

Article

La cláusula de la nación más favorecida según la Comisión de Derecho Internacional *(In Spanish)*



Antonio Remiro Brotons

Emeritus International Public Law in the Autonomous University of Madrid. Member of the Institut de Droit International. He has been counsel and lawyer for different Latin American countries and Spain before the International Court of Justice and arbitral tribunals. He has been Lecturer at several higher education and research institutions, among them Panthéon-Assas University, the Graduate Institute of International and Development Studies of Geneva, El Colegio de México and the Hague Academy of International Law.

Received 9 September 2021, Accepted 23 September 2021

KEYWORDS:

Exhaustion of domestic remedies, ICSID, Most Favored Nation Clause (types), International Law Commission, International Court of Justice, GATT, Incorporation by reference, Investment/Investor, WTO, Developing countries, Reciprocity, Ejusdem generis Rule, Rules of interpretation, Procedural Rules, Bilateral Investment Treaties (models) National Treatment, Treatment no less favorable, Arbitral Tribunals.

ABSTRACT:

International economic law has not been the object of particular attention by the International Law Commission. The only point that has been dealt with is the one related to the so-called Most Favored Nation Clause. In 1978 the Commission elaborated a draft of articles, trying to induce from a practice of bilateral treaties useful rules for future negotiators and legal operators. The draft did not go further for different reasons. Years later, in 2006, the Commission decided to revisit the Clause, considering its massive inclusion in bilateral investment treaties and the problems raised by its interpretation. Focusing on the practice of arbitral tribunals, the Commission wondered, among other questions, about the scope of the Clause, an issue that revolved around the interpretation of the ejusdem generis rule and raised the central and highly controversial point of its applicability to procedural rules. The Commission understands that the Clause is applicable to the provisions on dispute settlement if that is the will of the parties and encourages the States to make it explicit; if not, the courts will have to do it. To facilitate its task the Commission proposes a series of factors. The Clause cannot, however, be invoked to alter the jurisdiction of the courts or the limits *ratione personae, materiae* and *temporis* of the treaty. Drawing the line between the jurisdiction of the court and the admissibility of the claim may be a complex task. The Commission concludes, in 2015, that the Clause has not changed in nature since the 1978 draft was adopted. It is up to the States that negotiate the Most Favored Nation Clauses to decide whether or not they should include the provisions related to dispute settlement; failing that, the courts must do so, case by case, in accordance with the rules of interpretation codified in articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), without it being

possible to simply transfer the interpretation of the Clause inserted in one treaty to that of another, even if its wording is identical.

PALABRAS CLAVES:

Agotamiento de recursos internos, CIADI, Cláusula de la Nación Más Favorecida (clases), Comisión de Derecho Internacional, Corte Internacional de Justicia, GATT, Incorporación por referencia, Inversión/Inversor, OMC, Países en desarrollo, Reciprocidad, Regla ejusdem generis, Reglas de interpretación, Reglas procesales, Tratados bilaterales de inversiones (modelos) Tratamiento Nacional, Tratamiento no menos favorable, Tribunales arbitrales

MOTS CLES :

épuisement des recours internes, CIRDI, clause de la nation la plus favorisée (types), Commission de droit international, Cour internationale de Justice, GATT, incorporation par renvoi, investissement/ investisseur, OMC, pays en développement, réciprocité, règle ejusdem generis, règles d'interprétation, règles procédurales, traités bilatéraux d'investissement (modèles), traitement national, traitement non moins favorable, tribunaux arbitraux

RESUMEN:

El Derecho internacional económico no ha sido objeto de la particular atención de la Comisión de Derecho Internacional. El único punto del que se ha ocupado es el relativo a la llamada Cláusula de la Nación Más Favorecida. En 1978 elaboró un proyecto de artículos, tratando de inducir de una práctica de tratados bilaterales reglas de carácter dispositivo útiles para futuros negociadores y operadores jurídicos. El proyecto no se convirtió en tratado por diferentes razones. Años después, en 2006, la Comisión decidió ocuparse de nuevo de la Cláusula, considerando su inclusión masiva en los tratados bilaterales de inversiones y los problemas que planteaba su interpretación. Centrándose en la práctica de los tribunales arbitrales, la Comisión se preguntó, entre otras cuestiones, por el alcance de la Cláusula, cuestión que giraba en torno a la interpretación de la regla ejusdem generis y suscitaba el punto, central y muy controvertido, de su aplicabilidad a las reglas de carácter procesal. La Comisión entiende que la Cláusula es aplicable a las disposiciones sobre arreglo de diferencias si esa es la voluntad de las partes y alienta a los Estados a que lo expliciten; si no, deberán hacerlo los tribunales. Para facilitar su tarea la Comisión propone una serie de factores. La Cláusula no puede, sin embargo, ser invocada para alterar la competencia de los tribunales ni los límites *ratione personae*, *materiae* y *temporis* del tratado. Fijar la línea entre la competencia del tribunal y la admisibilidad de la demanda puede ser una tarea compleja. La Comisión concluye, en 2015, que la Cláusula no ha cambiado de naturaleza desde que se adoptó el proyecto de 1978; compete a los Estados que negocian las Cláusulas de la Nación Más Favorecida decidir si éstas deben incluir o no las disposiciones relativas al arreglo de diferencias; en su defecto, deberán hacerlo los tribunales, caso por caso, conforme a las reglas de interpretación codificadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados (1969), esto es, de acuerdo con sus propios términos, dentro de su contexto y conforme a su objeto y fin, sin que quepa trasladar sin más la interpretación de la Cláusula inserta en un tratado a la de otro, aunque su redacción sea idéntica.

RESUME :

Le droit international économique n'a pas fait l'objet d'une attention particulière de la Commission de droit international. Le seul point traité a été celui de la clause dite de la nation la plus favorisée. En 1978, la Commission avait élaboré un projet d'articles essayant d'induire d'une pratique de traités bilatéraux des règles de caractère dispositif utiles pour les négociateurs et les opérateurs juridiques dans l'avenir. Le projet n'a pas conduit à l'adoption d'un traité pour différentes raisons. Quelques années plus tard, en 2006, la Commission a décidé de s'occuper à nouveau de la clause tenant en compte son inclusion massive dans les traités bilatéraux d'investissement et les problèmes de son interprétation. La Commission, concentrée sur la pratique des tribunaux arbitraux, s'est interrogé, parmi d'autres questions, sur la portée de la clause, un sujet lié à l'interprétation de la règle ejusdem generis, et ce qui suscitait le point, central et très controversé, de son applicabilité aux règles de caractère procédural. La Commission considère que la clause est applicable aux dispositions sur le règlement des différends si telle est la volonté des parties, et elle encourage aux états à l'exprimer ; autrement, ce sont les tribunaux arbitraux qui devront le faire. La Commission propose une série de facteurs afin de faciliter la tâche. La clause ne peut toutefois pas être invoquée pour modifier la compétence des tribunaux ou les limites *ratione personae*, *materiae* et *temporis* du traité. Établir la ligne entre la compétence du tribunal et la recevabilité de la requête peut être une tâche complexe. La Commission a conclu en 2015 que la nature de la clause n'a pas changé depuis l'adoption du projet de 1978. Il appartient aux états qui négocient les clauses de la nation la plus favorisée de décider si ces clauses doivent inclure des dispositions relatives au règlement des différends. Sinon, ce sont les tribunaux qui devront le faire, cas par cas, conformément aux règles d'interprétation codifiées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), c'est-à-dire, conformément au sens ordinaire de ses termes, dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, sans pouvoir transférer l'interprétation de la clause d'un traité à un autre traité même si la rédaction est identique.

CREATIVE COMMONS
LICENSE



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

CONTENTS:

1 MARCO DE REFERENCIA; 2 SOBRE LA NATURALEZA Y ALCANCE DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA; 3 SOBRE EL “NO” CONVENIO DE CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO EN SEDE DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL; 4 LA REACTIVACIÓN DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA POR PARTE DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL A PARTIR DEL AÑO 2006; 5 EL ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN A LA LUZ DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES; 6 CUESTIONES ABORDADAS POR LOS TRIBUNALES EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA MÁS FAVORECIDA SEGÚN LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL; 7 CONCLUSIONES DEL GRUPO DE ESTUDIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL; 8 BIBLIOGRAFÍA

1 MARCO DE REFERENCIA

El Derecho internacional económico no ha sido, precisamente, objeto de la particular atención de la Comisión de Derecho Internacional en su tarea de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional. El único punto dentro de ese rubro del que se ha ocupado a lo largo de los años es el relativo a la llamada cláusula de la nación más favorecida (CNF), primero entre 1967 y 1978, siendo su fruto un proyecto de artículos sin fortuna ¹, y luego, entre 2009 y 2015, cuando se conformó con la adopción del resumen y conclusiones del informe final de un grupo de estudio ².

La cláusula de la nación más favorecida es una de las técnicas indirectas -como también lo son las cláusulas de tratamiento nacional y de reciprocidad- de las que puede servirse un tratado para determinar el contenido concreto de derechos y obligaciones de las partes y de sus beneficiarios. Su propósito, en septuagenarias palabras de la Corte Internacional de Justicia, en la sentencia de 27 de agosto de 1952 que dirimió la controversia surgida entre Estados Unidos y Francia sobre los derechos de los nacionales del primero en un Marruecos bajo protectorado francés, es establecer y mantener en todo momento una igualdad fundamental, sin discriminación entre los países interesados, evitando situaciones de relativa desventaja respecto de terceros que han negociado con más habilidad o posteriormente ³.

El proyecto de 1978 se elaboró sobre una práctica de tratados bilaterales de amistad, comercio, navegación y relaciones consulares, que eran su nicho tradicional. Se trataba de inducir una serie de reglas que, con carácter dispositivo (art.29), sirviese a los negociadores para precisar la redacción de las CNF y facilitase su interpretación por los operadores jurídicos.

En absoluto se pretendió alumbrar una norma de derecho internacional general aplicable en defecto de una obligación asumida mediante tratado (art.7). El proyecto advertía que no cabía una aplicación retroactiva de sus artículos -lo que no dejaba de ser superfluo, dado el carácter dispositivo de sus reglas- y dejaba a salvo los supuestos de sucesión de Estados, responsabilidad internacional o apertura de hostilidades (arts. 27 y 28).

¹ La Comisión de Derecho Internacional se interesó por vez primera en la CNF en 1964 en el marco del examen de “Los tratados y los terceros Estados”. En 1967, considerando su importancia como instrumento de política comercial, la Comisión decidió inscribir la cuestión de “la CNF en el derecho de los tratados” en su programa de trabajo. Once años después, en 1978, aprobó un proyecto de artículos que elevó a la Asamblea General de las Naciones Unidas. En los diez años siguientes la Asamblea General invitó a los Estados miembros a formular observaciones. Finalmente, en 1991 (decisión 46/416, de 9 de diciembre de 1991), acordó dar carpetazo al proyecto “trasladando(lo)... a la atención de los Estados miembros y Organizaciones intergubernamentales interesadas a fin de que, en su caso, lo tomen en consideración según convenga”.

² En 2006 el grupo de trabajo sobre el programa a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional se planteó la oportunidad de volver sobre la CNF. Al año siguiente un grupo de trabajo informal examinó la cuestión. En 2008 la Comisión decidió inscribirla en su programa. En 2009 constituyó un grupo de estudio. Su fruto fue un informe final cuyo resumen y conclusiones adoptó la Comisión el 23 de julio de 2015.

³ Véase en ICJ Reports, 1952, p. 176 ss.

Ocioso es decir que los derechos de las partes y beneficiarios de una CNF tienen su base en el tratado que la inserta, como ya advirtió la Corte Internacional de Justicia en la sentencia de 22 de julio de 1952 al resolver sobre las excepciones preliminares planteadas por Irán en el caso de la Anglo-Iranian Co. planteado por el Reino Unido ⁴, y que el tratamiento más favorable que se busca se encuentra en los tratados suscritos con terceros por quien(es) lo concede(n), aunque no ha de descartarse que dicho tratamiento se localice, a menos que se desprenda otra intención de las partes, en la legislación o prácticas internas (fuente natural, por otro lado, de la llamada cláusula de tratamiento nacional).

El tratamiento de la nación más favorecida es -a diferencia de la incorporación por referencia- cambiante, ya que cambiantes -además de indeterminados- son los textos a los que remite.

Consecuentemente, el trato recibido en virtud de la CNF puede no sólo mejorar, sino también empeorar, a no ser que de la redacción de una concreta cláusula se desprenda la consolidación de las ventajas (v., por ej., art. II.1 GATT). En el asunto, ya mencionado, de los Derechos de los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos, la Corte consideró incompatible con la intención de las partes la pretensión norteamericana de seguir beneficiándose de tratados consulares concertados por Marruecos con terceros países, ya terminados.

2 SOBRE LA NATURALEZA Y ALCANCE DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

La cláusula de nación más favorecida puede ser unilateral o sinalagmática.

- a. En el primer caso, sólo una de las partes concede a la otra (u otras) el trato de la nación más favorecida; en el segundo, las partes se conceden mutuamente dicho trato. Las cláusulas unilaterales se vinculan históricamente a relaciones desiguales (por ej., entre las partes en un tratado de paz, con vencedores y vencidos), pero pueden responder a otras circunstancias, como la naturaleza de las cosas (por ej., el disfrute de una vía fluvial o un canal de navegación) o un propósito asistencial (cuando la concede un país desarrollado a otro en vías de desarrollo). Cabe que la unilateralidad sea puramente formal, si el Estado que concede el trato más favorable se cobra la gracia por otras vías.
- b. En cuanto a las cláusulas sinalagmáticas, los beneficios que las partes obtienen de ellas pueden no ser equiparables, pues las cláusulas operan desigualmente, según sea el nivel de trato de cada una de ellas con terceros y los límites y excepciones que incorporen.

Asimismo, las CNF pueden ser incondicionales o condicionadas. La condición más característica de las sinalagmáticas es la del trato recíproco, por la que se concede al beneficiario el trato del tercero más favorecido siempre que esté dispuesto a pagar con la misma moneda o su equivalente al concedente ⁵.

En cuanto al alcance de la cláusula, los negociadores gozan de libertad para precisar su objeto material, los beneficiarios y la identidad de los terceros que sirvan de referencia. Los problemas surgen cuando la cláusula calla o es incompleta. El límite objetivo más característico se encuentra en la regla *eiusdem generis*, según la cual la disposición cuyo

⁴ Véase en I.C.J. Reports, 1952, p.93 ss.

⁵ El proyecto de 1978 distingue entre cláusulas *incondicionales*, cláusulas *condicionadas* y cláusulas sometidas a la condición de *trato recíproco* (arts. 11, 12 y 13). El proyecto ofrece algunas precisiones (arts. 15, 16, 18, 22) expresa la cohabitación de la CNF con la cláusula de tratamiento nacional (art. 19) y se ocupa del factor tiempo (nacimiento, suspensión y terminación) de los diferentes tipos de CNF (arts. 20 y 21).

beneficio se pretende ha de identificarse con el objeto propio de la cláusula, el cual se presume -en defecto de otra intención de las partes- coincidente con el del tratado en que se inserta. La regla no es de fácil aplicación, como veremos a continuación.

3 SOBRE EL “NO” CONVENIO DE CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO EN SEDE DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

El proyecto de artículos de la Comisión no condujo a la convocatoria de una Conferencia intergubernamental que hiciera de él un nuevo Convenio de codificación y desarrollo progresivo.

Entre las razones que se han dado cabe mencionar:

- a. El recelo de un buen número de Estados ante la falta de una disposición específica sobre la excepción de las uniones aduaneras y el temor de que el proyecto de artículos fuera un obstáculo para los procesos de integración regional. Los objetivos de los miembros de una unión aduanera o de una zona de libre cambio, se verían, en efecto, frustrados si Estados ajenos pudieran acceder a sus ventajas en virtud de una CNF. De ahí la exclusión del supuesto en la práctica totalidad de los tratados (el propio GATT lo recoge en su art. XXIV). Si dicha práctica es, para unos, la prueba de una norma general que salva la imprevisión de los negociadores, para otros demuestra todo lo contrario. En 1978 la Comisión de Derecho Internacional no se atrevió a mencionar la excepción como norma general dada la oposición de los países -entonces- socialistas.
- b. La percepción de que protegía insuficientemente los intereses de los países en desarrollo; y ello a pesar de que el proyecto incorpora reglas especiales en relación con estos países (sistema de preferencias generalizadas, acuerdos entre Estados en desarrollo dentro de organizaciones intergubernamentales propias, reglas sobrevenidas en beneficio de estos países) (arts. 23, 24, 30); así como con el tráfico fronterizo (art. 25) y los países mediterráneos (art. 26). La cláusula de nación más favorecida clásica -sustancialmente un medio para asegurar la no discriminación entre Estados o los beneficiarios de una determinada regulación- no parece idónea en relaciones con partes desiguales; de ahí que en las relaciones de países desarrollados con países en desarrollo se aplique el principio contrario, el de la discriminación, que se traduce en una especie de desigualdad compensadora, principio esencial del nuevo orden económico internacional que hizo su camino al hilo del proceso de descolonización. Esto daría pie a las CNF de dirección única, concedidas por los países desarrollados a los países en vías de desarrollo sobre bases, a su vez, no discriminatorias entre quienes pertenecían a una misma categoría. El tratamiento preferencial de los países en vías de desarrollo por los países desarrollados, sin reciprocidad, es un componente del sistema GATT (y hoy de la OMC).
- c. La impresión de que no expresaba con claridad la compleja relación entre las CNF de los tratados bilaterales y los tratados multilaterales

4 LA REACTIVACIÓN DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA POR PARTE DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL A PARTIR DEL AÑO 2006

Varios fueron los motivos por los que en 2006 la Comisión de Derecho Internacional decidió ocuparse de nuevo de la CFN, destacando entre ellos:

- a. La extensión del campo de aplicación de las CNF, que ya eran piedra angular del GATT (art. I), en el marco de los acuerdos OMC.
- b. La inclusión masiva de las CNF en los tratados bilaterales de inversiones y acuerdos de integración regional que prosperaron a partir de la década de los ochenta del pasado siglo; y,
- c. los problemas que en la práctica venía planteando la interpretación de las CNF llegado el momento de su aplicación, especialmente en relación con los mencionados tratados de inversiones, dados los pronunciamientos divergentes y hasta contradictorios de los tribunales arbitrales.

La Comisión tuvo muy pronto claro, teniendo en cuenta las observaciones de un buen número de Estados, que no se trataba ahora de revisar y actualizar el proyecto de artículos de 1978, que seguía siendo una base válida como punto de partida, sino de orientar a los negociadores de tratados susceptibles de incluir CNF y de identificar las tendencias que la práctica, especialmente en la aplicación de los tratados de inversiones, revelaba sobre su interpretación.

El grupo de estudio se desprendió enseguida, justificadamente, del examen de la CNF en el marco de la OMC. La CNF -multilateral, automática e incondicional- baña todo el sistema, primero del GATT y, luego, de la OMC. Del comercio de bienes se extendió a los servicios y a los aspectos comerciales de los derechos de la propiedad intelectual. Con excepciones: uniones aduaneras y zonas de libre cambio, medidas de salvaguardia, tratamiento especial y diferenciado de algunos supuestos... El grupo de estudio entendió que esta Organización cuenta con un sistema cerrado de arreglo de controversias capaz de unificar doctrina.

5 EL ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN A LA LUZ DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES

No era esa, en cambio, la situación de los tribunales arbitrales llamados a decidir sobre las diferencias nacidas de la aplicación de los tratados bilaterales de inversiones. De ahí que el grupo de estudio se volcara en la práctica de esos tribunales, a la que dedicó la parte más extensa de su informe.

Tres son los aspectos que, particularmente le interesan desde el punto de vista de su aplicación e interpretación:

- i. la definición del beneficiario de la cláusula;
- ii. la definición del tratamiento que se impone; y,
- iii. la definición de su alcance, aspecto éste el más controvertido.

5.1 LA DEFINICIÓN DEL BENEFICIARIO DE LA CLÁUSULA;

En relación con el primer aspecto, recordemos lo que dispone el proyecto de artículos de 1978. Según el proyecto, al acordar la CNF un Estado contrae la obligación de otorgar a otro (o a las personas o cosas que se encuentran en una relación determinada con él), un trato no menos favorable que el tratamiento más favorable conferido a un tercer Estado (o a las personas o cosas que guardan con éste idéntica o análoga relación) (v. arts. 4 y 5). La definición ha sido criticada por su falta de claridad: ¿de qué personas se trata? ¿de qué cosas? ¿de qué relación? El principio ejusdem generis o de especialidad es el a veces endiablado eje sobre el que gira la aplicación de la cláusula (arts. 9 y 10).

Centrado en los tratados bilaterales de protección de inversiones, el informe del grupo de estudio entiende que los beneficiarios son, en este caso, las inversiones y/o los inversores de un Estado, en circunstancias similares a las inversiones y/o inversores del

tercer Estado y satisfaciendo el principio ejusdem generis. El problema de definir que se entienda por inversor e inversión tiene un carácter general que rebasa el ámbito de la CNF.

5.2 LA DEFINICIÓN DEL TRATAMIENTO QUE SE IMPONE

En relación con el segundo aspecto, cabe preguntarse en qué consiste un tratamiento no menos favorable. No obstante, en último término, las dudas que puede plantear la comparación entre el tratamiento previsto en el tratado suscrito por el Estado que contiene la CNF y el tratamiento que ofrece el tratado suscrito con el tercer Estado se resuelven atendiendo a la voluntad del beneficiario, pues es éste el que al invocar la CNF está haciendo su propio juicio de valor estimando que le conviene su aplicación (aunque objetivamente puede que no sea así).

5.3 LA DEFINICIÓN DE SU ALCANCE

El tercer aspecto es, como ya hemos advertido, el más problemático.

Como ya se decía -y dice- en el artículo 9 del proyecto de 1978, una CNF permite adquirir únicamente los derechos que entran dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula. Se trata de la regla ejusdem generis. Partiendo de esta base, ¿es aplicable la CNF a las reglas de carácter procesal o sólo a las reglas sustantivas o de fondo?

Esta interrogante-árbol cuenta con ramificaciones: 1) ¿permite la CNF invocar un procedimiento de arreglo de diferencias no previsto en el tratado de base, pero sí en el tratado suscrito con el tercer Estado?; 2) ¿permite la CNF extender un procedimiento de arreglo a diferencias no previstas en el tratado de base, pero sí por el tratado suscrito con el tercer Estado?; y, 3) permite la CNF prescindir del plazo de espera (seis, doce, dieciocho meses) que impone el tratado de base para acudir al arbitraje tras acudir antes preceptivamente a la jurisdicción interna, plazo que no existe en el tratado suscrito con el tercer Estado?

La interrogante-árbol encontró una primera respuesta hace muchos años, en la sentencia arbitral pronunciada el 6 de marzo de 1956 en el asunto *Ambatielos* (Reino Unido/Grecia), que recomendó atender a la intención de las partes según se deduzca de una interpretación razonable del tratado y estimó que la administración de justicia era parte importante de los derechos de los comerciantes y debía ser, por ello, incluida en la expresión todas las cuestiones relativas al comercio y la navegación a la que hacía referencia la correspondiente CNF ⁶. Cuatro años antes, en el caso de la *Anglo-Iranian Oil Co.* ya mencionado, la Corte Internacional de Justicia había declarado, por el contrario, que la CNF no tenía nada que ver con los asuntos jurisdiccionales entre Estados.

En el arbitraje de inversiones fue la sentencia en el asunto *Maffezini c. Reino de España* (2001) la que abrió la caja de Pandora, al permitir a Maffezini plantear una demanda en el marco del CIADI sin haber transcurrido los dieciocho meses previstos en el tratado hispano-argentino tras la interposición de una demanda ante los tribunales internos, pero no en el hispano-chileno, invocado en aplicación de la CNF ⁷.

⁶ Véase en RIAA, XII-91.

⁷ El tribunal advirtió que, en todo caso, había cuatro situaciones en que no cabía invocar eficazmente la CNF: 1) cuando una parte contratante ha condicionado su consentimiento a la obligación de agotar los recursos internos; 2) cuando el tratado articula el arreglo de diferencias sobre la base de una disposición de *opción irrevocable*; 3) cuando se pretende cambiar una instancia de arbitraje específicamente acordada (por ej. CIADI) por otra; y 4) cuando las partes han acordado un sistema de arbitraje muy institucionalizado con reglas de procedimiento precisas. Esta relación de supuestos era, por lo demás, abierta a la posibilidad de que se identificaran otros elementos de *política pública* limitativos del funcionamiento de la CNF.

Las decisiones posteriores de otros tribunales arbitrales se presentaron en orden disperso. Unas seguían Maffezini (por ej. Siemens, AWG, Camuzzi); otras lo contestaban (Salini, Impregilo, Telenor, Plama, Wintershall...). En último término, lo que estaba en discusión era la intención de las partes en dar mayor o menor recorrido a la CNF y la presunción que debía tomarse, si debía tomarse alguna, como punto de partida (Plama, Telenor, Wintershall, muy estrictos; Austrian Airlines, Suez, interpretación sin prejuicios).

6 CUESTIONES ABORDADAS POR LOS TRIBUNALES EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA MÁS FAVORECIDA SEGÚN LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

El grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional concluyó en su informe final que eran tres las cuestiones abordadas por los tribunales arbitrales al interpretar las CNF en relación con las disposiciones relativas al arreglo de diferencias. A saber:

a) La primera cuestión era discernir si la CNF era susceptible de aplicarse a las disposiciones sobre arreglo de diferencias. Su respuesta es afirmativa. Así será si esa es la voluntad de las partes. ¿Lo han hecho? Ese es el punto. Las partes pueden pronunciarse expresamente en el tratado, en un sentido u otro; lamentablemente, no suelen hacerlo, prefieren la ambigüedad. Internistas e internacionalistas suelen discrepar. Los últimos parecen más decididos a exigir una intención de las partes clara e inequívoca para admitir la extensión de la CNF a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias, dado que en el orden internacional los derechos sustantivos no comportan automáticamente derechos procesales que garanticen su disfrute.

b) La segunda cuestión estriba en determinar si las condiciones relativas a las disposiciones sobre arreglo de diferencias que pueden invocar los inversores tienen incidencia sobre la competencia del tribunal arbitral. La CNF no puede ser aprovechada para alterar dicha competencia, como no lo puede ser para modificar los límites *ratione personae*, *ratione materiae* o *ratione temporis* del tratado. El punto requiere tirar la línea entre las condiciones de competencia del tribunal y las de la admisibilidad de una demanda.

La distinción no es fácil de establecer. Para un buen número de tribunales el plazo de dieciocho meses establecido por el tratado hispano-argentino era una condición previa al establecimiento de la competencia; no respetarlo equivalía a privar de competencia al tribunal (ICS, Daimler, Financial Services A.G...), a menos que se probase que era intención de las partes aceptar modificaciones de la competencia a través de la CNF; para otros era una cuestión de admisibilidad, susceptible de beneficiarse de la CNF (Hochtief, Teinver...).

El Informe del grupo de estudio observa que de los dieciocho casos en los que, hasta la fecha, se había invocado una CNF con éxito, doce se referían a esta disposición estableciendo un plazo de abstinencia de dieciocho meses. La CNF fue para ellos la bula que les permitía comer carne en cuaresma. Cuando se ha tratado de utilizar la CNF para hurtarse a otra clase de disposiciones concernientes al arreglo de controversias (como aprovechar un procedimiento de arreglo no previsto por el tratado de base, pero sí por el tratado con el Estado tercero, o extender su aplicación a diferencias no contempladas por aquél) la maniobra ha fracasado en la mayoría de los casos.

Nuevamente aquí, internacionalistas e internistas pueden discrepar. Para los primeros la disposición sobre los dieciocho meses se emparenta como una forma de expresión de la regla del agotamiento de los recursos internos. Los

segundos pueden considerarla un simple obstáculo al derecho del inversor que contraría el objeto principal de un tratado de inversiones.

- c) La tercera cuestión se pregunta por los factores pertinentes en el proceso de interpretación cuando se trata de determinar si la CNF del tratado se aplica a las condiciones previstas para invocar las disposiciones sobre arreglo de diferencias. El grupo de estudio ha considerado algunos de esos factores. Así, el principio de contemporaneidad; la pertinencia de los travaux préparatoires; la práctica convencional de las partes; o el sentido del contexto, en particular el equilibrio entre disposiciones específicas y disposiciones generales y el principio *expressio unius*.

Hay que tener en cuenta el hecho de que -amén de la simetría o asimetría de las partes en cuanto a su poder de negociación- hay Estados con políticas de promoción inversora que se traducen en la disposición de un modelo de tratado a partir del cual negocian los ajustes requeridos por la otra parte. Ambos puntos han beneficiado tradicionalmente a los países desarrollados en sus relaciones con los países del llamado tercer mundo, pero también están presentes en las relaciones norte-norte y sur-sur. Un examen comparado revela, por otro lado, que los rasgos comunes a estos tratados permiten reducir los modelos a tres o cuatro, que se van enriqueciendo recíprocamente con la experiencia que se deriva de su práctica y jurisprudencia.

7 CONCLUSIONES DEL GRUPO DE ESTUDIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

Las conclusiones del grupo de estudio, endosadas por la Comisión de Derecho Internacional, han sido:

- Las CNF no han cambiado de naturaleza desde la época en que se adoptó el proyecto de artículos de 1978, que sigue siendo una base para su aplicación e interpretación.
- La interpretación de las CNF debe acometerse aplicando las reglas de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969).
- La cuestión central que plantea la interpretación de las CNF es la de la determinación de su alcance y a la aplicación de la regla *eiusdem generis*.
- La aplicación de las CNF a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias en el arbitraje de inversiones ha aportado una nueva dimensión a su consideración.
- Compete a los Estados que negocian las CNF decidir si éstas deben incluir o no las disposiciones relativas al arreglo de diferencias; en su defecto, deberán hacerlo los tribunales, caso por caso.
- La Comisión subraya que las técnicas de interpretación consideradas en el informe final del grupo de estudio están destinadas a ayudar a la aplicación e interpretación de las CNF⁸.

Dejémoslo, pues, muy claro. La CNF inserta en un tratado ha de interpretarse de acuerdo con sus propios términos, dentro de su contexto y conforme a su objeto y fin, aplicándose las reglas de interpretación codificadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados (1969).

La interpretación de la CNF ha de hacerse caso por caso. La interpretación de la CNF inserta en un tratado no debe trasladarse, sin más, a la de una CNF inserta en otro tratado, aunque su redacción sea idéntica.

⁸ Las referencias a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional pueden consultarse en la página web de la Comisión legal.un.org/ilc Ahí, *Analytical Guide to the work of the ILC, Topics completed. 1.3 Most-Favoured Nation Clause*.

8 BIBLIOGRAFÍA

- Aaronson Susan A.(1996). Trade and the American Dream: A Social History of Postwar Trade Policy & co (1996).
- Bagwell, Kyle; Staiger, Robert W.; Yurukoglu, Ali (2020). "Multilateral Trade Bargaining: A First Look at the GATT Bargaining Records" (PDF). *American Economic Journal: Applied Economics*. 12 (3): 72–105.
- Ben Hamida, W. (2003). *L'arbitrage EtatInvestisseur étranger. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*. Thèse pour le Doctorat en Droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 72-615.
- Bown, Chad P.; Irwin, Douglas A. (2017). Elsig, Manfred; Hoekman, Bernard; Pauwelyn, Joost (eds.). "The GATT's Starting Point: Tariff Levels circa 1947". *Assessing the World Trade Organization*. Cambridge University Press: 45–74. doi:10.1017/9781108147644.004. ISBN 978-1-108-14764-4.
- Brakman-Garretsen-Marrewijk-Witteloostuijn, Nations and Firms in the Global Economy, Chapter 10: Trade and Capital Restriction
- Commission Du Droit International, CDI. (1974). Cinquième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée – projet d'articles (articles 6 bis à 16). Document de travail, M. Endre Ustor, <http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm> Commission Du Droit International, CDI. (1978).
- Coyle, John F. (2013). *The Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation in the Modern Era*. Columbia Journal of Transnational Law.
- Crepet Daigremont, C. (2006). Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international. En Anthemis (Ed.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements: nouveaux développements* (pp. 107-162). Paris.
- Crepet Daigremont, C. (2007). L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux du CIRDI. En Leiden (Ed), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (vol. 328, pp. 453-516). Holanda: Martinus Nijhoff Publishers.
- Dolzer, R., & Myers T. (2004). After Tecmed: Most Favored Nation Clauses in Investment Protection Agreements. *ICSID review: foering investment law journal*, 19(1), 49-60.
- Fietta, S. (2005). Most Favored Nation Treatment and Dispute Resolution under bilateral investment treaties: a turning point?. *International Arbitration Law Review*, 8, 131- 138.
- FTAA, Acuerdo de Libre Comercio de las Américas – Borrador – (2003). Capítulo XVII. [http:// www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/TOC Word_s.asp](http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/TOC Word_s.asp) 55 EFECTOS SORPRESIVOS DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (CNMF) EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS Univ. Sergio Arboleda. Bogotá (Colombia) 9 (16): 41-56, enero-junio de 2009 ISSN 1657-8953
- Gaillard, E. (2005, 2 de junio). Establishing Jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause. *NYLJ*, 233. [www.nylj.com] Gaillard, E. (2005). Note sous le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements. Décision du 3 août 2004. Siemens AG c/ République d'Argentine. *Journal de Droit International*, 132, 142-163.
- Gaillard, E. (2006). Note sous le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements. Décision sur la compétence du 8 février 2005. Plama Consortium Limited c/ République de Bulgarie. *Traité sur la Charte de l'Energie*. *Journal de Droit International*, 133, 251-287. Gaillard, E. (2007). Note sous le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements. Sentence sur la compétence du 13 septembre 2006. Telenor Mobile Communications c/ République de Hongrie. *Journal de Droit International*, 134, 298-317.
- "General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)". *The Canadian Encyclopedia*. 6 June 2017.
- "General Agreement on Tariffs and Trade. Treaty data". Government of the Netherlands. Retrieved 30 December 2020.
- Goldstein, Judith (11 May 2017). "Trading in the Twenty-First Century: Is There a Role for the World Trade Organization?". *Annual Review of Political Science*. 20 (1): 545–564.
- Goldstein, Judith L.; Rivers, Douglas; Tomz, Michael (2007). "Institutions in International Relations: Understanding the Effects of the GATT and the WTO on World Trade". *International Organization*. 61 (1): 37–67.
- Gwynn, Maria A. (2016). *Power in the International Investment Framework*. Macmillan. Hofbauer, Ines (2005). Most-Favoured-Nation Clauses in Double Taxation Conventions: A Worldwide Overview. *Intertax*.

- Irwin, Douglas A. (1995). "The GATT in Historical Perspective," *American Economic Review* Vol. 85, No. 2, (May, 1995), pp. 323–28 in JSTOR.
- Irwin, Douglas A. (9 April 2007). "GATT Turns 60". *Wall Street Journal*. ISSN 0099-9660. Retrieved 28 October 2017.
- Johnson Jr., Thomas & Gimblett, Jonathan (2011). *From gunboats to bits: The evolution of modern international investment law* en *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*. Oxford University Press.
- Leben, C. (2006). L'évolution du droit international des investissements: un rapide survol. En Anthemis (Ed.), *Le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements : nouveaux développements* (pp. 9-22). Paris. [Version électronique: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol7/article7-12.html>].
- Leroux, Marcus (21 March 2017). "Trade rules that would mean no tariffs for decade". *The Times*. Retrieved 15 July 2019.
- McKenzie, Francine (2008). "GATT and the Cold War," *Journal of Cold War Studies*, Summer 2008, 10#3 pp. 78–109.
- Michael Hudson (2003), *Super Imperialism: The Origin and Fundamentals of U.S. World Dominance*, 2nd ed. (London and Sterling, VA: Pluto Press, 2003), 258.
- Morris, Chris (24 June 2019). "Gatt 24: Would obscure trade rule help with no-deal Brexit?". BBC. Retrieved 13 July 2019.
- Nafta, North America Trade Agreement. (1994). Mexique, Etats Unis et Canada. www.nafta.org
- O'Carroll, Sinead (13 March 2019). "British MPs have voted against a no-deal Brexit. So, what now?". MSNBC. Retrieved 15 July 2019.
- Paterson, Owen (13 March 2019). "Here's our plan for an orderly no-deal Brexit, and delivered on time". *The Guardian*. Retrieved 15 July 2019.
- Poulain, B. (2007). Clause de la Nation la Plus Favorisée et Clauses d'Arbitrage InvestisseurEtat : Est-ce la fin de la jurisprudence Maffezini. *Bulletin ASA*, 25, 279-301. Sutton, S. (2005). Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID SecretaryGeneral's Screening Power. *Arbitration International*, 21, 113-126.
- Quiñones Cruz, Natalia (2012). Colombia Report, en Lang et al. (eds.) *The Impact of the OECD and un Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge Tax Law Series.
- Radler, Albert (1996). Most-Favored-Nation Concept in Tax Treaties, en Lang et al. (eds.). *Multilateral Tax Treaties*. Kluwer Law.
- Stiglitz, Joseph (2002). *El malestar de la globalización*. Laurus. United Nations (1969). *Yearbook of the International Law Commission*.
- "The GATT Uruguay Round". ODI briefing paper. Overseas Development Institute. Archived from the original on 3 August 2012. Retrieved 28 June 2011.
- "The WTO and GATT: A Principled History" (PDF). Brookings Institution.
- Tomz, Michael; Goldstein, Judith L; Rivers, Douglas (2007). "Do We Really Know That the WTO Increases Trade? Comment". *American Economic Review*. 97 (5): 2005–2018. doi:10.1257/aer.97.5.2005. ISSN 0002-8282.
- Unctad (2000). *Admission et établissement des investissements*, Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissements. New York-Genève. Unctad. (2003). *Dispute Settlement: Investor – State Series on issues in International Investment Agreements*. http://www.unctad.org/en/docs/iteiit30_en.pdf.
- Van Den Bossche, Peter (2017). *The Law and Policy of the World Trade Organization Text, Cases and Materials*. Cambridge University Press. World Trade Organization (2001). *Trading into the Future*. Marzo 2001.
- Vesel, S. (2001). Clearing a Path through a tangled jurisprudence: Most Favored Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment. *YJIL*, 32, 125-189.
- "Understanding the WTO - members". WTO. Retrieved 16 August 2013.
- "Uruguay Round - General Agreement on Tariffs and Trade 1994". World Trade Organization.
- "WTO legal texts: The Uruguay Round agreements". World Trade Organization.
- Wood, Vincent. "What is GATT 24: What is the WTO clause at the centre of Andrew Neil's grilling of Boris Johnson". *The Independent*. Retrieved 13 July 2019.