

## Capítulo IV

### LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

#### A. Introducción

32. En su 60.º período de sesiones (2008), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «La cláusula de la nación más favorecida» (cláusula NMF) y, en su 61.º período de sesiones, decidió establecer un Grupo de Estudio sobre el tema<sup>9</sup>.

33. El Grupo de Estudio, presidido conjuntamente por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera, se estableció en el 61.º período de sesiones (2009)<sup>10</sup> y se volvió a constituir en los períodos de sesiones 62.º (2010) y 63.º (2011) bajo la misma presidencia conjunta<sup>11</sup>. En sus períodos de sesiones 64.º (2012), 65.º (2013) y 66.º (2014), la Comisión volvió a constituir el Grupo de Estudio bajo la presidencia del Sr. Donald M. McRae<sup>12</sup>. En los períodos de sesiones de 2013 y 2014, en ausencia del Sr. McRae, el Sr. Mathias Forteau desempeñó las funciones de Presidente.

#### B. Examen del tema en el actual período de sesiones

34. El 12 de mayo de 2015, en la 3249.ª sesión del actual período de sesiones, la Comisión volvió a constituir el

<sup>9</sup> En su 2997.ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2008 (véase *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), párr. 354). Para una sinopsis del tema, véase *ibíd.*, anexo II. En el párrafo 6 de su resolución 63/123, de 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General tomó nota de la decisión.

<sup>10</sup> En su 3029.ª sesión, el 31 de julio de 2009, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los Copresidentes del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida (véase *Anuario... 2009*, vol. II (segunda parte), párrs. 211 a 216). El Grupo de Estudio examinó, entre otras cosas, un marco que serviría de guía para la labor futura y acordó un plan de trabajo que incluía la preparación de documentos con el objetivo de aclarar en mayor medida cuestiones relativas, en particular, al alcance de las cláusulas NMF y a su interpretación y aplicación.

<sup>11</sup> En su 3071.ª sesión, el 30 de julio de 2010, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los Copresidentes del Grupo de Estudio (véase *Anuario... 2010*, vol. II (segunda parte), párrs. 359 a 373). El Grupo de Estudio consideró y examinó los diversos documentos preparados sobre la base del marco de 2009 que serviría como guía para la labor futura y acordó un programa de trabajo para 2010. En su 3119.ª sesión, el 8 de agosto de 2011, la Comisión tomó nota del informe oral de los Copresidentes del Grupo de Estudio (*Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), párrs. 348 a 362). El Grupo de Estudio consideró y examinó otros documentos preparados sobre la base del marco de 2009.

<sup>12</sup> En su 3151.ª sesión, el 27 de julio de 2012, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por el Presidente del Grupo de Estudio (*Anuario... 2012*, vol. II (segunda parte), párrs. 244 a 265). El Grupo de Estudio consideró y examinó los diversos documentos preparados sobre la base del marco de 2009. En su 3189.ª sesión, el 31 de julio de 2013, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Estudio (*Anuario... 2013*, vol. II (segunda parte), párrs. 154 a 164). El Grupo de Estudio siguió considerando y examinando otros documentos. También examinó la jurisprudencia y la práctica actual relevantes para la interpretación de las cláusulas NMF. En su 3231.ª sesión, el 25 de julio de 2014, la Comisión tomó nota del informe oral sobre la labor del Grupo de Estudio (*Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte), párrs. 254 a 262). El Grupo de Estudio llevó a cabo un examen sustantivo y técnico del proyecto de informe final con miras a preparar un nuevo proyecto que acordase dicho Grupo.

Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida bajo la presidencia del Sr. Donald M. McRae.

35. El Grupo de Estudio celebró dos reuniones, los días 12 de mayo y 16 de julio de 2015, en las que llevó a cabo y finalizó un examen sustantivo y técnico del proyecto de informe final. En total, desde su establecimiento en 2009, el Grupo de Estudio ha celebrado 24 reuniones.

36. La Comisión recibió y examinó el informe final del Grupo de Estudio en sus sesiones 3264.ª y 3277.ª, celebradas los días 6 y 23 de julio de 2015, respectivamente. El informe final figura como anexo al presente informe. La Comisión señala que el informe final está dividido en cinco partes. En la primera parte se abordan los antecedentes, incluidos los orígenes y el propósito de la labor del Grupo de Estudio, se examina la labor previa de la Comisión en relación con el proyecto de artículos de 1978 sobre la cláusula de la nación más favorecida<sup>13</sup> y la evolución posterior a la conclusión del proyecto de artículos de 1978, en particular en el ámbito de las inversiones, y se analizan las disposiciones NMF por otros órganos, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). El propósito general del Grupo de Estudio no ha sido revisar el proyecto de artículos de 1978 ni elaborar un nuevo proyecto de artículos.

37. En la segunda parte del informe se aborda la pertinencia actual de las cláusulas NMF y las cuestiones relacionadas con su interpretación, también en el contexto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), otros acuerdos de comercio y los tratados de inversión. Se examinan además los tipos de disposiciones NMF en los tratados bilaterales de inversión (TBI) y se destacan las cuestiones interpretativas que se han planteado en relación con las disposiciones NMF en los TBI, a saber: *a)* la definición del beneficiario de una cláusula NMF; *b)* la definición del trato necesario; y *c)* la determinación del alcance de la cláusula NMF.

38. En la tercera parte se analizan: *a)* las consideraciones de política en materia de inversión relacionadas con la interpretación de los acuerdos de inversión, teniendo en cuenta la asimetría en las negociaciones de los TBI y la especificidad de cada tratado; *b)* las consecuencias del arbitraje en la solución de controversias en materia de inversiones como «arbitraje mixto»; y *c)* la relevancia contemporánea del proyecto de artículos de 1978 para la interpretación de las disposiciones NMF.

<sup>13</sup> *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), párr. 74.

39. El objetivo de la cuarta parte es ofrecer guías para la interpretación de las cláusulas NMF, estableciendo un marco para aplicar adecuadamente los principios de la interpretación de los tratados a las cláusulas NMF. Se analizan los diferentes enfoques adoptados en la jurisprudencia con respecto a la interpretación de las disposiciones NMF en los acuerdos de inversión, abordando, en particular, las tres cuestiones centrales siguientes: *a)* ¿son las disposiciones NMF susceptibles de ser aplicadas, en principio, a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversión?; *b)* ¿afectan a la jurisdicción de un tribunal las condiciones fijadas en los TBI respecto a qué disposiciones de solución de controversias pueden ser invocadas por los inversores?; *c)* al determinar si una disposición NMF de un TBI se aplica a las condiciones para invocar la solución de controversias, ¿qué factores son relevantes en el proceso de interpretación? En esa parte también se examinan las diversas maneras en que los Estados han reaccionado en su práctica convencional ante la decisión en el caso *Maffezini*<sup>14</sup>, entre otras formas: *a)* declarando específicamente que la cláusula NMF no es aplicable a las disposiciones relativas a la solución de controversias; *b)* declarando específicamente que la cláusula NMF es aplicable a las disposiciones relativas a la solución de controversias; o *c)* enumerando específicamente los ámbitos en que la cláusula NMF es de aplicación.

40. En la quinta parte del informe figuran las conclusiones alcanzadas por el Grupo de Estudio, en las que se destaca, en particular, la importancia y pertinencia de la Convención de Viena de 1969 como punto de partida para la interpretación de los tratados de inversión. 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.

41. En su 3277.<sup>a</sup> sesión, el 23 de julio de 2015, la Comisión acogió con beneplácito el informe final sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Estudio. La Comisión señaló el informe final a la atención de la Asamblea General y alentó a que se le diese una difusión lo más amplia posible.

42. En la misma sesión, la Comisión aprobó las siguientes conclusiones resumidas:

*a)* La Comisión señala que 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

<sup>14</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España*, decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (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>.

obstante, no resuelven todas las cuestiones interpretativas que pueden surgir con las cláusulas NMF.

*b)* La Comisión subraya la importancia y la pertinencia de la Convención de Viena de 1969 como punto de partida para la interpretación de los tratados de inversión. 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.

*c)* 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.

*d)* Con la aplicación de las cláusulas NMF a las disposiciones relativas a la solución de controversias en el arbitraje sobre tratados de inversión, en lugar de limitarlas 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.

*e)* En última instancia, depende de los Estados que negocian las cláusulas NMF si estas han de abarcar las disposiciones sobre solución de controversias. Una formulación 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.

43. La Comisión desea destacar que las técnicas de interpretación analizadas por el Grupo de Estudio en el informe están concebidas para asistir en la interpretación y la aplicación de las disposiciones NMF.

### C. Reconocimiento al Grupo de Estudio y a su Presidente

44. En su 3277.<sup>a</sup> sesión, el 23 de julio de 2015, la Comisión aprobó por aclamación la siguiente resolución:

*La Comisión de Derecho Internacional,*

*Habiendo acogido con beneplácito el informe del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida,*

*Expresa al Grupo de Estudio y a su Presidente, el Sr. Donald M. McRae, su profundo agradecimiento y calurosa felicitación por la notable contribución realizada en la preparación del informe sobre la cláusula de la nación más favorecida y por los resultados alcanzados por el Grupo de Estudio,*

*Recuerda con agradecimiento la contribución del Sr. A. Rohan Perera, que fue Copresidente del Grupo de Estudio entre 2009 y 2011, así como la del Sr. Mathias Forteau, que desempeñó las funciones de Presidente en ausencia del Sr. McRae durante los períodos de sesiones de 2013 y 2014.*