguiente: «Es cierto que se pueden tener en cuenta los tratados entre una de las Partes Contratantes y terceros Estados a efectos de aclarar el significado del texto de un tratado en el momento en que se concluyó»¹³⁶. No obstante, el tribunal no indica el motivo por el cual consideró que los tratados celebrados por un Estado con un tercero son relevantes para la interpretación de un tratado celebrado entre dicho Estado y otro Estado, aunque podría haberse basado implícitamente en el artículo 32 de la Convención de Viena.

v) *El momento relevante para determinar la intención de las partes*

123. La mayoría de tribunales no ha examinado el momento en el que debería determinarse la intención de las partes en un TBI. Sin embargo, en el caso *ICS*, el tribunal abordó la cuestión específicamente; indicó que el momento relevante era la celebración del tratado e interpretó el término «trato» sobre la base de su significado en aquel momento¹³⁷. Según el tribunal, debe aplicarse el principio de «contemporaneidad» en la interpretación de los tratados. Si bien ningún tribunal ha discrepado explícitamente de esta posición, los tribunales anteriores al caso *ICS* no habían examinado expresamente el significado de una cláusula NMF en la fecha en que se celebró el tratado. Habían estudiado los trabajos preparatorios pero, a falta de indicación alguna en estos, se interpretaba la cláusula NMF sin mencionar si se le otorgaba un significado contemporáneo o actual.

vi) *El contenido de la disposición que se pretende modificar invocando una disposición NMF*

124. Cabe preguntarse si el contenido de la disposición del tratado básico que se va a ver afectada ha influido en la voluntad de los tribunales de permitir invocar una cláusula NMF. En este sentido, conviene destacar que, de los 18 casos en los que hasta ahora se ha invocado con éxito una disposición NMF, 12 han guardado relación con la misma disposición, una obligación de presentar una demanda ante los tribunales nacionales y litigar durante 18 meses antes de invocar la solución de controversias prevista en el tratado bilateral de inversión. En cada caso, el efecto de la disposición NMF fue el de eximir al demandante de la obligación de litigar en la jurisdicción interna durante ese plazo de 18 meses. Los casos se referían a tratados bilaterales de inversión suscritos por la Argentina con Alemania, España y el Reino Unido. Aunque el efecto sustantivo del requisito de 18 meses de litigio era el mismo, las disposiciones NMF invocadas no estaban formuladas de la misma manera.

¹³⁵ *Renta 4* (véase la nota 95 *supra*), párr. 120.

¹³⁶ *Plama* (véase la nota 101 *supra*), párr. 195.

¹³⁷ *ICS c. la República Argentina* (véase la nota 100 *supra*), párr. 289.

125. En el caso *Plama*, se apuntó la opinión de que la naturaleza de la disposición del tratado básico podía haber influido en el resultado; en aquel caso, el tribunal (que no tenía ante sí un requisito de 18 meses de litigio en la jurisdicción interna) dijo que la decisión en el caso *Maffezini* era «comprensible», puesto que intentaba neutralizar una disposición que «carecía de sentido desde un punto de vista práctico»¹³⁸.

126. En el caso *Abaclat c. la República Argentina*¹³⁹, el tribunal argumentó que el hecho de aplazar el derecho de un inversor a presentar una demanda durante 18 meses era incompatible con el objetivo expreso del tratado bilateral de inversión de facilitar una solución de controversias sin dilaciones y, por lo tanto, podía ser ignorado por el demandante. En cambio, esta opinión fue rechazada por el tribunal en el caso *ICS*, que afirmó que un tribunal no puede «crear excepciones a las normas de los tratados cuando estas meramente se fundan en la evaluación de la sabiduría de la política en cuestión»¹⁴⁰.

127. Por regla general, han sido infructuosos los intentos de utilizar el principio NMF para añadir otros tipos de disposiciones de solución de controversias que fueran más allá del plazo de 18 meses de litigio. En el caso *Salini* se invocó una disposición NMF para cambiar el procedimiento de solución de controversias por el de controversias contractuales. En el caso *Plama*, se invocó una disposición NMF para modificar el proceso de solución de controversias y pasar de un arbitraje *ad hoc* a la solución de controversias del CIADI. Así, se trataba de cambiar una forma de arbitraje por otra, intentos que, no obstante, fueron rechazados por ambos tribunales.

128. En sentido contrario, un tribunal ha permitido a un demandante invocar el trato NMF para sustituir una forma de solución de controversias por otra. En el caso *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*¹⁴¹, el tribunal decidió que, cuando el recurso al arbitraje del CIADI previsto en el

¹³⁸ *Plama* (véase la nota 101 *supra*), párr. 224. Ahora bien, no queda claro por qué se consideró que no tenía sentido la disposición relativa a los 18 meses de litigio en la jurisdicción interna. Brindaba la oportunidad de resolver el asunto en los tribunales internos, una forma limitada del requisito de agotamiento de los recursos internos con una garantía de que no se podría detener al inversor más de 18 meses.

¹³⁹ La mayoría en el caso *Abaclat* no entró a analizar ninguna cláusula NMF. En cambio, el tribunal sí examinó un requisito de 18 meses de litigio bajo el epígrafe «Admisibilidad de la reclamación»: *Abaclat y otros c. la República Argentina* (caso denominado anteriormente *Giovanna a Beccara y otros*), decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, CIADI, caso núm. ARB/07/5 (4 de agosto de 2011) (TBI entre Italia y la Argentina). El árbitro Georges Abi-Saab expresó la opinión contraria en su disensión, párrs. 31 a 33; puede consultarse en: <https://icsid.worldbank.org>. El texto del Acuerdo entre la República Italiana y la República Argentina para la Promoción y la Protección de Inversiones, hecho en Buenos Aires el 22 de mayo de 1990, puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>, *International Investment Agreements*.

¹⁴⁰ *ICS c. la República Argentina* (véase la nota 100 *supra*), párr. 267. Asimismo, el tribunal en el caso *ICS* declaró que no tenía ante sí prueba alguna que le llevara a concluir que los tribunales argentinos no fueran efectivos en el examen del asunto (párrs. 267 a 269). Véase también la opinión disidente del árbitro J. Christopher Thomas en *Hochtief* (nota 112 *supra*).

¹⁴¹ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, decisión sobre la excepción a la jurisdicción, CIADI, caso núm. ARB/11/20 (3 de julio de 2013); decisión adoptada por la mayoría. La árbitra Laurence Boisson de Chazournes adjuntó una opinión disidente; puede consultarse en: <https://icsid.worldbank.org>.

tratado bilateral de inversión entre el Reino Unido y Turkmenistán¹⁴² solo fuera posible con el consentimiento del demandado, que no lo había prestado, el consentimiento al arbitraje del CIADI podría fundamentarse en otros tratados bilaterales de inversión celebrados por Turkmenistán e importarse al TBI entre el Reino Unido y Turkmenistán mediante la aplicación del principio NMF. Por consiguiente, el arbitraje de acuerdo con el reglamento de la CNUDMI, que era la posición alternativa de conformidad con el TBI entre el Reino Unido y Turkmenistán a falta de acuerdo sobre otra forma de solucionar las controversias, fue sustituida por el arbitraje del CIADI mediante el trato NMF.

129. No obstante, incluso si los casos en los que rige un requisito de 18 meses de litigio en la jurisdicción interna se pueden explicar en parte con la postura de que el requisito concreto era algo trivial, el razonamiento de los tribunales no se fundamenta en realidad en la importancia relativa de una disposición que contenga un requisito de 18 meses de litigio en la jurisdicción interna. Tal y como se ha apuntado anteriormente, en muchos casos el razonamiento se fundamentaba en la suposición de que las cláusulas NMF de los tratados bilaterales de inversión abarcan por su misma naturaleza la solución de controversias.

130. Otros casos que han permitido recurrir al principio NMF para lograr beneficiarse de las disposiciones de tratados con terceros guardan relación con cuestiones sustantivas y no procesales. En el caso *RosInvest*, el tribunal consideró que, sobre la base de la cláusula NMF en el TBI entre el Reino Unido y la U.R.S.S., tenía jurisdicción para pronunciarse sobre la legalidad de una presunta expropiación y no solo sobre la cuestión más limitada de asuntos relacionados con la indemnización, que era lo previsto por dicho tratado bilateral de inversión¹⁴³.

131. No obstante, dos tribunales han rechazado utilizar el principio NMF de esa forma. En el caso *Renta 4*, la mayoría del tribunal no estaba dispuesta a interpretar la disposición NMF del acuerdo entre España y Rusia de modo que se admitieran demandas más allá de la indemnización por expropiación porque, a su juicio, la disposición NMF en cuestión se aplicaba solo a la concesión de un trato justo y equitativo¹⁴⁴. El tribunal del caso *Austrian Airlines* concluyó igualmente, a partir de la interpretación de la cláusula NMF, que esta no podía ir más allá del reconocimiento expreso de jurisdicción para abordar asuntos relacionados con la indemnización en caso de expropiación¹⁴⁵.

132. En el caso *MTD*, el tribunal se mostró dispuesto a ampliar el alcance del trato justo y equitativo en el marco del TBI entre Chile y Malasia remitiéndose al trato justo y equitativo previsto en los tratados bilaterales de inversión entre Chile y Dinamarca y entre Chile y Croacia. No obstante, al parecer ninguna de las partes cuestionó la

capacidad del tribunal para hacer esto, si bien no estaban de acuerdo con todas las implicaciones que conllevaba haberlo hecho¹⁴⁶.

133. Igualmente en el caso *Telsim*¹⁴⁷, las partes parecían estar de acuerdo en que, como resultado de la disposición NMF, había que interpretar el trato justo y equitativo en el marco del TBI entre Turquía y Kazajstán a la luz del significado de trato justo y equitativo que se encontraba en otros tratados bilaterales de inversión en los que Kazajstán era parte. Asimismo, en el caso *Bayindir*¹⁴⁸, no se planteó ninguna objeción al principio general de que, como consecuencia de la cláusula NMF, el contenido del «trato justo y equitativo», en el marco del TBI entre Turquía y el Pakistán, debía ser determinado a la luz de las disposiciones sobre el trato justo y equitativo de otros tratados bilaterales de inversión celebrados por el Pakistán.

134. Únicamente en un caso añadió un tribunal contenido sustantivo a las obligaciones de las partes sobre la base de una disposición NMF en vista de la objeción de una de las partes. En el caso *CME*, la mayoría del tribunal concluyó que el término «indemnización justa» que figuraba en el TBI entre los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca debía interpretarse en el sentido de «justo valor de mercado», en parte porque fue recogido sobre la base de la disposición NMF para incorporar el concepto de «justo valor de mercado» contemplado en el TBI entre los Estados Unidos y la República Federal Checa y Eslovaca¹⁴⁹.

¹⁴⁶ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/01/7 (25 de mayo de 2004); puede consultarse en: www.italaw.com/cases/717. El texto del Convenio entre el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Chile sobre la Promoción y la Protección de las Inversiones, hecho en Kuala Lumpur el 11 de noviembre de 1992, puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>, *International Investment Agreements*. Respecto al Convenio entre el Gobierno del Reino de Dinamarca y el Gobierno de la República de Chile sobre la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, hecho en Copenhague el 28 de mayo de 1993, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1935, núm. 33152, pág. 247. El texto del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Croacia sobre la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, hecho en Santiago el 28 de noviembre de 1994, puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>, *International Investment Agreements*.

¹⁴⁷ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/05/16 (29 de julio de 2008), párrs. 581 a 587 y 591 a 605 (TBI entre Turquía y Kazajstán), puede consultarse en: www.italaw.com/cases/942. El texto del Acuerdo entre la República de Turquía y la República de Kazajstán sobre la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, hecho en Alma-Ata el 1 de mayo de 1992, puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>, *International Investment Agreements*.

¹⁴⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, laudo, CIADI, caso núm. ARB/03/29 (27 de agosto de 2009), párr. 153 (TBI entre Turquía y Pakistán), puede consultarse en: www.italaw.com/cases/131. El texto del Acuerdo entre la República Islámica del Pakistán y la República de Turquía sobre la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, hecho en Islamabad el 16 de marzo de 1995, puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>, *International Investment Agreements*.

¹⁴⁹ *CME* (véase la nota 127 *supra*), párr. 500. El texto del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Federal Checa y Eslovaca sobre Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, hecho en Washington D.C. el 22 de octubre de 1991, puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>, *International Investment Agreements*.

¹⁴² Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Turkmenistán para la Promoción y la Protección de Inversiones, hecho en Asjabad el 9 de febrero de 1995, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2269, núm. 40409, pág. 187.

¹⁴³ *RosInvest* (véase la nota 95 *supra*).

¹⁴⁴ *Renta 4* (véase la nota 95 *supra*), párrs. 105 a 119.

¹⁴⁵ *Austrian Airlines* (véase la nota 95 *supra*), párrs. 138 y 139.

vii) *Uniformidad en la toma de decisiones*

135. Si bien los tribunales han señalado que las decisiones de otros tribunales no sientan precedente formal, el deseo de uniformidad ha influido claramente en la toma de decisiones. Pocos tribunales lo han afirmado de una manera tan explícita como la mayoría en el caso *Impregilo*:

Sin embargo, en aquellos casos en que la cláusula NMF ha hecho referencia a «todas las demás cuestiones» o a «toda cuestión» regulada por el TBI, la conclusión ha sido casi unánime en el sentido de incluir las normas de resolución de controversias. Sobre esta base, la mayoría del Tribunal concluye que *Impregilo* tiene derecho a sustentar su reclamo, en este aspecto, sobre la base de las normas de resolución de controversias contenidas en el TBI Argentina-Estados Unidos¹⁵⁰.

136. En efecto, la mayoría estimó que, al menos en lo que se refería a las cláusulas NMF formuladas de manera amplia y al requisito de emprender acciones y litigar durante 18 meses, había quedado resuelta la cuestión de la aplicabilidad de una cláusula NMF.

viii) *La definición de trato «no menos favorable»*

137. Se pone de manifiesto la dificultad de determinar qué trato es menos favorable cuando se usa la cláusula NMF para sustituir una forma de solución de controversias por otra. Algunos tribunales han cuestionado si es correcto comparar disposiciones de un tratado con un tercero con las disposiciones del tratado básico¹⁵¹. Si el tratado básico contiene un requisito de 18 meses de litigio y el tratado con un tercero no lo contiene pero sí prevé una disposición de bifurcación en el camino, ¿es correcto que el tratado con un tercero conceda un trato más favorable? Por una parte, debe transcurrir un plazo de 18 meses antes de invocar las disposiciones sobre solución de controversias del TBI en el marco del tratado básico, si bien el inversor accede tanto a los procedimientos nacionales como a los internacionales. Por otra parte, el inversor, en virtud del tratado con un tercero, accede a la solución internacional de controversias antes, si bien pierde la posibilidad de poder acceder tanto a la solución de controversias internacional como a la nacional. ¿Qué trato es más favorable?

138. El tribunal del caso *ICS* estimó que un inversor que se acogiera a una disposición NMF para evitar el requisito de 18 meses de litigio estaría sujeto a la disposición de «bifurcación en el camino» del tratado con un tercero¹⁵². Para el tribunal del caso *Garanti Koza* era difícil afirmar que el arbitraje del CIADI fuera objetivamente más favorable que el de la CNUDMI; si bien eran «incuestionablemente diferentes»¹⁵³. El tribunal acabó concluyendo que era mejor poder elegir que no tener esa opción y permitió al demandante importar el arbitraje del CIADI sobre la base de la disposición NMF del tratado básico¹⁵⁴.

¹⁵⁰ *Impregilo* (véase la nota 109 *supra*), párr. 108. El texto del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, hecho en Washington D.C. el 14 de noviembre de 1991, puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>, *International Investment Agreements*.

¹⁵¹ *Impregilo* (véase la nota 109 *supra*); véase también *Hochtief* (véase la nota 112 *supra*).

¹⁵² *ICS c. la República Argentina* (véase la nota 100 *supra*), párrs. 318 a 325.

¹⁵³ *Garanti Koza* (véase la nota 141 *supra*), párr. 92.

¹⁵⁴ *Ibid.*, párrs. 94 a 97.

139. En las primeras decisiones de los tribunales para asuntos de inversiones no se examinó en detalle la cuestión de si la disposición del tratado con un tercero al que uno se desea acoger es de hecho más favorable que la disposición del tratado básico que se quiere eludir. Por regla general, se ha entendido que no tener que litigar ante los tribunales nacionales durante 18 meses es más favorable que tener que esperar y litigar. No obstante, esta presunción no es categórica a menos que se pongan en entredicho los tribunales nacionales en cuestión.

ix) *La existencia de excepciones de políticas*

140. El tribunal del caso *Maffezini*, al parecer preocupado por las implicaciones de gran trascendencia de su decisión, fijó determinadas excepciones de «políticas públicas» en las que no se podía aplicar una disposición NMF a asuntos procesales¹⁵⁵. Si bien tribunales posteriores han respaldado la idea de que son necesarias algunas excepciones de políticas públicas, no las han alegado como justificación de su decisión, a pesar de que en algunos casos podrían haber sido de aplicación. Por ejemplo, en el caso *Garanti Koza*, el tribunal sustituyó el arbitraje del CIADI por el de la CNUDMI, algo que las excepciones de políticas establecidas en el caso *Maffezini* prohibían. El Grupo de Estudio tomó nota de las razones discrepantes aducidas para permitir o prohibir el uso de una cláusula NMF como fundamento para modificar las disposiciones sobre solución de controversias de tratados bilaterales de inversión y observó que a veces los distintos enfoques se basaban en diferentes presunciones y no en una contradicción directa en el razonamiento.

III. Consideraciones a la hora de interpretar las cláusulas NMF

A. Consideraciones de políticas relacionadas con la interpretación de los acuerdos de inversión

1. ASIMETRÍA EN LAS NEGOCIACIONES DE UN TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN

141. En el pasado, los acuerdos de inversión se celebraban en gran medida entre países desarrollados y países en desarrollo y se presumían la asimetría y la desigualdad en el poder de negociación¹⁵⁶. Hoy en día, muchos tratados bilaterales de inversión se celebran entre países desarrollados o entre países en desarrollo, de modo que no cabe esa apreciación.

142. Puede hacerse un análisis más profundo del proceso de negociación de los acuerdos de inversión. Algunos países tienen su propio modelo de tratado bilateral de inversión, de forma que las negociaciones con otros países suelen basarse en ese acuerdo modelo. Por ello, en vez de empezar desde cero, las negociaciones conllevan aceptar o modificar el modelo de acuerdo preparado de antemano por una parte. Así, estas negociaciones pueden dar lugar a lo sumo a modificaciones en la formulación de determinadas disposiciones, y no a un acuerdo completamente nuevo.

¹⁵⁵ *Maffezini* (véase la nota 79 *supra*), párrs. 88 y 89.

¹⁵⁶ J. W. Salacuse y N. P. Sullivan, «Do BITs really work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain», *Harvard International Law Journal*, vol. 46, núm. 1 (2005), págs. 67 y ss., en especial pág. 78.

143. Sin perjuicio de ello, en realidad los acuerdos de inversión se parecen en muchos aspectos fundamentales, con independencia de las partes y del modelo de acuerdo que se siga, lo cual no resulta sorprendente. Los acuerdos de inversión modernos se fundamentan en determinadas disposiciones centrales: trato NMF, trato nacional, trato justo y equitativo, prohibición de expropiaciones salvo que concurren determinadas condiciones y disposiciones sobre solución de controversias, incluida la solución de controversias entre los inversores y el Estado. Tanto si ha habido asimetría en las negociaciones como si no, parece que se llega a un resultado similar.

144. Tras examinar esta cuestión de la asimetría, el Grupo de Estudio estimó que, si bien se trataba de un factor que contribuía a entender en mayor medida el ámbito del derecho internacional en materia de inversiones, no era un factor relevante para la interpretación de los distintos acuerdos de inversión.

2. LA ESPECIFICIDAD DE CADA TRATADO

145. Varios Estados han afirmado que las disposiciones NMF son específicas de cada tratado¹⁵⁷ y que, por tanto, son poco adecuadas para que se adopte un planteamiento uniforme¹⁵⁸. No cabe duda de que las disposiciones NMF relativas a las inversiones figuran en gran medida en tratados bilaterales de inversión diferentes y de que en cada acuerdo se ha formulado de manera particular la disposición NMF.

146. Al mismo tiempo, las disposiciones NMF, con independencia de su historia de negociación o del acuerdo en el que figuren, persiguen un mismo objetivo. En 1978, en el proyecto de artículo 4, la Comisión definió la cláusula NMF como «una disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado contrae respecto de otro Estado la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida en una esfera convenida de relaciones»¹⁵⁹. En el proyecto de artículo 5, la Comisión definió el trato de la nación más favorecida como «el trato otorgado por el Estado concedente al Estado beneficiario [...] no menos favorable que el trato conferido por el Estado concedente a un tercer Estado [...]»¹⁶⁰. En otras palabras, con independencia de la redacción específica, si una cláusula de un tratado otorga un trato no menos favorable que el concedido a Estados terceros, se trata de una cláusula NMF. Tiene el mismo carácter que cualquier otra cláusula NMF y comparte el mismo objetivo general.

147. Ahora bien, el modo en que se logra ese objetivo general depende de la formulación concreta que se utilice para expresar la obligación del trato NMF, su alcance, su cobertura y sus beneficiarios. Por ello, la cuestión clave del *ejusdem generis* (cuál es el alcance del trato que se puede reclamar) tiene que determinarse caso por caso.

¹⁵⁷ A/C.6/65/SR.25, párrs. 75 y 76 (Portugal); A/C.6/66/SR.27, párr. 49 (Irán (República Islámica del)); ibíd., párr. 78 (Portugal); A/C.6/66/SR.28 (Reino Unido); A/C.6/67/SR.23 (Irán (República Islámica del)).

¹⁵⁸ A/C.6/65/SR.26, párr. 17 (Estados Unidos de América); A/C.6/66/SR.27, párr. 94 (Estados Unidos de América).

¹⁵⁹ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 18.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, pág. 22.

148. No obstante, el Grupo de Estudio consideró que el objetivo común de todas las disposiciones NMF, junto con la similitud del lenguaje usado en muchos acuerdos de inversión, supone que la interpretación de una disposición NMF de un acuerdo de inversión puede servir de guía para interpretar una disposición de este tipo de otro acuerdo. De hecho, los tribunales para asuntos de inversiones han tenido en cuenta disposiciones de otros acuerdos distintos del acuerdo que tenían ante sí para interpretar una disposición NMF.

149. No obstante, la interpretación de toda disposición NMF debe respetar los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. Por ello, si bien puede servir de orientación el significado del trato NMF previsto en otros acuerdos, cada disposición NMF debe ser interpretada tomando como base su propia formulación y el contexto que la rodea en el acuerdo en el que figure. Así pues, no hay base para concluir que haya una única interpretación de las disposiciones NMF que pueda aplicarse a todos los acuerdos de inversión.

B. El arbitraje en la solución de controversias en materia de inversiones como «arbitraje mixto»

150. En 1978, la Comisión previó que la condición de beneficiario de una disposición NMF no se limitara a los Estados partes en un acuerdo que contuviera dicha disposición, sino que también pudieran acogerse a ella «personas o cosas que se hallan en determinada relación con ese Estado»¹⁶¹. En los acuerdos de inversión, los Estados suelen ofrecer el trato NMF no solo a otro Estado, sino también a los inversores o inversiones de aquel otro Estado. En aquel momento, la Comisión no quiso examinar en mayor medida las implicaciones de que el beneficiario fuera una persona y decidió no avanzar más en la cuestión en vista de que el proyecto de artículos de la Convención de Viena de 1969 no se ocupaba de la aplicación de los tratados a las personas.

151. Sin embargo, en términos prácticos, en el momento en que se elaboró el proyecto de artículos de 1978 había muy poca práctica que se pudiera examinar en relación con personas beneficiarias. Corresponde al Estado beneficiario exigir al Estado concedente el cumplimiento de la obligación de otorgar el trato NMF. De no otorgar dicho trato se incumpliría el tratado de modo que, en caso de que hubiera un foro para ello, se podría presentar una demanda interestatal. No había ningún foro internacional al que pudiera acceder un inversor para demandar a un Estado extranjero, si bien la podía haber presentado ante los tribunales internos de aquel Estado si las obligaciones dimanantes del respectivo tratado se hubieran incorporado en el derecho interno o si la legislación nacional hubiera previsto el derecho independiente a emprender acciones. En dichas situaciones, la demanda presentada contra el Estado concedente ante los tribunales nacionales se fundamentaría en un derecho que no derivaría del tratado, sino de la legislación nacional del Estado concedente.

152. La llegada de la solución de controversias entre inversores y Estados supuso un cambio radical en este

¹⁶¹ *Ibíd.*

ámbito, ya que permitía al inversor presentar una demanda independientemente de su Estado, dirigida directamente contra el Estado concedente, en un mecanismo de solución de controversias creado por las partes en el acuerdo de inversión. El resultado ha sido que los tribunales de solución de controversias entre inversores y Estados han creado una jurisprudencia sustancial sobre la interpretación de los acuerdos de inversión y, en particular, de las cláusulas NMF.

153. Sin embargo, la naturaleza mixta del arbitraje entre inversores y Estados plantea retos particulares para la interpretación de los acuerdos de inversión. El acuerdo se celebra entre Estados y, por tanto, es un tratado. En cambio, el foro en el que se interpreta presenta cierta analogía con el arbitraje comercial, que históricamente es una institución de derecho privado más que de derecho público. Por ello, el hecho de que el intérprete en cuestión vea el acuerdo como un instrumento de derecho internacional más que como un arreglo contractual puede afectar a la forma en que se interprete una disposición NMF.

154. Pueden surgir cuestiones sobre la condición de los tribunales que participan en el arbitraje «mixto» y sobre el producto de su labor. Estos tribunales son «mixtos» en el sentido de que las partes en la controversia no tienen el mismo estatus en derecho internacional. En los días de los acuerdos de concesión, el propio acuerdo se celebraba entre una entidad de derecho internacional público, el Estado, y una entidad de derecho privado, la persona o la empresa con la que se celebraba. Una inquietud inicial al respecto era si dichos acuerdos, en los que solo una parte estaba sujeta al derecho internacional, se regían por el derecho internacional o por el derecho interno; además se debatían los conceptos de derecho transnacional y de derecho cuasiinternacional.

155. Los acuerdos de inversión evitan este problema porque son claramente tratados. No obstante, una controversia regida por una disposición sobre solución de controversias entre inversores y Estados sigue siendo una controversia entre partes de diferente estatus con arreglo al derecho internacional. Por ello, se ha afirmado que el árbitro que participa en un arbitraje mixto relativo a una reclamación presentada por un litigante privado, en lo que de otro modo podría considerarse una reclamación de derecho interno, tiene una misión y una función no muy diferentes de las de un juez que aplica el derecho interno¹⁶². En ese sentido, puede considerarse que la solución de controversias entre inversores y Estados es una alternativa al litigio en la jurisdicción interna, un punto reforzado por las disposiciones de «bifurcación en el camino» comunes en los acuerdos de inversión en virtud de las cuales un inversor que plantee una reclamación tiene que optar en un determinado momento entre el litigio en la jurisdicción interna o la solución de controversias entre inversores y Estados.

156. No obstante, el tribunal que conoce de una controversia de esta índole, que es un tribunal establecido en el marco de un mecanismo convenido por los Estados,

tiene que interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado. No suele aplicar disposiciones del derecho interno, si bien en algunos casos el tratado puede requerir que este se aplique. Asimismo, si el tribunal se establece en el marco del CIADI, tiene el mandato específico de aplicar «aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables»¹⁶³.

157. El Grupo de Estudio llegó a la conclusión de que la naturaleza «mixta» del arbitraje que tiene por objeto resolver controversias entre inversores y Estados no justifica un enfoque diferente respecto de la aplicación de las normas sobre interpretación de los tratados cuando se examinan disposiciones NMF. El acuerdo de inversión es un tratado cuyas disposiciones han sido convenidas por los Estados. El inversor particular no tuvo papel alguno en la creación de las obligaciones dimanantes del tratado, sino que simplemente tiene derecho a presentar una reclamación con arreglo al tratado. En tanto que tratado, debe ser interpretado de acuerdo con las normas aceptadas del derecho internacional que regulan la interpretación de los tratados.

C. La relevancia contemporánea del proyecto de artículos de 1978 para la interpretación de las disposiciones NMF

158. Como señaló anteriormente el Grupo de Estudio, el proyecto de artículos de 1978 preveía que el beneficiario de una disposición NMF pudiera ser una persona o una entidad que se hallara «en determinada relación» con el Estado beneficiario. Sin embargo, no tuvo en cuenta las implicaciones de esa posibilidad, puesto que consideraba que los derechos individuales escapaban a su mandato. No obstante, con frecuencia, los tribunales que resuelven controversias entre inversores y Estados se remiten al proyecto de artículos como ley básica sobre las disposiciones NMF, en particular en relación con el principio *ejusdem generis*.

159. No obstante, el Grupo de Estudio señaló que, si bien el proyecto de artículos de 1978 constituye la norma fundamental sobre la definición y el significado de las cláusulas NMF y el trato NMF y establece los principios básicos, no ofrece orientación sobre cuestiones específicas de interpretación que puedan suscitarse de acuerdo con los términos realmente utilizados en un tratado concreto. El proyecto de artículos de 1978 no resuelve, o al menos no directamente, la cuestión de si se puede modificar una disposición procesal relativa a la solución de controversias tomando como base una disposición NMF.

160. El Grupo de Estudio considera que las disposiciones fundamentales del proyecto de artículos de 1978¹⁶⁴, que nunca han sido cuestionadas y sí aplicadas frecuentemente, siguen siendo una fuente importante de derecho internacional a la hora de examinar la definición, el alcance y la aplicación de las cláusulas NMF.

¹⁶² Sobre el solapamiento entre los aspectos públicos y privados del arbitraje internacional, véase: G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007, cap. 3.

¹⁶³ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI), hecho en Washington D.C. el 18 de marzo de 1965, art. 42.

¹⁶⁴ Véanse especialmente los artículos 1 a 14, *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 17 a 40.

IV. Guías para la interpretación de las cláusulas NMF

161. Esta parte presenta un marco para aplicar adecuadamente los principios y reglas de la interpretación de los tratados a las cláusulas NMF. A partir de sus análisis anteriores, el Grupo de Estudio concluyó que hay tres cuestiones centrales en torno a la forma en que los tribunales han abordado la interpretación de las cláusulas NMF en relación con las disposiciones sobre solución de controversias. En primer lugar, ¿son las disposiciones NMF susceptibles de ser aplicadas, en principio, a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversión? En segundo lugar, ¿afectan a la jurisdicción de un tribunal las condiciones fijadas en los tratados bilaterales de inversión respecto a qué disposiciones de solución de controversias pueden ser invocadas por los inversores? En tercer lugar, al determinar si una disposición NMF de un tratado bilateral de inversión se aplica a las condiciones para invocar la solución de controversias, ¿qué factores son relevantes en el proceso de interpretación? Estas cuestiones son objeto de análisis en las secciones que figuran a continuación.

A. Las disposiciones NMF son susceptibles de ser aplicadas, en principio, a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversión

162. Si bien la postura despertó polémica en algunas de las primeras decisiones de los tribunales, hay pocas dudas de que, en principio, las disposiciones NMF pueden ser aplicables a las disposiciones sobre solución de controversias de los TBI. Ello es así pese a que, inicialmente, ese argumento pueda haberse basado en una interpretación errónea de lo que la Comisión de Arbitraje quiso decir en el caso *Ambatielos* cuando afirmó que la «administración de justicia» entraba en el alcance de una disposición NMF que se refería a «todos los asuntos relacionados con el comercio y la navegación»¹⁶⁵. La Comisión estaba refiriéndose en aquel momento al acceso a los tribunales del Reino Unido para hacer valer derechos sustantivos y no al derecho a alterar las condiciones en las que se puede invocar la solución de controversias. Sin embargo, aquello parece ahora de poca importancia. Se trata fundamentalmente de una cuestión de autonomía de las partes; las partes en un TBI pueden incluir, si lo desean, las condiciones para acceder a la solución de controversias dentro del ámbito de aplicación de una disposición NMF. La cuestión en cada caso es si lo han hecho o no.

163. En este sentido, es ciertamente una cuestión de interpretación de los tratados que cabe responder únicamente respecto de cada caso concreto. Cuando las partes han incluido explícitamente las condiciones para acceder a la solución de controversias dentro del marco de la disposición NMF¹⁶⁶, no surgen dificultades. Del mismo modo, cuando las partes han excluido explícitamente la aplicación del principio NMF a las condiciones para acceder a la solución de controversias, no se plantean dificultades. Sin embargo, la inmensa mayoría de disposiciones NMF que figuran en los TBI en vigor no explicitan ese

punto y, por tanto, se plantea la cuestión de cómo deben interpretarse dichas disposiciones en cada caso. No obstante, como mínimo puede afirmarse que no es necesario que los tribunales que interpretan las disposiciones NMF de los TBI lleven a cabo una investigación sobre si dichas disposiciones pueden ser en principio aplicables a las disposiciones sobre solución de controversias.

B. Las condiciones relativas a la solución de controversias y la jurisdicción de un tribunal

164. Ahora bien, si se acepta que se trata de una cuestión de interpretación, surge la pregunta de si hay algún elemento en el carácter de las disposiciones NMF o de las disposiciones sobre las condiciones para que los inversores tengan acceso a la solución de controversias que pueda ser relevante para el proceso de interpretación. En este sentido, sigue siendo relevante la cuestión de si esos asuntos entran dentro de la jurisdicción de un tribunal. Existen algunos parámetros (*ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*, etc.) dentro de los cuales debe aplicarse una disposición NMF¹⁶⁷, por lo que la pregunta pasa a ser si las condiciones para acceder a la solución de controversias son en sí mismas un parámetro relevante.

165. La interpretación y aplicación de una disposición NMF no puede quedar completamente abierta. Tal y como estipula el proyecto de artículo 14 del proyecto de artículos de 1978:

El ejercicio de los derechos que dimanen de la cláusula de la nación más favorecida para el Estado beneficiario o las personas o cosas que se hallen en determinada relación con ese Estado estará sujeto al cumplimiento de los términos y condiciones pertinentes establecidos en el tratado que contenga la cláusula o convenidos de otro modo por el Estado concedente y el Estado beneficiario¹⁶⁸.

166. No cabe duda de que si en un TBI un Estado ha consentido en reconocer como inversores a determinadas categorías de personas, no se puede invocar una disposición NMF para cambiar esas categorías¹⁶⁹. Un tribunal constituido de acuerdo con el tratado bilateral de inversión simplemente carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los derechos de una entidad que no sea un inversor. La pregunta es si una limitación del acceso a la solución de controversias, como un requisito de 18 meses de litigio en la jurisdicción nacional, es una limitación jurisdiccional similar aplicable a los inversores reconocidos como tales.

167. La respuesta depende, en parte, de si nos encontramos ante una cuestión de jurisdicción o ante una cuestión de admisibilidad. La distinción entre jurisdicción y admisibilidad no siempre está clara y los términos se utilizan a menudo indistintamente¹⁷⁰. No obstante, se dice que dicha distinción se fundamenta en la diferencia entre excepciones dirigidas al tribunal y excepciones dirigidas a la demanda¹⁷¹.

¹⁶⁷ Véase también el párrafo 105 *supra*.

¹⁶⁸ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 40.

¹⁶⁹ *HICEE* (véase la nota 111 *supra*), párr. 149.

¹⁷⁰ Véase con carácter general: S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 4.ª ed., vol. II: *Jurisdiction*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, págs. 505 a 586.

¹⁷¹ J. Paulsson, «Jurisdiction and admissibility», en G. Aksen y otros (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, París, ICC Publishing, 2005, págs. 601 y ss., en especial pág. 616.

¹⁶⁵ *The Ambatielos Claim* (véase la nota 77 *supra*), pág. 107.

¹⁶⁶ Modelo de TBI del Reino Unido, 2008; puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>, *International Investment Agreements*.

168. Partiendo de esta base, se podría argumentar que el requisito de 18 meses de litigio es una condición que determina si el inversor puede presentar o no una demanda, por lo que se refiere a la jurisdicción del tribunal: no es un asunto de la demanda en concreto que presenta el inversor, sino que ese inversor no puede entablar ninguna demanda a no ser que se haya satisfecho el requisito de los 18 meses de litigio.

169. En opinión del Grupo de Estudio, estos enfoques contradictorios reflejan lo que se ha mencionado anteriormente: una diferencia entre quienes consideran que los acuerdos de inversión son instrumentos de derecho internacional público y quienes entienden que la solución de controversias entre inversores y Estados tiene más bien una naturaleza de derecho privado similar a los arreglos contractuales. Para el primer grupo, la jurisdicción y el consentimiento al arbitraje son asuntos de gran interés para los Estados, mientras que para el segundo se trata meramente de una cuestión de significado del término «trato» o de cualquier lenguaje similar que reconozca el derecho del beneficiario.

170. La consecuencia práctica de estos distintos enfoques es que quienes se centran en el aspecto de derecho internacional público de los acuerdos de inversión se inclinan por considerar que el requisito de 18 meses de litigio es similar a una norma de agotamiento de los recursos internos. Quienes ven ese tipo de acuerdos más en términos de arbitraje privado o comercial tienden a considerar ese requisito como una disposición de demora que tiene el efecto de posponer el derecho de un inversor a presentar una demanda, por lo que sería contrario al objetivo general de un TBI de crear condiciones favorables a la inversión.

171. La característica común de los enfoques «jurisdiccionales» es que una disposición NMF, a menos que lo diga claramente o que concurran circunstancias contextuales particulares, no puede alterar las condiciones de acceso a la solución de controversias. Es siempre una cuestión de interpretación de los tratados, pero la interpretación de los tratados parte de la presunción inicial de que una disposición NMF no se aplica automáticamente a las disposiciones sobre solución de controversias de un TBI. Ello contrasta con las presunciones iniciales de varios tribunales de que las disposiciones NMF son a primera vista aplicables a la solución de controversias, ya que esta forma parte de las protecciones previstas en un TBI. Según este planteamiento, la disposición NMF se aplica a la solución de controversias a menos que se pueda demostrar que las partes en el TBI no tenían la intención de que se aplicara de esa manera.

172. El Grupo de Estudio ha considerado que este debate en parte conceptual sobre la naturaleza de los acuerdos de inversión y las presunciones a las que lleva en relación con su interpretación no es algo sobre lo que se pueda ofrecer una solución definitiva. Los acuerdos de inversión tienen elementos de naturaleza pública y de naturaleza privada. La imposibilidad de contar con una respuesta formal definitiva es la consecuencia de someter el asunto a un arbitraje «mixto» con árbitros *ad hoc*. En un sistema «cerrado», como la OMC, un tribunal de apelaciones podría dilucidar el asunto y, acertara o errara,

sería la respuesta a todos los casos que se planteasen dentro del sistema. No se da esa oportunidad en el caso de la solución de controversias entre inversores y Estados. Tampoco es apropiado, en opinión del Grupo de Estudio, que la Comisión desempeñe tal papel.

173. Con todo, el Grupo de Estudio observa que las conclusiones sobre la aplicabilidad de las cláusulas NMF a las disposiciones sobre solución de controversias deben basarse en la interpretación y el análisis de las disposiciones en cuestión y no en presunciones sobre la naturaleza de los acuerdos de inversión o de los derechos que en ellos se otorgan.

C. Factores relevantes para determinar si una disposición NMF es aplicable a las condiciones para invocar la solución de controversias

174. Dado que los TBI son acuerdos internacionales, son aplicables a su interpretación las normas de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969¹⁷². 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»¹⁷³. Se ha dicho que esta fórmula «se basaba claramente en la opinión de que ha de presumirse que el texto del tratado es la auténtica expresión de la intención de las partes»¹⁷⁴.

175. Los tribunales para asuntos de inversiones adoptan comúnmente en sus decisiones la postura de que las normas de la Convención de Viena fijan el marco jurídico correcto para interpretar las disposiciones NMF. Aun así, dentro de este marco común hay discrepancias en el enfoque. Anteriormente, el Grupo de Estudio distinguió varios factores que al parecer han influido en los tribunales al interpretar las disposiciones NMF. En los párrafos que figuran más abajo el Grupo de Estudio analiza algunos de esos factores.

1. EL PRINCIPIO DE CONTEMPORANEIDAD

176. El principio de contemporaneidad, al que acuden explícitamente los tribunales en los casos *ICS* y *Daimler* e implícitamente algunos otros tribunales en sus decisiones¹⁷⁵, no está recogido específicamente en las normas de la Convención de Viena. En cambio, a él han hecho alusión directa e indirectamente la Corte Internacional de Justicia y los tribunales internacionales. En la causa relativa a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, la

¹⁷² Por norma general, se entiende que estas disposiciones sobre la interpretación reflejan el derecho internacional consuetudinario.

¹⁷³ Véase el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado por la Comisión en su 18.º período de sesiones, *Anuario... 1966*, vol. II, documento A/6309/Rev.1, Parte II, pág. 242 (párrafo 11 del comentario al proyecto de artículo 27).

¹⁷⁴ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2.ª ed., Manchester University Press, 1984, pág. 115.

¹⁷⁵ *Plama* (véase la nota 101 *supra*), párr. 197.

Corte aludió a la «necesidad primordial de interpretar un instrumento con arreglo a las intenciones de las partes en el momento de su celebración»¹⁷⁶. La Comisión de Límites entre Eritrea y Etiopía también respaldó lo que denominó «la doctrina de la “contemporaneidad”»¹⁷⁷.

177. Al mismo tiempo, en la Causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Corte Internacional de Justicia dijo que «Sin embargo, esto no significa que, cuando el significado de un término ya no sea el mismo que era en la fecha de conclusión del tratado, no deba tenerse en cuenta para nada su significado en el momento en que se va a interpretar el tratado para aplicarlo»¹⁷⁸. Según la Corte, así ocurre, en particular, en «situaciones en las que la intención de las partes tras la conclusión del tratado fue, o se puede suponer que fue, dar a los términos empleados, o a algunos de ellos, un significado o contenido evolutivo, no uno fijado para siempre, de modo que permita, entre otras cosas, avanzar en el ámbito del derecho internacional»¹⁷⁹.

178. En opinión del Grupo de Estudio, que la interpretación evolutiva sea apropiada en un caso concreto dependerá de una serie de factores, como la intención de las partes de que el término en cuestión tuviera una interpretación evolutiva¹⁸⁰, la práctica ulterior de las partes y la forma en que estas hayan interpretado y aplicado su acuerdo. El enfoque del tribunal en el caso *ICS* al intentar determinar el significado del «trato» al que se aplicaba la disposición NMF, examinando la manera en que se habría entendido el término en el momento en que se celebró el TBI entre el Reino Unido y la Argentina, ofrece una orientación importante para la interpretación, pero no se puede considerar necesariamente definitivo.

2. LA RELEVANCIA DE LOS TRABAJOS PREPARATORIOS

179. En cierto sentido, la remisión a los trabajos preparatorios es una aplicación del principio de contemporaneidad, ya que tiene por objeto determinar la intención de las partes en el momento en que celebraron el acuerdo¹⁸¹. El recurso a los trabajos preparatorios no es frecuente en las decisiones de los tribunales que interpretan las disposiciones NMF, quizás porque a menudo no tienen fácilmente

¹⁷⁶ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 31, párr. 53.

¹⁷⁷ *Decision regarding Delimitation of the Border between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia* (13 de abril de 2002), Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV (núm. de venta: E/F.05.V.5), págs. 83 a 195, en particular pág. 110, párr. 3.5.

¹⁷⁸ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, págs. 213 y ss., en especial pág. 242, párr. 64.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Véase el proyecto de conclusión 3 de los proyectos de conclusión 1 a 5 sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65.º período de sesiones, *Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 38 y 39; véase también el texto de los proyectos de conclusión 6 a 10 aprobados provisionalmente por la Comisión en su 66.º período de sesiones, *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párrs. 75 y 76.

¹⁸¹ El artículo 32 de la Convención de Viena de 1969 estipula: «Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado [...]».

a su disposición dicho material¹⁸². No obstante, en el caso *Austrian Airlines*, el tribunal examinó los sucesivos proyectos de cláusulas del tratado, que ponían de manifiesto una reducción sucesiva del alcance de las disposiciones relativas al arbitraje, con el fin de confirmar la conclusión de que las partes perseguían limitar el arbitraje previsto en ese acuerdo a determinados asuntos especificados¹⁸³. El Grupo de Estudio consideró que este es un ejemplo importante de la relevancia de los trabajos preparatorios.

3. LA PRÁCTICA CONVENCIONAL DE LAS PARTES

180. La práctica contemporánea o ulterior de las partes es claramente relevante para la interpretación de las disposiciones de un tratado. No obstante, de acuerdo con el artículo 31, párrafos 2 y 3, de la Convención de Viena de 1969, la práctica relevante queda limitada a: los acuerdos que se refieran al tratado concertados entre todas las partes, los instrumentos que se refieran al tratado suscritos por una parte y aceptados por los demás, los acuerdos ulteriores entre las partes y la práctica ulterior por la que conste el acuerdo de las partes¹⁸⁴. Por ello, en la medida en que los tribunales para asuntos de inversiones acuden a dicho material, actúan claramente de conformidad con el material interpretativo relevante.

181. Ahora bien, la mayoría de tratados bilaterales de inversión consisten en acuerdos entre dos Estados que no vienen acompañados de acuerdos o prácticas contemporáneas o ulteriores entre las partes en el tratado bilateral de inversión¹⁸⁵. Así pues, a lo que los tribunales se remiten a menudo es a acuerdos de una de las partes en el TBI con terceros Estados¹⁸⁶. Un tribunal entendió que los tratados con terceros Estados no eran relevantes porque lo que había que interpretar era el texto del TBI que tenía ante sí¹⁸⁷.

182. Las acciones de un Estado parte en un tratado bilateral de inversión de las que no participe el otro Estado parte pueden tener cierta relevancia contextual al demostrar la actitud de una de las partes en el tratado. Sin embargo, tales acciones no están previstas en el artículo 31, párrafo 3 *b*, de la Convención de Viena, que tiene presente la intención común de las partes, si bien pueden tenerse en cuenta según el artículo 32¹⁸⁸.

¹⁸² El tribunal en el caso *Plama* (véase la nota 101 *supra*), párr. 196, señaló que las partes no habían presentado ningún trabajo preparatorio.

¹⁸³ *Austrian Airlines* (véase la nota 95 *supra*), párr. 137.

¹⁸⁴ Véanse los proyectos de conclusión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en sus 65.º y 66.º períodos de sesiones (nota 180 *supra*). Véase especialmente el proyecto de conclusión 7.

¹⁸⁵ En cambio, de acuerdo con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, las partes tienen en virtud del tratado la facultad de emitir «interpretaciones autorizadas» vinculantes para los tribunales (art. 1131, párr. 2).

¹⁸⁶ En el caso *Plama* (véase la nota 101 *supra*), el tribunal afirmó lo siguiente: «Es cierto que se pueden tener en cuenta los tratados entre una de las Partes Contratantes y terceros Estados a los efectos de aclarar el sentido del texto de un tratado en el momento en que fue celebrado» (párr. 195).

¹⁸⁷ *Renta 4* (véase la nota 95 *supra*).

¹⁸⁸ Véanse, en particular, los proyectos de conclusión 1, párr. 4, y 4, párr. 3, sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados aprobados provisionalmente por la Comisión en su 65.º período de sesiones (nota 180 *supra*); véanse también los comentarios correspondientes.

183. Con todo, la cuestión es si existe otra base sobre la que pueda ser relevante la práctica convencional de una sola parte. En el caso *ICS*, el tribunal estimó que la práctica convencional de una sola parte no era relevante. No obstante, sí consideró relevante que un Estado hubiera continuado incluyendo el requisito de los 18 meses en tratados bilaterales de inversión ulteriores. El tribunal consideró improbable que el Estado insistiera en suscribir una disposición que sabía que carecería de todo efecto útil por la inclusión de una disposición NMF¹⁸⁹. Ello ilustra la relevancia potencial, si bien limitada, de la práctica de una parte.

4. EL SIGNIFICADO DEL CONTEXTO

184. La expresión «en el contexto de estos» del artículo 31 puede tener un amplio significado. Incluye, en virtud del artículo 31, párrafo 2, los términos del propio tratado, el preámbulo y los anexos, así como los acuerdos entre las partes que se refieran al tratado con motivo de su celebración, y los instrumentos referentes al tratado formulados por una parte y aceptados por la otra como instrumento relacionado con el tratado.

185. De las decisiones de los tribunales para asuntos de inversiones surgen dos preguntas concretas relacionadas con el contexto. En primer lugar, ¿puede una disposición específica de un tratado bilateral de inversión ser derogada por una disposición NMF de formulación más general? En segundo lugar, ¿cuál es la relevancia del hecho de que un tratado bilateral de inversión enumere exclusiones específicas a la aplicación del principio NMF? ¿Excluye ello otras excepciones no enumeradas al trato NMF?

a) *El equilibrio entre disposiciones específicas y generales*

186. En algunas decisiones, los árbitros han intentado contraponer la disposición específica de un tratado, examinando las circunstancias en las que un inversor puede invocar el arbitraje entre los inversores y el Estado, con la disposición general de una cláusula NMF. La conclusión a la que se ha llegado es que una afirmación específica sobre el trato otorgado en virtud de un tratado, como una condición que ha de cumplirse antes de invocar la solución de controversias, no puede ser derogada por una afirmación general aplicable a «todo trato» como la que figura en una disposición NMF. Como el Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional señaló en su informe, el principio *lex specialis derogat legi generali* está generalmente aceptado como principio de la interpretación de los tratados¹⁹⁰. No obstante, su relevancia puede ser limitada en el contexto de la interpretación de una disposición NMF.

187. Por su misma naturaleza, una cláusula NMF promete algo mejor de lo que se ofrece en el tratado, de modo que el mero hecho de que haya una disposición específica en el propio tratado básico no permite ser concluyente sobre si una disposición NMF puede ofrecer un trato mejor del que ya se prevé en el tratado básico. Evidentemente,

si hay pruebas interpretativas independientes en el tratado que indiquen que las partes tenían la intención de que la disposición NMF no se aplicara a la disposición específica en cuestión, entonces nos encontramos ante un asunto diferente. Sin embargo, en opinión del Grupo de Estudio, la presunción de que lo específico deroga lo general no es concluyente en la interpretación de una disposición NMF.

b) *El principio expressio unius*

188. A menudo se ha citado el principio *expressio unius est exclusio alterius*, en particular en relación con exclusiones expresas a la aplicación de una disposición NMF. Se argumenta que cuando el tratado bilateral de inversión contiene dichas excepciones expresas, estas excluyen otras excepciones no enumeradas¹⁹¹. Por ello, si no se hace referencia alguna a las disposiciones sobre solución de controversias entre los asuntos excluidos de la aplicación de una disposición NMF, se entiende que dicha disposición abarca la solución de controversias. Ahora bien, tal y como han señalado algunos autores, el principio *expressio unius* es a lo sumo una presunción y no debería ser considerado una respuesta definitiva a la cuestión¹⁹². Es un factor que debe tenerse presente y nada más. Asimismo, tal y como el tribunal señaló en el caso *ICS*, puede dar pie a la conclusión opuesta. Si solo se enumeran las excepciones relativas al trato sustantivo, se puede entender que las partes no creyeron que el principio NMF fuera relevante para asuntos procesales o de solución de controversias¹⁹³. Por consiguiente, el Grupo de Estudio estimó que, si bien el principio *expressio unius* es un factor que debe tenerse en cuenta, no puede considerarse un factor determinante.

5. LA RELEVANCIA DEL CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN QUE SE PRETENDE SUSTITUIR

189. Algunos tribunales han visto en el requisito de los 18 meses de litigio la imposición de un obstáculo innecesario para un inversor que pretenda hacer valer sus derechos invocando la disposición sobre solución de controversias de un TBI y lo han considerado contrario al objetivo general de un TBI de promover y facilitar las inversiones. Sin embargo, tal y como han señalado otros tribunales, una disposición de esa índole es una variación de una norma de agotamiento de los recursos internos y tiene su propia justificación. En la medida en que los tribunales para asuntos de inversiones se han visto influidos a la hora de interpretar disposiciones NMF por el contenido de la disposición del tratado básico afectada por la aplicación del principio NMF, resulta difícil para el Grupo de Estudio ver cómo se puede justificar tal consideración con arreglo a las normas sobre la interpretación de los tratados.

190. La decisión política de incluir o no una disposición particular en un tratado bilateral de inversión corresponde a las partes y no es algo que puedan cuestionar los tribunales de solución de controversias. La función del tribunal es determinar el significado y la intención de las partes, no poner en tela de juicio sus elecciones políticas. Partiendo de

¹⁸⁹ *ICS c. la República Argentina* (véase la nota 100 *supra*), párrs. 314 y 315.

¹⁹⁰ Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, *Anuario... 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 195 y 196, conclusión 5.

¹⁹¹ Véase la opinión disidente de Charles N. Brower en el caso *Austrian Airlines* (nota 95 *supra*).

¹⁹² A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2.^a ed., Cambridge University Press, 2007, págs. 248 y 249.

¹⁹³ *ICS c. la República Argentina* (véase la nota 100 *supra*), párrs. 315 a 317.

esa base, el contenido de una disposición que se elude aplicando una disposición NMF es, en opinión del Grupo de Estudio, irrelevante para la interpretación de los tratados.

6. LA INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN QUE SE PRETENDE INCLUIR

191. La cuestión central del alcance o la medida del beneficio que se puede obtener de un tratado concluido con un tercero por efecto de una cláusula NMF da pie a la aplicación del principio *ejusdem generis*. Es evidente que, si el objeto de la disposición NMF del tratado básico se limita a asuntos sustantivos, la disposición no puede utilizarse para obtener el beneficio de los derechos procesales reconocidos en el tratado celebrado con un tercero. Una cuestión más compleja es la de si el beneficiario de una disposición NMF que guarda relación con las disposiciones procesales puede elegir y escoger a qué beneficios procesales acogerse.

192. En este sentido, si bien el proyecto de artículos de 1978 ofrece una respuesta general, no es lo suficientemente específica como para ayudar a resolver el verdadero problema que se plantea en el ámbito de los acuerdos de inversión. Los proyectos de artículo 9 y 10 disponen que le corresponden al Estado beneficiario los derechos o el trato «dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula». En el comentario se sugiere que la expresión «dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula» contiene una referencia implícita a un concepto de similitud¹⁹⁴. Con todo, los tribunales para asuntos de inversiones aún tienen que desarrollar jurisprudencia sobre la noción de similitud. No hay unanimidad, siguiendo el ejemplo anterior, con respecto a si un requisito de 18 meses de litigio sin disposición de bifurcación en el camino es más o menos favorable que el acceso directo al arbitraje entre inversor y Estado unido a la disposición de bifurcación en el camino.

193. El parecer del Grupo de Estudio es que la cuestión de lo que constituye un trato menos favorable tan solo puede encontrar respuesta tras un análisis caso por caso. Se trata, como mínimo, de un asunto que debe abordarse en toda interpretación o aplicación que se haga de una disposición NMF.

D. Consecuencias de varios modelos de cláusulas NMF

194. Aunque al principio de sus trabajos el Grupo de Estudio estudió la posibilidad de redactar por su cuenta modelos de cláusulas NMF, llegó a la conclusión de que no sería un ejercicio útil. Existe una amplia variedad de cláusulas NMF que los Estados ya han incluido en sus acuerdos de inversión y que pueden servir de modelo para futuros acuerdos. Lo más importante es entender las consecuencias que puede acarrear una formulación determinada.

1. CLÁUSULAS EN ACUERDOS VIGENTES EN EL MOMENTO DE LA DECISIÓN SOBRE EL CASO *MAFFEZINI*

195. Dejando de lado los diferentes enfoques interpretativos ya señalados, parece haber un denominador común en la interpretación de determinados tipos de formulación de cláusulas NMF.

196. En primer lugar, cuando la cláusula NMF se limita a prever «un trato no menos favorable» sin calificativos que puedan llegar a expandir el alcance del trato que se otorga, los tribunales se han negado sistemáticamente a interpretar tal disposición en el sentido de que incluya la solución de controversias.

197. En segundo lugar, cuando la cláusula NMF contiene cláusulas referidas a «todo trato» o «todos los asuntos» regidos por el tratado, los tribunales han tendido a dar una interpretación amplia a dichas cláusulas y a concluir que se aplican a las disposiciones sobre solución de controversias. Solo en un caso no se ha considerado que una cláusula formulada de manera general fuera aplicable a la solución de controversias¹⁹⁵.

198. En tercer lugar, cuando la cláusula NMF califica el trato que debe recibirse con remisiones al «uso», «la gestión», «el mantenimiento», «el goce», «la liquidación» y «la utilización», la mayoría de los tribunales han entendido que tales cláusulas son lo suficientemente amplias como para abarcar las disposiciones sobre solución de controversias.

199. En cuarto lugar, en ninguno de los dos casos que vinculaban la cláusula NMF directamente con el trato justo y equitativo, llegó a la conclusión ningún tribunal de que la cláusula abarcara las disposiciones sobre solución de controversias.

200. En quinto lugar, en los casos en que se ha fijado una limitación territorial a una cláusula NMF, el resultado ha sido mixto. En algunos casos se ha resuelto que la limitación territorial es irrelevante al decidir si las disposiciones sobre solución de controversias se ven afectadas¹⁹⁶, mientras que en otros se ha mantenido que la cláusula de limitación territorial impide la inclusión de disposiciones sobre la solución internacional de controversias en una cláusula NMF¹⁹⁷.

201. En sexto lugar, en ninguno de los casos en que las cláusulas NMF limitan su aplicación a los inversores o las inversiones «en circunstancias similares» o «en situaciones similares» el tribunal ha estimado relevante la cuestión de si la cláusula es aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias.

202. Este análisis pone de manifiesto la práctica pasada y no indica cómo se resolverán los casos en el futuro. Dado que los tribunales para asuntos de inversiones son órganos *ad hoc* y que las disposiciones y el contexto exacto de las cláusulas NMF varían, es imposible afirmar de antemano en qué sentido se pronunciarán los miembros, a pesar de que algunos o todos ellos ya se hayan pronunciado en casos relativos a disposiciones NMF. Ahora bien, cuando las cláusulas NMF pueden ser interpretadas en un sentido más amplio, parece que los tribunales tienden a considerar que son aplicables a las disposiciones sobre solución de controversias. En opinión del Grupo de Estudio, esto ofrece a los Estados unas pautas preliminares sobre el tratamiento que pueden dar los tribunales a formulaciones determinadas.

¹⁹⁵ *Berschader* (véase la nota 96 *supra*).

¹⁹⁶ *Maffezini* (véase la nota 79 *supra*), párr. 61; *Hochtief* (véase la nota 112 *supra*), párrs. 107 a 111 (mayoría).

¹⁹⁷ *ICS c. la República Argentina* (véase la nota 100 *supra*), párrs. 296 y 305 a 308; *Daimler* (véase la nota 119 *supra*), párrs. 225 a 231 y 236 (mayoría).

¹⁹⁴ *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 33, párrs. 25 y 26.

2. CLÁUSULAS EN ACUERDOS CELEBRADOS DESPUÉS DE LA DECISIÓN SOBRE EL CASO *MAFFEZINI*

203. Desde la decisión sobre el caso *Maffezini*, se han celebrado diversos acuerdos de inversión que incluyen disposiciones NMF. Por regla general, se clasifican en tres categorías.

204. En primer lugar, hay acuerdos que excluyen explícitamente la aplicación del caso *Maffezini*. A tal fin, se hace referencia expresa a la decisión¹⁹⁸ o se prevé que las disposiciones sobre solución de controversias queden fuera del alcance de la disposición NMF¹⁹⁹. En general, no parece que se proceda incluyéndola en la lista de las excepciones a la aplicación del trato NMF.

205. En segundo lugar, hay acuerdos que incluyen expresamente las disposiciones sobre solución de controversias dentro del alcance de la cláusula NMF²⁰⁰.

206. En tercer lugar se encuentran los acuerdos que no mencionan si las disposiciones sobre solución de controversias están incluidas en el alcance de la cláusula NMF. Algunos definen el alcance de la aplicación de la cláusula NMF en el sentido de que se aplica al «establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones en su territorio». Sin embargo, como se señaló anteriormente, algunos tribunales han interpretado que tal disposición no incluye la solución de controversias, mientras que otros han entendido que sí lo hace.

207. El Grupo de Estudio ha observado que la cuestión del trato NMF y las disposiciones sobre solución de controversias no ha animado a los Estados ni a hacer más clara la redacción de los acuerdos en vigor para que excluyan la solución de controversias ni a negociar nuevos acuerdos que excluyan su aplicación. De hecho, la mayor parte de los acuerdos nuevos tiende a ignorar la cuestión. Para ello hay al menos tres explicaciones posibles.

208. En primer lugar, la renegociación de los acuerdos vigentes es un proceso largo y complejo y puede que los Estados no le den mucha prioridad en su agenda de celebración de tratados o que les preocupe que se reabran otras cuestiones del tratado.

209. En segundo lugar, puede que a los Estados les preocupe que los tribunales interpreten el cambio en la formulación de sus nuevos acuerdos para impedir la aplicación del trato NMF a la solución de controversias como una señal de que sus acuerdos vigentes abarcan en realidad la solución de controversias.

¹⁹⁸ Borrador de Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos de América (28 de enero de 2004); puede consultarse en: www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind_s.asp.

¹⁹⁹ Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Berna el 17 de mayo de 2006; puede consultarse en: <https://investmentpolicy.unctad.org>, *International Investment Agreements*.

²⁰⁰ Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón, hecho en la Ciudad de México el 17 de septiembre de 2004; puede consultarse en: www.sice.oas.org/Trade/MEX_JPN_s/Agreement_s.pdf; el Reino Unido no ha cambiado su modelo de TBI (véase la nota 166 *supra*), que aplica la nación más favorecida a la solución de controversias.

210. En tercer lugar, puede que los Estados opinen que en la práctica, tal y como se ha indicado anteriormente, se han aplicado las disposiciones NMF a la solución de controversias solo en el caso de las cláusulas NMF formuladas de manera general y que sus disposiciones NMF no tienen tal formulación.

211. En cualquier caso, el Grupo de Estudio concluyó que las pautas aquí presentadas de formulación que puede ser interpretada en el sentido de que incluye las disposiciones sobre solución de controversias dentro del ámbito de aplicación del trato NMF, así como los ejemplos de acuerdos en los que los gobiernos lo han excluido explícitamente, pueden ayudar a los Estados a examinar cómo se pueden interpretar sus acuerdos de inversión y qué pueden tener en cuenta cuando negocien nuevos acuerdos.

V. Resumen de las conclusiones

212. Las cláusulas NMF mantienen intacto su carácter desde el momento en que se concluyó el proyecto de artículos de 1978. Las disposiciones fundamentales del proyecto de artículos de 1978 siguen constituyendo la base para la interpretación y la aplicación de las cláusulas NMF en la actualidad. No obstante, no resuelven todas las cuestiones interpretativas que pueden surgir con las cláusulas NMF.

213. La interpretación de las cláusulas NMF debe llevarse a cabo tomando como base las normas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena de 1969.

214. La cuestión interpretativa central respecto de las cláusulas NMF guarda relación con el alcance de la cláusula y la aplicación del principio *ejusdem generis*. Es decir, el alcance y la naturaleza del beneficio que puede obtenerse de acuerdo con una disposición NMF dependen de la interpretación de la propia disposición NMF.

215. Con la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones sobre solución de controversias en el arbitraje sobre tratados de inversión, en contraposición a su limitación a las obligaciones sustantivas, se introdujo una nueva dimensión en la reflexión acerca de las disposiciones NMF y quizás las consecuencias que no habían previsto las partes cuando negociaron sus acuerdos de inversión. Con todo, sigue tratándose de una cuestión de interpretación de los tratados.

216. En última instancia, depende de los Estados que negocian las cláusulas NMF si estas han de abarcar las disposiciones sobre solución de las controversias. La redacción explícita puede asegurar que una disposición NMF se aplique o no se aplique a las disposiciones sobre solución de controversias. De otro modo, corresponderá a los tribunales de solución de controversias interpretar las cláusulas NMF caso por caso.

217. Las técnicas de interpretación analizadas por el Grupo de Estudio en este informe están concebidas para asistir en la interpretación y la aplicación de las disposiciones NMF.