

Una mirada hacia el alcance de las cláusulas de nación más favorecida en referencia a la importación de disposiciones jurisdiccionales y sustantivas

A Look at the Scope of Most-Favored-Nation Clauses Regarding the Importation of Jurisdictional and Substantive Provisions

FELIPE JOSÉ CASTRO ZURITA*
RUT DOMÉNICA URRESTA DOMÍNGUEZ**

Recibido / Received: 29/12/24
Aceptado / Accepted: 28/10/25
DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3744>

Citación:

Castro Zurita, Felipe José y Rut Urresta Domínguez. “Una mirada hacia el alcance de las cláusulas de nación más favorecida en referencia a la importación de disposiciones jurisdiccionales y sustantivas”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3744>.

* Universidad Adolfo Ibáñez, estudiante de la Facultad de Derecho, casilla postal 8320000, Santiago de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: fcastroz@outlook.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7395-8920>.

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: rutdomenica@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0002-7975-7227>.

RESUMEN

El presente trabajo pretende indagar en la discusión poco pacífica sobre el alcance y las limitaciones de la cláusula de nación más favorecida en tratados bilaterales de inversión. El estudio tiene su punto de partida en si la cláusula de nación más favorecida es apta para importar disposiciones tanto jurisdiccionales como sustantivas de un tratado de inversiones a otro cuando dichas disposiciones son más favorables para el inversionista. Por un lado, se analiza el alcance de la importación de disposiciones sustantivas, con especial énfasis en las cláusulas paraguas, debido a la divergencia en la casuística del arbitraje de inversiones en cuanto a la posibilidad de su aplicación sobre la base de cláusulas de nación más favorecida. Por otro lado, se observa el alcance de la importación de disposiciones jurisdiccionales, tema que también ha sido ampliamente discutido por los tribunales arbitrales. Finalmente, el estudio llega a la conclusión de que el alcance de la cláusula de nación más favorecida depende de la redacción y la interpretación sobre la base del tratado, cosa que trasciende la naturaleza jurisdiccional o sustantiva de la disposición que se importe a través de la referida cláusula.

PALABRAS CLAVE

Nación más favorecida; cláusula paraguas; estándares de protección; tratado bilateral de inversiones; arbitraje de inversiones

ABSTRACT

The present work aims to research the contentious discussion regarding the scope and limitations of the most-favored-nation clause in bilateral investment treaties. The study begins by addressing the debate on whether the most-favored-nation clause is suitable for importing both jurisdictional and substantive provisions from one investment treaty to another when such provisions are more favorable to the investor. On one hand, this paper examines the scope of importing substantive provisions, with a special emphasis on umbrella clauses, due to the divergence in investment arbitration case law regarding the possibility of its application based on most-favored-nation clauses. On the other hand, the paper examines the scope of importing jurisdictional provisions, a topic that has also been widely discussed by arbitral tribunals. Finally, the study concludes that the scope of the most-favored-nation clause depends on the drafting and interpretation based on the treaty, which transcends the jurisdictional or substantive nature of the provision being imported through the said clause.

KEYWORDS

Most favoured nation; umbrella clause; protection standards; bilateral investment treaty; investment arbitration

1. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas de nación más favorecida (en adelante cláusulas de NMF) son una de las protecciones a inversiones e inversionistas más comunes contenidas en tratados bilaterales de inversión (en adelante TBI). Estas cláusulas establecen la obligación de los Estados de ofrecer, a los inversionistas protegidos por un TBI base, el mismo trato que a los inversionistas de un tercer Estado, siempre que estos últimos se beneficien de condiciones más favorable a través de un TBI con ese tercer Estado.

Por ejemplo, supóngase que un TBI entre Ecuatoriana y Mediterraneo contiene una cláusula de NMF para los inversionistas de cada Estado que realicen inversiones en el otro. A la par, un TBI entre Mediterraneo y Danubia contiene cláusulas de trato justo y equitativo o expropiación que son más favorables para los inversionistas que las del TBI entre Ecuatoriana y Mediterraneo. La idea de la cláusula de NMF es que los inversionistas de Ecuatoriana puedan beneficiarse de los estándares más favorables de trato justo y equitativo o expropiación contenidos en el TBI entre Mediterraneo y Danubia. En definitiva, lo que existe es una especie de importación de estándares más favorables de protección de un TBI a otro a través de la cláusula de NMF. El problema que se presenta en referencia a este supuesto es el alcance de las protecciones que pueden ser importadas, por ejemplo, si estas se limitan a cuestiones sustantivas o pueden también extenderse a cuestiones jurisdiccionales.

La práctica de los tribunales arbitrales y los comentarios de la doctrina demuestran que siguen existiendo desacuerdos constantes sobre el alcance y las obligaciones vinculadas a las cláusulas de NMF¹. Una de las principales discusiones sobre su alcance gira en torno a la posibilidad de importar disposiciones jurisdiccionales contenidas en los TBI. Las decisiones de los tribunales arbitrales al respecto han sido y continúan siendo de lo más variadas. Así, muchas veces, los tribunales “dudan en recurrir a los términos jurisdiccionales y procesales de los tratados de terceros países, en contraste con las disposiciones más sustantivas. La opinión sigue estando particularmente dividida con respecto a la importación masiva de mecanismos de resolución de controversias de tratados de terceros países”².

Por ello, el presente texto tiene como objetivo indagar en dicha discusión y realizar una revisión —a la luz de las decisiones de los tribunales en arbitrajes de inversión— sobre el alcance de las cláusulas de NMF. En este sentido, se aborda tanto la posibilidad y el alcance de importar disposiciones sustantivas

1 Stephan W. Schill, “MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A reply to Simon Batifort and J. Benton Heath”, *Amsterdam Law School Legal Studies* (febrero de 2018): 2, <https://doi.org/10.1017/ajil.2017.94>.

2 EDF International S. A., SAUR International S. A. y León Participaciones Argentinas S. A. c. República Argentina, Tribunal Arbitral del caso CIADI ARB/03/23, laudo del 11 de junio de 2012, párr. 935.

—haciendo un especial énfasis en las cláusulas paraguas por ser un tema de amplia discusión— como jurisdiccionales, a través de las cláusulas de NMF.

2. LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA: UNA APROXIMACIÓN A SU DEFINICIÓN

Las cláusulas de NMF son unas de las protecciones a inversiones e inversionistas más comunes en los TBI. Estas tienen como objetivo que “los Estados parte del tratado de inversión no sometan a los inversores o sus inversiones a un trato menos favorable que el que conceden a los inversores o inversiones de otros Estados”³. La jurisprudencia ha indicado que su objetivo es “ofrecer igualdad de condiciones entre inversores extranjeros y locales, así como entre inversores extranjeros de distintos países”⁴. Así, las cláusulas de NMF son “esencialmente un medio para garantizar la no discriminación entre un Estado y otros Estados y, por lo tanto, puede considerarse un reflejo del principio de igualdad soberana”⁵.

La doctrina también se ha referido a la multilateralización del derecho internacional de las inversiones como consecuencia directa de la aplicación de cláusulas de NMF. De acuerdo con Schill, estas cláusulas son “mecanismos de multilateralización contenidos en instrumentos bilaterales, que previenen que los Estados que ofrecen trato de NMF blinden las protecciones más favorables contenidos en tratados de inversión con terceros Estados”⁶. En definitiva, lo que hace una cláusula de NMF es importar normas de protección a inversiones más favorables, que han sido acordadas por el Estado anfitrión con los inversores de un tercer Estado. Los estándares de protección más favorables pueden concederse directamente en la práctica o pueden estipularse expresamente en una disposición de un tratado entre el Estado anfitrión y el tercer Estado⁷.

A manera de ejemplo, el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador contiene una cláusula de NMF en su artículo IV(2), que indica que el tratamiento a los inversionistas de cada Estado “no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas de un tercer país que goce del tratamiento de nación más favorecida”⁸.

3 Esmé Shirlow, “Most Favoured Nation Treatment”, *Jus Mundi* (diciembre de 2023), <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-most-favoured-nation-treatment>.

4 Bayindir c. República Islámica de Pakistán, Tribunal Arbitral del caso CIADI ARB/03/29, laudo del 27 de agosto de 2009.

5 Naciones Unidas, “Reporte final del grupo de estudio sobre la cláusula de nación más favorecida”, 2015, párr. 37.

6 Schill, “MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism”, 5.

7 David D. Caron y Esmé Shirlow, “Most-Favoured-Nation Treatment: Substantive Protection”, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, ed. Meg Kinnear et al. (Países Bajos: Wolters Kluwer, 2016), capítulo 29.

8 Artículo IV (2), Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, Quito, 18 de junio de 1997. Este Acuerdo fue denunciado por la República del Ecuador el 18 de mayo de 2017, y su fecha efectiva de terminación fue el 18 de junio de 2022. No obstante, mantiene una cláusula de supervivencia de diez años, por lo que sus disposiciones se mantienen vigentes hasta el 18 de junio de 2032.

Pese a lo común que resultan estas cláusulas, su redacción en los tratados no suele ser homogénea. De ahí que “[e]stas variaciones en el lenguaje pueden afectar al alcance y la interpretación de la cláusula”⁹. Por ello, la doctrina ha reconocido que, al conocer un reclamo de un inversionista en que se alegue la violación de la cláusula de NMF, se debe determinar (i) qué actos del Estado pueden constituir un trato; (ii) cuál es la categoría pertinente cuyo trato debe compararse con la categoría de sujetos protegidos por la cláusula de NMF; y (iii) si el nivel de trato concedido es o no menos favorable¹⁰.

Bajo el derecho internacional público, en general, “una obligación de un tratado asumida frente a un tercer Estado puede constituir un trato a efectos de la cláusula NMF”¹¹. Por ello, siendo lo más común que las cláusulas de NMF importen las disposiciones de protección a inversiones de TBI celebrados con un tercer Estado, en los siguientes apartados se aborda la cuestión sobre el alcance de este tipo de cláusulas, es decir, en qué medida el término trato puede referirse a las disposiciones sustantivas de protección a inversiones, o extenderse a asuntos jurisdiccionales —por ejemplo, mecanismos de solución de conflictos más favorables— contenidos en los TBI con terceros Estados.

3. LA IMPORTACIÓN DE ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN SUSTANTIVOS MÁS FAVORABLES A TRAVÉS DE CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA, ESPECIALMENTE RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS

La categorización de lo que constituye un trato para efectos de determinar la aplicación de una cláusula de NMF implica también determinar si los estándares de protección a inversiones más favorables contenidos en los TBI con un tercer Estado pueden ser importados a efectos de hacer valer esta cláusula. Por ejemplo, si un TBI base no contiene una disposición sobre trato justo y equitativo —o contiene una disposición menos favorable al respecto— la pregunta a realizarse es, si la cláusula de NMF permite importar la disposición sobre trato justo y equitativo de un TBI suscrito por el Estado receptor con un tercer Estado.

El principio que, por regla general, rige para la importación de estándares de protección sustantivos a través de la cláusula de NMF es el de *ejusdem generis*. Este principio indica que las disposiciones importadas “solo pueden aplicarse a cuestiones pertenecientes a la misma materia o a la misma categoría de materias a las que se refiere la cláusula”¹². En consecuencia, dependerá de la

9 Campbell McLachlan, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 343. Traducción libre: “These variations in language may well affect the scope and interpretation of the clause”.

10 Campbell McLachlan et al., *International Investment Arbitration*, 344.

11 *Ibid.*, 345.

12 Naciones Unidas, “Most-Favoured-Nation Clause: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II”, 2010, 24.

amplitud o estrechez con que la cláusula de NMF se encuentre redactada en determinado TBI para definir su alcance y aptitud de importar una u otra disposición sustantiva de protección a inversiones. Al respecto, McLachlan, Shore y Weiniger han afirmado que:

[e]s el ámbito de aplicación del tratado que contiene la cláusula NMF el que define los límites exteriores de la aplicación de la cláusula. Es esencial garantizar que las disposiciones invocadas como constitutivas del trato más favorable se apliquen correctamente y no tengan el efecto de subvertir fundamentalmente el equilibrio cuidadosamente negociado del tratado de inversión que se está aplicando¹³.

De esta forma, algunos de los estándares sustantivos de protección a inversiones que —de acuerdo con las decisiones de tribunales arbitrales— han sido importados a través de cláusulas NMF son el trato justo y equitativo¹⁴, protección y seguridad plenas¹⁵ o la disposición de medios efectivos¹⁶. Sobre la posibilidad de importar este tipo de estándares de protección de inversiones ante la existencia de una cláusula de NMF común existe relativamente poca discusión, pues este es justamente el objeto de una cláusula de este tipo contenida en un TBI.

Sin embargo, no sucede lo mismo con otro tipo de protección a inversiones común en los TBI, conocido como cláusula paraguas. En efecto, uno de los supuestos más discutidos ha sido la importación de la cláusula paraguas a través de cláusula de NMF como un estándar sustantivo de protección a inversiones.

Las cláusulas paraguas son disposiciones establecidas en tratados bilaterales de inversión que “tienen como objeto elevar una disputa contractual entre un inversionista y el Estado al nivel de una posible violación de dicho tratado”¹⁷. Estas han sido calificadas como “un compromiso de las partes contratantes de respetar las obligaciones contraídas con respecto a las inversiones realizadas

13 Campbell McLachlan et al., *International Investment Arbitration*, 344. Traducción libre: “It is the subject matter scope of the treaty containing the MFN clause that defines the outer boundaries of the operation of the clause. It is essential that to ensure that the provisions relied upon as constituting the more favourable treatment are properly applicable and will not have the effect of fundamentally subverting the carefully negotiated balance of the investment treaty being applied”.

14 MTD Equity y MTD Chile S. A. c. Chile, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/01/7, laudo del 25 de mayo de 2004, párr. 104.

15 CC/Devas Ltd., et al. c. República de India, Tribunal Arbitral del Caso CPA No. 2013-09, laudo del 25 de julio de 2016, párr. 496.

16 Cementos La Unión S. A. c. República Árabe de Egipto, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/13/29, laudo del 30 de octubre de 2020, párr. 905.

17 Rodrigo Polanco y Jorge Luis Manrique, “Cláusulas paraguas”, en *El derecho internacional de las inversiones: Desarrollo actual de normas y principios*, ed. José Manuel Álvarez Zárate y Maciej Zenkiewicz (Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 2022), 473.

por la otra parte contratante”¹⁸. En palabras de Gaillard, una violación del contrato constituye así mismo una violación del TBI. En suma, este tipo de cláusulas permiten que las violaciones a las obligaciones del Estado adquiridas en otro tipo de instrumentos —por ejemplo, contratos o incluso la legislación— sean conocidas bajo el paraguas protector del TBI¹⁹. Esto toda vez que en un arbitraje de inversiones, por regla general, se resuelven las disputas entre un inversionista y un Estado sobre la base de violaciones a obligaciones que nacen de un TBI amparadas por el derecho internacional público. Es decir, en un arbitraje de inversiones, las disputas no versan estrictamente sobre el incumplimiento de obligaciones contractuales —materia que se resolvería, por ejemplo, en un arbitraje comercial—.

De hecho, a nivel de derecho internacional, la regla general es que “[e]l incumplimiento de contratos estatales y otras obligaciones con los inversores no suele considerarse una violación del derecho internacional”²⁰. Por lo mismo, a través de las cláusulas paraguas, un incumplimiento contractual o de otros tipos adquiere el carácter de violación al TBI. El reclamo de un inversionista se basaría en la afectación de su inversión producida a través de actos realizados con ocasión de la ejecución de un contrato con el Estado o alguna de sus entidades.

A modo de ejemplo, el TBI entre Ecuador y Estados Unidos contiene una cláusula paraguas que establece en su artículo II(3)(c) que “[c]ada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones”²¹. En la misma línea, pero con una terminología relativamente distinta, el TBI entre Ecuador y Países Bajos determina en su artículo 3(4) que “[c]ada una de las Partes Contratantes respetará cualquier obligación que pueda haber asumido con relación a inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante”²². Estos “compromisos contraídos” u “obligaciones asumidas” pueden tener carácter contractual y, a través de estas cláusulas paraguas, quedan amparadas

18 Jude Antony, “Umbrella Clauses Since *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*: A Developing Consensus”, *Arbitration International* 29, n.º 4 (1 de diciembre de 2013): 607-40, <https://doi.org/10.1093/arbitration/29.4.607>. Ver, también Naciones Unidas, UN Centre on Transnational Corporations, “Bilateral Investment Treaties” (1988): párr. 164: “[i]ts effect is not to transform the provisions of a State contract into international obligations as between the contracting parties—which would have absurd consequences, for example, for the application of the most-favoured-nation clause. However, it makes the respect of such contracts (or admission documents agreed between the host State and the investor) an obligation under the treaty”.

19 Caroline Richard y Rosario Galardi, “Trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, cláusula paraguas”, en *Guía de arbitraje de inversión*, ed. Yael Ribco Borman y Sandro Espinosa Quiñones (Lima: Arbanza Escuela de Arbitraje, 2023), 211. Ver también *Noble Ventures, Inc. c. Rumanía*, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/01/11, laudo del 12 de octubre de 2005, párrs. 53-4.

20 Jeswald Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 273. Traducción libre: “*The breach of State contracts and other obligations to investors is not ordinarily considered a breach of international law*”.

21 Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección de inversiones, Washington D. C., 27 de agosto de 1993. Este tratado fue denunciado por la República del Ecuador el 18 de mayo de 2017, su fecha efectiva de terminación fue el 18 de mayo de 2018. Sin embargo, mantiene una cláusula de supervivencia de diez años, por lo que sus disposiciones se mantienen vigentes hasta el 18 de mayo de 2028.

22 Convenio para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos, Río de Janeiro, 27 de junio de 1999. Este Tratado fue denunciado por la República del Ecuador el 18 de mayo de 2017, y su fecha efectiva de terminación fue el 1 de julio de 2021. No obstante, mantiene una cláusula de supervivencia de quince años, por lo que sus disposiciones se mantienen vigentes hasta el 1 de julio de 2036.

bajo la protección del TBI. Es decir, su incumplimiento directo implica, a su vez, un incumplimiento al tratado. Al respecto existen dos decisiones relevantes que abordan el tratamiento de las cláusulas paraguas: SGS contra Pakistán y SGS contra Filipinas.

Por un lado, en el caso SGS c. Pakistán, primera decisión arbitral en discutir sustantivamente una cláusula paraguas, se sostuvo que la cláusula paraguas no le otorgaba jurisdicción para conocer de reclamaciones contractuales. Para arribar a esta decisión, el tribunal expresó lo siguiente:

El Tribunal no está diciendo que los Estados no puedan acordar en un TBI que, en lo sucesivo, todos los incumplimientos de los contratos de cada Estado con inversores del otro Estado se conviertan inmediatamente en incumplimientos del TBI y sean tratados como tales. Lo que el Tribunal subraya es que, en este caso, no hay pruebas claras y persuasivas de que tal fuera de hecho la intención tanto de Suiza como de Pakistán al adoptar el Artículo 11 del TBI. Pakistán, por su parte, niega en efecto que, al celebrar el TBI, tuviera tal intención [...]. Creemos y así lo sostenemos que, en las circunstancias de este caso, la reclamación de SGS sobre el artículo 11 del TBI debe ser rechazada²³.

En ese caso, el tribunal señaló que una interpretación tan amplia podría hacer que otros artículos del TBI fueran superfluos. El examen del tribunal fue llevado a cabo considerando las circunstancias particulares del caso y, de manera especial, la redacción precisa de la cláusula.

Por otro lado, el caso SGS contra Filipinas constituye un ejemplo en el que se adoptó una decisión contraria, aunque aplicando el mismo criterio basado en el análisis de las circunstancias del caso. En esa oportunidad, la cláusula paraguas estipulaba que “[c]ada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya asumido con respecto a inversiones específicas en su territorio por parte de inversores de la otra Parte Contratante”²⁴.

En este caso el tribunal consideró que la palabra *observará*²⁵ constituía una obligación, y que la frase “cualquier obligación” incluía las obligaciones que asumirá el Estado. Por lo que era necesario darle un efecto a la cláusula contenida en un tratado. El tribunal consideró que los compromisos contractuales eran vinculantes no solo en virtud de la legislación aplicable, sino que también estaban protegidos por la cláusula paraguas del TBI.

23 SGS Société Générale de Surveillance S. A. c. Islamic Republic of Pakistan, Caso CIADI ARB/01/13, párr. 173.

24 Artículo X, Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre la Confederación Suiza y la República de las Filipinas, Manila, 30 de marzo de 1997.

25 El artículo, en su idioma original, empleaba la expresión: “*shall observe any obligation*”.

En definitiva, aunque los tribunales arbitrales pueden adaptar decisiones divergentes respecto del alcance de las cláusulas paraguas, ambas coinciden en un elemento central: la necesidad de analizar las circunstancias del caso y, en particular, el lenguaje utilizado en la cláusula contenida en el tratado. Esto demuestra que el efecto jurídico de este tipo de cláusulas no puede determinarse de forma automática, sino que exige una interpretación contextual que tome en cuenta tanto la voluntad de las partes como el texto del tratado en cuestión.

Regresando al objeto del análisis del presente artículo, la discusión para determinar si una cláusula paraguas puede ser importada a través de cláusulas de NMF se ha centrado en determinar si la naturaleza de las primeras es jurisdiccional o sustantiva. Como se ve en el siguiente apartado, existe una posición que considera que, si una cláusula paraguas atiende a una supuesta naturaleza jurisdiccional, no podría ser aplicada a través de una cláusula de NMF. Sin embargo, las decisiones de tribunales arbitrales de inversiones han dado cuenta del carácter sustantivo de las cláusulas paraguas. Por ejemplo, en el caso entre Frank Charles Arif contra la República de Moldavia²⁶, el tribunal arbitral indicó lo siguiente:

[L]as cláusulas “paraguas” poseen carácter sustantivo. El incumplimiento de compromisos específicos amparados por una cláusula paraguas dará lugar a un incumplimiento sustantivo del TBI. En este sentido, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandada de que las cláusulas “paraguas” son de naturaleza procesal y no pueden ser importadas a través de una cláusula de NMF porque ofrecen un medio de protección para las obligaciones contractuales y otros compromisos, en lugar de un estándar único de conducta²⁷.

Más allá de la citada decisión, no se pretende desconocer la existencia de la posición que indica que las cláusulas paraguas comprenden una cuestión jurisdiccional y no sustantiva²⁸. No obstante, en casos recientes como Orazul contra la República Argentina, el rechazo a la importación de una cláusula paraguas a través de la cláusula de NMF no se basó en una supuesta naturaleza jurisdiccional, sino en el alcance de la cláusula NMF dentro del TBI aplicable²⁹. En este caso se indicó, basándose en la decisión del arbitraje entre

26 En este caso, la cláusula de NMF analizada establecía lo siguiente: “[c]ada Parte Contratante concederá [...] a sus inversiones y a las actividades relacionadas con las mismas, un trato no menos favorable que el concedido a sus propios nacionales y sociedades o el concedido a los nacionales y sociedades de la nación más favorecida, si éste fuera más ventajoso”.

27 Frank Charles Arif c. República de Moldavia, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/11/23, laudo del 8 de abril de 2013, párr. 395. Énfasis añadido.

28 Arnaud de Nanteuil, “Umbrella Clauses and the Rule of Law”, en *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, ed. August Reinisch y Stephan W. Schill (Oxford: Oxford University Press, 2023).

29 Orazul International España Holdings S. L. c. República Argentina, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/19/25, laudo del 14 de diciembre de 2023, párr. 999.

Teinver y la República Argentina³⁰, que “[e]l TBI no contiene una cláusula paraguas, la cual, por lo tanto, no constituye una materia regida por el TBI”³¹. Lo que indicaba el TBI aplicable en la cláusula de NMF era la expresión “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”³², por lo que, aplicando el referido principio *ejusdem generis*, el tribunal decidió rechazar la importación de la cláusula paraguas, pues, al no contener una disposición de este tipo, el tribunal consideró que no se trataba de una materia regida por el tratado³³.

De lo anterior se desprende que la posibilidad de que un tribunal conozca una controversia relativa a la afectación de una inversión por el incumplimiento a una obligación contractual comprende una cuestión sustantiva, pues el efecto de dicho incumplimiento se traduce en una vulneración a la protección sustantiva ofrecida por el TBI. De esta manera, es plenamente lógico afirmar que, si los inversionistas protegidos por los TBI con un tercer Estado tienen derecho a exigir el cumplimiento de compromisos contractuales para proteger su inversión al amparo de una cláusula paraguas, también deberán tenerlo los inversionistas protegidos por el TBI base, aplicando la cláusula paraguas de los TBI con terceros Estados, a través de la cláusula de NMF.

Al tratar a las cláusulas paraguas como una protección sustantiva, la cláusula de NMF permite recurrir a las cláusulas paraguas incluidas en otros TBI suscritos por el Estado receptor con terceros Estados. Por ello, en el caso antes citado de Frank Charles Arif contra la República de Moldavia, el tribunal arbitral decidió aplicar las cláusulas de otros TBI —suscritos por la República de Moldavia con el Reino Unido o Estados Unidos— para otorgar una protección más favorable al inversionista:

Ambas partes están de acuerdo en que una cláusula NMF es aplicable a las obligaciones sustantivas. La cláusula NMF del artículo 4 está redactada en términos generales y no restringe su aplicación a ningún tipo de obligación sustantiva en particular en virtud del TBI. Por lo tanto, el Tribunal considera que la cláusula NMF del TBI puede importar una cláusula “paraguas” (que es de naturaleza sustantiva) del TBI entre Moldavia y Reino Unido o del TBI entre Moldavia y EE. UU., extendiendo así el nivel de protección más favorable otorgado por la cláusula

30 Teinver S. A., Transportes de Cercanías S. A. y Autobuses Urbanos del Sur S. A. c. República Argentina, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/09/1, decisión de jurisdicción del 21 de diciembre de 2012. “En la opinión del Tribunal, al interpretar el alcance de la Cláusula de NMF receptada en el Artículo IV(2) del Tratado, ha de atribuírsele sentido a las palabras decisivas “[e]n todas las materias regidas por el presente Acuerdo”. [...] Según el Tribunal, el sentido claro y corriente de esta fórmula es para hacer referencia a los diversos derechos o formas de protección contenidos en las disposiciones individuales del Tratado”.

31 Orazul International España Holdings S. L. c. República Argentina, párr. 996.

32 Artículo IV(2), Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, Buenos Aires, 3 de octubre de 1991. El texto completo del segundo numeral indicaba lo siguiente: “[e]n 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”.

33 Orazul International España Holdings S. L. c. República Argentina, párr. 1003.

paraguas de cualquiera de estos dos TBI al TBI en cuestión. Se rechazan los argumentos en contra de la Demandada. Por lo tanto, el Tribunal goza de competencia para conocer de la reclamación de “compromisos específicos” de la Demandante por la vía de la cláusula NMF recogida en el artículo 4³⁴.

El tribunal arbitral del caso EDF contra la República Argentina llegó a una conclusión similar respecto de la naturaleza de las cláusulas paraguas y, por ende, de la posibilidad de que sean importadas a través de cláusulas de NMF. En este sentido, en dicho caso se determinó que las cláusulas paraguas contienen:

disposiciones claramente sustantivas que exigen el respeto de compromisos explícitos del Estado anfitrión, como los contratos de concesión. El Tribunal concluye así que la Cláusula NMF en el Artículo 4 del TBI Argentina-Francia permite a los Demandantes incorporar las “cláusulas paraguas” de los TBI Argentina-Luxemburgo o Argentina-Alemania³⁵.

No obstante, existen pronunciamientos que se apartan de esta postura, como el laudo dictado en el caso Muhammet Çap contra Turkmenistán. En dicho procedimiento, el artículo que incorporaba la cláusula de NMF exigía la concurrencia de una situación fáctica análoga para que aquella resultara aplicable. El tribunal concluyó que el tenor literal de la disposición impedía a la demandante “basarse en la disposición NMF para importar normas sustantivas de protección de un tratado de un tercero que no estén incluidas en el TBI”³⁶. En consecuencia, al observar que la cláusula se refería expresamente a su aplicación únicamente “en situaciones similares”³⁷, el tribunal estimó que su ámbito de protección quedaba restringido a tales supuestos³⁸. De esta manera, sobre la base del principio *ejusdem generis*, una cláusula paraguas podría ser importada a través de una cláusula de NMF solo cuando comparten materia común³⁹.

Un criterio similar se encuentra en el caso Içkale contra Turkmenistán. En este caso se concluyó que, atendidas las circunstancias, “dada la limitación del ámbito de aplicación de la cláusula NMF a ‘situaciones similares’, no puede interpretarse, de buena fe, que se refiere a normas de protección de las inversiones incluidas en otros tratados de inversión entre un Estado parte y un

34 Frank Charles Arif c. República de Moldavia, párr. 396.

35 EDF International S. A., SAUR International S. A. y León Participaciones Argentinas S. A. c. República Argentina, párr. 936-7.

36 Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/12/6, laudo del 4 de mayo de 2021, párr. 793.

37 Artículo II (2), Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre Turquía y Turkmenistán, Ashgabat, 2 de mayo de 1992. El texto estipulaba lo siguiente: “Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable”.

38 Muhammet Çap c. Turkmenistán, párr. 790.

39 Id, párr. 86.

tercer Estado”⁴⁰. Esto ratifica que uno de los criterios para determinar si es posible importar una cláusula paraguas mediante la cláusula de NMF depende de que ambas compartan una materia en común y puedan ser aplicadas en situaciones similares.

Ahora bien, existe una posición respaldada respecto de la naturaleza sustantiva de las cláusulas paraguas y, por regla general, de su consideración como trato a efectos de considerar su inclusión en los TBI con otros Estados a través de cláusulas de NMF. Una decisión arbitral más reciente en el caso *Consutel contra Argelia* lo ratifica, esta decisión hace referencia al razonamiento del caso *Frank Charles Arif contra la República de Moldavia*⁴¹. En suma, la importación de cláusulas paraguas a través de cláusulas de NMF es una práctica que se condice con su finalidad y, en general, con la fundamentación del derecho internacional de inversiones⁴².

Como se advirtió anteriormente, la discusión en torno a la naturaleza de la cláusula paraguas y su calificación como uno de aquellos tratos que pueden ser importados bajo la cláusula de NMF se han centrado en determinar su naturaleza jurisdiccional o sustantiva. La razón de esta discusión parte de otra discusión mucho menos pacífica: la determinación de cuestiones jurisdiccionales como tratos que pueden ser importados a través de la cláusula de NMF. Por ello, en el siguiente apartado se abordará si las cuestiones jurisdiccionales —en general— pueden importarse a los TBI con terceros Estados a través de cláusulas de NMF.

4. LA IMPORTACIÓN DE CUESTIONES JURISDICCIONALES MÁS FAVORABLES A TRAVÉS DE CLÁUSULAS DE NMF

El tema realmente controvertido por los tribunales arbitrales de inversiones respecto del alcance de las cláusulas de NMF se refiere a la posibilidad de inclusión de provisiones jurisdiccionales de los TBI —por ejemplo, mecanismos de solución de conflictos o disposiciones regulatorias a dichos mecanismos—. Al respecto, existen dos⁴³ decisiones que han servido como la base de la discu-

40 *İçkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán*, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/10/24, laudo del 8 de marzo de 2016, párr. 329.

41 *Consutel Group S. P. A. c. República Argelina Democrática y Popular*, Tribunal Arbitral del Caso PCA 2017-33, laudo del 3 de febrero de 2020, párrs. 358 y 369.

42 Nicolás de la Flor y Matías Quiroz, “Importando paraguas: Las cláusulas de nación más favorecida y cláusulas paraguas en el arbitraje de inversión”, *Themis Revista de Derecho* 77 (junio de 2020): 481.

43 *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción del 25 de enero del 2000. *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/03/24, Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005.

sión: Maffezini contra España y Plama contra Bulgaria⁴⁴.

Por un lado, el tribunal arbitral del caso Maffezini contra España —en una conocida decisión sobre el tema— determinó 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*⁴⁵.

En este caso, lo que se pretendió importar a través de la cláusula de NMF fue un plazo de tiempo menor de un *cooling-off period* previo al inicio de un proceso arbitral, lo que para el inversionista era una disposición más favorable contenida en los TBI con terceros Estados. Como se indicó anteriormente, uno de los principios generales para la aplicación de la cláusula de NMF es el de *ejusdem generis*, principio en el cual el tribunal arbitral del antedicho caso basó su decisión.

Por otro lado, en el caso Plama contra Bulgaria, el tribunal arbitral determinó que “una cláusula NMF en un tratado base no incorpora disposiciones de solución de controversias en su totalidad o en parte establecidas en otro tratado, a menos que la disposición de NMF en el tratado base no deje ninguna duda de que las Partes Contratantes tenían la intención de incorporarlas”⁴⁶. Sobre la base de este razonamiento se ha llegado a determinar que, solo si las partes de un TBI lo prevén expresamente, se podrían importar las disposiciones jurisdiccionales de otro TBI a través de una cláusula de NMF.

Las decisiones poco conciliables de los tribunales arbitrales han tenido como consecuencia que los redactores de los TBI incluyan disposiciones expresas sobre si las cláusulas de NMF permiten o no la importación de provisiones referentes a mecanismos de solución de conflictos. Así, por ejemplo, el modelo de TBI de la Mancomunidad de Australia expresa, al final de su artículo 3(3), que la cláusula de NMF incluye “el mecanismo de resolución de conflictos sobre las inversiones o rendimientos, cualquiera que resulte más favorable para el inversor”⁴⁷. Por otro lado, el TBI entre Colombia y Suiza de 2011, a través de una adición a un artículo, establece que “[p]ara mayor certeza, se entiende que el tratamiento de nación más favorecida [...] no incluye los mecanismos de resolución de diferencias relativas a inversiones concluidas por la Parte

44 Para una ampliación sobre el impacto de estas dos decisiones, ver Stephan W. Schill, “Maffezini v. Plama: Reflections on the Jurisprudential Schism in the Application of Most-Favored-Nation Clauses to Matters of Dispute Settlement”, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, ed. Meg Kinnear et al., (Países Bajos: Wolters Kluwer, 2016), capítulo 18.

45 Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España, párr. 56.

46 Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria, párr. 223.

47 Artículo 3(3), Tratado Bilateral de Inversiones Modelo de la Mancomunidad de Australia, 2008.

concerniente”⁴⁸.

A raíz de la antedicha discusión, la doctrina ha determinado que lo más adecuado es que la jurisdicción de un tribunal arbitral sí pueda ser expandida a través de una cláusula de NMF, siempre que el texto y la interpretación de los TBI así lo permitan. Esto es concordante con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que: “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”⁴⁹. Según Schill, en lo que respecta al alcance de las cláusulas de NMF, no hay razón para diferenciar la protección sustantiva de la jurisdiccional, pues “las desigualdades de procedimiento pueden alterar la igualdad de condiciones entre los inversores extranjeros que las cláusulas NMF pretenden crear. Estas desigualdades no deben aceptarse a la ligera”⁵⁰.

En la misma línea, el Grupo de Estudio de las Naciones Unidas sobre las cláusulas de NMF llegó a la conclusión de que, sin perjuicio de ciertas decisiones preliminares de parte de tribunales arbitrales de inversiones, actualmente “no cabe duda de que, en principio, las disposiciones de NMF pueden aplicarse a las disposiciones de solución de diferencias de los TBI”⁵¹. En general, lo que debe probarse es que la importación de disposiciones jurisdiccionales a través de cláusulas de NMF es consistente con la intención de las partes contratantes del tratado⁵². Los tribunales arbitrales, a través de un ejercicio de interpretación de los TBI, deberán resolver si las provisiones relativas a la solución de conflictos son compatibles y no afectan el consentimiento otorgado por el Estado receptor de la inversión⁵³.

Por ejemplo, en el previamente citado caso entre Orazul y la República Argentina, a pesar de la interpretación más restrictiva adoptada por el tribunal en cuanto a la cláusula paraguas, el tribunal aceptó la importación de disposiciones jurisdiccionales porque, según su criterio, la cláusula de NFM del tratado aplicable así lo permitía:

que el Artículo IV(2) es suficientemente amplio como para cubrir una disposición sobre resolución de controversias incluida en el Artículo

48 Adición al artículo 4, párrafo 2, Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Berna, 1 de julio de 2011.

49 Artículo 31, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969.

50 Stephan W. Schill, “Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction—A Reply to Zachary Douglas”, *Journal of International Dispute Settlement* 2, n.º 2 (agosto de 2011): 370.

51 Naciones Unidas, “Reporte final del grupo de estudio sobre la cláusula de nación más favorecida”, párr. 162.

52 Luis Miguel Velarde Saffer e Isabella Cannatà, “Expropiación, trato nacional y trato de la nación más favorecida”, en *Guía de arbitraje de inversión*, ed. Yael Ribco Borman y Sandro Espinosa Quiñones (Lima: Arbanza Escuela de Arbitraje, 2023), 197.

53 Naciones Unidas, “Reporte final del grupo de estudio sobre la cláusula de nación más favorecida”, párr. 163. Ver también *Zaza Okuashvili c. Georgia*, Tribunal Arbitral del Caso SCC V 2019/058, laudo parcial sobre jurisdicción y admisibilidad, 31 de agosto de 2022, párr. 187.

13 del TBI Australia-Argentina y en el Artículo VII del TBI EE. UU.-Argentina. El Tribunal arribó a esta conclusión habida cuenta del hecho de que la resolución de controversias era “una materia regida por el presente Acuerdo” dado que el Artículo X del TBI aborda expresamente la resolución de controversias⁵⁴.

En este sentido, una de las decisiones más recientes al respecto permitió la importación de disposiciones jurisdiccionales después de analizar (i) si la noción de *tratamiento*, mencionada en la cláusula de NMF del TBI base, abarcaba el consentimiento de las partes a un foro de arbitraje internacional al que pueda recurrir un inversionista protegido por el TBI, (ii) si la cláusula de NMF del TBI base permitía importar una cláusula de solución de controversias facultativa de otro TBI y prescindir de la exclusividad del arbitraje CIADI en el TBI base, y (iii) si un arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo era efectivamente más favorable que uno bajo reglas CIADI⁵⁵.

Esta decisión va de la mano con las conclusiones a las que llegó el Grupo de Estudio de las Naciones Unidas sobre las cláusulas de NMF. En definitiva, la importación de disposiciones jurisdiccionales a través de cláusulas de NMF depende de la interpretación de cada TBI, pero “mal se podría afirmar de manera general que la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones procedimentales viola el consentimiento del Estado receptor de una inversión de someterse a arbitraje en todos o en ningún caso”⁵⁶.

5. CONCLUSIÓN

Actualmente, el alcance de las cláusulas de nación más favorecida sigue ocasionando opiniones divergentes, tanto en tribunales arbitrales como en la doctrina. De todas formas, sobre la base de lo expuesto a la luz de la jurisprudencia y los comentarios más recientes, se puede concluir lo siguiente.

En primer lugar, es indiscutible que el propósito de las cláusulas de nación más favorecida es importar a un tratado bilateral de inversión base el trato con un tercer Estado cuando este último es más favorable para el inversionista.

En segundo lugar, el límite al alcance de las cláusulas de nación más favorecida no se encuentra en la naturaleza del tipo de disposición que se pretende importar —es decir, si esta es sustantiva o jurisdiccional—, sino en la amplitud o estrechez de la cláusula misma. Para determinar este aspecto, los tribunales arbitrales deben realizar un ejercicio de interpretación del tratado a la luz de la

54 Orazul International España Holdings S. L. c. República Argentina, párr. 995.

55 *Zaza Okuashvili c. Georgia*, Sección V(B).

56 Gabriela Rivadeneira Chacón, “¿En qué medida la cláusula nación más favorecida (NMF) viola el consentimiento del Estado receptor de una inversión para someterse a arbitraje y por qué?”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 10 (noviembre de 2019): 355.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con el fin de determinar si la importación de determinada disposición contraviene o no el consentimiento de las partes de ofrecer cierto tipo de protección a la inversión o las condiciones en el sometimiento a arbitraje como mecanismo de solución de conflictos.

En tercer lugar, se determinó que las cláusulas paraguas, al menos a la luz de una posición mayoritaria, comprenden una protección sustantiva a las inversiones, por lo que deberían, por regla general, excluirse de la discusión en cuanto a la posibilidad de importación de disposiciones sustantivas o jurisdiccionales a través de cláusulas de nación más favorecida.

En cuarto lugar, más allá de lo anterior, se encontró que no es poco común la importación directa de disposiciones jurisdiccionales de un TBI a otro a través de las cláusulas de nación más favorecida cuando estas son más favorables para el inversionista, sin perjuicio de la limitación que la interpretación del tratado sobre la voluntad de los suscriptores impone.