

Italo Carrano Tarrillo^(*) y Gonzalo Bonifaz^(**)

Los alcances de la **cláusula de la nación más favorecida** en los acuerdos de inversión

«SI DOS ESTADOS («A» Y «B») CELEBRAN UN ACUERDO EN DONDE ESTABLECEN LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y POSTERIORMENTE, O YA DE MANERA PREVIA, EL ESTADO «A» CELEBRA UN TRATADO A TRAVÉS DEL CUAL OTORGA A «X» UNA SERIE DE BENEFICIOS QUE NO HABÍAN SIDO CONTEMPLADOS EN EL ACUERDO ENTRE «A» Y «B», ENTONCES «B» (O LOS BENEFICIARIOS PREVISTOS) PODRÁ RECLAMARLE A «A» LOS BENEFICIOS»

1. Introducción

El estudio de la cláusula de la nación más favorecida (en adelante, «la cláusula») es una materia apasionante no solo por la riqueza misma de la institución jurídica, sino porque se nos muestra como algo de gran actualidad que involucra el trabajo tanto del sector público como privado de cada país ya que está en el corazón de los actuales, y cada vez más complejos, tratados en materia de libre comercio e inversión que condicionan el avance económico de los países⁽¹⁾.

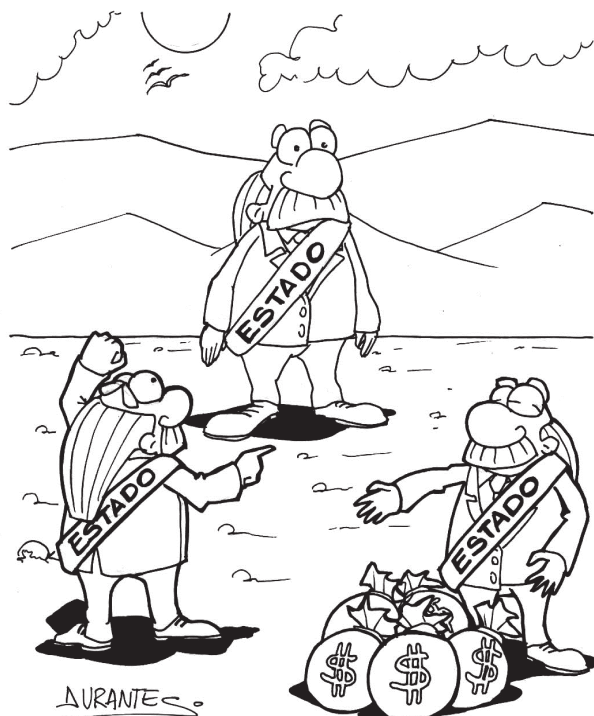
En ese sentido, pretender que los estados constituyen parcelas con un desarrollo autárquico resulta algo insostenible, más aun hoy en día cuando el fenómeno de la globalización nos hace cada vez más interdependientes y nos obliga a ver nuevas alternativas de mercados (ya sea como receptores o exportadores de inversión).

Al revisar la bibliografía sobre la cláusula de la nación más favorecida, encontramos que esta es muy abundante. Sin embargo, su aplicación

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) Diplomático.

(1) Ante la pregunta de porqué se le debe prestar una atención especial a la cláusula hoy en día, Labidi responde que «c'est tout simplement parce que cette clause a subi une mutation au fil du temps, de sorte que d'un instrument de libéralisation des investissements, elle s'est transformée en une arme massive menaçant le bilatéralisme, voire carrément la souveraineté des États». LABIDI, Hind. *Où va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements?* En: HORCHANI, F. (compilador). *Où va le droit de l'investissement?* Paris: Pedone, 2006. p. 32.



«LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MAS FAVORECIDA TIENE COMO RAZÓN DE SER EL OTORGAMIENTO DEL TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA. EN ESE SENTIDO, A ESTAS DOS INSTITUCIONES JURÍDICAS, POR MUY VINCULADAS QUE SE ENCUENTREN, NO SE LES PUEDE CONSIDERAR COMO UNA SOLA»

en el campo de la inversión extranjera es un terreno poco explorado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, por lo menos hasta entrada la década del noventa.

Durante la última década, los tribunales arbitrales bajo el marco del Convenio del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, «CIADI») han tenido que resolver controversias cuyo epicentro recaía precisamente en los alcances de la cláusula. Por ello, no nos equivocaremos cuando afirmamos que todavía queda mucho por andar, ya que estos laudos han sido objeto de múltiples críticas tanto por parte de diferentes autoridades en la materia como por los propios tribunales al fundamentar sus decisiones.

En ese sentido, ante el surgimiento de controversias derivadas de acuerdos de inversión, tanto los inversionistas como los estados receptores de estos se han visto en la necesidad de establecer estrategias de defensa sin que pudieran saber -o, al menos, tener- una relativa aproximación sobre el posible resultado al que podrían llegar los tribunales respecto al tratamiento de la cláusula de la nación más favorecida.

Esta situación no puede ser pasada por alto, ya que tiene un impacto directo en el clima para atraer la inversión

extranjera que un país puede ofrecer (riesgo país). Por otro lado, los costos en los cuales se incurre para resolver estas controversias son cuantiosos para ambas partes y, si existiera un marco claro respecto de los alcances de la aplicación de la cláusula, estos podrían fácilmente evitarse beneficiando con ello a todas las partes involucradas.

Sin agotar la discusión sobre la materia, este artículo pretende ser una introducción al estado de la cuestión en el devenir del tratamiento de la cláusula de la nación más favorecida. En ese sentido, hemos seleccionado aquellos puntos que han sido objeto de mayor discusión a fin de darles un tratamiento sistemático en donde luego de abordar los elementos teóricos resumiremos la problemática y compararemos los distintos puntos de vista a fin de poder presentar nuestras propias conclusiones.

Nuestra hipótesis parte de la premisa de que no es posible dar una solución única y

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

general respecto de los alcances de la cláusula de la nación más favorecida, ya que esta dependerá de la forma en que haya sido elaborada por los estados en la redacción de cada uno de los acuerdos de inversión que hayan celebrado. Sin embargo, sí existen determinados elementos que nos permitirán acercarnos a la institución con el propósito de definirla en cuanto a su contenido, límites y alcances.

2. Los orígenes de la cláusula de la nación más favorecida

Debemos comenzar advirtiendo que no pretenderemos desarrollar al detalle la evolución histórica de los orígenes de la cláusula, sino tan solo describir las principales etapas que marcaron su evolución para, a partir de ello, trazar aquellos rasgos o elementos esenciales que la identifican tal como hoy en día la conocemos.

Podemos señalar que la institución de la cláusula de la nación más favorecida tiene sus orígenes en el Derecho Internacional Clásico, aunque esta se encontraba principalmente vinculada al comercio, la navegación, la regulación del tratamiento de los extranjeros y los asuntos consulares. Será a partir del desarrollo que tenga en estas materias que la cláusula comenzará a expandirse, pasando también a abarcar otras actividades, y a ser utilizada de

manera regular por los diferentes estados en su política exterior⁽²⁾.

Sin embargo, pretender establecer que la aparición de la cláusula de la nación más favorecida en el Derecho internacional se deba a un acto o un tratado en específico resulta bastante aventurado, ya que no existe un consenso al respecto⁽³⁾. Por el contrario, lo que se podrá encontrar son elementos que permitirán ir perfilando su contenido hasta alcanzar su actual forma.

Si bien la cláusula de la nación más favorecida para el tratamiento de las inversiones encuentra sus orígenes en el desarrollo del comercio⁽⁴⁾, esta primera va a tomar características propias debido a la especificidad de la materia que abordará. En ese sentido, podremos encontrar en el estudio de los orígenes de la cláusula respecto del comercio los elementos que permitirán su expansión a la regulación de la inversión extranjera, pero, hoy en día, no se puede afirmar que estas reciban el mismo tratamiento⁽⁵⁾.

- (2) «Les origines de la clause de la nation la plus favorisée remontent à une époque très lointaine. Les auteurs ont cherché, avec beaucoup de zèle, à établir le premier précédent de la clause. On pourrait dire qu'elle est antérieure à la conception même du traité de commerce». NOLDE, Boris. *La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels*. Tomo XXIX. Recueil des Cours, 1932. p. 24. Por su parte, Schawzenberger señala que los orígenes de la cláusula pueden ser rastreados hasta la época del Imperio Romano. SCHAWZENBERGER, George. *The most favoured nation standard in British State practice*. En: *British Year Book of International Law*. Número 22, 1945. p. 97.
- (3) HORNBECK, Stanley. *The most favoured nation clause: History*. En: *America Journal of International Law*, 1909. p. 395.; CASTELLS, Adolfo. *La cláusula de la nación más favorecida en las relaciones comerciales desarrollo-subdesarrollo*. Paris: RI, 1974. p. 15.
- (4) «Therefore, this typical standard of international trade law is now common in international investment law. This is mainly due to the increasing importance of foreign investment in the process of global economy integration; to the growing complementarity between trade and investment; to the changing geographic pattern of foreign investment flows; to the increasing competition among governments to attract foreign investment; and to the need to enhance the predictability, coherence and transparency of the international legal framework for foreign investment». ACCONCI, Pia. *The most favoured treatment and international law on foreign investment* (disponible en: www.ila-hq.org/pdf).
- (5) UNCTAD. *Series on issues in international investment agreements: Most favoured nation clause*. UNCTAD/ITE/IIT/10. Volumen III. Ginebra, 1999. p. 13.; «Or, ni le contexte, ni l'objet, ni le but des traits d'investissement ne sont communs avec ceux des accords O.M.C. Seule similitude: ces traits poursuivent une fonction de libéralisation, des échanges pour les uns, des investissements pour les autres». CRÉPET, Claire. *Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international*. En: LEBEN, Charles (compilador). *Le contentieux arbitrale transnational relatif à l'investissement*. Paris: Anthemis, 2006. p. 112.

En materia de comercio, la cláusula de la nación más favorecida tiene dos caras que vamos encontrar a lo largo de su evolución y que no resultarán excluyentes. Por un lado, la cláusula se constituye como una herramienta económica, ya que trata de evitar cualquier tipo de discriminación entre los estados al momento de comerciar; mientras que, del otro lado, resulta un instrumento político (la defensa del liberalismo comercial, aunque ello matizado por las condiciones de poder de los estados en función a sus verdaderas dimensiones)⁽⁶⁾.

Los primeros antecedentes de la cláusula de la nación más favorecida los podemos encontrar, siguiendo a Nolde, en los privilegios concedidos por el emperador Enrique III a la ciudad de Mantoue en 1055, en los que les garantizó el uso de las costumbres más beneficiosas que hubieren sido otorgados a otras ciudades⁽⁷⁾. Por su parte, Hornbeck, señala al tratado del 8 de noviembre de 1226 a través del cual el emperador Federico II concede a la ciudad de Marsella los privilegios que previamente les había otorgado a los ciudadanos de Pisa y Génova⁽⁸⁾.

Para la UNCTAD, el primer ejemplo del establecimiento de la cláusula de la nación más favorecida se puede encontrar en el tratado de intercambio mercantil celebrado entre el rey Enrique V (por Inglaterra) y el duque de Burgundy (por Flandes) el 17 de agosto de 1417. A través de este tratado se acordó que los navíos ingleses podrían utilizar los puertos de Flandes de la misma manera que los franceses, alemanes y escoceses⁽⁹⁾.

De los ejemplos expuestos, podemos observar que la cláusula de la nación más favorecida se presentaba de manera unilateral y se restringía a determinados beneficios

que hubieran o fueran concedidos a tercero (dependía de las materias o la actividad). Además, esta se limitaba a determinadas ciudades⁽¹⁰⁾ o estados, teniendo, para ello, el juego político una gran relevancia en función a la influencia que se pretendía ejercer.

Empero, no será sino hasta que las prácticas comerciales se vayan extendiendo a partir de los siglos XV y XVI, y con ello la celebración de tratados para regularlas, que la cláusula cobrará una mayor relevancia, ya que los estados tratarán de evitar que se les discrimine incorporándola en estos tratados. De este modo, la cláusula de la nación más favorecida comenzó a estandarizarse en la práctica internacional, aunque con determinados matices en cuanto a su aplicación y alcances.

Resulta interesante analizar cómo los estados se fueron adaptando a la cláusula de la nación más favorecida así como entendiéndolos sus efectos. Recordemos para ello que esta era un instrumento de los estados que ejercían una política en favor del libre comercio (como en el caso de Inglaterra) o de aquellos que, siendo muy proteccionistas, igualmente les interesaba poder exportar sus productos (como la Unión Soviética)⁽¹¹⁾. Sin embargo, para otros estados con políticas más de

(6) HORNBECK, Stanley. *Op. cit.*; p. 398. El autor, siguiendo a Cavaretta, señala que «that in its first appearance, it was due to political rather than economic exigencies, although these were of course closely allied with elements of an economic character». Sin embargo, Visser encuentra que «the principal cause for its extensive use in the economic necessity which forced each state, in the clash of international commercial competition, to guard against falling into a position of disadvantage».

(7) NOLDE, Boris. *Op. cit.*; p. 25.

(8) HORNBECK, Stanley. *Op. cit.*; pp. 398 y 399.

(9) UNCTAD. *Series on issues in international investment agreements. Most Favoured Nation Clause. Op. cit.*; p. 17.

(10) Ello se explica en atención al estado de evolución del Derecho Internacional en materia de subjetividad internacional

(11) Para ver la práctica seguida por la Unión Soviética se puede consultar KOROVIN, Eugene. *Soviet treaties and international law*. En: *American Journal of International Law*, 1928. pp. 753-763.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

corte aislacionista la idea de la cláusula resultaba, por decir lo menos, poco comprensible (como sucedió con Japón)⁽¹²⁾. Asimismo, la historia de la cláusula de la nación más favorecida demuestra como al ser un instrumento de las potencias estas se aprovecharon de su condición para imponérselas a otros estados. Pensemos, por ejemplo, en el régimen de capitulaciones y el uso unilateral que se estableció de la cláusula frente a los estados vencidos o para regímenes poscoloniales (como veremos más adelante).

Sin embargo, el verdadero auge de la cláusula no se dio sino hasta finales del siglo XVIII, y de manera particular en los siglos XIX y XX. Aunque ello no signifique negar que también tuviera sus momentos críticos, particularmente como producto de los regímenes nacionalistas y las consecuentes guerras que provocaron⁽¹³⁾.

De este modo, la cláusula de la nación más favorecida resultó ser el producto natural del incremento de la actividad comercial y en los momentos que aparecía una posición contraria a este, la cláusula era dejada de lado. No obstante, debido a la importancia que los estados le reconocían para sus políticas comerciales esta era nuevamente retomada o lo que equivale a decir que los estados nunca pudieron abandonarla del todo⁽¹⁴⁾.

No obstante las dificultades que se presentaban para la consolidación de la cláusula de la nación más favorecida, coincidimos con Schawrzenberger al señalar que «the types,

formulation and scope of the m.f.n. standard have varied in eight hundred years of history. Yet what is remarkable is not the fact of such fluctuations, but the constant character of the m.f.n. standard. Its permanent use suggests that there is something basic in this international pattern of conduct. It indicates that the m.f.n. standard answers to constant needs of international society, and it suggests that the functions fulfilled by the Standard are not essentially affected by the peculiarities of time and place or by differences in social and economic systems»⁽¹⁵⁾.

En el siglo XX, podemos destacar etapas que darán paso a la consolidación de la cláusula de la nación más favorecida y a su incorporación al régimen del tratamiento de la inversión extranjera. El primer esfuerzo se encuentra en los trabajos realizados bajo el amparo de la Sociedad de Naciones luego de la Primera Guerra Mundial, en cuyo seno surgirían importantes iniciativas, aunque por momentos contradictorias, por intentar regular la cláusula. Cabe señalar que el famoso discurso de los Catorce Puntos del presidente Woodrow Wilson ante el Congreso de los Estados Unidos el 8 de enero de 1918 tuvo una importante influencia

(12) Murase nos ofrece un claro ejemplo de cómo en el caso de Japón, este país al momento de celebrar sus primeros acuerdos comerciales entre 1858 y 1869 desconocía los alcances de la cláusula de la nación más favorecida. Así, el autor señala que «indeed the road was tortuous. It took the Japanese twenty years really to understand the grave consequences of the unilateral MFN clauses inserted in the first treaties with the powerful states». MURASE, Shinya. *The most favoured nation treatment in Japan's treaty practice during the period 1854-1905*. En: *American Journal of International Law*, 1976 p. 273-297.; SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 525.

(13) Como señala Nolde «la clause de la nation la plus favorisée appliquée aux tarif de douane ne triomphe définitivement que dans les traites de commerce du XIX siècle. Ce triomphe est alors définitif. La clause se transforme presque en une clause de style de l'énorme majorité des conventions commerciales». NOLDE, Boris. *Op. cit.*; p. 28.; LEAGUE OF NATIONS. *Report adopted by the Sub-Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*. Genova, 1927. p. 150.; Para Anzilotti la verdadera cláusula de la nación más favorecida se encuentra en los tratados celebrados a fines del siglo XVII y en los primeros años del siglo XVIII, extendiéndose notablemente en adelante. ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de Derecho Internacional*. Tomo I. Madrid, 1935. p. 381.

(14) SCHAWRZENBERGER, George. *Op. cit.*; p. 98.

(15) *Ibid.*

para la Sociedad de Naciones al abordar el tema de la cláusula de la nación más favorecida, ya que el punto tercero pretendía establecer la eliminación de cualquier traba al libre comercio favoreciendo con ello el establecimiento de la cláusula en los futuros tratados comerciales⁽¹⁶⁾.

Por un lado, se encuentra el trabajo realizado por el Comité de Comercio (bajo la presidencia de M. Colijn), cuyas conclusiones quedaron plasmadas en la Conferencia Económica Internacional organizada bajo el auspicio de la Sociedad de Naciones en Ginebra en 1927⁽¹⁷⁾. En el informe se estableció que «1. La Conférence estime que l'octroi du traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée, en ce qui concerne les droits de douane et les conditions de commerce, constitue un élément essentiel du développement libre et normal des échanges, entre les Etats [...] 2. Tout en reconnaissant qu'il appartient à chaque Etat de décider dans quel cas et dans quelle mesure cette garantie fondamentale doit être insérée dans traites déterminés, la Conférence recommande instamment que la portée et la forme de la clause de la nation la plus favorisée soient du caractère le plus large et le plus libéral et que cette clause ne soit ni affaiblie ni restreinte, soit par des dispositions expresses, soit par voie d'interprétation. 3. La Conférence recommande que le Conseil de la Société des Nations charge l'organisation économique, en relation avec l'enquête prévue aux recommandations précédentes, de procéder à toutes délibérations, consultations et enquêtes nécessaires, à l'effet de proposer les mesures les plus appropriées qui permettraient [...] l'établissement pour tous

les pays de principes claires et uniformes relatifs à la portée de la clause de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les droits de douane et les autres charges».

Por otro lado, el Comité de Expertos para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional, luego de encargar a los relatores Wickkershaw y Barbosa de Magalhaes responder a la pregunta de si era posible y en qué grado alcanzar un acuerdo internacional concerniente a la definición e interpretación de los efectos de la cláusula de la nación más favorecida, encontró que «that international regulation of these questions by way of a general convention, even if desirable, would encounter serious obstacles. The Committee has therefore considered that the above question should not be placed on its provisional list»⁽¹⁸⁾.

El segundo esfuerzo para la consolidación de la cláusula de la nación más favorecida surgiría después de la Segunda Guerra Mundial y, de manera concreta, en los trabajos de las Naciones Unidas y de los foros económicos internacionales que participaron en la creación del General Agreement on Tariff and Trade (GATT)⁽¹⁹⁾, el

(16) «The removal, so far as possible, of all economic barriers and the establishment of an equality of trade conditions among all the nations consenting to the peace and associating themselves for its maintenance».

(17) RUNCIMAN, Leslie. *The World Economic Conference at Geneva*. En: *The Economical Journal*, 1927. pp. 465-472.

(18) LEAGUE OF NATIONS. *Report adopted by the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law at its third session*. Genova, 1927. p. 133. En el reporte, el relator Wickkershaw señaló que «it would not seem either necessary or desirable even if it were practicable to endeavour to frame a code provision to govern the case. The ordinary rules of judicial interpretation would seem adequate and more desirable». Sin embargo, Barbosa de Magalhaes, de manera contraria, sostuvo que «however, could not find in the report any justification for this conclusion, and on the contrary considered that the ordinary rules of judicial interpretation did not suffice to prevent disputes between contracting States; that it was desirable to frame supplementary provisions in a general international convention, and that, as there were no insuperable obstacles, it was possible to do so. He therefore proposed that the subject should not be dropped and that they should ask the opinion of the Governments...the rules which he believed could be framed would not be of a binding character, but supplementary. They would be rules to assist in the interpretation and application of the clause».

(19) El artículo primero del GATT (cuyo origen se encuentra en el artículo 16 de la Carta de la Habana de 1948) señala que «con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

General Agreement on Trade and Services (GATS)⁽²⁰⁾ y, finalmente, del Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs) al reconocer las implicancias que tiene el comercio sobre la inversión, y viceversa.

En esta etapa, cabe destacar que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas se propuso intentar regular la cláusula de la nación más favorecida a través de un tratado modelo⁽²¹⁾. Sin embargo, el referido proyecto de tratado nunca se llegó a celebrar debido al desacuerdo de los estados (particularmente, respecto a las excepciones que se podían presentar a la cláusula)⁽²²⁾. El texto tan solo pasó, a través de la decisión 46/416 del 9 de diciembre de 1991, como una recomendación de la Asamblea General a fin de constituir una guía de actuación para los estados.

Asimismo, durante el proceso de codificación que paralelamente la Comisión hacía sobre el derecho de los tratados, que desembocó en la Convención de Viena de 1969, el tema de los efectos y alcances de la cláusula de la nación más favorecida fueron nuevamente discutidos pero, como veremos más adelante, se acordó no abordarlos por considerar que estos superaban el marco de la Convención.

El tercer gran hito para la consolidación de la cláusula de la nación más favorecida se ha dado paso a través de la celebración de acuerdos de inversión (en particular, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, conocidos como BIT por sus siglas en inglés). A pesar de que estos acuerdos se comenzaron a celebrar recién a partir de la década del cincuenta, rápidamente comenzaron a multiplicarse de manera exponencial (el denominado *baby boom*), dando paso con ello a la creación de una compleja red de derechos y obligaciones entre los diferentes estados que los han venido celebrando⁽²³⁾.

Con el mayor número de acuerdos de inversión que se han celebrado, también se han incrementado las controversias respecto a su interpretación y aplicación. En ese sentido, la UNCTAD ha señalado que «increases in international investment

importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, 'cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado'».

- (20) El artículo segundo del GATS establece que «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'».
- (21) INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the International Law Commission on the work of its nineteenth session (8 mayo-14 julio, 1967)*. En: *Year Book of International Law*. A/CN.4/199, 1967. p. 369.
- (22) DIEZ DE VELAZCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2005. p. 194.
- (23) «In the 1990s, one of the faster growing areas of international law emerged from the phenomenal proliferation of bilateral investment treaties (BIT). More than 1300 such treaties have been negotiated, involving more than 160 countries in every region of the world. By the mid-1990s, these treaties were being negotiated at the rate of one every other day». VANDELVELDE, Kenneth. *The Economics of Bilateral Investment Treaties*. En: *Harvard International Law Journal*. Número 41, 2000. p. 469.; Por su parte Vesel señala que «in the second half of the twentieth century, it was incorporated into the emerging field of international investment law, where it is has become a core element of international investment agreements and is included in most of the more than two thousand bilateral investment treaties (BIT) that comprise the field». VESEL, Scott. *Clearing a path through a tangled jurisprudence: Most favoured nation clauses and dispute settlement provisions in Bilateral Investment Treaties*. En: *Yale Journal of International Law*, 2007. p. 126.; «Rares sont les traités d'investissement dépourvus des clauses indirectes. La clause de la nation la plus favorisée est la plus répandue. Instrument de libéralisation par excellence, elle constitue souvent l'objet principal de ces traités». CREPET, Claire. *Op. cit.*; p. 109.

flows lead to more occasions for disputes, and more occasions for disputes combined with more IIAs are likely to lead to more cases. Second, with larger number of IIAs in place, more investor-State disputes are likely to involve an alleged violation of a treaty provision and more of them are likely to be within the ambit of a dispute settlement provision. Another reason may be the higher complexity of recent IIAs, and the regulatory difficulties in their proper implementation. Further, as new of large, successful claims spreads, more investors may be encouraged to utilize the investor-State dispute resolution mechanism»⁽²⁴⁾.

Se ha intentado esfuerzos del orden multilateral para tratar de regular el régimen de la inversión extranjera. Para ello, bajo el auspicio de los países de la OECD, se buscó elaborar un Modelo de Acuerdo de Inversiones (MAI) con el objetivo de otorgar una regulación uniforme a la materia. Sin embargo, al igual que otros intentos globales, esta propuesta no recibió mucha acogida por parte de los estados debido a la dificultad que significó homogeneizar en un solo texto las diversas concepciones e intereses que sobre la inversión extranjera existen en el mundo.

Por su parte, en el marco del sistema interamericano la Organización de Estados Americanos, teniendo presente la importancia de los alcances de la cláusula de la nación más favorecida, en particular en el marco de los acuerdos regionales de integración, también ha realizado diversos estudios sobre la cláusula. Así, el Comité Jurídico Interamericano a solicitud de la Asamblea General de la OEA efectuó diversos estudios sobre los alcances de la cláusula⁽²⁵⁾.

Finalmente, luego de analizar el proceso de gestación de la cláusula de la nación más favorecida podemos señalar que

está en constante evolución. Este fenómeno encuentra su origen en la propia actuación de los estados, a través de la celebración de nuevos acuerdos en materia de inversión, y en la labor que vienen realizando los tribunales, en particular los tribunales arbitrales bajo el marco de Convenio CIADI, sobre la materia tal como más adelante desarrollaremos.

3. El concepto de «cláusula de la nación más favorecida»

Pretender definir la «cláusula de la nación más favorecida» es una tarea que ha generado un amplio debate en la doctrina. Incluso, algunos autores han llegado a señalar que, debido a la variedad de formulas en que se presenta, resulta prácticamente imposible perfilar una definición general⁽²⁶⁾. En ese sentido, McNair considera que «although it is customary to speak of the most favoured nation clause, there are many forms of the clause, so that any attempt to generalize upon the meaning and effect of such clauses must be made, and accepted, with caution»⁽²⁷⁾.

No obstante reconocer esta dificultad a fin de intentar alcanzar una definición de la cláusula de la nación más favorecida, coincidimos con aquellos que afirman que es posible encontrar determinados elementos comunes que le permiten adquirir su propia identidad jurídica y, a

(24) UNCTAD. *Latest developments in Investor-State Dispute Settlement*. IIA Monitor. Número 4. UNCTAD/WB/ITE/IIT/2005/2, 2005.

(25) «...instar además al Comité a incluir en sus estudios la consideración del principio de la nación más favorecida y su aplicación en las Américas, y otras formas de favorecer a los países de menor desarrollo». Resolución AG/RES. 1328 (XXV-0-95).

(26) ANZILOTTI, Dionisio. *Op. cit.*; p. 383.

(27) MCNAIR. *The Law of Treaties*. Oxford: Clarendon Press, 1961. p. 273.; al respecto Labidi señala que «par conséquent, son domaine d'application s'avère sensiblement heterogene. En outre, la flexibilité se manifeste au sein même de la CNPF étant donne que la règle de la NPF n'est pas absolue, elle est fréquemment assortie d'une diversité de limites a l'automatité de son application». LABIDI, Hind. *Op. cit.*; p. 34.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

partir de estos, poder optar por una definición, la cual, por supuesto, será siempre perfectible, más aun reconociendo su carácter dinámico⁽²⁸⁾.

En ese sentido, nos remitiremos a la definición elaborada por la Comisión de Derecho Internacional al señalar, en el artículo 4 del proyecto de tratado sobre la cláusula de la nación más favorecida, que «a most-favoured-nation clause is a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations»⁽²⁹⁾.

Empezaremos por señalar que el nombre de «cláusula de la nación más favorecida» no es el término jurídico más apropiado con que se le puede denominar, aunque se entiende que este corresponde más a sus orígenes históricos. Por ejemplo, actualmente no correspondería hablar de «nación más favorecida» sino de «estado», ya que este es el sujeto titular del derecho conforme al Derecho Internacional Contemporáneo.

Tampoco resulta correcto referirse a la «nación más favorecida», ya que no necesariamente el tercer estado obtenga mayores beneficios de los que obtendría el Estado beneficiario. Ello, dependerá de lo previsto en cada uno de los tratados y los efectos que puedan generar sobre cada una de las partes.

Al respecto, la propia Comisión de Derecho Internacional ha señalado en sus comentarios al referido proyecto de artículos que «they refer to a 'nation' instead of a State and to 'most-favoured' nation, although the 'most-favoured' third State in question may in fact be less favoured than the beneficiary State. Nevertheless, the Commission has retained these expressions as they are those traditionally employed»⁽³⁰⁾.

(28) «No existe pues un concepto absolutamente uniforme de la cláusula, siendo la diversidad la principal característica de las fórmulas empleadas en la redacción de la cláusula...la diversidad en las fórmulas no es de un modo forzoso premisa para llegar a una conclusión negativa. Nos interesa afirmar [...] que no se puede dar un concepto riguroso, hermético, de la cláusula de la nación más favorecida pero esto no impide el formular un concepto jurídico amplio de la misma». TRIAS DE BES Y BORRAS, José María. *Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida*. En: *Memoria Escuela Diplomática*. Madrid, 1943. p. 4.

(29) INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*. Volumen II. Parte II, 1978. p. 18.

(30) *Ibid.*

(31) *Ibid.*; p. 26.

(32) La propuesta de modificación en el proyecto de artículo 32 establecía que «Lo dispuesto en el párrafo 1 no afectará a los derechos de los Estados que gozan del régimen de la nación más favorecida».

La obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida nace a partir del tratado base (en el cual se estipula la cláusula) y no en el tratado con el tercer estado, siendo este el que contendrá un supuesto de hecho que de verificarse dará paso a la activación de la cláusula. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional señaló que «the view that the third-party treaty (the treaty by which the granting State extends favours to a third State) is the origin of the rights of the beneficiary State (a State not party to the third-party treaty) runs counter to the rule embodied in article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention»⁽³¹⁾.

Este punto fue discutido durante la elaboración de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en particular por la insistencia de la posición de la URSS y de Hungría (secundadas por Checoslovaquia, Mongolia, Rumania y Afganistán), quienes, para evitar cualquier duda al respecto, plantearon la propuesta de insertar una disposición que hiciera referencia a que el artículo 32 del proyecto no afectaba los derechos de los estados procedentes del régimen de la cláusula de la nación más favorecida⁽³²⁾.

Los representantes de estos países señalaban que se planteaba «la cuestión de determinar si cabría interpretar el artículo 32 [del proyecto] como si estuviese dirigido contra los estados que gozan del trato de la nación más favorecida,

porque el trato de la nación más favorecida crea derechos para un tercer estado independientemente del consentimiento de las partes en el tratado, mientras que el artículo 32 subordina su consentimiento a la creación de tales derechos»⁽³³⁾.

Frente a estos argumentos, el representante del Japón expresó que la cuestión de la cláusula de la nación más favorecida excedía los límites del artículo 32 agregando que era cierto que «mediante la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida un tercer estado X aparentemente puede gozar de un derecho en virtud de un tratado celebrado entre otros dos estados A y B. Pero esta condición de beneficiario es más aparente que real, pues la ventaja otorgada al estado X no dimana del tratado por el que se establece efectivamente dicha ventaja, sino del acuerdo que contiene la cláusula de la nación más favorecida. Ese trato favorable se hace extensivo al estado X, simple tercer estado respecto del tratado, en virtud de una disposición contenida en el acuerdo concertado entre los estados A y X, y no en virtud del tratado celebrado entre los estados A y B. En realidad, el tratado celebrado entre los estados A y B no estipula que el trato de la nación más favorecida haya de hacerse extensivo al tercer estado X»⁽³⁴⁾.

El presidente de la Conferencia, luego de tomar en cuenta que la URSS y Hungría aceptaron retirar su propuesta de enmienda, al momento de someter a votación el proyecto de artículo expresó que esta se realizaba «en la inteligencia de que el párrafo 1 no menoscaba los intereses de los estados que gozan del régimen de la cláusula de la nación más favorecida»⁽³⁵⁾. Asimismo, la Comisión de Derecho Internacional manifestó de manera unánime la opinión de que el artículo 32 de la Convención no debía interpretarse como si afectase los derechos de los estados que gozan de la cláusula.

La cláusula de la nación más favorecida puede presentarse de manera positiva o negativa, e incluso se puede encontrar enunciada de ambas formas en un mismo tratado. Así, será positiva cuando ella señale que el estado otorgante le concederá al Estado beneficiario aquellos tratos más favorables que le conceda o le hubiere concedido a un tercer estado; mientras que será negativa cuando establezca que el estado beneficiario no podrá recibir un trato menos favorable que el que el estado otorgante le concede o le hubiere concedido a un tercer estado.

En cuanto al instrumento en que se incorpora la cláusula, esta puede contemplarse tanto en un tratado bilateral como en uno multilateral. Sin embargo, a diferencia de los primeros, en los multilaterales el Estado otorgante deberá extender a todos los estados beneficiarios que son parte del tratado base los beneficios que le hubiere concedido a un tercero a pesar de que a su vez ese tercero sea uno de los estados parte del tratado base.

Por otro lado, la cláusula de la nación más favorecida puede tener un carácter general o específico (limitado). Será general cuando esta abarque todo el contenido del tratado, y específica si se concede para determinados supuestos restringiéndose su alcance en virtud del territorio, tiempo o las materias de que trate⁽³⁶⁾.

(33) INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril al 22 de mayo de 1969, 14 sesión plenaria del 7 de mayo de 1969*, 1969. pp. 63 y 64. La posición de Suiza, Israel y Nueva Zelanda no obstante reconocer que el tratamiento de la cláusula de la nación más favorecida consideran que podría ser conveniente dejar constancia de la posición expresa por la Unión Soviética a fin de despejar cualquier duda al respecto.

(34) *Ibid.*; p. 65.

(35) El proyecto de texto fue aprobado por 100 votos a favor y ninguno en contra.

(36) «Most-favoured-nation clauses have been customarily categorized as 'general' or 'special' clauses. A 'general' clause means a clause which promises most-favoured nation treatment in all relations between the parties concerned, whereas a 'special' one refers to relations in certain limited areas». INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*. Volumen II. Parte II, 1978. p. 20.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

Un ejemplo de cláusula general que ha sido objeto de múltiples controversias respecto de sus alcances lo podemos encontrar en el Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre Argentina y España el cual en su artículo 4 establece que «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 país».

Por otro lado, un ejemplo de cláusula restringida ha sido prevista en el modelo de BIT de los Estados Unidos Unidos (2004) el cual establece que «each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory». En este caso, la cláusula de la nación más favorecida solo se aplicará a aquellas materias que han sido expresamente previstas (establecimiento, adquisición, expansión, gestión, conducción, operación, venta u otra disposición respecto de la inversión), mientras que aquellas que no lo han sido se encontrarán fuera de su alcance.

En ese sentido, podemos identificar los siguientes elementos que definen a la cláusula⁽³⁷⁾:

- a) Se trata de una estipulación contemplada en el marco de un tratado.
- b) Puede estar redactada de diversas maneras (positiva, negativa o de ambas maneras).
- c) Le serán aplicables las reglas concernientes al derecho de los tratados.
- d) Es el producto de la voluntad de dos (bilateral) o más (multilateral) estados parte.

e) La obligación tiene su punto de partida en el tratado base.

f) El objetivo de la cláusula es el conceder a un estado el «trato de la nación más favorecida».

g) La cláusula puede tener un alcance general o encontrarse restringida.

4. El principio de trato de nación más favorecida

La cláusula de la nación más favorecida tiene como razón de ser el otorgamiento del trato de la nación más favorecida. En ese sentido, a estas dos instituciones jurídicas, por muy vinculadas que se encuentren, no se les puede considerar como una sola debiendo cada una recibir un tratamiento particular a fin de poder comprenderlas en su verdadera dimensión.

Existen diferentes definiciones del trato de la nación más favorecida así que no pretenderemos presentar todas, sino tan solo aquellas que han implicado un esfuerzo conjunto tanto de especialistas como de los estados en el marco de negociaciones internacionales.

El Subcomité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional ha señalado que «most favoured nation treatment (...) is a promise that the inhabitants of the contracting parties shall be treated in the respects agreed to,

(37) Para algunos autores, estos serían: «a) ante todo, la característica fundamental de la cláusula es el de constituir una regla de derecho que garantiza un trato igualitario; b) Esta regla de derecho se fija generalmente, desde el punto de vista formal, por una estipulación entre dos países determinados en forma contractual o convencional; c) Esta regla de derecho da lugar a derechos y obligaciones entre las partes, que en realidad constituyen la finalidad práctica de la misma». TRIAS DE BES Y BORRAS, JOSÉ MARÍA. *Op. cit.*; p. 5.

in the territory of the other contracting party, no more unfavourably than any other foreigner»⁽³⁸⁾. Asimismo, para la actual Comisión de Derecho Internacional, el trato de la nación más favorecida es un trato «accorded by the granting State to the beneficiary State or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State»⁽³⁹⁾.

Como se puede apreciar, la posición de la Comisión de Derecho Internacional es más amplia, ya que no solo abarca el trato concedido en favor de un nacional del Estado beneficiario, sino que también se aplicará a los «bienes o cosas» (así, ya no serán únicamente los inversionistas quienes se verán beneficiados, sino también se podrán ver beneficiadas las inversiones como tales).

Por su parte, la UNCTAD considera que «the MFN standard means that a host country must extend to investors from one foreign country the same treatment it accords to investors from any other foreign country in like cases (...) Moreover, the standard can be invoked with regard to any investment-related legislation»⁽⁴⁰⁾. En ese sentido, agrega que «the MFN standard thus helps to establish equality of competitive opportunities between investors from different foreign countries. It prevents competition between investors from being distorted by discrimination based on nationality considerations»⁽⁴¹⁾.

Finalmente, para la OECD «to provide MFN treatment under investment agreements is generally understood to mean that an investor from a party to an agreement, or its investment, would be treated by the other party 'no less favourably' with respect to a given subject-matter than an investor from any third country, or its investment»⁽⁴²⁾.

Tanto las definiciones de la UNCTAD como de la OECD incorporan un elemento esencial para la concesión del trato de la nación más favorecida como lo es que este debe otorgarse siempre y cuando estemos ante *the same subject matter*, es decir, que el beneficio que se pretende exigir debe estar vinculado para los mismos sujetos y sobre las mismas materias.

En ese sentido, la cláusula solo operará si aquel trato acordado respecto del tercer estado corresponde, en virtud del principio de *ejusdem generis*, a las mismas materias que las previstas en el tratado base⁽⁴³⁾. Por ejemplo, un Estado beneficiario no podría alegar que, bajo el marco de un tratado en materia de aranceles que contempla la cláusula de la nación más favorecida, el Estado concedente en virtud

(38) LEAGUE OF NATIONS. *Report adopted by the Sub-Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*. *Op. cit.*; p. 135.

(39) INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*. Volumen II. Parte II, 1978. p. 21.

(40) UNCTAD. *Series on issues in international investment agreements. Most Favoured Nation Clause*. *Op. cit.*; p. 10.

(41) *Ibid.*; p. 13.

(42) OECD. *Most favoured nation treatment in international law*. En: *Working Papers on International Investment*. No. 2004/2, 2004. p. 2.

(43) En ese sentido, «no writer would deny the validity of the ejusdem generis rule which, for the purposes of the most-favoured nation clause, derives from its very nature. It is generally admitted that a clause conferring most-favoured-nation rights in respect of a certain matter, or class of matter, can attract the rights conferred by other treaties (or unilateral acts) only in regard to the same matter or class of matter». INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*. Volumen II, Parte II, 1978. p. 30. Asimismo, la OECD ha señalado que «the ejusdem generis principle is the rule according to which a MFN clause can only attract matters belonging to the same subject matter or the same category of subject as to which the clause relates». OECD. *Most favoured nation treatment in international law*. *Op. cit.*; p. 9.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

de esta le otorgue los beneficios que le ha extendido a un tercer estado en materia de inversiones.

Sin embargo, esta situación no está exenta de problemas ya que se suelen presentar casos en donde, si bien las materias que regulan no son las mismas, estas pueden encontrarse muy vinculadas una con la otra (por ejemplo, en el caso de la inversión y el tratamiento tributario). Ello obliga a ser muy cuidadosos respecto a la extensión que se le debe otorgar al trato de la nación más favorecida y a las excepciones que de esta se hacen⁽⁴⁴⁾.

Asimismo, en virtud del mismo principio deberá presentarse una identidad en cuanto a los beneficiarios del trato. Es decir, si el tratado concede determinados derechos al tercer estado, estos solo podrán ser exigidos si es que han sido concedidos respecto de los mismos sujetos del Estado beneficiario. En ese sentido, en la cláusula de la nación más favorecida, se deberá estipular claramente al beneficiario del trato, es decir, sobre la entidad (personas o bienes) a la cual se le deberá otorgar el beneficio.

Por ejemplo, si se establece el trato de la nación más favorecida fijándose como beneficiario de este a las personas naturales y el tratado con el tercer estado concede derechos adicionales a las personas jurídicas, las personas jurídicas del Estado beneficiario no podrán alegar el trato que se le ha otorgado a aquellas del tercer estado, ya que no existe una correlación entre los sujetos en la cláusula⁽⁴⁵⁾.

Cabe destacar que los actuales acuerdos de inversión en su mayoría establecen como beneficiarios tanto a los

inversionistas como a las inversiones que estos realizan, incluso se les suele tratar por separado estableciendo el trato de la nación más favorecida para cada uno en particular a fin de garantizar un margen aun mayor de protección.

La cláusula de la nación más favorecida contiene la obligación de conceder el trato de la nación más favorecida. Sin embargo, para que este sea exigible se requiere que el Estado otorgante haya establecido a favor de un tercer estado un trato más favorable que a aquel previsto para el beneficiario. Por ello, «it has been rightly said in this connexion that, in the absence of any undertakings to third States, the clause remains but an empty shell»⁽⁴⁶⁾.

Resumiendo las distintas definiciones del trato de la nación más favorecida, podemos señalar que este consiste en que si dos estados («A» y «B») celebran un acuerdo en donde establecen la cláusula de la nación más favorecida y posteriormente, o ya de manera previa, el estado «A» celebra un tratado a través del cual otorga a «X» una serie de beneficios que no habían sido contemplados en el acuerdo entre «A» y «B», entonces «B» (o los beneficiarios previstos) podrá reclamarle a «A» los beneficios que este le ha extendido a «X».

(44) GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel. *La protección de las inversiones exteriores: Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España*. Valencia: Tirant, 2005. p. 245.

(45) «The beneficiary State may claim most-favoured nation treatment only for the category of persons or things (merchants, commercial travellers, persons taken into custody, companies, vessels, distressed or wrecked vessels, products, goods, textiles, wheat, sugar, etc.) that receives or is entitled to receive certain treatment, certain favours, under the right of a third State. And, further, the persons or things in respect of which most-favoured nation treatment is claimed must be in the same relationship with the beneficiary State as are the comparable persons or things with the third State (nationals, residents in the country, companies having their seat in the country, companies established under the law of the country, companies controlled by nationals, imported goods, goods manufactured in the country, products originating in the country, etc.)». INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*. Volumen II. Parte II, 1978. p. 31.

(46) *Ibid.*; p. 19.; SCHAWRZENBERGER, George. *Op. cit.*; p. 96.

En ese sentido, el trato de la nación más favorecida tendrá como propósito «to prevent discrimination against the nationals of different countries and ascertain equality of treatment regardless of nationality. In the context of international investments, MFN clauses thus contribute to the harmonization of the level of protection accorded to foreign investors and their investments»⁽⁴⁷⁾. Ello ha llevado a la OECD a señalar que el trato de la nación más favorecida es «one of the most important standards of treatment for investors and their investments»⁽⁴⁸⁾.

Muchas veces, se suele confundir el principio de trato de la nación más favorecida con el trato nacional. Incluso, en los acuerdos de inversión, se les suele incorporar a través de una cláusula única. Si bien ambas instituciones están muy relacionadas en cuanto a su propósito (evitar la discriminación), no se puede desconocer que su aplicación difiere sustancialmente⁽⁴⁹⁾. Mientras que el trato de la nación más favorecida se aplica para eliminar cualquier diferencia que se pueda presentar respecto de nacionales de terceros estados, el trato nacional no reviste este elemento de extranjería (de un tercer estado), sino a la relación que se da internamente entre el Estado y sus nacionales.

Incluso, se pueden presentar supuestos en donde, en virtud del principio de trato de la nación más favorecida, los nacionales del Estado beneficiario tengan mayores derechos que los nacionales del Estado concedente, ya que la correlación de derechos no va a estar dada respecto a estos (lo que si sucedería en el caso del principio de

trato nacional), sino en el de los nacionales del tercer estado.

El principio de trato de la nación más favorecida es más amplio que la cláusula de la nación más favorecida ya que este se puede aplicar fuera del marco de un tratado. En ese sentido, un estado de manera unilateral puede establecer que otorgará el tratamiento de la nación más favorecida a través de su legislación interna por considerarlo conveniente para su política exterior. Sin embargo, esta concesión estará supeditada a la normativa interna del estado. Así, el trato de la nación más favorecida no implicará ninguna obligación por parte del estado beneficiado de conformidad con el Derecho Internacional (respetando el principio de soberanía de los estados), y esta podrá modificarse dependiendo únicamente de la voluntad del estado otorgante⁽⁵⁰⁾.

El trato más favorecido se puede dar no solo a través de un tratado o de la legislación interna sino también por situaciones de hecho que le terminen generando una situación más favorable que no se ha otorgado al Estado beneficiario⁽⁵¹⁾. Para ello, no se requerirá

(47) GAILLARD, Emmanuel. *Establishing jurisdiction through a most-favoured-nation clause*. En: *New York Law Journal*. Número 105. Volumen 233, 2005. Disponible en: www.nylj.com.

(48) OECD. *Most favoured nation treatment in international law*. *Op. cit.*; p. 16.

(49) Por ejemplo, el Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones celebrado entre Perú y Alemania establece que «1) Ninguna de las partes contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra parte contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra parte contratante, a un trato menos favorable que el que conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros estados; 2) Ninguna de las Partes Contratantes someterá, en su territorio, a los nacionales o sociedades de la otra parte contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades, o a los nacionales y sociedades de terceros Estados».

(50) En ese sentido, la OECD señala que «in the absence of a treaty obligation (or for that matter, an MFN obligation under national law), nations retain the possibility of discriminating between foreign nations in their economic affairs». *Ibid.*; p. 2.

(51) «This treatment may be based upon a treaty, another agreement or a unilateral, legislative or other act or mere practice». *Ibid.*; p. 9.; SCHAWRZENBERGER, George. *Op. cit.*; p. 105.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

que se haya verificado que el tercer estado haya hecho uso del trato más favorable, sino que bastará su sola existencia para que el Estado beneficiario pueda reclamarlo internacionalmente⁽⁵²⁾.

No toda concesión que se haya realizado en favor de un tercero cae dentro de la aplicación del trato de la nación más favorecida. Si un estado celebra un contrato con un inversionista del tercer estado y en el contrato se le otorgan una serie de beneficios adicionales, los inversionistas del Estado beneficiario no podrán reclamar el trato de la nación más favorecida, ya que este trato no corresponde a circunstancias generales, sino que es el resultado de una negociación particular, independiente de los mayores beneficios que de facto pueda obtener el inversionista⁽⁵³⁾.

Al respecto, la UNCTAD ha señalado que «not all treatment given by a host country to foreign investors falls under the scope of the MFN provision. In order to be covered by the MFN clause, the treatment has to be the general treatment usually provided to investors from a given foreign country»⁽⁵⁴⁾.

Un elemento para tener presente al establecer el trato de la nación más favorecida en un tratado es el efecto que este va a generar, ya que al incorporarlo se extenderá de manera inmediata a todos los demás estados con los cuales haya sido pactado (efecto dominó) independientemente de las nuevas consideraciones político particulares con ese tercer estado. Esto podría restringir o ampliar su capacidad negociadora (con las ventajas y desventajas que ello podría conllevar dependiendo de la parte de que se trate)⁽⁵⁵⁾. Este efecto, en teoría, se verá contrarrestado por el carácter recíproco del trato, cuando así se haya pactado, ya que también estaría obligado a otorgarle estos beneficios al inicial Estado concedente. Sin embargo, en la práctica, no necesariamente se constatará este escenario debido a las características particulares del Estado beneficiario

(pudiéndose generar una situación de *free rider*).

Finalmente, se debe tener presente que quien alega la existencia de un trato más favorecido tiene la obligación de demostrarlo, para lo cual deberá demostrar que no solo existe un trato diferente que se le otorga a un tercero sino que este trato es más beneficioso o, lo que es lo mismo, que este primero se encuentra en situación de desventaja. Esta consideración respecto del trato más favorecido no debe tener un sustento exclusivamente subjetivo, sino que deberá demostrarse de manera objetiva por parte de quien lo alega⁽⁵⁶⁾.

5. Los tipos de cláusula de la nación más favorecida

Tal como hemos señalando, no existe una única cláusula de la nación más favorecida sino que su redacción y, por ende su contenido, varía dependiendo de la voluntad de las partes contratantes. Los distintos tipos de cláusula corresponderán a las concepciones que sobre esta institución han tenido los estados a lo largo del tiempo.

En ese sentido, Anzilotti ha señalado que «no hay que olvidar, sin embargo, que, jurídicamente, no existe una cláusula de la nación más favorecida; existen tantas estipulaciones distintas como tratados en los que figure, de tal suerte, que toda cuestión relativa a la naturaleza y a los

(52) MCNAIR. *Op. cit.*; pp. 278 y 279.

(53) SCHAWRZENBERGER, George. *Op. cit.*; p. 105.

(54) UNCTAD. *Series on issues in international investment agreements. Most Favoured Nation Clause. Op. cit.*; p. 11.

(55) Como señala García Rodríguez, «en la negociación de un APPRI los Estados podrían tener en cuenta los convenios internacionales que tiene celebrados el otro Estado a los efectos de determinar si y cómo incluyen la cláusula de la nación de TNMF». Situación que va también en sentido contrario, es decir, respecto de los tratados que este ha celebrado para ver qué ventajas se concederían al Estado beneficiario. GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel. *Op. cit.*; p. 239.

(56) VESEL, Scott. *Op. cit.*; p. 189.

efectos de la cláusula es, ante todo, una cuestión de interpretación de la cláusula dada en un tratado determinado»⁽⁵⁷⁾.

La clasificación de los distintos tipos de cláusulas de la nación más favorecida que presentaremos tiene como único propósito simplificar y hacer más fácil su comprensión. Se puede formular clasificaciones más detalladas desde un punto de vista academicista, pero consideramos que, en aras, de introducir el tema no resultará necesario que el lector se pueda perder en el camino, más aun cuando ello termina careciendo de relevancia en el plano práctico.

5.1. La cláusula unilateral y la recíproca

La cláusula unilateral será aquella a través de la cual, en un tratado, una de las partes estipula que le concederá a la otra el tratamiento de la nación más favorecida sin que esta segunda tenga que, a su vez, concedérselo, es decir, que solo habrá un actor que se obligue a otorgar el trato sin que el beneficiario quede obligado a retribuírselo.

Este tipo de cláusula era común encontrarla en el marco de las capitulaciones⁽⁵⁸⁾ y de los regímenes poscoloniales⁽⁵⁹⁾. Así, en principio, teníamos a una de las partes que gozaba

de un gran poder y que terminaba imponiendo a la otra la concesión de estos beneficios, lo cual para algunos resultaba violatorio del principio de igualdad de los Estados⁽⁶⁰⁾.

Particularmente, luego de situaciones de conflictos armados, este tipo de cláusula le era impuesta a la parte vencida a favor de las potencias vencedoras. Así, podemos observar como después de la Primera Guerra Mundial el artículo 267 del Tratado de Versalles estableció que «every favour, immunity or privilege in regard to the importation, exportation or transit of goods granted by Germany to any Allied or Associated State or to any other foreign country whatever shall simultaneously and unconditionally, without request and without compensation, be extended to all the Allied and Associated States».

La cláusula unilateral también se utiliza cuando, por circunstancias especiales,

(57) ANZILOTTI, Dionisio. *Op. cit.*; p. 383.

(58) «There is hardly anyone today who will question the general proposition that what is known as the capitulatory regime is an anachronism which should be brought to a speedy end, wherever it exists». Dissenting opinion of judges Hackworth, Badawi, Levi Carneiro and sir Benegal Rau, Case concerning right of nationals of the United States of America in Morocco (*France v. United States*). International Court of Justice, 1952. p. 216. En el marco de la competencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Bélgica presentó una demanda contra China debido a la denuncia unilateral que efectuara del tratado del 2 de noviembre de 1865 (celebrado luego de la guerra de 1857), el cual otorgaba una serie de derechos a favor de Bélgica de manera unilateral (tarifas aduaneras y jurisdicción extraterritorial). Aunque el caso nunca fue resuelto por la Corte, al ser retirado a solicitud de Bélgica, el gobierno chino señaló respecto al tratado que «it is hardly need be emphasized, that no nation mindful of its destiny and conscious of its self respect, can be fettered forever by treaties which shackle its free and natural development and which are repugnant to the best traditions of international intercourse. Fruitful source of misunderstanding and conflict, they are in their very nature bound to come to an end sooner or later». WOOLSEY, L.H. En: *American Journal of International Law*. Volumen 21, 1927. pp. 289-294; Corte Permanente de Justicia Internacional. Serie A. Número 8. Recueil des Arrêts.

(59) «Unilateral most-favoured-nation clauses were found in capitulatory regimes and have largely disappeared with them. They were also provided, for a short period, in favour of the victorious Powers in the peace treaties concluding the world wars». INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the International Law Commission on its thirtieth session*, pp. 18 y 19.

(60) «The first unilateral MFN clauses appeared in the seventeenth century in the capitulation treaties with the Ottoman Empire and in the agreement between the French East India Company and the Mogul Empire. However, it was in the latter half of the nineteenth century that unilateral MFN clauses were most extensively concluded between the European Powers and Asian countries». MURASE, Shinya. *Op. cit.*; pp. 273 y 274.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

solo una de las partes puede concederla. Un ejemplo de ello se puede presentar en los supuestos de estados que no gozan de litoral. Por ello, Anzilotti considera que la cláusula unilateral «responde casi siempre a criterios políticos especiales y no puede ser objeto de una apreciación general, sino únicamente de una apreciación en relación con las circunstancias en las que tiene su origen»⁽⁶¹⁾.

A diferencia de la unilateral, la cláusula será recíproca cuando los estados parte del tratado establezcan que se otorgarán el trato de la nación más favorecida de manera mutua, es decir, que si uno de ellos celebra un tratado con un tercer estado otorgándole beneficios adicionales a los previstos en el tratado base, estos le podrán ser exigidos a dicho estado por el Estado beneficiario, pero, a su vez, este estado le podrá exigir al Estado beneficiado que también le otorgue los beneficios a los cuales ahora puede acceder.

Para que pueda operar la reciprocidad del trato, no se exige que se presente una identidad absoluta en cuanto al contenido de los beneficios que los estados puedan demandarse en virtud de la cláusula, sino tan solo que estos sean equivalentes⁽⁶²⁾.

5.2. La cláusula condicionada

El origen de esta cláusula está ligado a los Estados Unidos, habiéndose incorporado en la práctica internacional tras la celebración del tratado de comercio y navegación entre los Estados Unidos y Francia, del 6 de febrero de 1778, el cual establecía que «the Most Christian King and the United States engage mutually not to grant any particular favour to other nations, in respect of commerce and navigation, which shall

not immediately become common to the other Party, who shall enjoy the same favour, freely, if the concession was freely made, or on allowing the same compensation, if the concession was conditional»⁽⁶³⁾.

Los Estados Unidos pretendieron supeditar la exigibilidad de la aplicación del trato de la nación más favorecida a que el Estado beneficiario le otorgara una contraprestación a cambio de estos nuevos beneficios. Sin embargo, también se presentaron en la práctica estadounidense determinadas excepciones a través de las cuales se estableció la incorporación de la cláusula de manera incondicionada⁽⁶⁴⁾.

El principal argumento que los Estados Unidos utilizaba era que «the allowance of the same privileges (...) to a nation which makes no compensation, that have been conceded to another nation for compensation, instead of maintaining destroys that equality (...) which the most favoured nation clause was intended to secure. It concedes for nothing to one friendly nation what the other gets only for a price»⁽⁶⁵⁾. En ese sentido, «the conditional provides that every favour extended by one contracting party to a third party shall be extended to the other contracting party 'freely' if the concession was freely made,

(61) ANZILOTTI, Dionisio. *Op. cit.*; p. 383.

(62) SCHAWRZENBERGER, George. *Op. cit.*; p. 101.

(63) INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*. Volumen II. Parte II, 1978. pp. 33-35.

(64) Tratado entre Estados Unidos e Inglaterra del 3 de julio de 1815; Tratado entre Suiza y los Estados Unidos de 1850 (artículos VIII, IX y X). Sin embargo, cuando Suiza le exigió este trato en virtud del concedido por los Estados Unidos a Francia en virtud de la Tariff Act de 1897, no obstante se le reconoce el derecho en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, simultáneamente declararon que se trataba de una excepción e iniciaron las acciones para denunciar el tratado. Asimismo, cabe destacar que «the United States only maintained its conditional MFN treaty practice in relation to other 'civilized' nations, since it was not necessary and was even contrary to its interest for the United States to insert in a treaty with an 'uncivilized' nation a conditional clause which would give the latter good reason to refuse the extension of the privileges to third states on various conditional bases». MURASE, Shinya. *Op. cit.*; p. 276.

(65) HORNBECK, Stanley. *The most favoured nation clause: History*. p. 408.; CRANDALL, Samuel. *The American construction of the most favoured nation clause*. En: *American Journal of International Law*, 1913. pp. 708-714.

or by allowing the same compensation if the concession was conditional»⁽⁶⁶⁾.

Por su parte, el Reino Unido se mostró contrario a esta posición señalando que «from this [the American] interpretation, Her Majesty's government entirely and emphatically dissent. The most favoured nation clause has now become the most valuable part of the system of commercial treaties, and exists between almost all the nations of the earth. It leads more than any other stipulation to simplicity of tariff and to ever increased freedom of trade; while the system now proposed would lead countries to seek exclusive markets and would thus fetter instead of liberating trade (...) Such a system would press most hardly on those nations which have already reformed their tariff and have not equivalent concessions to offer, and therefore Great Britain, which has reformed her tariff, is most deeply interested in resisting it»⁽⁶⁷⁾.

El primer problema que presentaba la cláusula condicionada consistía en determinar qué se entendía por otorgarle la «misma compensación» o su «equivalente» por el beneficio que de otro modo se pretendía recibir gratuitamente. Al respecto, Oppenheim señala que «la forma condicional ocasiona muchas dificultades de interpretación.

No es fácil por ejemplo, precisar lo que equivale a una compensación reciproca de igual valor, porque una misma concesión puede ser valiosa cuando es hecha por un estado determinado y tener menos valor o carecer de él si es realizada por otro país. Además, la formula condicionada está expuesta a la objeción de que puede resultar injusta respecto a los países que tienen pocos o muy bajos derechos arancelarios, los cuales se encuentran en una situación menos favorable para negociar que aquellos otros estados cuyos derechos de arancel son numerosos o elevados»⁽⁶⁸⁾.

Algunos autores han sido más radicales al señalar que, al condicionar la cláusula, prácticamente se le condenaba, ya que en vez de que se aplicase de manera inmediata debía pasar por un cuasi nuevo proceso de negociación a fin de determinar el grado de intercambio en la compensación que demandaría el Estado otorgante al beneficiario⁽⁶⁹⁾. En ese sentido,

(66) LEAGUE OF NATIONS. *Report adopted by the Sub-Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*. Genova: 1927. p. 136.

(67) HORNBECK, Stanley. *The most favoured nation clause: History*. p. 417. Cabe destacar que de manera excepcional el Reino Unido empleó la cláusula de la nación más favorecida de manera condicionada, al igual que otros Estados Europeos, como en el caso del tratado celebrado con Liberia (el 21 de noviembre de 1848), Austria (el 3 de julio de 1838), Rusia (en enero de 1843), entre otros celebrados particularmente entre 1849 y 1853 (con Perú, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador y Paraguay). A partir de 1860, tras la celebración del Tratado Cobden entre Reino Unido y Francia, el Reino Unido al igual que el resto de países europeos abandonaron por completo esta práctica y adoptaron la tesis de la cláusula incondicional. HORNBECK, Stanley. *The most favoured nation clause: Interpretation*. En: *America Journal of International Law*, 1909 pp. 620-627; ANZILOTTI, Dionisio. *Op. cit.*; p. 381.

(68) OPPENHEIM, L. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Tomo I. Volumen II. Barcelona: Bosch, 1961. p. 569.

(69) «The basis of the American theory is to be found in the Anglo-Saxon system of contracts and the requirement that advantages must be reciprocal for the formation of a contract (consideration). However, this application of the theory is not justified here, for the nation which has acquired equal treatment has paid in advance for the third-party rights which it may thus acquire, since it has granted to the other contracting party the same equal treatment and the right to receive the advantages of third parties... The search for 'equivalents' designed to pay for the third-party right by conventional means imposed on the contracting parties is tantamount to stating that the most-favoured-nation clause in itself has absolutely no effect». INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Yearbook of the International Law Commission*. Volumen II. Parte II, 1978. pp. 35 y 36 citando a PRADIER-FODÉRE. *Traite de droit international public europeen et americain, suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*. Volumen IV. Paris: Durand et Pedone-Lauriel, 1888. p. 394; OPPENHEIM, L. *Op. cit.*; p. 568.; NOLDE, Boris. *Op. cit.*; pp. 85-87.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

Nolde señala que «on peut donc dire que la clause conditionnelle, pratiquement, équivaudra toujours à l'absence de tout clause de la nation la plus favorisée»⁽⁷⁰⁾. Asimismo, Schwarzenberger considera que «the chief disadvantage of the conditional clause is that it deprives the m.f.n. standard of its automatic operation and reduces the rights of the beneficiary to that of a party to a pactum de contrahendo»⁽⁷¹⁾.

Posteriormente, Estados Unidos abandonó esta posición para asumir una política de cláusula incondicionada, encontrando ello su razón de ser en el nuevo papel que pasó a desenvolver en el comercio internacional. Este cambio fue considerado en el establecimiento de la Tariff Act de 1922 (Ley de Tarifas Aduaneras) y, posteriormente, en el intercambio de notas en el proceso de celebración de un tratado con Brasil el 18 de octubre de 1923⁽⁷²⁾.

Inclusive, el Secretario de Estado, Cordell Hull manifestó que «when once a country has adopted the policy of unconditional most favoured nation treatment, its earlier treaties, though containing merely conditional clauses, become in effect unconditional»⁽⁷³⁾. Sin embargo, esta posición fue matizada por otro ex Secretario de Estado, Hughes, en una carta dirigida al Comité de Relaciones Exteriores del Senado a través de la cual señaló que «there is one apparent misapprehension which I should like to remove. It may be argued that by the most favoured nation clauses in the pending treaty with Germany we World automatically extend privileges given to Germany to other Powers without obtaining the advantages which the treaty with Germany gives to us. This is a mistake. We give to Germany explicitly the unconditional most favoured nation treatment which she gives to us. We do not give unconditional most favoured nation treatment to other

Powers unless they are willing to make with us the same treaty, in substance, that Germany has made»⁽⁷⁴⁾.

5.3. La cláusula recíproca e incondicionada

Esta ha sido la cláusula que mayor aceptación ha comenzado a tener en los acuerdos de inversión a partir de su surgimiento a mediados del siglo XX⁽⁷⁵⁾. A diferencia de los otros dos tipos de cláusulas (unilateral y condicionada), esta cláusula va a permitir un mayor nivel de flexibilidad en el otorgamiento del trato de la nación más favorecida en tanto que concederá mutuamente los beneficios (recíproca) y no está sometida a contraprestación, respetando así una igualdad, al menos en el plano formal, por parte de los Estados y facilitando su aplicación.

6. La aplicación en el tiempo de la cláusula y su vigencia

El alcance de la aplicación en el tiempo de la cláusula de la nación más favorecida ha sido uno de los puntos que permanentemente ha estado en debate debido a la necesidad de determinar a partir de cuándo es que el Estado beneficiado puede exigirla. En ese sentido, la discusión se ha centrado en establecer si esta se aplicará para aquellos beneficios

(70) *Ibid.*; p. 91.

(71) SCHWARZENBERGER, George. *Op. cit.*; p. 102.

(72) LANSING, Paul y Eric ROSE. *The granting and suspension of most favoured nation status for nonmarket economy status: Policy and consequences*. En: *Harvard Law Review*, 1984. p. 333.

(73) CATUDAL, Honoré Marcel. *The most favoured nation clause and the courts*. En: *American Journal of International Law*, 1941. p. 48.

(74) *Ibid.*; pp. 48 y 49.

(75) Incluso, hay quienes han señalado que «as a rule, the most favoured nation clauses included in investment treaties are automatically and immediately applicable to investments made by nationals of each contracting state without any limitation. In fact, these clauses tend to be unconditional, reciprocal and indeterminate». ACCONCI, Pia. *Op. cit.*

concedidos antes de la celebración del tratado que contiene la cláusula, para aquellos posteriores o en ambos supuestos.

Por su parte, el Subcomité de Expertos para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional sin llegar a una respuesta concreta se limitó en señalar que «a majority of writers consider that the clause should apply to all favors, past and future. Those who take the opposite view base their opinion upon the fact that in many, perhaps a majority, of treaties the clause specifically provides that it shall apply to all favors past or future. But it is well known that such a provision often is inserted avowedly out of abundant caution and without consideration of the possible interpretation put upon it as above referred to»⁽⁷⁶⁾.

Al respecto, consideramos que, para dar una respuesta, se deberá acudir en primer lugar al texto del propio tratado, ya que el alcance de los derechos y obligaciones dependerá de aquello que hayan previsto las partes (independientemente del argumento de que algunos puntos no se les suela prestar mayor atención).

El inconveniente surgirá cuando el texto del tratado no haga referencia respecto a la aplicación temporal de la cláusula de la nación más favorecida, situación que no suele ser frecuente en los actuales acuerdos de inversión, pero que, de presentarse, requerirá una respuesta a fin de evitar el surgimiento de una controversia entre las partes.

Con relación a los acuerdos celebrados con terceros estados previos al establecimiento del tratado con el beneficiario, que prevé la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, los efectos de esta surgirán a partir de la entrada en vigencia de este segundo (tratado base), y será a partir de este momento que resultará exigible el trato más beneficioso que hubiere sido otorgado al tercero. Ello no significa otorgarle efectos retroactivos a la cláusula de la

«SI BIEN EL OBJETIVO PRINCIPAL DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA ES EVITAR QUE SE PRODUZCA DISCRIMINACIÓN ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES EN FUNCIÓN DE QUE SE HAYA CONCEDIDO O SE CONCEDA UN TRATO MÁS BENEFICIOSO A UN TERCER ESTADO, LOS ESTADOS TAMBIÉN HAN PREVISTO LA POSIBILIDAD DE LIMITAR SU APLICACIÓN»

nación más favorecida, sino tan solo aplicarla una vez verificado su establecimiento y, por ende, surgida la obligación con el tratado base, independientemente de que los beneficios otorgados al tercero hayan sido acordados con anterioridad⁽⁷⁷⁾.

Por otro lado, respecto a los beneficios que se otorguen de manera posterior en favor de un tercero se tiene que tener en cuenta que el principal objeto de la cláusula de la nación más favorecida es el de evitar la discriminación entre los estados. En ese sentido, la discriminación no solo surgirá por las condiciones de hecho previas a la

(76) LEAGUE OF NATIONS. *Report adopted by the Sub-Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*. Genova, 1927. p. 140. Al respecto, consultar HORNBECK, Stanley. *The most favored nation clause: Interpretation*. pp. 632-634.

(77) El artículo 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que «las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo».

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

celebración del tratado base, sino que también se puede presentar por actos posteriores a la celebración de este tratado.

Si bien los estados han creado ya un piso común de derechos y obligaciones a través de la cláusula respecto a situaciones anteriores, este piso puede variar en función de las nuevas concesiones que los estados hagan, lo cual, de no admitir su aplicación hacia el futuro, provocaría que se generasen nuevas situaciones de discriminación debiendo, para ello, los estados celebrar nuevos acuerdos en los que se reconozca la cláusula de la nación más favorecida para estas nuevas circunstancias, situación que va a todas luces en contra de la dinámica que precisamente este tipo de institución busca evitar.

Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional ha señalado de manera bastante precisa que «a most-favoured-nation clause, unless otherwise agreed, obviously attracts benefits extended to a third State both before and after the entry into force of the treaty containing the clause»⁽⁷⁸⁾.

Por otro lado, en cuanto a la vigencia de la cláusula, esta estará supeditada a dos situaciones que deben mantenerse de manera simultánea para que se pueda verificar la exigencia del beneficio: (i) la vigencia del tratado base que establece la cláusula de la nación más favorecida, y (ii) la del tratado que concede un trato más beneficioso⁽⁷⁹⁾.

En cuanto a la exigencia del tratado base, esta no representa mayores dificultades ya que es este instrumento el que crea el derecho a favor del beneficiario, siendo únicamente el tratado con el tercer estado el instrumento a través del cual se verificará la situación de hecho que activará su aplicación. Por otro lado, el requisito de la exigencia de la vigencia del tratado con el tercer estado para que el beneficiario (del tratado base) pueda reclamar las condiciones más favorables que habían sido acordadas en el referido tratado no ha resultado tan claro para los estados, lo cual motivó en

su momento la presentación de recursos ante tribunales internacionales⁽⁸⁰⁾.

En primer lugar, debemos señalar que si se considera que la finalidad de la cláusula de la nación más favorecida es evitar la discriminación, no tendría sustento que ahora sea el beneficiario (del tratado base) el que siga disfrutando de los beneficios de los cuales ya no goza el tercer estado, es decir, que ahora surgiría una situación de discriminación provocada en virtud de la cláusula de la nación más favorecida respecto del Estado beneficiario y el tercer estado, pero de manera inversa al espíritu de la cláusula. Además, la propia situación de hecho que activa la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida se ve destruida, dado que ya no existiría más el trato más favorable concedido a favor de un tercero que active el tratado base. Cabe destacar que no estamos ante un supuesto en que una cláusula específica de un tratado con un tercer estado pasa a incorporarse al tratado base, modificando con ello el alcance de las obligaciones de este segundo.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia en el asunto de los derechos de los nacionales estadounidenses en Marruecos, señaló, frente a la posición de los Estados Unidos de que los derechos y privilegios de un estado en virtud de la cláusula de la nación más favorecida se incorporan permanentemente por referencia al tratado base y, por ende, goza de ellos inclusive después de la terminación del tratado con el tercer estado, que «these treaties show that the intention of the most favoured nation

(78) INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Yearbook of the International Law Commission*. Volumen II. Parte II, 1978. p. 53.

(79) LEAGUE OF NATIONS. *Report adopted by the Sub-Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law*. Genova, 1927, p. 140.

(80) HORNBECK, Stanley. *The most favoured nation clause: Interpretation*. pp. 634 y 635.

clauses was to establish and to maintain at all times fundamental equality without discrimination among all of the countries concerned (...) the contention [de los Estados Unidos] would therefore run contrary to the principle of equality and it would perpetuate discrimination», y agrega que «it is sufficient to reject this argument on the ground that it would lead to a position in which the United States was entitled to exercise consular jurisdiction in the French Zone notwithstanding the loss of this right by Great Britain. This result would be contrary to the intention of the most favoured nation clauses to establish and maintain at all times fundamental equality without discrimination as between the countries concerned»⁽⁸¹⁾.

Asimismo, la Corte, en el mismo caso, al referirse al reclamo de la inmunidad fiscal por parte de los Estados Unidos señaló que «it is not established that most favoured nation clauses in treaties with Morocco have a meaning and effect other than such clauses in other treaties or are governed by different rules of law. When provisions granting fiscal immunity in treaties between Morocco and third States have been abrogated or renounced, these provisions can no longer be relied upon by virtue of the most favoured nation clause»⁽⁸²⁾.

En ese sentido, el proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida elaborado por la Comisión de Derecho Internacional ha recogido, en su artículo 21, que «the right of the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, to most-favoured-nation treatment under a most favoured-nation clause is terminated or suspended at the moment when the extension of the relevant treatment by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State is terminated or suspended»⁽⁸³⁾.

Quedaría por señalar que la vigencia del tratado con el tercer estado se regulará de conformidad con lo dispuesto por el Derecho Internacional, es decir, que solo mediante lo que este disponga para la suspensión o terminación de un tratado es que se podrá exigir o no el trato extendido por el tratado entre el Estado otorgante y el tercer estado.

7. Las excepciones a la cláusula de la nación más favorecida

Si bien el objetivo principal de la cláusula de la nación más favorecida es evitar que se produzca discriminación entre las partes contratantes en función de que se haya concedido o se conceda un trato más beneficioso a un tercer estado, los estados también han previsto la posibilidad de limitar su aplicación estableciendo para ello determinadas excepciones en atención a sus intereses particulares. Si bien esta situación puede parecer contradictoria a la idea misma del establecimiento de la cláusula, resulta en muchos casos necesario dar paso a un régimen más flexible en cuanto a su aplicación que no tenerla por completo, ya que igual permitirá su extensión para el resto de supuestos que no hayan sido excluidos. Además, las excepciones que se suelen incorporar en los tratados a la cláusula de la nación más favorecida se encuentran reguladas por estos mismos, debiendo cumplirse las

(81) Case concerning right of nationals of the United States of America in Morocco (*France v. United States*). International Court of Justice, 1952. pp. 192 y 193. Sin embargo, y con ello nos adelantamos a lo que más adelante desarrollemos, cabe destacar que el caso no trataba sobre la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a la solución de controversias sino sobre la exigibilidad del trato de manera general en virtud de la vigencia de los tratados con los terceros estados y si este trato se podía aplicar independientemente de la terminación de estos.

(82) Case concerning right of nationals of the United States of America in Morocco (*France v. United States*). International Court of Justice, 1952, p. 204.

(83) ANZILOTTI, Dionisio. *Op. cit.*; p. 382.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

condiciones y requisitos para que puedan resultar aplicables a un caso concreto.

Entre las principales excepciones que suelen incorporarse en los tratados a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida podemos señalar las siguientes: (i) orden público, (ii) salud, (iii) seguridad, (iv) moral, (v) acuerdos de integración, (vi) régimen de beneficios tributarios, (vii) cuestiones de desarrollo, y (viii) excepciones nacionales (a fin de favorecer determinada producción local).

En el caso de los acuerdos de integración (independientemente de cual sea la profundidad de esta, es decir, si se trata de zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercado común o unión económica), la cláusula de la nación más favorecida puede presentarse como un factor que puede perjudicar su establecimiento, ya que esta tiene un efecto liberalizador global, mientras que los acuerdos de integración constituyen una excepción a esta política⁽⁸⁴⁾.

Sin embargo, debido a los beneficios que los acuerdos de integración generan, se reconoce la posibilidad de que los estados al crearlos puedan establecer excepciones a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida bajo determinadas condiciones. Esta política de excepciones, si bien tuvo sus inicios en el marco del comercio internacional, ha sido utilizada para la regulación de la inversión extranjera. Debemos señalar que existen argumentos tanto a favor como en contra para la incorporación de una excepción al establecimiento del trato de la nación más favorecida en el marco de los acuerdos de integración. Por un lado, de no establecerse las excepciones en los proyectos de integración, estos se podrían ver perjudicados ya que los Estados que no son miembros se beneficiarían de las concesiones del régimen interno (un caso de *free rider*) sin que tuviera que ceder nada a cambio cuando, precisamente, lo que sucede en un acuerdo de integración es que los

estados miembros serán más flexibles en las negociaciones debido a los beneficios de las contraprestaciones que recibirían en su conjunto.

Por otro lado, esta política de excepciones resulta contraria al espíritu del multilateralismo y de evitar con ello la discriminación que son precisamente los propósitos del establecimiento de la cláusula de la nación más favorecida en los acuerdos. Además, cabe destacar que el establecimiento de estas excepciones presenta grandes dificultades en la práctica ya que dependiendo de su contenido se podrá convertir en una camisa de fuerza para nuevas situaciones.

Debemos señalar que el trato que se le da a las excepciones a la cláusula de la nación más favorecida en materia de comercio no puede ser el mismo que para el régimen de las inversiones extranjeras, ya que estos generan efectos diferentes en el plano económico (pensemos en la transferencia de tecnología o su propensión en el largo plazo cuando se presentan industrias con altos costos hundidos). En ese sentido, se deberá atender a la especificidad de cada una de estas materias cuando se pretenda establecer una excepción en el marco de un acuerdo de integración económica.

Al respecto, la UNCTAD señala que las excepciones que se establecen en los acuerdos de integración a la cláusula de la nación más favorecida en materia de inversión pueden ser de diversos tipos,

(84) «Se puede afirmar que existe una relación crucial entre el grado de integración económica en una ORIE (Organización Regional de Integración Económica) y la petición para que se incluya en el AII (Acuerdo Internacional de Inversión) con terceros países una excepción a favor de la ORIE: cuando más profunda sea la integración económica en una región, mayor será la pretensión de la ORIE y sus miembros de que se tenga en cuenta esta situación incluyendo en el AII una excepción a la aplicación del principio MNF». UNCTAD. *La excepción ORIE en el ámbito de las Cláusulas de Trato NMF*. Ginebra. UNCTAD/ITE/IIT/2004/7, 2004. p. 11.

desde las extremas hasta medidas más moderadas. En primer lugar, los estados pueden establecer una política de puertas abiertas decidiendo no establecer la excepción y permitiendo con ello el libre flujo de la inversión extranjera; una segunda posibilidad es que se adopten las excepciones, frente a lo cual nos encontraremos ante dos posibilidades: que las excepciones sean absolutas, es decir, que abarquen tanto a los demás estados miembros del acuerdo de integración como a aquellos que no lo son; o relativas, que se aplican exclusivamente a los Estados que no son miembros del acuerdo de integración⁽⁸⁵⁾.

En el caso de este último supuesto, la posibilidad de alternativas en que se puede regular las excepciones a la cláusula de la nación más favorecida en el marco de los acuerdos de integración puede ser de muy diversos tipos. Así, estas pueden ser generales o, a su vez, estar restringidas ya sea por la materia, tiempo, área geográfica, entre otras y variarán de acuerdo a la relación del país con el que se trate.

Los estados al momento de establecer las excepciones deberán tener presente una serie de variables, como la evolución de las relaciones de inversión, a fin de que esta no se constituya posteriormente en un factor negativo que no permita el flujo de la inversión. Asimismo, se deberá tener presente la extensión de la excepción, ya que, al formularse de una manera muy general, esta puede abarcar determinadas materias que no debieran ser objeto de restricción.

Finalmente, debemos señalar que los efectos que las excepciones pueden tener se tienen que estudiar no solo respecto del Estado con el cual se pretenden establecer,

sino en virtud de los demás compromisos internacionales que el Estado haya asumido en el marco regional (pensemos la CAN dentro del ALADI) o multilateral (en el marco de la OMC).

8. La incorporación de la cláusula de la nación más favorecida para la solución de controversias inversionista-Estado en los acuerdos de inversión

Los acuerdos de inversión que se comenzaron a celebrar a partir de mediados del siglo pasado han recogido a la cláusula de la nación más favorecida. Sin embargo, su tratamiento no ha sido uniforme respecto a su contenido y alcances. De manera particular, en lo referente a su aplicación a los mecanismos de solución de controversias, podemos afirmar que se ha seguido el mismo patrón, lo cual ha provocado diversas controversias en cuanto a su interpretación que han llevado diversos pronunciamientos de tribunales internacionales⁽⁸⁶⁾.

En lo que se refiere a la solución de controversias, en estos acuerdos, la cláusula de la nación más favorecida puede encontrarse formulada de las siguientes maneras: (i) que se establezca expresamente su aplicación a la solución

(85) *Ibid.*; pp. 15-18. A modo de conclusión, la UNCTAD señala luego de analizar el fenómeno de las excepciones que «la solicitud de una excepción ORIE en los AII parece depender fundamentalmente de la cuestión de si los regímenes de inversión de la ORIE o del AII son simétricos o no. El grado de simetría/asimetría puede tener importancia para el tipo de excepción NMF que se establezca en los AII (excepción por países o excepción ORIE genérica). También cabe imaginar la posibilidad de una combinación de ambos tipos de excepciones. La dinámica de integración en materia de inversiones de una ORIE puede llevar a esa ORIE a solicitar que en la excepción ORIE queden contempladas sus futuras etapas de integración. Puede que una ORIE desee obtener una excepción ORIE independientemente de su grado real de apertura a los inversores de terceros países. Sin embargo, las políticas de inversión de la ORIE y de los terceros países respectivos pueden tener algunas repercusiones en el posible contenido de la excepción ORIE». p. 39.

(86) FREYER, Dana y David HERLIHY. *Most favoured nation treatment and dispute settlement in investment arbitration: Just how 'favored' is 'most favoured'*. En: *ICSID Review, Foreign Investment Journal*. Volumen XX, 2005. p. 60.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

de controversias; (ii) que esta sea redactada de manera general (cláusula genérica); (iii) que se elabore una lista taxativa de las materias a las que se aplicará y sin que la solución de controversias se encuentre en esta; (iv) que expresamente se excluya su aplicación a la solución de controversias.

Tanto en el caso del primer como en el último supuesto (i y iv), estos no van a presentar mayores inconvenientes, ya que en ambos casos el texto del propio acuerdo por sí mismo permitirá despejar cualquier duda respecto a su aplicación o no al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

Un ejemplo de este primer supuesto lo podemos encontrar en el caso de los tratados de inversión suscritos por el Reino Unido. Así, el Artículo 3(3) del Acuerdo entre el Reino Unido y Albania estipula que «para evitar cualquier duda, se confirma que el tratamiento dispuesto en los párrafos (1) y (2) se aplicará a las disposiciones de los Artículos 1 a 11 de este Acuerdo [que incluye dentro de este articulado lo previsto para la solución de controversias inversionista-Estado]».

Sin embargo, tratándose de la segunda y tercera alternativa el panorama se complica, ya que se presenta el inconveniente de tener que determinar si, ante un caso particular, se podría aplicar la cláusula de la nación más favorecida al mecanismo de solución de controversias; a lo que se le añade la problemática de que estas dos formas de tratamiento de la cláusula igualmente no resultan ser homogéneas en los tratados de inversión, sino que podrán variar en cuanto a su redacción y, por ende, en su alcance, por lo que deberán analizarse caso por caso.

Algunos autores consideran que, salvo se establezca una restricción expresa, se deberá entender que la cláusula de la nación más favorecida también se aplicará a los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado. En ese sentido, Gaillard ha señalado luego de analizar la jurisprudencia en la material que «all these cases

in reality show that the question of the applicability of an MFN clause to dispute settlement arrangements is chiefly determined by the language of the clause», y agrega que «logically, the interpretation question of whether dispute settlement arrangements constitute a substantive right that can be extended to the beneficiary of an MFN clause arises when the clause is broadly phrased and the contracting parties to the treaty have neither expressly excluded dispute resolution mechanisms nor clarified their intention of including such mechanisms in the protection that is accorded to the beneficiaries of the clause. In those situations, the intention of the contracting parties can reasonably be interpreted to include the whole range of the rights accorded to the investors of a third country, including the right to the neutral and effective settlement of their investment disputes through international arbitration rather than through the judicial organs of the host state itself»⁽⁸⁷⁾.

9. La interpretación de los tratados en materia de inversión

Junto con el amplio uso que se ha dado a la cláusula de la nación más favorecida a través de su incorporación en los cada vez más numerosos acuerdos de inversión, las diferencias que se presentan en cuanto a los alcances de su interpretación también resultan ser mayores⁽⁸⁸⁾. Ello encuentra su razón en la diversidad de formulaciones que se han hecho de la cláusula, lo cual nos permite afirmar que, aunque en algunos casos se puedan presentar

(87) GAILLARD, Emmanuel. *Op. cit.*; VESEL, Scott. *Op. cit.*; p. 185.

(88) «Rarely does a conditional provision so extensively used and so vital in its bearing upon economic relations escape misinterpretation and avoid becoming the source of misunderstanding. The experience of this clause has been no exception to the rule». HORNBECK, Stanley. *The most favoured nation clause: History*. p. 395.

elementos comunes, de todas maneras resulta indispensable analizar de manera particular lo previsto en cada tratado⁽⁸⁹⁾.

Los acuerdos en materia de inversión y, por ende, las cláusulas que ellos contienen se rigen por lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así, de existir alguna diferencia en cuanto a la posible interpretación de alguno de sus extremos (por ejemplo, en cuanto a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida), se deberá acudir a lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Convención, los cuales contienen las reglas generales de interpretación que se deberán seguir y los medios complementarios, respectivamente.

Como regla general, la Convención establece que un tratado deberá interpretarse: (i) de buena fe; (ii) conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado; (iii) en su contexto (que incluye el preámbulo, anexos, otros acuerdos conexos, instrumentos aceptados por las otras partes referidos al tratado); (iv) acuerdos y conductas ulteriores de las partes vinculados al tratado; y (v) teniendo en cuenta su objeto y fin. Asimismo, como medios de interpretación complementarios, las partes podrán acudir a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, a fin de confirmar el sentido resultante de la aplicación de las reglas generales (artículo 31), o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo citado mantenga ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En los comentarios al proyecto de artículos de la Convención, se estableció que «la Comisión consideró conveniente subrayar su idea de la relación entre los varios

elementos de interpretación contenidos en el artículo 27 [actual artículo 31] y la relación entre ellos y los del artículo 28 [actual artículo 32] (...) la Comisión, al titular el artículo 'regla general de interpretación', en singular, y al subrayar la conexión existente entre los párrafos 1 y 2, así como entre el párrafo 3 y los dos anteriores, se propuso indicar que la aplicación de los medios de interpretación que figuran en el artículo constituirá un sola operación combinada. Todos los diferentes elementos, en la medida en que estén presentes en un caso dado, se mezclarán en el crisol, y su acción recíproca dará entonces la interpretación jurídica pertinente (...) la Comisión deseaba subrayar que el proceso de interpretación constituye una unidad y que las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí (...). Naturalmente, los elementos de interpretación han de disponerse en algún orden. Pero fueron consideraciones de lógica, y no ninguna jerarquía jurídica obligatoria, las que llevaron a la Comisión a la ordenación propuesta en el artículo»⁽⁹⁰⁾.

Por su parte, el tribunal arbitral en el asunto Maffezini señaló que «al igual que todas las demás disposiciones del ABI [acuerdo bilateral de inversión], y en ausencia de otras reglas de interpretación aplicables, el artículo X debe interpretarse de la manera dispuesta en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados»⁽⁹¹⁾. Asimismo, en el asunto

(89) «A problem arises because, in most investment treaties, the MFN clause is more general in its wording and leaves considerable scope to argue competing interpretations». FREYER, Dana y David HERLIHY. *Op. cit.*; p. 60.

(90) INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Período de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968 y 9 de abril al 22 de mayo de 1969*. Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados con sus comentarios aprobados por la Comisión de Derecho Internacional. p. 42.

(91) Asunto Emilio Maffezini contra el Reino de España. ICSID, Caso Arb/97/7, para. 27; Asunto Siemens A.G. contra Argentina. CIADI, Caso ARB/02/8, para. 81; Asunto Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. contra Argentina. Caso CIADI ARB/03/17, para. 54; Asunto Camuzzi Internacional S.A. contra Argentina. CIADI, Caso ARB/03/02, paras. 133 y 134; Asunto Nacional Grid PLC contra Argentina. 2006, para. 80.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

National Grid el Tribunal señaló, al referirse a la Convención de Viena, que esta «no establece normas diferentes de interpretación para diferentes cláusulas. La misma norma de interpretación se aplica a todas las disposiciones de un tratado, trátense de cláusulas sobre solución de controversias o de cláusulas NMF»⁽⁹²⁾.

Los tribunales arbitrales han sido enfáticos en señalar que no se debe realizar una interpretación restrictiva ni tampoco laxa del texto del tratado, salvo que así haya sido previsto expresamente por las partes contratantes, sino que se les debe tratar de conformidad con lo dispuesto por las reglas de interpretación previstas en la Convención⁽⁹³⁾.

10. Análisis de los modelos de cláusula de la nación más favorecida en los acuerdos de inversión celebrados por el Perú

En el Perú, el proceso de negociación de acuerdos de inversión comenzó en 1991 y, desde entonces, se ha celebrado un total de 31 tratado bilaterales con distintos países de diferentes regiones y estados de desarrollo. Asimismo, se ha abierto el camino para la celebración de futuros acuerdos más amplios que incluyen, entre otras materias, los temas de inversión (como en el caso del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, el Acuerdo de Complementación Económica con Chile y los inicios de negociaciones con la Unión Europea)⁽⁹⁴⁾.

Si se analiza las cláusulas de la nación más favorecidas en los acuerdos de inversión celebrados por el estado peruano, se podrá observar que estas no son homogéneas y que varían dependiendo del país que se trate⁽⁹⁵⁾. En ese sentido, lo primero que ello nos debe indicar es que no se puede

dar una referencia general respecto del alcance de las obligaciones del Perú en aplicación de la cláusula de la nación más favorecida sino que resultará indispensable analizar cada uno de los acuerdos a fin de determinar el conjunto del marco legal que nos ampara.

A continuación, pasaremos a analizar algunos modelos de cláusula de la nación más favorecida que han sido empleados por el estado peruano.

10.1. Acuerdo Perú-España

El artículo 4 del tratado celebrado entre Perú y España establece que «(...) 2) Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país que goce del tratamiento de nación más favorecida; 3) Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una parte contratante conceda a los inversores de un tercer estado, en virtud de su asociación o participación actual o futura en una zona de libre cambio, una unión aduanera, un mercado común o en virtud de cualquier otro acuerdo internacional de características similares; 4) El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo no se extenderá a deducciones, exenciones fiscales ni a otros privilegios análogos otorgados por cualquiera de las partes contratantes a inversores de terceros

(92) Asunto Nacional Grid PLC contra Argentina. 2006, para. 80.

(93) Asunto Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. contra Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/17, paras. 59 y 64.

(94) El Perú a celebrado BIT con Alemania, Argentina, Australia, Bolivia, Canadá, Colombia, Chile, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, El Salvador, Finlandia, Francia, Italia, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Corea, República Popular China, Rumania, Suecia, Suiza, Tailandia, Venezuela, Singapur, Unión económica de Bélgica y Luxemburgo. Con Estados Unidos, el Perú en 1992 ha celebrado el Convenio Financiero sobre Incentivos a las Inversiones (OPIC, siglas en inglés).

(95) BONIFAZ, Gonzalo. *La solución de controversias-inversionistas-estado en el marco de los acuerdos de protección y promoción de la inversión extranjera*. Lima: Academia Diplomática del Perú, 2006. p. 105.

países en virtud de un acuerdo de evitación de doble imposición o de cualquier otro acuerdo en materia de tributación»⁽⁹⁶⁾.

En primer lugar, debemos señalar que la cláusula de la nación más favorecida prevista en el acuerdo no está sometida a condicionalidad alguna y se concede de manera recíproca. Asimismo, la cláusula se encuentra redactada de manera negativa («no será menos favorable») y con carácter general.

Respecto a la identificación de los beneficiarios del trato la cláusula no resulta muy clara. Sin embargo, se puede concluir que se aplica tanto a las inversiones como a los inversores. Respecto de los inversores su aplicación será amplia sin que se haga distinción en función a la participación o control que tengan en la inversión.

Se reconoce excepciones a la aplicación de la cláusula de forma general tratándose de regímenes de integración (con una redacción flexible que permitirá su aplicación a futuras formulas de integración que pudieran establecerse). Asimismo, se ha dejado fuera del alcance de la cláusula el régimen de beneficios tributarios que se puedan conceder a terceros estados, pero siempre que estos se den bajo el marco de un tratado.

Con relación a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a la solución de controversias inversionista-Estado, el Acuerdo no hace referencia alguna.

10.2. Tratado Perú-República Popular China

El artículo 3 del acuerdo entre Perú y China establece que «1) Las inversiones y actividades relacionadas con inversiones de cualquiera de las partes contratantes gozaran de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante; 2) El tratamiento y protección mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no serán menos favorables que los acordados a inversiones de inversionistas de un tercer estado y a actividades

relacionadas con tales inversiones; 3) El tratamiento y protección, mencionados en los párrafos 1 y 2 del presente artículo, no incluirán ningún tratamiento preferencial acordado por la otra Parte Contratante a las inversiones de inversionistas de un tercer estado en base a uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, acuerdos relativos a evitar la doble tributación o para facilitar el comercio fronterizo»⁽⁹⁷⁾.

Asimismo, el artículo 5 prevé que «los inversionistas de una de las Partes Contratantes que sufran pérdidas de sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, por causa de guerra, estado de emergencia nacional, insurrección, revuelta u otros eventos similares, recibirán de la segunda Parte Contratante, si toma las medidas pertinentes, un tratamiento no menos favorable que el acordado por esta a los inversionistas de un tercer Estado».

En primer lugar, debemos señalar que nos encontramos ante una cláusula compleja, ya que, en un mismo tratado, se le dará tratos diferentes a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida dependiendo de los sujetos beneficiarios de esta. Así, respecto de las inversiones de los inversionistas la cláusula tendrá un alcance general, pero tratándose del trato a los inversionistas esta tendrá un alcance restringido.

Por otro lado, el tratado establece la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, pero incorpora junto a ella otras dos instituciones como son el trato justo y equitativo, situación que no se había

(96) El tratado fue celebrado el 10 de noviembre de 1994. Difiere del acuerdo entre Argentina y España en tanto este último establece de manera inicial «en todas las materias regidas por el presente acuerdo» para luego seguir la misma redacción.

(97) El acuerdo fue celebrado el 9 de junio de 1994.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

presentado en los dos anteriores convenios (España y Estados Unidos) los cuales les otorgaban un tratamiento por separado.

Asimismo, en el tratado se establecen excepciones a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en los supuestos en que nos encontremos ante regímenes de integración económica. Sin embargo, a diferencia del de España estas se pueden generar sin que tenga que mediar un tratado que las genere.

En cuanto a la aplicación de la cláusula al régimen de solución de controversias inversionista-Estado, el convenio no hace referencia alguna. Esta situación podrá tener una gran repercusión, ya que el mecanismo de solución de controversias previsto en el acuerdo solo se aplicará de manera automática para los supuestos de controversias que involucren la determinación de la compensación por expropiaciones, mientras que para las demás controversias sobre otras materias se requerirá que las partes manifiesten su consentimiento de querer someterlas al arbitraje del CIADI.

10.3. Acuerdo Perú-Estados Unidos de América⁽⁹⁸⁾

El artículo 10.4. del Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos señala que «1) Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio; 2) Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones»⁽⁹⁹⁾.

En nota al pie de página, las partes establecieron que «para mayor certeza, el trato 'con respecto al establecimiento,

adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones', a que hacen referencia los párrafos 1 y 2 del Artículo 10.4, no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los señalados en la sección B, que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones». En ese sentido, las partes han generado una excepción expresa, a fin de que no queden dudas respecto a su interpretación, por lo que ninguna de las partes se podrá beneficiar de las ventajas adicionales que se hayan pactado o se acuerden en el futuro con terceros Estados.

La cláusula con los Estados Unidos tiene un carácter específico, ya que esta solo se aplicará para determinados supuestos como lo son el «establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio». Asimismo, se ha establecido de manera explícita que para la aplicación del trato de la nación más favorecida se deberá respetar el *same subject matter* previsto bajo el principio de *ejusdem generis*.

A diferencia del tratado con España, este tratado ha establecido de manera precisa a los beneficiarios (tanto al inversionista como a las inversiones), de manera que no se presenten dudas sobre quiénes son los titulares de los derechos en virtud de la aplicación de la cláusula.

En ese sentido, se puede observar que el modelo de cláusula de la nación más favorecida ha variado en gran medida respecto de la contemplada en el acuerdo con España

(98) El texto de la cláusula se repite en el Acuerdo de Complementación Económica con Chile

(99) El tratado fue suscrito el 12 de abril de 2006 y ratificado por el gobierno peruano el 29 de junio de 2006. A la fecha, se encuentra pendiente de ser ratificado por los Estados Unidos.

y China, por lo que el alcance de esta no será el mismo debiendo cada uno de los acuerdos analizarse conforme a su texto.

11. Los laudos bajo el amparo del Convenio CIADI en materia de cláusula de la nación más favorecida

A través del Convenio CIADI⁽¹⁰⁰⁾, se buscó dar respuesta a la necesidad de los inversionistas y de los estados de establecer un mecanismo idóneo en el cual pudieran solucionar sus diferencias y, con ello, incentivar la inversión extranjera. En ese sentido, este mecanismo se presentó como un foro neutral y autónomo que permitiría lograr un «equilibrio» entre los intereses de los inversionistas y de los estados para resolver las diferencias que surjan en materia de inversiones⁽¹⁰¹⁾.

Cabe destacar que el CIADI no resuelve directamente las controversias entre los inversionistas y los estados, sino que es una organización creada por un tratado constitutivo (Convenio de Washington de 1996) de carácter permanente que otorga la posibilidad de que estos (los inversionistas) puedan recurrir a un mecanismo de arbitraje o conciliación institucionalizados. Para ello, el Convenio CIADI contiene un conjunto de reglas que facilitan el establecimiento de estos mecanismos y su desarrollo a través de su infraestructura, recursos humanos, entre otros.

Así, la constitución del Convenio CIADI significó una revolución en el derecho internacional ya que «for the first time a system was instituted under which non-State entities -corporations or individuals- could sue States directly; in which State immunity was much restricted; under which international law could be applied directly to the relationship between the investor and the host State; in which the operation of the local remedies rule was excluded; and in which the tribunal's award would be directly enforceable within the territories of the States parties»⁽¹⁰²⁾.

Cabe destacar que los laudos bajo el marco del Convenio CIADI no constituyen precedentes obligatorios, habiendo señalado el tribunal arbitral en el caso *Enron v. Argentina* que «las decisiones de los tribunales del CIADI no constituyen precedentes vinculantes y de que cada caso debe examinarse a la luz de sus propias circunstancias»⁽¹⁰³⁾. Asimismo, en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. la República de Filipinas*, el tribunal arbitral sostuvo que «The ICSID Convention provides only that

(100) El Convenio CIADI fue suscrito por el estado peruano el 4 de septiembre de 1991 y aprobado mediante Resolución Legislativa 26210, publicada el 10 de julio de 1993. El instrumento de adhesión fue depositado el 9 de agosto de 1993 y entró en vigor para el Perú el 8 de septiembre del mismo año. Cabe destacar que al momento de adherirse al Convenio el estado peruano no formuló reserva alguna en razón de los plazos, el territorio, o las materias que podrían ser sometidas al CIADI.

(101) BROCHES, Aron. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Número 136. Recueil des Cours, 1972. p. 348. No obstante ello, algunos autores critican el carácter neutral del arbitraje en el CIADI señalando que «ICSID is not, today, an independent organization. It is a part of the World Bank group. It is financially and structurally dependant upon the Bank. The President of the World Bank chairs its Administrative Council. The Legal Vice president of the Bank is also Secretary General of ICSID. At the same time, the bank routinely Express specific provisions and obligations and goals, and the role of the investor state process. All of this means, that the independence of ICSID as currently constituted is, from a conflict of interest perspective, undeniably compromised». IISD. *Comments on ICSID Discussion paper*. Disponible en: www.iisd.org/pdf/2004/investment_icsid_response.pdf.

(102) SCHREUER, C. *The ICSID Convention: A Commentary*. Citado por REED, Lucy y otros. *Guide to ICSID Arbitration*. The Netherlands. Kluwer Law International, 2004. p. 5.

(103) *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. v. Republica Argentina*. Decisión sobre jurisdicción (demanda adicional), CIADI arb/01/3, para 25.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

awards rendered under it are binding on the parties (Article 53 (1)), a provision which might be regarded as directed to the res judicata effect of awards rather than their impact as precedents in later cases. In the Tribunal's view, although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State»⁽¹⁰⁴⁾.

Finalmente, en el asunto Suez, el tribunal a fin de reconocer el valor de los laudos precedentes bajo el marco del Convenio CIADI señaló que «si bien estas decisiones [los laudos] no son vinculantes para el presente tribunal, son ciertamente instructivas»⁽¹⁰⁵⁾. En ese sentido, aunque los laudos no constituyan precedentes obligatorios estos constituyen una guía para evaluar los casos que en el futuro se presenten.

A continuación, pasaremos a analizar las dos principales corrientes que se han presentado en la jurisprudencia referida a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado. Sin embargo, debemos hacer la advertencia de que «it is fair to say that the recent decisions have not been unanimous, either in their results or their analytic methodology»⁽¹⁰⁶⁾.

11.1. El asunto Maffezini

El primer laudo que aborda de manera directa el tema de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a la solución de controversias inversionista-Estado se presentó en el caso de Emilio Maffezini contra el Reino de España, en virtud del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproco de Inversiones celebrados entre Argentina y España⁽¹⁰⁷⁾. La solicitud se presentó a propósito de la controversia

suscitada por el tratamiento que supuestamente recibió el demandante por parte de entidades españolas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región española de Galicia.

En su solicitud, el demandante invocó, en aplicación de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el Acuerdo entre Argentina y España, las disposiciones de un acuerdo bilateral sobre inversiones suscrito entre Chile y España⁽¹⁰⁸⁾, a fin de que, en virtud de la referida cláusula, no se le exigiese el requisito de agotar los recursos internos ante los tribunales españoles, que el tratado entre Argentina y España exigían antes de presentar una solicitud de arbitraje ante el CIADI.

El párrafo segundo del artículo IV del Acuerdo entre Argentina y España establece que «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 país». En ese sentido, el demandante señalaba que los inversionistas chilenos en España recibían un trato más favorable que los argentinos debiendo en virtud de la cláusula de la nación más favorecida serles también aplicables a ellos.

Asimismo, el demandante alegó que, no obstante el Acuerdo de Inversiones entre

(104) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. la República de Filipinas*. CIADI Case ARB/02/6. para. 97.

(105) Asunto Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. contra Argentina. Caso CIADI ARB/03/17. para. 26.

(106) FREYER, Dana y David HERLIHY. *Op. cit.*; p. 61.; «En pratique, les arbitres du CIRDI procèdent au cas par cas et en fonction des cas d'espèce. La question de savoir si la CNPF s'étend à l'arbitrage reste encore controversée!». LABIDI, Hind. *Op. cit.*; p. 44.

(107) El tratado fue celebrado el 3 de octubre de 1991.

(108) El tratado fue celebrado el 2 de octubre de 1991.

Argentina y España estipulaba excepciones al tratamiento de la nación más favorecida, ninguna de estas era aplicable a las disposiciones sobre solución de controversias inversionista-Estado ya que se referían a supuestos de regímenes de integración económica y beneficios tributarios en el marco de acuerdos para evitar la doble imposición tributaria.

Por su parte, España alegó que la referencia a «materias» que figuraba en la cláusula de la nación más favorecida del Acuerdo entre Argentina y España solo podía entenderse como referida a materias de fondo o aspectos sustantivos del tratamiento otorgado a los inversores y no a cuestiones de procedimiento o de jurisdicción, es decir, respecto a los mecanismos de solución de controversias. Asimismo, España alegó que solo si se pudiese demostrar que el hecho de recurrir a tribunales nacionales produjese desventajas objetivas para el inversionista, se podría argumentar que el tratamiento debido tendría esos efectos sustantivos, es decir, que tendría que probarse que el someter la controversia a los tribunales españoles resultaría menos ventajoso para el inversor que recurrir de manera directa al arbitraje del CIADI.

Al momento de resolver, el tribunal consideró que dada la redacción de la cláusula de la nación más favorecida en el Acuerdo entre Argentina y España, la cual no se pronunciaba sobre su aplicación al régimen de solución de controversias, resultaba necesario determinar si dicha omisión respondía a la intención de las partes, o si la extensión de la cláusula a los mecanismos de solución de controversias podía deducirse razonablemente de la práctica de las partes en su tratamiento a los inversionistas extranjeros o de sus propios inversionistas.

Al respecto, el tribunal señaló que «no obstante el hecho de que el tratado básico que contiene la cláusula no se refiere expresamente a la solución de controversias como una materia cubierta por la cláusula de la nación más favorecida, el tribunal considera 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», y agrega que

«estos modernos mecanismos son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales, mientras que los gobiernos receptores han considerado tradicionalmente que ha de preferirse la protección de los tribunales nacionales. La historia de la preparación del Convenio del CIADI ofrece una amplia evidencia de los puntos de vista contradictorios de quienes favorecían el arbitraje y quienes apoyaban políticas afines a diferentes versiones de la Cláusula Calvo».

El tribunal concluyó 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*. Naturalmente, el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea esta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo, se incurriría en contravención de dicho principio».

Frente a esta visión tan amplia en favor de la aplicación de la cláusula de la nación

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

más favorecida a los mecanismos de solución de controversias, el propio tribunal estableció ciertos límites derivados de consideraciones de políticas públicas (orden público). Sin embargo, en sus fundamentos el tribunal no hizo referencia a cuál sería la base jurídica sobre la cual se sustentó, restringiéndose únicamente a señalar algunos supuestos en los cuales procedería la restricción.

Para el Tribunal, estas restricciones aparecerán «en primer lugar, si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento, debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional. Segundo, si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada 'bifurcación del camino', esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, pero en que una vez tomada la decisión esta es definitiva e irrevocable, esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública. En tercer lugar, si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje. Finalmente, si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula, pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes. Sin duda, las partes o los tribunales identificarán otros elementos de política pública que limiten el funcionamiento de la cláusula. En todo caso,

debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra».

Finalmente, el tribunal resolvió el caso señalando que «el Demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles (...) la exigencia de recurrir previamente a los tribunales nacionales contenida en el ABI Argentina-España no responde a un aspecto fundamental de la política pública considerada en el contexto del tratado, de las negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes».

Esta situación ha llevado a algunos autores ha considerar que «the precise boundaries of the Maffezini decision were unclear: in particular, it was not apparent from the decision how the tribunal arrived at its list of exceptions; what other exceptions might exist; or how the Tribunal's reasoning would apply to more narrowly-worded MFN clauses»⁽¹⁰⁹⁾.

Al respecto, Dolzer y Myers han señalado que «all four related to the unexpressed intention of the parties which, according to the Tribunal, overrides any unexpressed intention imported by reason of MFN treatment. Remarkably, the first situation rests upon the unilateral intention of only one party, unlike the other three situations

(109) FREYER, Dana y David HERLIHY. *Op. cit.*; p. 67; GAILLARD, Emmanuel. *Op. cit.*; DOLZER, Rudolf y Ferry MYERS. *After Tecmed: Most favoured nation clauses in investment protection agreements*. En: *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*. Volumen XIX, 2002. p. 52; CRÉPET, Claire. *Op. cit.*; pp. 135-137.

which are based on the discernible will of both parties. The 'policy' of the last three situations is based less on fundamental public policy considerations, but rather on the 'policy' that the specific common intention of the parties should be followed»⁽¹¹⁰⁾.

Luego del pronunciamiento en el asunto Maffezini, se generó una ola de preocupaciones respecto a una posible avalancha de casos bajo el marco del Convenio CIADI, ya que, al ampliar su espectro de aplicación a partir de una interpretación bastante amplia de los alcances de la cláusula de la nación más favorecida, numerosos inversionistas se verían tentados a probar la misma suerte, más aun cuando la cláusula había sido incorporada como una de las piezas fundamentales de los acuerdos de inversión. Sin embargo, hasta la fecha el número de casos que se han presentado en virtud de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida no ha sido tan grande como en un primer momento se esperaba, aunque no por ello se debe descartar su importancia, en particular, si se analizan en comparación con el total del número de casos que se han presentado bajo el Convenio CIADI⁽¹¹¹⁾.

El impacto de la decisión en el asunto Maffezini ha sido muy grande y llevó a los redactores de los acuerdos de inversión a mostrarse más cuidadosos al establecer la cláusula de la nación más favorecida en estos convenios. Así, durante la negociación del Tratado de Libre Comercio entre Centro América y los Estados Unidos (CAFTA, siglas en inglés), las partes acordaron incorporar en los trabajos preparatorios el siguiente texto: «1 The Parties agree that the following footnote is to be included in the negotiating history as a reflection of the Parties' shared understanding of the Most-Favoured-Nation Treatment Article and the Maffezini case. This footnote would be deleted in the final text of the

Agreement. The Parties note the recent decision of the arbitral tribunal in Maffezini (Argentina) v. Kingdom of Spain, which found an unusually broad most-favoured-nation clause in an Argentina-Spain agreement to encompass international dispute resolution procedures. By contrast, the Most-Favoured-Nation Treatment Article of this Agreement is expressly limited in its scope to matters 'with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments'. The Parties share the understanding and intent that this clause does not encompass international dispute resolution mechanisms such as those contained in Section C of this Chapter, and therefore could not reasonably lead to a conclusion similar to that of the Maffezini case; 2) The Parties agree that the following footnote is to be included in the negotiating history as a reflection of the Parties' shared understanding regarding the interpretation of the most-favoured-nation and national treatment obligations. This footnote would be deleted in the final text of the Agreement».

11.2. El asunto Siemens

El 23 de mayo de 2002, la empresa Siemens A.G. (Siemens) presentó ante el CIADI una solicitud de arbitraje contra Argentina alegando la violación del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre Alemania y

(110) *Ibid.*; p. 54. «Mais la distinction entre les dispositions légitimement invocables et celles don't l'extension contreviendrait aux objectifs d'ordre public poursuivis par les États n'est pas aisée. Si elle fait autorité, cette jurisprudence sera délicate à manier». CRÉPET, Claire. *Op. cit.*; p. 131.

(111) TEITELBAUM, Ruth. *Who's afraid of Maffezini? Recent developments in the interpretation of most favoured nation clause*. En: *Journal of International Arbitration*. 2005. pp. 225-238. Las razones de ello, según la autora, se debe a que las cláusulas de la nación más favorecida previstas en los acuerdos de inversión varían significativamente de uno a otro, así como a que finalmente los inversionistas preferirían esperar agotar el plazo de 18 meses en la vía interna para luego presentar el caso evitando poner en riesgo su estrategia de defensa.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

Argentina. Para ello, el demandante se acogió a lo dispuesto por artículo 3 del Tratado que contenía la cláusula de la nación más favorecida⁽¹¹²⁾ a fin de evitar tener que someter de manera previa la controversia a los tribunales locales conforme lo permitía el Tratado celebrado entre Argentina y Chile.

En esta oportunidad, el Tribunal le dio una gran preponderancia al objeto y fin de los tratados de inversión señalando que «el Tratado [entre Argentina y Alemania] no debe ser interpretado ni restrictiva ni libremente, ya que ninguno de estos adverbios forma parte del Artículo 31(1) de la Convención de Viena. El Tribunal debe guiarse por el propósito del Tratado como se expresa en su título y preámbulo. Es un tratado ‘para proteger’ y ‘para fomentar’ inversiones. El preámbulo recoge que las partes han aprobado las disposiciones del Tratado con el propósito de crear condiciones favorables para las inversiones de los ciudadanos o sociedades de uno de los dos Estados en el territorio del otro Estado»⁽¹¹³⁾.

Sobre los argumentos expuestos por el Tribunal, Vesel advierte que «the Tribunal thus expressly anchors its holding in its understanding that the purpose of the treaty as a whole is to ‘protect’ and ‘promote’ investments. While this is not to wrong in itself, one must be wary of placing too much weight on such statement of purpose in BITs, for doing so could lead tribunals to resolve all doubtful questions in favour of investors on the theory that better protection for investors will always be more in keeping with the ‘purpose’ of the treaty. Moreover, while the treaty as a whole may have one purpose, a specific provision may have a separate purpose which is of equal importance to one or both contracting parties (...).»⁽¹¹⁴⁾.

Por otro lado, el Tribunal consideró que la reclamación de una ventaja a través de la cláusula de la nación más favorecida «no conlleva la aceptación de todos los términos del tratado donde se prevé dicha ventaja sean o no considerados ventajosos para quien presenta la reclamación; tampoco conlleva que la parte que reclama la ventaja tenga derecho a todas las ventajas previstas en dicho tratado. El que sea así va a depender de los términos de la CNMF (cláusula de la nación más favorecida) y de otros términos de los tratados involucrados. El Tribunal concuerda con Maffezini en que el beneficiario de la CNMF no puede dejar sin efecto consideraciones de orden público que las partes de un tratado hayan considerado esenciales para llegar al acuerdo. Como ya se ha señalado, el Tribunal opina que las consideraciones de orden público argumentadas por la Demandada no son pertinentes en este caso»⁽¹¹⁵⁾.

Respecto a la aplicación de todo o de parte del tratado que contiene el trato más favorable, el Tribunal acertó al señalar que, en virtud de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, solo se va aplicar aquello que le resulte más favorable para el Estado beneficiario y no el íntegro del texto del tratado. Sin embargo, «the difficulty is in finding a satisfactory middle point

(112) El artículo 3 del Tratado establece que «1) Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados; 2) Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados».

(113) Asunto *Siemens A.G. v. Argentina*. Caso CIADI ARB/02/8. para 81.

(114) VESEL, Scott. *Op. cit.*; p. 166.

(115) Asunto *Siemens A.G. v. Argentina*. Caso CIADI ARB/02/8. para. 109.

between requiring the importation of an entire treaty on the one hand, and allowing claimant to cherry pick individual provisions or even words or phrases out of context»⁽¹¹⁶⁾.

Este punto resulta de suma relevancia, ya que podría presentarse el caso de que, en virtud de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, el beneficiario («cherry picker») pretendiese seleccionar determinados elementos del régimen de solución de controversias y con ello formar un híbrido en el cual no se pueda reconocer el conjunto de derechos y obligaciones a que las partes estén vinculadas.

Asimismo, en su decisión, el Tribunal puso énfasis en el carácter «esencial» que debe tener la materia que se pretende incorporar bajo el amparo de la cláusula de la nación más favorecida en la política del Estado, en particular, al referirse a su aplicación al mecanismo previsto de acudir a la vía interna antes de presentar una solicitud de arbitraje⁽¹¹⁷⁾.

Cabe destacar que, luego de que el Tribunal se pronunciara, los gobiernos de Argentina y Panamá intercambiaron Notas Diplomáticas a fin de presentar una «declaración interpretativa» sobre la cláusula de la nación más favorecida prevista en su tratado de inversiones de 1996. En la referidas Notas, se estableció que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida al mecanismo de solución de controversias se encontraba excluida, y manifestaron que esta había sido siempre su intención.

11.3. El asunto Suez

El 17 de abril de 2003, las empresas Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. presentaron una solicitud de arbitraje al CIADI contra Argentina por la violación del Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones celebrado entre Argentina y España. La solicitud se refería a la expropiación de las

inversiones de las empresas en una concesión para el suministro de agua potable y desagües en la provincia argentina de Santa Fe.

Para ello, las demandantes en aplicación de la cláusula de la nación más favorecida invocaron el Convenio celebrado entre Argentina y Francia⁽¹¹⁸⁾ a fin de que no se les exigiera tener que acudir a la vía interna de los tribunales argentinos de manera previa para presentar la solicitud de arbitraje ante en CIADI.

El Tribunal, al referirse sobre la relevancia de los mecanismos de solución de controversias, señaló que «desde el punto de vista de la promoción y protección de las inversiones, que son los objetivos declarados del TBI Argentina-España, la solución de controversias es tan importante como otras materias reguladas por el TBI y forma parte integrante del régimen de protección de las inversiones que dos Estados soberanos, Argentina y España, han convenido»⁽¹¹⁹⁾.

El Tribunal diferenció el caso del suscitado en el asunto Plama (que desarrollaremos más adelante), señalando que la cláusula de la nación más favorecida en el tratado entre Argentina y España era mucho más amplia que la prevista en el tratado entre Bulgaria y Chipre. Asimismo, indicó que, en el asunto Plama, el Tribunal se guió particularmente por la intención real de las partes contratantes (negociaciones posteriores). Además, el Tribunal expresó

(116) VESEL, Scott. *Op. cit.*; p. 169.

(117) Algunos autores consideran que esto puede constituir una excepción más a las señaladas por el Tribunal en el asunto Maffezini. FREYER, Dana y David HERLIHY. *Op. cit.*; p. 72.

(118) Acuerdo entre Argentina y Francia para la promoción y la protección recíproca de las inversiones, firmado el 3 de julio de 1991, entró en vigor el 3 de marzo de 1993.

(119) Asunto Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e Inter Aguas Servicios Integrales del Agua S.A. contra Argentina. Caso CIADI ARB/03/17. para. 57.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

que, en el asunto Plama, el demandante pretendía sustituir por completo las disposiciones sobre solución de controversias previstas en el Tratado entre Bulgaria y Chipre por el del otro tratado (Carta de la Energía), situación que se diferencia de la prevista en el presente caso en donde se pretendía prescindir de un paso preliminar de acceso al mecanismo arbitral (acudir a los mecanismos internos).

Finalmente, sobre la base del Artículo 4 del Tratado entre Argentina y España, el Tribunal consideró que las empresas demandantes, podían invocar el trato más favorable concedido en el acuerdo entre Argentina y Francia y, por consiguiente, podían iniciar un arbitraje bajo el marco del Convenio CIADI sin necesidad de recurrir primero a los tribunales locales de Argentina.

11.4. El asunto Camuzzi

El 8 de noviembre de 2002, la empresa Camuzzi Internacional S.A. (Camuzzi) presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI contra Argentina en virtud del Tratado para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa⁽¹²⁰⁾ por las medidas adoptadas por el gobierno argentino que modificaron el marco regulatorio de las inversiones en ese país, afectando con ello la inversión realizada por la empresa para el suministro y distribución del gas (suspensión en el aumento de las tarifas, entre otras medidas)⁽¹²¹⁾.

Los demandantes invocaron la cláusula de la nación más favorecida contenida en el artículo 4(1) del Tratado a fin de poder acceder de manera directa al arbitraje bajo el Convenio CIADI sin tener que acudir a los tribunales internos del estado conforme lo prevé el tratado entre Argentina y los Estados Unidos. En el presente caso, Argentina no objetó la reclamación hecha por Camuzzi lo que hizo innecesario que el Tribunal se pronunciara al respecto⁽¹²²⁾.

11.5. Asunto Gas Natural SDG

El 7 de abril de 2003, la empresa Gas Natural SDG S.A. presentó ante el CIADI una solicitud de arbitraje contra Argentina aduciendo el incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversiones entre España y Argentina por las acciones cometidas por el gobierno argentino contra su inversión en materia de distribución de gas.

Para ello, el demandante sostuvo que no estaba obligada a recurrir previamente a la jurisdicción nacional en virtud de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida contemplado en el artículo 4(2) del Tratado entre España y Argentina. En ese sentido, manifestó que Argentina había celebrado más de cincuenta tratados bilaterales de inversión, en donde en solo diez de estos se imponía la obligación de recurrir anteriormente a los tribunales nacionales, citando a modo de ejemplo el Tratado de Promoción y Protección de Inversiones celebrado entre Argentina y los Estados Unidos.

El Tribunal, al momento de resolver, pasó a analizar la importancia de los mecanismos de solución de controversias, en particular el inversionista-Estado y señaló que «a juicio del Tribunal, la historia, primero del Convenio del CIADI, que creó la institución del arbitraje entre inversores y Estados, y, ulteriormente, de la serie de tratados bilaterales de inversiones entre países desarrollados y en desarrollo (y en algunos casos entre países en desarrollo

(120) Convenio entre Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa del 28 de junio de 1990, entró en vigor el 26 de agosto de 1992.

(121) Por acuerdo entre las partes, luego de conformado en Tribunal se decidió formar un solo Tribunal arbitral para que de manera paralela este resolviera la controversia que sostenía la empresa Sempra Energy Internacional (Sempra) contra el estado argentino.

(122) Asunto Camuzzi Internacional S.A. contra Argentina. CIADI, Caso ARB/03/02. para. 121.

inter se), muestra como un componente decisivo -de hecho, quizá el más decisivo- la institución de un sistema de arbitraje internacional independiente para resolver controversias entre los inversores y el Estado donde se efectúa la inversión», y agregó que «la gran mayoría de los tratados bilateral de inversiones, y prácticamente todos los más recientes, prevén un arbitraje internacional independiente para las diferencias entre inversores y estados, trátase del Convenio del CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o convenios similares; y esas disposiciones son universalmente consideradas -por quienes a ellas se oponen y por quienes las promueven- como elementos esenciales de un régimen de protección de inversiones extranjeras directas»⁽¹²³⁾.

Asimismo, el Tribunal consideró que «el hecho de que solo pueda tenerse acceso a ese arbitraje [inversionista-Estado] después de recurrir a los tribunales nacionales y una vez transcurrido un periodo de espera de 18 meses, implica un mecanismo de protección menos amplio que el acceso al arbitraje inmediatamente después de expirado el periodo de negociación»⁽¹²⁴⁾, por lo que, en virtud de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, Gas Natural tenía derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias previsto en el Tratado entre Argentina y los Estados Unidos.

Finalmente, ante la preocupación de las diferentes posiciones asumidas por otros Tribunales sobre la materia, el Tribunal señaló que entendía que «la cuestión referente a la aplicación de una cláusula general de nación más favorecida a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversiones no está exenta de dudas, y que diferentes tribunales, confrontados con hechos y antecedentes sobre negociaciones distintas, pueden llegar a diferentes resultados. No obstante, el Tribunal está convencido de que la intención de las partes del TBI ente España y la Argentina consistía en someter el régimen de solución de controversias a las disposiciones sobre trato de nación más

favorecida, y que nuestro análisis, enunciado en los párrafos 28-30, *supra*, es compatible con el pensamiento actual, expresado en otros recientes laudos arbitrales. A menos que resulte claro que los Estados Parte en un TBI o las partes en un determinado acuerdo sobre inversiones han acordado un método diferente para dar solución a eventuales controversias, deben entenderse aplicables a la solución de controversias las disposiciones de los TBI sobre nación más favorecida»⁽¹²⁵⁾.

11.6. El asunto TECMED

El 28 de julio de 2000, la empresa Técnicas Medioambientales TECMED S.A. (TECMED) presentó una solicitud de arbitraje contra los Estados Unidos Mexicanos en virtud del Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del CIADI, conforme lo preveía el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado por el España y México. La demandante consideraba que la denegación de la renovación de la autorización de funcionamiento del confinamiento controlado para el desecho de residuos peligrosos resultaba una expropiación de su inversión.

Si bien el tema de la cláusula de la nación más favorecida no apareció en la solicitud de arbitraje ni en los argumentos iniciales, la defensa de TECMED en su alegato de cierre acudió al caso Maffezini a fin de exigir la aplicación de esta al encontrarse prevista en el párrafo primero del artículo 8 del Acuerdo, en virtud del trato más favorecido que México le otorga a Austria en su tratado

(123) Asunto Gas Natural SDG S.A. contra Argentina. CIADI Caso ARB/03/10. para 29.

(124) *Ibid.*; para 31.

(125) Asunto Gas Natural SDG S.A. contra Argentina. CIADI Caso ARB/03/10. para 49.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

bilateral de promoción y protección de inversiones celebrado el 29 de junio de 1998.

Al respecto, el Tribunal consideró que este no debía entrar «a analizar las disposiciones de este Tratado a la luz de dicho principio [de la cláusula de la nación más favorecida], pues estima que cuestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del Acuerdo, que en realidad conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional, por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes y determinantes de su aceptación del Acuerdo, ya que atañen directamente, tanto la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero y muy particularmente del contexto jurídico general -nacional o internacional- dentro del cual tal régimen opera, cuanto al acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas que forman tal régimen; y no pueden, por ende, verse desvirtuadas en su aplicación a través del principio de la cláusula de la nación más favorecida»⁽¹²⁶⁾.

En ese sentido, parecería que el Tribunal incorporaría una nueva excepción a las ya señaladas en el caso Maffezini al considerar como uno de los requisitos para la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida que no se trate de una de las materias que por su importancia tenga que ser negociadas por las partes en el acuerdo (como en el caso de la aplicación retroactiva del tratado). Sin embargo, el Tribunal no se pronunció sobre cuáles serían esas materias que por su importancia necesariamente requerirían de ser negociadas.

Al respecto, Dolzer y Myers señalan que «the Tecmed Tribunal effectively adds a further situation to the tour expressly set forth in Maffezini: The Tecmed Tribunal

reasoned that there are certain issues ('the core matters'), which 'must be deemed to be specifically negotiated by the contracting parties'. Among these core issues is the issue of 'the time dimension of application of [the contract's] substantive provisions' (Apparently, matters of procedure are not considered as core issues)»⁽¹²⁷⁾.

La discusión que se presenta frente al Tribunal está relacionada con la aplicación en el tiempo del tratado y no sobre el contenido sustancial de los alcances de la cláusula de la nación más favorecida, por lo que esta decisión no puede interpretarse como contraria a la sostenida en el asunto Maffezini ya que no se pronunció sobre los alcances de la cláusula de la nación más favorecida sino sobre la aplicación en el tiempo del tratado.

11.7. Asunto Salini Construttori

El 12 de agosto de 2002, la empresa Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. presentaron una solicitud de arbitraje ante el CIADI contra el Reino Hashemita de Jordania en virtud del Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre Italia y Jordania debido al incumplimiento de este último del pago por los servicios prestados en un contrato de obras públicas lo que derivaba en una violación de Tratado⁽¹²⁸⁾.

Los demandantes señalaron que, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida prevista en el artículo 3 del acuerdo entre

(126) Asunto de Técnicas Medioambientales TECMED S.A. contra los Estados Unidos de México. CIADI, Caso ARB (AF)/00/2. para. 69; Para Teitelbaum «although the Tecmed tribunal did not entertain the MFN claim, it did not completely reject the Maffezini approach, as it found that the limit on retroactive application of the BIT, unlike other procedural matters, was at the core of the parties' negotiations, or formed part of the parties' specific will. It also suggested that other procedural requirements would not go to the core of matters specifically negotiated, or would not expand the consent to arbitration beyond the limits clearly set forth in the relevant treaty». TEITELBAUM, Ruth. *Op. cit.*; p. 230.

(127) DOLZER, Rudolf y Ferry MYERS. *Op. cit.*; p. 58.

(128) El tratado fue celebrado el 21 de julio de 1996 y entró en vigor el 17 de enero del 2000.

Italia y Jordania, se debía aplicar el artículo 9 del tratado celebrado entre Jordania y los Estados Unidos o el artículo 6 del tratado entre Jordania y el Reino Unido, los cuales indistintamente establecían que el inversionista tenía el derecho de someter las controversias con el Estado receptor al arbitraje previsto en el Convenio CIADI independientemente de que existiese una cláusula en el acuerdo de inversión que previese otro mecanismo de solución de controversias.

Teniendo presente la decisión del Tribunal en el caso Maffezini, Jordania señaló que «in this case, the award 'has given rise to some concern with regard to the possible expansive effects of the extension of a Most-Favoured nation clause to the investors' right to select different forums' (Rejoinder, párrafo 129)». Ante lo cual el Tribunal expresó que «the Arbitral Tribunal in the Maffezini case was probably aware of the risks entailed by such an extension»⁽¹²⁹⁾, y agregó que este compartía «the concerns that have been expressed in numerous quarters with regard to the solution adopted in the Maffezini case. Its fear is that the precautions taken by authors of the award may in practice prove difficult to apply, thereby adding more uncertainties to the risk of 'treaty shopping'»⁽¹³⁰⁾.

Finalmente, el Tribunal consideró que las circunstancias en los casos resultaban diferentes ya que «Article 3 of the BIT between Italy and Jordan does not include any provision extending its scope of application to dispute settlement. It does not envisage 'all rights or all matters covered by the agreement'. Furthermore, the Claimants have submitted nothing from which it might be established that the common intention of the Parties was to have the most-favoured-nation clause apply to dispute settlement. Quite on the contrary, the intention as expressed in Article 9(2) of the BIT was to exclude from ICSID jurisdiction contractual disputes between an investor and an entity of a State Party in order that such disputes might be settled in accordance with the procedures set forth in the investment agreements. Lastly, the Claimants

have not cited any practice in Jordan or Italy in support of their claims»⁽¹³¹⁾.

11.8. Asunto Plama Consortium Limited

El 24 de diciembre de 2002, la empresa Plama Consortium Limited (Plama) presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI contra la República de Bulgaria por las medidas adoptadas por el gobierno búlgaro en contra de la inversión que efectuara en el procesamiento y refinación de petróleo.

La empresa sustentó su solicitud de arbitraje en función de lo establecido por la Carta de la Energía⁽¹³²⁾ y en su defecto por la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida prevista en el artículo 3 del Tratado de Promoción y Protección de la Inversión celebrado entre Bulgaria y la República de Chipre y el trato concedido a favor de Finlandia en el Tratado bilateral entre Bulgaria y Finlandia en materia de inversiones. Es sobre la base de esta segunda fuente (los tratados bilaterales) que pasaremos a exponer los argumentos del Tribunal.

En su análisis, el Tribunal señaló que la intención de incorporar en los alcances de la cláusula de la nación más favorecida el sistema de solución de controversias debe quedar establecida de manera clara y sin ambigüedades⁽¹³³⁾. Asimismo, frente a la posibilidad de que el inversionista pueda verse ante diversos mecanismos de solución de controversias en función de la aplicación de los tratados consideró que «the doubt as to the relevance of the MFN

(129) Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra el Reino Hashemira de Jordania. CIADI, Caso ARB/02/13. para. 114.

(130) *Ibid.*; para. 115.

(131) *Ibid.*; para. 118.

(132) Bulgaria ratificó la Carta de la Energía el 15 de noviembre de 1996.

(133) Asunto Plama Consortium Limited contra Republica de Bulgaria. CIADI Caso ARB/03/24.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

clause in one BIT to the incorporation of dispute resolution provisions in other agreements is compounded by the difficulty of applying an objective test to the issue of what is more favourable. The Claimant argues that it is obviously more favourable for the investor to have a choice among different dispute resolution mechanisms, and to have the entire dispute resolved by arbitration as provided in the Bulgaria-Finland BIT, than to be confined to *ad hoc* arbitration limited to the *quantum* of compensation for expropriation. The Tribunal is inclined to agree with the Claimant that in this particular case, a choice is better than no choice. But what if one BIT provides for UNCITRAL arbitration and another provides for ICSID? Which is more favourable?»⁽¹³⁴⁾, y agrega que «the Claimant has relied on a number of cases that it believes support its interpretation. It is to be noted, however, that in none of these cases was it held that the dispute settlement provisions in the basic treaty are replaced in toto by the dispute settlement provisions contained in the other treaty through operation of the MFN provision in the basic treaty»⁽¹³⁵⁾.

En ese sentido, el Tribunal consideró que «the present Tribunal fails to see how harmonization of dispute settlement provisions can be achieved by reliance on the MFN provision. Rather, the «basket of treatment» and «self-adaptation of an MFN provision» in relation to dispute settlement provisions (as alleged by the Claimant) has as effect that an investor has the option to pick and choose provisions from the various BIT. If that were true, a host state which has not specifically agreed thereto can be confronted with a large number of permutations of dispute settlement provisions from the various BIT which it has concluded. Such a chaotic situation -actually counterproductive to harmonization- cannot be the presumed intent of Contracting Parties»⁽¹³⁶⁾.

En cuanto a los argumentos expuestos en el caso Maffezini para limitar el alcance de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, el Tribunal señaló que «the present Tribunal was puzzled as to what the

origin of these ‘public policy considerations’ is. When asked by the Tribunal at the Hearing, counsel for the Claimant responded: ‘They just made it up’. [D2.134]. The present Tribunal does not wish to go that far in its appraisal of the Maffezini decision. Rather, it seems that the effect of the ‘public policy considerations’ is that they take away much of the breadth of the preceding observations made by the tribunal in Maffezini», y agrega que «An MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them»⁽¹³⁷⁾.

Sin embargo, el Tribunal señaló que «the decision in Maffezini is perhaps understandable. The case concerned a curious requirement that during the first 18 months the dispute be tried in the local courts. The present Tribunal sympathizes with a tribunal that attempts to neutralize such a provision that is nonsensical from a practical point of view. However, such exceptional circumstances should not be treated as a statement of general principle guiding future tribunals in other cases where exceptional circumstances are not present»⁽¹³⁸⁾, y agrega que «the present Tribunal agrees with that observation, albeit that the principle with multiple exceptions as stated by the tribunal in the Maffezini case should instead be a different principle with one, single exception: an MFN provision in

(134) *Ibid.*

(135) *Ibid.*; para. 186.

(136) *Ibid.*; para. 219.

(137) *Ibid.*; para. 223.

(138) *Ibid.*; para. 224.

a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them»⁽¹³⁹⁾.

Este pronunciamiento tampoco nos aclara el panorama, ya que no se especifica cuál será el grado de explicitación que se requerirá para establecer que las partes querían incorporar el sistema de solución de controversias en aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a menos, claro está, que esto sea establecido de manera expresa en el acuerdo.

Finalmente, al referirse al asunto Siemens, el Tribunal señaló que «actually, the Siemens decision illustrates the danger caused by the manner in which the Maffezini decision has approached the question: the principle is retained in the form of a 'string citation' of principle and the exceptions are relegated to a brief examination, prone to falling soon into oblivion (Decision, at paragraphs 105, 109 and 120)»⁽¹⁴⁰⁾.

11.9. Asunto Yaung Chi Oo Trading

El 29 de junio de 2000 la empresa Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. presentó una solicitud de arbitraje contra Myanmar de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de Promoción y Protección de Inversiones en el marco del ASEAN (Asociación de Países del Sudeste Asiático), por los actos de expropiación sufridos por parte de las autoridades de Myanmar a su inversión destinada a la elaboración de cerveza⁽¹⁴¹⁾.

La demandante alegó que se le debía conceder el trato de la nación más favorecida contenida en el artículo 8 del Acuerdo de Inversión ASEAN debido al trato otorgado por Myanmar a Filipinas a través del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproco de Inversiones. Al respecto, el Tribunal

consideró que este argumento había sido presentada fuera de tiempo, debiendo, en todo caso, haber sido argüido al momento de iniciar el proceso arbitral (supuesto similar al caso antes visto de TECMED), por lo que no se pronunció al respecto.

Sin embargo, el Tribunal acotó que no existía ninguna indicación de que este tendría jurisdicción para analizar los hechos alegados bajo ningún Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones que hubiere sido suscrito por Myanmar al momento en que surgió la controversia⁽¹⁴²⁾.

11.10. Asunto National Grid

El 25 de abril de 2003, la empresa National Grid Transco plc. (National Grid) solicitó la iniciación de un procedimiento de arbitraje contra Argentina conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, según lo previsto en el artículo 3 (2) del Convenio celebrado entre el Reino Unido y Argentina para la Promoción y la Protección de Inversiones⁽¹⁴³⁾ por los actos cometidos por el gobierno argentino que afectaron sus inversiones en el sector de producción y transmisión de energía eléctrica. Si bien en el presente caso no estamos ante un arbitraje seguido bajo el marco del Convenio CIADI, las partes en la controversia acordaron solicitar al Secretariado del CIADI los servicios administrativos del centro para el procedimiento de este.

(139) *Ibid.*

(140) *Ibid.*; para. 226.

(141) Cabe destacar que Myanmar se adhirió al ASEAN el 23 de julio de 1997 convirtiéndose en parte del acuerdo marco de inversiones el cual entró en vigor el 21 de junio de 1999.

(142) Asunto Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. contra Myanmar. ASEAN Case ARB/01/1, 2003. para 83.

(143) Tratado suscrito el 11 de diciembre de 1990, entró en vigencia el 19 de febrero de 1993.

Italo Carrano Tarrillo y Gonzalo Bonifaz

La demandante reclamó los beneficios del artículo VII(2) del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre los Estados Unidos y la República Argentina, el cual no exigía tener que acudir de manera previa a los tribunales internos de Argentina antes de presentar la solicitud de arbitraje.

Debido a la diferencia de redacción de la cláusula de la nación más favorecida entre los acuerdos celebrados por Argentina con España y Reino Unido, el Tribunal señaló que, para dar respuesta a la cuestión, debía considerar «la práctica ulterior de las partes del Tratado y el contenido sustancial del trato dentro de la protección acordada a los

inversores por los TBI»⁽¹⁴⁴⁾. Tras analizar la decisión en el caso Maffezini sobre el particular, el Tribunal señaló que este coincidía «con las equilibradas consideraciones de la decisión del caso Maffezini en su interpretación de la cláusula NMF y con la preocupación de que la cláusula NMF no se amplíe de forma impropia. Es evidente que algunos demandantes han tratado de ampliarla más allá de sus límites pertinentes»⁽¹⁴⁵⁾.

Finalmente, el Tribunal consideró que «dentro del contexto en el cual la Demandada ha consentido someter al arbitraje el tipo de diferencias que plantea la Demandante, el 'trato' previsto en la cláusula NMF del Tratado permite a los inversores del Reino Unido en la República Argentina recurrir al arbitraje sin tener que comparecer previamente ante los tribunales argentinos, tal como lo autoriza el TBI Estados Unidos-Argentina. Por lo tanto, el Tribunal rechaza esta excepción a su competencia»⁽¹⁴⁶⁾.

(144) Asunto National Grid Transco plc contra Argentina. para. 84.

(145) *Ibid.*; para. 92.

(146) *Ibid.*; para. 93.